

#### UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO VICERRECTORADO ACADÉMICO DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO AREA DE DERECHO ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

#### TRABAJO ESPECIAL DE GRADO

#### LOS MEDIOS DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN DE LAS PRUEBAS LIBRES EN SU PROMOCIÓN Y EVACUACIÓN EN EL PROCESO CIVIL VENEZOLANO

Presentado por Sánchez López, Alma Esther

Para optar al Título de Especialista en Derecho Procesal

Asesor Vargas Vargas, Gloria María

Caracas; Julio del 2019



## UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO VICERRECTORADO ACADÉMICO DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO AREA DE DERECHO ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL

#### APROBACIÓN DEL ASESOR

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogado Alma Esther Sánchez López, titular de la Cédula de Identidad Nro. V-13.203.980., para optar al Título de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título definitivo es: Los medios de control y fiscalización de las pruebas libres en su promoción y evacuación en el proceso civil venezolano; y manifiesto que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Caracas, a los 25 días del mes de Julio de 2019.

Gloria María Vargas Vargas

CI. 4.637.02

#### **DEDICATORIA**

A Dios Todopoderoso, por concederme el invaluable don de la vida y permitir la gracia de mantenerme aún en este plano, llena de expectativas y dotada de capacidades cognitivas, físicas y motivacionales para persistir en el cumplimiento de las metas, tanto a nivel personal como profesional. Gracias Señor, has sido bueno conmigo.

A mis padres, Alí y Mágdala, quienes hoy día no están en este plano, pero han sido pilares fundamentales en mi formación, a quienes estaré eternamente agradecida por permitirme disfrutar de una familia constituida, con un ejemplo constante de amor y apoyo incondicional.

A mi hijo Santiago, quien es el máximo incentivo de mis metas. Sus interrogantes, risas y travesuras me permiten apreciar la inconfundible inocencia de la niñez e inspira los sentimientos más profundos y genuinos de amor y entrega. Que este logro que sea ejemplo de constancia y superación para ti.

A Oscar Curiel, quien sin lugar a dudas, es el refugio más poderoso que me ha resguardado contra las crecidas y temibles adversidades, con sus llamados de atención ha sido estímulo para salir adelante en la consecución de esta meta y enfrentar los obstáculos que se han presentado, gracias por tu paciencia, por estar allí y por tu apoyo incondicional. Detrás de este logro estas tú.

#### RECONOCIMIENTOS

A la Universidad Católica Andrés Bello, por la enseñanza de calidad que ofrece a todos aquellos que deseamos superarnos y ser profesionales valiosos, orgullo de este país.

A la Dra. Gloria María Vargas Vargas, por sus enseñanzas y orientaciones en el desarrollo de la presente investigación.

A la Profesora Sara Caicedo, por su asesoría técnica en el aspecto metodológico de manera eficaz y desinteresada, sin su apoyo en la orientación de este trabajo éste hoy no sería posible.

A mis profesores, por generar una motivación en el constante estudio crítico y reflexivo del Derecho y por ser fuente de estímulo en el crecimiento profesional.

A mis compañeros de clase, por los momentos compartidos, muchos de los cuales con orgullo me atrevo a llamar amigos.

Por último, esta investigación está especialmente dedicada a todos aquellos que sienten interés por la apasionante Ciencia del Derecho y desean aportar algo a ella.

#### ÍNDICE

	p.p
APROBACIÓN DEL ASESOR	i
DEDICATORIA	ii
RECONOCIMIENTOS	iii
ÍNDICE	iv-vii
RESUMEN	viii
INTRODUCCIÓN	1-6
CAPÍTULO I CRITERIOS ESTABLECIDOS POR LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA, PARA EL CONTROL Y FISCALIZACIÓN DE LAS PRUEBAS LIBRES EN EL PROCESO CIVIL VENEZOLANO	7
La Prueba y su definición.	9-11
Función de la prueba.	11-12
a Fijación de hechos	12
b Convicción del juez.	13
c Certeza.	13-14
Objeto de la prueba.	14-16
Medios de prueba en el proceso civil venezolano.	16-19
El debido proceso y la libertad probatoria.	19-21
El principio de contradicción de la prueba y el principio de control y	22-27
fiscalización de la prueba	
Promoción, impugnación y evacuación del documento electrónico en el	28
proceso, según la aplicación analógica a otros medios de prueba	
nominados.	

p.p	
Documento público y documento privado.	28-35
Clasificación de la prueba instrumental y su valor probatorio.	35-37
El documento electrónico como un medio de prueba libre en el proceso	37-39
civil venezolano.	
Tipos de Documentos Electrónicos.	40
Tipos strictu sensu o Específico del Documento Electrónico.	40
Tipos Lato Sensu o en Sentido Amplio del Documento Electrónico.	40
Naturaleza Jurídica de los Documentos Electrónicos	40-44
Principios rectores en la interpretación de los documentos electrónicos	44
1 Principio de los equivalentes funcionales	44
2 Principio de integridad	44-45
3 Principio de inalterabilidad	45
4 Principio de autenticidad	45
5 El principio del no repudio	45
CAPÍTULO II LOS MEDIOS DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN APLICABLES A LAS PRUEBAS LIBRES, SEGÚN LOS CRITERIOS DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA, EN EL PROCESO CIVIL VENEZOLANO	46-49
VENEZGENING	49-54
Evacuación de la prueba electrónica: Su control y fiscalización.	
Pruebas complementarias o auxiliares al medio de prueba electrónico.	54-57
a La inspección judicial	57-59
b La experticia o pericia complementaria de la prueba informática	59-63

	p.p
c La prueba testimonial	63-64
d La reconstrucción de los hechos	64
e La confesión espontánea o provocada	64
f El reconocimiento judicial	64
g La prueba de informes	64-67
h La exhibición de documentos electrónicos	67-69
i Las presunciones y los indicios	69-70
La actividad judicial ante la prueba tecnológica	70-75
Jurisprudencia nacional sobre el tratamiento procesal de los medios	76-85
electrónicos en el proceso civil venezolano	
CAPÍTULO III	86
ALCANCE DE LOS MEDIOS DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN	
APLICABLES A LAS PRUEBAS LIBRES EN EL PROCESO CIVIL	
VENEZOLANO	
De los límites del derecho a la prueba: La limitación a los derechos	86-88
fundamentales	
La inadmisión o ineficacia de la prueba impertinente o inútil	88-89
El juicio de la pertinencia	89-90
El juicio de la utilidad	90-93
El juicio de la licitud	93-101
Clases de ilicitud de la prueba en el Código de Procedimiento Civil	
Venezolano	101
Prueba Ilegal, Impertinente e Improcedente	101-102

	p.p
1 Prueba Ilegal	102-105
2 Prueba Impertinente	105-109
3 Prueba Improcedente	109-111
La admisibilidad de la prueba ilícita	111-113
Efectos de la Prueba Ilícita	113
Regla constitucional de la exclusión de la prueba ilícita	113
La garantía del debido proceso	113-119
Los derechos fundamentales como base para la aplicación de la regla	119-126
de exclusión probatoria	
Concepto y caracterización de la regla constitucional de exclusión de	126-130
la prueba.	
Fundamentos y funciones de la regla constitucional de la exclusión de	131-138
la prueba.	
La prueba tecnológica y la infracción del derecho a la intimidad	138-155
	156-169
CAPÍTULO IV IMPORTANCIA DE LOS MEDIOS DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN APLICABLES A LAS PRUEBAS LIBRES EN EL PROCESO CIVIL VENEZOLANO	
CONCLUSIONES	170-181
RECOMENDACIONES	182-183
REFERENCIAS	184-201



# UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRES BELLO VICERRECTORADO ACADÉMICO DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO AREA DE DERECHO ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

#### LOS MEDIOS DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN DE LAS PRUEBAS LIBRES EN SU PROMOCIÓN Y EVACUACIÓN EN EL PROCESO CIVIL VENEZOLANO

Autor: Alma Sánchez Asesora: Gloria María Vargas

Fecha: Julio de 2019

#### RESUMEN

El siguiente estudio orientado al análisis de los medios de control y fiscalización de las pruebas libres en su promoción y evacuación en el proceso civil venezolano, posee relevancia ya que la misma se basa en promover aportes en cuanto a los criterios establecidos para el control y fiscalización de la prueba libre en el procedimiento civil, atendiendo a la carencia de reglas procedimentales conexas con este medio probatorio para el desarrollo de las pruebas libres dentro del proceso civil. La importancia y aporte de este estudio radica en el hecho que mediante el desarrollo del mismo se emplearon los criterios adoptados por el Tribunal Supremo de Justicia en sus distintas decisiones, obteniendo de los mismos, mecanismos y procedimientos implementados en el proceso civil venezolano. El mismo se realizará basado en un tipo de investigación documental con un nivel monográfico descriptivo y como técnica la revisión documental la cual permitirá tomar en consideración la doctrina inherente al tema, así como la jurisprudencia venezolana del Tribunal Supremo de Justicia, dictadas por sus diferentes Salas sobre la materia en estudio, encontrando un gran número de reglas que las partes deben aplicar al momento de incorporar una de estas pruebas al proceso, pues si bien, deben cumplir los requisitos de admisibilidad de toda prueba, ellas deben cumplir con otros elementos que le propicien al juez la certeza de la verdad sobre los hechos objetos de prueba que se están ofreciendo para llevar a la demostración de ese hecho litigioso.

Palabras Clave: Pruebas, Pruebas Libres, Promoción, Evacuación.

#### INTRODUCCIÓN

Probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados por la ley, los motivos o las razones para llevarle al juez el conocimiento o la certeza de los hechos alegados. Aun así, podrían citarse numerosas definiciones sobre la prueba, pero también se puede determinar de la manera más sencilla que probar constituye la verificación de una afirmación.

La doctrina de la prueba ha sido uno de las más extensas dentro del derecho procesal, por cuanto el debate probatorio constituye la etapa fundamental del proceso judicial. Para que el juez pueda obtener la debida certeza sobre los hechos debatidos dentro de cualquier trámite procesal, es innegable la necesidad de llevar a cabo la actividad probatoria. Así, los medios probatorios están vinculados al proceso, porque sobre ellos penden las resultas del juicio.

En Venezuela, el debido proceso se consagra constitucionalmente como parte del derecho de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer la defensa (numeral 1 del artículo 49 constitucional). El derecho a la defensa representa el centro del garantismo constitucional en la generalidad de las constituciones del mundo, siendo que forma parte del principio del debido proceso, que a su vez está relacionado con el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 26 de nuestra Carta Magna.

La problemática que rodea a las pruebas parte del hecho que no siempre resulta posible la demostración de los hechos litigiosos con las pruebas tarifadas o preestablecidas por la ley, sino que en muchos casos las partes requieren de una tipología probatoria más amplia que les conduzca a probar de manera fehaciente los hechos litigiosos, y allí precisamente se hacen presentes los medios de pruebas libres, (informática, tecnológica, o electrónica) que permitan obtener una sentencia estimativa, por haber logrado llevar a la convicción del juez de mérito de la certeza de los hechos afirmados.

Durante mucho tiempo imperó en Venezuela el llamado sistema de la prueba legal o tasada, basado en una tarifa probatoria prevista taxativamente por el Código Civil, que luego fue ampliado a un sistema mixto con la promulgación del Código de Procedimiento Civil, texto normativo que acogió en su artículo 395 el sistema de la prueba libre conforme al cual se admite cualquier medio probatorio que no esté expresamente prohibido por la ley.

Esta generalidad refiere a un universo de pruebas no previstas por el ordenamiento jurídico patrio, más aún con el auge tecnológico en esta era moderna, que deberán ser tratadas bajo el rigor previsto en el Artículo 396 del Código de Procedimiento Civil, conocido por la doctrina como fundamento de la libertad probatoria en Venezuela, pero no indica el legislador el procedimiento a seguir para el tratamiento de los medios de prueba libre en el proceso, solo se limita a señalar un mecanismo (analogía), a través del cual el juez debe encontrar conexidad entre el supuesto normativo no previsto (medio probatorio con carencia de previsión) y a otro, que sí cuente con mecanismo procesal, donde se indique el procedimiento a seguir en torno a su promoción u evacuación.

En este mismo orden de ideas, se debe agregar que las pruebas libres presentan características que le son propias y que las diferencian de las pruebas tarifadas, en el sentido de contar estas últimas con formas procesales propias, por lo que en su trámite para las primeras se aplican por analogía comúnmente en cuanto sea posible, el mismo procedimiento que existe en la ley para las pruebas establecidas en el Código de Procedimiento Civil u otras leyes especiales, y es allí donde la dinámica de las partes se ve limitada al no establecer la propia ley la manera y medios de que pueden valerse las partes para el anuncio, trámite y control de la prueba libre.

Los cambios que han originado las tecnologías de la información y comunicación (TIC's) ha significado avances en su día inimaginables creando un entorno social distinto fundado en la movilidad y facilidad en las comunicaciones que permite relaciones globales de larga distancia y con una velocidad inmediata.

Consecuentemente, se está experimentando una nueva realidad: la de un universo en el cual el hombre se conectado digitalmente, impulsado por las tecnologías de la información y comunicación, que inevitablemente engloban y afectan a todo nuestro entorno. Dichos adelantos tecnológicos están generando la reorganización de la realidad de las personas, los Estados y las empresas.

Por ello, se ha dicho con propiedad, que el ser humano se encuentra en la era de la desmaterialización del documento, porque se ha aumentado el comportamiento social a través de medios electrónicos y es evidente la progresiva desaparición del papel. Las personas descargan, crean, almacenan, intercambian información e interactúan en la red. Se habla incluso de la generación de los llamados "nativos digitales", una nueva generación que ha convertido el uso de la información de minoritario a extensivo y global. Convivimos a diario con las TIC's, es evidente que se usan con fines sociales, lúdicos, educativos y organizativos.

Desde un punto de vista social el hombre la utiliza para relacionarse; cada día se comunica a través de las mismas y se comparte información (fotografías, datos, grabaciones, etcétera). A diario se comparten chats, correos electrónicos, plataformas como Facebook, Twiter, Instagram o Dropbox, etcétera. Y además participa verbal y visualmente a través de plataformas como Skype. Es tal el enorme poder de globalización de las nuevas tecnologías que a través de las mismas se es capaz de emprender revoluciones políticas, sociales y culturales, así como movimientos de apoyo o crítica en todo el mundo y en muy poco tiempo. En fin podemos realizar un sinnúmero de actividades gracias a las nuevas tecnologías, cuyo soporte electrónico perfectamente pueden constituir el fundamento probatorio en un proceso judicial.

En tal sentido, la presente investigación abarca un análisis crítico de situaciones de hecho en la práctica forense sobre las pruebas libres o electrónicas, puesto que existe una laguna legal en esta materia; ya que no se encuentra expresamente establecido en nuestro ordenamiento jurídico el conjunto de reglas procedimentales sobre las cuales las partes deban seguir para el desarrollo de ellas en todo proceso civil, que crea confusión y no permite dilucidar con certeza como el

juez puede ejercer los mecanismos de control y fiscalización aplicables a las pruebas libres o tecnológicas en el proceso civil venezolano. En virtud de lo expuesto, surge la siguiente interrogante ¿De qué manera se aplican los medios de control y fiscalización de las pruebas libres en su promoción y evacuación en el proceso civil venezolano?

Para la ejecución del presente estudio se trazó como objetivo general "Analizar los medios de control y fiscalización de las pruebas libres en su promoción y evacuación en el proceso civil venezolano", y como objetivos específicos: (a) Definir los criterios establecidos por la doctrina y jurisprudencia, para el control y fiscalización de las pruebas libres en el proceso civil venezolano, (b) Distinguir los medios de control y fiscalización aplicables a las pruebas libres, según los criterios de la doctrina y jurisprudencia, en el proceso civil venezolano, (c) Razonar sobre el alcance de los medios de control y fiscalización aplicables a las pruebas libres en el proceso civil venezolano, (d) Estudiar la importancia de los medios de control y fiscalización aplicables a las pruebas libres en el proceso civil venezolano.

Debe señalarse que la importancia y el aporte del tema investigado radica en el análisis que se hace sobre los criterios doctrinarios y jurisprudenciales relacionados con los medios de control y fiscalización de las pruebas libres en su promoción y evacuación en el proceso civil venezolano, de manera que puedan observarse las reglas, mecanismos o procedimientos implementados en el proceso civil venezolano, para la promoción y evacuación de este tipo de pruebas, a los fines de preservar los preceptos constitucional de colocar a las partes en planos de igualdad procesal, cumpliendo con principios procesales del derecho a la defensa, el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Se considera que está plenamente justificada la investigación dentro de los diversos contextos, porque el objeto de estudio es novedoso y relevante, ya es un tema de la actividad probatoria que se relaciona con la protección debida al derecho a la intimidad y la vida privada de las personas, y por ende, con la prueba ilícita, su valoración o nulidad procesal; que deben conocer con suficiencia los Jueces como

operadores de justicia, quienes desde el punto de vista constitucional están obligados a decidir, y los abogados y defensores públicos que se dedican a litigar, en cuyo ejercicio profesional el justiciable busca protección.

Esta investigación es un aporte como antecedente para futuras investigaciones que profundicen el tema en estudio, ya que si bien existe variada y extensa información sobre el documento electrónico y su forma de promoción como medios de prueba libre tanto en Venezuela como en el derecho comparado, específicamente pudo observarse que en materia de control y fiscalización de la pruebas libres y tecnológicas en Venezuela existe escasa bibliografía especializada, por lo que se constató la diversidad de opiniones y corrientes sobre las pruebas libres, planteadas por ilustres profesores y profesionales del derecho a nivel nacional e internacional, las cuales surgen por la incertidumbre que existe sobre el empleo de estos mecanismos probatorios en el proceso en la búsqueda de la verdad.

Por consiguiente, este trabajo constituye una fuente de consulta para nuevos investigadores interesados en la problemática planteada, así como también a los jueces, abogados litigantes y defensores públicos.

En el contexto social, permite darle a la ciudadanía información valiosa sobre los medios de control y fiscalización de las pruebas libres en su promoción y evacuación en el proceso civil venezolano. En el contexto práctico, posibilita al autor la obtención y actualización de conocimientos en el campo jurídico en materia probatoria.

En el aspecto metodológico, se presenta una investigación Jurídico Documental, ya que la autora de ésta analiza los documentos jurídicos relacionados con el objeto de estudio; donde la interpretación, la crítica y la argumentación racional, juegan un papel preponderante porque permiten llevar a cabo inferencias y relaciones; consecuencialmente, requiere que la autora de la investigación, interprete, evalúe y reporte la información en forma imparcial, honesta y clara. Al respecto Nava de Villalobos (2008) refiere que esta investigación toma "como guía los objetivos

específicos"..., y agrega citando a Eco (1982) que esta investigación "representa el análisis del tópico a investigar y la relación entre los diferentes puntos y subpuntos".

El diseño del estudio es documental, éste consiste primordialmente en la presentación selectiva de lo que expertos (doctrinarios en este caso) ya han dicho o escrito sobre un tema determinado; además puede presentar la posible conexión de ideas entre varios autores y las ideas del investigador. Al respecto Alvarado (2005) sostiene que el diseño documental se sirve, como sus principales fuentes de información, de los libros y los documentos. Éstos son los medios más utilizados para la transmisión de conocimiento.

Dentro del diseño de investigación se estableció la estrategia a seguir para dar respuesta al tema propuesto. Para el desarrollo del tema de estudio, fue necesario la elaboración de un plan de acción que contemple: revisión bibliográfica, estudio, selección, recolección, procesamiento, análisis e interpretación del material seleccionado.

Tomando en consideración la normativa de la Universidad Católica Andrés Bello, el estudio se estructuró en cuatro (4) capítulos, los cuales fueron: El Capítulo I, Criterios establecidos por la doctrina y jurisprudencia, para el control y fiscalización de las pruebas libres en el proceso civil venezolano; Capítulo II, Los medios de control y fiscalización aplicables a las pruebas libres, según los criterios de la doctrina y jurisprudencia, en el proceso civil venezolano; Capítulo III, Alcance de los medios de control y fiscalización aplicables a las pruebas libres en el proceso civil venezolano; y por último, el Capítulo IV, Importancia los medios de control y fiscalización aplicables a las pruebas libres en el proceso civil venezolano.

Finalmente, se presentan las conclusiones, recomendaciones y referencias.

#### **CAPÍTULO I**

### CRITERIOS ESTABLECIDOS POR LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA, PARA EL CONTROL Y FISCALIZACIÓN DE LAS PRUEBAS LIBRES EN EL PROCESO CIVIL VENEZOLANO

En el proceso civil venezolano la naturaleza de las pruebas es de carácter constitucional, ya que nuestra Carta Magna en el artículo 49 consagra la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa, al establecer en el numeral 1 lo siguiente:

"(...) La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso".

Al respecto, Rivera (2011) indica que el debido proceso tiene una significado humano, garantista y democrático. Es un derecho constitucional (de rango supranacional) con carácter fundamental y de aplicación inmediata en todos los órdenes.

Además señala este autor que en el artículo 257 constitucional se concibe que "el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia", como una ratificación de las garantías procesales establecidas en el artículo mencionado ut supra (p. 53).

De acuerdo con Montero (2011, p. 43) "el estudio de la prueba puede ser calificado como uno de los más importantes de la ciencia del Derecho y especialmente del Derecho Procesal, puesto que constituye la esencia del proceso y su justificación como tal".

Ahora bien, a objeto de cumplir con los parámetros fijados para esta investigación, se hace necesario precisar las concepciones doctrinarias y

jurisprudenciales relacionadas con el tema objeto de estudio y la actividad probatoria en el proceso civil venezolano. Es claro que los hechos que determinan el objeto del proceso llegan al conocimiento del juez por medio de las afirmaciones de las partes, pero en la mayoría de las ocasiones esas afirmaciones son contradictorias. Este hecho es el que da lugar a la aparición de la prueba. Es necesaria la actividad probatoria para que el juzgador pueda confirmar o verificar los hechos alegados por ambas partes.

Es por ello, que es necesario establecer el objeto y la necesidad de la prueba sobre aquellos hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso, así como la costumbre y el derecho extranjero. Sin embargo, están exentos de prueba, los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en casos donde la materia objeto del proceso esté fuera del poder de los litigantes, del mismo modo no será necesario probar hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.

Conviene destacar que Carnelutti (2008, p.239) acertadamente ha indicado que "En el proceso, en todas sus especies, el oficio tiene que valorar jurídicamente hechos. La noción de hecho jurídico, esencial para la teoría del proceso, es una de aquellas que el estudioso debe aprender de la teoría general del derecho. Cuantas veces el hecho que hay que valorar no esté presente, el juez tiene que servirse de otros objetos que le permitan conocer el hecho ausente. Esos otros objetos son las *pruebas*".

Por su parte, Devis (1967) sostiene que (...) la prueba siempre tendrá como fin la obtención del cercioramiento judicial acerca de los hechos indispensables para la aplicación de la norma jurídica pertinente; en cualquier proceso han de ser hechos en el sentido general lo que se pruebe, aunque únicamente ciertos hechos los que deban serlo... (p.62).

Es necesario resaltar que Alcalá-Zamora y Castillo (2000) han señalado que: aunque históricamente los estudios probatorios se hayan desarrollado con cierta independencia del avance del procesalismo en general, e incluso algunos son

anteriores al surgimiento de éste (p.29)...lógicamente la teoría general de la prueba constituye uno de los capítulos principales de la más amplia teoría general del proceso. Considerando que dentro de ésta, el concepto de la prueba es equiparable a los que han sido considerados como *fundamentales*, tales como los de la acción, la jurisdicción y el proceso.

Desde un punto de vista lógico, no se puede concebir el proceso sin la prueba. Aun cuando se presente el *allanamiento*, y se supriman las etapas probatorias y de alegatos, no puede hablarse de un proceso sin prueba, sino más bien de una solución auto compositiva unilateral homologada por el juzgador, figura que excluye la existencia del proceso. No hay prueba, pero tampoco hay proceso (p.85).

En relación a la importancia de la prueba, son clásicas estas palabras de Bentham (1959): "... el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas". Y es oportuno anotar que desde entonces el pensador inglés consideraba que "... el juez tiene el deber de obtener todas las pruebas de una y otra parte, de la mejor manera posible, de compararlas y de decidir después su fuerza probatoria" (p.10).

Igualmente Carnelutti (1955) considera esta importancia decisiva del fenómeno que objeto de estudio: "La prueba es el corazón del problema del juicio, del mismo modo que éste es el corazón del problema del pensamiento" (p. XVIII). Y Sentís (1967) afirma sin vacilaciones: "... un proceso sin prueba constituye una entelequia..." (p.549).

En fin, si como afirma Kisch (2018) la demanda es la proposición, la petición de sentencia, y ésta no es sino la respuesta a aquella, el sentido de esa respuesta está condicionado por la actividad probatoria que se desarrolle en proceso. (p.171).

#### La Prueba y su definición

La doctrina procesal ha discutido mucho sobre la ambigüedad de la palabra. Para Sentís (1978) etimológicamente el vocablo "prueba"-igual que probo-deriva de la voz latina *probus*, que significa bueno, honrado, de allí que lo probado es bueno, es

correcto, es auténtico. Al respecto, Couture (1948) precisa que prueba deriva de *probandum*, que significa recomendar, proveer, experimentar, patentizar, hacer fe. Entonces de los diferentes usos viene su acepción, sea para una actividad procesal dirigida a desvirtuar una convicción del juez o al medio utilizado para llegar a ese resultado, o finalmente al resultado mismo (p. 11).

Desde el punto de vista procesal, Hutchinson (2009) indica que prueba significa: "actividad que desarrollan las partes y el órgano judicial, tendiente al esclarecimiento de los hecho controvertidos. Se denomina también prueba el resultado final de la actividad probatoria, de la aplicación de los medios de prueba y de las razones y motivos indicados, vale decir, la convicción judicial respecto del acaecimiento de los hechos o de la forma y circunstancias en que éstos tuvieron lugar.

Se debe agregar que Carnelutti (1955) sostiene que: "el concepto de prueba se encuentra fuera del derecho y es instrumento indispensable para cualquiera que haga, no ya Derecho, sino historia" (p. 4).

En este orden de ideas, Rivera (2011) expresa que: probar es, pues producir un estado de certidumbre en la mente de una o varias personas de la existencia o inexistencia de un hecho, o de la verdad o falsedad de una proposición. Puede decirse, también, que probar es evidenciar algo, o sea, lograr que nuestra mente lo perciba con la misma claridad con que los ojos ven las cosas materiales (p.3).

Posteriormente, Devis (1993) cita los siguientes doctrinarios Florian (1931), Rosenberg (1955), Carnelutti (1971), Rocco (1972), Devis (1993) y Kish (2018), quienes sostienen que la noción de prueba tiene una triple fisonomía o aspectos, que se manifiestan en: a) los medios o instrumentos que se utilizan para llevar los hechos al conocimiento del juez, el cual sería el *aspecto formal*; b) las razones o motivos que fundamentan la proposición de la existencia o de la verdad de los hechos, es el *aspecto esencial o sustancial* y, c) el convencimiento o credibilidad que a través de ellos se produce en la mente del juez acerca de los hechos, el cual es el *aspecto subjetivo* (Devis, 1993).

Por su parte, Devis (1993) manifiesta que "Desde un punto de vista procesal es ineludible reconocer estos tres aspectos de la noción: el medio o instrumento; el contenido sustancial o mejor dicho esencial, y el resultado y efecto obtenido en la mente del Juez (p. 41-65)".

Al respecto Rivera (2011) señala que: no hay duda que el concepto de "prueba judicial" es polisémico. En resumen, se puede afirmar que se usa en tres sentidos fundamentales: a) en sentido genérico: hace referencia a los tipos de fuentes y medios probatorios utilizables o aceptados en derecho, b) hace referencia a los medios probatorios mediante los que se aportan elementos de juicio a favor de una determinada conclusión y c) al elemento concreto aportado en juicio (p. 9).

En esta línea Bello (1991) define la prueba como "la razón o argumento mediante el cual se pretende demostrar y hacer patente la verdad o falsedad de un hecho (p. 6)."

Actualmente, se puede afirmar que "la prueba es una de las herramientas del conocimiento general, que sirve para pronunciar certeza o seguridad de que lo conocido o percibido se corresponde o coincide con la realidad. La prueba es, en este sentido, una actividad de contraste que trata de medir la relación entre una proposición y la autenticidad de los hechos, permitiendo pasar por una hipótesis" (Montero, 2014, p. 319). Por tanto, se puede definir como una actividad de demostración, de verificación, actividad de comprobación o confirmación.

#### Función de la prueba

Tradicionalmente, la función de la prueba ha sido el descubrimiento de la verdad. La prueba tiene que ser un intento de verificar, de la manera más próxima posible a la verdad, las afirmaciones de hecho de las partes. Ese intento debe realizarse dentro del proceso y con sujeción a ciertos principios procesales.

Es ampliamente conocido que los hechos no afirmados al menos por una de las partes no existen para el juez, por lo que éste no puede salir en búsqueda de los mismos; los hechos afirmados por las dos partes o afirmados por una y admitidos por la otra existen para el juez, y por ello no puede desconocerlos en la sentencia; respecto de los hechos controvertidos la actividad probatoria no es de investigación, sino simplemente verificadora.

La búsqueda de la verdad a *cualquier precio* no es la finalidad última de la prueba civil, de acuerdo con Beltrán (2002, p.437-438). La prueba debe referirse sólo a los hechos afirmados por las partes que resulten controvertidos, si los medios de prueba a practicar son los propuestos por las partes, si esos medios de prueba deben practicarse según la norma reguladora de los mismos, si se trata de verificar y no de investigar y si en la verificación no todo vale. Todo ello al final quiere decir que la prueba tiene que coexistir con otros principios del proceso.

Para Montero (2011, p.44), la función de la prueba no puede por tanto suscitarse en el vacío de lo abstracto, sino que debe incardinarse en los ordenamientos jurídicos en concreto y ello supone que debe adecuarse a los principios y reglas que conforman el proceso y, más allá, a la función de la jurisdicción.

De acuerdo con los criterios establecidos con anterioridad, la prueba tiene la función de fijar hechos, convencer al juez y buscar la certeza.

#### a.- Fijación de hechos

La prueba sirve para establecer los hechos conforme a lo dispuesto en la ley. La ley regula una serie de mecanismos que el juzgador tiene que utilizar para llegar a la fijación de los hechos y esa fijación es la función de las normas probatorias.

El artículo 398 del Código de Procedimiento Civil (CPC) regula la resolución sobre la admisibilidad de las pruebas propuestas por las partes. Dicho artículo establece que el Juez resolverá sobre la admisión o no de cada una de las pruebas que hayan sido propuestas. Por ello, este artículo determina que no deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con el objeto del proceso, deba considerarse impertinente; tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que en ningún caso pueden ayudar a esclarecer los hechos controvertidos y; nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley.

#### b.- Convicción del juez

La prueba también es el conjunto de operaciones por medio de las cuales se trata de obtener el convencimiento del juez respecto a unos datos determinados. Como establecen los artículos 395 y 396 del CPC, la iniciativa de la actividad probatoria recae sobre las partes del procedimiento para tratar de desvirtuar aquello que la parte contraria alegue y conseguir el convencimiento del juez. Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 401 del CPC, el juez también podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios de prueba o instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley.

Aquí entra en juego la carga de la prueba, la cual se define como la obligación procesal del deber de demostrar un hecho. Quien tiene la carga de la prueba es quien debe demostrar el incumplimiento de la Ley. Es el denominado "Onus Probandi" y su fundamento es que aquella persona que involucre a otro en la autoría de un determinado incumplimiento legal, debe demostrarlo. Así se establece en el artículo 506 del CPC, cuando dispone:

"Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella, debe por su parte probar el pago o el hecho extintivo de la obligación. Los hechos notorios no son objeto de prueba".

Como excepción, se habla de la "inversión de la carga de la prueba", es decir, que será el demandado quien debe hacer la correspondiente demostración.

#### c.- Certeza

La dificultad de obtener la verdad y el hecho de que el proceso no puede dejar de estar sujeto a principios y reglas conformadoras, reconduce la prueba a la certeza o, si prefiere, a la existencia de elementos suficientes en las actuaciones para tener por probadas las afirmaciones de hechos de las partes (Guasp, 1977, p.321).

Se debe llegar a la certeza respecto de las afirmaciones de hechos de las partes mediante los siguientes modos:

☐ Se excluye la prueba de las afirmaciones de hecho de las partes sobre las que existe conformidad entre ellas. Los hechos sobre los que las partes están concordes existen para el juez y quedan excluidos de la prueba y ello hasta el extremo de que si no existen hechos controvertidos ni siquiera se practica medio alguno de prueba (Asencio, 2015, p.109).

☐ Se establece en la ley el valor que el juzgador debe conceder a un determinado medio de prueba (norma de valoración). Es decir, de las actuaciones se desprende la necesidad de entender como probada una afirmación de hecho por una parte y ello sin referencia a la convicción psicológica del juez.

Otras veces el juzgador debe conceder a un medio de prueba el valor que estime oportuno en relación a las reglas de la sana crítica, con lo que la certeza se pone en relación con el conocimiento psicológico del juez. En este caso cabe hablar de certeza subjetiva frente a la certeza objetiva. La certeza objetiva se puede entender como aquella que es independiente al criterio del juez, sino de acuerdo a lo dispuesto en la ley. Por otro lado, la certeza subjetiva sería aquella en la que entra en juego la decisión del juez, pero sin olvidar la necesidad de motivar la sentencia, debiendo razonar cómo ha llegado a formarse su convicción partiendo de los medios de prueba practicados.

#### Objeto de la prueba

Una vez determinado qué debe entenderse como prueba, se debe pasar a estudiar sobre qué recae la prueba, también conocido como objeto de prueba y, frente a éste, la necesidad de la prueba.

En el numeral 1 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) se recoge, con la naturaleza de fundamental, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa., derecho que tiene su campo de aplicación en todos los procesos.

Al respecto Montero (2011, p.106) expone que: el derecho a la prueba es un derecho subjetivo, de contenido procesal y de rango fundamental, sin perjuicio de que luego se trate de un derecho de configuración legal. Se ha querido llegar a la conclusión de que el derecho a la prueba es un derecho instrumental, en el sentido de que es un instrumento o complemento al derecho de defensa.

Por su parte, (Devis, 2002; p.135-136)manifiesta que: el objeto de la prueba hace referencia a las realidades que pueden ser probadas, con lo que se incluye, primero y principalmente, todo lo que las normas jurídicas pueden establecer como supuesto fáctico del que se deriva un mandato o regla. También deben incluirse las normas mismas, puesto que nada impide que recaiga sobre ellas la actividad probatoria.

Por tanto, dentro de los hechos se comprenden:

- 1°) Todo lo que puede calificarse de conducta humana, los sucesos o acontecimientos, los hechos y actos humanos, involuntarios o voluntarios, individuales o colectivos, sus circunstancias en tiempo, lugar y modo.
- 2°) Todos los hechos de la naturaleza, es decir, aquellos en los que no interviene la voluntad humana.
- 3°) Las cosas o los objetos y materiales y los lugares, es decir, cualquier aspecto de la realidad material, sean o no productos del hombre o sobre ellos haya incidido o no la actividad humana.
- 4°) La propia persona humana, en cuanto realidad material, puede ser objeto de prueba, tanto en lo que se refiera a su misma existencia como a sus condiciones físicas y mentales, sus aptitudes y cualidades.
  - 5°) Los estados psíquicos o internos del hombre.

Por tanto, el objeto de la prueba atiende a lo que en general debe probarse y, a continuación, se cuestiona qué se entiende por hechos y si la prueba puede recaer sobre alegaciones de Derecho.

La doctrina clásica refería el objeto de la prueba a los hechos. Fue Carnelutti (1947) el primero que se refirió al objeto de la prueba, no a los hechos, sino a las afirmaciones de las partes relacionadas con los hechos.

Al respecto, cabe resaltar que Guasp (1977; p. 329-340) no empleaba la palabra hechos, sino datos; distinguía entre datos de hecho y datos normativos o de derecho.

Ahora bien, frente al objeto de la prueba se encuentra el tema de la prueba. Se habla de tema de la prueba cuando se hace referencia a lo que debe probarse en un proceso en concreto para que el juzgador declare la consecuencia jurídica pedida por la parte (Montero, 2011, p.76). Pero también se refiere a los que no necesitan ser probados. Estos últimos que no necesitan ser probados son los hechos no controvertidos; los hechos notorios, aquellos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal de un determinado grupo social; y, por último, los hechos favorecidos por presunción legal.

También puede decirse que los objetos de la prueba son hechos y lo que a ellos se asimila, como la costumbre y el derecho extranjero, además de las máximas de la experiencia.

#### Medios de prueba en el proceso civil venezolano

Si se debe probar con los medios de prueba hay que cuestionarse cuáles son éstos. El ordenamiento jurídico venezolano, a pesar de la importancia de los medios de prueba para la sustanciación de proceso, como mecanismos de demostración de los hechos controvertidos al juez en su carácter de director del proceso, no posee en su articulado, específicamente en la ley adjetiva y sustantiva civil, un concepto específico de medios de prueba, limitándose a señalar de manera expresa cuales de los medios de prueba descritos de las referidas leyes pueden ser utilizados por las partes para la demostración de sus argumentos de hechos, tales como la confesión, juramento decisorio, prueba escrita (que comprende los instrumentos, la exhibición de documentos, la tacha de instrumentos, y el reconocimiento de instrumentos privados), la experticia, inspección judicial, la prueba de testigo, y las

reproducciones, copias y experimentos; disponiendo también la producción de normas generales, para la promoción y evacuación de las pruebas en el proceso, como conducta inicial y final (respectivamente) de las partes en torno a la actividad probatoria en el proceso civil.

La generalidad con que son concebidos dichos términos implica, que todos los medios de prueba de los que conoce el proceso civil (por encontrarse taxativamente consagrados por la norma), deberán seguir el rigor procedimental indicado.

Así el Código Civil Venezolano, establece expresamente en su Libro II, Título III, Capítulo V, los siguientes medios de prueba: la prueba por escrito, la de testigos, las presunciones, la confesión, el juramento, la experticia y la inspección ocular.

Mientras que el Código de Procedimiento Civil Venezolano, en el Libro II, Titulo II, Capitulo II, consagra la norma rectora de los medios de prueba estatuida en el artículo 395 que dispone: "Son medios de pruebas 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 anterior tendencia se repite en cuanto a la impugnación de los medios probatorios, instituto que encuentra en los mecanismos de la tacha y el desconocimiento sus formas de concreción dentro del Código de Procedimiento Civil, debiendo ser aplicadas también, sobre aquellos medios que para el ejercicio de la actividad probatoria, que se desprenden como manda el legislador, de la norma adjetiva y sustantiva civil.

En relación a la enumeración legal sobre los medios de prueba, Montero (2011; p.145) quiso advertir sobre la multitud de denominaciones que se empleaban por los distintos autores, como podría ser elementos, fuentes, medios, materias, tema,

resultado y creando así gran confusión, así como una mayor dificultad a la hora de entender la materia.

Sentís (1979) indicó que: "... con la expresión fuente de prueba nos estamos refiriendo a un concepto extrajurídico, a una realidad anterior al proceso, los medios de prueba aluden a conceptos jurídicos, y sólo existen en el proceso, en cuanto en él nacen y se desarrollan. Las fuentes de prueba son los elementos que existen en la realidad, y los medios consisten en las actividades que es preciso desplegar para incorporar las fuentes al proceso. La fuente es anterior al proceso y existe independiente a él; el medio se forma durante el proceso y pertenece a él. La fuente es lo sustancial y material; el medio lo adjetivo y formal (p. 342)".

Del contenido de dicha norma se evidencia la distinción establecida por el legislador patrio, de los medios de prueba típicos o taxativos y aquellos medios de prueba denominados por la doctrina nacional como libres, innominados o atípicos, siendo estos últimos los que no están previamente establecidos, fijados o determinados en la ley y que en el común de los casos, surgen producto del avance de la ciencia y la tecnología.

Este tipo de medio probatorio según Henríquez (2004; p.186) "permite a las partes hacer uso de los medios de prueba no tarifados (típicos), en consideración a la ineptitud del medio probatorio tarifado, ampliándose así la posibilidad de que el proceso conduzca a la verdad legal y no a la simple verdad formal".

Tomando en cuenta los razonamientos de (Muñoz, 2007; p.20 y Rivera, 2011; p.894), se considera que el primer aparte del artículo 395 del CPC, supone un paso del denominado *numerus clausus* a *numerus apertus*, ya que con la introducción de este artículo en el CPC de 1986 el legislador no sólo ha dado acogida a estas fuentes de prueba libres, sino que, además, se ha pretendido abrir la norma al futuro al garantizar la posibilidad de incluir los avances técnicos en alguno de los medios de prueba, al dejar una puerta abierta a cualquier medio técnico que se llegue a descubrir en un futuro, para así aportar cualquier prueba, reconociéndose así eficacia probatoria

a todos los modernos instrumentos técnicos con capacidad para registrar y reproducir hechos y todos aquellos que el avance científico y tecnológico alcancen.

Conviene destacar que Silva (1963, p.34) defiende la apertura de la regulación de los medios de prueba, en cuanto "no era conveniente que las leyes pretendieran realizar enumeraciones taxativas, porque con el paso del tiempo las convertiría en obsoletas, al irse inventando y descubriendo nuevas fuentes. Éstas debían quedar indeterminadas y siempre ser *numerus apertus*".

Sobre los medios de prueba libres, Rivera (2011) indica que "el hecho de que éstos no se encuentren previstos en la ley no significa de alguna manera que tengan un valor o eficacia probatoria menor que los señalados en la ley. Son todas pruebas del mismo rango procesal y su eficacia probatoria pasa porque satisfagan los requisitos de existencia, validez y, por supuesto los propios de eficacia, y de su relación con los otros medios en el contexto del proceso. Lo importante es que puedan plasmar los hechos y tengan potencialidad para su traslado al proceso..., el problema es cómo se introducen al proceso dado que no tienen previsto en la ley el procedimiento correspondiente (p. 893)".

#### El debido proceso y la libertad probatoria

El fundamento del artículo 395 del CPC, lo constituye la autonomía de las partes para utilizar cualquier medio de prueba no necesariamente establecido taxativamente en la ley, con el propósito de que el debate probatorio sea lo más amplio posible, logrando de este modo una mejor apreciación de los hechos por parte de juez, y la posibilidad de una decisión basada en la verdad real y no solamente formal, procurando una justicia eficaz.

Y respecto a este punto, se considera acertado acotar también que Rivera (2011) relaciona el principio de libertad probatoria con el principio del debido proceso, cuando se refiere a lo que él ha denominado "el derecho de probar y la libertad de medios probatorios", señalando lo siguiente: Sin caer en los extremos de calificar a cualquier concepto como principio, vamos a indicar que existe uno de orden superior

que es el principio del debido proceso en la prueba. Es un verdadero principio, pues está conectado íntimamente con derechos de rango fundamental.

