



Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Doctorado en Ciencias Mención Derecho

**EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y SUS DIFICULTADES
PROBATORIAS**

**Tesis Doctoral presentada para optar al Título de Doctor en
Ciencias, mención Derecho**

Autor: Abg. Rómulo Velandia Ponce
Tutores académicos: Dr. Ramón Escovar León
Dr. Nelson MacQuhae García

Caracas, junio de 2011

EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y SUS DIFICULTADES PROBATORIAS

Autor: Rómulo Velandia Ponce

Fecha: junio 2011

RESUMEN

En este trabajo se analiza el documento electrónico concebido como parte de la prueba instrumental, con la cual tiene semejanzas y diferencias que requieren ser precisadas, por una parte; y por la otra, se adaptan los resultados del análisis a las soluciones que pueden darse a las dificultades probatorias que comporta el documento electrónico. Con esa finalidad, se establecieron los siguientes objetivos específicos: a) Ubicar el tema dentro del entorno socio jurídico que le corresponde dentro de la sociedad de la información, como parte de la globalización, con su tendencia hacia su aplicación dentro de una jurisdicción universal a la luz de las nuevas doctrinas internacionales sobre los sistemas probatorios; b) Precisar la naturaleza del instrumento electrónico, teniéndose como referencia la tradicional prueba documental, los demás medios probatorios, las pruebas atípicas y las pruebas libres; c) Revisar la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas en aquellas manifestaciones contradictorias que se observan en cuanto al tratamiento de los mensajes de datos dentro del tema probatorio; d) Analizar el nuevo enfoque del derecho probatorio sobre la prueba instrumental, a partir de la instauración de la prueba informática; e) Aplicar soluciones a la complejidad probatoria de la prueba informática desde las fuentes del derecho, la filosofía, el préstamo y los precedentes judiciales; f) Considerar la aplicabilidad de la noción “pruebas difíciles” al documento electrónico; g) Aportar conclusiones y recomendaciones sobre el tema estudiado.

La metodología empleada fue de carácter documental bibliográfico y de recolección de datos. El nivel de análisis del estudio fue concebido dentro de la modalidad de investigación documental.

Como resultado de la investigación realizada de los textos, se generaron las siguientes conclusiones: a) El documento electrónico es la expresión por antonomasia de la prueba electrónica, cuya naturaleza es difícil y debe ser tramitada y evaluada mediante la integración de diferentes medios de prueba que permiten al juez arribar a la verosimilitud de la prueba en las mejores condiciones posibles para honrar el principio de seguridad jurídica y el debido proceso; b) Los códigos procesales deben ser revisados universalmente para adecuarlos a la nueva fisonomía del derecho, producto de la sociedad de la información, particularmente la legislación venezolana, que se presenta desarticulada y contradictoria; y c) Los efectos de la globalización recomiendan la consideración del resto de las legislaciones en el mundo para armonizar el tratamiento de las probanzas tecnológicas.

Descriptor: documento electrónico, prueba documental y electrónica, veracidad probatoria, precedente judicial, préstamos legal y constitucional, pruebas complementarias, pruebas difíciles, seguridad jurídica.

THE ELECTRONIC DOCUMENT AND ITS PROBATIVE DIFFICULTIES

Author: Rómulo Velandia Ponce

Date: June, 2011

SUMMARY

This investigation analyses the electronic document conceived as part of the instrumental evidence, with which, on one hand, has similarities and differences. On the other, the results of the analysis are adapted to the solutions that can be offered to the electronic document probative difficulties. With this purpose, the following objectives were established: a) To locate the subject within the social and legal context of the information society, as part of the globalization, considering the tendency towards its application within a universal jurisdiction based on the new international doctrines regarding probative systems; b) To precise the nature of the electronic instrument having the traditional documentary evidences as a reference, as well as the other probative means, the atypical evidences and the free evidences; c) To analyze the contradictions of the Act of Data Messages and Electronic Signatures in regards to how data messages are treated within the probative aspect; d) To analyze the new approach of probative law about instrumental evidence from the establishment of the computer evidence; e) To propose solutions to computer evidence probative complexity from the point of view of the law, philosophy, constitutional and legal borrowing and the judicial precedents; f) To consider the application of the “difficult evidences” concept to the electronic document; g) To provide conclusions and recommendations about the subject analyzed.

The methodology used in this research was bibliographic-documentary, based on data collection. The level of analysis was conceived within the documentary investigation category.

As a result of the investigation carried out the following conclusions were reached: a) The electronic document is the expression of the electronic evidence. Its nature is difficult to understand and it shall be processed and evaluated through the combination of different probative means that allow the judge to assess the evidence in the best possible way in order to respect the principle of legal certainty and due process; b) The procedural codes must be universally revised in order to be adapted to the new law physiognomy, which is a result of the current information society. This is particularly important in Venezuelan legislation due to its disarticulation and contradiction; and, c) The effects of globalization recommend the consideration of the rest of the world’s legislations in order to harmonize how technological evidences are treated.

Keywords: electronic document, difficult evidences, documentary and electronic evidence, probative veracity, judicial precedent, complementary evidences and legal certainty, legal and constitutional borrowing.

I.- INTRODUCCIÓN

El tema probatorio representa la columna vertebral de todo proceso judicial, además de regular la vida social, y en ese contexto, la prueba informática es fundamental, porque en la actualidad, prácticamente cualquier actividad humana, sea pública o privada, está relacionado con la informática, lo que genera importantes y novedosos efectos jurídicos.

Partiendo de los anteriores prolegómenos, el objetivo general de esta tesis doctoral es una contribución doctrinaria que permita ubicar mejor el tema probatorio dentro del mundo de las nuevas tecnologías basadas en la informática, para revisar y precisar aquellos aspectos que han sido asentados por otros trabajos, y para aportar enfoques complementarios o diferentes, en el ánimo de que pueda servir como punto de partida para nuevos planteamientos, sobre una materia cuyo análisis apenas comienza.

La probanza judicial es considerada uno de los aspectos más complejos dentro del mundo del Derecho, y sus dificultades se potencian todavía más cuando se trata de la novedosa prueba informática, que está aparejada con la nueva cultura tecnológica. De ahí que la motivación específica que dio lugar a la selección de esta temática, haya sido precisamente la consideración de algunas áreas sobre dicha prueba, cuya mejor expresión es el documento electrónico, que en su complejidad puede ser abordado progresivamente a través de una serie de recursos analíticos e interpretaciones, sin que pueda decirse que está dicha todavía la última palabra. Sigue quedando un largo camino por recorrer dentro de la llamada *autopista de la información*.

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; ya más de un millardo de personas tiene ahora acceso al computador. En la época que vivimos, el computador se ha convertido en un instrumento

envolvente, que se encuentra por todas partes y forma parte de nuestra vida cotidiana, a pesar de que no nos demos cuenta.

Una computadora u ordenador –como se le llama en algunos países– nos otorga comprobantes bancarios, estados de cuenta, constancias de cualquier tipo, facturas de cancelación de servicios de agua, telefonía y electricidad, compra de tickets de avión o cualquier medio de transporte y controla la trasportación aérea y ferroviaria, registra nuestra actividad fiscal, como las declaraciones del impuesto sobre la renta, suministra una vasta información sobre cualquier tema que se requiera, permite la lectura de obras literarias y escuchar composiciones musicales, celebrar contrataciones de cualquier tipo, sobre todo compras a través del servicio de *Internet*; en fin, es difícil que cualquier actividad humana escape del influjo de los recursos informáticos.

Por lo tanto, en razón de que la generalidad de esas actividades requiere su demostración, la probanza respectiva tiene que investirse de la mayor certeza posible, que en algunos casos no es sencillo de lograr. Aquí se centrará el propósito de este trabajo, en el análisis del documento electrónico y sus dificultades probatorias.

Tal vez uno de los aspectos más importantes que recoge esta investigación sea la posibilidad de revisar todo el sistema procesal vigente hasta los comienzos del nuevo siglo a la luz de los vertiginosos cambios producidos por los avances tecnológicos. Ya la vida humana cambió notoriamente, sin retorno posible hacia los modelajes tradicionales que estaban vigentes y ahora lucen vetustos. En tal sentido, el derecho como ciencia social, ha de marchar en paralelo con los cambios sociales, y el derecho procesal ha de ponerse a tono con su tiempo en su aplicación, para que realmente pueda ser útil en su fin supremo de propiciar la paz social. Para que sea posible, no queda otra alternativa que asumir la revisión y reestructuración que corresponde.

Este trabajo plantea la posibilidad, acaso la necesidad, de retomar la figura del juez en los países de tradición románica que forman parte del

llamado sistema del *civil law*, para hacerla más participativa, más activa, en particular en la tarea probatoria, como suele ocurrir en los países regidos por el sistema del *common law*. La recolección de la prueba informática plantea un cambio de mentalidad, acorde con la nueva cultura tecnológica, del mismo modo que los procedimientos judiciales se han ido orientando hacia el modelo finalista de dictar *decisiones justas*, más que a continuar dentro del mero enfoque de la mera búsqueda de *resolución de conflictos*. Tal es la orientación de los sistemas procesales más modernos, dentro de los que pueden mencionarse el francés, el italiano, el chino, el japonés y el británico. En la legislación procesal de estos países los jueces tienen facultades de promover pruebas de oficio, pero no concebidas propiamente como una atribución inquisitiva en el campo civil, sino de un funcionario activo en su deber de buscar la verdad más allá de los límites estructurales que han sido tradicionales del proceso civil. Esta postura funcional no significa que las partes queden desplazadas ni reducidas en sus iniciativas, en la actividad probatoria que les es inherente, sino que se concibe para el juez una discrecionalidad bajo ciertos estándares, a fin de que pueda utilizar dicha facultad participativa cuando considere que las partes no se han desempeñado como corresponde para que la verdad sea descubierta. En otras palabras, el papel del juez en esos casos, es llenar el vacío que puedan dejar las partes en materia probatoria, de modo que puede complementar a las partes en la presentación de la prueba.