En Venezuela, el derecho a un debido proceso en la prueba se aborda de diversas maneras en la Constitución nacional. En el artículo 26 constitucional se establece el derecho al acceso a los órganos de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, ello significa ser oído, lo cual conlleva la probanza; en el artículo 49 ordinal 1, ejusdem, se consagra el derecho de acceder a las pruebas en contra, disponer de los medios adecuados para la defensa y se establece que serán nulas las pruebas obtenidas mediante la violación del debido proceso...,¿Qué es el debido proceso en la prueba? Allí están involucradas todas las garantías individuales del proceso: contradicción, bilateralidad, igualdad, notificación, imparcialidad y lealtad procesal.

La pregunta supone que si existe el derecho de probar. Esto no es una perogrullada, pues si a la persona se le niega el derecho a probar es como si le fuera negado el derecho al proceso mismo, que equivale a lo que decían los romanos "*ídem est non esse aut non probari*".

Obviamente, de poco sirve ser titular de una determinada relación jurídica, si en el caso de que nos sea desconocida no la podemos probar. En el mismo artículo 49 se consagra el derecho a probar cuando se establece: "de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados ejercer sus defensa". Así pues, que la facultad o derecho de probar, es inseparable del derecho de defensa. En la doctrina moderna constitucional se entiende que la persona tiene el derecho fundamental a probar sus alegaciones.

En la protección del derecho constitucional de defensa, las partes deben disponer de libertad probatoria para valerse de todos los medios lícitos de prueba para que puedan demostrar sus hechos. Interesa también, para el cumplimiento de la finalidad de la prueba destinada a lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos, que haya libertad probatoria.

La regla es que las partes pueden acudir a cualquiera de los medios, si lo estiman conveniente, que las restricciones y excepciones son de derecho estricto, y que dichas excepciones y restricciones no se pueden aplicar, analógicamente, a supuestos distintos a los previstos en la ley. Sólo se limita en razón de la moralidad o de la inutilidad de la prueba, o cuando exista quebrantamiento de derechos fundamentales en la obtención de la prueba, lo cual configura como prueba ilícita y por tanto, se excluye su ingreso al proceso-regla de exclusión-(p. 891-892).

Devis (1993) expresa que este principio tiene dos aspectos, a saber: "libertad de medios y libertad de objeto". El primero se refiere a que no debe haber limitación legal acerca de los medios probatorios admisibles, dejando al juez facultad para la calificación de su pertinencia probatoria; el segundo se refiere a que puede probarse todo hecho que tenga relación con el proceso y que las partes pueden intervenir en la práctica. No se debe limitar la actividad probatoria en forma absurda y ocurrente, porque de alguna manera sería atentar contra el derecho de defensa.

El tratadista Florian (1931), citado por Devis (1993), afirma que "la averiguación de la verdad debe desarrollarse sin obstáculos preestablecidos y artificiales". Igualmente, Parra (2001), ha sido enfático en una visión que es: "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.

A juicio de Rivera (2011; p.301-302): "Es obvio que los fines no justifican los medios. No obstante, la libertad de medios de prueba tiene un significado garantista, pues no se puede limitar el derecho de probar que sea ajustado a los valores y principios que la Constitución propugna. Máxime cuando el progreso humano, manifestado en la ciencia, la técnica y la tecnología, crean instrumentos más afinados para percibir el mundo y determinar sus relaciones. Ese desarrollo científico debe ser asimilado por el derecho para que sea instrumento para el alcance de la verdad y justicia. De suerte que fuera de la ley pueden existir otros medios probatorios que no fueron previstos y que son resultado del progreso humano y social".

### El principio de contradicción de la prueba y el principio de control y fiscalización de la prueba

Farías (2011; p.2) ha expresado que "El ordenamiento jurídico venezolano, solidarizado con los principios y derechos que deben tener las partes en un proceso, ha permitido incorporar a través de los instrumentos legales existentes, vías, mecanismos o formas que permiten materializar el tan imprescindible derecho de defensa de las partes. De igual modo, es oportuno destacar que a tenor de lo dispuesto en el artículo 26 del texto constitucional venezolano, existe una garantía jurisdiccional dirigida a toda persona de acceder a los órganos de administración de justicia a fin de hacer valer sus pretensiones y que las mismas sean tramitadas mediante un proceso donde se les garanticen todos los principios establecidos en el mismo.

En tal sentido, y conforme con ese imperativo constitucional, los jueces de instancia deben permitir a las partes hacer uso de los medios de pruebas legales y libres, a fin de llegar a decisiones acertadas, pero con la salvedad que en ese uso los operadores de justicia deben garantizarle a su vez a la contraparte el ejercicio de los mecanismos o vías que permitan materializar el ejercicio del principio de control y contradicción de la prueba, respectivamente.

Bajo este panorama, debe advertirse que si bien el artículo 49 de la CRBV hace viable la materialización del derecho de defensa en un juicio a través de la garantía del debido proceso, debe indicarse también de manera más especifica que los numerales 1°, 2° y 3° de dicha norma constitucional, faculta a las partes para poder hacer uso de dos principios interconectados, propios de la materia probatoria, tales como lo son el de la contradicción y control de la prueba; por cuanto de acuerdo a lo expresado por Cabrera (1997; p.24), puede inferirse que en todo proceso el derecho de defensa se justifica en la necesidad de otorgarles a las partes la oportunidad de conocer los medios de prueba que se incorporan al mismo, a fin de preparar su defensa en la dialéctica procesal tesis-contratesis, correspondiéndole al juez de

garantizar el cumplimiento de las formas procesales que permitan garantizar el referido derecho.

En este sentido, es oportuno destacar el comentario generado por Santana (1983; p.16), quien establece que "las pruebas se evacúan bajo el control del juez y de la contraparte, y en cada medio probatorio existen mecanismos específicos para hacer efectivo el contradictorio y ejercer el control reglamentado"; y a fin de entender la relación armónica que existe entre ambos principios, es necesario conocer el alcance práctico de cada uno de ellos, con el propósito de determinar la forma y/o manera que poseen las partes procesales para hacer efectivo el ejercicio del derecho de defensa.

Con fundamento en el principio de contradicción, la parte contra quien se opone una prueba debe contar con la oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el derecho de contraprobar, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes. (Devis, 1972; p.123).

Así, conforme este principio, y de conformidad con lo expresado por Cabrera (1997), puede inferirse, que no puede incorporarse a las actas medio de prueba de forma secreta o clandestina, ya que debe necesariamente oírse a la parte contraria, en virtud de que el juez basará su decisión en los hechos alegados y probados por las partes. Este principio constituye una manifestación del derecho a la defensa, orientada a que los medios probatorios promovidos no se valoren, no se les otorgue eficacia probatoria, y está compuesto por dos figuras, a saber: la oposición y la impugnación.

Por su parte, para Cabrera (2007; p.343), el principio del control de la prueba: "consiste en la oportunidad que deben tener las partes para concurrir a los actos de evacuación de los medios de prueba, a fin de realizar las actividades asignadas a ellas por la ley según su posición procesal, e igualmente para hacer las observaciones y reclamos que consideren necesarios (las oportunidades y actividades integran el principio de control de la prueba".

Al respecto, dicho autor sostiene que, al analizar la aplicación del referido principio dentro del contexto de un proceso, se observa que las partes además de tener conocimiento de los medios de prueba traídos por su contraparte, tendrá además la oportunidad de vigilarlos, fiscalizarlos en su evacuación o antes de incorporarse a las actas.

Sobre la base expuesta, debe notarse que a pesar de la relación armónica existente entre los principios aludidos, pues ambos traen consigo la materialización del derecho a la defensa, uno alude a una institución de orden público y otro de orden privado. En este sentido, (Cabrera, 1997, p. 25), expresa: "Son de orden público las formas ligadas al principio de la contradicción de la prueba (nadie puede renunciar al derecho de defensa o al atacar la prueba del contrario); pero las relativas a su control no lo son"

Así pues, se observa que si bien el derecho de defensa en sí mismo alude a una institución de orden público, no es menos cierto que existen algunas formas procesales que lo complementan, que pueden ser convalidadas sin impedir que se ejerza tal derecho; en este caso se hace alusión al principio de control de la prueba; más no sucede lo mismo cuando corresponde a la parte contar con la oportunidad para defenderse en juicio, ya que si no lo hace, podría generar consecuencias jurídicas, en ocasiones gravosas, además de los vicios en el acto aparentemente válido; todo lo cual acarrea la nulidad del acto a solicitud de parte o de oficio por el juez.

Como corolario de lo expuesto, y siguiendo el criterio manifestado por Cabrera (2007), puede mencionarse el supuesto en el cual dentro de un proceso el juez fija una inspección judicial pero no acuerda la hora para el traslado, en ese caso se nota que es el control de la prueba el que se ve afectado, no obstante la asistencia de la parte al acto de evacuación convalidaría el acto, sin afectarse el derecho a la defensa; otro caso que podría señalarse sería la ausencia personal de la parte o de su apoderado al acto de evacuación de un testigo a fin de realizar las repreguntas que considere pertinentes.

En estos casos, se nota palpablemente que si bien el derecho a la defensa debe garantizarse a los sujetos procesales, no es menos cierto que el ejercicio del control depende de las partes y de su diligencia, sin poder el juez declarar su nulidad, ya que no existen vicios para hacerlo. De otra forma, cuando al demandado no se le otorga el término de distancia para que conteste, resulta palpable que se trasgrede el principio de contradicción, lo cual vicia la validez del proceso, siendo necesario subsanar el error cometido.

Bajo esta perspectiva, y siendo que nadie puede renunciar al derecho de defensa, una vez promovidos los medios de prueba por cualquiera de las partes, hace nacer para la parte contraria la posibilidad cierta de rechazarlos en su totalidad, a través de la oposición a su admisión o con la impugnación; entendiendo que con la contradicción, la cual va dirigida contra el medio de prueba, lo que se pretende es que el mismo no se valore, bien porque no se le ha dado entrada o habiéndolo hecho carece de eficacia probatoria.

Sin embargo, respecto a las pruebas libres, la imposibilidad de preestablecer un régimen para tales medios, obliga al legislador a entregar al juez una especie de apoderamiento, cuyo objeto sea el de adoptar las medidas oportunas a fin de extraer rendimiento a aquellas nuevas fuentes desconocidas.

Cabe destacar que el mundo actual se encuentra en una etapa marcada por los grandes avances tecnológicos que afectan a todos los ámbitos de la actividad humana y su entorno, y consecuencialmente estos avances ejercen influencia en el Derecho.

Sobre este aspecto, Velandia (2015) sostiene que así como la revolución industrial cambió la forma de vida en el mundo, la aparición de la computadora (por llamar de la manera más sencilla el complejo mundo de la informática) ha irrumpido para modificar la conducta humana, a tal extremo que se prevé que en poco tiempo la población en todo el planeta dependerá de alguna forma de la tecnología electrónica. En la época en que vivimos las nuevas tecnologías han pasado a ser fundamentales en la vida diaria, por cuanto un gran número de personas hacen uso de estos avances

tecnológicos en su día a día, debido a que el computador se ha convertido en un instrumento envolvente, que se encuentra por todas partes, formando parte de nuestra vida cotidiana y es difícil que alguna actividad humana escape del influjo de los recursos informáticos (p.18).

Al respecto se argumenta que: como consecuencia, el mundo contemporáneo experimenta un avanzado proceso de desmaterialización de las actividades, antes cotidianas de la persona humana, esto en el sentido, de que todo aquello que hace unos años ameritaba la inmediación insuperable de la persona física, para que pudiera estar investido de validez, hoy día se basta y es perfecto, a través de la instrumentación de las tecnologías de la información, que para la casi totalidad de actividades, negocios y relaciones interpersonales, emplea actualmente la sociedad.

Así pues, las múltiples ventajas que se implícita con el empleo de las tecnologías de la comunicación, sistemas informáticos y utilización de la red de comunicaciones a distancia, se han diseminado en forma mantenida y creciente en el mundo, desde su instrumentación para el interior de algunas organizaciones, hasta su difusión a nivel mundial y para todas las áreas de la vida moderna;

Las cuestiones anteriores revelan el hecho, de que el hombre moderno ha visto como los requerimientos de su vida común se "simplifican", con la abstracción de la presencia física y de la inmediación; pero no sólo a los grupos humanos (sociales) alcanza el fenómeno, sino que las propias organizaciones del Estado, comienzan a instrumentar el empleo tecnológico, como medio de simplificación de los trámites necesarios al ciudadano, y como forma de supresión de las burocracias en el trámite y conformación de los negocios jurídicos con soporte escrito. En ambas manifestaciones se observa una misma tendencia, y esta es, hacia el empleo de las tecnologías que ahorran tiempo y presencia personal al hombre y a sus organizaciones (Vegas, 2007)

Así hoy día gracias al uso de internet, es posible celebrar contrataciones de cualquier tipo y en cualquier parte del mundo en tiempo real, efectuar desde el

interior de una oficina o casa, transacciones bancarias, comerciales, de negocios en general, como compras-ventas, pago de servicios públicos o privados, realizar publicidad, e incluso otras cuestiones ya relacionadas con el estatus personal de cada uno, como la gestión de documentación atinente a la identidad personal, ciudadanía, registrar nuestra actividad fiscal, entre otros.

A través de páginas webs, redes sociales, como Facebook o Twitter, o mediante aplicaciones que permitan la comunicación instantánea entre los usuarios, Whatsapp, entre otras; se generan contenidos, chats, imágenes o vídeos, que pueden ser publicados o no en redes sociales o simplemente almacenarse en pc's, equipos móviles, tarjetas de memoria, usb, entre otros, convirtiéndose en elementos que pueden llegar a constituir nuevos medios de prueba que a diario son presentados en los juzgados y tribunales, por lo que esta revolución tecnológica ha afectado de manera intensa e irreversible al mundo judicial y a la administración de justicia.

En tal sentido, Velandia (2015, p. 18), ha indicado que "en razón de que la inmensa mayoría de esas actividades requieren demostración, la probanza respectiva tiene que investirse de la mayor certeza posible sin que algunos casos sea sencillo lograrlo".

El derecho, como ciencia social, es una institución cambiante, dinámica, por cuanto debe adecuarse a los tiempos y necesidades de la sociedad a la cual sirve, y más aún el derecho procesal tiene que ponerse a tono con su tiempo en su aplicación, para no quedar estancado, obsoleto o inoperante, y para que realmente pueda ser útil en su fin supremo de propiciar la paz y el bienestar social, al responder de manera óptima y eficiente a los hechos que deben ser atendidos. En consecuencia, la prueba como base fundamental del derecho probatorio no escapa de ser susceptible a estos cambios y revisiones.

## Promoción, impugnación y evacuación del documento electrónico en el proceso, según la aplicación analógica a otros medios de prueba nominados

#### Documento público y documento privado

La prueba dentro del proceso civil, y más precisamente, dentro del ámbito que se adminicula a la presente investigación, es aquella que se deduce de la convicción, que tanto los documentos públicos como privados, están en capacidad de aportar al proceso. Ahora bien, siendo que éstos son tratados distintamente por la norma sustantiva y adjetiva civil, es preciso atender a las particularidades de cada uno, para luego explanar el tratamiento doctrinal que lo que vendría a ser entonces el documento y la prueba.

El CPC (1986) ha definido al instrumento público, bajo el siguiente entendido:

"Artículo 1.357. Instrumento público o auténtico es el que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un Registrador, por un Juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado".

Se colige del pronunciamiento del legislador, de la relación esencial que existe entre la presencia del funcionario público en el nacimiento del documento, las solemnidades relativas a tal, y el valor que se desprende luego, de dicho documento. La presencia del funcionario representa la presencia misma del Estado, encarnado en la persona a la que confiere la facultad de asegurar la fe pública, es decir, la posibilidad de que sea tenido como cierto absolutamente (salvo los casos establecidos en la norma), lo que se desprende como contenido del instrumento.

El CPC en sus artículos 1.359 y 1.360, preceptúa, respecto del valor probatorio del documento público, lo siguiente:

Artículo 1.359. El instrumento público hace plena fe, así entre las partes como respecto de terceros, mientras no sea declarado falso: 1°, de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber efectuado, si tenía facultad para efectuarlos; 2°,

de los hechos jurídicos que el funcionario público declara haber visto u oído, siempre que este facultado para hacerlos constar.

Artículo 1.360. El instrumento público hace plena fe, así entre las partes como respecto de terceros, de la verdad de las declaraciones formuladas por los otorgantes acerca de la realización del hecho jurídico a que el instrumento se contrae, salvo que en los casos y con los medios permitidos por la ley se demuestre la simulación.

Se infiere del legislador, la intención esencial, de conferir al documento público un valor probatorio, tanto en el aspecto formal, o de las solemnidades que se involucran en su formación, y que en últimas, confieren o no la necesaria validez a este; así como respecto del fondo, o de los derechos que son el verdadero contenido del instrumento, las relaciones jurídicas que en razón de él han nacido.

El carácter más esencial de este tipo de instrumento, es el que se deriva del hecho, de su valor probatorio absoluto, no solo entre las partes que lo han suscrito, sino también, en contra de los terceros, valor erga omnes, que significa, la obligación de extendida a todos los no suscribientes, de respetar las relaciones, derechos o condiciones que hubieren surgido del documento.

En este sentido, la ley sustantiva civil, no solo ha consagrado la existencia del instrumento público en los términos antes citados, sino también, del privado, siendo este último, aquel que nace entre las partes, sin las solemnidades propias de la presencia del funcionario público, y que efectivamente tiene carácter de plena prueba entre quienes lo han suscrito, mas no hace respecto de los terceros; que no tendrán ahora la obligación de acatar su contenido, sino que están en posición de discutir los derechos en él expresados. Así, el artículo 1.361 del Código Civil, establece: Igual fuerza probatoria que la determinada en el artículo anterior producen el instrumento público y el instrumento privado, entre las partes, aun de las cosas que no han sido expresadas sino de una manera enunciativa, con tal que la enunciación tenga una relación directa con el acto.

Ahora bien, consideradas las distinciones que la norma sustantiva civil (a la que remite el Código de Procedimiento Civil, para la determinación de los medios de prueba y su relativo valor), cabe ahora establecer el tratamiento que la doctrina ha dado al concepto de documento.

Así se tiene entonces que Carnelutti (1971; p.95), ha tratado la definición de documento, bajo el siguiente tenor; 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 está 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.

Se deriva de la doctrina citada, la idea de la "materialidad" del documento, asumiéndolo el autor, como efectivamente una "cosa" representativa, es decir, como una cuestión material y con existencia física, que ha sido creada voluntariamente por el hombre y dotada de capacidad para contener y evidenciar una idea; de allí que pueda ser entendido como un vehículo para la conservación y evidencia de lo que se quiso dejar constancia en él.

El carácter de permanencia que se relaciona con el documento, resalta como fundamental en el tratamiento del autor, pues es la distinción que hace con el testimonio (que sería en principio el mecanismo más expedito para la expresión del pensamiento), aparece el instrumento, como capaz de superar en vigencia a la sola palabra, pues en él ésta queda mantenida.

En este mismo orden de ideas, Dominici (1962), explica: La prueba por escrito o prueba instrumental no es en realidad sino la prueba de testigos preestablecida. La escritura es el resultado del testimonio de los hombres..., cualquiera que sea el término empleado es conveniente advertir que en el lenguaje del Derecho y de la jurisprudencia, documento, escritura, instrumentos, acto o título, vale decir, un escrito destinado a probar un hecho o negocio jurídico entre partes, y que fuera de eso aquellos conceptos no se aplican sino por extensión como acontece en historia, economía, política, administración, etc".

En consonancia con la doctrina de Dominici (1962) y Carnelutti (1971), acerca las idea de testimonio y documento, en términos de una relación de utilidad indispensable, donde el primero aporta el contenido al segundo, y este último es el capaz de conservar aquellas ideas emanadas del hombre, que sin la característica de la escritura, quedarían difuminadas en el entendimiento y recuerdo de la mente, y luego, sin posibilidad de probanza futura. El documento se vale entonces de la escritura, como medio de conservación de un contenido, que efectivamente proviene de la mente y volición humana.

En torno entonces a la doctrina patria, Bello (1966), establece el siguiente tratamiento para la definición de documento: para la ley, los documentos, escrituras, instrumentos, actos o títulos, equivalen a un escrito destinado a probar un hecho o un negocio jurídico entre las partes, pudiendo tener además de éstas, otras concepciones legales.

En otro orden de ideas, se tiene que Rivera (2011), expresa que la doctrina distingue dos elementos constitutivos del documento: el corpus y el docet. *El corpus*, que representa la cosa corporal sobre la que consta inserta una representación gráfica, una grafía, de un hecho. El *docet* o docere, que significa lo que se enseña, la manifestación de lo que el actor trata de expresar al destinatario del documento, entendiéndose ésta como la manifestación volitiva.

Se tiene así, que aquello que contenga estos elementos puede considerarse como documento: una carta, un *graffiti*, un plano, etc., indiscutiblemente, que el documento electrónico cuando contiene una declaración o manifestación de voluntad participa de los rasgos propios de los documentos convencionales: se trata de una cosa mueble que consta de independencia física de su autor y del medio que lo crea, pudiendo ésta ser llevada ante el órgano jurisdiccional a través de su incorporación a un soporte determinado (impresión, CD-Rom, DVD, disquete ordinario, disco duro de ordenador, entre otros),

Esta acción, no excluye que despliegue efectos fuera de ese marco procesal; es inteligible, aunque necesita una máquina que interprete sus impulsos magnéticos; inalterable, esta característica se encuentra reforzada incluso cuando el documento electrónico está protegido mediante técnicas digitales de encriptación; y eventualmente atribuido o atribuible a una persona determinada, sin que exista perjuicio de que la autoría no sea inmediata; por ejemplo, cuando el documento resulte de un proceso automatizado de decisión, circunstancia esta que en modo alguno excluye la responsabilidad en su elaboración, o que esa autoría sea cuestionada, siendo ésta discrepancia común a los documentos convencionales (Cabezudo, 2004; citado por Rivera, 2011).

Ciertamente, no puede llamarse documento aquello que no posea expresividad e intencionalidad; y los medios informáticos que cumplen la función *docere*, son verdaderos documentos (Oberto, 2002; citado por Rivera, 2011). Sin embargo, pudiese ocurrir que en el medio informático se plasme un rastro o huella de algún acontecimiento mecánico; entonces, en este caso no sería un documento, sino una evidencia material.

Pareciese que el problema principal reside en aclarar si los medios informáticos (correos electrónicos, páginas web, mensajes de datos, fax, etc.) poseen ese elemento corporal; pues no existen dudas de que tienen intencionalidad y expresividad. De conformidad con la concepción y regulación existente, los medios informáticos

carecen de escasa corporalidad y presentan un alto grado de volatilidad, por lo que generalmente se encuentran en el límite del universo documental; no obstante, debe concluirse que poseen corporeidad.

Se tiene entonces, que desde el punto de vista procesal, los medios informáticos pueden ser considerados como:

- 1.- fuente de prueba, dado que éstos contienen dentro de ellos información o datos.
- 2.- como medio de prueba, en cuyo caso es un mecanismo o instrumento que sirve para introducción en el proceso de las fuentes de prueba.
  - 3.- como objeto de prueba.

En Venezuela, no existe ninguna duda, respecto a que éstos constituyen una fuente de prueba, no obstante, si es discutible, si pueden ser considerados como medio autónomo. Pero cabe destacar, que en Venezuela, por vía de la práctica judicial (CPC artículo 395) y la jurisprudencia, se han ido sentando las bases de su incorporación al proceso; esta acción, pone de manifiesto el papel del juez como órgano creador de derecho, por supuesto en el marco de las garantías procesales (Rivera, 2011).

En lo demás, como claramente lo dice el Artículo 1.355 del Código Civil: El documento tiene como finalidad esencial, de ser un medio probatorio, cuando es redactado por las partes, de las convenciones que han establecido, y su validez no tiene ninguna influencia sobre la del hecho jurídico que está destinado a probar, salvo en los casos que se requiera como una solemnidad del acto.

Para Montero (2005), citado por Rivera (2011; p.723-724) la doctrina ha determinado como elementos característicos los siguientes:

- 1. Existencia material: Se ha considerado como una cosa corporal, de tipo mueble, capaz de ser transportada a la presencia del juez.
- 2. Contenido: La cosa corporal que es el soporte del documento representa un hecho o acto jurídico. No debe confundirse la cosa con el acto o hecho

jurídico. El contenido es lo representado, la declaración de voluntades o conductas que se plasman en la cosa corporal.

- 3. Forma de la representación: Si nos atenemos a la disposiciones normativas contenidas en el Código Civil (artículos 1355-1382), Código de Procedimiento Civil (artículos 429-450) y la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (artículos 77-91) la representación debe ser escrita, independientemente del tipo de soporte (papel, diskette, CD, etc). Esto no excluye que la prueba documental sea vía apropiada para que se introduzcan en el proceso formas de representación del hecho o del acto distintas de la escritura (Araujo, 2006).
- 4. Autoría: Debe tener un autor, al respecto decía Carnelutti (1979), "Un acto humano no puede ser representado más que cuando se indique su autor...representar el hecho de un hombre quiere decir representar un hombre que hace". No se debe confundir autoría con la forma como se determina esa autoría, lo cual puede ser con la firma, con las huellas digitales, a ruego, con sello comercial, en forma encriptada e incluso en clave o en contraseña (Montero, 2005). Tampoco debe confundirse con suscripción, aun cuando ésta es esencial al documento o un complemento necesario para la función documental.
- 5. Data: La individualización no se da solo por la identificación del autor, sino también por las circunstancias de tiempo y lugar en que se realizó el documento. la data consiste en la indicación del lugar y del tiempo de su formación. Debe tenerse presente que la data es elemento del documento y no del contenido. Puede ocurrir que un documento no tenga fecha ni lugar, lo cual se podrá probar por otros medios, pero indudablemente causa inconvenientes (Carnelutti, 1979).

Conviene resaltar que a partir de la doctrina de Bello (1966), es posible descubrir los elementos esenciales, a los que el legislador patrio, ha vinculado la idea del documento (independientemente de su tipo) y su correlativo valor probatorio; así las normas adjetivas y sustantivas relacionan la idea de documento, primeramente con una cosa material, en la que consta los hechos, testimonio o voluntades expresados;

elementos estos que vendrían a conformar el segundo de los requisitos, el contenido, como expresión de las ideas cuya conservación son el objeto del instrumento, y finalmente la firma, como evidencia de correspondencia entre el contenido y su autor.

El autor y la firma conforman un dúo del que nace la validez y eficacia probatoria del documento, pues en la veracidad de ambos se fundamenta sin duda alguna, que la voluntad expresada, es de quien consta y que ésta ha querido ser conservada para el futuro, por medio de la escritura.

#### Clasificación de la prueba instrumental y su valor probatorio

Existe en la doctrina, tanto a nivel patrio como en el propio derecho comparado, una posición partida en cuanto a la identidad del documento y el instrumento, y otra, respecto a la diversidad de ambas figuras, por no ser éstas idénticas entre sí.

Entre quienes propugnan la distinción entre una y otra forma probatoria aparece Alsina (1961), quien sostiene al respecto: "(....) las leyes hablan indistintamente de documentos o instrumentos como si fueses términos sinónimos, cuando, en realidad, responden a conceptos diferentes. Por documento se entiende toda representación objetiva de un pensamiento, la que puede ser material o literal. Son documentos materiales, entre otros, los quipus, las tarjas, las marcas, los signos, las contraseñas, etc. Documento literales son las escrituras destinadas a constatar una relación jurídica, y para los cuales se reserva el nombre de instrumento".

La instrumentalidad y literalidad de los documentos, son los criterios en virtud de los cuales se descubre, según el citado autor, la diferencia que existe entre los simples documentos materiales y los literales, siendo los primeros aquellos que se refieren a la materialidad física en la que consta el contenido, relaciones o derechos conservados en éstos, mientras que los segundos se refieren a las escrituras que han sido concebidas puramente a los efectos de servir como instrumento de prueba de los derechos o relaciones a los que se refiere, dotados necesariamente, de una evidencia material.

También desde la óptica de la distinción entre las clases precitadas de documentos, Calvo (2002), expone:

- 1. Por razón de la persona de que emana. Es la principal. Se clasifica en documentos públicos, emanados de funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones, y documentos privados, en los que no interviene, por lo menos en el ejercicio de sus funciones, ningún funcionario sino solo personas privadas.
- 2. Por su solemnidad, se clasifica en documento ad solemnitaten y ad probationen, según generen el acto y constituyan la única forma de reconocer la existencia de un acto jurídico determinado o solo como prueba de este acto, que se puede acreditar también por cualquier otro medio probatorio.
- 3. Por su fuerza probatoria, se clasifica en auténtica, aquella que prueba por sí misma, y fehacientemente, la que permite presumir la existencia de un hecho. Es entonces, que además de la instrumentalidad o materialidad del documento, es preciso determinar, para el establecimiento de su valor probatorio, los elementos a los que hace referencia Calvo (2002), cuando habla del sujeto del que ha provenido el instrumento, del valor que en virtud de tal tendrá, a los efectos de eventuales probanzas en el proceso, y, la clase de convicción que generan en la causa, pudiendo ser ésta la de una presunción o la de certeza plena.

El valor probatorio de las distintas clases de documentos, aparece entonces como un entramado de caracteres, elementos y dinámicas; en virtud de las cuales cobra vida la función de evidencia de la voluntad humana, que se adminicula con tal elemento probatorio; sin que puedan superarse o entenderse individualmente, sino que precisan una concurrencia absoluta.

Finalmente, respecto del valor probatorio de la prueba instrumental, el autor antes mencionado expresa: Los documentos auténticos o públicos, por la gran importancia que tienen en las relaciones jurídicas, son lo que por sí mismos hacen prueba o dan fe de su contenido. En cambio los documentos privados tienen valor de

prueba plena cuando son reconocidos por el propio otorgante o por los representantes legales.

La relatividad en el valor probatorio de los documentos públicos o privados, dependerá entonces de la presencia o no del funcionario del Estado, que asegura el cumplimiento de aquellos solemnidades, que no dan oportunidad a falsedad alguna, sobre el contenido allí evidenciado; al tiempo que la privacidad del documento entre las partes, sin suscripción ante funcionario, no permite la aparición de la fe publica que asegura, la probanza y valor del documento, sirviendo solo como prueba plena, cuando es reconocido y aceptado en su contenido, por quienes concurrieron a su formación.

### El documento electrónico como un medio de prueba libre en el proceso civil venezolano

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. (p.22).

Sostiene Méndez (1999), 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.

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 encontremos en la situación de tener que utilizar documentos provenientes de un sistema de elaboración electrónica: certificados de cajeros automáticos, tickets emitidos por cajas automáticas y otra documentación, se observan por todas partes y su enumeración podría continuar hasta comprender un número indeterminado de documentos de los más diversos entornos de la vida social; documentos a los cuales puede ser dado en general el nombre de documentos electrónicos (p. 147).

Según Arias (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 plasman 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 extensa y en ella tiene cabida la idea de documento electrónico, como aquel soporte electrónico o informático sobre el que se hallan palabras u otros signos que identifican ideas.

Parilli (1996), también se acerca a la conceptualización del documento electrónico, cuando explica: el concepto de documento automatizado o electrónico comprende 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, ya sea, utilizando la impresora de una computadora, o con tarjeta de plástico con agregado magnético.

Esta definición del documento electrónico, asume como elemento esencial de tal tipología, las especiales características de su producción, las cuales están relacionadas con la utilización de alguna "máquina" o instrumento tecnológico (electrónico), para la reproducción. Es para este tipo de documento, un hecho característico de distinción, la intervención de una tecnología de tipo "electrónica", entendiéndose por tal, a la que es distinta a los medios ordinarios de simple trascripción, como lo sería, por ejemplo, una máquina de escribir.

En este mismo orden de ideas, Arata (2002) refiere: respecto al caso del comercio electrónico, a través de la utilización de un tabulador el sujeto jurídico exterioriza su voluntad, bien en orden a ofrecer un bien en venta, un servicio, manifestar su aceptación de una oferta de negocios o simplemente expresar cualquier mensaje con relevancia jurídica y en el momento en que se trasmite el impulso a la máquina que memoriza el mensaje, la forma de la declaración o del negocio jurídico coincide con la información memorizada de la máquina electrónica, la cual funge de documentación y el documento se identifica con la memoria. Como bien lo expresan reconocidos autores del Derecho Probatorio Italiano, "registrar datos en una memoria magnética significa escribir".

Cabe señalar que Barriuso (1998) afirma que, el documento electrónico puede contener información escrita, pero, a diferencia de la escritura tradicional, el mensaje en él contenido no puede ser leído por el hombre sin el auxilio del computador, que fungiría de decodificador".

El citado autor manifiesta que la intervención de la máquina en torno a la conservación de la manifestación de voluntad, que es objeto esencial del documento, sea este del ordinariamente conocido, o del electrónico; pero, se adelantan los dos últimos citados, en la idea de que además de conservar, la máquina es además un mecanismo esencial para poder luego de la "escritura", acceder nuevamente a la informaciones allí establecidas, pues no le sería posible al hombre, evidenciar repetidamente esta, sino por la decodificación que en este caso, realiza el procesador.

#### **Tipos de Documentos Electrónicos**

Peñaranda (2008; p. 121) señala que existen dos tipos de documentos, siendo:

#### Tipos strictu sensu o Específico del Documento 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 el documento electrónico es 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 máquinas, 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 máquinas adecuadas.

#### Tipos Lato Sensu o en Sentido Amplio del Documento Electrónico

Este tipo de documento electrónico se clasificará 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

De la noción amplia de documento es posible colegir que se encuentra formado por varios elementos, como lo señala Jijena (1998). Indica que los elementos de esta noción son la existencia de un soporte en el cual constan, un medio que se emplea para grabar los signos, un lenguaje o idioma y un mensaje o contenido.

Gaete (2000) sostiene que la naturaleza jurídica del documento electrónico; se sitúa en la naturaleza jurídica propia del documento informático, en una nueva forma surgida al amparo de las modernas técnicas de la electrónica, considerando que se trata de un elemento vital para el desarrollo de un nuevo concepto de comercio y por ende de los contratos a través de los cuales éste se expresa hoy y se expresará cada vez más en el futuro cercano.

Por su parte, Martín (1999) refiere respecto a la naturaleza jurídica de los documentos electrónicos; que resulta imprescindible la intervención de ese tercero del prestador de servicios de certificación para que éste acredite que se han cumplido los requisitos exigidos en la ley en cuanto a la garantía de los servicios que presta en la comprobación de la eficacia de la firma electrónica, y en especial, las obligaciones de garantizar la confidencialidad del proceso así como la autenticidad e integridad de la información generada y la identidad de los firmantes.

De esta forma, Carrascosa (2000) señala que el documento electrónico puede ser considerado en su origen como intangible o inmaterial necesitando de un elemento corporal o soporte duradero al que se une de forma inseparable para desplegar su efecto probatorio. Todas estas razones, han conducido a considerar al documento electrónico como verdadero documento, y por tanto, participar de la naturaleza jurídica del mismo, de acuerdo con la interpretación auténtica que lo considera como todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier tipo de relevancia jurídica.

Sobre este tópico, Devis (1993; p.501) agrega que el documento es un medio de prueba indirecto, real, objetivo, histórico y representativo". Y en este aspecto, Carnelutti (1979; p.110) sostiene que un documento es "todo lo que encierra una representación del pensamiento aunque no sea por escrito y aún más, una representación cualquiera".

El documento en cuanto a su naturaleza jurídica, es un medio de prueba indirecto extraprocesal; porque éste refleja una situación que aconteció en el pasado

fuera del proceso. Precisamente, con base en la configuración de la naturaleza jurídica, (Rivera, 2011; p.725) plantea una clasificación en los siguientes términos:

- 1. Representativo dispositivo en cuanto incorpora una declaración constitutiva, por ejemplo, "yo XXX doy en venta a ZZZ un..."
- 2. Representativo testimonial que materializa una declaración de conocimientos o un simple acontecimiento que puede generar consecuencias jurídicas.

De acuerdo a las consideraciones realizadas con anterioridad, ha quedado establecido que el concepto de documento se ha venido identificando tradicionalmente 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, al acoger la definición amplia del documento, como "cosas muebles aptas para la incorporación de señales expresivas de un determinado significado", debe concluirse que los registros o soportes electrónicos en lo que se encuentren estos elementos 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, por ejemplo el reconocimiento de determinados acontecimientos mediante una conversación de whatsapp, una carta enviada a través de un correo electrónico, un plano cuyas mediciones se obtuvieron a través de un dispositivo electrónico (gps), una ubicación cartográfica obtenida a través de google maps, entre otros, que pueden perfectamente imprimirse en papel y ser promovidos en juicio para su evacuación.

El acto de registrar datos en una memoria magnética significa escribir, y consecuencialmente, se pudiese sostener que en el mensaje de datos se puede considerar que hay información escrita. Se observa entonces que el documento electrónico puede ser considerado una cosa, un mueble con independencia física de su

autor que no puede ser modificado, pero que sin embargo, puede ser reproducido a través de distintos medios sin que sufra alteración alguna.

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.

Vale subrayar que Velandia (2015; p.92) establece que el catálogo de medios probatorios reviste una gran variedad, encontrando como los más conocidos los siguientes:

- 1. El CD-Rom, también llamado *compact disc* o con la sigla CD extensiva a su versión CD-ROM (modificable) y una forma muy popular de almacenamiento de la información electrónica.
  - 2. El DVD, un disco digital con una capacidad superior al CD.
- 3. El video, conocido como un objeto que reproduce las imágenes y sonido provenientes de una cinta de video. Tiene otras versiones.
- 4. Los programas computarizados, que son una especie de órdenes concentradas para ser introducidas, leídas y aplicadas a través de una computadora mediante un lenguaje técnico de "alto o de bajo nivel".
- 5. El *fax*, abreviatura de la palabra *facsímil*, un aparato de remisión y envío de imágenes en blanco y negro a través de una línea telefónica. Es un medio de reproducción de la palabra escrita y la imagen, que ha caído un poco en desuso.
- 6. El disco duro, que es un dispositivo de almacenamiento que permanece instalado en un aparato de computación con gran capacidad de almacenaje de información.
- 7. El correo electrónico, también conocido como *e-mail*, un instrumento para intercambiar mensajes a través de Internet.

- 8. Internet, la gran red mundial a la que puede accederse para enviar textos, imágenes y sonidos, buscar información o efectuar cualquier tipo de transacción comercial sin necesidad de desplazamiento físico.
- 9. Las tarjetas de pago bancario y las de prepago de telefonía móvil celular, que funcionan a través de una empresa determinada y se activan mediante una clave secreta. Cada cuenta marca su saldo cada vez que se accede a ella a través de un PIN (clave personalizada).

#### Principios rectores en la interpretación de los documentos electrónicos

#### 1.- Principio de los equivalentes funcionales:

El principio de equivalencia funcional procura que la información en forma de mensaje de datos tenga reconocimiento jurídico en similares términos a sus homólogos del comercio tradicional. En esas circunstancias, los efectos jurídicos de los actos realizados por medios electrónicos serán iguales a los realizados por otros cauces; se emplea el criterio de los equivalentes funcionales gracias al cual estudian las finalidades, los propósitos y las funciones con que se analizan tradicionalmente el contenido y los soportes de los documentos que constan sobre papel, para así llegar a fijar la forma con la que se pueden aprobar tales requisitos por medio de las nuevas tecnologías y sistemas electrónicos.

#### 2.- Principio de integridad:

Se presume que el mensaje de datos recibido corresponde al enviado, por cuanto una vez ha sido firmado digitalmente, si se llegara a modificar cualquier parte del mismo, a través de los sistemas técnicos se puede comprobar tal cambio. Por lo tanto, se tiene como presunción legal que el mensaje recibido corresponde al enviado y en caso dado considerarse que ha sido modificado el *onus probandi* está en manos del interesado, quien en tal evento deberá probar que las normas de seguridad establecidas no fueron respetadas. Integridad significa que la información enviada a través del mensaje de datos, no carece de alguna de sus partes, como tampoco ha sido transformada. En tal sentido, la integridad es uno de los requisitos esenciales con los

cuales se le da plena validez jurídica al documento electrónico y es por esto que se confía en la firma digital o en la firma electrónica; pues gracias a ella se asegura la integridad del mensaje de datos que ha sido firmado adecuadamente y es además totalmente independiente el medio en que se almacene.

#### 3.- Principio de inalterabilidad:

Este principio hace referencia, a que si bien el contenido del mensaje de datos puede llegar a alterar la firma para el caso en que se utilice este tipo de firma electrónica o la digital permite demostrar que tal evento ha ocurrido y por tanto que dicho mensaje de datos carece de valor real por cuanto es falso o ha sido alterado.

#### 4.- Principio de autenticidad:

En el mismo contexto que la firma manuscrita, se presume que la firma digital pertenece exclusivamente a la persona que consta como titular de un certificado digital emitido por una entidad de certificación. En la utilización de un sistema que utilice el mecanismo de firma digital, cada parte de la relación se encuentra determinada, habida cuenta que la clase privada empleada en la emisión de la firma digital solo puede estar siendo empleada por quien es su propietario.

#### 5.- El principio del no repudio:

Cuando se firma un documento, lo que se hace es manifestar el acuerdo con el contenido del mismo, por ende, cuando un mensaje de datos se encuentra firmado, sea por una simple firma electrónica o a través de la firma digital (obviamente teniendo en cuenta el mayor grado de seguridad técnica y jurídica que proporciona la digital), se infiere que el autor (iniciador) del mensaje que consta en el certificado, debidamente expedido, está manifestando que su voluntad es la consignada en dicho documento electrónico y, por lo tanto, no puede negarse a los efectos que del mismo se derivan, por lo que está obligado a lo que allí se establezca, ya que se ha determinado que dicho documento es veraz y tiene plenos efectos.

#### CAPÍTULO II

# LOS MEDIOS DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN APLICABLES A LAS PRUEBAS LIBRES, SEGÚN LOS CRITERIOS DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA, EN EL PROCESO CIVIL VENEZOLANO

El tratamiento legal de las pruebas libres en Venezuela, más específicamente del documento electrónico, adolece casi en absoluto de una normatividad que se armonice de manera correcta y eficiente a los alcances que tiene la tecnología en la actualidad con respecto a la documentación de los trámites que pueden efectuarse electrónicamente.

Cuando los hechos a probar sólo pueden acreditarse mediante pruebas electrónicas se presenta una problemática que ha generado interesantes debates en la doctrina y la jurisprudencia, sobre si existe un reconocimiento correcto de estas pruebas y si cuentan con un procedimiento probatorio eficaz; por cuanto la promoción y evacuación de un medio probatorio de manera correcta tiende a demostrar los hechos objeto de prueba y contribuyen a formar la convicción del juez al momento de decidir sobre lo debatido y demostrado en juicio.

Al respecto, Rivera (2011) ha apuntado de manera muy acertada que: en la medida en que se han ido generalizando masivamente la comunicaciones realizadas con el apoyo de medios electrónicos como teléfonos, videos, redes internas, redes mundiales, etc., los negocios, las transacciones financieras y todo el tráfico mercantil han ido perdiendo, poco a poco, ese soporte "material" tradicional, aquel texto plasmado en el papel con tinta indeleble y firmado de nuestro puño y letra, que aún hoy nos deja sentir el sabor de la seguridad.