De lo contrario, el juez quedaría a merced del litigante más habilidoso o persuasivo, cuando su verdadera misión es encontrar la verdad de los hechos controvertidos, dentro de una función epistémica, que le asigna un papel activo en la recolección de la prueba, que le permita, de ser necesario, obtener la información fiable a la que va dirigida la decisión judicial. Esta fisonomía del juzgador no afecta en modo alguno la actividad probatoria de las partes, que deben preservar su interés en presentar cualquier medio de prueba que le permita demostrar su posición dentro del proceso, como sucede dentro del sistema del *common law*. En esta concepción del proceso, el juez está facultado para desplazar discrecionalmente la carga de la prueba

de un litigante a otro; pero nada obsta para que cada parte haga valer su derecho de presentar cualquier prueba pertinente que tenga a disposición, porque todas las pruebas pueden ser admitidas.

Este nuevo enfoque se refleja también en el desplazamiento definitivo del sistema de la prueba legal, representativo de una tipología de medios probatorios taxativos o tasados hacia el sistema de la prueba libre. El documento electrónico ha sido concebido por la vigente legislación venezolana como una prueba legal que se tramita como una prueba libre. Son contradicciones que deben ser revisadas y aclaradas.

De cualquier forma, en Venezuela y en el resto del mundo, la prueba informática resulta una prueba difícil, por compleja, novedosa e inacabada. No es sencilla la tarea de arribar a su veracidad procesal. A partir de la nueva realidad procedimental, con repercusiones internacionales, cobra cada vez más relevancia la concepción de los jueces como directores del proceso y garantes del principio constitucional del debido proceso y la tutela judicial efectiva. No hay hasta este momento, un operador mejor calificado que el juez para evaluar la prueba electrónica, a la luz de las aportaciones de las partes y de las reglas de la hermenéutica jurídica.

El interés principal del tema de este trabajo se fundamenta en la necesidad urgente de reformar la legislación venezolana en el campo del derecho informático, específicamente de la prueba electrónica, de forma que se corrijan los equívocos presentes y el país se coloque a tono con el concierto de las naciones que ya han emprendido la modernización de sus textos legales sobre la materia.

El tipo de estudio elegido para esta investigación es documental, el cual se fundamenta en diseños bibliográficos, dado que se concentra en la observación y el análisis de diversas fuentes documentales confiables, tales como libros, documentos, archivos, material jurisprudencial y demás textos especializados en el objeto de la investigación.

El presente trabajo se desarrolla, sistemáticamente, en cinco capítulos:

- El Capítulo I, titulado “La sociedad de la información en la sociedad de riesgos” pretende sentar una plataforma de comprensión general sobre la problemática que ha producido la revolución tecnológica en todo el mundo, con sus consiguientes riesgos para la población universal. Luego, se resalta la afectación que genera en el campo jurídico. De nuevo se sobreponen los principios de legalidad y de seguridad jurídica, el derecho a la intimidad frente al bien común; que dan lugar a inconvenientes periféricos a resolver. Es el espacio para ubicar al espectro jurídico dentro de lo que ha dado lugar a una nueva disciplina jurídica mundial que se está generalizando con la denominación de Derecho Informático.

- El Capítulo II se reservó para la “Introducción al estudio de la prueba informática”. Resultaba inevitable la referencia al tema probatorio propiamente tal en sus generalidades para pasar a ubicar dentro de su entorno a la prueba informática. Los enfoques modernos de Michele Taruffo y otros juristas modernos son tan importantes hoy día que resulta un aporte esclarecedor para aplicarlos como una proyección sobre el documento electrónico. Hay una nueva orientación de la prueba judicial y una nueva visión sobre su valoración en la sentencia. En este capítulo se establece la naturaleza y las características de la prueba informática.

- En el Capítulo III se analiza la complejidad probatoria del documento electrónico. Se pretende demostrar que la prueba electrónica se inserta dentro de lo que la doctrina internacional ha denominado pruebas difíciles (*difficilioris probationes*). Para resolver tales dificultades se aportan las soluciones para enfrentarlas, como es el reforzamiento de la actividad del juez y la aplicación del precedente judicial, tomado desde el sistema judicial del *common law*, aplicado por los países de origen anglosajón, además de otros recursos contemporáneos, como es el préstamo constitucional y legislativo. Claro que sin omitir la importancia de la aplicación de las reglas de la sana crítica. Los principios de la prueba informática demuestran que efectivamente, es una prueba difícil.

- El Capítulo IV ubica la prueba tecnológica dentro del derecho procesal probatorio. Se plantean las semejanzas y las diferencias entre el documento tradicional y el documento electrónico. También, se articula dicho documento con otros medios probatorios que pueden resultar complementarios para alcanzar la verosimilitud necesaria para la comprobación del hecho controvertido, constituyendo la figura que se conoce como la “conurrencia de pruebas”. Es el capítulo reservado para revisar todo el trámite probatorio del documento electrónico, desde su aportación por las partes hasta su valoración de parte del sentenciador.

- Por último, el Capítulo V, que se titula “Autenticidad del documento electrónico y firma electrónica”, hace referencia específica al tema de la firma autógrafa y su diferenciación con la firma electrónica. Se presenta un análisis crítico sobre el Mensaje de Datos en la legislación venezolana, tanto en la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas como en la Ley de Registro Público y del Notariado. Se concluye con la referencia a los proveedores de certificados electrónicos.

Al final, se presentan las conclusiones del trabajo.

II.- OBJETIVOS GENERALES Y ESPECÍFICOS

Objetivo General

La investigación a que se contrae esta tesis doctoral se propone:

Analizar el documento electrónico concebido como parte de la prueba instrumental, con la cual tiene semejanzas y diferencias que requieren ser precisadas, adaptando los resultados del análisis referido, a las soluciones que pueden darse a las dificultades probatorias que comporta el documento electrónico.

Objetivos Específicos

La tesis se propone cumplir con los siguientes planteamientos:

1.- Ubicar el tema dentro del entorno socio jurídico que le corresponde desde la sociedad de la información, que forma parte de la globalización, con su

tendencia hacia la posibilidad de instaurarse dentro de una jurisdicción universal.

2.- Precisar la nueva terminología que plantea el campo de la informática, bajo un léxico novedoso que en muchos casos viene determinado por la operatividad informática.

3.- Revisar las ventajas y desventajas que trae el fenómeno informático para el mundo jurídico; con sus ventajas y los nuevos problemas a resolver.

4.- Precisar la naturaleza del instrumento electrónico, teniéndose como referencia la tradicional prueba documental y los demás medios probatorios, que se excluyen o relacionan dependiendo de la situación que se deba resolver.

5.- Revisar la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas vigente en Venezuela desde 2001, la cual luce contradictoria cuando plantea que los mensajes de datos tienen la misma eficacia probatoria de los documentos escritos, pero cuya valoración se realiza como una prueba libre.

6.- Comparar los medios probatorios tradicionales con las nuevas orientaciones probatorias planteadas por el campo tecnológico; así como la concurrencia con otros medios probatorios.

7.- Precisar la naturaleza jurídica del documento electrónico, sea como fuente o como medio de prueba, si es propiamente una prueba documental similar a la soportada en un papel, o si se trata de un principio de prueba, si es una prueba atípica o pudiera ser considerada una prueba autónoma con inserción por analogía en la prueba instrumental.

8.- Considerar la aplicabilidad de la noción de las “pruebas difíciles” sobre el documento electrónico, a la luz de los planteamientos de algunos procesalistas, de forma tal que permita la posibilidad de crear una nueva doctrina sobre la seguridad jurídica en el campo probatorio.

9.- Revisar los principios jurídicos que rigen la tarea probatoria en su aplicabilidad al tema investigado, para plantear semejanzas y diferencias o la posibilidad de establecer nuevos principios aplicables.

10.- Analizar los problemas que se pueden presentar a los operadores de la justicia en la aplicación del documento electrónico como prueba, dentro del

proceso civil, y en particular al juez, en la oportunidad de su valoración, tomando en especial consideración el aspecto de la verosimilitud que requiere como medio probatorio.

11.- Precisar el concepto de la Firma Electrónica, con su variedad de opciones, su aplicabilidad en Venezuela, su valoración y el funcionamiento de entidades que pudieran conferirle un valor probatorio similar al del instrumento público.

12.- Aportar las conclusiones correspondientes y algunas recomendaciones sobre el tema estudiado.

III.- MARCO METODOLÓGICO

Diseño y Tipo de Investigación

De acuerdo con el problema planteado, referido a las dificultades probatorias del documento electrónico, y en función de sus objetivos, se utilizará el tipo de investigación documental.

Este tipo de investigación se fundamenta en la observación y el examen de diversas fuentes documentales confiables, tales como: material doctrinario internacional y nacional, jurisprudencia, archivos y afines¹, lo cual permite obtener una visión global del problema planteado, acumular antecedentes y hacer deducciones, con el fin de comprender el significado del tema objeto de estudio.

Asimismo, la investigación sobre dicho estudio, cuyo objetivo central está referido al examen de diferentes instrumentos jurídicos, puede circunscribirse, en el ámbito legal, al análisis de la más calificada doctrina internacional, sobre todo la española y la argentina, al estimar que se trata de los países hispanoamericanos más avanzados en la temática del trabajo, considerando la escasez de trabajos nacionales sobre la materia, así como la legislación vigente en el país sobre los mensajes de datos y la prueba electrónica y la también escasa jurisprudencia que ha sido considerada. Para tal cometido, se ha aplicado el diseño bibliográfico, el cual permitió orientar y guiar todo el proceso de investigación, desde la recolección de los primeros datos, pasando por su análisis e interpretación, hasta llegar a las conclusiones respectivas, en función de los objetivos inicialmente planteados.