El proceso escrito se basó, precisamente, en la seguridad de la forma escrita, habiendo asumido el documento papel estelar en la prueba. Por ello, con las nuevas formas de comunicación y traslado de datos surgen otras formas de contratación, de

negocios, de oferta, etc., lo cual se conoce técnicamente, hoy día como la desmaterialización de las comunicaciones.

El desarrollo de la informática ha impactado a diversas formas procesales. Por ejemplo, con respecto a los actos en la formalidad de la citación y notificación se plantea la posibilidad de realizarla a través del correo electrónico; así mismo, la realización de ciertos actos probatorios a través de video conferencia, como la prueba de testigos a distancia. Es más, se habla de la alternativa de presentar un proceso *on line*. La combinación de las formas simbólicas con la reproducción de imagen y sonido abre inmensas posibilidades para la celeridad, la concentración y la inmediación.

Obsérvese que desde hace un tiempo gran parte de los documentos empresariales (quizá la mayoría) carecen de la preciada firma autógrafa (cuestión básica conforme a nuestras normas de documento tradicional): libros de contabilidad, faxes, correos electrónicos, planos digitales, etc. Estos fenómenos de desmaterialización y la falta de suscripción (firma), han generado una serie de problemas a la hora de aceptar a los medios informáticos como prueba dentro del proceso: se observa, por ejemplo, la falta de autenticidad, su fácil reproducción y alteración, su volatilidad. Lo que conduce a plantearse de nuevo las preguntas formuladas anteriormente; si éstos, pueden considerarse como medios de prueba y cómo realizarlos en el proceso (p.894-895).

Rivera (2011) explica que tradicionalmente se conoce como medios de prueba: la experticia, la documental, la testimonial, etc. Pero, con el avance científico y tecnológico han surgido otros instrumentos que revisten la característica de *impresionabilidad* y *traslatividad*, pues en ellos quedan registrados hechos que pueden ser trasladados al proceso. Entre ellos se tienen los medios electrónicos, que pueden ser subclasificados en: a) medios de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido (llamados también medios audiovisuales), y b) medios informáticos.

Según lo expuesto por Ormazabal (2000), citado por Rivera (2011), respecto a los medios audiovisuales como fuente de prueba; éstos pueden definirse en las correspondientes imágenes, sonidos o palabras captadas mediante formación, grabación o semejantes (obviamente que se incluyen soportes de índole informática, siempre que lo que contengan consista en imágenes o sonidos captados); mientras que el medio probatorio está representado por su reproducción ante el tribunal, la prueba será el resultado de esa práctica ante el mismo.

Ahora bien, Rivera (2011) continúa señalando que puede observarse una marcada identidad entre los medios audiovisuales y los medios informáticos. La diferencia entre ambos, radica en que mientras los primeros captan o recogen imágenes o sonidos; los segundos, contienen datos o información, en sentido genérico. Ambos son soportes (una cinta de video es tan soporte como un disquete); el contenido es de carácter incorpóreo (electrónica, magnética, etc.), y exige transformarse de algún modo sensible a los sentidos, requieren de un acto de reproducción sin embargo, debe expresarse que la diferencia radica en que los medios audiovisuales aprehenden una realidad o registran unos hechos acaecidos (filman una secuencia o graban una conversación), mientras que los medios informáticos representan una realidad a través de signos, símbolos o códigos.

Por ello, debe tenerse claro que son documentos electrónicos todos aquellos que involucran mensajes de datos, las fotografías, las grabaciones de sonido, las grabaciones de imagen, planos contenidos en programas computarizados, los mensajes transmitidos vía fax (mientras no se hayan impreso) entre una gruesa cantidad de otras formas; todas inteligibles, pero distintas a la percepción y comprensión que se infiere del hecho de la lectura, la escritura y la firma (aun cuando algunos mensajes de datos están electrónicamente firmados).

En este sentido, debe señalarse que como todo proceso sociológico este desarrollo tecnológico tiene sus esperables repercusiones en el campo jurídico (pues la regulación legal emerge como la consecuencia por antonomasia), por lo que el

legislador (en un fenómeno ya advertido en otras regiones), confronta con una urgencia paulatinamente creciente, la necesidad de adaptar las leyes a las exigencias de actividades que se saben producidas bajo el supremacía de la tecnología de la comunicación, que son esencialmente inmateriales en su forma; o que pudiendo acreditarse en alguna manifestación física, han sido constituidas sin la inmediación directa de los involucrados; por lo que escapan a la tipicidad de medios probatorios diseñados por el ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas se observa, que la ausencia física de quienes participaron en la celebración de un negocio jurídico o en otro tipo de acto, que pudiera resguardar en algún momento, implicaciones legales, ha conducido al legislador y a los jueces de nuestro país a afrontar una cuestión trascendental, que atiende, sobre cómo debería operar la promoción, impugnación y evacuación de aquellos instrumentos, que si bien constituyen prueba de los actos ejecutados, no encuadran, en los presupuestos normativos típicos de la ley adjetiva civil; por lo que surge una disyuntiva con esta actividad probatoria: al garantizar el ejercicio del derecho a la defensa y el principio de libertad probatoria que tiene una de las partes en el proceso, se podría lesionar derechos fundamentales de la otra parte (derecho a la defensa, a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio, entre otros) y con ello el principio del debido proceso, convirtiendo la prueba en ilícita; por lo que a fin de evitar caer en tales riesgos debe existir un equilibrio en el ejercicio de tales garantías.

#### Evacuación de la prueba electrónica: Su control y fiscalización.

Vásquez (2012) ha señalado que para la evacuación de la prueba electrónica se seguirá el trámite procesal que el CPC le otorga a las pruebas típicas o en su defecto, el que establezca el juez, de acuerdo con el principio constitucional de libertad probatoria y con la remisión expresa que el artículo 4 de la LMDFE.

De igual manera, Velandia (2015) apunta que el plazo de evacuación probatoria es de treinta (30) días de despacho, que comienza a correr con la admisión expresa o

tácita de las pruebas promovidas (artículo 400 CPC), a cuyo plazo puede adicionarse el llamado término de la distancia, cuando la prueba deba evacuarse a cierta distancia de la sede del tribunal de la causa. Sin embargo, debe observarse que las partes también pueden fijar, de mutuo acuerdo, la posibilidad de evacuar cualquier medio de prueba que sea de su interés en cualquier otro momento (artículo 396 CPC).

En relación al control y fiscalización de la prueba Cabrera (2007) ha afirmado lo siguiente: ...la otra cara del derecho de defensa en el campo del Derecho Probatorio es la del control de la prueba. Consistiendo ésta en la oportunidad que deben tener las partes para concurrir a los actos evacuación de los medios, a fin de realizar las actividades asignadas a ellas por la ley según su posición procesal, e igualmente para hacer las observaciones y reclamos pertinentes (las oportunidades y actividades integran el principio de control de la prueba).

La posibilidad de la presencia física de las partes en el acto de formación de la prueba, entendido éste como el momento en que el medio incorpora los hechos que traslada al proceso, es una garantía inherente al derecho de defensa. La prueba se hace conocida por las partes y, con las actividades que la ley permite dentro del acto, como parte dialéctica del proceso, se persigue que el hecho se incorpore de la manera más veraz al expediente.

Esto último se logra, entre otras formas, manteniendo las partes en los derechos que le son privativos o en los comunes, sin preferencias ni desigualdades (Art. 15 CPC). Para permitir el control de la prueba es necesario que se cumplan dos extremos: a) La publicidad del acto, b) Abrir la posibilidad real de que las partes puedan concurrir y actuar en él en defensa de sus posiciones procesales. Si estos dos extremos no se cumplen, el control o fiscalización se hace inexistente y consecuencialmente, se cercena a las partes su derecho a la defensa (p. 343-344).

Es por ello que de acuerdo con los razonamientos realizados, debe observarse que el control y fiscalización de los medios probatorios obtenidos por las nuevas tecnologías, se ejecuta a través de los mismos mecanismos que se emplean para las pruebas tradicionales típicas o tarifadas. Por consiguiente, al recibir el mismo tratamiento que la prueba documental, las pruebas obtenidas por medios electrónicos aportadas al proceso mediante documento público o privado, están sujetas a las observaciones y reclamos de las partes durante su evacuación.

Velandia (2015) indica que en el caso del documento electrónico, tratándose de una prueba instrumental, su evacuación no debería tener, ab initio, ninguna dificultad mientras no se ataque dicho medio con una impugnación; ya que puede producirse su reconocimiento expreso en el acto de la contestación de la demanda o dentro de los cinco días siguientes a su presentación si fuera en acto posterior a dicha contestación, como ocurre con los documentos privados, de acuerdo con lo establecido por el artículo 444 del CPC.

De acuerdo con lo previsto en dicha norma, la consecuencia jurídica del silencio de la parte sobre el instrumento incorporado al proceso, dentro de los cinco días siguientes a que éste se aportó, acarrea su reconocimiento. Sobre la materia, habría dos formas genéricas para materializar la evacuación: si se trata de un documento privado, no debe estar considerado como documento fundamental de la demanda, de manera que es factible presentarlo con el escrito de promoción de pruebas, y por tanto, su incorporación puede producirse a través del respectivo soporte de papel, como una copia del soporte magnético.

El documento queda entonces evacuado como una copia, de acuerdo con lo que ha previsto el artículo 4 de la LMDFE. Si esto no ocurre así, su práctica exige que se haga el contacto directo con el contenido del instrumento de almacenamiento, que ha de ser el disco duro de la computadora, el CD-Rom, el diskette u otra forma legalmente admisible. En este sentido, la parte promovente tiene el deber de aportar el instrumento, promoviendo y evacuando el medio probatorio complementario que permita la conversión del lenguaje electrónico del documento, de forma que se haga comprensible para los sujetos del proceso primero, y luego, para que el juez entre a su valoración.

En tal sentido, debe tenerse en cuenta que para demostrar la veracidad de la prueba electrónica puede ser necesaria la realización de alguna complementación probatoria que contribuya a la verificación de los hechos controvertidos; por lo que corresponderá al promovente de dicho medio la carga de aportar y proponer los medios probatorios auxiliares para lograr la debida verificación del medio probatorio. Además, el adversario puede igualmente hacer uso de la *contra prueba* con el objeto de contradecir la prueba electrónica. En esta modalidad, el tribunal dejará la debida constancia en el acta que se levante al efecto, de los resultados obtenidos bajo el principio de inmediación del juez.

Explica además dicho autor que en el aspecto concreto del documento electrónico en Venezuela, la LMDFE (artículo 4) sostiene que los Mensajes de Datos tienen la misma eficacia probatoria que los documentos escritos y que, si se trata de una reproducción en formato impreso (a través del empleo de alguna tecnología para su memoria en papel) tiene la equivalencia probatoria de las copias o reproducciones fotostáticas. Dentro de esta norma, se prescribe que la tramitación del medio probatorio debe realizarse de acuerdo con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil para las pruebas libres. Este código procesal (artículo 429) dispone que las copias y reproducciones fotostáticas sólo se tienen por fidedignas mientras no sean impugnadas por el adversario; y si ocurre este supuesto, y la parte quiere servirse de tal documento, tendrá que recurrir al cotejo del instrumento impugnado con el original o una copia certificada, si existe.

Este cotejo se evacua mediante una inspección judicial o una experticia grafológica. No obstante si el cotejo opera sobre la firma del documento y la experticia debe practicarse comparando el instrumento impugnado con otro de carácter indubitable. El documento electrónico es siempre un original, sin que exista propiamente un soporte indubitable, como ha sido concebido por la clásica normativa procedimental.

Por otra parte, la misma LMDFE (artículo 7) establece que, si la ley señala que la información se presente en original, se exige que el mensaje de datos conserve la integridad de la información disponible desde que fue creado. Estas condiciones no son sencillas ni siempre asequibles. Una de las vías para conseguirlo, es que se recurra a una firma electrónica, que según la misma ley (artículo 16), permite vincular al signatario con el mensaje y dispensa la misma eficacia probatoria de una firma autógrafa.

Como puede observarse, se está en presencia de varias normas contenidas en una misma ley, pero que no son unívocas en su aplicación práctica. Por el contrario, plantean diversidad de opciones. Ahora bien, si se procede a comparar a la LMDFE con otras leyes, como es el caso de la Ley de Registro Público y del Notariado, se tiene una referencia a la firma electrónica de los registradores y notarios (al día de hoy sin estar operativa), pero la LMDFE le confiere la potestad de otorgar certificados electrónicos solamente a los Proveedores de Servicios de Certificación, sin hacer referencia alguna a los registradores y notarios.

Al mismo tiempo, la ley registral y notarial le confiere a la información registral los mismos efectos jurídicos que tienen los documentos públicos (artículo 27). Y además el CPC (artículo 448.2) establece que es un documento indubitado para el cotejo aquel instrumento firmado ante un Registrador u otro funcionario público.

Además, la Ley Orgánica de Registro Civil (artículo 71) dispone que las actas del Registro Civil certificadas electrónicamente tengan la misma eficacia probatoria que los documentos públicos y "sin perjuicio de lo establecido en las leyes que rigen la materia sobre la transmisión de datos y firmas electrónicas".

Cabe destacar que Velandia (2015; p. 291) sostiene que "a más de una década de su creación la SUSCERTE (Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica) solamente ha certificado a dos proveedores: uno privado denominado "PROCERT" y otro del Estado regentado por la "Fundación Instituto de Ingeniería",

un ente adscrito al Ministerio del Poder Popular para la Ciencia, Tecnología e Industrias Intermedias".

Al respecto, Rico (2003), en atención a la eficacia probatoria de la prueba electrónica, ha establecido que ésta debe cumplir con algunos requisitos para demostrar su veracidad y autenticidad, tales como: 1) la calidad de los sistemas utilizados para la elaboración y almacenamiento del documento, lo cual incluye tanto el hardware como el software; 2) la veracidad de la información, el contenido del mensaje remitido por el autor debe ser exacto al recibido por el receptor, esta situación está directamente relacionada con la integridad del mensaje y la conservación del documento en su forma original; 3) la conservación del mensaje y la posibilidad de recuperación; 4) su legibilidad; 5) la posibilidad de identificación de los sujetos participantes y las operaciones realizadas por cada uno de ellos en el proceso de elaboración del documento; 6) la atribución a una persona determinada en calidad de autor (autenticidad del mensaje), circunstancia acreditable mediante el uso de la firma electrónica y 7) la fiabilidad de los sistemas utilizados para la autenticación del documento.

#### Pruebas complementarias o auxiliares al medio de prueba electrónico.

Velandia (2015) señala que la labor probatoria de las partes le crea al juez el compromiso de analizar y revisar todos los hechos controvertidos para comprobar si pueden subsumirse dentro de la norma jurídica que corresponda, en lo que tradicionalmente se ha llamado *silogismo fáctico*. Expone que es una labor de depuración de los hechos traídos al proceso, a través de una operación lógicaracional, que puede exigir un comportamiento más inquisitivo del juez civil, en aproximación de lo que siempre ocurre en los procesos penales.

El principio de la libertad probatoria, consagrado por el artículo 395 del CPC puede generar en la práctica el inconveniente de cómo se introducen algunas pruebas dentro del proceso, porque no se ha previsto de manera expresa en la ley el correspondiente procedimiento para hacerlo. Esto ocurre de manera reiterada en las

pruebas innominadas y en las pruebas difíciles, por lo que debe activarse la hermenéutica jurídica, para resolver cualquier obstáculo procesal que pueda presentarse con dicha prueba.

Debe tenerse en cuenta que el hecho informático, puede considerarse como una manifestación de un *hecho cultural*, entendido éste en sentido amplio como aquel originado por conductas objetivas realizadas por el hombre dentro de un lugar y tiempo determinados. Es por ello que Rivera (2011) respecto a este punto considera necesario especificar que existen dos razones básicas a tener en cuenta en materia probatoria: a) lo que se va a probar es la existencia o no de los hechos que se han afirmado, de manera que la exigencia de uso de los medios de prueba surge por la necesidad de demostrar la existencia de tales hechos; b) son diversas las formas de probar la existencia o no, o la ocurrencia o no de los hechos esgrimidos.

Así pues, Velandia (2015) afirma que ante tales circunstancias, debido a su naturaleza particular, la prueba electrónica puede requerir un modo de evacuación complejo o compuesto, que amerite un tratamiento combinado entre varios medios probatorios para que así el juez pueda arribar a la veracidad del hecho controvertido a evaluar; por lo que el promovente de esa prueba tiene la obligación de indicarle al juez la forma como pretende introducirla al proceso, para que entonces la contraparte pueda ejercer el consecuente control probatorio. La otra vía es que el juez esté facultado por la norma para crear la forma que considere más apropiada para llevar a cabo dicha actividad probatoria.

Este criterio coincide por lo expresado con Vásquez (2012), quien ha señalado que la evacuación de esta prueba *sui generis* debe hacerse con el auxilio de otros medios probatorios lícitos; ya que para lograr la demostración de los hechos debatidos en el proceso, corresponde al promovente auxiliarse de esos otros medios probatorios (como pueden ser la inspección judicial, la experticia, entre otros) y así llevar al juez a la convicción que la prueba electrónica aportada a los autos es fidedigna, veraz, auténtica. Así mismo resalta que el empleo de tales medios

probatorios auxiliares es pertinente en los casos en que la prueba se haya impugnado, desconocido o tachado, caso contrario la prueba o el documento electrónico producirá los efectos correspondientes.

Cabe mencionar que Peyrano (1997), realizando un análisis de la *apreciación* conjunta de la prueba (que se suscita por la abundancia de probanzas y de resultas contradictorias entre ellas), afirma que normalmente, el juez debe valorar un cúmulo de medios probatorios que le aportan las partes para conseguir la convicción judicial; pero que esta situación frecuentemente produce resultados encontrados, sin que los códigos registren una solución determinada, cuando las pruebas resultan contradictorias entre sí, lo cual se explica porque se dan casos de evidente dificultad para diseñar reglas inmutables y absolutas para lograr la eficacia probatoria de cada medio de prueba. Por ello, este autor concluye que una sola observación o experiencia es suficiente para llegar a una conclusión cierta, de modo que el tribunal tiene que apreciar la coherencia o no que ofrezcan las pruebas y sus resultas de acuerdo con las incidencias del juicio en sí, sin que sea relevante para el proceso quién promovió la incorporación del medio probatorio.

En opinión de Velandia (2015), las dificultades probatorias que puedan presentarse en materia de pruebas electrónicas a lo largo de todo su trayecto, pueden resolverse a través de las pruebas complementarias, en cuyo sentido, el artículo 509 del CPC dispone el principio de exhaustividad del fallo, que obliga al juez a analizar y juzgar todas las pruebas que hayan sido aportadas al proceso, para lo cual deberá expresar el criterio respecto de cada una de ellas (requisito de motivación de la sentencia) mientras que el artículo 507 *ejusdem* ordena que el sentenciador debe seguir las reglas de la sana crítica, todo ello en aplicación del *sistema de la prueba racional*. Complementariamente, el artículo 12 del CPC, compromete al juez para que su norte sea la búsqueda de la verdad, con posibilidad de fundar su decisión en los conocimientos fácticos que se deriven de la experiencia común o máximas de experiencia.

En este mismo orden y dirección, y desde la perspectiva de los autores antes mencionados, puede indicarse que los medios probatorios compatibles para complementar la particularidad de una prueba electrónica propiamente tal, e imprimirle la veracidad requerida, pueden ser los siguientes:

#### a) La inspección judicial:

De acuerdo a lo expuesto por Rivera (2011) la inspección judicial es una forma de apreciación de los hechos mediante el contacto directo del juez con ellos. Es claro que para este tipo de inspección el juez tiene que acompañarse de un práctico en la materia para acceder a las máquinas o los equipos, archivos, etc.

Además dicho autor ha señalado que las normas procesales establecen que las partes pueden solicitar inspección judicial en el proceso o como prueba anticipada, y también puede ser ordenada oficiosamente por el juez. Al respecto, Velandia (2015) indica que el juez tiene una *iniciativa inquisitiva expresa*, por lo que perfectamente puede ordenar de oficio su evacuación (numeral 4° del artículo 401 del CPC).

Sobre el reconocimiento o inspección ocular el artículo 1.428 del Código Civil establece que puede promoverse como prueba en juicio para hacer constar las circunstancias o el estado de las cosas que no se puede o no sea fácil acreditar de otra manera, sin extenderse a apreciaciones que necesiten conocimientos periciales.

Por su parte, el artículo 472 del CPC prevé que el juez puede, voluntariamente o a petición de las partes, acordar la inspección judicial de personas, cosas, lugares o documentos, a objeto de verificar o esclarecer aquellos hechos que interesen para la decisión de la causa o el contenido de documentos. A su vez, el artículo 473 ejusdem dispone expresamente que, para la práctica de la inspección judicial, el juez se asista de uno o más prácticos elegidos por él, cuando lo considere necesario, y siendo que se trata de una prueba electrónica, sobre la cual el juez no cuenta con conocimientos técnicos especializados sobre el tema informático, con mayor razón debe apoyarse con los prácticos informáticos, siempre preservando las partes su derecho a presenciar el acto. Cabe destacar que, Vásquez (2012) explica que dichas normas regulan la

forma de evacuación de este medio y se caracteriza fundamentalmente porque el operador jurídico deja constancia de lo que percibe a través de la actividad sensorial sobre cosas, lugares o documentos.

Asimismo, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 474 *ejusdem*, las partes, en ejercicio del control y fiscalización de la prueba, durante la evacuación de la inspección, pueden presentar al juez las observaciones que consideren pertinentes y hacerlas insertar en el acta que se levante al efecto.

La finalidad de esta prueba es poner al juez en contacto directo con los hechos, para que perciba si se ajustan o no a la realidad; por lo que en cuando la prueba esté relacionada con la verificación de medios electrónicos, la inspección judicial recaerá sobre los medios que fueron empleados en la elaboración de dicha prueba (Rico, (2005).

Ahora bien, Rivera (2011) expresa que la inspección de medios informáticos puede hacerse bien en las unidades o equipos que las partes hayan señalado, o bien en la red. De hecho, si la inspección ha de recaer sobre una página web, tanto Rivera (2011) como Vásquez (2012) opinan que ésta puede practicarse desde cualquier lugar en donde se tenga acceso a Internet, siempre que se tengan los equipos adecuados; y Riofrío (2004) va más allá, cuando señala que inclusive podría practicarse en la sede del tribunal, facilitándose así la evacuación de la prueba al ofrecer celeridad y economía procesal. Pero esta opinión se contrapone a la de Vásquez (2012), quien indica que a los efectos que la evacuación de la prueba no posea un ápice de contaminación, ésta debe ser evacuada en un lugar distinto a la sede del tribunal, a fin de demostrar el carácter de imparcialidad absoluta por parte del órgano jurisdiccional, que debe imperar en todo proceso.

Bello (2007), expone que en caso que haya sido promovido como prueba un mensaje de datos y éste se encuentre almacenado en la base de datos o correo electrónico de cualquiera de las partes, en cuyo caso, la prueba subsidiaria e idónea

para su eficacia probatoria, sería la de inspección judicial, prevista en el artículo 472, con la ayuda de prácticos forenses informáticos auxiliares de justicia.

Para la evacuación de la inspección judicial, los prácticos ingresan al correo electrónico, el tribunal deja constancia de la existencia del mensaje, de su contenido, del remitente, del destinatario, de la hora y fecha de su envío y recepción, formato y cualquier otro dato importante (Bello, 2007); con la salvedad de que los hechos de los cuales debe dejar constancia el órgano jurisdiccional, revisten carácter eminentemente técnico, requiriéndose por ello la intervención de un práctico especializado sobre el tema.

Además Rivera (2011) apunta que debe tenerse en cuenta que es técnicamente viable que puede hacerse una inspección de una computadora conectada en la red en forma oculta, sin el conocimiento de su propietario; pero que en la práctica procesal, si se trata de intervenir la privacidad, el allanamiento debe estar debidamente motivado, dado que se estarían quebrantando derechos protegidos constitucionalmente; para el allanamiento se requiere orden judicial justificada.

#### b) La experticia o pericia complementaria de la prueba informática:

Este medio probatorio está regulado por el CC y el CPC, y sobre este Rivera (2011) ha señalado que este medio de prueba no aporta hechos al proceso, sino que hace una apreciación de los mismos desde la óptica de un conocimiento especial y que la experticia que se puede realizar sobre los medios informáticos no se diferencia en nada a la que se práctica sobre otros objetos, máquinas o equipos.

En tal sentido el artículo 1.422 del CC señala que puede solicitarse la experticia siempre que se trate de una comprobación, o de una apreciación que exija conocimientos especiales.

En materia informática, de acuerdo a lo expresado por Rivera (2011), son diversos los puntos de hecho que se pueden evacuar como objeto de la experticia; a manera de ejemplo, se puede solicitar la autenticidad del documento electrónico, el momento de emisión, el lugar de emisión, si ha sido abierto o no, descifrado del

documento, comprobación de firma electrónica, existencia de elementos o hechos en el equipo, identificación de entrada y salida de usuarios, identificación de reacceso a páginas o sitios, etc.; así como aspectos mecánicos; funcionamiento, capacidad, identificación de partes, originalidad, entre otros; teniendo en consideración que todos los hechos a examinar durante la práctica de la misma deben estar determinados previamente, ya sea por el Tribunal (cuando éste acuerde su práctica de oficio) o por haber sido indicados por la parte que se quiere servir de esta prueba en su escrito de promoción, por cuanto, debe haber una identificación clara y precisa de los elementos que se han de someter a peritación; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 451 del CPC.

Por su parte, Rico (2005), explica que este medio probatorio también puede ser utilizado para auxiliar o complementar la prueba electrónica, por cuanto contribuye a su eficacia probatoria, y que su pertinencia se verifica en los supuestos que sea imperioso demostrar elementos de carácter estrictamente técnico, como sería probar la autenticidad o determinar el momento de emisión del documento, su recepción, si el mensaje fue abierto o no, descifrar el documento, entre otros.

Al respecto, Velandia (2015) señala que este medio probatorio se trata de una prueba indirecta, que puede resultar el más apropiado para establecer la autenticidad sobre la probanza del hecho controvertido que se ha planteado. Esta opinión coincide con Vásquez (2012), quien indica que en los casos de impugnación y tacha de la prueba electrónica, el medio probatorio idóneo para comprobar la autenticidad del documento es el de la experticia, por ser la que aporta los elementos técnicos, jurídicos y científicos suficientes para confirmar o no la integridad e inalterabilidad del documento, proporcionando al órgano jurisdiccional suficiente garantía para darle plena eficacia; y advierte que la no impugnación del documento no impide que la parte interesada promueva la experticia y/o la inspección judicial como pruebas auxiliares para demostrar la autenticidad, integridad e inalterabilidad del documento probatoria.

En apoyo a lo anterior, Perales (2001), afirma que la inspección judicial y la experticia son medios probatorios auxiliares para ayudar a determinar la eficacia probatoria de la prueba electrónica, debido a que se promueven con el objeto de demostrar que el documento electrónico emitido y recibido no ha sufrido alteraciones durante el proceso de transmisión, es decir, que uno y otro son idénticos.

El artículo 1423 del CC dispone que la experticia se hará por tres expertos, a menos que las partes convengan en que la haga uno solo, y el articulo 1424 ejusdem en concordancia con el artículo 454 del CPC, establecen que si no hay acuerdo en que la prueba sea practicada por un solo experto, cada parte nombrará un experto y el tribunal nombrará el tercero.

Ahora bien, el nombramiento del experto o debe recaer en personas que por su profesión, industria o arte, tengan conocimientos prácticos en la materia a que se refiere la experticia, tal como lo ordena el artículo 453 del CPC, y de acuerdo a lo expresado por Rivera (2011) y Velandia (2015), lo más adecuado en estos casos de pruebas electrónicas es la designación de técnico o especialistas en el área informática, como ingenieros en sistemas y otros técnicos con acreditación académica suficiente, que permita la comprobación de hechos tales como el establecer la titularidad del documento y si se han producido alteraciones; pero que tampoco puede suprimirse la posibilidad de recurrir a técnicos de la práctica, como ocurre con los llamados *prácticos inteligentes*, que por su experiencia sobre la materia sean aceptados por las partes.

Velandia (2015) va más allá e indica que el sistema judicial podría crear un mecanismo que permitiera a los jueces y a las partes recurrir a un listado de peritos informáticos, donde conste su *currículum*, previa postulación de los expertos interesados y la revisión de sus credenciales.

Asimismo, en cuanto a la valoración probatoria de la experticia, dicho autor indica que ésta será revisada por el juez, conforme a las reglas de la sana crítica, y

que lo fundamental para todo el sistema judicial, es que la decisión esté debidamente sustentada, con base en la verosimilitud de las probanzas.

Rivera (2011) destaca que la verificación de la firma digital mediante experticia, efectuada con base en los criterios matemáticos y en la circunstancia exacta que se deriva del certificado emitido por el prestador de servicios, otorgará un absoluto grado de certeza en cuando a la auditoría del documento.

Además Velandia (2015) explica que el juez podría recurrir a este auxilio probatorio como ocurre con las experticias complementarias del fallo. Debe tenerse en cuenta que los jueces no están obligados a seguir el dictamen de los expertos si su convicción se opone a ello, conforme lo dispone el artículo 1.427 del CC, por lo que perfectamente el operador de justicia, fundamentándose en el artículo 1.426 del CC, el cual dispone que si los Tribunales no encontraren en el dictamen de los expertos la claridad suficiente, podrán ordenar de oficio nueva experticia por uno o más expertos, que también nombrarán de oficio, siempre en número impar, los cuales podrán pedir a los anteriores expertos las noticias que juzguen convenientes.

En tal sentido, este autor expresa que la experticia evidencia una de las pocas facultades inquisitivas que actualmente tiene asignada el juez civil en Venezuela, ya que el artículo 451 del CPC admite que este medio de prueba sea determinado de oficio por el tribunal y que este recurso facilita al juzgador crearse un mejor convencimiento en relación con el hecho que va a valorar, de cuya percepción o entendimiento no tiene suficiente capacidad, por no tener el conocimiento técnico necesario.

A manera de ejemplo, Vásquez (2012), cita un caso de la praxis forense habido en el expediente N° 20.300 del Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil, Mercantil y Tránsito del Estado Táchira, en el cual la parte demandada promovió, de acuerdo con el principio de libertad probatoria, una serie de mensajes de datos transmitidos vía electrónica a la parte actora, los cuales produjo en formato impreso a los autos.

Asimismo señala que para resguardarse de una eventual impugnación, dicha parte promovió simultáneamente la experticia como prueba de apoyo auxiliar para confirmar la autenticidad de los mensajes de datos en cuestión. Dicha experticia se practicó sobre el equipo de computación asignado al trabajador que transmitió los mensajes de datos. El procedimiento empleado en esta evacuación consistió básicamente en "extraer los mensajes de datos (correos), grabar los datos y metadatos en el disco compacto". Luego los expertos designados presentaron al Tribunal el respectivo informe pericial, en el cual se estima que la metadata de los mensajes no es entendible por el hombre, porque está representada por un conjunto de símbolos que a simple lectura humana no es comprensible.

Los expertos concluyeron que resultó establecida la integridad de todos los mensajes, el envío y recepción de los mismos y la metadata de los tres documentos enviados en archivo adjunto, determinando la consistencia técnica de éstos, sin presentar signos de forjamiento, alteración o falsificación electrónica. Precisando la autora que dicha experticia se evacuó conforme al trámite ordinario procedimental que a tal efecto prevé el CPC, esto es, designación de los expertos, aceptación, juramentación y presentación del informe final.

#### c) La prueba testimonial:

Velandia (2015) considera que el empleo de este medio de manera complementaria puede ser útil para la verificación de ciertos hechos relacionados con la prueba informática o electrónica. Señala que el testigo es aquella persona que, sin ser parte del proceso, tiene conocimiento de los hechos controvertidos, de manera que sus afirmaciones pueden contribuir a formar la convicción judicial en determinado sentido.

Por su parte, Cabezudo (2004), advierte que nada se opone al uso del interrogatorio de las partes como un elemento probatorio de apoyo a la demostración de la prueba electrónica. Señala, a modo de ejemplo, que para verificar la fiabilidad de un documento firmado electrónicamente, podrán incorporarse los informes de la

entidad certificadora correspondiente acreditativos de ese extremo, mas ello no excluye que se llegue a la misma conclusión por la vía del interrogatorio de las partes.

#### d) La reconstrucción de los hechos:

El artículo 503 del CPC prevé la posibilidad de ordenar la reconstrucción de un hecho que interese al proceso, con el fin de comprobar si ese hecho se ha producido o pudo haberse producido de una forma determinada, cuando puede ejecutarse su reproducción por medios fotográficos o cinematográficos, con la presencia del juez, quien puede designar uno o varios expertos, si lo considera necesario.

## e) La confesión espontánea o provocada:

Sobre este medio probatorio auxiliar o complementario a la prueba electrónica, Velandia (2015) acota que se puede provocar la confesión mediante el empleo de las posiciones juradas, para verificar la veracidad y certeza de los documentos provenientes de operaciones electrónicas que se hayan aportado al juicio.

# f) El reconocimiento judicial:

Según lo expuesto por el autor antes mencionado, esta prueba puede ser útil en casos en los que es necesario dejar constancia de las características de un determinado documento, tales como su data, para determinar si ha sido objeto de manipulaciones o adulteraciones, o para verificar si el documento electrónico proviene de una determinada computadora, programa o sistema, utilizado para su elaboración; lo cual requiere, además, de la colaboración de prácticos o expertos en la materia, y advierte además que este medio probatorio no debe confundirse con la inspección judicial; ni se convierte en una prueba documental, no obstante se plasme en un escrito, ya que su naturaleza de reconocimiento no se pierde por esa circunstancia. El reconocimiento judicial constituye una declaración de conocimiento del juez, que se valora por la sana crítica.

# g) La prueba de informes:

En el marco del proceso civil venezolano, la disposición que sirve de fundamento legal al medio de prueba de informes es el artículo 433 del CPC, cuando

indica el tribunal, a solicitud de parte, requerirá informes a las oficinas públicas, bancos, asociaciones gremiales, sociedades civiles o mercantiles, e instituciones similares, aunque éstas no sean parte en el juicio, sobre los hechos litigiosos que consten en documentos, libros, archivos u otros papeles que se hallen en su poder, o que se remita copia de dichos instrumentos en los que se evidencie tales hechos. Las referidas entidades no podrán negar los informes o copias solicitadas invocando causa de reserva, pero podrán exigir una compensación, cuyo valor lo determinará el Juez en caso de inconformidad de la parte, tomando en cuenta el trabajo efectuado, la cual será costeada por la parte solicitante.

Con base a la norma citada supra, Palacio (1972), define la prueba de informes, en sentido propio, como "el medio de aportar al proceso datos concretos o hechos resultantes de la documentación, archivos o registros contables de terceros o de las partes, siempre que éstos no provengan necesariamente del conocimiento personal de aquéllos".

Por su parte, Farías (2011), precisa que los informes son un medio de prueba legal, autónomo y escrito, que consiste en el requerimiento judicial realizado a solicitud de la parte interesada, o de oficio por el juez, que engloba o implica la obligación por parte de personas jurídicas de naturaleza pública o privada, y excepcionalmente de la contraparte procesal cuando se trate de una persona moral cuyo objeto social constituya una actividad regulada por el Estado o implique la prestación de un servicio público, de informar, salvo la invocación de deber de guardar secreto que no sea el de reserva, sobre hechos documentados que interesan al proceso, con garantía del derecho de contradicción y control por las partes.

Se observa que el medio o elemento utilizado por las partes para llevar al juez el conocimiento de los hechos será el medio de prueba de informes (contenido formal); el contenido sustancial o fuente de prueba estará conformado por los hechos que emanan del medio de prueba, los cuales son anteriores al proceso y registran

hechos de interés procesal; y, finalmente prueba será la verificación por parte del juez de los hechos afirmados y controvertidos, conducentes a la sentencia.

De modo que, el contenido que surge del medio de prueba y que representa un hecho histórico constituye el aspecto quizás más relevante en este sentido, marcando con ello que no cualquier hecho podrá ser objeto del medio de prueba en estudio sino solamente aquellos hechos documentados anteriores al proceso que se encuentran en poder del sujeto requerido, que permiten esclarecer hechos a la vez debatidos en un juicio, sin importar la fuente de la cual provengan.

Por ello, basado en estas consideraciones, nada obsta para que pueda servir la prueba de informes como medio probatorio complementario para la obtención electrónica de cierta información, que lleve a la verificación de los hechos controvertidos en el proceso.

Velandia (2015) explica que a menudo ha sido cuestionada la autonomía probatoria de este medio, al ser considerado más bien su carácter auxiliar, pero lo cierto es que cada día se hace más frecuente y necesaria la recurrencia a este recurso probatorio por diversidad de razones: abarata costos para su obtención, reduce el tiempo para recabarlo y permite fácilmente el ingreso de la información a través de los archivos de quien detenta la información (economía y celeridad procesal). De manera que, es indudable la relación que tiene la prueba de informes con los medios electrónicos, por tanto resulta mucho más fácil e inmediato conseguir la información a través de Internet, actividad que no está prohibida sino por el contrario, es hoy día la vía más expedita para lograr la información solicitada, aunque no obtiene *per se* plenitud probatoria.

Además Palacio (1996) señala que no se han aportado suficientes elementos convincentes en torno a la controversia doctrinaria de la prueba informes como autónoma, pero que su justificación queda confirmada por la creciente complejidad que ostentan los medios de registración y las exageradas dificultades con que puede encontrarse el intento de incorporar al proceso los datos registrados o archivados,

mediante los medios tradicionales, tanto más si se computan los valiosos avances tecnológicos que ofrece la informática y su frecuente uso.

Farias (2011) destaca si bien el medio de prueba de informes, en principio sólo procede a solicitud de parte, tal como dispone expresamente el artículo 433 ejusdem, no es menos cierto que el juez haciendo uso de la potestad oficiosa prevista en los artículos 401 y 514 ejusdem, referente a las diligencias probatorias y el auto para mejor proveer, respectivamente, puede requerir la práctica de cualquier actuación o solicitud de algún instrumento, sin que se encuentre imposibilitado de solicitar informes, en razón del carácter enunciativo y no taxativo de tales normas, toda vez que el norte dentro de todo proceso debe ser la búsqueda de la verdad (artículo 12 del CPC).

El requerimiento judicial de una información o de un documento, realizado a solicitud de parte o por el propio juez de oficio, además de destacar la naturaleza jurídica del medio de prueba (requerimiento-contestación) importa que en uno y otro supuesto se deba admitir que se trata de un medio de prueba que permitirá dilucidar los hechos controvertidos. Otro aspecto que resalta dicho autor, es que aun cuando de la lectura del contenido del artículo citado supra, sólo se indique que el requerimiento procede a solicitud de parte, por cuanto en opinión de este autor es viable que la contraparte en un proceso pueda informar, sin que se vea afectado el principio de alteridad de la prueba.

#### h) La exhibición de documentos electrónicos:

Velandia (2015) indica que el artículo 436 de nuestra ley adjetiva civil regula el medio probatorio de la exhibición de documentos que se hallen en poder de la contraparte, para lo cual el promovente debe acompañar una copia del documento, y si no la tiene, debe indicar la información contenida en el instrumento cuya exhibición exige y aportar un medio probatorio que constituya, al menos, una presunción grave de que dicho documento se encuentra en poder del adversario. Llenos los extremos requeridos, el tribunal confiere un plazo para que la exhibición

tenga lugar y la negativa a la comparecencia produce una presunción de certeza sobre la información contenida en el documento de cuya exhibición se solicita.

Es incuestionable que la parte que quiera beneficiarse de los efectos probatorios del documento sea quien lo introduzca al proceso, pero también puede darse el caso que no lo tenga en su poder o esté en posesión de un tercero ajeno al juicio. En el caso de los documentos electrónicos o multimedia, esos terceros pueden ser los prestatarios de servicios de certificación y cualquier otro prestador de servicios informáticos de carácter privado, que sean parte de la *sociedad de la información*. En estas circunstancias, puede no quedar otra alternativa que el mecanismo de la exhibición documental como la ruta a seguir para lograr su incorporación a los autos en el expediente judicial; si se tiene en consideración que este tipo de aporte puede tenerse como obligatorio, dentro del compromiso ciudadano de colaboración con la justicia.

Por otra parte, Rivera (2011) observa también que los mensajes de datos o correos electrónicos se caracterizan porque pueden ser enviadas copias o facsímiles a una o más personas que recibirán el mismo contenido del mismo destinatario. Esta particularidad puede ser muy útil debido a que, cuando una persona reciba un mensaje de datos sin firmarlo electrónicamente, y que éste haya sido enviado a varios destinatarios que no sean parte del proceso, puede pedirse, por analogía, la exhibición de terceros del mensaje de datos recibido aplicando la norma establecida en el código procesal civil para documentos físicos convencionales (artículo 437 CPC).

Para promoverla debe acompañarse el documento electrónico impreso, de acuerdo con lo dispuesto en la LMDFE, el cual tiene la validez de una copia simple. Nuestro CPC prevé como uno de los requisitos de procedencia de la prueba de exhibición de documentos que se presenten copias simples (primer aparte del artículo 436 del CPC), por lo que amparado en esta norma, puede requerirse en este caso.

A los efectos de sustentar la solicitud, por analogía y para demostrar que el documento se encuentra en poder del adversario o del tercero, se deberá promover la

inspección o experticia del computador del emisor, del receptor o destinatario, o bien experticias de correos electrónicos de personas vinculadas en el mensaje de datos objeto de prueba. La impresión del mensaje de datos cuya exhibición se solicite, puede ser complementada también con pruebas de informes a los proveedores de servicio de correo electrónico a fin de que indiquen al tribunal los datos del titular de la cuenta de correo.

Por su parte, Velandia (2015) señala que es factible la aportación de otra prueba documental, con extensión al medio de la exhibición de la prueba o documento electrónico, en presencia del juez, del secretario y de las partes, sin excluir que fuese necesaria la presencia de peritos o prácticos informáticos que presenten su experticia sobre la materia objeto de la exhibición.

## i) Las presunciones y los indicios:

Riofrio (2004), plantea que no es del alcance del tema tratado debatir si la prueba indiciaria se trata de un medio probatorio o no, lo que destaca es que en los medios informáticos pueden surgir hechos indicadores que podrán probarse a través de otra prueba directa (documental, testigos, inspección, experticia, entre otras), y que pueden explicar un hecho desconocido y mediante una operación lógico-racional, develar tal hecho. Existen sentencias en las cuales se ha tenido que acudir al uso del indicio obtenido en los medios informáticos, por ejemplo, en el caso Zündel frente a la Comunidad Judía, en un juicio por acusación de discriminación.

Velandia (2015), por su parte, expresa que este medio no sería descartable como medio indiciario o supletorio de prueba. Además señala que está tomando más importancia en la medida que el progreso de la técnica y la ciencia cobran más espacio en la sociedad contemporánea. Los hechos indiciarios están pasando a tener mayor apoyo judicial porque permiten comprobar el hecho controvertido a partir de los hechos indicadores por medio de inferencias, esto es, permiten llegar a los hechos inquiridos a través de ciertas circunstancias indirectas.

De otra parte, cabe señalar que conforme a la LMDFE, que aprueba la utilización de la prueba libre, sería viable el empleo de cualquier otro medio no previsto expresamente pero que pudiera otorgar certeza al hecho o acto que sea objeto de la prueba, siempre que se acaten las formalidades legalmente previstas en materia probatoria.

Adicionalmente, es perfectamente factible considerar que el documento electrónico propiamente tal, equivale al mensaje de datos, a semejanza de un manuscrito sin firma, considerando que cuando es impreso, la LMDFE establece que se trata de una copia o reproducción fotostática, y aunque éste no contiene una firma autógrafa, puede reproducirse.

Tal conclusión coincide con la opinión de Devis (1987, p. 581), quien afirma que: "el manuscrito sin firma no solamente es un documento desde el punto de vista probatorio, sino que puede llegar a tener una eficacia probatoria normal, si logra establecerse que la persona que lo escribió de su puño y letra, para dejar constancia de que el acto jurídico se realizó y perfeccionó".

Comprensiblemente no es igual en el caso electrónico, pero sí aplicable por extensión analógica, porque tiene carácter indiciario; aunque obviamente, habría que sustituir la expresión *de su puño y letra*, en el caso de los textos, por la referencia a un tecleado directo en una máquina de computación o sus análogas telemáticas o por instrucciones directas del autor y emisor del mensaje. Sin embargo, no obstante se aprecie como un documento privado, creado informáticamente, lo cierto es que persisten unas dudas sobre su autenticidad e integridad, que generan incertidumbre, por lo que el juez debe ser prudente al momento de la valoración de este medio probatorio, para que éste pueda adquirir certeza documental y producir una legítima seguridad sobre su autenticidad.

#### La actividad judicial ante la prueba tecnológica

Velandia (2015) resalta con preocupación que el sistema judicial venezolano se encuentra ante una situación difícil dentro de lo que se concibe como derecho

informático, particularmente en cuanto se refiere a la prueba informática. Por consiguiente, una forma de atender judicialmente esta crisis legislativa ha de ser la del precedente judicial, ya que todavía no existe otra alternativa y entre tanto se revise y se dicte una legislación apropiada. La no resolución oportuna de los conflictos equivaldría a una denegación de justicia y hacerlo sin la suficiente hermenéutica jurídica puede conducir a una suerte de anomia o contradicciones indeseables.

Los problemas no culminan en las áreas mencionadas, ya que la jurisprudencia misma, emanada del Tribunal Supremo de Justicia incluye otros aspectos discutibles cuando afirma que el documento electrónico es una prueba atípica, a pesar de que la LMDFE (artículo 4) establece que se trata de una prueba documental típica.

De esta forma, como quedó establecido, puede también ser necesaria una mayor inherencia del juez urgido de mayor poder inquisitivo, que le permita en el área civil ser menos pasivo o indiferente. En todo caso, ante situaciones difíciles o dudosas lo más prudente es la admisión de la prueba y no lo contrario. La norma marco es la que proviene del principio de que él es el director del proceso (artículo 14 CPC), lo que igualmente le permite la iniciativa en ciertas actuaciones a través de autos para mejor proveer (artículo 514 CPC), en el afán que debe tener para la búsqueda de la verdad y para la mejor sustentación de su fallo (artículo 12 CPC).

La labor judicial en un juicio donde esté en juego un documento electrónico requiere que se encuentre acorde con la realidad tecnológica que tiene y su atipicidad en tanto instrumento y a su valor probatorio. Es por ello que el operador judicial debe estar orientado a garantizar que no se produzca la indefensión en cualquiera de sus manifestaciones técnicas, ya que el derecho a la prueba está articulado con el derecho a la defensa y al debido proceso.

Cuando se trata de la aplicación de dos o más normas válidas, la solución se torna compleja, sin que sea problema de la estructuración de la norma propiamente, sino de su aplicación adecuada al caso concreto. Explica Moral (2002) que, para aplicar una norma jurídica" al caso concreto, Günther (1993) recurre al Principio de

Integridad de Dworkin (1986), conforme al cual hay que partir de la consideración imparcial de todos los aspectos relevantes de una determinada situación, que Günther (1993) complementa diciendo que las normas deben aplicarse de manera similar a los casos iguales, que es un concepto más racional basado en los principios.

En definitiva, el papel que Günther reserva a los precedentes es el de neutralizar la indeterminación de las normas. La administración judicial y la jurisprudencia elaboran "interpretaciones de vanguardia", que llevan la suma total de las normas válidas a un "sistema" coherente y las adapta a los tipos específicos de situaciones de aplicación. La conclusión de la teoría de Günther es que dentro del razonamiento práctico general que se presenta para resolver dos actividades complementarias entre sí, que no se manifiestan de forma unívoca o inequívoca se resuelve a través de la conjunción entre la justificación y la aplicación de las normas. Tal concepción puede ser claramente aplicable al caso de la prueba electrónica, en las dificultades de su instrumentación y tramitación.

Por otra parte, Moral (2002) dice que está también el enfoque de Wróblewski (1992), que apunta más allá que a una simple tesis doctrinaria, y permite, además, hacer una proyección analógica con el tema de la prueba electrónica. También se relaciona con la interpretación jurisprudencial como fuente jurídica. Su razonamiento argumentativo consiste en tomar en cuenta el precedente de las decisiones de los propios tribunales, esto es, la referencia a decisiones previas de los jueces con la finalidad de aportar un argumento para justificar sus decisiones actuales. Esto implica, que la decisión que se toma en un momento determinado, tiene un arraigo en argumentaciones y decisiones anteriores, con su respectiva aplicación ulterior.

Toda decisión judicial anterior es relevante para la solución de los casos presentes y futuros, a manera de precedente. Ocurre algo parecido a lo que, entre nosotros, representa la actividad de Casación, cuando genera una doctrina que se traduce en el control de la uniformidad en la aplicación del Derecho, de modo que

activa, en el ordenamiento jurídico, efectos de predictibilidad que desembocan en una mayor seguridad jurídica.

La diferencia está en que el marco de análisis de los precedentes no será el control jurisdiccional de la actividad judicial, sino más bien la argumentación y justificación de las decisiones judiciales. En este sentido, la noción de los precedentes dentro del campo argumentativo es el que le da relevancia a su incorporación en la práctica judicial continental, a la usanza de la doctrina jurisprudencial o de los precedentes anglosajones.

El legislador por medio del Artículo 395 de la ley adjetiva civil, prescribe la opción de la analogía como primera vía para la adopción de medios que sirvan a la evacuación de las pruebas libres, y luego, para el caso concreto de estudio, para los documentos electrónicos, más sin embargo, alude a la eventualidad, de que no pudiendo emplearse las formas previstas para medios análogos o no existiendo éstos, se proceda del modo que sea indicado por el juez. Aparentemente no surge de lo anterior dificultad alguna, quedando en manos del sentenciador concebir cuáles serían las maneras de proceder para la evacuación; sin embargo la apariencia anterior es puramente parcial.

No es preciso retomar la idea que ronda a la imposibilidad de hacer operar la analogía, a partir de un intento por entender al documento electrónico, como homólogo de los documentos e instrumentos ordinariamente entendidos, puesto que sobre ella se ha argumentado ya suficientemente; más su alusión vale a los fines de comprender como para la deducción del modo de evacuación de los primeros medios de prueba, resulta impeditivo el empleo de dicha técnica de interpretación de la ley. No es posible la analogía en el sentido anterior, porque los supuestos sobre los cuales ésta estaría llamada a suceder, son enteramente disímiles, por lo que la opción que la norma adjetiva deja al juez al respecto, es operar bajo los términos de la indicación de los modos en que estos serán evacuados.

Siendo que toca al juez la determinación de las conductas tendientes a la evacuación del documento electrónico, ante la imposibilidad de proceder según la analogía, le sobreviene con ocasión de ello al juez venezolano, la obligación de precaver tantas previsiones para hacer evacuar, como manifestaciones existan de documentos electrónicos, y esta observación obedece a la más esencial lógica, pues, toda vez que la denominación genérica es la de documento, o más estrictamente, si así se quisiera expresar, mensaje de datos, dentro de este género caben contenidos enteramente distintos, como serían por ejemplo, el mensaje de datos que se manifiesta por escrito y como antónimo, aquel que tienen su modo de expresión en sonidos grabados.

La variabilidad numérica en las formas en las que puede venir dado un documento electrónico no es la única dificultad que deberá sortear el juez, para establecer los modos de evacuación necesarios a cada forma; otra cuestión es la que se refiere, al conocimiento técnico que deberá tener para poder pronunciarse sobre tales fines y que podrá llegar incluso a ser extremo.

Respecto a este tópico, se considera acertado señalar lo expuesto por Velandia (2015): el avance de los medios probatorios ha incidido en la atenuación de las pruebas tasadas, haciendo cada vez más complejo el objeto litigioso; especialmente en el caso de la preponderancia que ha tomado la participación de los peritos, quienes ante los avances tecnológicos han venido ocupando espacios cada vez mayores en el área propia de la actividad jurisdiccional.

Por esta razón Berizonce (2005), concluye que la directriz de la libre valoración judicial de las pruebas se encuentra en crisis frente a las pruebas técnicas de alta especialización; por esta razón el juez está llamado a asegurar y controlar el correcto desempeño técnico-científico de los peritos. En efecto, aunque los jueces no pueden tener un conocimiento científico o técnico superior al perito, tienen que controlar el grado de aceptabilidad y racionabilidad que merecen los métodos especializados en la formación de su convencimiento. De lo contrario existiría el riesgo de convertir al

tribunal en una suerte de laboratorio, dominado por la técnica, cuando es sabido que tradicionalmente los dictámenes periciales no son vinculantes y quien decide las causas es el juez.

Esto no significa que el juzgador deje de ser crítico ni se convierta en un moderno funcionario autoritario para frenar el desempeño tecnocrático. De ahí que se concluya que "no son fáciles ni lineales, desde luego, las soluciones que pueden propiciarse para atacar tan complejos problemas. El profesionalismo y la especialización de los jueces, junto con el ejercicio de su responsabilidad políticosocial, son algunas de las propuestas más corrientes

Analizadas así las cosas, además de ser un conocedor del Derecho, como indica el adagio, el juez, deberá comenzar a conocer sobre tecnología, pues a ello se verá obligado para poder ordenar las formas en las que se harán evacuar las pruebas que vengan dadas por documentos electrónicos, y todo mientras no se produzca ley adjetiva, capaz de abrazar las previsiones necesarias en tal sentido.

Por otra parte, suponiendo en un plano dificultosamente ideal, donde los jueces venezolanos además de conocer la ley tal como se les exigen, conocieran al extremo las implicaciones tecnológicas que se mezclan en torno a los distintos tipos de documentos electrónicos que existen y pudieran precaver las formas para la evacuación de los mismos, indicándoselas a las partes, sería preciso preguntarse cuántas formas de evacuación habrá en Venezuela sobre un mismo tipo de prueba libre, no pudiendo ser otra la respuesta, que aquella donde existían tantos procedimientos para evacuar los distintos medios de prueba en documentos electrónicos, como jueces de la República existan, puesto, que lejos de la uniformidad procedimental a la que obliga la ley, el irrepetible criterio de cada uno se podría imponer en las distintas causas, cosa que como es clara, en nada contribuye a la seguridad jurídica privativa al proceso.

# Jurisprudencia nacional sobre el tratamiento procesal de los medios electrónicos en el proceso civil venezolano

Mediante sentencia de fecha 24-12-07, en el caso DISTRIBUIDORA INDUSTRIAL DE MATERIALES C.A. (DIMCA) contra ROCKWELL AUTOMATIO 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:

Como ya se ha precisado, el documento electrónico está previsto en la LMDFE de 2001, y en sentido amplio, debe entenderse como cualquier tipo de documento generado por medios electrónicos, incluyendo en esa 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 aquel 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 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 LMDFE considera, en el 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 LMDFE también 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 es 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 datos de un PC o en el servidor de la empresa y es sobre esto es 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 en público, 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 éstos 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 LMDFE, 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 cual y hacia cual

dirección o puerto electrónico fue enviado y recibido el mensaje; bajo cual 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 LMDFE 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 LMDFE 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 electrónica identificada como rastifano@rarockewell.com hasta otra dirección igualmente identificada por la demandante como dirigida a abolivar@dimca.com...", con lo cual se desconoció que la dirección electrónica de la cual se emitió el documento electrónico (reastifano@rockewell.com) le pertenecería a su representada.

La sala en un caso similar en el cual el 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, desestimará dicha prueba, pues si bien se trata de medios probatorios que no prejuzgan sobre el fondo del litigio, son indispensables para que una vez establecidas dichas circunstancias, el juez pueda establecer con plena libertad los hechos que se desprenden de la prueba conforme al sistema de la sana crítica.

Por consiguiente, la Sala deja establecido que es obligatorio para los jueces de instancia fijar la forma en que deba tramitarse la contradicción de la prueba libre que no se asemeje a los medio 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 implementar en la tramitación la oportunidad y forma en que deba revisarse la credibilidad e idoneidad de la prueba, pues solo 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 electrónicos señala:...están formados 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 prueba 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 contario, por ser creación de las partes, no tienen ni pueden tener, para su promoción, requisitos

particulares establecidos en la ley. En principio, la única falla 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, con quien los promueve, esto debe hacerse en forma análoga a los medios regulados por la ley. En virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del CC, se cree que pudiese hacerse 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, 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, puede contener en su cuerpo, o ir acompañados de explicaciones escritas sobre 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 éstas 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 las mismas 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 trae como un medio autónomo, establecida la identidad y credibilidad del mismo, el Juez lo observa para extraer del 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 (Artículo 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), se alertó sobre el punto, cuando se dijo: "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 pruebas 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.121-140-146-147).

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

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), plantea las siguientes consideraciones acerca de las pruebas libres:

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 período 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 esgrimidos 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.

# **CAPÍTULO III**

# ALCANCE DE LOS MEDIOS DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN APLLICABLES A LAS PRUEBAS LIBRES EN EL PROCESO CIVIL VENEZOLANO

# De los límites del derecho a la prueba: La limitación a los derechos fundamentales

El término limitación se refiere expresamente a su exclusión o ineficacia; y se usa para aquellas circunstancias concretas que tienen como consecuencia la inadmisión, la ineficacia o la exclusión de la prueba Bernal (2003; p.682).

La limitación del derecho fundamental a la prueba tiene la estructura de regla jurídica, porque cada vez que se presenta un supuesto en la actuación probatoria (por ejemplo, una omisión de notificación) la ley procesal le apareja una determinada consecuencia (por ejemplo, la nulidad). En este contexto, el supuesto consiste en una irregularidad probatoria de diversa índole y la consecuencia puede consistir en la inadmisión, la exclusión o la invalidez de la prueba, según las circunstancias

Debe precisarse que los problemas relacionados con la veracidad, la licitud o la legalidad de la pruebas son un asunto propio de configuración del derecho a probar; en cambio, la consecuencia de la regla representa el límite propiamente dicho; la ineficacia o la nulidad de pleno derecho o la exclusión contempladas en la ley y en la Constitución para la prueba ilícita o ilegal son, propiamente hablando, la restricción al derecho a probar (Ruiz, 2017). Por ello, el numeral 1 del artículo 49 CRBV señala un caso claro de límite al derecho fundamental a la prueba, en el sentido de que la prueba obtenida con violación al debido proceso tiene como consecuencia la nulidad de pleno derecho de la misma.

El *debido proceso* es una expresión con doble faz con respecto a la prueba judicial, pues es un concepto bifronte, sirve para enjuiciarla como *debida* pero

también se usa, para retirarla del proceso; constituye un juicio para la prueba como debida, pero al mismo, es juicio del proceso como debido aún contra la prueba; es la figura que se constituye en la puerta de entrada y salida de la prueba.

El debido proceso con respecto a la prueba tiene una doble faz: es la protección y al mismo tiempo la negación de la prueba; el debido proceso con sus mecanismos de efectividad se erige en un auténtico lastre para la prueba judicial, en la medida en que contiene el juicio que permite excluirla del proceso (Ruiz, 2017).

De otra parte, debe tenerse presente que en el Estado constitucional existen dos tipos de garantías: las *primarias* que establecen límites y vínculos normativos como prohibiciones y obligaciones, formales y sustanciales; y las *secundarias* que se refieren a las formas de reparación, como nulidades y responsabilidad de actos ilícitos subsiguientes a la violación de garantías primarias (Ferrajoli, 2000; p.132-133). Tanto en el ámbito sustancial como en el procesal existen prohibiciones y obligaciones en el ejercicio de los derechos fundamentales; asimismo, tanto en el ámbito sustancial como en el procesal se establecen consecuencias a las violaciones de los mismos. Respecto al derecho a la prueba se instituyen prohibiciones como las de afectar los derechos fundamentales en su obtención y se establece la obligación para el juez de hacer respetar este derecho a las partes; como también la ley prevé las nulidades o las exclusiones probatorias para hacer efectivas las obligaciones y prohibiciones.

Dado el carácter fundamental del derecho a probar, los límites del mismo tienen las siguientes características (Alexy, 1993; p.272):

- 1.- El carácter de derecho fundamental de la prueba implica que la posición jurídica, presente o futura, de la parte o del interviniente debe tener la máxima eficacia posible con el propósito de llevarle al juez los medios de convicción que ayuden a establecer la verdad del interés material que pretende le sea declarado por éste en la sentencia. Por eso, solo por excepción debe limitarse este derecho.
- 2.- La justificación de la limitación de la posición iusfundamental de la parte o interviniente solo puede argumentarse legítimamente a partir de los principios,

valores y derechos constitucionales. Por ejemplo, resulta claro que cuando en la obtención de la prueba se conculcan otras posiciones iusfundamentales, como ocurre con los derechos a la vida, la intimidad, la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes se justifica que se limite el derecho a la admisión, práctica y valoración de prueba. Empero, cuando no se trata de derechos fundamentales como el derecho a la propiedad o al medio ambiente no siempre se justifica la limitación a la posición de la parte o interviniente.

Nuestra ley adjetiva procesal dispone reglas, con fundamento constitucional, que restringen el derecho fundamental a la prueba: la inadmisión o ineficacia de la prueba por impertinencia, inutilidad y la exclusión por ilicitud o ilegalidad (artículo 398 CPC). Existen dos tipos de reglas: la inadmisión o ineficacia de la pruebas por razones de capacidad demostrativa de la prueba y la exclusión en consideración a la validez por violación del debido proceso bien sea formal o sustancial.

3.- Por regla general, las irregularidades probatorias que no sean consecuencia de la vulneración de derechos fundamentales sustantivos solo bajo ciertas circunstancias llevan a la exclusión de la prueba.

Al respecto, Devis (1981, p. 31) sistematizó esta idea de los límites del derecho a la prueba, aseverando que el derecho subjetivo de probar se limita en cada proceso por las nociones de pertinencia y utilidad de la prueba, lo mismo que por ciertas prohibiciones de investigar determinados hechos.

#### La inadmisión o ineficacia de la prueba impertinente o inútil

Los conceptos de inadmisión o ineficacia son garantías secundarias en la medida en que hacen efectivas las obligaciones y prohibiciones en la actividad probatoria. Los términos inadmisión o ineficacia se utilizan indistintamente en la doctrina y en la ley para hacer referencia tanto a la capacidad demostrativa de la prueba como al asunto de la validez de la misma. El término inadmisión usualmente se emplea como sinónimo de rechazo al momento del juez pronunciarse sobre el ingreso de la prueba al proceso. El de eficacia se utiliza en el momento de la decisión

de fondo sobre la prueba, bien en la sentencia o cuando se resuelven los incidentes procesales o decisiones interlocutorias que implican evaluación de la probabilidad probatoria.

Los términos inadmisión o rechazo de prueba se utilizan de manera indistinta, bien se trate de juicios de capacidad demostrativa o de validez de la prueba. En cambio, el término ineficacia se usa con preferencia para los problemas de capacidad demostrativa o fuerza de convicción de la prueba. En algunos contextos este vocablo se emplea en términos generales para englobar tanto la eficacia estrictamente dicha como la validez; al fin y al cabo, tanto lo uno como lo otro llevan al mismo resultado: la prueba no genera conocimiento, ni convicción, se considera inocua, insustancial, anodina, inerte o aséptica. (Ruíz, 2017)

## El juicio de la pertinencia

Sobre este aspecto Picó (2007) expresa que, la pertinencia es un juicio de hecho que se realiza al momento de pronunciarse el juez sobre la admisión de la prueba y que recae sobre la relación entre el hecho que pretende acreditarse mediante un determinado medio probatorio y los hechos que constituyen el objeto de la controversia Esta regla se encuentra en consonancia con el denominado *principio de congruencia procesal* dado que los medios de prueba deben recaer sobre los hechos relacionados con el objeto del litigio.

El fundamento para la inadmisión de la prueba por impertinencia se encuentra en el principio de la economía procesal, pues no tiene sentido admitir medios probatorios que no guarden relación alguna con los hechos a probar, esto es, medios que no sean aptos para formar la convicción del juez. La inadmisión de la prueba por impertinencia sigue el brocardo *frusta probatur quod probatum non relevat*.

La pertinencia plantea dos cuestiones a resolver: el tipo de relación que debe darse entre el hecho que pretende probarse con el medio de prueba propuesto y los hechos que conforman el tema de prueba y la determinación de los hechos que lo integran. Por eso, esta relación puede ser directa o indirecta.

La *directa* se presenta cuando existe coincidencia entre los hechos que pretenden establecer los medios de convicción propuestos con el tema de prueba en el proceso; por ejemplo, en un proceso el tema de prueba es la responsabilidad del demandado por daño a las cosas, y los testigos propuestos hacen referencia a qué percibieron cuando el demandado realizaba por mano propia el daño o el caso del documento que contiene la obligación cambiaria que es al mismo tiempo el *tema probandi* en el proceso.

La relación *indirecta* se presenta cuando, aunque no exista coincidencia entre los hechos de que trata la prueba propuesta respecto a los que hacen parte del tema de prueba, no obstante, de aquellos se infiere la existencia de otros hechos que si apuntan hacia el tema de prueba. En este caso se acredita el tema de prueba solo en forma indirecta, mediante una inferencia indiciaria. Sin embargo, existen algunas circunstancias de los hechos que no tienen relación directa con el tema de prueba, pero que, con su prueba, se acredita este último, es el caso en el que la ubicación de la fecha de una situación sirve para establecer el tiempo en el que ocurrió el *factum* probandum.

Finalmente, en cuanto a la *llamada prueba investigadora o pesquisitoria* que pretende buscar información no relevante para el tema de prueba. Ésta constituye un tipo de prueba exploratoria que no es propia del sistema procesal civil, sino más bien de la fase de la indagación o de la investigación en materia penal; por ejemplo, buscar en todos los bancos del país si el demandado tiene cuenta bancaria; en este caso más que acreditar hechos invocados, se pretende realizar una investigación inquisitiva. En estos casos, para los efectos de los procesos civiles, se trata de una forma de prueba impertinente.

#### El juicio de la utilidad

Para Devis (1981), se trata de un juicio que realiza el juez al momento de la *admisibilidad de la prueba*, consistente en la evaluación del medio de prueba solicitado en cuanto a su necesidad para el proceso y que no parezca inútil por existir

presunción o confesión válida o notoriedad general respecto del hecho a probar con ella u otros medios análogos que resulten suficientes para establecerlo.

No obstante, la innecesaridad de acreditar este hecho no excluye la posibilidad de probarlo porque una cosa es que no se requiera su prueba y otra, muy distinta, que ésta no se permita o se excluya; en este caso, la notoriedad es algo que solo puede conocerse en la sentencia; razón por la cual la parte interesada en el hecho puede hacer valer su derecho a proponerlo y a exigir su admisión y práctica.

Debe advertirse que en materia civil los *hechos notorios* están exentos de prueba (artículo 506 del CPC); pero, cuando se trata de probar los aspectos subjetivos de la conducta (dolo o imprudencia) el hecho notorio tendrá nula o muy poca utilidad.

Al respecto, opina Picó (2007), que los *hechos presumidos por la ley* (artículo 1397 y 1398 del Código Civil) se tendrán por ciertos; no obstante, el beneficiado con la presunción tiene la autorresponsabilidad de acreditar el hecho base del cual se deriva el hecho presumido. Asimismo, en el caso de las presunciones que admiten prueba en contrario, la contraparte tiene derecho a la proposición, admisión y práctica de la prueba con el fin de *infirmar* la presunción; esto, a su vez, implica un derecho de la parte favorecida de proponer pruebas que acrediten el hecho presumido. Por ello, se dice que en las presunciones lo que existe es una facilitación de prueba, y no se está ante una exención de prueba en estricto, ya que no debe impedirse la prueba del hecho presumido mediante otros medios.

Además, el autor antes citado agrega: también constituye un supuesto de *inutilidad de prueba* el caso cuando el hecho que se pretende probar guarda relación con el tema de prueba; no obstante, existe una manifiesta inadecuación de medio a fin, por eso, puede anticiparse que no se obtendrá el resultado apetecido. Por ejemplo, la prueba pericial que por su naturaleza misma no puede llegar a establecer lo que se precisa probar, o la inspección judicial para probar los kilos por centímetro cuadrado que soportan las vigas de un edificio.

Asimismo, existe inutilidad probatoria en el evento en que el medio de prueba legalmente no sirva para establecer el hecho que va a probarse con él. Es el caso, en materia civil, los documentos que son requisitos *ad substantiam actus* de ciertos actos en los que los demás medios de prueba no tienen aptitud para probarlos.

La *confesión* como exención de prueba encontraría su fundamento en la utilidad de la prueba por aplicación del *non bis in idem*, dado que si un hecho se considera probado, se hace inútil la proposición o práctica de otras pruebas como la testimonial.

No obstante, la exención de prueba de la confesión no tiene fundamento en el CPC; los que realmente resultan exentos de prueba son aquellos que son objeto de acuerdos probatorios que se logran con la fijación del litigio.

Asimismo, como lo manifiesta Picó (2007), en la práctica, cuando la confesión pierde el carácter de *regina probatorum*, preferencial o de rango superior respecto de las demás pruebas, pasa a valorarse conjuntamente con ésta; además, hasta el momento de valoración de la prueba, esto es, de dictarse sentencia, resulta, en muchos casos, imposible precisar cuándo un hecho ha sido acreditado por confesión judicial.

Por último, debe tenerse presente, como se plantea antes, que a partir del derecho a la prueba puede extraerse como regla la prohibición de anticipar los resultados de la prueba; de manera alguna puede inadmitirse la prueba con el argumento de que ésta no alcanzará los resultados pretendidos. El fundamento de esta regla es la tutela de la imparcialidad del juez, como también del derecho de las partes a probar los hechos discutidos en el proceso.

Bajo esta regla, tampoco el órgano jurisdiccional puede dejar de practicar una prueba ya declarada pertinente con el pretexto de que ya ha alcanzado el convencimiento de la existencia o no de la realidad fáctica controvertida pues, en este momento procesal, se desconoce si dicha prueba pertinente incidirá o no sobre su convencimiento, porque esto es propio de las decisiones de fondo como la sentencia

al final del proceso. En caso contrario, no solo se estaría prejuzgando, sino que también se afecta el derecho a probar (Picó, 1996).

#### El juicio de la licitud

Respecto al tema de la prueba ilícita debe tenerse presente que tanto la doctrina como el derecho comparado es muy diversa la terminología sobre el particular, por lo que Miranda (2004) resalta que "no existe unanimidad en la doctrina acerca de lo que debe entenderse por prueba ilícita (p.19)". Esta terminología puede clasificarse, según se refiera al supuesto o a la consecuencia de la regla en cuestión.

Existe una amplia gama de términos que aluden al supuesto: prueba ilícita, inconstitucional, ilegal, irregular, ilegítima, viciada, clandestina, indebida o inválida. Otros términos aluden a la consecuencia: nulidad de pleno derecho, exclusión, ineficacia, prohibición probatoria, inadmisión o rechazo.

La pluralidad de vocablos no solo puede explicarse según se refiera al supuesto o a la consecuencia de la regla, sino también a las particularidades que en cada país tiene la regulación de la misma institución. Las voces *pruebas ilegales* o *ilícitas* son muy comunes en España, el término prueba ilícita (*prove illecite*) es usual en Italia y la expresión pruebas prohibidas (*beweisverbote*) se prefiere en Alemania.

También se explica esta variedad lexicográfica para designar los distintos momentos en la actividad probatoria en que se aplica la consecuencia a la irregularidad procesal; por ejemplo, los términos inadmisión o rechazo son propios para denegar la incorporación de la fuente de prueba o la práctica del medio dentro del proceso.

La prueba prohibida o *prohibiciones probatorias*, que es propio de la doctrina alemana y fue un término acuñado por Beling (1903) a principios de siglo, según cita Miranda (2004), y comprende distintos supuestos en que la prueba es ilícita, y que afectan tanto a la "toma" como al "uso" de esa prueba. Al respecto, Roxin (2000) las clasifica así: a) prohibiciones de temas probatorios: determinados hechos no pueden ser objeto de práctica de pruebas; por ejemplo, los hechos constitutivos del secreto

profesional; b) prohibiciones de medios probatorios: determinados medios de prueba no pueden ser utilizados; este el caso de las personas que rehúsan declarar en virtud del derecho a no declarar contra su consanguíneo en cuarto grado o su cónyuge y demás parientes; c) prohibiciones en razón de los métodos probatorios; por ejemplo, la tortura o las drogas hipnóticas; d) prohibiciones probatorias relativas, en las cuales solo puede producirse la prueba por determinadas personas; por ejemplo, las intervenciones corporales únicamente pueden ser ordenadas por el juez y practicadas por un experto en salud humana.

En cambio, prohibición probatoria se refiere tanto a la obtención de prueba como a la práctica del medio y a la ausencia de valor en la sentencia. Los de ineficacia o "inutilizabilidad" (Miranda, 2004) resultan usuales para designar la ausencia de valor de la prueba al momento de la sentencia o en otra oportunidad cuando se realice una evaluación de fondo sobre la misma.

Sobre el término *prueba ilegítima*, Nuvolone (1966), distingue prueba ilícita de la prueba ilegítima en función de que la ilegalidad en el primer caso se deba a la infracción de una norma material y en el segundo a una procesal. Cabrera (1997) señala que nuestro derecho no da posibilidad a tal distinción, por lo que considera que debe utilizarse como sinónimo las voces ilegítimas e ilícitas.

Además, con la expresión *prueba ilegal*, parte de la doctrina hace distinción entre prueba ilegal y prueba ilícita, según la norma infringida: será ilícita cuando la norma violada es constitucional en orden a los derechos fundamentales de la persona humana, o como enseña Denti (1972), es ilícita no porque viole normas procesales, o porque choque con las exigencias de la declaración de certeza de los hechos en el proceso, sino porque fueron obtenidas "en violación de derechos protegidos por normas diversas y en primer lugar por normas constitucionales" (p. 21); mientras que será ilegal si la infracción es de una norma legal;

Sobre el termino *prueba viciada* (cuando la prueba adolece de un vicio que afecta su eficacia o validez), la doctrina refiere que esta prueba irregular debe

admitirse para efectos de analizar dentro del trámite del proceso su eficacia probatoria al momento de su valoración (Picó, 1996). Y respecto a la *prueba clandestina* el término trata de concretarse en el modo particular de incurrir en la prueba ilícita, ya que ésta consiste en la prueba obtenida en secreto o de modo oculto, en infracción de la intimidad o privacidad de la persona humana (numeral 1 de artículo 49 CRBV); y con la *prueba irregular*, que es aquella que no reúne los requisitos exigidos por la ley y, no obstante, se le dan los efectos que la misma le atribuye tal y como si estuviera debidamente hecha.

Como se observa, la distinción pareciera irrelevante pero interesante, cuando se trata de la distinción entre *prueba ilegal* (la obtenida en infracción de una disposición legal) y la *prueba nula* (la obtenida mediante violación del debido proceso (*concepto jurídico indeterminado*), a que alude el numeral 1º del artículo 49 constitucional, es decir, el proceso con todas las garantías.

En el marco de las consideraciones antes expuestas, es evidente que la expresión *prueba ilícita* tiene diversos significados. Por ejemplo, Devis (1981) lo concibe en términos muy amplios para referirse a aquella que es contraria a la ley, la moral, las buenas costumbres o las disposiciones o principios de carácter general. Para López (1989), este término encierra tanto la conculcación de las normas legales como, en especial, las constitucionales.

Para Picó (1996) la prueba ilícita se refiere a la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales, por lo que este concepto se reserva para designar las irregularidades que afectan derechos fundamentales en la actividad probatoria. Por su lado, Díaz y Martín (2001) señalan que para que se pueda hablar de ilicitud probatoria, además del binomio actividad probatoria/menoscabo de derecho fundamental, tiene que existir un nexo de causalidad entre ambos.

La obtención de la fuente de prueba ha de ser el resultado de lesionar el derecho fundamental, como el menoscabo del derecho a la integridad física para obtener la confesión de una persona, por caso. La característica que define la prueba ilícitamente

obtenida es que la lesión de derecho fundamental se provoca para poder obtener una fuente de prueba que de otra manera sería muy dudoso que se lograra; ya que esta doctrina resulta más restrictiva con el término porque únicamente designa a los derechos fundamentales sustantivos o materiales.

Respecto a este tópico argumentan Díaz y Martín (2001; p, 22): el concepto de prueba ilícita, del cual se parte en este estudio, designa a la prueba que se produce con violación de los derechos fundamentales, tanto en los ámbitos extraprocesal como en el procesal; es más usual en materia penal que los actos de investigación de las autoridades públicas en el aseguramiento probatorio afecten derechos fundamentales de carácter sustantivo. Tanto en civil como en penal, los derechos fundamentales conculcados en la incorporación y en la práctica de la prueba, usualmente son los procesales. En ambos campos se presenta la prueba ilícita, pero luego se examina cómo es posible establecer distinciones en los efectos de uno y otro.

Desde un punto de vista genérico y extrajurídico, Silva (1963) señala que para un primer sector doctrinal la prueba ilícita es aquella que atenta la dignidad de las personas, es decir, contra la dignidad humana, y al respecto señala Miranda (2004) que correspondió a la misma concepción del artículo 549 del Proyecto de Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1974, que hacía referencia a la prohibición al tribunal de admitir los medios de prueba obtenidos por la parte que los proponga, o por terceros, empleando procedimientos que a juicio del mismo se deben considerar reprobables según la moral, o atentatorios contra la dignidad de la persona. Indica dicho autor que "la dignidad de la persona se constituye en pieza clave del concepto de prueba ilícita: todo medio de prueba que atente contra la misma deviene en ilícito y, por consiguiente, inadmisible (p. 20)".

Para otra tendencia, el concepto de prueba ilícita responde a la proscripción por disposición de la ley. Al respecto, Vescoví (1970), señala que la ilicitud puede derivarse de la violación de una regla expresa, sea cual fuere su rango (legal, constitucional o reglamentaria), y también de la violación de normas no expresas.

Miranda (2004), por su parte, explica que para este sector de la doctrina el origen de la ilicitud de la prueba radica "en que la misma ha sido obtenida con violación a normas jurídicas, con independencia de la categoría o naturaleza de estas últimas: constitucionales o legales (procesales o no), o incluso de disposiciones o principios generales (p.20)". En esta tendencia, se incluye Devis (1981), quien define las pruebas ilícitas como aquellas que están expresa o implícitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres sociales o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan.

No obstante, otro sector de la doctrina restringe el concepto en orden a la vulneración de normas de rango legal y especialmente constitucional, criterio este que ha sido acogido por Denti (1972), Sentís (1977), Picó (1996). Así, para el Tribunal Supremo español sólo cabe afirmar que existe prueba prohibida (ilícita) cuando se lesionan los derechos que la Constitución ha proclamado como fundamentales (sentencia del 18-06-92).

Según Rivera (2011) se entiende por prueba ilícita son aquellas que son expresa o tácitamente prohibidas por la ley o que violan derechos humanos, o que son contrarias a la moral y buenas costumbres, o que son obtenidas por medios violatorios de la dignidad humana y derechos fundamentales o de prohibiciones de ley.

La prueba ilícita es "aquella obtenida o practicada con infracción de cualquier derecho fundamental del imputado o de terceros, reconocido a nivel constitucional en un país, ya sea directamente o por remisión a los tratados internacionales sobre derechos humanos" Carocca (1998; p.325).

Ahora bien, el concepto de prueba ilícita, no se concibe como un derecho fundamental autónomo, sino como una garantía de hacer valer los derechos inherentes al ser humano. Desde este ángulo, una prueba ilícita no debe gozar de validez procesal, y en efecto, cualquiera de las partes podrá denunciarla, sin embargo, será el tribunal quien decidirá lo pertinente en cuanto a su admisión, quedando,

lógicamente, abierta la puerta al posible planteamiento de un recurso (Correa, 2009; p.59).

El problema de la admisibilidad de la prueba obtenida al margen de la ley lleva implícito una pugna de intereses, debiéndose así, elegir entre la necesaria procuración de la verdad durante el juicio y el respeto al debido proceso de las partes; razón por la cual se debe de considerar de sobremanera, qué pesa más dentro del proceso, es decir, se debe de poner en una balanza perseguir la verdad material o respetar un derecho particular.

En una arista se encuentran los que aconsejan que el objetivo del proceso es conseguir la verdad real, pues ésta coincide con lo acontecido verdaderamente y no con lo que, en ocasiones, las partes presentan como tal. Ahora bien, el sentido común y una debida práctica en un Estado de Derecho aconsejan que la administración de justicia se establezca para resolver un litigio con acierto y plena satisfacción, no para impartir una solución a cualquier precio. En este sentido coinciden los que señalan que la verdad real ha de obtenerse por medios y en forma lícita, que razonablemente ha de coincidir con lo que la ley autoriza; pero, no toda regulación legal al respecto coincide siempre con las exigencias del proceso con todas las garantías o del debido proceso.

Tradicionalmente, en nuestro país, la jurisprudencia ha reconocido que ante el incumplimiento de un requisito formal del medio de prueba en su trámite de admisión y práctica opera el rechazo o la prohibición de valoración o ineficacia de la misma. De manera que, solo se han reconocido las consecuencias procesales ante las irregularidades procesales bien del orden constitucional o legal, pero no se admitían aquellas ante ilícitos constitucionales sustantivos.

En este respecto, Correa (2009; p.55) señala que: no debe prevalecer el interés de protección y de castigo de las conductas infractoras si para ello se lesionan injustificada o desproporcionadamente los derechos (fundamentales o no solo estos), comprendiendo aquí tanto los de contenido material (derecho a la inviolabilidad del

domicilio, de las comunicaciones, a la integridad corporal, derecho a la libertad) como los que determinan el carácter justo y equitativo del proceso (derecho de contradicción, derecho de defensa, derecho de asistencia letrada, derecho de utilizar los medios de prueba pertinentes).

En consecuencia, el ideal a perseguir es que la verdad obtenida en el proceso coincida en la mayor medida posible con la realidad del asunto debatido. A ello debe servir la regulación procesal, siempre con escrupuloso respeto a las garantías que, al fin y al cabo, atienden a los derechos fundamentales de la persona. (Rodríguez y Guerrero, 2012).

Por su parte, Redondo (1997) considera que la prueba ilícita es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención; ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita. Posteriormente Miranda (1999) añade que el origen de la ilicitud de la prueba, reside precisamente en que ha sido obtenida con violación de normas jurídicas, con independencia de la categoría o naturaleza.

De conformidad con los anteriores planteamientos, ha quedado establecido que la consagración de derechos y libertades fundamentales en nuestra Carta Magna y el reconocimiento de su naturaleza tanto subjetiva como objetiva ha supuesto en nuestro ordenamiento procesal el establecimiento de límites a la eficacia de la prueba mediante la cual se vulneren derechos fundamentales.

Por un lado, se observa que existe un interés público y legítimo en alcanzar la verdad material en el seno del proceso; pero también es necesaria la protección eficaz de los derechos básicos o fundamentales de los justiciables; por lo que en atención a esta naturaleza bifronte que ya se ha señalado a principios del presente capítulo, ha quedado claro que pueden originarse escenarios de conflicto entre el interés público en la obtención de la verdad procesal y la protección eficaz de los derechos fundamentales, resultando preciso fijar los límites de la protección de ambos derechos

e intereses relevantes constitucionalmente y alcanzar reglas para la solución de las situaciones de conflicto.

Picó (2006) ha definido como prueba ilícita toda aquella prueba que se obtenga o practique de forma contraria a la ley (por ejemplo, admisión de medios de prueba inútiles o impertinentes). Sin embargo, también indica que es pacífico en la doctrina reservar el concepto de prueba ilícita para la prueba producida con vulneración de derechos fundamentales, concepto, por tanto, más restrictivo y con efectos más incisivos-ineficacia-que el de prueba irregular o ilegal.

En efecto, señala que no resulta razonable sancionar con la ineficacia todo supuesto de irregularidad procesal producida en materia de prueba, en cuanto obtenida o practicada en forma contraria a lo dispuesto en la ley, habida cuenta que la Constitución también garantiza el derecho fundamental a los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 49 de la CRBV).

Para Asencio (2001) existe una distinción entre las distintas clases de infracciones que se pueden cometer en materia de prueba. Refiere que el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía-por el ordenamiento en su conjunto-de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos.

De acuerdo a su criterio, estas últimas acaso podrían ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento; y que en tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso; por lo que concluye este autor que son pruebas irregulares, los supuestos en los que se infringen normas procesales de rango infraconstitucional y su efecto jurídico será el que en cada caso establezca la norma infringida. Y serán pruebas ilícitas las que se refieren,

respectivamente, a las pruebas obtenidas directa o indirectamente vulnerando derechos fundamentales y a la vulneración de derechos fundamentales en la obtención u origen de alguna prueba.

Adicionalmente, Ortells (2008) señala que es necesario conocer la distinción entre fuentes y medios de prueba. Las fuentes de prueba hacen referencia a los elementos existentes en la realidad con independencia del proceso y que son aptos para producir convicción sobre datos de hecho. Mientras que los medios de prueba sólo existen en el proceso, al constituir la actividad procesal mediante la que se incorporan al proceso las fuentes de prueba a fin de obtener en el proceso la información sobre los hechos.

En este orden de ideas, Bellido (2010) coincide con los siguientes doctrinarios (Pastor, 1986; Asencio, 1989; Vegastorres, 1993; Garcia, 2001; Montero 2005; y Ortells, 2008) quienes consideran que partiendo de esa distinción, debe tenerse en cuenta, que, aunque la ilicitud puede derivar excepcionalmente de que la vulneración del derecho fundamental se produzca con motivo de la actividad de práctica del medio de prueba, lo más frecuente será que la lesión se produzca en las actividades de búsqueda y obtención de las fuentes de prueba.

### Clases de ilicitud de la prueba en el Código de Procedimiento Civil Venezolano

#### Prueba Ilegal, Impertinente e Improcedente

De acuerdo con lo expuesto por Guerrero (2008, p.155-164): en el artículo 398 del CPC venezolano se contempla que 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.