Técnicas de Análisis de las Fuentes Documentales

Las fuentes de análisis documental pretenden introducir aquellas técnicas relacionadas con el estudio documental de las fuentes bibliográficas, las cuales, al mismo tiempo, facilitan la redacción del trabajo escrito, tales

¹ Miriam Balestrini: *Cómo se elabora el Proyecto de Investigación*. Caracas. Consultores Asociados, 2002.

como: las técnicas de análisis de contenido, de observación documental, la presentación resumida de un texto, el resumen analítico y el análisis crítico².

En relación con el resumen analítico, éste tiene como meta principal desarrollar la capacidad de análisis; sin embargo, también consiste en una forma de sintetizar, limitándose a lo conceptual, y desarrollándose analíticamente. Su propósito ha sido determinar la estructura del texto, para así precisar los elementos claves que constituyen su soporte básico.

Todo texto debe contener tres partes principales: en la primera, el autor señala explícita o implícitamente el propósito de su trabajo; en la segunda, también llamada cuerpo del trabajo, el autor desarrolla sus argumentos; y, en la tercera, el autor llega a algunas conclusiones respecto de lo antes expuesto.

Con base en estos presupuestos es que se elabora la técnica del resumen analítico, la cual se orienta a identificar los elementos que constituyen el plan del autor. Estos elementos son los siguientes: la idea central del texto, que corresponde a la introducción; el cuerpo del trabajo, en el cual se encuentran formuladas las ideas principales y complementarias de la obra, según su importancia, generalidad o grado de abstracción; y la conclusión a la que llega el autor.

Por su parte, el análisis crítico es la culminación del trabajo iniciado con la presentación resumida, y consiste en la apreciación definitiva de un texto, a partir de los elementos hallados en él, mediante la aplicación de las dos técnicas: la analítica y la observación. Se enfoca en la evaluación interna del desarrollo lógico de las ideas del autor.

Su objetivo es evaluar la organización y construcción de la obra. La crítica de un texto, que puede hacerse tanto basada en su forma como en su contenido, se limita a apreciar la obra como una totalidad y busca comprobar la elaboración lógica y la construcción organizada de las partes y del conjunto de la obra.

² Miriam Balestrini: *Cómo se elabora el Proyecto de Investigación...op.cit.*

CAPÍTULO 1.- LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN EN LA SOCIEDAD DE RIESGOS

1.1. La crisis producida por los avances tecnológicos dentro de una sociedad de riesgos

Hace treinta años, Alvin Toffler advertía en su libro *La tercera ola*, sobre la llegada de la nueva cultura industrial. Aunque sin mencionar el fenómeno de la globalización, como se presenta en estos tiempos modernos se refirió visionariamente al desarrollo de la tecnología como un agente de cambios intensos. Anunciaba indirectamente, lo que en unos años sería la revolución tecnológica, esa que ya ha llegado, para instaurarse como parte de la sociedad contemporánea. Dijo entonces Toffler, que:

El mundo que está rápidamente emergiendo del choque de nuevos valores y tecnologías, nuevas relaciones geopolíticas, nuevos estilos de vida y modos de comunicación, exige ideas y analogías, clasificaciones y conceptos completamente nuevos. No podemos encerrar el mundo embrionario de mañana en los cubículos convencionales de ayer. Y tampoco son apropiadas las actitudes o posturas ortodoxas³.

Transcurrido el tiempo, Toffler reapareció para asentar que “la tercera y más reciente ola de riqueza desafía todos los principios de la industrialización, puesto que sustituye los factores tradicionales de la producción industrial –tierra, mano de obra y capital- por el conocimiento cada vez más refinado”. Alude a la llamada sociedad de la información, enraizada en los novedosos sistemas de la tecnología informática, que han producido un profundo cambio en las relaciones de diversos sectores de la economía, la política y la sociedad; con extensión al derecho, por ende. Se trata de una nueva cultura que se caracteriza por “una combinación de decadencia, innovación y experimento, al paso que las instituciones se vuelven disfuncionales y la gente ensaya nuevas formas de vida, nuevos valores, nuevos sistemas de creencias, nuevas estructuras familiares, nuevas formas políticas”⁴, entre otras más.

La revolución tecnológica ha conducido a una nueva realidad humana, completamente diferente a la que se había conocido hasta ahora. Las

³ Alvin Toffler: *La tercera ola*. Barcelona. Plaza & Janes, S.A. Editores, 1980, p. 18.

⁴ Alvin y Heidi Toffler: *La revolución de la riqueza*. Caracas. Editorial Random House Mondadori, 2007, p. 51-52.

computadoras permiten almacenar enormes cantidades de información, sobre cualquier materia. De esta manera, es posible resolver más fácilmente cualquier requerimiento que se tenga, sin ninguna demora e independientemente del lugar del mundo donde se haya generado una información. A la vez, se ha instaurado un conglomerado técnico y humano, que constituye una suerte de *comunidad virtual*, perteneciente a la sociedad mundial, que se ha llamado también *aldea global*, caracterizada porque se desenvuelve dentro de un marco de libertades casi ilimitadas, que produce una serie de problemas que afectan la confianza de las personas. Por consiguiente, se habla de una sociedad de riesgos, la del siglo XXI, urgida de la asistencia de normas jurídicas con rango supranacional y sistemas de seguridad, que permitan controlar de alguna forma la explosión de ese desarrollo tecnológico, que luce prácticamente incontrolable.

Se habla entonces de la nueva civilización tecnológica, como si se tratara de una nueva era de la humanidad. Cuando se hace referencia a la civilización, ha de entenderse que la cultura que la caracteriza tiene que estar apoyada en un conjunto de valores, tanto subjetivos como objetivos. El problema adicional que afronta esta civilización tecnológica es el de la vertiginosidad con la que se ha presentado y los cambios incesantes que produce, lo cual ha tomado por sorpresa a los operadores de la justicia, en el área del Derecho, el cual se ha venido quedando a la saga del progreso tecnológico. Esta nueva cultura se ha fijado en dos ejes: el tiempo, debido a la velocidad como se producen los cambios, y la distancia, siendo que prácticamente ha desaparecido, al menos dentro del contexto que se había conocido hasta ahora.

A pesar de sus ventajas, la ciencia y la tecnología han contribuido a complejizar las relaciones humanas, produciendo una serie de efectos secundarios, que no pueden pasar desapercibidos desde la perspectiva jurídica. Todavía no se dispone de una visión clara del futuro que realmente deseamos, así que no se ha podido determinar exactamente hacia donde orientar la inmensa fuerza que representan los resultados de las investigaciones científicas y tecnológicas, con su potencial intangible que

ahora se abre paso hacia el progreso. Es factible que también puedan erigirse como vectores destructivos o de conflictos nuevos que aún no se logran ponderar ni regular.

Todavía falta una cierta dosis de consciencia frente a la afectación que trae la revolución informática. Para confirmarlo, abundan los ejemplos. Los sistemas computarizados han conducido a la eliminación de muchas plazas de trabajo, sin que a la par se estén creando otros puestos sustitutivos, aunque claro ha dado lugar a otros cargos, pero más selectivos y minoritarios, debido a los conocimientos especializados que se requieren. En efecto, las tecnologías propician la sustitución del hombre por las máquinas. Esto puede traer una afectación sobre la normativa del derecho del trabajo, como por ejemplo, la reducción de la jornada de trabajo, la variación del lugar de la prestación de los servicios y el trabajo en el domicilio, con la consiguiente variación de las costumbres sociales y del comportamiento humano⁵. El intercambio comunicacional a través de la informática ha conducido también a la despersonalización de las relaciones humanas, con lo cual se ha afectado el humanismo que las caracterizaba. Esta manifestación trae consigo la pérdida del contacto personal por mencionar apenas alguna de sus manifestaciones.

También han surgido nuevos ilícitos penales, que han sido denominados “ilícitos informáticos”. Hay quienes, como Téllez Valdés⁶, hablan de “terrorismo por computadoras”, al que se refiere como una cuestión directamente vinculada con la seguridad y los riesgos informáticos, que atañen cada vez más directamente a la sociedad, porque afectan el respeto a la integridad de las personas; y porque el terrorista es incansable en su afán de lograr sus atentados; de modo que, “a falta de recursos para el

⁵ Un trabajo realizado por Miguel Ángel Davara refiere que la empresa inglesa British Telecom encargó una investigación que arrojó como resultado que el número de “teletrabajadores” aumentaría de dos millones desde 1992 hasta catorce millones y medio en los siete años siguientes. Además, que durante una conferencia, el director ejecutivo y presidente de entonces en British Telecom, explicó a hombres de negocio que las pautas de trabajo y de ocio iban a sufrir un inminente cambio. Habló de clubes o centros de trabajo, concebidos para evitar que los “teletrabajadores” sufran de del aislamiento propio del que trabaja en su casa. Advirtió que, si se aplicaba esa técnica, en lugar de convertirse en esclavos, es posible aumentar la calidad de vida, conservar un puesto de trabajo, y como resultado, tener eficacia con felicidad. Tomado de: Miguel-Ángel Davara Rodríguez: Las Telecomunicaciones y las Tecnologías de la Información en la Empresa: Implicaciones Socio Jurídicas. En: Revista Informática y Derecho N° 1, Universidad Nacional de Educación a Distancia UNNED Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1992, p. 38, Nota al Pié.