Pareciera deducirse que en la clasificación entre pruebas "legales y procedentes" e "ilegales o impertinentes", el legislador patrio atiende, en primer lugar a las pruebas según su utilidad, y luego según su licitud o ilicitud; por lo cual, y como diría Sentís (1978), en el mito de las clasificaciones se refiere a la obsesión que existe por catalogar las pruebas y diferenciarlas según determinados conceptos, y cuando se refiere a las pruebas admisibles e inadmisibles afirma, que se está ante otra clasificación inútil y perturbadora, por cuanto los códigos cuidan de que, en la duda, se esté por la admisión, pues para desechar una prueba siempre se estará a tiempo; y no al contrario.

#### 1. Prueba Ilegal

Guerrero (2008) señala que: el Código de Procedimiento Civil se refiere a la prueba ilegal, cuando contempla que el juez providenciará los escritos de pruebas, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezca manifiestamente ilegales o impertinentes (artículo 398). Por tanto, el legislador se refiere a la prueba ilegal como aquella cuya admisión está prohibida expresamente por ley. Una prueba ilegal adquiere tal carácter por ser considerada por el legislador como atentatoria contra el orden público, o bien porque con la misma no se llegaría a la verdad; además de que su valor equivaldría a su inexistencia, aun cuando fuese admitida erróneamente por el juez. En materia penal la prueba ilegal es conocida como "ilícita", produciendo los mismos efectos.

Nuestra Constitución Nacional (CRBV) en el numeral 1 del artículo 49, hace referencia únicamente a que "Serán nulas las pruebas obtenidas mediante la violación del debido proceso", con cuyo principio se puede entender las pruebas obtenidas a través de modos ilícitos, es decir, sin la utilización del mecanismo consagrado en la ley para acceder a las mismas, como aquellos medios de prueba practicados de manera irregular en contravención del procedimiento establecido en la ley (el debido proceso).

Como se dijo ut supra, Picó (1996) mantiene la posición doctrinaria más restrictiva, por cuanto limita el concepto de prueba ilícita a aquella obtenida o practicada con trasgresión de derechos fundamentales. Dicho autor considera que está limitación se fundamenta en el derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa.

Además distingue la prueba ilegal o irregular de la prueba ilícita, según sea la naturaleza de la norma vulnerada; por lo que indica que la prueba ilegal o irregular incluye las fuentes de prueba obtenidas de modo ilegal, así como los elementos probatorios o practicados irregularmente sin observar el procedimiento establecido, siempre que en ninguno de los dos supuestos se haya vulnerado un derecho fundamental. Entonces, si se violentó durante la obtención o práctica de la prueba una norma constitucional que regula o consagra derechos fundamentales, la prueba es ilícita.

En todo caso, como el Código de Procedimiento Civil venezolano establece la inadmisión por el juez de la prueba ilegal, por ser contraria a la ley y la Constitución; lo afirmado por la doctrina se pueden señalar las razones de su inadmisibilidad, en orden a que:

- 1.- La vigencia del principio clásico brocárdico "nemo ex delicto conditionem suam meliorem facere potest", pues los actos ilícitos no pueden aprovechar o beneficiar al autor de los mismos.
- 2.- Como lo estatuye la Constitución Nacional, el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257); de donde se deduce que todo acto que vulnere o infrinja los preceptos o principios orientados a la realización de la justicia, debe ser tenido como nulo (Numeral 1 artículo 49, CRBV), puesto que el debido proceso comprende el derecho a un proceso con todas las garantías legalmente establecidas.
- 3.- El efecto sancionador y pedagógico, pues la inadmisión de la prueba ilegal es una sanción en contra del promovente de la misma, y una lección no sólo el

mismo, sino una enseñanza a la otra parte, demostrativa de que prevalece la norma vulnerada y que con artimañas nada se logra. Se debe producir un efecto disuasorio en potenciales vulneradores.

- 4.- La inadmisión de la prueba ilegal, como manifestación de la prohibición del ejercicio arbitrario del propio derecho, pues como sostiene Angeloni (1992), la utilización procesal de las pruebas logradas de forma ilegal supone, precisamente, la práctica arbitraria de las propias razones.
- 5.- La nulidad del acto material de obtención del elemento probatorio comporta la nulidad posterior de toda su eventual eficacia (*quod nullum est, nullum producit effectum*), que traducido al principio constitucional estatuido en el numeral 1 del artículo 49 de la Constitucional Nacional (CRBV) significa la nulidad de la prueba obtenida mediante violación del debido proceso.
- 6.- Se atenta contra el derecho a la defensa dar por válida una prueba ilegalmente obtenida.

Para la Sala Constitucional del TSJ, en sentencia de fecha 11-07-03, "(...) cuando se promueve una prueba debe indicarse cuál es el objeto de la misma y qué se pretende probar con ella, porque de lo contrario dicha prueba será ilegal al no poderse valorar la pertinencia, y por tanto inadmisible (...)". (Caso: Puertos de Sucre, S.A. en amparo, sentencia 10-902). Como se observa, la no indicación del objeto de la prueba y la omisión de lo que se pretende probar con la misma, hacen que esa prueba sea ilegal al no poderse valorar la pertinencia, es decir, será ilegal no porque tal prueba se encuentre en contradicción con una norma legal, o al ser obtenida en violación de los derechos fundamentales de la persona, sino porque no puede valorarse su pertinencia; con lo cual se realiza una interpretación que no se ajusta a los principios contenidos en los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución Nacional; criterio de la Sala Constitucional que pareciera no concordar con el de la Sala de Casación Civil del TSJ, cuando la misma en decisión de fecha 3 de octubre de 2003, afirma que "Conforme a lo dispuesto por el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, no

debe darse entrada en el auto que provea la promoción de pruebas, a las que "aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes", es decir, que no guardan relación con los hechos y problemas discutidos, o que no estén incluidas entre las que la ley permite promover en el caso litigado. Expresó una decisión de vieja data, que ilegal es si no la consagra la ley o cuando prohíba expresamente utilizarla en determinados procedimientos.

Sin embargo, la misma Sala Constitucional del TSJ, en sentencia de fecha 07-03-02 (caso: Agencia Ferrer Palacios, en amparo), que resulta importante para contrastar con la suya antes citada (del 11-07-03), porque de alguna manera se relaciona también con el derecho constitucional de acceder a las pruebas (artículo 49.1, CRBV), afirmó que "(...) no todo incumplimiento de alguna formalidad puede conducir a la desestimación o inadmisión de la pretensión, ya que para ello el juez debe analizar:

a) la finalidad legítima que pretende lograrse en el proceso con esa formalidad; b) constatar que esté legalmente establecida; c) que no exista posibilidad de convalidarla; d) que exista proporcionalidad entre la consecuencia jurídica de su incumplimiento y el rechazo de la pretensión.

Solamente cuando el juez haya verificado que no se cumple con los elementos antes descritos, es que debe contraponer el incumplimiento de la formalidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, específicamente de acceso a la justicia, para desechar o inadmitir la pretensión del justiciable y en caso de dudas interpretarse a favor del accionante, ello en cumplimiento del principio *pro actione* (...)".

#### 2. Prueba Impertinente

Sucede con frecuencia, como sostiene Devis (1981), que autores y jueces se expresen sobre la pertinencia o relevancia de la prueba y de su inconducencia empleando dichos términos como conceptos idénticos, fomentando con ello

imprecisiones en esta materia, cuando en realidad son dos requisitos intrínsecos distintos.

La *inconducencia* se refiere a la capacidad legal de la prueba respecto del medio mismo o en relación con el hecho por probar; la *pertinencia o relevancia*, en cambio, advierte la relación que el hecho por probar puede tener con el litigio o la materia del proceso voluntario o del incidente según el caso.

Se ha establecido suficientemente que la prueba es el medio utilizado para llevar al juez el conocimiento de los hechos que son objeto de aquélla (testimonio, documento, etc.), por lo que es evidente que la pertinencia o relevancia se refiere a éstos y no a aquélla. Si, por el contrario, se entiende por prueba los hechos que sirven para demostrar otros hechos, su pertinencia o relevancia se vincula a los segundos. Si desde un punto de vista subjetivo se considera como prueba la convicción que con ella se origina en la mente del juez respecto a los hechos del proceso, la pertinencia o relevancia reside igualmente en éstos.

Y si se acoge el concepto general y amplio de prueba, que destaca en la doctrina, en la cual se combina el aspecto subjetivo con el objetivo, para definirla como los medios o instrumentos que la ley permite utilizar, a fin de obtener las razones que conduzcan al convencimiento del juez sobre los hechos del proceso, se observa entonces que la pertinencia o relevancia tiene que ver con estos hechos y no con los medios para establecerlos ni con las razones que de ellos se extraen.

Guerrero (2008) indica que de acuerdo al CPC venezolano, las partes tienen el derecho de oponerse a la admisión de las pruebas de la contraparte que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes (artículo 397); en tanto que el juez providenciará los escritos de pruebas, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes (artículo 398 eiusdem).

Atendiendo al contenido de tales normas, observa que las pruebas que deben inadmitirse son las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes; por lo

cual cabe preguntarse si cuando el promovente de la prueba no indica qué es lo que pretende probar con la misma, esa omisión indica que la prueba es ilegal al no poderse, de tal manera, determinar su pertinencia-como ha afirmado la Sala Constitucional del TSJ en la *supra* citada sentencia de fecha 11-07-03-por lo cual el juez debe negar su admisión. La Sala de Casación Civil del TSJ, por ejemplo, ha considerado que cuando se promueve un medio de prueba, el promovente del mismo debe indicar qué hechos trata de probar con el mismo, a fin de que se pueda conocer si con ello se pretende probar los hechos alegados controvertidos y por eso calificar la pertinencia o impertinencia de la prueba, pues si no se cumple con ese requisito, no existirá prueba válidamente promovida, hecho que se equipara al defecto u omisión de promoción de prueba (caso: Cedel Mercado de Capitales, C.A. contra Microsoft Corporation), por lo que habría que indagar si la prueba válidamente promovida guarda alguna relación con la prueba pertinente y, en sentido contrario, si el promovente no indica lo que pretende probar (objeto) no existirá prueba válidamente promovida, debido a su impertinencia.

Para la Sala Constitucional, como se observa de la citada sentencia de fecha 11-07-03, la prueba es ilegal cuando al promoverse la misma no se indica cuál es su objeto, y tampoco qué se pretende probar con ella, al no poderse valorar la pertinencia y, por tanto, es inadmisible, es decir, que la impertinencia de la prueba devendría de su ilegalidad del modo indicado (*Vid.* caso: Puertos de Sucre, S.A. en acción de amparo contra decisión judicial). "Sólo expresando con precisión lo que se quiere probar con el medio que se ofrece puede el Juez decidir si dicho objeto es o no manifiestamente impertinente" (sentencia de fecha 08-06-01, Sala Plena del TSJ), mientras que según la Sala de Casación Civil del TSJ, en decisión de fecha 20 de octubre de 2004 (caso: Luis Erasmo Pérez Mosquera contra César Alberto Manduca G.), "(...) la prueba impertinente se caracteriza porque los hechos que se llevan al juicio por el medio promovido, no tienen relación con los hechos controvertidos, siendo necesario que el juez explique suficientemente con un examen comparativo

entre los hechos a probar con los que son objeto de esas pruebas, las razones por las cuales lo considera así...".

Y para la misma Sala en decisión de fecha 15 de noviembre de 2004 (caso: Constructora Gelomaca, C.A. contra Comunidad de Propietarios...) "(...) sólo expresando con precisión lo que se quiere probar con el medio que se ofrece, puede el juez decidir si dicho objeto es o no manifiestamente impertinente (...)". Indica además que el concepto jurídico de "pertinencia" y su opuesto, el de impertinencia, citando al Tribunal Constitucional español, que pueden hacer *prima facie* referencia a diferentes materias. Por ejemplo: Se promueven pruebas sobre una cuestión que no es de hecho, sino jurídica; se aporta prueba sobre hechos que no necesitan de ella, porque son notorios y hay que juzgarlos probados; se aporta prueba sobre hechos que no tienen relación ninguna con el proceso, porque ni siquiera han sido objeto de alegación.

El inconveniente es más difícil cuando atañe a la relación entre el medio de prueba promovido y el hecho que se pretende demostrar con el debate procesal y la pretensión que en el proceso debe ser decidida. En este último punto se presentan notorias dificultades que se acrecientan cuando la promoción de prueba está sometida a preclusión y se tiene que anticipar respecto de las alegaciones.

Concluye dicho órgano en afirmar que la pertinencia de las pruebas es la relación que las mismas guardan con lo que es objeto del juicio y con lo que constituye el *thema decidendi* para el Tribunal y expresa la capacidad de los medios utilizados para formar la definitiva convicción del Tribunal. Así entendida la pertinencia de las pruebas distintas de su eventual relevancia, que consiste en el juicio de necesidad o de utilidad de las mismas (STC 51/1985).

Por su parte, Muñoz (1997) explica que si el Juez debe realizar un previo juicio de valoración para precisar la pertinencia de la prueba, si dicha actividad requiere un juicio de derecho relativo al mérito de ésta, que contiene ya *in nuce* la decisión definitiva. ¿No se dará en tales casos el peligro de un prejuzgamiento?

Al respecto, dicho autor cita a Calamandrei (1973), quien opina, que si el juez está ya convencido de la verdad, puede no admitir otras pruebas, pero señala que este argumento hay que interpretarlo con mucha cautela, pues en el recorrido del proceso, y donde menos se piensa, pueden siempre encontrarse muchas sorpresas; por lo que en argumento en contrario indica que en caso de que existan dudas relativas a la pertinencia o utilidad de la prueba, es prudente admitir toda clase de pruebas ya que en materia probatoria conviene siempre actuar con amplitud; y que al analizar la pertinencia de la prueba debe procederse siempre a otro estudio sobre los argumentos expuestos por las partes, evitando con mucha precaución caer en el riesgo de prejuzgar. Sin embargo, no cree que deba admitirse, un poder de censura del juez sobre la certeza de la aportación, salvo los casos de que éste fuere ostensiblemente irreal.

#### 3. Prueba Improcedente

Pudiera pensarse que la prueba improcedente guarda relación con la prueba ilegal y con la prueba impertinente, si se parte de que si la prueba es ilegal, entonces la misma resulta improcedente; mientras que si esa prueba es impertinente-al no guardar relación con los hechos tanto en la demanda como en la contestación (thema decidendum)-la prueba, en tal caso, resulta también improcedente. No obstante, entre tales conceptos existen ciertas discrepancias.

La diferencia se observa en forma ostensible, debido a que la prueba improcedente es aquella que no está expresamente autorizada o prevista en la ley, o la que "...no figura dentro del elenco de pruebas permitido por la ley para la demostración en juicio de los hechos pertinentes, o aquella cuya eficacia o aptitud se encuentra en ciertos casos restringida por mandato expreso del legislador en atención a la naturaleza o cuantía del asunto.

Márquez (2000) señala que también debe ser considerada como prueba improcedente la que es diferente a la que la ley exige necesariamente para la demostración de ciertos contratos o determinados hechos jurídicos, o la que se

promueve para desvirtuar hechos que la propia ley considera intangibles..." (Sala de Casación Civil, sentencia de fecha 13 de junio de 1973, caso: M. González contra C. Crusizio y otro), que a estas categorías habría que agregar la de *improcedencia virtual*, a objeto de abarcar en ella aquellas pruebas que estando "prohibidas expresamente por la ley", las partes las promueven fundamentándose en lo dispuesto en el artículo 395 del CPC.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, se debe precisar que Miranda (1999) explica que la doctrina se ha dividido en dos grandes grupos que han tratado de definir las pruebas ilícitas, los cuales son los siguientes:

- 1.- Concepciones amplias: se caracterizan por la imprecisión de sus definiciones, dando lugar a una posible restricción del derecho a la defensa materializada a través de la presentación de medios probatorios. Así, la posición de Silva (1991) llega a definir la prueba ilícita como aquella que atenta contra la dignidad humana, sin precisar los límites de tal concepto. Por su parte la posición de Perrot (1981), señala que las pruebas ilícitas son aquellas que violan una norma jurídica, sea cual sea la jerarquía de la misma, incluso un propio contenido en la doctrina.
- 2.- Concepción restrictiva: define la prueba ilícita como aquella obtenida o practicada violando un derecho fundamental, y considera pruebas irregulares aquellas que violan las normas procesales. Mientras las primeras deben ser excluidas del proceso, las segundas solo disminuyen su fiabilidad pero la sentencia puede fundarse en ella. Considera que esta teoría no toma en cuenta que la mayoría de los principios procesales son recogidos en las constituciones siendo los ordenamientos procesales sus normas de desarrollo; por lo tanto su violación implica la violación de las normas constitucionales que desarrollan.

Un punto nodal también sobre la prueba ilícita es su extensión, por ello es menester determinarla. De lo que se trata pues es de determinar si la exclusión o la prohibición del valor probatorio de ésta incluye únicamente la prueba obtenida

directamente por medios ilícitos o también comprende la prueba obtenida indirectamente por medios ilícitos. De este modo, es labor obligatoria el analizar las diferentes teorías que existen sobre la exclusión de la prueba ilícita.

### La admisibilidad de la prueba ilícita

El Derecho Procesal como rama autónoma del Derecho, y que como tal posee criterios de valoración propios y diversos del derecho sustancial, basados incluso en consideraciones diferentes sobre el carácter lícito e ilícito que le asigna este último.

Ha quedado suficientemente establecido en el desarrollo de la presente investigación que la CRBV (1999), en el artículo 49 ordinal 1° establece expresamente: "El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y en consecuencia: 1.- La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga; de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso".

De esta norma de rango constitucional se deriva la inadmisibilidad de la prueba obtenida de manera ilícita o ilegal, sólo tendrán valor las pruebas obtenidas con respeto a los derechos humanos y de las disposiciones legales vigentes.

En este sentido la doctrina ha sostenido que sólo tendrán valor las pruebas obtenidas con el respeto de los derechos humanos y de las disposiciones legales vigentes. La violación de tales normas produce una indefensión material, es por ello que las partes pueden oponerse a la admisión de la prueba ilícita, el artículo 49 de la CRBV, establece la nulidad de la prueba, la cual vincula la nulidad con el resultado de un procedimiento indebido en su obtención o práctica.

Basado en todas las consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales antes expuestas, se observa que la prueba ilícita tiene una apreciación jurídica evidente, es inadmisible la prueba que provenga de una violación de derechos y garantías del

ciudadano, tanto es así, que si solo se puede obtener o conocer la verdad torturando o coaccionando moralmente a una persona, el Estado renunciaría a conocer esa verdad, la razón más que simple es obvia, un Estado que consagre seguridad jurídica y debido proceso en su Constitución no puede valerse de medios ilegales e ilegítimos para condenar, dígase violación al secreto de correspondencia o trasgresión al derecho a la integridad física de las personas, o que para obtener pruebas incriminatorias sobre un imputado se viole su derecho a la intimidad, o su derecho a la inviolabilidad de domicilio por citar algunos casos posibles.

González (2004) afirma que existen doctrinarios que avalan el uso de la prueba ilícita y lo sustentan en el averiguamiento de la verdad material; ya que la defensa que se hace de la verdad material, no importa cómo han sido los elementos de convicción aunque se hayan transgredido derechos fundamentales. Una vez que la prueba se incorpora al proceso, el juez debe valorarla; por lo que esta excepción es seguida por algunos autores que afirman que la consecuencia de una prueba ilícita no es su nulidad si no su incorporación por la verdad y la justicia.

La tesis que defiende la admisibilidad del material probatorio alcanzado mediante actos lesivos de la intimidad, descansa principalmente sobre la idea de que la actividad probatoria ha de estar inspirada en la reconstrucción de la realidad y por lo tanto prescindir de pruebas materialmente útiles por haber sido obtenidas mediante actividades ilícitas, esto equivaldría a renunciar al objetivo de que el proceso conduzca a un resultado justo. Desde esta perspectiva, la tensión entre la necesidad de aprovechar el material probatorio para los fines del proceso y la de amparar el derecho que puede ser lesionado en el afán de obtener dicho material puede encontrar equilibrio en la preservación de éste y el castigo de la actividad ilícita (Rojas, 2012; p.225).

Cabe destacar que De Urbano y Torres (2003) han señalado que la experiencia histórica ha proporcionado cuantiosos ejemplos de terribles aberraciones cometidas contra la dignidad y los derechos humanos, que partían precisamente de criterios

dogmáticos de verdad preestablecidos (la inquisición, los procesos de Moscú, la justicia hitleriana...), los cuales nos han preparado para entender que la verdad material no puede ser conocida en todo caso y con cualquier medio.

#### Efectos de la Prueba Ilícita

Los efectos que puede provocar la presencia de una prueba ilícita son dos:

- 1) Excluir la prueba obtenida ilícitamente del proceso, es decir, impedir su admisión, no llegando por tanto a efectuar valoración alguna de la misma, pues se tiene por no admitida.
- 2) El efecto indirecto o reflejo, el cual consiste en que las pruebas que provengan directamente de un medio de prueba obtenido ilegalmente, tampoco deben ser utilizadas, ya que se encontrarían contaminadas en su origen (Orrillo, 2010).

### Regla constitucional de la exclusión de la prueba ilícita La garantía del debido proceso

Antes de analizar la eficacia probatoria de la prueba ilícita, es necesario que previamente se precise la definición de "debido proceso" y determinar aquellos derechos que por intercepción de dicha garantía, se posibilita su libre y pleno ejercicio. Greif (2006; p.269), vincula la noción del debido proceso con el concepto de función del proceso y, expresa: "...el proceso satisface el interés individual comprometido en el litigio y el interés social de asegurar la efectividad del derecho, mediante la obra incesante de la jurisdicción".

En este sentido, Willoughby,(año) citado por Greif (2006), señala que dicha garantía se materializa en la conjugación de las siguientes situaciones: a) que el demandado conozca, expresa o de manera tácita, que en su contra se ha instaurado una pretensión; b) que se le permita al sujeto pasivo de la relación jurídico procesal un tiempo razonable para comparecer, preparar su defensa, exponer sus afirmaciones de hecho y producir la fórmula probática legal, idónea y pertinente dirigida a demostrar los fundamentos de su oposición y excepciones; c) que el órgano jurisdiccional esté previamente constituido y proporcione garantías igualmente

razonables de su imparcialidad y; d) que el órgano ante el cual se ventila la controversia sea el debidamente competente para su conocimiento.

De lo anterior, específicamente de la parte final del literal "b)", se vislumbra el vínculo existente entre la garantía del debido proceso y la prueba. En este sentido, el artículo 49 del Texto Constitucional establece: "El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 1º La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y disponer del tiempo y de los medios adecuado para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta constitución y la ley."

...omissis...

El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, en sentencia N° 02, de fecha 24 de enero de 2001, se refirió al derecho a la defensa y al debido proceso, en los siguientes términos: El derecho a la defensa y el debido proceso constituyen garantías inherentes a la persona humana y en consecuencia, aplicables a cualquier clase de procedimientos. El derecho al debido proceso ha sido entendido como el trámite que permite oír a las partes, de la manera prevista en la Ley, y que ajustado a derecho otorga a las partes el tiempo y los medios adecuados para imponer sus defensas.

En cuanto al derecho a la defensa, la Jurisprudencia ha establecido que el mismo debe entenderse como la oportunidad para el encausado o presunto agraviado de que se oigan y analicen oportunamente sus alegatos y pruebas. En consecuencia, existe violación del derecho a la defensa cuando el interesado no conoce el procedimiento que pueda afectarlo, se le impide su participación o el ejercicio de sus derechos, o se le prohíbe realizar actividades probatorias.

El anterior fallo ha sido reiteradamente ratificado en varias sentencias del Alto Tribunal de la República, entre otros, el de fecha 01 de febrero de 2001, en el cual la Sala Constitucional, en Sentencia N° 80, Exp. N° 00-1435, estableció los supuestos en que debe reputarse como lesionada la garantía al debido proceso, a saber:

- 1) Cuando se prive o coarte a alguna de las partes la facultad procesal para efectuar un acto de petición que a ella privativamente le corresponda por su posición en el proceso;
- 2) Cuando esa facultad resulte afectada de forma tal que sea reducida, teniendo por resultado la indebida restricción a las partes de participar efectivamente en plano de igualdad, en cualquier juicio en que se ventilen cuestiones que les afecte. Bajo esta óptica la violación al debido proceso y la consecuente indefensión operará, en principio, dentro de un proceso ya instaurado, y su existencia será imputable al juez que con su conducta impida a alguna de las partes la utilización efectiva de los medios o recursos que la ley pone a su alcance para la defensa de sus derechos.

Al respecto, Montero y Flors (2008), comentan que el agravio al derecho de la defensa se ocasiona cuando se obstaculice o impida a una persona ejercer cualquiera de los atributos o expresiones que les son comunes a dicha consagratoria fundamental, es decir, que se impida el ocurrir, alegar, demostrar, conocer y formular oposición en un proceso concreto; cuando el quebrantamiento de la norma afecte la normalidad de la relación jurídica adjetiva y sitúe a una de las partes en hiposuficiencia procesal.

En lo que atañe propiamente al régimen probatorio, los autores antes citado expresan que el acceso a las pruebas, el cual comprende no sólo la posibilidad de promover en juicio los medios probatorios destinados a producir en el juez el convencimiento sobre las afirmaciones de hecho alegadas, además, conocer para su respectivo control las probanzas incorporadas por la contraparte.

Como fundamento jurisprudencial de la aseveración anterior, Montero y Flors (2008), se basan en la sentencia del Tribunal Constitucional español signada con el

Nº STC 175/1994, la cual establece que el derecho a la realización de un proceso sin vulneración de la defensa, se lesiona en los siguientes casos: a) si se le niega a una de las partes de manera real, el adquirir conocimiento de algunos de los materiales de hecho o de derecho con capacidad de influir en los fundamentos de la decisión que eventualmente adoptará el Tribunal y; b) cuando se impida alegar lo que se considera necesario para la defensa y ofrecer la fórmula probática, tanto aquellos que de modo positivo se relacionan con las afirmaciones de hecho, como los negativos, es decir, los dirigidos a enervar las defensas del contrario.

En un mismo sentido se refirió la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia N° 02, citada *ut supra*, de fecha 24 de enero de 2001, caso: inversiones 1994 C.A., en la cual se asentó:

"(...) la violación al derecho a la defensa existe cuando los interesados no conocen el procedimiento que pueda afectarlos, se les impide su participación en él o el ejercicio de sus derechos, se les prohíbe realizar actividades probatorias o no se les notifican los actos que los afecten (...)".

Finalmente, en relación con el derecho a probar y de acceso a la prueba como manifestación de la garantía del debido proceso y, concretamente, como forma de expresión de la defensa, se trae a consideración un comentario de Berizonce (2005), según el cual existen significativas excepciones al derecho a probar como manifestación del derecho fundamental *in commento*. Tal es el caso cuando este derecho cede frente a otros valores o bienes jurídicos protegidos de igual consagración o "linaje constitucional", verbigracia: la dignidad humana, la intimidad y su esfera de privacidad. Sin duda, ese ceder de un derecho frente a otro pasa por un ejercicio de ponderación de los contenidos esenciales o bienes jurídicos tutelados por los derechos en conflicto.

En cuanto aquellos efectos más significativos de la garantía del debido proceso que inciden sobre el régimen de la prueba, se destacan, entre otros, que los derechos a las pruebas y de acceso a las pruebas son considerados como manifestación del

derecho fundamental de la defensa, en los términos como lo establece el ordinal 1°, del artículo 49 de Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este orden de ideas, Picó (1997), en sus comentarios a las garantías procesales previstas en la Constitución Española de 1978, reconoce la relación íntima que existe entre los derechos a la prueba y la defensa, pues ésta no sería posible si se obstaculiza a los confluctuantes a incorporar al proceso aquellos medios probatorios dirigidos a demostrar las impresiones de hecho alegadas en la demanda como las que conducirían a enervar dichas representaciones fácticas.

De acuerdo a lo expuesto, el derecho a la prueba y de acceso a la prueba, se insiste, como manifestación del ejercicio del derecho a la defensa y de la garantía del debido proceso, comprende en primer término, que las probanzas promovidas de forma pertinente, legal e idónea sean debidamente admitidas y practicadas. Asimismo, debe precaverse el conocimiento de la fórmula probática a los fines de garantizar el principio de contradicción o control sobre la prueba. Permitiendo, que las partes puedan hacer oposición, impugnar, hacer observaciones y participar en su respectiva evacuación.

En síntesis, si bien se comparte que el derecho a la prueba posee una configuración de carácter legal y, por ende, aquellas circunstancias relativas a su pertinencia, conducencia, legalidad, formalidades y ámbitos temporales para su promoción y práctica se encuentran desarrollados en las normas adjetivas, aunque en el derecho sustantivo también se encuentran normas que regulan la actividad probatoria. Verbigracia, lo previsto en el Código Civil respecto a la valoración de la prueba documental (Art. 1360 y 1361 CC). No es menos cierto que su constitucionalización obliga a una interpretación *latus sensu*, recurriendo a principio como el *favor libertatis* o *favor amplianda*.

En apoyo a lo anterior, se considera necesario señalar que Guerrero (2008) sostiene que en esta íntima relación que existe entre el *derecho a la prueba* y a la *defensa*, donde aquél es consecuencia de éste, los tribunales están obligados a

satisfacer esos derechos, sin desconocerlos ni obstaculizarlos; "siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación" (Tribunal Constitucional español, sentencia del 7 de diciembre de 1983).

Por eso, el derecho a la prueba se vulnera, cuando se produce la indefensión por el juez al impedir la admisión de una prueba legal y pertinente; o cuando la admitida no es practicada. La persona tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva (artículo 26, CRBV), que no podrá lograrse sino por medio de la oportuna y necesaria prueba de los hechos litigiosos, pues la prueba forma parte del derecho a esa tutela como derecho a probar en el juicio las afirmaciones de hecho realizadas por las partes al fundamentar su pretensión.

Según la Sala Constitucional del TSJ, en sentencia de fecha 04-12-03 (caso: Anabel Rodríguez Bullones, en amparo contra sentencia), el derecho a la prueba se entiende "(...) como el derecho a promover y evacuar todas las pruebas lícitas a favor de lo que se alega, en tanto consecuencia del derecho a ser oído con las debidas garantías por un Tribunal competente, independiente e imparcial, (...)". Y debe agregarse que ese derecho consiste no sólo en la promoción y evacuación de las pruebas lícitas, sino también que las mismas sean pertinentes y valoradas o apreciadas, a fin de que las partes conozcan cuál es el criterio del juez respecto de ellas, pues el derecho a la prueba resulta entrañablemente inseparable del derecho a la defensa.

Como consecuencia de la progresiva socialización del proceso civil, nuestra Constitución define el proceso como un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257), con lo cual no sólo se aprecia que el juez puede abrir de oficio la causa a pruebas con tal finalidad, sino que al mismo, por tanto, no le está permitido anticipar los resultados de la prueba, pues la pertinencia de un medio probatorio no puede apreciarse antes de su práctica, basándose en juicios apriorísticos de que la prueba propuesta no alcanzará los resultados que se pretenden.

El fundamento de la prohibición se encuentra tanto en la correcta tutela de la imparcialidad del juez, como en el derecho de las partes a probar los hechos afirmados y discutidos en el proceso, puesto que, como queda demostrado, nuestro proceso judicial ha sido constitucionalizado, y de modo particular como ocurre con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 49 de la Constitución Nacional, que establece el derecho de acceder a las pruebas, que comporta la proposición del medio o de los medios adecuados para su admisión, práctica y valoración por el juzgador.

La constitucionalización, más concretamente de las garantías procesales, pues la persona tiene el derecho como tal, en ejercicio del derecho a la defensa, a la utilización de todos los medios legales que le permitan ese ejercicio y con todas las garantías procesales (los medios procesales con los cuales tiene lugar su realización y eficacia), para obtener la justicia material del caso específico, pues al decir de Picó (1997), la finalidad última del fenómeno de la constitucionalización de las garantías procesales no es otro que lograr la pretendida Justicia, reconocida en la Carta Magna como valor superior del ordenamiento jurídico.

Por ello, en caso que se susciten conflictos entre derechos fundamentales en una incidencia probatoria se hace ineludible el ejercicio de una ponderación de los bienes jurídicos que con ellos se protegen o sus contenidos esenciales. De ordinario, esos conflictos se presentan entre los derechos dirigidos a proteger el valor seguridad jurídica y aquellos que tienen como bien jurídico a tutelar el valor justicia. Verbigracia: el derecho a la defensa.

# Los derechos fundamentales como base para la aplicación de la regla de exclusión probatoria

Ruíz (2017) ha expresado que las personas poseen derechos fundamentales en virtud de la posición jurídica que crean las normas constitucionales y el orden legal que les permite exigir de otros individuos o del Estado una prestación o la obligación de no hacer o afectar. Asimismo, los derechos fundamentales establecen obligaciones de las personas frente a otros y al Estado.

Nuestra Carta Magna, y, en general, las constituciones contemporáneas, frente a la regulación de los derechos fundamentales, tienen como particularidad que, en algunos casos, el mismo tenor que establece el derecho también crea su restringibilidad. De esta forma, por ejemplo, el artículo 47 constitucional protege el derecho a la intimidad personal y familiar, al garantizar la inviolabilidad del hogar doméstico y todo recinto privado de personas, lo mismo que también protege nuestro Texto Fundamental el derecho al *habeas data* (artículo 28 CRBV) y la inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 48 CRBV).

No obstante, seguidamente autoriza la interferencia de las comunicaciones mediante una orden judicial previa el cumplimiento de las formalidades previstas por el legislador al respecto, haciendo la salvedad de mantener en secreto la información privada que no guarde relación con el asunto investigado.

Asimismo, el artículo 20 de la CRBV instituye el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad; sin embargo, admite las limitaciones que imponen los derechos de los demás y el orden público y social. El artículo 50 de la CRBV establece la libertad de tránsito, aunque al mismo tiempo faculta a la ley para su limitación. Por su parte, el artículo 44 de la CRBV determina el derecho a la libertad personal, a menos de que sea sorprendida la persona en flagrancia o mediante una orden judicial que ordene su detención; garantiza el ejercicio de determinados derechos fundamentales pero al mismo tiempo faculta al legislador para la limitación de los mismos.

Según lo expresado por Ruiz (2017), el gran reto que plantea esta regulación constitucional es cómo entender que para la misma Constitución primen los derechos inalienables de las personas dentro del Estado y, al mismo tiempo, establezca y proteja la prevalencia del interés general y, en concreto, el monopolio de la justicia que ejerce el Estado. Se plantea, en la misma Constitución, un conflicto entre el interés individual que se desprende de los derechos fundamentales y el concepto de interés general, que seguramente también incluye el respeto a los derechos

fundamentales, pero también otros elementos de más difícil delimitación que pueden desembocar en el concepto de razones de Estado.

Sin duda alguna, existe cierto desequilibrio en la regulación que realiza la Constitución de los derechos fundamentales, ya que en la misma norma que establece la libertad aparece la restricción: al mismo tiempo que busca proteger los derechos fundamentales los restringe en interés de la realización de la justicia estatal. La cual para poderse realizar en forma efectiva requiere del aseguramiento de la prueba, y éste, dado que la prueba se encuentra en los ámbitos íntimos y públicos de la persona humana, para hacerse efectivo requiere afectar estos ámbitos.

Y la afectación de estos ámbitos de la persona por el aparato de justicia corre el riesgo de arrasar con el sistema de garantías del individuo; sin embargo, no hacerlo en pos de la realización de la justicia llevaría al absurdo de que los derechos mismos de las personas no pudieran justiciarse o quedaran a merced del criminal que utiliza los ámbitos íntimos o sociales propios o ajenos para producir daño.

A partir de lo anteriormente plasmado, surgen dos posturas. En primer lugar se presenta Ferrajoli (2001), quien caracteriza los derechos fundamentales como de universales y de indisponibles, y deriva este último carácter del primero. Incluso, frente al carácter de la indisponibilidad dicho autor sustenta la tesis del deber de la indisposición del derecho por parte de la persona titular misma y con mayor razón para el Estado.

En segundo lugar surge Alexy (1993), quien plantea una tesis que coincide con la misma Constitución, porque establece la disponibilidad del legislador de esos derechos bajo ciertos requisitos; y es la tesis que, *a grosso modo*, acoge abiertamente nuestro derecho positivo. Básicamente, esta tesis plantea que deben hacerse compatibles los derechos fundamentales con los colectivos, como el del interés general o el de hacer justicia.

En esta discusión, se infiere que existe un conflicto entre el individuo y el Estado; en última instancia, la posición que se tome depende de la concepción de

Estado de la cual se parta: si el Estado se concibe como una herramienta de protección de los derechos de las personas, no cabe pensar que en protección de ese fin se afecten los derechos de otros; y si se concibe como un ente que tiene un carácter sustancialmente más importante que el individuo, éste se ve limitado por aquel.

Es de resaltar, que existen unos elementos ineludibles de la realidad: la prueba, y muy especialmente la prueba libre se encuentra en los ámbitos íntimo y público de la persona; esto es, en su cuerpo, su psiquis y en las cosas que usa, en los lugares públicos por los que se desplaza, entre otros.

También es una realidad que la afectación de los derechos fundamentales puede ocurrir en ámbitos íntimos o públicos de la vida de las personas. Asimismo, usualmente algunos individuos, empresas o instituciones utilizan sus ámbitos íntimos o privados para afectar a otras personas. En consecuencia, si no fuera posible interferir en el ámbito íntimo de las personas en la obtención de la prueba sería como dejar este ámbito a la ley del más fuerte. Sin duda, es necesario elaborar toda una teoría sobre el aseguramiento de la prueba de tal suerte que se permita la realización del bien justicia.

La teoría de Ferrajoli (2001) de la universalidad y la indisponibilidad de los derechos fundamentales debe ubicarse con carácter prescriptivo o del deber ser. Este ha insistido en fundamentar la legitimidad del Estado en unos principios políticos o morales de carácter extrasistemático, como un modelo que permite realizar una crítica a un sistema legal que incluya su Constitución Política.

Dicho autor se preocupa por crear una teoría formal e ideal que sirva de modelo universal de los derechos y establece los condicionamientos para que se cumplan en serio. El problema de este modelo teórico es que no tiene presente los elementos de la realidad descritos con anterioridad. Por ello, se llega a una paradoja: en la búsqueda de la protección estricta de los derechos fundamentales termina desprotegiéndolos al

no permitirse el aseguramiento de la prueba para poder propender por su realización ante la justicia.

Respecto a Alexy (1993), su planteamiento al menos parte de una realidad: la imposibilidad de una teoría absoluta de los derechos fundamentales. No obstante, llega al extremo que ocurre en nuestro sistema judicial: se presta para fundamentar, de forma indebida, el relativismo de los derechos fundamentales, los cuales se ven prácticamente diluidos al socaire del principio de proporcionalidad. La aplicación de éste, sin premisas, ni supuestos empíricos, termina por arrasar con los derechos fundamentales, que constituyen las conquistas liberales más importantes de la época moderna y aun de la contemporánea.

Existe, entonces, una relación inversamente proporcional entre el interés general o público de obtener la verdad y las libertades de las personas. La maximización del interés general en la consecución de la verdad reduce o anula el autogobierno de la persona sobre su cuerpo, su psiquis y su vida social o moral. La consideración de derechos irrenunciables o absolutos de los derechos fundamentales sustantivos en el contexto del aseguramiento de la prueba afecta a la obtención efectiva de los bienes de las personas en muchos casos vinculados con su condición existencial misma. Precisamente, uno de los aciertos importantes en la CRBV (1999) es que vincula el debido proceso tanto a la decisión política del legislador como a la jurídica del juez, con el fin de graduar esta relación inversamente proporcional entre el interés general y las libertades negativas para la obtención de la prueba.

A juicio de Ruiz (2017), el debido proceso no solo se refiere a las formas propias de cada juicio sino que también disciplina el juicio de ponderación entre el interés general y las libertades de las personas al momento de decidir sobre una medida de protección o aseguramiento de la prueba que pueda afectar los derechos fundamentales. Sobre las premisas que constitucionalmente se deben cumplir para intervenir o afectar derechos fundamentales en la obtención de la prueba, para evitar

que en la jurisdicción y otras autoridades administrativas se entronice el arbitrio judicial.

De conformidad con lo anterior, desde el punto de vista constitucional, la investigación de los hechos y las pruebas que se usen para los efectos de los procesos judiciales se encuentran restringidas, no solo por la pertinencia, sino también por los valores constitucionales de la libertad, la igualdad y la justicia. De acuerdo con nuestro esquema constitucional, se brinda primacía a los derechos inalienables de la persona; así, la realización del interés general de hacer justicia debe ser el mínimo posible que permita la máxima eficacia de los derechos fundamentales.

Ahora bien, las diversas medidas coercitivas estudiadas con anterioridad, incluyendo mecanismos coactivos y la serie de deberes y cargas procesales, tienen como fin exclusivo la protección de la verdad sobre los hechos; por eso, de manera alguna poseen la naturaleza de preservación de la moral y las buenas costumbres, ni mucho menos son medidas retributivas del perjuicio de las infracciones al orden jurídico.

Como consecuencia de lo anterior, tales medidas tienen un límite máximo en la gradación de la afectación de los derechos fundamentales, lo cual consiste en que de ninguna manera pueden afectar los derechos a la vida y la prohibición de tratos de crueles, inhumanos y degradantes, pues su afectación las desnaturaliza convirtiéndolas en medidas punitivas, que se usan para generar temor persuasivo a la comunidad.

En apoyo a lo anterior, se considera necesario señalar que Guerrero (2008) sostiene que existe una relación íntima entre el *derecho a la prueba* y a la *defensa*, en donde aquél es consecuencia de éste, por lo que los tribunales están obligados a satisfacer esos derechos, sin desconocerlos ni obstaculizarlos; "siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación" (Tribunal Constitucional español, sentencia del 7 de diciembre de 1983).

Por eso, el derecho a la prueba se vulnera, cuando se produce la indefensión por el juez al impedir la admisión de una prueba legal y pertinente; o cuando la admitida no es practicada. La persona tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva (artículo 26, CRBV), que no podrá lograrse sino por medio de la oportuna y necesaria prueba de los hechos litigiosos, pues la prueba forma parte del derecho a esa tutela como derecho a probar en el juicio las afirmaciones de hecho realizadas por las partes al fundamentar su pretensión.

Según la Sala Constitucional del TSJ, en sentencia de fecha 04-12-03 (caso: Anabel Rodríguez Bullones, en amparo contra sentencia), el derecho a la prueba se entiende "(...) como el derecho a promover y evacuar todas las pruebas lícitas a favor de lo que se alega, en tanto consecuencia del derecho a ser oído con las debidas garantías por un Tribunal competente, independiente e imparcial, (...)". Y debe agregarse que ese derecho consiste no sólo en la promoción y evacuación de las pruebas lícitas, sino también que las mismas sean pertinentes y valoradas o apreciadas, a fin de que las partes conozcan cuál es el criterio del juez respecto de ellas, pues el derecho a la prueba resulta entrañablemente inseparable del derecho a la defensa.

Como consecuencia de la progresiva socialización del proceso civil, nuestra Constitución define el proceso como un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257), con lo cual no sólo se aprecia que el juez puede abrir de oficio la causa a pruebas con tal finalidad, sino que al mismo, por tanto, no le está permitido anticipar los resultados de la prueba, pues la pertinencia de un medio probatorio no puede apreciarse antes de su práctica, basándose en juicios apriorísticos de que la prueba propuesta no alcanzará los resultados que se pretenden.

El fundamento de la prohibición se encuentra tanto en la correcta tutela de la imparcialidad del juez, como en el derecho de las partes a probar los hechos afirmados y discutidos en el proceso, puesto que, como queda demostrado, nuestro proceso judicial ha sido constitucionalizado, y de modo particular como ocurre con lo

dispuesto en el numeral 1 del artículo 49 de la Constitución Nacional, que establece el derecho de acceder a las pruebas, que comporta la proposición del medio o de los medios adecuados para su admisión, práctica y valoración por el juzgador.

La constitucionalización, más concretamente de las garantías procesales, pues la persona tiene el derecho como tal, en ejercicio del derecho a la defensa, a la utilización de todos los medios legales que le permitan ese ejercicio y con todas las garantías procesales (los medios procesales con los cuales tiene lugar su realización y eficacia), para obtener la justicia material del caso específico, pues al decir de Picó (1997), la finalidad última del fenómeno de la constitucionalización de las garantías procesales no es otro que lograr la pretendida Justicia, reconocida en la Carta Magna como valor superior del ordenamiento jurídico.

## Concepto y caracterización de la regla constitucional de exclusión de la prueba.

Existen dos ámbitos en los que opera la regla de exclusión: en el iusfundamental sustantivo y en el proceso judicial. En los dos opera la regla de exclusión como garantía secundaria en la medida en que hacen efectivas las obligaciones y prohibiciones que se establecen en la Constitución y en los códigos procesales respecto a la actividad probatoria. Las diferencias entre los ámbitos en que opera la regla de exclusión son más significativas en los procesos de acusación que en los de demanda. En procesos en los que un órgano de investigación prepara una acusación requiere de una actividad de especialmente del ámbito extraprocesal, para evitar que en la jurisdicción y otras autoridades administrativas se entronice el arbitrio judicial.

De conformidad con lo anterior, desde el punto de vista constitucional, la investigación de los hechos y las pruebas que se usen para los efectos de los procesos judiciales se encuentran restringidas, no solo por la pertinencia, sino también por los valores constitucionales de la libertad, la igualdad y la justicia (Roxin, 2000) De acuerdo con el esquema constitucional, se brinda primacía a los derechos inalienables

de la persona; así, la realización del interés general de hacer justicia debe ser el mínimo posible que permita la máxima eficacia de los derechos fundamentales.

Ahora bien, las diversas medidas coercitivas estudiadas con anterioridad, incluyendo mecanismos coactivos y la serie de deberes y cargas procesales, tienen como fin exclusivo la protección de la verdad sobre los hechos; por eso, de manera alguna poseen la naturaleza de preservación de la moral y las buenas costumbres, ni mucho menos son medidas retributivas del perjuicio de las infracciones al orden jurídico.

Como consecuencia de lo anterior, tales medidas tienen un límite máximo en la gradación de la afectación de los derechos fundamentales, lo cual consiste en que de ninguna manera pueden afectar los derechos a la vida y la prohibición de tratos de crueles, inhumanos y degradantes, pues su afectación las desnaturaliza convirtiéndolas en medidas punitivas, o se usan para generar temor persuasivo a la comunidad.

El término *exclusión de la prueba* es el que mejor designa el sentido de la inadmisión, rechazo o ineficacia de la prueba por problemas de validez. Así, la regla constitucional de exclusión consiste en un mecanismo de reforzamiento y protección de la supremacía de los derechos fundamentales dirigido al juez, o quien haga sus veces en todo tipo de proceso; e implica que si en la actividad probatoria se vulneran por parte de funcionarios públicos, personas particulares u otros órganos los presupuestos constitucionales que se exigen del debido proceso en el ámbito extraprocesal o en el intraprocesal en la producción de los medios de prueba, el juez debe aplicar la consecuencia procesal de inadmisión o exclusión de los mismos, como también de las pruebas o actuaciones procesales que se les derivan.

Este concepto realza las siguientes características de la regla constitucional de exclusión de la prueba:

1. La nulidad de la prueba que es obtenida con violación al debido proceso es una regla jurídica cuyo supuesto lo compone la violación al debido proceso en la

obtención de la prueba; la consecuencia procesal consiste en la nulidad de pleno derecho de la prueba; y el nexo se compone del imperativo de aplicar la consecuencia sin admitir excepciones. De esta manera, la nulidad de pleno derecho como consecuencia de la violación al debido proceso deviene de manera imperativa por el constituyente, por eso, de ninguna manera constituye un asunto que se haya dejado a la potestad del juez, ni tampoco se supedita a la técnica de ponderación de intereses.

Al respecto, Alexy (1993) considera que "las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces (...) debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.

Al respecto, es una regla que contiene dos elementos: las fuentes de exclusión y la sanción. De un lado, las *fuentes de exclusión* de la prueba son la prueba inconstitucional y la prueba ilícita; y del otro, el término *sanción* para referirse a las «consecuencias de la obtención de pruebas contrarias al debido proceso», al «rechazo de la prueba» o a «su exclusión del acervo probatorio».

2. El arículo 49 de la CRBV es un mecanismo constitucional procesal de carácter garantista. Es una normatividad de garantías porque su objeto consiste en proteger la supremacía y la efectividad de los derechos fundamentales de las personas en la actividad procesal probatoria. Esta regla se inserta en un contexto constitucional en el que hace parte de uno de los tres grandes mecanismos constitucionales procesales que operan frente a la comisión de un ilícito constitucional, junto a la posibilidad de instar la acción de tutela o la de inconstitucionalidad. Por tanto, se trata de un mecanismo procesal de refuerzo a los derechos fundamentales, en especial los de carácter sustantivo.

Habitualmente, los derechos procesales fundamentales han tenido protección en los mismos códigos procesales legales con las nulidades procesales y la inadmisión o la prohibición de valoración.

3. Es un mecanismo dirigido al juez en todo tipo de proceso. En el campo judicial, el juez es el funcionario destinatario de la perentoria obligación que se desprende de esta regla. Debe precisarse que la Constitución no realiza ninguna diferencia en cuanto a la naturaleza de la actividad procesal o probatoria en la que se aplica esta regla; por ello, debe entenderse que también se dirige, en general, al órgano que por ley o convención en el ámbito procesal o extraprocesal tiene la función de admitir o valorar la prueba en interés de decidir sobre la concesión o denegación de un derecho, un estatus o para imponer una sanción.

De esta forma, se crea un deber para su aplicación bien para el juez o quien hagas sus veces en los procesos disciplinarios o fiscales; incluso, en el ámbito privado para los procesos dirigidos por los directivos de instituciones educativas, de asociaciones o por el patrono en la empresa. En materia judicial se presentan dos momentos básicos en los que el juez debe aplicar la regla de exclusión: en la admisión de la prueba y en la valoración en la sentencia.

4. Este mecanismo contiene un juicio de validez constitucional de la actividad probatoria.

Este es el contenido del supuesto de la regla o de la fuente de exclusión. En palabras del procesalista Fidalgo (2003), la constatación de la violación de derechos fundamentales constituye el presupuesto material, el supuesto de hecho, cuya verificación se hace necesaria para proceder a la aplicación de la consecuencia jurídica procesal de la exclusión. Ahora bien, de conformidad con nuestra Carta Fundamental, en la determinación del contenido de este supuesto hay dos aspectos que es necesario analizar: el significado de *obtención de la prueba* y el de *debido proceso*.

Se advierte que el término obtención de prueba, se entienden las actuaciones de aseguramiento de prueba en el ámbito extraprocesal lo mismo que las fases de admisión y práctica probatoria dentro del proceso. Sin embargo, es común que las ilicitudes en materia probatoria ocurren por lo general en el ámbito extraprocesal de

aseguramiento de fuentes de pruebas por actividades de los mismos particulares, o por actuación del Estado (en materia penal). En tal sentido, debe hacerse notar que las pruebas preconstituidas, generan una fuente importante de ilicitud probatoria en materias civil o penal.

En lo que respecta a la expresión violación al debido proceso que contiene el artículo 49 constitucional, cuando refiere: "Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso", se precisa que el término *violación* debe interpretarse como equivalente a vulneración o conculcación; y la expresión *debido proceso* se restringe al contexto constitucional; aun así resulta vaga e imprecisa, puesto que comprende tanto los presupuestos de validez para la restricción de los derechos fundamentales sustantivos (debido proceso sustancial) en el ámbito extraprocesal para el aseguramiento de la prueba, como los requisitos que tienen el carácter de derechos procesales fundamentales y otras garantías procesales constitucionales y legales del medio de prueba dentro del proceso (debido proceso formal).

Finalmente, el tipo de razonamiento que debe realizar el juez en cada caso concreto para la determinación de la violación al debido proceso en la obtención de la prueba envuelve un juicio sobre la validez formal y material del acto procesal de investigación; esto es, debe analizarse tanto el órgano como el procedimiento, lo mismo que el peso (juicio de proporcionalidad) de los derechos fundamentales tanto de carácter sustantivo como procesal que pudieran verse afectados y el condicionamiento de la prueba mínima.

- 5. Otro componente característico de esta regla es la consecuencia procesal de nulidad o de exclusión de los medios de conocimiento y de las pruebas que son consecuencia de éstos.
- 6. La regla de exclusión constitucional opera tanto frente a la afectación de los derechos fundamentales sustantivos como los procesales de las partes y de los terceros.

## Fundamentos y funciones de la regla constitucional de la exclusión de la prueba.

Dado el contexto constitucional (numeral 1 del artículo 49 CRBV) en que se encuentra regulada la nulidad de la prueba obtenida ilícitamente, ésta se fundamenta en el debido proceso constitucional. La nulidad se aplica a la violación al debido proceso. Este principio en el contexto de la regla de exclusión sirve de garantía de los derechos fundamentales, porque en la medida en que estos sean restringibles para la obtención de la prueba en los procesos judiciales este principio establece los límites de tales restricciones. Términos que regulan los presupuestos constitucionales para la restricción de los derechos fundamentales sustantivos en la obtención de la prueba. La violación de tales límites conlleva la declaratoria de ilicitud y a su vez tiene como consecuencia la nulidad de pleno derecho de la prueba.

De esta forma, se está ante un mecanismo de protección, no solo de la superioridad de las normas constitucionales, sino también de la supremacía de los derechos de las personas sobre los demás derechos. Puede decirse que la nulidad absoluta prevista en dicha norma constituye un instrumento que crea la CRBV para reforzar y defender los derechos fundamentales sustantivos de las personas en la actividad relacionada con la obtención de la prueba en todos los ámbitos jurídico-procesales.

El principio de la supremacía constitucional (artículo 7 de la Constitución) garantiza el ejercicio de los derechos inalienables de las personas como la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de asociación, el debido proceso, la libertad de expresión, la libertad de cultos, en sí mismos no contienen la exclusión de la prueba violatoria de los derechos fundamentales, sino que sirve de razón, justificación o criterio para el establecimiento de la regla de exclusión que representa una razón definitiva para excluir del acervo probatorio la prueba violatoria de los mismos.

En Venezuela, el fundamento jurídico de la regla de exclusión se encuentra en el numeral 1 del artículo 49 de la Carta Suprema, el cual prescribe: "Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso".

Así pues, debe destacarse que el debido proceso es la garantía constitucional que se constituye en fundamento de la regla de exclusión de la prueba, pues aquel no solo consagra formalidades procesales para la producción de la prueba en el proceso, sino que establece las reglas que deben respetarse al momento de obtener la prueba en los casos en que se interfieren derechos fundamentales como la inviolabilidad de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, la autodeterminación informativa, la intimidad, la propia imagen y otros. Respecto al derecho a la prueba, el debido proceso cumple una doble función: pone los condicionamientos para la configuración del derecho a la prueba y al mismo tiempo actúa como límite del mismo derecho con la regla de exclusión en los eventos en que se violen los derechos fundamentales en su obtención.

Un sector de la doctrina española fundamenta esta regla en la presunción de inocencia ya que la prueba «para poder fundamentar la convicción del juzgador acerca de la culpabilidad del imputado, tiene que haberse practicado con el pleno respeto de las garantías legales y constitucionales (Vegas, 1993).

Los tratados y convenciones internacionales ratificados por Venezuela, que hacen parte del denominado bloque de constitucionalidad, también constituyen fundamento constitucional de la regla de exclusión de la prueba obtenida con violación al debido proceso, en especial los que se relacionan con la prohibición de coacciones, torturas o amenazas para obtener la confesión o la declaración testimonial.

Precisamente, la gran discusión doctrinaria y jurisprudencial en Estados Unidos ha girado en torno al problema del salto de lo sustantivo a lo procesal. Es decir, si la irregularidad afecta derechos sustantivos para algunos sectores de opinión no tiene que afectar la prueba y el proceso, sino que el asunto posee carácter de ilícito civil,

penal, administrativo o disciplinario, pero sin consecuencias procesales (Fidalgo, 2003). Pero aún antes de esta sentencia tradicionalmente se ha aplicado la doctrina de las prohibiciones probatorias, en las cuales se incluyen afectaciones a derechos constitucionales sustantivos que han tenido como consecuencia la prohibición de valoración probatoria, como es el caso del secreto profesional, o la interceptación de la correspondencia privada.

Precisamente Beling (1903), desde el derecho alemán, acuña la expresión "prohibiciones probatorias", y en nuestro derecho esta prohibición de valoración se aplica, por ejemplo, cuando se afectan el secreto de Estado con la prueba documental; o cuando se infrinjan derechos de la esfera de la personalidad tanto sobre el justiciable como del testigo, como en casos de exámenes o intervenciones corporales, o la invasión al domicilio para asegurar sus documentos o cosas; o la violación al secreto profesional, como cuando se interroga a su confesor o su médico.

Todas estas situaciones en la terminología contemporánea significa la violación de derechos fundamentales en la producción de prueba, por afectar derechos sustantivos como el secreto de las comunicaciones, secreto profesional, la inviolabilidad del domicilio, etc. Desde luego, el entendimiento de la doctrina constitucional actual no es el mismo de las tradicionales prohibiciones probatorias, ya que en la doctrina actual se extiende a los derechos fundamentales en general y se establecen reglas de exclusión para las pruebas derivadas.

En Venezuela, en este punto debe insistirse en que el debido proceso en el contexto de la Constitución no solo significa formalidades propias de los actos procesales sino que también comprende presupuestos constitucionales que deben cumplirse para la restricción de algunos derechos fundamentales sustanciales en la actividad probatoria extraprocesal. Por consiguiente, esta norma constitucional no solo le da fundamento a la exclusión de la prueba en razón del incumplimiento de requisitos formales propios de los actos procesales de proposición y práctica de prueba sino que también apuntala a la regla de exclusión de la prueba que se obtiene

con afectación a los derechos sustantivos en el ámbito extraprocesal. Si esta interpretación no fuera viable debía decirse que la regla de exclusión de origen estadounidense no tendría ningún fundamento en nuestro sistema procesal.

En parte la doctrina española considera que la exclusión de la prueba que se obtiene con violación de los derechos fundamentales encuentra fundamento constitucional, aunque la Constitución española no la consagre expresamente en su texto. El argumento central es que esta exclusión está implícita en la posición preferente de los derechos fundamentales y en su condición de inviolables (Tribunal Constitucional español, sentencia 114 de 1984, de 29 de noviembre, fundamento jurídico 4°).

En contraste, Fidalgo (2003) considera esta interpretación «forzada y voluntarista» e *ipso facto* afecta la separación y el equilibrio de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. La actual jurisprudencia federal estadounidense asume la *exclusionary rule* como un remedio sin raíz constitucional, que opera únicamente con la finalidad de disuadir la conducta policial. Esta característica restringe aún más su ámbito de influencia, ya que no es aplicable a las conductas de los particulares o de otras autoridades diferentes a las policiales, con algunas excepciones (Fidalgo, 2003).

Ahora bien, las funciones que cumple la regla de exclusión probatoria según nuestro Texto Fundamental son:

- a) función disuasiva de la futura conducta de las autoridades, en especial de las policiales;
  - b) función protectora de la integridad del sistema judicial y de su reputación;
  - c) función garante del respeto a las reglas de juego en un Estado de Derecho;
- d) función aseguradora de la confiabilidad de la prueba para demostrar la verdad real; y
- e) *función reparadora* de la arbitrariedad cometida en contra de las partes procesales en el caso concreto.

Ciertamente, la función de garantizar la integridad de la administración de justicia significa que es una forma de disuadir a las autoridades que se relacionan con la investigación criminal a que su actuación deba ceñirse a los cánones constitucionales y legales. Constituye una manera de reprobar, especialmente, la conducta policial que en muchos casos actúa de mala fe. Busca proteger la lealtad, la probidad y la buena fe de las autoridades policiales en su actuación.

El fin de reparar el agravio se refiere a la realización de la justicia en el caso concreto; busca enmendar la aflicción que ha sufrido la persona en su derecho fundamental con la ilicitud constitucional en la actividad probatoria; propende por el respeto al Estado de Derecho porque logra imponer el imperio de la ley en los procesos judiciales. Permite que todas las autoridades tengan que acomodarse estrictamente a las reglas del proceso judicial.

Respecto a la función del goce efectivo de los derechos fundamentales, como se analiza antes, una de las bases de la regla de exclusión consiste en servir de mecanismo procesal para hacer efectivo el principio de la supremacía de los derechos de las personas. En este sentido, la regla de exclusión busca que de forma real se respeten los derechos fundamentales de las personas, tanto por parte de las autoridades como de los particulares. Así, se está ante un mecanismo de refuerzo de los derechos fundamentales sustantivos, principalmente.

Debe aceptarse que no se trata de una de esas figuras jurídicas que se trasladan por esnobismo de otros contextos culturales, sino que, por el contrario, se trata de una sentida necesidad de aplicación con el fin de evitar que los procesos judiciales se conviertan en un ámbito de violación de los derechos fundamentales por parte de los agentes policiales y de la investigación penal. La regla de exclusión es producto de una lucha política para el reconocimiento por parte el Estado de la aplicación del debido proceso a todas personas en la actividad de la justicia. Es decir, constituye un mecanismo que evita la discriminación entre los procesados a quienes se les respetan todos sus derechos frente a otros a quienes se les trata como ciudadanos de segunda

clase por darles la calidad de subversivos, terroristas, campesinos, pobres o por habitar en un lugar en el que se asienta un grupo considerado como terrorista.

Fuera de lo anterior, en la doctrina se ha esgrimido a favor de la exclusión probatoria por violación a los derechos fundamentales que el proceso debe concebirse como un instrumento de resolución jurisdiccional de conflictos dentro del respeto al ordenamiento jurídico; razón por la que el actor que infrinja normas y principios debe excluirse del proceso (López, 1989, p. 83).

Así, Devis (1981) considera, con fundamento en los principios del derecho probatorio de buena fe, probidad o lealtad procesal, que se debe inadmitir la prueba ilícita. De otra parte, según el principio general del derecho *nemo ex delicto conditionem suma meliorem facere potest*, según el cual, los actos ilícitos no pueden aprovechar o beneficiar al autor de los mismos, por ello, resulta ineficaz la prueba producto de un ilícito. Finalmente, el *efecto disuasorio*, que garantiza la eficacia de la norma vulnerada. Con la inadmisión de la prueba ilegal se alcanza el propósito de disuadir a potenciales infractores del orden jurídico.

Al respecto Fernández (1989), señala que esta era la posición del juez Holmes del Tribunal Supremo de Estados Unidos, desde 1902 hasta 1932, él consideraba preferible que "algunos delincuentes escapen a la acción de la justicia, antes que el Gobierno desempeñe un papel indigno" (caso Olmstead vs. United States, 1928).

Nava (2010) plantea que una prueba obtenida en contravención a los derechos y garantías consagradas en el Texto Constitucional no tendrá ninguna consecuencia probatoria y, por ende, no será objeto de valoración. Asimismo, toda derivación probática que pueda surgir como consecuencia de la ilicitud de la prueba correrá con los mismos efectos nulásicos de su fuente.

A continuación, se transcriben principios normativos de algunos fallos de la Sala Constitucional del Máximo Tribunal de la República, los cuales jurisprudencialmente soportan los argumentos precedentes:

Sentencia Nº 4.278, de fecha 12 de diciembre de 2005, Exp. Nº 04-1991, caso: Tairon José Arencibia Mijares:

(...) la defensa material, como manifestación del debido proceso, implica en líneas generales la facultad del imputado de intervenir en el proceso penal que contra él se ha incoado, así como también de llevar a cabo todas las actividades procesales necesarias para evidenciar la falta de fundamento de la potestad penal que contra él ejerce el Estado, o cualquier circunstancia que la excluya o la atenúe. Tales actividades se concretan básicamente en las siguientes facultades: a) ser oído; b) controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia; c) probar los hechos que invoca a los fines de neutralizar o atenuar la reacción penal del Estado; d) valorar la prueba producida en el juicio; y e) exponer los argumentos de hecho y de derecho que considere pertinentes, a los fines de obtener una decisión favorable según su posición, en el sentido de excluir o atenuar la aplicación del poder penal estatal (...).

(negrillas del autor)

Sentencia Nº 1.786, de fecha 5 de octubre de 2007, Exp. Nº 07-1001, caso: Jimmy Rafael Holguín Alcívar:

(...), además de referirse expresamente al debido proceso, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contemplada en su artículo 49 una serie de principios, derechos y garantías que asocia al debido proceso y que, en definitiva, persiguen la consecución de un proceso justo en aras de alcanzar satisfactoriamente los fines del derecho (...) Así pues, el mencionado artículo se refiere, básicamente, al derecho a la defensa y a la asistencia jurídica, al derecho a ser notificado de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa, al principio de nulidad de las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso, (...). (negrillas del autor)

Sentencia Nº 1.955, de fecha 25 de julio de 2005, Exp. Nº 04-3116, caso: Juan Vicente Marín Lara:

(...). De igual forma, implica que el órgano jurisdiccional mantenga un equilibrio y equidistancia de las acusaciones y las defensas, asegurándole a las partestanto el acusador como la defensa-ejercer sus facultades correspondientes a los fines de someter al debate contradictorio sus argumentos y **sus pretensiones probatorias**". (negrillas del autor)

Ruiz (2017) destaca que los jueces adquieren un carácter activo en su quehacer al aplicar la regla de exclusión; que estos operadores de justicia no son simples árbitros solucionadores de conflictos. Si el juez no obra contra la arbitrariedad se convierte en patrocinador de ella. Cuando el Estado, a través de sus jueces, da valor a pruebas obtenidas ilegalmente, se convierte en delincuente y artífice del propio ilegalismo. ¿Con qué conceptos podrá juzgar a los demás, si él patrocina la barbarie, pues de qué otra forma puede llamarse el desconocimiento de los derechos humanos fundamentales?

## La prueba tecnológica y la infracción del derecho a la intimidad

De acuerdo a los fines perseguidos por esta investigación y de acuerdo los planteamientos realizados con anterioridad en el presente capítulo, se considera relevante hacer mención que en nuestro derecho se observa un área que hace relativamente frágil a la prueba tecnológica y el documento electrónico, la cual se produce cuando durante la obtención, promoción y evacuación de la prueba tecnológica o documento electrónico se quebranta el derecho fundamental a la intimidad que cuenta con la protección constitucional.

Sobre este tópico, Warren y Brandeis (1890) argumentan que, el individuo debe tener una completa protección de su persona y propiedades es un principio tan viejo como el "common law"; pero se ha visto necesario de tiempo en tiempo, definir la exacta naturaleza y alcance de tal protección. Cambios políticos, sociales y

económicos conllevan al reconocimiento de nuevos derechos, y el "common law", en su eterna juventud, crece para satisfacer las demandas de la sociedad...

Gradualmente se ha ido ensanchando el alcance de estos derechos, y ahora el derecho a la vida ha llegado a significar el derecho a disfrutar la vida-el derecho a ser dejado en paz-, el derecho a la libertad asegura el ejercicio de amplios privilegios civiles; y el término "propiedad" ha llegado a comprender toda forma de posesión, tanto tangible, como intangible".

Como se observa, los autores del citado ensayo comenzaron disertando sobre el derecho de propiedad para concluir afirmando el derecho a la privacidad y el derecho a estar solo. Pero es incuestionable que los mencionados autores fueron intuitivos cuando expresaron los riesgos que amenazaban la privacidad, cuando señalaron en frases originales como "el derecho a la privacidad": recientes inventos y métodos de negocios llaman la atención sobre el próximo paso que debe tomarse para la protección de la persona, y para asegurar al individuo lo que el Juez Cooley (1873) denominó "el derecho a ser dejado en paz".

Fotografías, instantáneas y empresas periodísticas han invadido el sagrado recinto de la vida privada y doméstica, y *numerosos aparatos mecánicos* amenazan hacer buena la predicción de que 'lo que es susurrado en lo cerrado se proclamará desde los tejados".

Debe aclararse que lo expuesto por los aludidos autores no procuraba debilitar el derecho a informar que tenían los periodistas, sino que ellos afirmaban que era forzoso distinguir entre las personas que no se prestan a la observación pública y los que, voluntariamente, por diversas razones, se exponen a ella.

En tal sentido, explicaron que: "Hay personas que pueden razonablemente reclamar como un derecho la protección de la notoriedad que conlleva convertirse en víctimas de la empresa periodística. Hay otros que, en diversos grados, han renunciado al derecho a vivir sin vidas apartadas de la observación pública. Materias que hombres de la primera clase pueden pretender con justicia que les conciernen

sólo a ellos, pueden en los de la segunda ser objeto de legítimo interés de sus ciudadanos".

En razón de tales planteamientos, puede señalarse que Warren y Brandeis (1890) precisaron las bases para demarcar la diferencia que existe entre el ciudadano común y el ciudadano que voluntariamente tiene la intención de exponerse a la observación pública; es decir, entre las personas que actúan dentro del círculo o esfera reducidos, y el hombre público. Estos últimos se exponen voluntariamente a la crítica observación de sus conciudadanos, y los comentarios sobre sus actuaciones no siempre, necesariamente, deben ser favorables, sin que la crítica desfavorable pueda significar la demostración del ánimo de injuriar, o de penetrar en la vida privada de su existencia.

Ahora bien, sobre el derecho a la intimidad o a la vida privada, en la doctrina nacional Chiossone (1971; p.22) ha afirmado que: La vida íntima o privada de una persona está constituida por:

- a. Hechos de la vida privada, como costumbres, modo de vivir, desgracias personales, supersticiones, situación económica, divergencias conyugales, educación de los hijos, amistades, enemistades, misantropía, estados mentales, infidelidad conyugal, infidelidad en la amistad, valor personal o cobardía, modos de vestir, comportamiento en las relaciones sociales y otros aspectos similares.
  - b. Publicación de fotografías personales o familiares.
  - c. Orígenes familiares y cuestiones relacionadas con la filiación.

Por su parte, Ortiz-Ortiz (1993) sobre la protección del derecho a la intimidad, ha expresado: de las garantías con que, hoy día, cuenta ese "Individuo" está la protección a su intimidad, su individualidad, a su soledad-cúspide de la mayor elocuencia según Kierkegaard-a su honor y su reputación.

Estos son bienes que ninguna sociedad podrá justificar el canje por otros. Tienen en sí misma un valor intrínseco que según una corriente filosófica han denominado "Würde" esto es "dignidad". De allí que se pueda sustentar que el valor

que contienen estos bienes no puede ser sustituidos por otros bienes (independientemente de lo valioso que puedan ser estos otros bienes) tienen un valor tal que son "un fin en sí mismo" como lo planteaban los filósofos críticos de la Alemania del siglo pasado.

Antes mi honor que mi voz. Antes mi honor que mi ciudadanía. Es un derecho en sí, un derecho tan humano como el más humano de los sentidos. Humano porque es del hombre en su esencia y en su existencia. Son estos contrarios-que paradójicamente se complementan-hombre y sociedad, esencia y existencia, derechos individuales y derechos sociales, curiosamente todos derechos humanos...(p.23-24)

...el tema del derecho a la intimidad-lo explica Castán (2019), citado por Ortiz-Ortiz (1993) es uno de los que más interés ofrecen hoy día dentro del campo, extenso y fecundo, de los derechos de la personalidad. La persona, centro del Derecho Civil, sufre actualmente ataques a sus diversos bienes en función de fenómenos generales y trascendentales; entre ellos, el de la masificación que, en su vertiente jurídica. Pero en particular el bien de la intimidad personal recibe cada día, a lo largo del planeta, atentados numerosos.

Particularmente el aumento, sorprendentemente rápido en nuestro siglo, de medios tecnológicos, ha permitido multiplicar en su número, las diversas maneras en que se ve amenazada la privacidad de las personas. En general las legislaciones se han empeñado en normar las relaciones del individuo con la sociedad como entre abstracto, pero no ha regulado las relaciones entre "la sociedad" y los individuos que la componen; o bien ha regulado las relaciones del individuo con el Estado pero al revés.

Como queda el derecho a la vida privada y el derecho a la vida en sociedad, como entes organizadores de esas individualidades?... El poder y el desarrollo de la informática y los avances en el campo de la computación y las ciencias en general, ha hecho que se faciliten mecanismos de intromisión en la vida privada de las personas... el problema de la informática y el derecho es de indudable importancia,

sobre todo en la época contemporánea cuando el uso automatizado de muchísimos aspectos de la vida se hace necesario, tales como los datos recogidos por el Estado, e incluso el mismo uso de las tarjetas de crédito y actividades comerciales.

Es ilustrativa las opiniones de Ferreira (1982) citado por Ortiz-Ortiz (1993) sobre este aspecto, pues plantea la dificultad de conciliar, por una parte la necesidad que tiene el Estado Moderno sobre la información de sus ciudadanos, sobre datos y aspectos íntimos o personalísimos, con el fin de poner en marcha programas de ayuda de interés económico y social. Dice Ferreira (1982): Los estados modernos para cumplir con el imperativo de eficiencia deben realizar adecuadamente la función de planificación, para lo cual resulta indispensable recoger y almacenar un gran número de datos personales de sus habitantes.

Más adelante, dicho autor indica: podemos acoger como una definición acertada de la vida privada; aquella parte de la vida humana que se desarrolla a la vista de pocos o que constituye la vida personal u particular, que lleva expresa la idea de intimidad, vista como la zona espiritual, íntima y reservada de una persona o grupo.

En efecto, la generalidad de los autores establece un correlativo entre Vida Privada e Intimidad. El problema central, se refiere a lo que se debe considerar como *íntimo*, establecer cuál es el alcance de la noción y consecuentemente cuál es su verdadero contenido. Y la cuestión se agrava por cuanto la vida individual se desarrolla en el marco de la vida social. Radicalizarse en uno u otro lado es caer en el extremismo, pero en algún punto de ambos se encuentra la verdad.

Ortiz-Ortiz (1993) dentro de la noción de vida privada, distingue como parte integrante de la misma lo siguiente:

a. La libertad de Vida Privada (strictu sensu), que constituiría el radio más corto dentro de la circunferencia que no hemos trazado. El ámbito es la intimidad más personal e individual. Y la vida privada en un sentido alto el resto de nuestras consideraciones. Hasta llegar al punto de confluencia donde se inicia la vida pública.

Aún dentro de la noción de privacidad se aceptan gradaciones: de esta manera existe una privacidad familiar frente a la colectividad; pero aún dentro de la familia hay una esfera conyugal, íntima; y después, en el campo específico de los esposos, existe la exigencia del respeto mutuo de la intimidad e individualidad de cada quien. De esta manera-hablando sobre el honor y la reputación-existe un área familiar compartida es el fundamente de la exigencia de su respeto por la sociedad; pero, los mismos esposos tienen similar exigencia entre ellos.

Esta es la plataforma sobre la cual se apoya nuestro ordenamiento jurídico para establecer los excesos, la sevicia y la injuria como causal de divorcio (Ortiz-Ortiz, 1992).

- b. La protección del domicilio, por constituir éste el sitio espacial donde se desarrollan todas esas acciones que forman parte de nuestra definición de vida privada.
- c. El secreto, la correspondencia, papeles domésticos y privados; memorias y otros escritos. Porque todo ello, puede contener informaciones relativas a la vida privada (strictu sensu) y además porque forma parte de esa esfera que toda sociedad debe respetar y colaborar para su respectiva consecución.
- d. El honor y la reputación, por constituir el elemento que realiza en la práctica la idea de dignidad humana. Cuando se habla de honra, se piensa en una especie de patrimonio moral de la persona humana, fundamentado en aquellas condiciones que ésta valora como expresión concreta de su propia estimación, la cual en el fondo, se basa en un sentimiento de la dignidad individual. Por ello, este autor señala que el honor consiste en el derecho a ser respetado por los demás, a no ser escarnecido ni humillado ante uno mismo o ante otros, es un derecho sin que el que no se concibe la dignidad inherente a la condición humana, y que además esta definición implica:
- **1. Un honor objetivo,** que se puede analizar en dos direcciones: a) *Valor*, mérito de una persona (y lo que tradicionalmente la doctrina ha señalado con

el nombre de honor interno). b) *Representación* que del mérito de esa persona tienen los demás (esto es, el honor externo, fama o reputación).

- 2. Un honor subjetivo, que también implica una dualidad de elementos: a) Representación que uno mismo tiene de su propio mérito o reputación (conciencia del honor). b) Voluntad de afirmar el propio valer o la propia reputación (sentimiento de honor).
- e. La memoria de los difuntos en cuanto afecta la opinión que los demás tienen con respecto a nosotros mismos y de nuestros familiares. Aquí es importante señalar que ciertos autores han negado de plano la existencia de la reputación de los difuntos.

En efecto, Rodríguez (1983) entiende que el honor y la reputación son derechos inseparables de la personalidad, se extinguen con ella. Las ofensas inferidas a la memoria de los difuntos son punibles cuando alcanzan a las personas de sus herederos o parientes y por tanto, al honor no del difunto, sino de las personas vivas.

f. - El derecho a la imagen y a la voz por constituir prolongaciones de la personalidad (Ortiz-Ortiz, 1992).

En atención a ello, este aspecto de la vida privada ha sido objeto de especial preocupación en el ejercicio de algunas profesiones y algunas otras leyes ordinarias, tales como puede observarse en el artículo 35 de la Ley de Ejercicio de la Psicología, que sanciona con la suspensión de los derechos gremiales a los psicólogos que incurran en graves infracciones a la ética, el honor o a la disciplina profesional, por un lapso de uno a doce meses, según la gravedad de la falta cometida por dicho profesional. Al respecto Ortiz (1993) indica que lo que protege la ley es la opinión que sobre el gremio puede tener la colectividad, esto es, la reputación.

Por su parte la Ley de Ejercicio de la Medicina regula en su artículo 24 la conducta que debe observar el profesional de la medicina, así como en sus artículos 46 y 47 regula el secreto médico, que prohíbe revelar datos y demás aspectos relacionados con la vida privada, el honor y la reputación de los pacientes, para

proteger tanto al paciente como para el amparo y salvaguarda del médico y la dignidad de la ciencia.

En la Ley de Ejercicio del Periodismo el artículo 30 dispone los deberes de los periodistas, por lo que se consideran violaciones a la ética del periodista: incurrir voluntariamente en errores de hecho en sus informaciones, tergiversar o adulterar intencionalmente opiniones, declaraciones de terceros o informaciones con el objeto de causar un perjuicio moral a terceros, negarse a rectificar los errores de hecho en que haya incurrido al reportar sobre personas, sucesos y declaraciones. Además en el artículo 8 de la citada ley se le concede al periodista el derecho al secreto profesional frente a terceros y reconoce que no está obligado a revelar su fuente informativa, salvo cuando se trate de hechos delictivos.

Por otro lado, la vigente Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras también protege tanto el honor como la reputación, y con ello, la vida privada, cuando establece dentro de las diversas causas de terminación de la relación de trabajo dispone en los literales a y c del artículo 79, que serán causas justificadas de despido del trabajador la falta de probidad o conducta inmoral en el trabajo y la injuria o falta grave al respeto y consideración debidos al patrono, a sus representantes o a los miembros de su familia que vivan con él; y en el artículo 80 se indican como causas justificadas de retiro: b) Cualquier acto inmoral en ofensa al trabajador o trabajadora o a miembros de su familia que vivan con él o ella y d) Injuria o falta grave al respeto y consideración debidos al trabajador o trabajadora o a miembros de su familia que vivan con él o ella; siempre que sean cometidos por el patrono, sus representantes o familiares que vivan con él; por lo que cualquier ataque o acto que menoscabe ese derecho al honor y la reputación del trabajador tendrá su respectiva indemnización.

Así también, el artículo 46 de la Ley de Abogados dispone la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela puede establecer las reglas de ética profesional y las medidas de disciplina que aseguren la dignidad del ejercicio de la abogacía y la

estimación pública que ésta merece, además el artículo 70 de dicho cuerpo normativo señala las sanciones por violación a la ética, al honor o a la disciplina profesional, que comportan la suspensión del ejercicio profesional de un mes a un año, según la gravedad de la falta cometida.

El Código de Ética del Abogado, por su parte establece en su artículo 1 que las normas contenidas en dicho texto son de obligatorio cumplimiento para todos los abogados en su vida pública y privada. También indica que el abogado tendrá como norte de sus actos servir a la justicia, asegurar la libertad y el ministerio del Derecho, por lo que en sus artículos 5 y 6 se hace énfasis sobre las nociones del honor y la reputación del abogado y de la alta estimación que merece la profesión, lo cual es exigido incluso en su conducta pública y privada. Y de acuerdo al artículo 40, la reputación es un aspecto a considerar al momento de fijar los honorarios profesionales. También prevé dicho texto legal en su artículo 25 la protección del secreto profesional, por lo que debe guardar reserva de las informaciones o hechos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del ejercicio lícito de la profesión de abogado, salvo que dichas informaciones o hechos estén relacionados con la comisión de un delito o cuando su conocimiento pueda acarrear algún perjuicio para la vida pública o privada o la seguridad personal del abogado, o que sea denunciado por su patrocinado.

Además, de igual forma los Licenciados en Administración tienen el deber de guardar la información que tenga conocimiento en el ejercicio de las actividades que le son propias, de conformidad con el artículo 11 de la Ley de Ejercicio de la Profesión de Licenciado en Administración.

También la Ley de Derecho de Autor, que en su artículo 21 hace referencia a la protección del honor y la reputación, cuando indica que el autor tiene el derecho de prohibir toda modificación de su obra que pueda poner en peligro su decoro y reputación, incluso frente al comprador de la obra misma.

Ahora bien, también Velandia (2015) ha señalado que:

"Uno de los campos que está sufriendo mayor afectación con la proliferación del mundo informatizado, es el derecho a la intimidad, que es un derecho fundamental consagrado por la gran mayoría de las constituciones en el mundo. (En Venezuela el control de la informática está consagrado en el artículo 60 de su Constitución, así: *Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos*).

El derecho a la intimidad se encuentra estrechamente enlazado con otros derechos individuales relacionados con la libertad, que protegen a las personas para la preservación de su vida privada contra cualquier amenaza. En este sentido, el desarrollo de la tecnología incrementa cada vez más las acechanzas contra esos derechos. No ha pasado tanto tiempo desde que se produjo la renuncia de Richard Nixon a la presidencia de los Estados Unidos de Norteamérica, en aquel famoso proceso conocido como *Caso Watergate*, producto de unas grabaciones telefónicas, clandestinamente obtenidas por unos periodistas a través de teleobjetivos, que atentaban precisamente contra el derecho a la intimidad. Le costó la presidencia a Nixon por violación del derecho a la intimidad.

Hoy día, es sabido que con unos metros de cable y otros pequeños utensilios, es posible controlar el teléfono de cualquier persona; como también, se puede espiar a través de un sismógrafo miniaturizado, para saber si una persona se halla en un lugar determinado, por dónde camina o si se sienta en determinado sitio. Hay aparatos de fotografía que permiten tomar la huella que deja el cuerpo humano a través de su temperatura, mediante rayos infrarrojos, imperceptibles a la vista, pero que dejan registros fotográficos de la persona. En un contexto parecido, como hecho público, a partir de 2010, el gobierno estadounidense ha implantado en algunos de sus aeropuertos, la visualización íntima del cuerpo de los pasajeros, alegando razones de seguridad estatal.

En otro orden de ideas, se encuentra el control que se tiene de las personas a través de los llamados *bancos de datos*, que pueden convertirse en una amenaza potencial al derecho a la intimidad, considerando que los soportes de almacenamiento de datos aumenten cada vez más, sin proporciones de limitaciones jurídicas ni técnicas. Es así que se ha ido haciendo incontrolable la cantidad de información que se tiene sobre cada persona, al mismo tiempo que se ha producido la comercialización indiscriminada de esos datos, a extremos de que se han convertido en una verdadera industria, con tendencia a multiplicarse incontroladamente; en la mayoría de las veces sin la anuencia de los afectados.

La interrogante que persiste está centrada en el debate que emerge entre el derecho a la intimidad y la posibilidad de que los bancos de datos puedan utilizarse positivamente. Es, por utilizar solamente ejemplos ilustrativos, el caso de los bomberos de Estocolmo, donde tienen un banco de datos que les permite tener monitoreada toda la ciudad para actuar con la inmediatez necesaria, en caso de que se presente algún siniestro.

Hay también países que disponen de bancos de datos de sus habitantes para registrar todo su historial médico, de modo que puede ser utilizado en determinados momentos que se requiera para aplicarles algún medicamento o tratamiento de emergencia, o conocer si son alérgicos a algún medicamento. Estos casos, sin duda, no representan ninguna amenaza contra el derecho a la intimidad. Asunto diferente se presenta, en cambio, cuando se utilizan para realizar actividades perjudiciales para las personas, como por ejemplo, el espionaje o el comercio indiscriminado a través de mensajes no deseados.

El límite se transgrede entonces cuando existe alguna amenaza real contra los individuos, para cuya protección sólo queda establecer barreras jurídicas apropiadas y efectivas, que no resulta fácil, debido a que se trata de una materia muy vulnerable. No cabe duda de que los bancos de datos son importantes para una sociedad moderna, pero casi todo el mundo está de acuerdo en que, a pesar de su utilidad, no puede

afectar el derecho a la libertad y la privacidad de las personas, que no es más que el derecho a la intimidad.

Al respecto, cabe la interrogante sobre ¿Qué es la intimidad personal? Se dice que lo íntimo es contrario a lo público. Hace muchos años, un juez norteamericano (Juez Cooley, 1873) definió simplemente el derecho a la intimidad como *el derecho a ser dejado a solas (right to let alone)*, que ha sido concebido como *el principio de toda libertad*. La intimidad significa el derecho a la soledad, a los contactos íntimos dentro de la familia, del círculo de las amistades o de un equipo de trabajo, y el derecho al anonimato y a la distancia con respecto a los extraños (Carrascosa, 1992).

Lo cierto es que la intimidad es un derecho fundamental para las personas. El problema es que, con los avances incesantes de la tecnología los riesgos de perder esa intimidad se potencian permanentemente. Los países más avanzados disponen de enormes ficheros informatizados que les permiten el control y la seguridad pública. El Reino Unido en materia de informática policial, dispone de información pormenorizada sobre millones de sus ciudadanos. La policía criminal alemana (BKA, *Brundes Kriminalamt*) cuenta con una poderosa red privada de teleinformática almacenada en computadoras, sobre millones de ciudadanos alemanes y extranjeros.