⁶ Julio Téllez Valdés: *Terrorismo por Computadora*; en Revista Informática y Derecho, N° 1, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro regional de Extremadura, Mérida (España), 1992; p. 177-182.

desarrollo de bombas atómicas, la acentuada proliferación de las llamadas armas químicas, o el empleo de armamento sofisticado por parte de los terroristas, que no conformes con ello ha comenzado a dirigir su atención hacia las computadoras, como instrumentos de terror o en su caso a identificar aquellos objetivos informáticos para realizar sus atentados”. Este tipo de nuevos ilícitos se caracterizan porque pueden provocar serias pérdidas personales y materiales, con resultados catastróficos, porque pueden consumarse en apenas segundos y no necesariamente requieren la presencia física de los autores del delito, y porque suelen ser muy difíciles de probar, precisamente, porque se valen de una computadora como instrumento. Téllez hace referencia también al *terrorismo de Estado*, que es el caso de “aquellos gobernantes de un Estado en que para poder seguir ejerciendo un control político sobre sus gobernados recurren al uso de la computadora como un factor de opresión”, sea en relación con aquellos gobernantes de un Estado totalitario o los que, aún dentro de un régimen democrático, recurren a este tipo de estratagemas para controlar mejor a la ciudadanía. Se advierte, sin embargo, que algunos tratadistas han considerado que estos casos no son propiamente una manifestación de terrorismo, sino un abuso o “exceso de poder”. Se menciona también el terrorismo entre Estados, entre particulares y el de particulares hacia el Estado (se citan los casos de ETA, Sendero Luminoso, Kurdos, entre otros). Lo más importante, entonces, es que el problema del terrorismo viene provocando cada vez más interés de parte de la mayoría de los países de la comunidad internacional”.

En un reportaje para el diario venezolano *El Nacional*, Fabiola Zerpa⁷ entrevistó a dos sexólogos acerca del llamado *cibersexo*⁸, encontrando que

⁷ El Nacional, edición del 7 de octubre de 2009, reportaje de la periodista Fabiola Zerpa, publicado en la sección *Ciudadanos*, p. 4.

⁸ El *cibersexo* es una forma de *sexo virtual* en el cual dos o más personas conectadas a través de una *red informática* se mandan mensajes sexualmente explícitos que describen una *experiencia sexual*. Es un tipo de juego de roles en el cual los participantes fingen que están teniendo *relaciones sexuales*, describen sus acciones y responden a los mensajes de los demás participantes con el fin de estimular sus deseos y *fantasías sexuales*. La calidad de un encuentro de sexo virtual depende generalmente de la capacidad de los participantes para evocar una imagen vívida en las mentes de sus compañeros. Son así mismo claves la imaginación y la suspensión de la incredulidad (ante posibles contradicciones).

<http://es.wikipedia.org/wiki/Cibersexo>

un tercio del universo de Internet “está lleno de páginas de búsqueda e intercambio de parejas, fiestas eróticas, pornografía blanda y dura, y transmisión de videos con conductas sexuales que no son usuales, como las parafilias”. La información emana de la *Unidad de Terapia y Educación Sexual*, centro que registra un incremento de las consultas relacionadas con la adicción a Internet, de las cuales, el *cibersexo* es una de sus variables. Se ha considerado que, “como todo en la red, existen riesgos y beneficios (...) pero los sexólogos parecen estar más de acuerdo con los peligros que en los beneficios de esta conducta. Cuando Internet sustituye el medio de socialización tradicional, como son los amigos y los familiares, las personas se exponen a situaciones que pudieran haber sido advertidas por los criterios de los seres queridos”. En la entrevista, la psicóloga y sexóloga Aminta Parra, advirtió sobre la referida adicción, expresando que “esta práctica puede condicionar una conducta obsesivo-compulsiva y una impulsividad sexual” y que “somos víctimas fáciles de redes internacionales por pecar de incautos y confiados”.

A continuación, se hace referencia a los aspectos más significativos de la neocultura tecnológica, en lo que corresponde a su entorno socio-jurídico.

1.1.1. La afectación de la intimidad

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 mundo⁹. 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

⁹ 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.*

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 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*. Carrascosa López hizo un acopio conceptual sobre el tema citando a Varner y Stone, para quienes:

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 extraños¹⁰.

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 llamados países más avanzados disponen de enormes ficheros informatizados que les permiten el control y la seguridad pública. El Reino

¹⁰ Valentín Carrascosa López: "Derecho a la Intimidad e Informática" *Revista Informática y Derecho*, volumen 1. Madrid. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro regional de Extremadura, 1992, p. 11.

Unido es uno de esos países que en materia de informática policial, dispone de información pormenorizada sobre millones de personas. La policía criminal alemana (BKA, *Bundes Kriminalamt*) cuenta con una poderosa red privada de teleinformática almacenada en computadoras, sobre millones de alemanes y extranjeros. Algo similar ocurre en los Estados Unidos y en Francia. En todos esos países -y otros- se tiene a disposición de las autoridades un importante 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 atender 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 tales interrogantes: su admisión procedería solamente cuando no coloquen a los ciudadanos en situación de amenaza 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.

1.1.2. La respuesta jurídica

Para proteger al ciudadano contra los riesgos del almacenamiento de información electrónica, muchos países ya disponen de la respectiva regulación jurídica. Los primeros en avanzar en el tema fueron los estadounidenses, quienes legislaron sobre el campo de los riesgos de la informática desde mediados de los años setenta, cuando el Congreso de ese país publicó un informe denominado *El ordenador y la invasión de la vida privada* (*The Computer and the Invasion of Privacy*). En 1969, el Reino Unido siguió la iniciativa de Estados Unidos y dictó su *Data Surveillance Bill*. Al

siguiente año, Canadá hizo algo semejante. Alemania publicó una Ley de Protección de datos, en 1970, mientras que Suecia fue el primer país en dictar una ley dedicada exclusivamente a la protección de datos, en 1973. Francia promulgó una ley sobre la regulación de la informática, en 1978. España y Portugal cuentan con postulados constitucionales sobre la protección ante daños provenientes desde la informática. En el mismo sentido, se han dictado textos legales en Austria, Dinamarca, Noruega y muchos países más.

La regulación venezolana es de más reciente data, pero también prevé una protección con rango constitucional. La Constitución venezolana (1999) consagra el derecho que tiene toda persona para acceder a la información sobre sí misma y su patrimonio, que consten en registros públicos o privados, con derecho a conocer el uso que de ellos se haga (artículo 28). En correspondencia, establece que la ley debe limitar la utilización de la informática para garantizarles a las personas su honor y su intimidad personal y familiar (artículo 60). También se les consagra su derecho a la intimidad de la vida privada (artículo 143). Como se trata de una norma constitucional consagratoria de un derecho fundamental, es obvio que el resto de la regulación jurídica tiene que adecuarse a la preservación del derecho a la intimidad y sus derivaciones.

El derecho civil es el llamado a fijar la protección de la personalidad, mientras el derecho penal debe aportar la tutela represiva ante los ilícitos penales que sean de su competencia, el derecho administrativo tiene su área en materia de archivo de los datos, delimitando los que sean propios de la administración pública, en tanto que al derecho procesal le corresponde establecer los parámetros requeridos para la aportación de los datos dentro de los procesos. No puede quedar de lado el derecho internacional, porque es clara la existencia del flujo transfronterizo de los datos informatizados.

En adecuación al anterior marco de referencia, Venezuela dispone de una Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2000), conforme a la cual, la condición de usuario de un servicio de telecomunicaciones, le concede a la persona el derecho a la privacidad e inviolabilidad de sus

telecomunicaciones, con la sola excepción de aquellos casos expresamente autorizados por la Constitución, o que por su naturaleza, tengan carácter público (artículo 12).

En 2001, adicional a la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, se promulgó la Ley Especial Contra los Delitos Informáticos, que sanciona penalmente la violación de la privacidad de la data o información de carácter personal (artículo 20), la violación de la privacidad de las comunicaciones a través del uso de las tecnologías de información, así como la revelación indebida de datos o información de carácter personal (artículo 22). Esos ilícitos penales contemplan penas de prisión de dos a seis años y multa de 200 a 600 unidades tributarias, que en el último supuesto aumenta de un tercio a la mitad de las sanciones, en caso que se persiga algún fin lucrativo o se cause algún perjuicio al afectado.

En 2009, se dictó la más reciente Ley Orgánica de Registro Civil, la cual prevé la automatización de los procesos del registro civil con la obligación de resguardar la integridad de la información, la seguridad física y jurídica, así como la confidencialidad de los datos que contenga (artículo 64). Se permite el acceso a la información almacenada en los archivos digitales y automatizados del Registro Civil, que debe quedar automáticamente registrada, pero solamente cuando se haya comprobado previamente la identidad del solicitante, permitiéndose al titular de los datos conocer la identidad de quien los haya solicitado (artículo 65). Se ha asignado al Consejo Nacional Electoral la función de resguardar el sistema automatizado de la data (artículo 68).

Con rango constitucional (CRBV, artículos 28 y 143), otro de los instrumentos de que se dispone jurídicamente para preservarse de esos nuevos fenómenos de agresión a los derechos y libertades ha sido la institución del *Habeas Data*, que en términos generales, es la facultad que tienen las personas de conocer y controlar la información que le concierna, procedente de los bancos de datos informatizados. Se prevé, incluso, que el defensor del pueblo pueda interponer la acción por *habeas data*, como una

de sus atribuciones expresas (artículo 280.3 *ejusdem*), lo cual se explica porque se refiere a la protección de los derechos humanos.

1.1.3. Otros problemas dentro de la sociedad de riesgos

Junto con el aspecto de las amenazas contra la intimidad, el impacto tecnológico se ha manifestado en otros campos. Los avances tecnológicos han traído consigo expresiones de inseguridad y riesgos. Se ha instaurado así lo que algunos han denominado *cultura del riesgo*, y otros como *sociedad de riesgos*. El ser humano está condicionado por la cultura y la que está signada por los avances tecnológicos forma parte de esta nueva expresión cultural.