Algo similar ocurre en los Estados Unidos y en Francia. Estos países tienen a disposición de las autoridades un extenso registro, que les permite obtener con inmediatez una información precisa sobre las personas, su dirección, teléfonos, movimientos bancarios y migratorios, entre otros.

¿Cuál podría ser entonces la línea divisoria en la cual los registros informatizados de datos se preserven por su utilidad o se prohíban por atentar contra la intimidad de las personas? ¿Cuáles pueden ser los peligros que representan para la vida privada de las personas y hasta dónde atenta esa información y su utilización contra sus libertades individuales? ¿Qué puede resultar si este tipo de información estuviera en manos de un régimen totalitario, que pudiera emplear de modo arbitrario o abusivo los datos de que dispone?

Es posible dar una respuesta elemental a estas interrogantes: su admisión procedería solamente cuando no coloquen a los ciudadanos en un entorno amenazador, ni abuso en contra de cualquiera de sus derechos individuales o colectivos, cuando el almacenamiento y la utilización de esos datos no le inflija daños o escape del control del detentador de la información.

También Velandia (2015, p. 140) ha expresado que:

"... Los registros tecnológicos son pruebas de naturaleza tal que pueden resultar difíciles de asentar, evaluar y ser preservados de forma indubitable. Sobre este aspecto Sentís (1979) explica que la prueba es *verificación* y no *averiguación*; de ahí que la actividad del juez en el campo probatorio debe consistir en verificar lo que las partes han debido cuidar en averiguar, clarificar, ilustrar, escudriñar, inquirir e indagar.

Sentís (1979), citando a Rodríguez Urraca, hace referencia a Venezuela cuando expresa que "nuestros sistemas jurídicos conocen desde tiempo inmemorial la *interrogatio ad clarificandum*, mediante la cual el juez obtiene la clarificación de las alegaciones, de la discusión que se suscita entre las partes", a la vez que destaca cómo el entonces CPC venezolano (ex artículo 351, ahora 487) decía que "el juez podrá hacer al testigo las preguntas que crea convenientes para ilustrar su propio juicio" y por otra parte (ex artículo 12) cuando expresa que "los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán escudriñar en los límites de su oficio" (sigue vigente el artículo 12 pero cambiando la palabra *escudriñar* por *conocer*, que bajo el análisis de Sentís no modifica en nada el sentido de la norma porque se preserva la misión de conocer la verdad como norte, sin el confusionismo o la redundancia de *averiguar*). En definitiva concluye Sentís que "es necesario hilar bien delgado en esta materia para que lo procesal no se confunda, ni siquiera se entrelace, con lo sustancial o material.

Se está ante un principio técnico; no obstante, es menester examinar con cuidado cuál es el campo al que la técnica se refiere y comprende. El autor antes

mencionado expresa haber resuelto el problema, (al menos para el), de las pruebas como *fuentes* y las pruebas como *medios*, relacionada con aquella otra entre *averiguar* y *verificar*''.

En la realidad actual se advierte que hay ciertos hechos que no pueden reconstruirse de no emplearse técnicas complejas, que son ajenas al conocimiento del juez y al de las partes, de ahí la necesidad de la recurrencia a los peritos ordinarios a los que la actividad jurisdiccional ha estado acostumbrada. Cuando se trata de una prueba difícil o compleja, como en el caso de que se presente una situación dudosa acerca de su admisibilidad, es preferible tomar un criterio abierto hacia su pertinencia, porque de no ser así, se puede menoscabar el propio derecho a la defensa y el debido proceso; ya que el juez tendrá la oportunidad de apreciarla o no en su fallo. Al juez le corresponde preservar la tutela judicial efectiva.

No hay mejor momento para resolver las dificultades probatorias que la puesta en práctica de los llamados autos para mejor proveer (artículo 514 CPC) conforme a cuya potestad el juez puede llamar a cualquiera de los litigantes para interrogarlo sobre algún acto del proceso que considere dudoso u obscuro, hacerle presentar algún instrumento de cuya existencia se presente algún dato importante para esclarecerlo, que se practique alguna inspección judicial en alguna localidad y que se practique alguna experticia sobre cualquier asunto que estime el tribunal, o que se amplié y aclare alguno que ya haya incorporado en el expediente.

Otra opción para los justiciables se encuentra en la carga de la prueba, que tiene el promovente o el interesado en su evacuación, pero la controversia tiene que ser decidida con base en todas las herramientas posibles para que la verdad procesal coincida con la real. En este sentido puede ser necesario el desplazamiento del clásico principio de la prueba a cargo del contrario y la aplicación plena de la actividad del juez como director del proceso, sin descartar la opción de instaurar definitivamente los precedentes judiciales a los que se hizo referencia.

Velandia (2015) continúa explicando que:

Ya en 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos contempló en el artículo 120 que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques. Lo que cabe subrayar es que las oportunidades probatorias que ofrecen las nuevas tecnologías encuentran un freno legislativo que descansa sobre la protección de derechos fundamentales universalmente reconocidos".

En el caso venezolano tales contenciones legales van desde la Constitución Nacional hasta una serie de leyes ordinarias. La constitución vigente (1999) en su artículo 60 consagra que toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación".

La Constitución consagra la protección de ese derecho a través de dos normas:

- a) Mediante la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones, al establecer la protección de cualquier forma de comunicación privada, a través de la preservación del secreto que de lo privado contenga, con la única excepción de una orden tribunalicia del juzgado competente para hacerlo, pero siempre que guarde relación con el proceso correspondiente (artículo 48).
- b) Como derivación del derecho a acceder a la información de sus datos sobre sí mismo y su patrimonio (*habeas data*) y de solicitar cualquier rectificación que *afecte ilegítimamente sus derechos*, dentro de los cuales puede incluirse el derecho a la intimidad. Se preserva además el derecho al secreto profesional (artículo 28).

Otro texto legal que se refiere al tema en tratamiento es la Ley de Protección a la Privacidad de las Comunicaciones (1991), con tan solo nueve artículos, y cuyo artículo 1° establece que su objeto es "proteger la privacidad, confidencialidad, inviolabilidad y secreto de las comunicaciones que se produzcan entre dos o más personas". Esta Ley impone una sanción de prisión que oscila entre tres (3) y cinco (5) años para cualquiera que "arbitraria, clandestina o fraudulentamente grabe o se imponga de una comunicación entre otras personas, la interrumpa o impida", con

aplicación extensiva a quien revele el contenido de esa comunicación, sea total o parcialmente, como también a aquellos que participen en la instalación de los equipos para acceder a la información, y a quienes adulteren de alguna forma el contenido de esa información para obtener algún beneficio de ella.

También la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000, artículo 12) establece que el usuario de un servicio de telecomunicaciones tiene derecho a la privacidad e inviolabilidad de sus telecomunicaciones, salvo aquellos casos permitidos expresamente por la Constitución o por su naturaleza de carácter público.

Por su parte, Delgado (2014), expresa que:

"... se consagra así el principio de la legalidad y licitud de las pruebas y consiste en que sólo pueden practicarse y ser incorporadas al proceso aquellos medios cuya obtención se haya realizado con sujeción a las reglas que la ley establece, lo que implica el cumplimiento de las formalidades esenciales establecidas para la obtención de las evidencias y para hacerlas valer ante el juzgador, a los fines de formar su convicción, o sea que sería ilícita una prueba ilegalmente lograda, como ilegalmente incorporada.

Con fundamento en esas normas de la Constitución y la Ley, se ha considerado, por ejemplo, que la prueba obtenida infringiendo la garantía de la inviolabilidad del domicilio o del derecho a la intimidad debe ser considerada ilegal, o ilícita y por ende sin valor probatorio para fundar una convicción judicial. Y no sólo lo que allí directamente se obtenga con la incautación y recolección de rastros, huellas o efectos del hecho, sino lo que indirectamente pueda obtenerse de ello, cuando es sometido ese rastro o efecto a peritación y su resultado puede servir para la identificación del autor de ese hecho.

Así, ninguna sentencia puede apoyarse, entonces, en datos probatorios obtenidos de elementos recogidos durante un allanamiento e incautación ilegales y por ende afectados de nulidad, donde se quebrantaron derechos y garantías en desmedro del debido proceso u omitieron formalidades esenciales, que no superfluas,

así como los que inmediatamente de allí se deriven; ni debe fundarse en una confesión obtenida bajo juramento o mediante maltratos, coacción o apremios ilegales (p.76).

Velandia (2015) sostiene que, al lado de la legislación, la variedad de conceptos que existen sobre el derecho a la intimidad conduce a la conclusión de que no es tan sencillo encontrar un criterio pacífico que la defina, pero sí existe consenso acerca de la necesidad de preservarla permanentemente. Brewer-Carías y Ayala (1995) señalan que "esta intimidad ha adquirido cada vez más importancia debido a los avances de la tecnología y de la informática, que han venido permitiendo una mayor posibilidad de penetración en la vida, sin el consentimiento de las personas

Por su parte, Tamayo (1999) en su estudio sobre las intervenciones telefónicas, reproduce una sentencia (1994) que señala que: "(...) Lo ocurrido es que el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada. De aquí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio pueda realizarse en ese ámbito reservado de vida" (p.43)

En definitiva, la lesión del derecho a la intimidad, obtenida a través de medios electrónicos, conduce irremediablemente a la ilicitud de la obtención de la prueba, mientras no se cumplan los requerimientos legales para que dicha obtención se ajuste a la legalidad, que no sería otro medio que el consentimiento del propio afectado. Sin duda, un asunto difícil dentro del espectro probatorio, porque adicionalmente, puede lesionar el precepto constitucional que ampara al justiciable para declarar en contra de sí mismo (artículo 49.5 constitucional) (Velandia 2015).

En atención a todo lo expuesto anteriormente, debe resaltarse que el respeto que debe observarse en el ejercicio de las garantías constitucionales debe llevar a una elevación de los poderes jurisdiccionales del juez, no sólo en cuanto a sus facultades generales de ordenación y de dirección del proceso, de conformidad con el artículo 12 del CPC, sino en lo que respecta a la búsqueda de la verdad o de ese ideal de justicia al cual se debe la actividad jurisdiccional, no únicamente a través de la posibilidad de incorporar pruebas a las actas, sino de intervenir activamente en la práctica probatoria, y más en el campo de la prueba tecnológica, por cuanto la falta de normativas claras y determinantes en dicha área, pueden causar arbitrariedades que hagan nugatorio el derecho constitucional que tienen las partes de acceder a las pruebas para ejercer su defensa.

Ese camino en pro de la verdad que el operador de justicia ha de seguir no debe ser autoritario. Por lo contrario, debe enrumbarse tutelando en condiciones de igualdad los principios constitucionales de justicia de implicancia en el orden procesal antes vistos. De allí que, cualquier proceder del juez conforme a sus poderes jurisdiccionales de ordenación, dirección y probáticos pasa, irremisiblemente, por la plena satisfacción de esos derechos y garantías constitucionales.

En consecuencia, el juez en aras de cumplir ese elemento teleológico del proceso no debe ser inerte, al contrario, debe ser activo pero garantista, compulsado a juzgar en base a su ciencia, su conciencia y atendiendo los valores, principio, ideologías y creencias que orbitan en el contexto social. Lo que significa, entre otros aspectos, no estar sujeto a anacronismos como aquel según el cual el juez debe decidir "conforme a lo alegado y probado en autos". Ese rol activo exigible al operador de justicia lo conduce analizar las pruebas y las actas procesales con logicidad, prudencia y sentido común, siguiendo el método general de valoración acogido por el legislador venezolano (la sana crítica).

## CAPÍTULO IV

## IMPORTANCIA LOS MEDIOS DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN APLICABLES A LAS PRUEBAS LIBRES EN EL PROCESO CIVIL VENEZOLANO

La actividad probatoria constituye un aspecto central en el proceso por ser el instrumento o medio por el cual el juez obtiene su convicción de los hechos que fijan la controversia, y así producir la sentencia. En el proceso civil venezolano la proposición de los medios de prueba recae sobre las partes, cuya iniciativa se considera necesaria para dar origen a la actividad probatoria, sin obviar la posibilidad que tiene el Juez de ordenar, de oficio, la evacuación de ciertos medios probatorios.

Ha quedado suficientemente establecido que una vez admitidas la pruebas propuestas por las partes, surge el derecho de cada parte a que dichas pruebas sean practicadas, y para ello ha de respetarse también la garantía de la defensa de las mismas partes; lo que se traduce en la necesidad de permitir a cada litigante la intervención en la práctica de la prueba de la parte contraria. Sobre este particular, Carocca (1998) indica que esto es lógico, si se tiene en cuenta que la actividad probatoria es actividad procesal, que constituye el desarrollo de una parte esencial del mismo proceso y, por ende, en ella debe observarse la garantía esencial de intervención de las partes que es la defensa; por lo que al respetarse dicha garantía simultáneamente para los dos litigantes, es que se habla de la vigencia del principio del contradictorio en la práctica de la prueba.

En el anterior sentido se impone puntualizar el hecho privativo de los medios de prueba libre, que es precisamente, la condición de no haber sido recogidos por el legislador; bien porque sobrevinieron a la actividad legislativa, bien porque siendo tantos y tan variados fue imposible abrazarlos a todos al momento de la redacción de la norma, o bien, porque como acontece para el documento electrónico, por ejemplo,

la tecnología adelantó en muchos pasos, aun a la más agigantada expectativa legislativa.

Se ha precisado, en cuanto a la noción de documento, que con la aparición de la realidad digital se produjo una ampliación en la variedad de soportes y, con ello, de formatos, capaces de albergar no sólo datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo en forma escrita, sino también en forma vista o hablada, innovación hasta el momento desconocida. Ante esta circunstancia, se ha llegado incluso a denominar en la teoría del documento como contenido, que toda estas innovaciones tecnológicas han logrado ampliar la noción de documento, partiendo de la palabra escrita y extendiéndola a la imagen y al sonido, que, ahora sí, pueden quedar archivados para su posterior utilización como medio de prueba en un proceso judicial; por lo que el documento, electrónico, no es más que es el soporte en papel u otro formato adecuado que contiene letras o signos que proporcionan información, escrita, vista o hablada, fidedigna o relevante sobre hechos con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de utilidad jurídica.

Lo importante, por tanto, no es el formato en que conste el documento, sino que sea apto para erigirse en medio de prueba en juicio, capaz de acompañarse, a su vez, de otros tantos medios, como la firma electrónica, o la promoción de otros medios auxiliares o complementarios, que aporten seguridad adicional en cuanto a su veracidad, la identificación del autor y a la integridad de su contenido (Rodríguez, 2018).

Velandia (2015) señala que la tramitación de los medios probatorios siempre ha estado sometida a ciertas formalidades, que en la actualidad empiezan a presentar algunos inconvenientes que no han sido resueltos del todo, ante la realidad planteada por la modernidad tecnológica. Los cambios vienen gestados por la realidad social, que han comenzado a desplazar el sistema clásico del *thema probandum* ante lo que puede reconocerse como una nueva forma de concebir el derecho procesal civil.

Ante tal situación, el legislador se ha confrontado con las dificultades que involucra procurar captar todos los posibles medios de prueba que existen o pueden existir dentro de los presupuestos normativos, es aún más probable entender como inmerso en tal impedimento al juez, que si bien no está en la obligación de recopilarlos y producir soluciones sobre todo su grupo, si se enfrenta a la obligación de idear en el curso de su función, formas de promoción y evacuación que no solo se adapten a la particularidad del medio, sino que encuadren dentro de las exigencias procesales de la actividad probatoria.

El CPC es claramente ajeno a la noción de ideas de vanguardia en cuanto a los medios de prueba de los que era susceptible el proceso civil, relacionándolos en casi todos los casos nominados, con la manifestación "fisica" del medio, entendiendo este como la concreción material y posterior susceptibilidad de apreciación con uso de los sentidos. Esta limitación conceptual del medio de prueba que manifiesta la ley procesal civil venezolana, es contraria en términos del procedimiento, con la amplitud con que se trató la prueba libre, que basado en el principio de libertad probatoria, permite el ingreso a dicha actividad, de casi cualquier medio, sin más restricciones que las propias a los requisitos de admisibilidad, que como bien señala copiosamente la doctrina, resulta en extremo sencillas de cubrir.

Un panorama distinto es el que se cierne sobre las dificultades que pueden presentarse durante la práctica de las pruebas libres en el proceso civil venezolano, donde la situación puede tornarse extremadamente compleja para la evacuación de dichos medios probatorios; por lo que adquiere un nuevo matiz cuando se descubre a todas luces del contenido del artículo 395 del CPC, que nada se dijo, respecto de este fundamental instituto para el control de las pruebas y ejercicio del derecho a la defensa en juicio.

Cuando el legislador alude a las conductas procesales de la etapa probatoria en torno a las cuales puede emplearse la interpretación analógica, señala únicamente a la promoción y a la evacuación, pero no ahonda en las formas en las que puede ejercerse

el control y fiscalización de los medios de prueba libre; pero es evidente que ante el marco de garantías constitucionales atinentes al proceso con las que hoy día cuenta Venezuela, que sería absurdo asumir que el legislador del Código de 1986 haya pretendido negar tal posibilidad, al contrario, en el peor de los casos se precisa asumir un error en la técnica legislativa, o una omisión, que si bien es grave, no puede constituirse en impedimento para el principio del control probatorio.

Aun cuando obviamente el derecho al control de las pruebas, debe existir en el proceso civil, aun mas allá de la carencia en el articulado de la norma respecto de su mención, no resulta sencillo esclarecer el modo en que ésta podría ocurrir dentro del marco de las pruebas libres en la causa, y ello, porque los mecanismos procesales concebidos por la ley sustantiva y adjetiva civil para garantizar tal ejercicio de dicho principio, demuestran una capacidad en extremo limitada cuanto se confrontan a las manifestaciones indeterminadas e incluso imprevisibles, de la prueba libre.

Taruffo (1984) indica que con acierto se ha aseverado que aunque se reconociese completamente el derecho de las partes de deducir y asumir todas las pruebas relevantes, se trataría de una garantía ilusoria y meramente ritualista cuando no fuese asegurado el efecto de la actividad probatoria, o sea la evaluación de la prueba de parte del juez en sede de decisión, constituyendo el "momento culminante y decisivo de la actividad probatoria", la cual consiste en aquella "operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido (Devis, 1993)".

De acuerdo a las consideraciones expuestas en la presente investigación ha quedado claro que tanto el principio de contradicción como el de control y fiscalización de la prueba son una expresión de la tutela eficaz que ordena el artículo 26 de la CRBV, el cual se relaciona íntimamente con el derecho de acceso a las pruebas que garantiza un derecho a un debido proceso, todo de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 49 constitucional.

Asimismo, el citado artículo 49 de la Constitución, describe el derecho a un debido proceso y ordena que se aplique a todas las actuaciones judiciales y administrativas, estableciendo dicho artículo en el numeral 1 que toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa, advirtiendo la nulidad de las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso.

De acuerdo a lo expuesto por Martín (2012) el control probatorio consiste en que las partes puedan participar en el trámite de la prueba, no solo conociendo el objeto de cada medio de prueba, sino también que puedan formular sus opiniones y consideraciones en el momento de la evacuación de la prueba; por lo que este control probatorio puede evidenciarse en las deposiciones de testigos, donde cada parte podrá interrogar al testigo para producir la convicción de que éste ese encuentra declarando la verdad de los hechos que menciona conocer; la inspección judicial, que permite que las partes hagan las observaciones que a bien tengan al momento de la ejecución de la prueba; la experticia, que posibilita que las partes expongan sus opiniones ante los expertos sobre el punto o puntos objeto del peritaje y de esa manera los expertos en su dictamen tomen en cuenta las consideraciones de las partes interesadas en la causa.

Así se tiene entonces que Rivera (2011) señala que la tarea de inspección o vigilancia, en razón del ejercicio del control de la prueba, puede ser desarrollada a lo largo de todo el procedimiento probatorio; que es allí donde se ve la importancia de aportar pruebas al proceso y la responsabilidad no sólo descansa sobre las espaldas de la parte a quién corresponde la carga de la prueba, pues así se estaría menoscabando el derecho con que goza el defendido, de ejercer control y fiscalización sobre el procedimiento probatorio.

Además Rivera (2011), citando Chinchilla (1999), indica que son las partes quienes tienen la facultad de ejercer una rigurosa fiscalización entre sí pues la

producción de una prueba secreta, es decir, a escondidas de la contraparte es ineficaz; durante el recorrido procesal las partes pudieran intentar generar limitaciones al control y la contradicción del material probatorio, y para que esto no ocurra, ello dependerá de la conducción del juez en el proceso

Y es dicho operador de justicia quien debe garantizar una efectiva contradicción y control probatorio, orientación que parte no solo de los derechos judiciales que prevén los instrumentos internacionales y la misma Constitución, sino también puede servirse del artículo 15 del CPC, norma que dispone que los jueces garantizarán el derecho de defensa, y mantendrán a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencia ni desigualdades y en los privativos de cada una, las mantendrán respectivamente, según lo acuerde la ley a la diversa condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitir ni permitirse ellos extralimitaciones de ningún género.

Mientras que la contradicción tiene por objeto potenciar el derecho del ciudadano a gozar de igualdad durante el proceso, para lograr la efectividad de su participación y culminar así en la tan anhelada certeza; el ejercicio control y fiscalización de la prueba requiere que las partes tengan la posibilidad de conocer antes de su evacuación los medios de prueba promovidos, así como el momento señalado para su recepción en autos, a fin de que asistan a la evacuación y hagan uso de los derechos que permitan una cabal incorporación a las causa de los hechos que traen los medios.

La publicidad anticipada de los actos probatorios (lo que es diferente de la publicidad de las pruebas), las citaciones para algunos de ello, las normas sobre la presencia de las partes en la evacuación, así como las observaciones y los reclamos, son elementos del principio de control de la prueba. Este principio tiene por fin evitar que se incorporen a los autos hechos traídos por los medios a espaldas de las partes, sin que tengan la oportunidad de vigilarlos y fiscalizarlos, actividades que la ley acuerda expresamente a los litigantes (Cabrera, 1997, p. 24).

Por otra parte, Guerrero (2008) ha señalado que con el sistema actual el control de la prueba no sólo la tiene el juez, sino también la otra parte, pues dentro de los tres días siguientes al término de la promoción, cada parte deberá expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinándolos con claridad, a fin de que el Juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo, los cuales no serán objeto de prueba; y si alguna de las partes no llenare dicha formalidad en el término fijado, se considerarán contradichos los hechos. Es más, dentro del lapso mencionado, las partes pueden oponerse a la admisión de las pruebas de la contraparte que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes.

Debe tenerse claro que el ejercicio del principio del control y fiscalización probatoria está íntimamente conectada con los principios de publicidad y contradicción. La publicidad en el sentido procesal es hacer público -acceso y lugarlos actos del proceso. En esta acepción la publicidad del proceso puede existir o bien respecto de las partes o con relación a terceros. Respecto a las partes, consiste en que los actos a través de los cuales se desenvuelve la relación procesal, deben necesariamente ser visibles para todos los sujetos de ella. En especial, la actividad probatoria debe ser pública, pues, por una parte, las personas sometidas a juicio tienen derecho a conocer porque se les enjuicia; por la otra, la sociedad tiene derecho a conocer el sustento del fallo judicial.

Las actuaciones judiciales de pruebas deben ser públicas, factibles de ser presenciadas por todos y, en especial, que debe permitirse a las partes intervenir en la evacuación de la prueba para poder hacer las observaciones y reclamaciones que considere más conveniente para sus derechos e intereses. Expresa Parra (2001), que "la prueba puede y debe ser conocida por cualquier persona; ya que, proyectada en el proceso, tiene un carácter "social": hacer posible el juzgamiento de la persona en una forma adecuada y segura. Agrega el ilustre procesalista que es de interés para ejercer el control democrático del proceso, por ello en la sentencia "los hechos y la prueba de

ellos debe ser explícita, de tal manera que toda persona pueda entender, que fue lo que pasó desde el punto de vista fáctico y como se probó".

Cabrera (2007) señala además que la importancia de las reclamaciones, como parte del control y fiscalización de las pruebas, no ha sido abordada por la doctrina patria, quien tal vez la ha menospreciado. Estas, por lo regular, constituyen la vía ideal para no convalidar los vicios sobre los requisitos de los medios que surgen en un acto probatorio y que pueden ser corregidos (lo que a su vez, constituye un deber del Juez conforme al artículo 206 del CPC). También la reclamación es, a su vez, la que hace valer un privilegio probatorio no respetado dentro del acto, tal como el que utiliza el testigo a fin de que se releve de declarar sobre hechos sobre los cuales debe guardar secreto. Son los reclamos por lo tanto, una figura distinta a las observaciones, aunque estas por lo regular, coinciden en una misma petición con aquellos, por ser las observaciones muchas veces, presupuestos de reclamos.

En consecuencia, los actos probatorios tienen que figurar claramente en los autos. Además, las reglas fijación de la oportunidad para practicarlos, están previstas en las normas que regulan cada una de ellos, en el caso de los medios libres se tomará el medio análogo y lo fijará el juez. El principio del control de la prueba tiene por fin evitar que se incorporen al expediente medios y hechos a la espalda de las partes, sin que hayan podido vigilarlos u objetarlos (Rivera, 2011; p. 87).

Tan importante es el ejercicio del control probatorio por las partes en el proceso que Cabrera (1997), sostiene que las formas que garantiza el control de la prueba son esenciales para la realización de los actos y señala: un reconocimiento judicial practicado en oportunidad distinta a la señalada por el Tribunal, es nulo. Cualquier acto probatorio, si no se ha fijado previamente el día y la hora para su práctica, es nulo, e igualmente lo es, si una de las partes no se le hubiere permitido intervenir en el acto de evacuación de las pruebas o si en el mismo no se diera curso a sus observaciones.

Son de orden público las forma ligadas al principio de la contradicción de la prueba (nadie puede renunciar al derecho de defensa o al atacar la prueba del contrario); pero las relativas a su control, no lo son. Ellas son esenciales y por lo tanto, su falta o quebrantamiento anula el acto; pero por no ser de orden, solo se anula a instancia de parte perjudicada, el juez no puede declarar su nulidad de oficio (p. 25).

Por lo que de acuerdo a lo expuesto por dicho autor, el derecho a controlar la prueba no es de orden público y puede ser renunciado por las partes, o relajado mediante pactos (Cabrera, 2007, p. 399), y, su violación o quebrantamiento debe ser alegado por la parte interesada, además debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 212 y 213 del CPC sobre las nulidades relativas, éstas tienen que denunciarse en la primera oportunidad, de manera que si no se hace se entiende convalidado el acto. Puede suceder que la parte afectada por la causal de nulidad latente podría renunciar al derecho de denunciarla si considera que la prueba incorporada en el acto irrito, la favorece como resultado del principio de comunidad de la prueba; criterio éste que es compartido por Rivera (2011, p. 87).

Hechas las consideraciones anteriores, se ha advertido que en materia de pruebas libres o tecnológicas, la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, establece la forma cómo deben ser apreciadas por el sentenciador al momento de la sentencia definitiva, asimilándolo a los documentos escritos (artículo 4 de la LMDFE), pero el problema es que nada se estableció en dicho texto legislativo sobre la forma cómo, la parte contra quien se hacía valer un documento electrónico en forma imprecisa, podría ejercer el control de la prueba, para determinar la validez o legalidad de los mismos, limitándose el legislador a remitir al código adjetivo civil.

Por ello, de conformidad con lo previsto en los artículos 7 y 395 del Código de Procedimiento Civil, así como la doctrina y la jurisprudencia vinculante de la Sala de Casación Civil, el juez tiene la obligación de establecer en el auto de admisión de la pruebas cómo se van a evacuar los medios de prueba libre que hayan sido promovidos por las partes, so pena de incurrir en una subversión del procedimiento al

incurrir en el quebrantamiento de las formas procesales del proceso, causando con ello un menoscabo al derecho de la defensa a una de las partes. Si el juez obvia el cumplimiento de este deber, puede acarrear la reposición de la causa, previa denuncia de la parte afectada.

Una vez establecido por el juez de la causa, en el auto de admisión de las pruebas, el modo como han de evacuarse los medios de prueba libre promovidos por las partes, corresponde a las partes ejercer ese control y fiscalización en la evacuación de tales pruebas, sin que la renuncia de la parte al ejercicio de ese derecho de control probatorio implique la nulidad de lo actuado, si es un vicio que acarree una nulidad relativa, ya que el mismo no es materia de orden público. Distinto es si el vicio produce una nulidad absoluta o menoscaba una garantía constitucionalmente tutelada, ya que convierte la prueba en ilícita, y por lo tanto no puede ser valorada por el juez para formar su convicción al momento de sentenciar.

Afortunadamente, la institución procesal cuenta siempre con mecanismos para afrontar y resolver los conflictos que van presentándose, pero se requiere que los nuevos planteamientos se establezcan como una doctrina pacífica, que se traduzca en certeza jurídica. La función de la prueba consiste en el establecimiento de los hechos de forma que permita determinar si un hecho ha ocurrido o no; es un criterio admitido en todas las culturas jurídicas. La determinación de la verdad de los hechos puede ser un problema complejo de precisar.

En consonancia con los planteamientos realizados, cabe citar los razonamientos de Taruffo (2009) sobre la prueba científica, debido a que éstos son suficientemente esclarecedores para aplicarlos analógicamente a cualquier otro medio probatorio afín, como es la prueba electrónica. Así como plantea que puede resultar paradójico que el propio juez reconozca sus limitaciones, hasta su ignorancia, para evaluar aquellos aspectos técnicos que caracterizan esa tipología de prueba, se entiende que responde a que no queda otra alternativa que el apoyo en los peritos. Para mayor complejidad, la

opinión de los peritos no es vinculante, porque quien decide siempre es el juez, pero no por esa razón el fallo tendría que ser censurable.

Dicho autor razona que esa paradoja es más aparente que real, porque el juez tiene la tarea de revisar y verificar, en todas sus implicaciones, las conclusiones de los peritos, para constatar que están justificadas, "y por lo tanto, si son atendibles *en el plano del método*. En otros términos, el juez debe controlar la validez de los procedimientos que el experto ha seguido en el análisis de los hechos, al llevar a cabo experimentos y al formular sus valoraciones, y debe verificar la admisibilidad de los argumentos con los cuales el experto ha justificado sus conclusiones" y agrega que es "evidente que surgen distintas dificultades que aunque pueden tener solución, deben tomarse seriamente en cuenta".

La conclusión de Taruffo (2009) es que, en este tipo de casos, la admisibilidad y valoración probatoria tiene que descansar en un razonamiento justificado, porque tanto los jueces civiles como los penales, tienen la obligación de motivar sus decisiones. Se trata de una obligación establecida tanto por las normas ordinarias como por las constitucionales, en la mayor parte de los ordenamientos judiciales. En definitiva, señala que:

(...) se atribuye al juez una tarea difícil y laboriosa, que con toda probabilidad exige una preparación cultural sofisticada y extendida a los métodos que se emplean en distintos y numerosos ámbitos de conocimiento. Esto es cierto, pero se desprende de manera inevitable-como se ha tratado de explicar-de una interpretación necesariamente rigurosa de la obligación de motivación y de la exigencia de que la determinación de los hechos se funde en una base racional controlable.

Por ello, Velandia (2015) precisa que las dificultades probatorias de la prueba informática están claramente articuladas con las reflexiones de Taruffo (2009) para brindarle soluciones judiciales, a pesar de las dificultades probatorias que puedan presentarse, porque siempre habrá una forma de afrontarlas y resolverlas. Y, una vez

más, emerge la importancia de la figura del juez como agente calificado, idóneo y responsable para lograrlo.

Señala que es evidente que, cada día, las investigaciones científicas y tecnológicas requieren conocimientos más avanzados y sofisticados, que pueden no estar al alcance del juez. Correlativamente, las probanzas se tornan cada vez más difíciles y especiales, de ahí que escapan, con frecuencia, del sentido común. El juez es un experto en derecho, pero que no está obligado a tener otras competencias especiales, de modo que sus conocimientos están limitados a los conocimientos de la cultura media y al sentido común del lugar y tiempo en el que opera, así que sólo puede servirse directamente de las nociones de hecho que están dentro de la experiencia común. Por ser así, no le queda otra alternativa que asistirse de expertos que le auxilien en aquellos temas que tengas características técnicas o científicas. De ahí que al juez le corresponda ser, a su vez, juez de sus propios conocimientos y limitaciones. Si se trata de un juez prudente, se auxiliará con la asistencia de la opinión calificada de un técnico, un científico o un práctico sobre la materia a ser evaluada.

Esta nueva realidad, obliga a una revisión de la naturaleza probatoria que se está presentando; y, del mismo modo, de la metodología aplicable para *ejecutarlas*, *controlarlas y valorarlas en el terreno probatorio*.

Por eso, destaca Taruffo (2009) que cada vez el juez es correlativamente menos libre para confiarse de su experiencia y de las máximas para la valoración de los hechos de las causas; y concluye, que "no se trata de una evolución simple y armoniosa, y surgen numerosos problemas cuya solución no es nada fácil".

Además, se considera importante resaltar que Devis (1993) se refirió a la necesidad de que el juez civil, laboral, penal y de cualquier otro proceso, tenga en cuenta el comportamiento procesal de las partes como un indicio o un argumento de prueba, a su favor o en su contra, según el caso, cuya gravedad la puede apreciar aquél libremente. La doctrina contemporánea reclama esta facultad del juez, unida a

la de interrogar a las partes, como una de las conquistas más importantes del moderno proceso civil y en algunos países como Alemania, Italia y Colombia se ha incluido expresamente en sus normas adjetivas. La presunción adversa a la parte que impide practicar una inspección o una peritación, es uno de los casos en que se aplica el anterior criterio. Otro caso es el continuo entorpecimiento del proceso, con actuaciones irregulares o temerarias.

En el campo de las ciencias humanas (psicología, sociología, economía, historia, etcétera), Taruffo (2009) recuerda que son frecuentes las peritaciones psicológicas sobre el menor, el incapaz o el imputado, así como también puede ser útil el aporte o dictamen de un arquitecto o un historiador de arte para evaluar una edificación. Su diferencia con el campo científico, es que en las ciencias humanas, los jueces tienen que servirse de su sentido común, de su propia cultura individual, pero cada vez más a menudo, deben valerse de expertos capaces de suministrarles conocimientos científicos sobre materias que, tradicionalmente, se han aplicado a las ciencias, pero que se sobreponen sobre esa cultura media tradicional. Es cuando hay que recurrir a los *paradigmas*, que caracterizan a las ciencias humanas y las diferencian de las ciencias de la naturaleza; además, que se les califica como *ideográficas*, porque soportan el conocimiento de un evento concreto. Aquí es donde se puede pensar en la prueba informática, por añadidura.

Puede apreciarse que la finalidad de la prueba es la búsqueda de la certeza jurídica. Se entiende que la prueba es suficiente, dentro de un proceso, cuando el juez llega a tener una convicción o certeza sobre los hechos que debe evaluar para dictar su fallo; vale decir, en contrario, que si no hay certeza, tampoco habrá prueba del hecho controvertido.

Es evidente que en ejercicio del derecho a la defensa, son las partes quienes proponen los medios de prueba a evacuar en el proceso para hacer valer sus alegaciones y con ello lograr la satisfacción de sus pretensiones. En la evacuación de los medios libres o tecnológicos, cuya promoción prescribe una actividad específica

de los litigantes, el juez al momento de ordenar la recepción de dichos medios de prueba tiene el deber de imponer las formas o el modo en que habrán de evacuarse, por analogía o por su arbitrio según los casos, de garantizar la realización del acto y su imparcialidad en su evacuación, procurando además que los actos de prueba cumplan con el requisito de publicidad y posibilitar la oportunidad para que las partes presencien la práctica de la prueba e intervengan en ella, no sólo porque así las partes pueden cumplir las actividades que la ley les permite con relación a cada medio, sino para garantizar el ejercicio de ese derecho a la defensa, y por ende del debido proceso.

Así como también las partes tienen el derecho a controlar que el aporte de las mismas se ajuste a la legalidad, de realizar observaciones y reclamos durante su evacuación, aun cuando no el ejercicio de este derecho a controlar la actividad probatoria es renunciable, el Juez está obligado a garantizar la observancia de estas formas, que no son más formas generales de la expresión del control y fiscalización de la prueba y por tanto, su infracción hace anulable las pruebas practicadas.

## CONCLUSIONES

En base a los objetivos desarrollados a lo largo de la presente investigación, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

El derecho probatorio es la etapa cumbre del proceso, debido a que en un proceso sin pruebas no hay alegatos, defensas o pretensiones que valgan, es evidente que los medios probatorios constituyen la base fundamental de la actividad valorativa de juez dentro del proceso judicial, pues a través de ellos las partes intervinientes en juicio, pretenden demostrar la veracidad de los hechos controvertidos y por consiguiente comprobar la exigibilidad de los derechos reclamados.

El artículo 26 de CRBV 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 como las de utilizar cualquier medio de prueba lícito, oportuno y pertinente para la defensa.

Así, los medios de prueba son indispensables para el ejercicio del derecho a la defensa y el cumplimiento de una de las garantías necesarias para la configuración del debido proceso, previstos en el artículo 49 de la CRBV (1999) así como en el CPC (1986).

Adicionalmente, hoy día no cabe duda alguna, que la libertad probatoria se deriva 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, tal como se ha establecido igualmente en el principio finalista consagrado en el artículo 257 constitucional, que propugna al proceso como el instrumento fundamental para la obtención de la justicia.

Es por ello que, en el marco actual, de un Estado Social de Derecho y de Justicia, se proclama la efectividad del proceso, por lo que el acceso a la justicia exige el descubrimiento de nuevos métodos para tornar efectivos los derechos, lo que significa la necesidad de repensar no sólo el propio sistema judicial, sino el derecho procesal, instrumental adecuado para la efectivización del derecho, buscando su adaptación a la clase de litigio.

Es importante señalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia considera la noción de medios libres o pruebas libres en el hecho que las mismas se caracterizan por no estar contempladas expresamente en alguna Ley, y que sin embargo, son utilizadas para llevar hechos al proceso, y ello permite el Código de Procedimiento Civil en el Artículo 395. En efecto, dicha norma 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.

Hoy día con los avances tecnológicos, dichos medios de prueba libres están referidos fundamentalmente a la prueba informática, tecnológica o electrónica, porque en la actualidad, prácticamente cualquier actividad humana, sea pública o privada, está relacionada con la informática y las nuevas tecnologías, generando con ello importantes y novedosos efectos jurídicos; lo cual se ha tratado abundantemente en el contenido del presente trabajo de investigación.

En tal sentido, se evidencia que las pruebas libres o tecnológicas presentan características que le son propias y que las diferencian de las pruebas tasadas. Las pruebas tasadas tienen formas procesales propias, mientras que el trámite para la práctica de las pruebas libres se aplica por analogía comúnmente en cuanto sea posible, el mismo procedimiento que existe en la ley para las pruebas establecidas en el Código de Procedimiento Civil u otras leyes especiales, y es allí donde la dinámica de las partes se ve limitada al no establecer la propia ley la manera y medios de que pueden valerse las partes para el anuncio, trámite y control de la prueba libre.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la libertad de medios de prueba no significa arbitrariedad en el procedimiento probatorio, pues a éste se le concibe como una forma de asegurar la eficacia de la prueba y los derechos de las partes. La evacuación de cada medio de prueba libre o tecnológica se ajustará al trámite asignado para el medio expresamente regulado que sea analógicamente más aplicable, según la naturaleza y las modalidades de aquél, cuando no exista medio análogo el juez debe indicar el modo como habrá de evacuarse dicho medio probatorio atípico, todo lo cual se hará constar en la oportunidad de dictar el auto de admisión de las pruebas, ya que el juez no tiene otra oportunidad para ello, sino subvertiría el proceso, viciándolo de nulidad.

En el orden de las ideas anteriores, se puede afirmar con propiedad que la probanza judicial supone uno de los aspectos más complejos dentro del mundo del derecho procesal, y sus dificultades se potencian todavía más cuando se trata de la novedosa prueba informática, que está aparejada con la nueva cultura tecnológica.

El principio de control y fiscalización de la prueba se encuentra expresamente consagrado en el artículo 397 del CPC (1986), y consiste en que la parte contra la cual se opone una prueba, debe tener la oportunidad procesal de conocerla (publicidad probatoria), de controlar su evacuación, de contradecirla y de promover la prueba contraria, concediéndole a las partes, la posibilidad de invocar o debatir toda clase de prueba promovida y practicada en el iter procedimental, siendo tan determinante que debe negársele valor a la prueba practicada sin el debido conocimiento de la contraparte.

Entre las implicaciones que trae este principio están, el rechazo a la prueba secreta o ilícita practicada sin el debido control de las partes o de una de ellas; prohíbe al juez que base su decisión exclusivamente en las presunciones legales; exige que, para trasladar la prueba de un juicio a otro, ambos deban ser entre las mismas partes; proscribe que el juez integre de oficio un argumento de orden público, sin antes informarlo a las partes y darles un plazo para que formulen sus

observaciones; entre otras implicaciones que vician la prueba de nulidad, lo cual convierte la prueba recabada en ilícita.

La doctrina ha señalado que este principio está íntimamente relacionado con del derecho de defensa, previsto en los ordinales 1 y 2 del artículo 49 de la CRBV (1999), que establece el derecho de acceder a las pruebas, lógicamente para controlarlas y controvertirlas, lo cual conduce a la existencia de lapsos probatorios en el proceso y al principio del contradictorio. La segunda, la presunción de inocencia, que repercute favorablemente al ciudadano en cuanto se refiere a la carga de la prueba en los procesos incoados para satisfacer cualquier pretensión.

Con relación a estos principios, la autora de la presente investigación comparte el criterio establecido por Cabrera (1997), quien señala que el derecho constitucional a la defensa debe incluir la oportunidad que deben tener las partes para demostrar los hechos que se afirmen y que se controvierten a fin de que el fallo pueda determinar quién tuvo la razón, de allí que, la prueba sea otra de las instituciones que permite a las partes ejercer aquel derecho constitucional.

El principio de control de la prueba, conforme a la doctrina le permite a las partes presenciar el acto probatorio, realizar repreguntas a los testigos, realizar observaciones durante la evacuación del acto de prueba y observaciones al acta levantada por el órgano judicial, entre otras actuaciones, que no llegan a expresar que la actuación probatoria es manifiestamente ilegal o impertinente, son objeciones a la prueba que se definen como defensas pasivas del afectado por la prueba (Cabrera, 2007).

En relación al principio de control de la prueba, el mismo consiste, en que la parte contra quien se opone una prueba, debe gozar de la oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de contraprobar, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes; se relaciona con los principios de unidad y comunidad de la prueba, ya que si las partes pueden utilizar a su favor los medios suministrados por su adversario, es

apenas natural que gocen de oportunidad para intervenir en su práctica y con el de igualdad en la prueba, pues ésta no puede existir sin la oportunidad de contradecirla. Este principio rechaza la prueba secreta practicada a espaldas de las partes o de una de ellas y el conocimiento privado del Juez sobre los hechos que no constan en el proceso ni gozan de notoriedad general, e implica el deber de colaboración de las partes con el Juez en la etapa probatoria.