Ya desde 1987, se hablaba de la *sociedad del riesgo*¹¹, a la que se ha caracterizado, paradójicamente, porque el mayor desarrollo tecnológico no ha estado acompañado por más seguridad para el ser humano. Hace más de veinte años, Beck definió la sociedad del riesgo como “aquella que, junto a los progresos de la civilización, presentaba la contrapartida de la producción de nuevos riesgos estrechamente vinculados a aquellos progresos, como por ejemplo los peligros nucleares y ambientales”¹². Así lo recoge también Rivera Beiras, quien además de registrar la evidencia de los cambios sociales que se están produciendo, hizo referencia a las consecuencias novedosas e inciertas que genera¹³, de donde surgió el calificativo de *sociedad de la incerteza* de Barman (1999), que coincide con el de *sociedad insegura* de Giddens (1999). La lista ha sido extendida a los riesgos laborales, los de tipo sanitario-alimenticio, los provenientes de los desajustes psíquico-emocionales (como los ataques de pánico), ciertos temas delicados provenientes del desarrollo científico, como es la reproducción asistida mediante inseminación artificial y donación de óvulos (Bioética), los derivados de las patologías de consumo (como la bulimia y la anorexia), la

¹¹ Término asignado a Ulrike Beck en su libro del mismo nombre. Tomado de “La cultura del riesgo”, compilado por Juan Dabón e Iñaki Rivera Beiras; Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

¹² Ulrich Beck: “La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad”. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1998.

¹³ Iñaki Rivera Beira: *Tendencias de política criminal y penitenciaria (para el siglo XXI). Una visión desde España*; en “La cultura del riesgo”, compilado por Juan Dabón e Iñaki Rivera Beiras. Buenos Aires. Editores del Puerto, 2000, p. 39.

excesiva exposición a los diversos recursos tecnológicos, que en algunos casos ha llevado a niveles de adicción tales, que puede llevar a muchos usuarios a contraer enfermedades que anteriormente no se contemplaban como una problemática social. Son muestras de esa cultura del riesgo.

La proliferación y el desarrollo de los sistemas de comunicación, cada vez más tecnificados, están convirtiéndose en un nuevo problema social que amerita ser concienciado y controlado. En el área de las comunicaciones, está por ejemplo el caso de la aparición del aparato móvil-celular *blackberry*, que además de teléfono (con un peso promedio de sólo 112 gramos) es una computadora muy pequeña que sirve como calculadora de operaciones aritméticas, cámara fotográfica, mensajería de textos internacionales y acceso a todos los servicios de *Internet*. Su utilidad es incuestionable, pero a la vez, está conduciendo a la afectación negativa de las relaciones personales entre sus usuarios y quienes los rodean. Carolina Conde realizó un reportaje periodístico investigativo que recogió la opinión de psicólogos clínicos que concluyeron, como expresó Francisco Rivas, que:

Es evidente que las nuevas tecnologías producen un cambio de comportamiento en el individuo que lo empuja a tener nuevas necesidades informativas, pero esas necesidades lo pueden llevar a un aislamiento similar al que se describió cuando se popularizó el uso de la computadora y el Internet. El costo: disfunciones y dificultades en las relaciones con la familia y los amigos¹⁴.

Por su parte, la psicóloga Ana Belén García declaró en ese reportaje que:

La situación es más grave en las grandes empresas porque les exigen a los empleados ser más eficientes y el *blackberry* brinda herramientas que los ayudan a alcanzar el objetivo, que pasan los fines de semana o las noches revisando sus correos. De ahí que recomienda que si una persona se ha vuelto adicta al *blackberry*, debe en primer lugar, reconocer la adicción y, luego, trazar límites. El equipo no controla a la persona. La persona controla al equipo. Esa debe ser la premisa. El problema es que este tipo de adicción no es mal vista por la sociedad. No se ven como un problema porque todo el mundo lo hace¹⁵.

¹⁴ Carolina Conde. Reportaje periodístico: *Adicción al blackberry puede afectar las relaciones personales*. Diario El Nacional, cuerpo Ciudadanos, 11/04/2009, p. 5.

¹⁵ Carolina Conde...*op.cit.*

En un plano diferente, otro ejemplo que ilustra estas exposiciones, es el riesgo que asume el sistema bancario cuando las pólizas de seguro no cubran los costos derivados de los fraudes electrónicos. En otro reportaje periodístico, a cargo de Blanca Vera y Javier Ignacio Mayorca, se asienta que los bancos saben que, en buena medida, su prestigio depende de la seguridad que le suministren a su clientela, de manera que en Venezuela, la banca nacional ha tenido que estar pendiente de tomar medidas que los protejan ante la ola de fraudes electrónicos que los aqueja. Para ese fin, han tenido que implementar claves maestras individuales, secretas y confidenciales, así como eliminar el almacenamiento de información sensible de archivos en los cajeros automáticos y puntos de venta, que posean bandas magnéticas, como son los llamados PIN. Los técnicos sobre la materia se encuentran programando la instauración de un *chip* de seguridad que garantice el blindaje de las tarjetas de débito y de crédito. Adicionalmente, no obstante que se reconoce la seguridad que pueden brindar sistemas biométricos de vanguardia, como es el caso de los reconocimientos retinales o de huellas digitales, pueden ser más costosos de instalar¹⁶.

Un estudio llevado a cabo por pediatras españoles condujo a la elaboración de una lista de nuevas patologías que acuñaron con los nombres de *wiitis*, el síndrome de la pantalla, el pulgar de Blackberry o el codo de móvil. Sus síntomas son la tendinitis, ojo seco, bursitis, afectación del túnel carpiano, epicondilitis, lesiones nodulares o malformaciones. Reiteraron que el uso prolongado de la computadora produce sequedad en el ojo, dolor de cabeza, picor y vista borrosa, por lo que recomiendan “descansar, cerrar los ojos o mirar al infinito tras algunas horas frente a la pantalla”¹⁷.

En definitiva, el tema del desarrollo tecnológico tiene que ser visto como un signo del progreso vertiginoso experimentado en esta era contemporánea, en obsequio de la ciencia, la aeronáutica, las comunicaciones, el comercio y el derecho, por solo mencionarse algún

¹⁶ Blanca Vera Azaf y Javier Ignacio Mayorca. Reportaje periodístico: *Fraudes electrónicos no son cubiertos por pólizas de seguros*. Diario El Nacional, cuerpo Empresas y Negocios, 15-06-07, p. 8.

¹⁷ Diario El Nacional, sección Tecnología, 5/01/2011, p. 4. Tomado del diario El País, España.

área. Pero a la par, hay que considerar que también ha generado situaciones difíciles, que se han presentado acompañadas de una buena dosis de inseguridad. Persiste también esa sensación de riesgo a que se hizo referencia, ante su vulnerabilidad, expresada a través de fallas, adulteraciones y otros eventos impredecibles, que hacen al mundo informático todavía más incierto e incontrolable para una buena parte de la población ante lo que algunos llaman *mundo virtual*, porque han quedado excluidos o limitados, lo cual implica una desigualdad jurídica. Por ejemplo, cuando se exige a una persona tramitar su pasaporte a través de la red de Internet y ésta no tiene una computadora o no sabe cómo operarla, a cuyo efecto debe disponer de una dirección electrónica, que tampoco tiene, se le está marginando o limitando como ciudadana. En otras palabras, el ejercicio de la ciudadanía puede quedar limitado, en ciertos casos, por la fuerza del progreso de la tecnología. Siendo así, un grupo de personas resulta -de hecho y de derecho- como una suerte de *víctimas sin voz*, como excluidos ante la omnipresencia de las redes informáticas y las exigencias de la normativa. Aquí, puede ubicarse otra de las manifestaciones de esta nueva *cultura del riesgo*, que afecta su vinculación con los otros. En este caso, la inclusión no es el reverso de la exclusión, sino la consecuencia de un nuevo modelo, cuya vigencia se ha instaurado al ritmo de los avances tecnológicos, dejando atrás a quienes no logran ponerse a tono con las transformaciones, sea por razones de edad, de limitaciones económicas o de variables culturales diversas. Puede que se tenga la intención de integrar al excluido, como también que exista la ilusión de no quedar excluido, pero ni por una u otra aspiración se está exento del riesgo.

Aquí, es donde puede ubicarse el comienzo de las tensiones entre derecho y tecnología. El problema es cómo lograr una relación armónica entre ambos, para proyectarla entonces sobre todos los sujetos y el Estado mismo.

Al respecto, hay que diferenciar entre civilización y cultura, entre ciudadanos y sujetos. La era de la tecnología ha escindido a la civilización en dos grandes grupos: los que están adecuándose a ella o están abiertos para

conseguirlo y en camino de lograrlo, por un lado; y, por el otro, aquellos que se resisten a su inserción, sea por inconsciencia, incapacidad, por mera resistencia o por imposibilidad de lograrlo humanamente. Nietzsche planteaba una diferenciación esquemática entre dos dominios: “por un lado, aquello que pertenece al orden de la civilización, y por otro todo lo relativo a la cultura”¹⁸. Aristóteles llegó a afirmar que “el que sea incapaz de entrar en esta participación común, o que, a causa de su propia suficiencia, no necesite de ella, no es más parte de la Ciudad, sino que es una bestia o un dios”¹⁹. Si se pudieran transpolar aquí las nociones de aquellos filósofos, ¿podríamos decir entonces que la persona mayor que no ha podido acceder a la nueva tecnología o una persona sin suficientes recursos materiales que no tiene acceso a una computadora, deja de ser un ciudadano en el estricto sentido de la palabra? ¿O acaso sería una persona bárbara dentro de lo que significa la visión del ciudadano moderno?

Es así como el desarrollo tecnológico, con la informática a la cabeza, está generando tantas transformaciones y a un ritmo tan acelerado, que está surgiendo paralela y subrepticamente una crisis social a nivel universal, al extremo de ocasionar una ruptura entre aquellos que están a tono con esos avances y los que se han ido quedando rezagados o excluidos frente a tales avances. Por ese motivo, surgen más interrogantes: ¿Puede una civilización sostenerse indefinidamente sobre la incertidumbre? ¿Puede en consecuencia la sociedad del riesgo convertirse en una sociedad de caos? ¿Es justa una sociedad con manifestaciones de exclusión de algún sector de la población? ¿Cómo se afecta la salud psíquica, en consecuencia? Algunas de las respuestas a tales interrogantes pueden ser resueltas a través del Derecho, como ciencia reguladora de la conducta humana que es. Por eso, la regulación jurídica del fenómeno informático no admite demoras dentro del nuevo tablero jurídico. Una vez más, los hechos avanzan por delante del Derecho, llamado a regular el comportamiento moderno, urgido de recibir la

¹⁸ Silvia Gallicchio y Alejandro Conrad: *Aproximación a algunas diferencias. Entre civilización y cultura*; en “La cultura del riesgo”, compilado por Juan Dabón e Iñaki Rivera Beiras. Buenos Aires. Editores del Puerto, 2006, pp. 89 y ss.

¹⁹ Aristóteles: *Política*; Libro I. México. Ed. Porrúa, 1989; citado por Silvia Gallicchio y Alejandro Conrad... *op.cit.*, p. 90.

tutela de la normativa jurídica. Se manifiesta sobre la libertad de las comunicaciones y el desarrollo del comercio, frente a evidencias de desconfianza y riesgos. Por otra parte, la sociedad de la información está llevando al mundo hacia la concepción de normas jurídicas supranacionales, bajo un régimen de seguridad jurídica diferente, que ha colocado incluso en revisión la noción tradicional de la soberanía de los países.

El inicio de la nueva era de la humanidad descansa sobre tres fenómenos culturales que se presentan como una suerte de trípode que le sirve como punto de partida: las computadoras o "PCs", Internet y la globalización. Las primeras, permiten almacenar una cantidad ilimitada de información de cualquier área. Por su parte, Internet significa la constitución de una interminable red de comunicación y de información que permite relacionarse a todas las personas, desde cualquier lugar del mundo que se acceda a dicho sistema (desde 1993 se expresa a través de las siglas "www", que son las iniciales de la expresión *world wide web*). En cuanto a la globalización, es un término tan vasto que es preferible comprimirlo en su noción más elemental, como un fenómeno contemporáneo caracterizado por el desarrollo de la comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo, cuya tendencia es la unificación de los mercados, las sociedades y las culturas, a través de una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas, enmarcadas en una tendencia universal. De esta forma, los modos de producción y el comercio se configuran a escala mundial, mientras los gobiernos van perdiendo atribuciones ante lo que se ha denominado la "sociedad en red".

En resumen, esta concepción de la civilización tecnológica se caracteriza por la instantaneidad y por la desaparición de las fronteras y las distancias.

1.2. La regulación jurídica del fenómeno informático

Se ha dicho que la historia del Derecho está marcada por tres revoluciones provenientes de los medios comunicacionales: la escritura, la imprenta y el almacenamiento electrónico de datos informativos. Es posible

apreciar cómo esas tres revoluciones han afectado al Derecho a través del lenguaje. En el primer caso, se pasa de la expresión oral a la escrita; en el segundo, de la manual a la imprenta; y, en el tercero, de la escritura impresa al lenguaje electromagnético. El Derecho se ha presentado ante el mundo como un receptor tardío de los últimos avances tecnológicos y de los conocimientos científicos que se produjeron desde la segunda mitad del siglo XX, en especial en relación con el proceso judicial²⁰, con su repercusión en el área de los tribunales.

Probablemente, por su propia dinámica dentro de la sociedad, requerida de mucha certeza indubitable, el mundo del Derecho parece haber sido más reticente a la introducción de los avances tecnológicos. En su momento, no fue fácil trascender del mero documento manuscrito a los elaborados a través de las máquinas de escribir. Sucedió después algo parecido con las fotocopias, las cintas magnetofónicas, el *fax*; y, más recientemente, con la documentación electrónica. La explicación puede encontrarse en que el eje central del Derecho es la seguridad jurídica, que descansa en buena medida sobre la tarea probatoria, y dentro de ella, se encuentra la prueba instrumental, que ha sido considerada tradicionalmente como la más fidedigna para brindar la mayor veracidad posible sobre los hechos más trascendentes con relevancia jurídica.

La introducción de los beneficios que aporta la informática a todos los operadores de la justicia, como a los órganos de administración de justicia adscritos al Poder Judicial, es inaplazable. No hay duda de que diariamente, se producen millares de documentos electrónicos, que pueden requerir su revisión en sede jurisdiccional; de modo que no pueden los organismos de administración de justicia ni los registros y notarías mantenerse a la saga del progreso y de la sociedad de la información.

En el caso venezolano, la aplicación definitiva de la informática en el ámbito judicial y registral ha de ser una herramienta de gran utilidad para la aplicación del principio de celeridad procesal como uno de los fines de la realización de la justicia, en el sentido de que debe ser oportunamente

²⁰ Enrique M. Falcón: *Tratado de la Prueba*; Tomo I. Buenos Aires. Editorial Astrea, 2003, p. 355.

aplicada, con la eficacia que corresponde al debido proceso, pero sin que pueda sobreponerse a los principios de legalidad y seguridad jurídica. En el ámbito judicial, el primer paso dado, fue el denominado “sistema juris 2000”, resultado de un convenio celebrado por Venezuela con el Banco Mundial (1993) como parte del “Proyecto de Infraestructura de apoyo al Poder Judicial”. Se trata de un modelo organizacional tecnológico, diseñado para cubrir la gestión, decisión y documentación de las causas judiciales civiles, penales y laborales, que debía aplicarse progresivamente en todo el país. Dentro de los objetivos del sistema, se encuentra la automatización del expediente procesal y la jurisprudencia de los tribunales. Se concibió como un recurso para que el usuario pudiera obtener información más precisa sobre las causas judiciales. Además, evitaría la adulteración del Libro Diario de los tribunales, donde se asientan las actuaciones de cada día de despacho. El proyecto incluyó la instalación de una nueva versión del sistema, dirigido precisamente a la automatización de todos los libros y archivos tribunalicios, como lo previene el artículo 72 de la Ley Orgánica del Poder Judicial²¹. Esta programación, basada en la implantación de la tecnología moderna, se orientó en la consolidación de los citados principios de seguridad jurídica y celeridad procesal.

En el aspecto normativo, se han promulgado varias leyes para regular las relaciones informáticas, que pueden considerarse en Venezuela, como un punto de partida dentro del nuevo Derecho Informático. La primera ley, ha sido un Decreto Ley dictado por el presidente de la república dentro del marco de una ley habilitante (10 de febrero de 2001), la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (en lo sucesivo con sus siglas LMDFE). Esta ley aporta un marco de referencia que antes no existía sobre la materia. Tomó muchos aspectos de cuerpos legales de la Comunidad Europea y de la legislación española, pero adolece de algunas contradicciones y lagunas que es necesario revisar, sobre todo en el campo probatorio, que es el tema de este trabajo. Posteriormente, se dictaron dos versiones de la Ley de Registro Público y de Notariado (en lo sucesivo con sus siglas LRPN), una en 2001 y

²¹ <http://www.dem.gob.ve/modernización/index.do>

la vigente que data de 2006, que hace referencia al tema informático y a la documentación electrónica, pero que tampoco ha resuelto la mayor parte de los aspectos vinculados con el tema probatorio, ni se articula debidamente con la LMDFE.

En cuanto a la LMDFE, que es la ley rectora de los mensajes de datos electrónicos, las contradicciones comienzan con el propio texto de su Exposición de Motivos, como puede apreciarse de la mera transcripción de este par de párrafos:

En términos generales, la legislación actual no reconoce el uso de los medios electrónicos de manera expresa y en caso de un litigio, el juez o tribunal, tendrá que allegarse (sic) de medios de prueba libre y acudir a la sana crítica para determinar que una operación realizada por medios electrónicos es o no válida. Esta situación ha originado que empresas y personas se sientan inseguras de realizar transacciones por medios electrónicos, debido a la incertidumbre legal en caso de controversias.

Por ello, se hace indispensable dar valor probatorio al uso de medios electrónicos en los procesos administrativos y judiciales, sin que quede al arbitrio del juez considerar su validez probatoria, en caso de controversia, debido a una ausencia de regulación expresa²².

Ese propósito a que se refiere la Exposición de Motivos no logra resolverse en el texto legal. Dicha ley no cubrió todos los vacíos derivados de la ausencia legislativa que existía sobre la materia. En el campo del derecho probatorio, por el contrario, más bien entró en contradicciones que lo que han hecho es propiciar la polémica, la incertidumbre, la inseguridad jurídica y la consiguiente pérdida de tiempo que requiere llenar los vacíos y los equívocos, a través de interpretaciones libres y aisladas. En efecto, si su finalidad era dejar en manos del juez el arbitrio de las controversias, sin tener que acudir a las pruebas libres y la utilización de la sana crítica para valorar los medios electrónicos de prueba, eso fue precisamente lo que no logró expresamente, como es evidente a través de las contradicciones de los artículos 4° y 17° de la ley. Y si el otro propósito que perseguía la ley era acabar la inseguridad de las empresas y personas para realizar operaciones seguras a través de medios electrónicos, ha provocado el efecto contrario,

²² Exposición de Motivos de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (2006).

puesto que la figura concebida para suministrar la mayor seguridad posible sobre este tipo de transacciones, como son los Proveedores de Servicios Electrónicos, no está legitimada para conferirle autenticidad o fe pública a los actos y documentos que certifiquen, según prescribe el artículo 38°. De hecho, a más de diez años de la promulgación de la ley, todavía no han proliferado tales proveedores²³.

Por su parte, la Ley de Registro Público y del Notariado (LRN) se orienta a cubrir el aspecto de la seguridad jurídica del documento electrónico desde la perspectiva de su valor probatorio, a través del funcionario que esté legitimado para darle fe pública. También se refiere a las entidades de certificación de firmas electrónicas que persiguen la certificación de la autoría e integridad del origen y contenido del documento electrónico. Pero allí radica el germen de la confusión, porque solo contiene una referencia meramente nominal sobre el tema, sin desarrollo alguno, y tampoco está articulada con la LMDFE, aspecto que será abordado más adelante.