En el marco de los planteamientos esbozados en el contenido del presente trabajo, la facultad de probar tiene sus límites, los cuales Picó (1996) clasifica en límites intrínsecos, que son aquellos inherentes a la actividad probatoria, y extrínsecos, que corresponden a los derivados de los requisitos legales de proposición. Esos límites intrínsecos, son de tres órdenes: la pertinencia, la utilidad y la licitud.

Ha quedado establecido tanto por la doctrina (Cabrera 2007, Rivera 2011) como por la jurisprudencia que el principio de control y fiscalización de la prueba, tiene por fin evitar que se incorporen al expediente medios y hechos a la espalda de las partes, sin que hayan podido vigilarlos y contradecirlos, así mismo sostiene que, las formas que garantizan el control de la prueba son esenciales para la realización de los actos. El concepto control se refiere a que en la oferta, producción y valoración de la prueba, se cumplan los principios constitucionales de legalidad y, todos aquellos atinentes a la prueba. Por ejemplo es control, la verificación de su pertinencia, la verificación de la publicidad y/o el examen de la aplicación de los principios de congruencia y exhaustividad.

Con respecto a la licitud de la prueba propuesta, como exigencia para considerarse amparada por la garantía constitucional de la defensa, siendo la raíz de la cuestión se centra en que para la obtención de la prueba no pueden considerarse válidos todos los medios, sino que deben respetarse siempre otros derechos fundamentales, de modo que se ha de considerar ilícita, todas aquella probanzas para cuya obtención durante la tramitación del proceso, o incluso antes de su inicio, se

haya vulnerado otro derecho fundamental. Lo que caracteriza entonces, a la prueba que se denomina ilícita, es que obtenida con violación o no de norma legal (debido a que lo más usual será que la violación de la garantía fundamental importe una infracción legal), produzca el quebrantamiento de otra garantía constitucional.

También, como lo expresa Cabrera (2007), las formas de control y fiscalización de las pruebas son de orden público las formas ligadas al principio de la contradicción de la prueba, nadie puede renunciar al derecho de defensa o al atacar la prueba del contrario, pero las relativas a su control, no lo son. Ellas son esenciales y por lo tanto, su falta o quebrantamiento anula el acto; pero por no ser de orden público, solo se anula a instancia de parte perjudicada, el juez no puede declarar su nulidad de oficio.

Ahora bien, a consideración de la autora de la investigación, merece especial mención el tema que involucra la posibilidad de que la práctica de pruebas libres o tecnológicas puedan infringir el derecho a la intimidad, el cual es un derecho protegido constitucionalmente, lo cual hace nula la prueba evacuada al convertirla en ilícita.

En tal sentido, el artículo 48 de la Constitución de Venezuela establece que el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas están garantizadas, por lo que éstas no podrán ser interferidas sino por orden de un tribunal competente, con el cumplimiento de las disposiciones legales y preservándose el secreto de todos los asuntos privados que no estén relacionados con los procedimientos pertinentes.

Por su parte, el artículo 60 de la CRBV indica que toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación, y que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos.

De ese modo, la protección de la vida privada es un derecho fundamental reconocido por nuestro ordenamiento constitucional, en principio, sin ningún tipo de

distingo, enmarcado en los denominados derechos de la personalidad. El problema ha radicado en determinar de qué manera puede lesionarse dicho derecho a la intimidad o a la vida privada; o dicho de otra manera, cómo valorar el ejercicio de otro derecho, como lo es el de la información y el derecho a acceder a los medios de prueba, que pueden invadir a aquél.

Es así como, entre los intentos para definir la delimitación del derecho a la intimidad la doctrina constitucional destaca la teoría de las esferas, de factura alemana, según la cual, a grosso modo, se distinguen varios ámbitos de acción del individuo: el centro más cercano al individuo corresponde al secreto; la periferia atañe a la individualidad de la persona; y, entre ambas, una intermedia referida la intimidad, en la que se sitúa todos aquellos aspectos que se desean mantener al margen de la injerencia de terceros.

Vale acotar que esta teoría no ha dejado de tener sus detractores, sobre todo en la determinación de lo íntimo como criterio referente y, por tanto, validante de la intromisión; Así, precisamente, en atención a la definición de lo íntimo, se han propuesto tres tesis: la espacial, la objetiva y la subjetiva.

Desde la concepción espacial, la intimidad está asociada con el control que se tiene sobre determinadas áreas u objetos, así, por ejemplo, lo que acontece en el interior del hogar queda al amparo de cualquier intromisión, y por extensión también la correspondencia o las comunicaciones telefónicas, de suerte que su restricción queda sometida a regímenes autorizatorios legislativos. La concepción objetiva, atiende al distingo de conductas públicas y privadas; de modo que, serán conductas privadas aquellas realizadas con la intención de satisfacer necesidades personales, mientras que las públicas son todas aquellas que tienen por objeto satisfacer necesidades ajenas y, por tanto, están privadas de la cobertura protectora de la intimidad. Finalmente, la concepción subjetiva hace distinción del sujeto, es decir, si el personaje que lo detenta es público (en nuestro contexto democrático sería usualmente el funcionario) o privado (particular). Según esta tesis los funcionarios

públicos quedarían excluidos de la protección constitucional a la intimidad, dado el carácter público de sus funciones.

No obstante ello, la doctrina constitucional contemporánea reconoce sin restricciones la vigencia de los derechos fundamentales y distingue los diversos ámbitos en los cuales el ciudadano y ciudadana puede hacer uso de ellos, reconociéndose derechos fundamentales inespecíficos.

Aun en la doctrina norteamericana actual, se ha pretendido superar la concepción pasiva de la privacidad, concebida como ausencia de información sobre nosotros en la mente de otros; sustituyéndola por una concepción activa de la privacidad que reconoce el control y disposición sobre cuándo, quién y para qué se puede acceder a la información que nos concierne, el denominado derecho a controlar la información acerca de sí mismo (the right to control information about oneself), lo cual implica que la información privada o íntima está sometida al control de sí mismo, y es al funcionario quien le corresponde discrecionalmente decidir si otorga o no la información de sí mismo.

Al respecto, habría que preguntarse ¿qué interés o título legítimo podría invocarse como para tolerar la invasión en el derecho constitucional a la intimidad?

Ha quedado sentado como criterio vinculante en Sentencia Nro. 745 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 15 de julio de 2010, que en ausencia de ley expresa que regule el derecho a la vida privada y la intimidad de manera específica, para salvaguardar los límites del ejercicio del derecho fundamental a la información, se hace necesario: i) que él o la solicitante de la información manifieste expresamente las razones o los propósitos por los cuales requiere la información; y ii) que la magnitud de la información que se solicita sea proporcional con la utilización y uso que se pretenda dar a la información solicitada.

Asimismo, se considera importante hacer mención al informe presentado ante las Naciones Unidas por Privacy International (PI), la Clínica de Derechos Humanos Internacionales de la Facultad de Derecho de Harvard (CDHI) y Acceso Libre, en el

mes de Marzo del año 2016, para el Examen Periódico Universal (EPU), sobre el derecho a la privacidad en Venezuela. En dicho informe, entre otros aspectos, se estableció que la privacidad es un derecho humano fundamental, consagrado en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos. Es fundamental para la protección de la dignidad humana y constituye la base de toda sociedad democrática. También apoya y refuerza otros derechos, como las libertades de expresión, información y asociación.

El derecho a la privacidad encarna la presunción de que las personas deben tener un área de desarrollo, interacción y libertad autónomas, una "esfera privada" con o sin interacción con los demás, libre de intervención estatal arbitraria y de intervención excesiva no solicitada por parte de individuos. Las actividades que restringen el derecho a la intimidad, como la vigilancia y la censura, sólo pueden justificarse cuando son prescritas por la ley, necesarias para alcanzar un objetivo legítimo, y proporcionales al objetivo perseguido.

Además señala que las innovaciones tecnológicas en la información han permitido formas nunca antes imaginadas de recoger, almacenar y compartir datos de carácter personal, el derecho a la privacidad ha evolucionado para encapsular las obligaciones estatales relacionadas con la protección de datos personales, por lo que varios instrumentos internacionales consagran los principios de protección de datos, y muchas legislaturas nacionales han incorporado estos principios.

En dicho informe se observa con preocupación los siguientes aspectos: a) Venezuela carece de legislación de protección de datos y no tiene una autoridad para investigar violaciones de estos principios ni para ordenar las compensaciones pertinentes. No obstante, las decisiones de los tribunales venezolanos, y las disposiciones en la Constitución de Venezuela y otras leyes, han establecido algunos principios de protección de datos. En virtud del artículo 28 de la Constitución, los ciudadanos tienen derecho a acceder a la información y los datos personales que estén en manos de entidades estatales o privadas; los ciudadanos también tienen derecho a

conocer los fines para los cuales se recogen los datos y cómo se van a utilizar. Dos leyes abordan la gestión y el intercambio de datos personales entre las agencias gubernamentales: una Ley que regula el intercambio de datos, información y documentos entre los órganos y entes gubernamentales, y la Ley de Info-gobierno, que lidia con el establecimiento de mecanismos para promover una seguridad de datos efectiva en el gobierno. Ninguna de ellas establece un régimen de protección de datos. b) Los esfuerzos de la Asamblea Nacional para promulgar una Ley para la Protección de Datos y Hábeas Data cesaron en 2005.

Desde el año 2005, el vacío legislativo ha sido llenado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo a través de una serie de decisiones vinculantes que han permitido el desarrollo del derecho a la protección de datos y a la autodeterminación de la información, así como un procedimiento para que los individuos puedan obtener la información que el gobierno mantiene acerca de ellos (el procedimiento de hábeas data). c) La Sala Constitucional ha reconocido que el derecho a la protección de datos "es un derecho fundamental autónomo... que tiene como finalidad cardinal, permitir que todas las personas puedan controlar el acceso y uso por terceros de sus datos personales y evitar [que] los datos de carácter personal recogidos sufran desviaciones de la finalidad para la que fueron recabados". d) A pesar de la jurisprudencia constitucional en esta área del derecho, existe una gran preocupación por los acontecimientos recientes en el poder judicial. En un informe de 2015, la Comisión Internacional de Juristas encontró un "profundo deterioro de la independencia judicial" y observó que "hay una clara fractura entre las responsabilidades establecidas constitucionalmente los compromisos y internacionales de Venezuela y la realidad." Basándose en encuestas que evalúan la percepción del público en general sobre el Estado de Derecho, el Índice del Estado de Derecho 2015 del World Justice Project puso a Venezuela en el último puesto entre 102 países.

A todas luces se observa que es necesario superar los problemas de regulación a través de una normativa que cubra todas las lagunas que rodean a la práctica de las pruebas libres (informáticas, tecnológicas o electrónicas), para que dichas opciones probatorias puedan evacuarse dentro de un marco de certeza y legalidad para acreditar diversas cuestiones que puedan generarse en materia procesal civil. Mientras corresponde a las partes controlar acertadamente la actividad probatoria, y a los jueces garantizar su ejercicio en el proceso.

De acuerdo a los planteamientos explanados en la presente investigación, las formas de control y fiscalización probatorias garantizan el ejercicio del derecho a la defensa. En tal sentido, el presente trabajo de investigación surgió por la preocupación generada con la laguna legislativa relativa al control probatorio de los medios de prueba libre o tecnológicas; por lo que durante el desarrollo del tema de estudio se ha podido concluir que las partes cuentan con un invalorable recurso y que depende de su creatividad el hecho de hacer a estos medios libres y pertinentes, adecuándose y promoviéndose de manera lógica y racional; así como también el juzgador está en el deber de garantizar la observancia de dichas formas de control probatorio; por cuanto este operador de justicia tiene poderes ampliados frente, por lo que debe estar permanentemente revisándolos y actuando conforme al devenir histórico.

Como todo proceso social, la actividad probatoria y por ende el proceso mismo, es susceptible de cambios, sobre todo para mejorar y lograr la perfección anhelada, es por eso que es motivo de imperiosa necesidad conocer la realidad de los hechos actuales que permitan, mediante la CRBV y el CPC, garantizar el goce del derecho a de acceso a los medios de prueba y la libertad probatoria, así como el ejercicio del control y fiscalización probatoria sin menoscabar el ejercicio de otros derechos igualmente tutelados constitucionalmente.

Además, cabe acotar que acuerdo al principio finalista (artículo 257 CRBV), el proceso es un instrumento para la realización de la justicia, pero es evidente que en

atención al marco legislativo vigente en materia de protección del derecho a la vida privada y a la intimidad se observan graves deficiencias que podrían utilizarse en detrimento de la majestad de la justicia, ya que a través de la incorporación o evacuación de pruebas ilícitas (por infracción de derechos y garantías constitucionalmente protegidas) podría lograrse el establecimiento de hechos controvertidos en el proceso. A fin de evitar tal menoscabo del derecho a la defensa y al debido proceso constitucional, se hace necesario conocer a profundidad el alcance de los medios de control y fiscalización de las pruebas en el marco del proceso civil venezolano, porque es lo que garantizaría un proceso ajustado a la verdad y a la justicia.

## RECOMENDACIONES

## Se recomienda:

- Al órgano legislativo en las próximas reformas de la ley procesal adjetiva, dictar normas que regulen la promoción y evacuación de los medios de pruebas libres o tecnológicas, ya que esta área presenta vacíos en relación a estos casos, lo que permite distintas interpretaciones en cuanto a la forma de proceder, tanto para las partes como el juez. El Código de Procedimiento Civil vigente data del año 1986, de lo cual se infiere, que es un instrumento normativo preconstitucional, vale decir, promulgado antes de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), por lo que se advierte que en 1986 no se había desarrollado la telefonía celular, la fotografía satelital, la red de internet, etcétera, mientras que en la actualidad esos adelantos son de libre acceso para cualquier persona, pero los abogados y jueces siguen limitados a los medios de prueba tradicionales, que no tienen que ser abandonados, pero que no pueden mantener una especie de exclusividad, al margen de la realidad del mundo actual sacrificando la riqueza que nos ofrece los medios de pruebas libres para demostrar los hechos alegados por las partes en el proceso civil venezolano.
- Capacitar a los jueces en el manejo de las nuevas tecnologías, es notorio el atraso del poder judicial en el área de la informática, muy especialmente en el área del proceso civil, por lo que dichos operadores de justicia siguen anclados en conceptos y teorías que son vistas por el ciudadano común como algo inútil y atrasado, y ese desconocimiento del manejo informático o su dependencia de otros funcionarios auxiliares para la realización de las tareas más básicas, podría generar algún detrimento en contra de las partes en el proceso, ya que su ignorancia en la materia podría inducirlo en error al momento de formar su convicción judicial y decidir. Se considera necesaria esta capacitación a fin de evitar la trasgresión de

derechos y garantías fundamentales establecidas en la CRBV y el CPC, ya que pudieran cometerse infracciones que vicien las pruebas de nulidades absolutas.

A los investigadores jurídicos continuar profundizando en esta área del conocimiento, a fin de brindar un aporte documental y que éste se convierta en una plataforma bibliográfica ante la escasa doctrina, contribuyendo así al fortalecimiento de las debilidades planteadas en esta área del conocimiento jurídico; y así estimular el debate sobre el tema planteado; por cuanto es un tema relacionado con la actividad probatoria; y a los doctrinarios y aplicadores de la Ley unificar criterios en relación al tema planteado.

## REFERENCIAS

- Aige, M. (2014). Los documentos electrónicos en el ámbito del proceso. Recuperado de ibdigital.uib.es/greenstone/collect/tesisUIB/index/AigeMutMariaBelen.pdf.
- Alcalá-Zamora y Castillo, N. (2000). Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso). México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alsina, H. (1958). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar Soc. Anon. Editores.
- Alsina, H. (1961) *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Buenos Aires: Editar.
- Angeloni, (1992). La Prueba Ilícita, Padova: Edit Latina.
- Arata, Á. (2002). Las Nuevas tecnologías de la información y la problemática jurídica del comercio electrónico. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencia Política.
- Aragoneses, S. y otros (2004). 100 cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil. Madrid: Editorial Colex.
- Arias, F. (2006). El Proyecto de Investigación. Caracas: Editorial Espíteme.
- 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.
- Asencio, J. (1989). Prueba prohibida y prueba preconstituida. Madrid: Trivium.
- Asencio, J. (1991). Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal. Madrid: Trivium.

- Asencio, J. (2000). *Proceso civil práctico. La prueba.* Tomo IV. Madrid: Edit. La Ley, Madrid, 2000.
- Asencio, J. (2001). Derecho procesal civil. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Asencio, J. (2005). Proceso civil práctico. Madrid: Editorial La Ley, Madrid.
- Asencio, J. (2015). Introducción al derecho procesal. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Barnola, J. (2004). Jornada iberoamericana de derecho procesal. Derecho probatorio nuevas tendencias. Caracas: INVEDEPRO.
- Barriuso, C. (1998). La contratación electrónica. Madrid: Editorial Dykinson
- Barriuso, C. (2002). La contratación electrónica. Madrid: Dykinson.
- Beling, E. (1903). Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal. Traducción Guerrero y Kai. Bogotá: Edit. Temis
- Bellido, R., (2010). La prueba ilícita y su control en el proceso civil. *Revista Española de Derecho Constitucional, ISSN: 0211-5743, núm. 89, may-agosto*. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3273862
- Bello, H. (1986). Tratamiento de los medios de prueba en el nuevo código de procedimiento civil. Caracas: Mobil Libros.
- Bello, H. (1991). La prueba y su técnica. Caracas: Edit. Mobil-Libros.
- Bello, H. (1966). Pruebas. Tomo I. Caracas: Editorial ESTRADOS.
- Bello, H. (2002). *Tratado de Derecho Probatorio*. Tomo I, Caracas: Editorial Livrosca
- Bello, H. (2007). *Tratado de derecho probatorio*. Tomo II. Caracas: Ediciones Paredes.

- Beltrán, J., (2002). Prueba y verdad en el Derecho. (1ª ed.) Madrid: Marcial.
- Bentham, J. (1959). *Tratado de las pruebas judiciales*. Tomo I. obra compilada por los manuscritos de su autor por E. Dumont, trad. de Manuel Osorio Flonit. Buenos Aires: EJEA.
- Bernal, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucional.
- Berizonce, R. (2005). El Abogado y el Juez. El Eterno Contrapunto entre los Protagonistas del Proceso, en Estudios iberoamericanos del derecho procesal. Bogotá: Editorial Legis.
- Borjas, A. (1984). Comentarios al Código de Procedimiento Civil. Barcelona: Megraf S.A.
- Borges, R. (2017). La prueba electrónica en el proceso penal y el valor probatorio de conversaciones mantenidas utilizando programas de mensajería instantánea. Recuperado de www.universidad-de-valencia.prueba-electronica.procesopenal.pdf.
- Brewer-Carías, A. (1995). Consideraciones acerca de la distinción entre documento público o auténtico, documento privado reconocido y autenticado, y documento registrado. Caracas: Ediciones Fabreton.
- Brewer-Carías, A. y Ayala, C. (1995). El derecho a la intimidad y a la vida privada y su protección frente a las injerencias abusivas o arbitrariedades del Estado; Colección Opiniones y alegatos jurídicos. Nº 7. Caracas. Edit. Jurídica Venezolana.
- Briceño, M. (2008). Deberes del juez en el análisis y valoración de las pruebas en el sistema judicial venezolano. Recuperado de http://tesis.luz.edu.vetde\_arquivos1633bricenomaryelsy.briceno.pdf.
- Cabanellas, G., (1994). *Diccionario Enciclopédico de Derecho*. Argentina. Editorial Heliasta.

- Cabezudo, N., (2004). *Omisiones y recelos del legislador procesal ante los medios de prueba tecnológicos*. Madrid: Diario La Ley. N° 6.158, Año XXV, 30 Dic.
- Cabrera, J. (1997). Contradicción y control de la prueba legal y libre. Tomo I. Caracas: Editorial Jurídica Alva, S.R.L.
- Cabrera, J., Urdaneta, C., y otros. (1996). Algunas apuntaciones sobre el artículo 433 del Código de Procedimiento Civil. *Revista de Derecho Probatorio.* Nº 7. Caracas: Editorial Jurídica Alva, S.R.L.
- Cabrera, J. (2007). *Contradicción y control de la prueba libre*. Tomo II. Caracas: Editorial Jurídica Alva, S.R.L.
- Calamandrei, P., (1973). *Derecho Procesal Civil. Tomo III.* Buenos Aires: Editorial EJEA.
- Calvo, E. (1986). Diccionario de derecho procesal civil. Caracas: Editorial Livris.
- Calvo, E., (2000). Código de Procedimiento Civil de Venezuela. Comentado y Concordado. Caracas: Ediciones Libra.
- Calvo, E. (2002). Código de Procedimiento Civil de Venezuela. Comentado y Concordado. Caracas: Ediciones Libra.
- Carnelutti, F. (1947). La prueba civil. Madrid: Ediciones Olejnik.
- Carnelutti, F. (1955). *La prueba civil*. trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Arayú.
- Carnelutti, F. (1971). Derecho y Proceso. Buenos Aires: Editorial EJEA.
- Carnelutti, F. (1982). Sistema de derecho procesal civil. Buenos Aires: Ediciones Arayú.
- Carnelutti, F. (1982). La prueba civil. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

- Carnelutti, F. (2008). *Instituciones del Proceso Civil. Tomo I.* Caracas: Editorial Atenea.
- Carocca, A., (1998). Garantía Constitucional de la Defensa Procesal. Editorial Barcelona: J.M. Bosch.
- Carrascosa, V. (1992). Derecho a la Intimidad e Informática. *Revista Informática y Derecho*, volumen 1. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro Regional de Extremadura.
- Carrascosa, V., y otros (2000). La contratación informática: El nuevo horizonte contractual. Madrid: Comares.
- Chiossone, T., (1971) *El derecho con respecto de la vida privada y sus limitaciones*. Instituto de Ciencias Penales de las UCV Mimeografiado.
- Código Civil de Venezuela. Gaceta N°2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.
- Código de Comercio. Gaceta Nº 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955.
- Código de Procedimiento Civil. Gaceta N° 4.209 Extraordinaria del 18 de septiembre de 1990.
- Couture, E. (1948) Introducción al Derecho Procesal. Buenos Aires: De Palma.
- Couture, E. (1976). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Depalma.
- Couture, E. (1976). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Depalma.
- Cabanellas, G. (1994). *Diccionario Enciclopédico de Derecho*. Argentina. Editorial Heliasta.
- Correa, J. (2009). La prueba en el proceso penal. Chile: Thomson Reuters.

- De Almansa, T. (2014). *El valor probatorio del documento electrónico en el proceso civi*l.Recuperado de https://valorprobatorio.edu/rest/bitstreams/203515/retrieve
- Dellepiani, A. (1997). Nueva Teoría de la Prueba. Bogotá: Editorial Temis, S.A.
- Delgado, R. (2014). *Las Pruebas en el Proceso Penal Venezolano*. (5ta. Ed. rev.). Caracas: Vadell Hermanos Editores, C.A.
- Denti, V. (1972). Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana. Recuperado de www.cientificidad-prueba-derecho-procesal.revistadederechoprocesal.
- De Urbano, E., y Torres, A. (2003). *La prueba ilícita penal*, 3ª edic. Navarra: edit. Thomson-Arandi.
- De Urbano, E. (2009). *La valoración de la prueba electrónica*; Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- De Ruíz, L. (2008). Eficacia probatoria del documento electrónico o mensaje de datos como medio de prueba libre. Recuperado de Http://tesis.luz.edu.vetdearquivos101TDEpublicoruizdeLili.pdfruizdeLili.pdf.
- Devis, H. (1967). Tratado de derecho procesal civil. Tomo V. Bogotá: Ed. Temis.
- Devis, H. (1972). *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá: Editor Víctor de Zavalía.
- Devis, H. (1981). *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Editorial Víctor de Zavalía.
- Devis, H., (1987). *Teoría general de la prueba judicial. Tomo II.* Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.
- Devis, H. (1993). Teoría general de la prueba judicial. Tomo I. Bogotá: Ed. Temis.

- Devis, H. (2002). *La prueba*. Homenaje al maestro Hernando Devis Echandia. Madrid: Editorial Universidad Libre.
- Devis, H., (2002). *Teoría general de la prueba judicial*. (2ª ed.) Bogotá: Víctor P. de Zavalía.
- Devis, H. (2004). *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Editorial Víctor de Zavalía.
- Duque, R. (2000). *Apuntaciones sobre el procedimiento civil ordinario*. Tomo I. Caracas: Ediciones de la Fundación Projusticia.
- Dominici, A. (1962). La carga de la prueba. Caracas. Imprenta Bolívar.
- Farías J. (2011). Control y contradicción del medio de prueba de informes en el código de procedimiento civil venezolano. *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*. Vol. V, N° 2 (Julio-Diciembre 2011).
- Fernández, J. (1989). Prueba ilegítimamente obtenida. *Revista Jueces para la Democracia Información y Debate Número 7 Septiembre 1989*. Recuperado de http://www.juecesdemocracia.es/1989/09/02/revista-jueces-la-democracia-informacion-debate-numero-7-septiembre-1989/
- Ferrajoli, L. (1995). Derecho y razón, teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2001). Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta.
- Ferreira, D. (1982). El Derecho a la Intimidad. Buenos Aires: Editorial Universidad.

- Fidalgo, C. (2003). Las «pruebas ilegales»: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ. Madrid: Gamonal
- Gaete, E. (2000). *Instrumento público electrónico*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Giannantonio, E. (1995). Valor jurídico del documento electrónico. Informática y Derecho. Aportes de la Doctrina Internacional. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Greif, J. (2006). El debido proceso. En estudios iberoamericanos de derecho procesal. Libro Homenaje a José Gabriel Sarmiento Núñez. Bogotá: Legis Editores, C.A.
- Guasp, J. (1947). Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil. Madrid: Editor Aguilar
- Guasp, J. (1977). *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Guasp, J. (1996). La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales, en Estudios Jurídicos. Madrid: Civitas.
- Guasp, J., (1977). Derecho Procesal Civil I. (3ª ed.). Madrid: Civitas ediciones.
- Guasp, J. y Aragoneses, P. (2003). *Derecho procesal civil*. Tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Guasp, J. y Aragoneses, P. (2005). *Derecho procesal civil*. Navarra: Editorial. Aranzadi
- Guerrero, G., (2008). *Objeto de la prueba judicial civil y su alegación*. 2ª ed. corr. y aum. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia (Colección de Estudios Jurídicos, Nº 11).
- González. H. (2004). *La Prueba Ilícita en el Proceso Penal*. Caracas: Hermanos Vadell.

- Hutchinson, T. (2009). *Derecho procesal administrativo*. Tomo III. Argentina: Rubinzal-Culzoni. Editores
- Henríquez, R. (1986). Comentarios al código de procedimiento civil. Maracaibo: S.R.L.
- Henríquez, R. (1996). *Código de procedimiento civil*. Tomo III, Caracas: Ediciones Liber.
- Henríquez, R. (2000). *Código de procedimiento civil*. Tomo III. Maracaibo: Centro de Estudios Jurídicos del Zulia.
- Henríquez, R. (2004). Nuevo proceso laboral venezolano. Caracas: Ediciones Liber.
- Illescas, R. (2001). La equivalencia funcional como principio fundamental del derecho del comercio electrónico. *Revista Derecho y Tecnología*. Centro de Investigaciones en Nuevas Tecnologías. Universidad Católica del Táchira.
- Jijena, R. (1998). Naturaleza Jurídica y Valor Probatorio del Documento Electrónico. Madrid: Editorial La Ley.
- Jurado, A. (2011). Valor probatorio del documento electrónico. Cuestiones Jurídicas. *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta. Vol. V. Nº 1. Enero-Junio 2011.* Recuperado de htpps://www.200.35.84.134/ojs-2.4.2/index.php/cj/article/download/71/65
- Jurado, I. (2003). Los medios de prueba, su admisibilidad de conformidad con lo establecido en el código de procedimiento civil venezolano. Recuperado de http://biblioteca2.ucab.edu.veanexosbibliotecamarctextoAAQ1381.pdfA.pdf
- Kisch, W. (2018). *Elementos de Derecho Procesal Civil* (Reedición). Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik
- Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000).Gaceta Oficial Nº 36920. Fecha 28 de marzo 2000. 193

- Ley de Protección a la Privacidad de las Comunicaciones (1991). Gaceta Oficial N° 34.863. Fecha 16 de Diciembre 1991.
- Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (2000). Decreto con fuerza de Ley N° 1204. Gaceta Oficial N° 37.076. Fecha 10 de febrero 2001.
- López, J. (1989). Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida. Madrid: Akal.
- López-Fragoso, T. (1991). Las intervenciones telefónicas en el proceso penal. Madrid: Editorial Colex.
- Lorenzo, A. (2016). *Las redes sociales como medio de prueba en el proceso laboral*. Recuperado de htpp://www.redes-sociales.medio-prueba.redes-sociales-laboral.pdf.
- Márquez, L. (2000). El Recurso de Casación, la Cuestión de Hecho y el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil. Universidad Católica Andrés Bello. Publicaciones UCAB.
- Martín, G. (1999). *El Documento Electrónico en la Administración de Justicia*. www.documento-electronico-administración-justicia25791999.pdf
- Martín, M., (2012). Control y contradicción de la prueba en el proceso basado en la oralidad. Recuperado de http://profmiguelangelmartint.blogspot.com/2012/12/control-y-contradiccion-de-la-prueba-en.html
- Martínez, Y. (2002). Alcance de la libertad probatoria en el derecho procesal venezolano. Recuperado de http://biblioteca2.ucab.edu.veanexosbibliotecamarctextoAAQ2213.pdf2213.p df
- Medina, Y. (2006). Análisis comparativo de la fase probatoria del procedimiento laboral con el procedimiento civil ordinario. Recuperado de http://tesis.luz.edu.publicomedinayelitza.pdfmedina.perozoyelitzabeatriz.pdf

- Méndez, E. (1999). Tratamiento de los objetos de información en los archivos: retos y estándares para la descripción basada en metadatos. Toledo: Junta de Comunidades de Castilla la Mancha. Recuperado de www.informaciontratamiento-objetos\_informacion.5325.pdf.
- Miranda, M. (1999). Mínima Actividad Probatoria. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Miranda, M., (2004). El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. 2da Edición revisada y ampliada. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Miranda, M. (2010). Mínima Actividad Probatoria. Barcelona: J.M. Bosch.
- Molina, A. (2012). Los actos periciales y los documentos electrónicos en los procesos judiciales. Recuperado de http://dspace.utb.edu.ec/bitstream/49000/892/1/T-UTB-FCJSE-JURISP-000100.pdf.
- Montilla, C., y Jiménez, J. (2016). *Alcance y limitaciones de la carga dinámica de la prueba en el proceso judicial*. Recuperado de https://repository.udem.edu.cobitstreamhandle114074179MDP.pdfsequence1. pdf
- Montero, J., Martell, M., Gómez, J. (1989). *Derecho Jurisdiccional*. Barcelona: Boson.
- Montero, J. (1998). La prueba en el proceso civil. Madrid: Guitas.
- Montero, J. (2008). La prueba en el proceso civil. Madrid: Civitas.
- Montero, J y Flors, J. (2008). "Amparo Constitucional y Proceso Civil". Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Montero, J., (2011). La prueba en el Proceso Civil. (6ª ed.), Valencia: Thomson Reuters.
- Montero, J., y otros. (2011). Derecho jurisdiccional I. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Montero, J.(2012). La prueba en el proceso civil. Madrid: Civitas.
- Montero, J. (2014). El proceso civil: los procesos ordinarios de declaración y de ejecución. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Montero, J., Gómez, J., Barona, S. y Calderón, M. (2014). *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil.* (22ª ed.) Valencia: Tirant lo Blanch.
- Moral, L. (2002) El precedente judicial. Madrid/Barcelona: Ediciones Marcial Pons.
- Morales, J. (2005). La actividad valorativa del juez en los medios de prueba establecidos en la legislación civil venezolana. Recuperado de tesis.luz.edu.vetdearquivos101TDE1709.moralesgutierrezjai.pdf.
- Moreno, G. (2013). La promoción de los medios de prueba en el proceso civil venezolano. Recuperado de httpbiblioteca 2. ucab. edu. vean exosbiblioteca metexto AAS 7659. pdf AAS 7659. pdf
- Muñoz, L., (1967). Técnica Probatoria. Barcelona. Editorial Praxis.
- Muñoz, L. (1997). Técnica Probatoria. Barcelona. Editorial Praxis.
- Muñoz, L. (2007). *Introducción a la probática*. Madrid: Editorial Bosch.
- Muñoz, L. (2011) ¿Cómo afecta a la intimidad y al secreto de las comunicaciones la prueba electrónica en el ámbito laboral? Recuperado de www.pruebaelectronica-ambitolaboral252011.pdf
- Nieva, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Recuperado de httpswww.marcialpons.esmediapdf9788497687577.pdf
- Nava, H. (2008). *La Investigación Jurídica*. Maracaibo: D.R. ©Hortensia Nava de Villalobos.
- Nava, J. (2010). La constitucionalizarían del proceso en Venezuela y sus efectos en el régimen probatorio. Recuperado de https://studylib.es/doc/341617/la-constitucionalizaci%C3%B3n-del-proceso

- Nuñez, E. (2014). Validez de los documentos electrónicos en la administración pública. Recuperado de www.ordenjuridico.gob.mx/Congreso/pdf/16527.pdf
- Nuvolone, P., (1966). Le prove vietate nel processo penale nei paesi di Diritto Latino. Rivista di Diritto Processuale. Recuperado de www.lapruebaenelprocesorevista-derechoprocesal.
- Odreman, G. (2003). La eficacia probatoria según la ley de Mensajes de Datos y Firma Electrónica. TEG. No publicado. UCAB. Caracas.
- Ormazabal, G., (2000). La prueba documental y los medios idóneos para reproducir imágenes o s sonidos y conocer datos. Madrid: Editorial La Ley.
- Orrillo, Juana (2010) *Apuntes sobre Prueba Ilícita y su Tratamiento*. Recuperado de https://prueba/ilicita/apuntes/tratamiento/prueba\_ilicita/juana-orrillo.pdf.0451
- Ortells, M., Montero, J., Gomez, J., y Montón A. (1991). *Derecho jurisdiccional, Tomo III, Proceso Penal.* Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Ortells, M., (2008). Derecho Procesal Civil. Madrid: Thomson-Aranzadi.
- Ortiz-Ortiz, R., (1993). La vida privada, el honor y la reputación. Comentarios jurídicos para su definición y alcance. Caracas: Editorial Greco.
- Ovalle, N. (2008). Valor probatorio del documento electrónico en Venezuela y otros países de Latinoamérica. Recuperado de tesis.luz.edu.ve/tde\_arquivos/101/TDE-2011-09-28T11:17.../ovallenancy.pdf
- Palao, J. (2013). Los medios informáticos como medios de prueba libre en el procedimiento civil ordinario venezolano. TEG.UCAB. Recuperado de httpbiblioteca2.ucab.edu.veanexosbibliotecamarctextoAAS7670.pdf
- Palacio, L., (1972). *Derecho procesal civil, Tomo IV*. Buenos Aires: Librería Editora Platense.
- Palacio L. (1996). Reflexiones sobre la prueba de Informes en el proceso penal.

- La Plata: Librería Editora Platense.
- Parra, J. (2001). *Manual de Derecho probatorio*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Parilli, O. (1996). La prueba y sus medios escritos. Caracas: Mobil libros.
- Peñaranda, H. (2001). Luscibernética: Interrelación entre el Derecho y la Informática. Maracaibo: Fondo Editorial para el Desarrollo de la Educación Superior. (FEDES).
- Peñaranda, H. (2008). El documento electrónico. Maracaibo: Editorial Ediluz.
- Perdomo, R. (2005). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Universidad de los Andes. Mérida: Consejo de Publicaciones de la Universidad de los Andes.
- Perales, M. (2001). Forma del Contrato. Madrid: Editorial La Ley.
- Perrot (1981). *La Prueba Ilícita en el Proceso Penal*. Recuperado de www.prueba-ilicita/proceso-penal/prueba/penal/proceso.pdf
- Peyrano, J., (1997). Lo atípico en materia probatoria. Apreciación conjunta de la prueba en materia civil y comercial. Revista de derecho probatorio N° 8. Caracas: Editorial Jurídica Alva.
- Peyrano, J. (2012). *La prueba científica*. Recuperado de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12287/12851
- Picó, J. (1996). El derecho a la prueba en el proceso civil. Barcelona: Bosch.
- Picó, J. (1997). Las garantías constitucionales del proceso. Barcelona: Bosch.
- Picó, J., (2006). La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil. Barcelona: Bosch.
- Picó, J. (2007). El juez y la prueba. Barcelona: Bosch editor.

- Picó, J. (2008). El derecho constitucional a la prueba en el nuevo proceso civil español. México: UNAM. Instituto mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons.
- Real Academia de la Lengua Española (2018). *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado de www.rae.diccionario.lenguaespanola-rae.pdf.
- Redondo, I. (1997). La prueba ilícita. Los medios de prueba. Madrid: Ed. Aranzadi.
- Rengel-Romberg, A. (1991). *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Tomo III, Editorial Ex Libris, Caracas, 1991.
- Rengel-Romberg, A. (1992). *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Caracas: Editorial Arte.
- Rengel-Romberg, A. (1997) *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Volumen IV. Caracas: Editorial Arte.
- Rengel-Romberg, A. (1994). *Tratado de derecho procesal civil venezolano según el nuevo código de 1987*. Caracas: Editorial Arte.
- Rengel-Romberg, A. (2002). *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Caracas: Carriles C.A.
- Rico, M., (2003). Comercio electrónico, internet y derecho. Caracas: Editorial Legis S.A.
- Rico, M. (2005). Comercio electrónico, Internet y Derecho. Bogotá: Editores Legis S.A.
- Ricci, F. (1989) Tratado de las Pruebas. Tomo I-II. Madrid: La España Moderna.
- Riofrío, J. (2004) La prueba electrónica. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Rivera, R. (2008). *Los medios informáticos: tratamiento procesal*. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/29759155.pdf

- Rivera, R. (2011). La prueba: un análisis racional y práctico. Barquisimeto: Editorial Horizonte.
- Rivera, R. (2011). Las pruebas en el derecho venezolano. Civil, Penal, Agrario, Laboral y de Lopnna. Barquisimeto: Editorial Horizonte.
- Rocco, U. (1972). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Bogotá Editorial: Temis-Depalma
- Rodríguez, J. (1983). *Derecho penal español. Parte especial*. Madrid: Artes Gráficas Caracas.
- Rodríguez, J., (2018). *La controvertida naturaleza del documento electrónico*. Recuperado de http://www.enatic.org/la-controvertida-naturaleza-del-documento-electronico/
- Rodríguez, P. y Guerrero, V. (2012). *La Prueba Ilícita en el Sistema Acusatorio*. Recuperado de www.eumed.net/prueba\_ilicita/sistema-penal.html
- Rojas, M. (2012). Eficacia de la Prueba obtenida mediante irrupción en la intimidad. Medellín: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de www.books.openedition.org/uec/159?lang=es
- Roxin, C. (2000). Derecho procesal penal. 25° edición. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Ruíz, Luis (2017). El derecho constitucional a la prueba y su configuración en el código general del proceso colombiano. Universitat Rovira I Virgili. Recuperado de http://biblioteca2.ucab.edu.veanexosbibliotecamarctexto.pdfAAQ213-1.pdf
- Sánchez, N. (2006). *Técnicas y Metodología de la Investigación Jurídica*. Caracas: Editorial LIVROSCA.
- Santana, M. (1983). *Pruebas*. Caracas: Paredes Editores.
- Sentís, S. (1967). Estudios de derecho procesal. Tomo I. Buenos Aires: EJEA.

Sentís, S. (1978). La prueba. Buenos Aires: EJEA.

Sentís, S. (1979). La prueba. Buenos Aires: EJEA.

Sentís, S. (1979). *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio.* Buenos Aires: Ediciones Europa-América.

Silva, V. (1963). La prueba procesal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado

Silva, J. (1991). La Expansión del Derecho. Madrid: Aranzadi.

Sulbarán, J. (2011). *Análisis de la eficacia probatoria del correo electrónico en el proceso civil venezolano*. Recuperado de www.bibliovirtualujap.files.wordpress.com/2011/04/tesis16.pdf

Tamayo, J. (1999). *Intervenciones Telefónicas y Grabaciones Ilícitas*. Caracas. Ed. Escritorio Jurídico Tamayo Tamayo.

Taruffo, M. (1984). Il Diritto a la prova. Rivista de Dirito Processuale, XXXIX (II serie) (Supplemento al N. 4).

Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre justicia civil. Proceso y derecho*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

Tribunal Constitucional Español. Sentencia N° STC-175 de fecha 1994

Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela) Sala de Casación Civil

Sentencia N° AA20-C-2003-000685 de fecha 19-07-2005

Sentencia N° AA20-C-2006-000119 de fecha 24-12-2007

Tribunal Supremo de Justicia (Venezuela) Sala Constitucional.

Sentencia N° 02, de fecha 24-01-2001

Sentencia N° 80, Exp. N° 00-1435, de fecha 01-02-2001

Sentencia 10-902, de fecha 11-07-2003

Sentencia Nº 4.278, Exp. Nº 04-199, de fecha 12-12-2005

- Sentencia N° 1.955, Exp. N° 04-3116, de fecha 25-07-2005 Sentencia N° 1.786, Exp. N° 07-1001, de fecha 05-10-2007
- Valconi, T. (2011). *La Prueba Ilícita en el Proceso Penal Venezolano*. (Trabajo de Grado de Maestría). Recuperado de tesis.luz.edu.ve/tdearquivos9210valconi luzardo tahinachahrazad anyelin.pdf
- Vásquez, M. (2012). La influencia de las nuevas tecnologías en el derecho probatorio venezolano: los desafíos de la administración de justicia del siglo XXI. Recuperado de http://www.corteidh.or.crtablasr32005.nuevastecnologías-derechoprobatorio.pdf
- Vegas, J. (1993). Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal. Madrid: La Ley.
- Vegas, M. (2007). Procedimiento para la promoción, impugnación y evacuación del documento electrónico como prueba libre en el proceso civil. Recuperado de www.saber.ucv.ve/bitstream/123/4684/1/T5137trabajofinal-000.pdf
- Velandia, R. (2015). El documento electrónico y sus dificultades probatorias. Caracas: ©Librería Alvaronora.
- Véscovi, (1970). Premisas para la Consideración del Tema de la Prueba Ilícita. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana.
- Warren, S. y Brandeis, L. (1890) *El Derecho a la Privacidad*. University of Massachusetts Press. Recuperado de www.adigital\_criticaledition.the righttoprivacy.universityofmassachusettspress.
- Witker, J. (2010). *La Investigación Jurídica*. México: McGraw-Hill/Interamericana, S.A de C.V.
- Wolverton, V., (2000). *Electronic Documents. Concepts & Information*. Washington: Microsoft Press.