La LRPN trata de adecuarse a la modernidad legislativa, al haber establecido expresamente que una de sus finalidades es garantizar la seguridad jurídica, para cuya verificación se aplicarán los mecanismos y la utilización de los medios electrónicos consagrados en la ley de manejo electrónico (artículo 2). Por otra parte, todos los soportes físicos del sistema registral y notarial de la actualidad deben quedar digitalizados y transferidos a las bases de datos que correspondan; de forma tal, que el proceso registral y notarial pueda ser llevado a cabo íntegramente a partir de un documento electrónico (artículo 23).

Otra ley que incorporó el tema informático es la Ley Orgánica de Registro Civil (2009, en lo sucesivo LORC) a través de dos segmentos titulados Automatización (Capítulo VI) y Certificación Electrónica (Capítulo VII). Se prevé que el almacenamiento y acceso de toda la información que corresponde al Registro Civil venezolano, se realice a través de procesos automatizados que resguarden con la debida seguridad dicha información

²³ Información de la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (SUSCERTE) refirió, en entrevista del 17-06-11 que el país dispone solamente de dos (2) proveedores electrónicos.

(artículo 64). Este sistema de seguridad se asigna al Consejo Nacional Electoral (artículo 67), el cual además, ha de ser el organismo encargado de implementar los mecanismos necesarios para llevar a cabo la interconexión estatal a que haya lugar (artículo 66). La inconsistencia de esta ley frente a la LMDFE se presenta cuando la LORC (artículo 71) establece que la certificación electrónica de las actas del Registro Civil tienen la misma eficacia probatoria de los documentos públicos, pero agrega que “sin perjuicio de lo establecido en las leyes que rigen la materia sobre transmisión de datos y firmas electrónicas”²⁴. Al respecto, ya se señaló que la LMDFE (artículo 4) prescribe que los Mensajes de Datos tienen la misma eficacia probatoria que los documentos escritos y si constan en formato impreso, les corresponde la eficacia probatoria que la ley procesal le atribuye a las copias o reproducciones, por una parte; y por la otra, que los certificados electrónicos no tienen “autenticidad ni fe pública que conforme a la ley otorguen los funcionarios públicos a los actos, documentos y certificaciones que con tal carácter suscriban”²⁵ (artículo 38).

Como puede apreciarse, el esfuerzo legislativo realizado sobre la materia, se ha convertido en un *desiderátum* no cumplido. Adicionalmente, relacionadas con la materia, han sido promulgadas la Ley sobre Delitos Informáticos (2001), la Ley de Telecomunicaciones, la Ley de Tecnología de la Información y la Ley para la Defensa de las Personas en el acceso a los bienes y servicios (Ley INDEPABIS, 2009). A estas leyes también se hará alusión dentro del segmento esencialmente probatorio del trabajo.

El material a que se hizo referencia ratifica, de nuevo, que en el tema de la prueba se está en presencia de una de las zonas más complejas dentro del mundo jurídico. Al efecto, en la adaptación del derecho probatorio a la tecnología moderna se pueden considerar una serie de variables a resolver, como pueden ser las siguientes:

²⁴ Artículo 71 de la Ley Orgánica de Registro Civil (2009).

²⁵ Artículo 38 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (2006).

- a) La reorientación y el reforzamiento cultural que se requiere por parte de todos los operadores de la justicia, con extensión a los propios litigantes;
- b) El reconocimiento de las limitaciones que se tienen, provenientes de la novedad tecnológica y la falta de aprendizaje acerca de los nuevos instrumentos mecanizados y los mismos cambios constantes a que está sometida este tipo de tecnología, debido a su naturaleza en permanente evolución ante los progresos tecnológicos;
- c) Los costos que implica la sustitución frecuente de los equipos prontamente vetustos por los más modernos, ya que los avances se producen vertiginosamente;
- d) La complejidad técnica de los conocimientos informáticos, que conduce a la necesidad de que los jueces requieran del auxilio de personas expertas en la materia. Al efecto, es conveniente el mayor adiestramiento posible, que les facilite la comprensión de esta temática. Esta realidad conduce a una cierta dependencia del juez y de los justiciables a los criterios de los operadores de tecnología avanzada.
- e) La revisión de la legislación vigente en aquellos aspectos inconvenientes y de poca utilidad, bajo la óptica de uniformar y dar coherencia legislativa a la regulación de la prueba informática.

Todo esto conduce al replanteamiento de la prueba instrumental, en cuanto se ha producido una nueva forma para establecer la autoría de otros documentos, mediante una variación de la forma de suscribirlos, de su transmisión y el establecimiento del documento por medios distintos; y sobre todo, a la reevaluación del aspecto de la autenticidad de los documentos modernos, basados en los datos informáticos generados en aparatos de computación. Esta temática lleva a considerar que el derecho procesal se encuentra actualmente en plena revisión, en función del desarrollo de la informática, que merece cada vez más la atención de los juristas y de los organismos estatales.

Dentro del contexto planteado, los instrumentos probatorios traen aparejados una función heurística²⁶, que no ha de cesar nunca, porque está vinculada con el hecho histórico, y por ende, con el hecho jurídico, cuya realización está marcada por un desencadenamiento causal progresivo de varios hechos simples. La representación de esos hechos en un instrumento no siempre es perfecta, ni exacta, no siempre se trata de instrumentos con precisión de contenidos. Por eso, las exigencias probatorias requieren la mayor verosimilitud posible. En esta materia, existe una suerte de graduación de las dificultades que presenta cada instrumento probatorio. De entre ellos, la prueba informática, que incluye el documento electrónico, resulta en este momento una de las más difíciles de precisar.

1.3. Los grandes cambios del Derecho Positivo en tiempos del desarrollo tecnológico. El espacio jurídico global

Desde el siglo pasado, Recaséns Siches advertía acerca de la necesidad de que el pensamiento filosófico-jurídico comenzara a contribuir decididamente en el desarrollo contemporáneo del derecho positivo, a través de las respectivas aclaraciones de los problemas jurídicos prácticos del momento, “que andan todavía bastante embrollados”²⁷, dijo. Reclamaba una mayor participación orientadora desde la Filosofía del Derecho, urgida socialmente en los tiempos de crisis, a pesar de lo cual, sobrevive el principio común del *bienestar para todos*, de necesaria aplicación en todos los pueblos, dentro de un espíritu de justicia social. Tratando de ser gráfico, Recaséns expresó que ya no aplica en esta crisis mundial aquel aforismo enunciado por Leonardo, según el cual *la teoría es el capitán y la práctica son los soldados*, porque *más bien el capitán perdió el control y se ha quedado sin empleo dirigente en la historia; y que los soldados, cada uno de ellos por sí, indisciplinadamente, siguen una ruta propia y singular, cayendo a menudo en conflicto unos con otros*. Siendo así, se produce una gran sensación de inseguridad en todos los órdenes de la vida moderna, dentro de

²⁶ Según el Diccionario de la Lengua Española, se refiere a la técnica de la indagación y del descubrimiento. Busca la investigación de documentos o fuentes históricas. En algunas ciencias, manera de buscar la solución de un problema mediante métodos no rigurosos, como por tanteo, reglas empíricas, etc.

²⁷ Luis Recaséns Siches: *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. México. Ed. Porrúa, 1980, pp. 1-18

la cual destaca el mundo jurídico. La conclusión a la que arriba se refiere Recaséns en este contexto, es que una de las preocupaciones más importantes que debe asumir el orden jurídico ha de ser, precisamente, la de “armonizar la necesidad de certeza y seguridad, por una parte, y la necesidad de cambio, por otra parte”²⁸.

Cuando se ponen de relieve los profundos cambios que se están produciendo en el campo del Derecho durante los últimos tiempos, se advierte que también traen consigo un cambio de paradigmas ante la presencia de nuevos problemas a resolver. Para comenzar, se va presentando una pluralidad y asimetría de actores, que actúan como operadores jurídicos dentro de un sistema global que se desplaza dentro del espacio jurídico, en forma diferente a la tradicional relación bilateral Estado-justiciables.

Ahora, la tendencia se mueve a ubicar al Estado en una relación de coordinación con ciertas organizaciones internacionales de carácter público (como es, por ejemplo, el caso de la Unión Europea), con algunas empresas multinacionales prestadoras de servicios básicos o importantes, muchas con presupuestos superiores a los de algunos países, con algunas Organizaciones No Gubernamentales (ONG) y con asociaciones privadas de nivel internacional (como Microsoft y Google, para sólo mencionar un par de ellas, íntimamente relacionadas con la informática). Por otra parte, dentro de las cien economías más grandes del mundo, 51 son empresas y 49 son Estados independientes. Se ha evaluado que el volumen de negocios de *General Motors* ha sido superior al producto interno bruto de países como Polonia y Turquía; los ingresos de la empresa *General Electric*, comparables con los de Israel y los de *IBM* son superiores a los de Egipto²⁹. Esta realidad mundial, tiene sus repercusiones sobre el campo del derecho, para delinear los comportamientos en la resolución de los conflictos. Es probable que algunos se preocupen por esta tendencia mundial, pensando que está en

²⁸ Luis Recaséns Siches: *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. México. Ed. Porrúa, 1980, pp. 1-18.

²⁹ Sabino Cassese: *El espacio jurídico global*, en *La globalización jurídica*. Madrid y Barcelona. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006; p. 14 (citando a P. Boniface: *Le mode contemporain: grandes lignes de partage*, Paris, 2001).

juego la soberanía de los Estados bajo el fenómeno de la *desestatización*, pero en realidad, también puede pensarse en otro enfoque, como sería el desarrollo de la integración regional y del derecho comunitario. Siempre habrá tiempo y espacio para los acuerdos, los tratados, las veedurías o contralorías comunitarias y otras regulaciones afines. Es cuestión de mentalidades, de criterios. No parece haber dudas sobre el influjo que el desarrollo de la tecnología ha tenido sobre esta *neo cultura*, con sus alcances políticos, sociales, económicos y jurídicos.

En otro contexto, se ha precisado un cambio en la orientación de los derechos humanos, que a decir de Sánchez Jiménez³⁰ “se presentan hoy con rasgos novedosos al centrarse en temas como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida o a la libertad informática”, razón por la cual nos encontramos “ante una *tercera generación* de Derechos Humanos (...), que responde al fenómeno de la denominada *contaminación de libertades*”. Advierte entonces que en la sociedad actual, la informática deviene en símbolo de la cultura, que ha dado lugar a la *sociedad informatizada*, en la cual “cada ciudadano fichado en un banco de datos es objeto de una vigilancia continua e inadvertida, que afecta los aspectos más sensibles de su vida privada” Es un fenómeno que puede percibirse como agresivo a los derechos y libertades de los ciudadanos. Concluye este autor diciendo que, “en una sociedad en que la información es poder y en las que éste se hace decisivo cuando, a través de la informática, convierte informaciones parciales y difusas en informaciones de masa y organizadas, la reglamentación jurídica de la informática reviste un interés prioritario, lo que hace necesario la existencia de unas garantías que tutelen a los ciudadanos frente a la eventual erosión y asalto tecnológico de sus derechos y libertades”.

Sin duda que es al Derecho al que le corresponde regular este nuevo fenómeno, de rango internacional, ante la situación a la que quedan expuestos esos ciudadanos, expuestos a violaciones de su intimidad,

³⁰ Enrique Sánchez Jiménez: “Los derechos humanos de la tercera generación: la libertad informática”, en revista *Información y Derecho*, N° 3, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro Regional Extremadura, Mérida (España), 1992; p. 85.

perpetrados desde la diversidad de abusos que pueden provenir de la informática y la telemática.

1.3.1. El caso venezolano frente al derecho comparado

En la práctica, al contrario que en la Venezuela de comienzos del siglo XXI, en muchos países se ha venido verificando un proceso de privatización, sin que signifique que en éstos no exista un proceso paralelo de reglamentación y de control, incluso asistido por reglas de regulación universal y de obligaciones similares al de la prestación de un servicio público. Tal es el caso de los servicios prestados a través de las redes informáticas. De esta manera, se ha evitado la inconveniencia de un mercado monopólico, permitiéndose uno más competitivo, en beneficio de los usuarios. La idea ha sido, incluso, evitar el monopolio estatal. Se ha concebido que el papel que debe cumplir el Derecho dentro de ese proceso de mundialización, no debe dirigirse al de una especie de mercenario que justifique cualquier práctica mercantilista, sino que, por el contrario, se convierta en un garante de la ética, de la defensa de los derechos fundamentales y de la prestación de cualquier servicio que sea útil a los ciudadanos de todo el mundo.

Se hizo expresa alusión diferencial sobre el caso venezolano, por cuanto la tendencia dominante que se observa desde el poder público, a partir de la primera década de la nueva centuria, es hacia la regulación cada vez más marcada de la vida de los venezolanos, y en especial, el control hegemónico del espectro de las telecomunicaciones. En diciembre de 2010, la Asamblea Nacional aprobó la reforma de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión (Ley RESORTE, 2004), que le confiere al gobierno la facultad de controlar algunos contenidos que se publiquen o transmitan a través de medios electrónicos, dentro de los cuales se incluye Internet. Se responsabiliza entonces a los llamados “sitios *web*” del contenido de los mensajes transmitidos en contravención con disposiciones genéricas de esa ley. Al respecto, hay opiniones críticas contra esta reforma, por considerar que Venezuela lo que necesita es soberanía en sus

comunicaciones, apoyada sobre leyes neutrales y autónomas que garanticen la libertad del acceso a la información, como ocurre en el resto del mundo, a excepción de países como Cuba y China.

De acuerdo con la reforma de la Ley RESORTE (Gaceta Oficial 39.579 del 23-12-10), la concepción de esta herramienta legal tiene por objeto establecer la responsabilidad social de los prestadores de los servicios de radio y televisión, proveedores de los medios electrónicos, los anunciantes, los productores nacionales independientes y los usuarios de la difusión y recepción de mensajes, para fomentar el equilibrio democrático y promover la justicia social. Tales disposiciones se aplican a cualquier texto, imagen y sonido, cuya recepción y difusión se realicen en el territorio nacional. Se prevén multas que alcanzan hasta el 10% de los ingresos brutos causados en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior a aquel en el cual se cometió la infracción, así como la sanción de 72 horas continuas de suspensión, si las transmisiones que difundan mensajes promueven alteraciones del orden público o inciten al delito, odio, discriminación, que utilicen el anonimato o desconozcan a las autoridades.

A diferencia del actual caso venezolano, en casi todo el planeta, uno de los reflejos de la globalización es la difusión inmediata de los acontecimientos que se desarrollan en el mundo, los cuales se producen en tiempo real, ante los ojos de todo el mundo, sin importar la distancia física que exista en el lugar donde se presenta el hecho. Esta realidad se complementa con otra y es que cada vez más, se acentúa también la interdependencia de todos los países del orbe, no solamente en términos de los hechos noticiosos, sino también en atención al aumento del volumen y variedad de los negocios y transacciones de bienes y servicios, tanto públicos como privados.

Como consecuencia, se ha producido una crisis entre las nociones tradicionales de Derecho y la soberanía del Estado, conforme a la cual, el criterio sobre la nacionalidad ha venido cediendo, en alguna medida, frente al derecho comunitario y algunas organizaciones supranacionales. Tal es el caso de la Unión Europea, donde en particular, el Derecho Administrativo ha

tomado una posición preponderante sobre las legislaciones regionales en muchos aspectos, que algunos han llamado la *europaización* e *internacionalización del Derecho administrativo*, lo cual ha producido, entre sus signatarios, una doble dependencia entre el respectivo Estado de adscripción y la Unión Europea. Como asienta Cassese, en los países europeos, el nexo que existe entre los Derechos Administrativos y los Estados no se habría visto deteriorado solamente por la europaización, sino también por la *internacionalización de los Estados*.

No hay, actualmente, en el sector del Derecho Administrativo, desde la policía a la tutela del medio ambiente, al control de cuentas, al comercio, etc., en la que no exista una organización internacional que establezca estándares, emane directivas, controle, etc. En conclusión, el Derecho administrativo, primero ligado a cada Estado, está hoy ligado a una pluralidad de ordenamientos jurídicos y de Derechos³¹.

La conclusión acerca de esta reflexión, es que no hay duda de que la organización social, con extensión a la jurídica, cambia con el paso del tiempo; pero también cambia la velocidad a la que se producen esos cambios y la afectación que puede ocasionar en la sociedad. Hay cambios que han necesitado de mucho tiempo, a veces hasta siglos, mientras hay otros que se producen con gran rapidez, como es el caso de los cambios que ocurren por efecto de la revolución informática. Como consecuencia, la ciencia jurídica tiene que actualizarse al ritmo de las transformaciones tecnológicas y sociales. Al efecto, debe allanarse un nuevo análisis, un nuevo lenguaje y nuevas normas que se adecuen a la reconstrucción de los principios que las leyes deben interpretar, una nueva forma de pensar y de comportamiento. Es una era para las reformas, con alcances globales.

En el campo de la informática, se quedará rezagado aquel país que no asuma los cambios legislativos que corresponden. Poco importa el continente donde esté ubicado, ni la tendencia política que oriente a sus gobernantes, incluye al sector público y al privado y tienen como objetivo la renovación o modernización de las leyes, independientemente de los factores políticos o económicos. Siempre debe haber espacio y tiempo para el consenso entre el

³¹ Sabino Cassese... *op. cit.*, pp. 183-184.

gobierno y la oposición, independientemente de las crisis que puedan afectar a cada nación. Tal vez el elemento más novedoso en el caso de la legislación sobre la informática sea la internacionalización que acompaña esas reformas, que obliga al ajuste de los sistemas nacionales al de los demás países, de manera que se impone la orientación hacia una búsqueda integracionista, coordinada entre unos y otros, casi siempre a través de la adecuación de los hechos representativos del mayor desarrollo y de la mayor ventaja posible hacia los usuarios y consumidores.

Tomando como referencia el caso de los países legislativamente más avanzados, se encuentra que todos han realizado esfuerzos hacia la integración de la normativa que circunda el tema del derecho informático. La vanguardia la ha ido llevando el comercio electrónico, seguramente por la dinámica que caracteriza al mercado mismo, sin que el derecho procesal deba quedarse rezagado.

Ya en 1984, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), adscrito a la Asamblea General de las Naciones Unidas, le presentó a dicha Asamblea un informe relacionado con el valor jurídico de la documentación informática, así como de los requisitos que debía cumplir un documento escrito, la autenticación, las condiciones generales y la responsabilidad de los embarques. Las reuniones sobre la materia no se detuvieron y en 1996 fue aprobada la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, con una doble finalidad:

- a) Desde el punto de vista de los ciudadanos, la Ley contempló respuestas para enfrentar los cambios fundamentales que se presentan entre las partes que recurren a las técnicas modernas informáticas, en sus relaciones de negocio.
- b) Desde el punto de vista de los Estados, ofreció un texto de reglas a ser utilizadas por la normativa legal de los mismos en el empleo de la informática y demás técnicas modernas de comunicación en sus relaciones comerciales.

Por otra parte, la Comisión recomendó a los gobiernos que revisaran sus respectivas legislaciones internas sobre los siguientes aspectos:

- a) Acerca de la prueba documental electrónica, se pronunció acerca de las normas de admisión y de valoración de los documentos, para que fueran coherentes con las novedades tecnológicas, de manera que se actualizaran los soportes legislativos apropiados para que los documentos electrónicos pudieran ser convenientemente valorados.
- b) Sobre la forma de documentar los negocios jurídicos, se propuso legislar sobre la forma de instrumentar las formas escritas *ad solemnitatem* o *ad probationem* que pueden revestir, junto con los requisitos que deben cumplirse para la firma informática y su asimilación con la firma tradicional como medio de autenticación de los documentos.
- c) En relación con los documentos administrativos, se recomendó a los Estados que revisaran los procedimientos de presentación de los documentos electrónicos, de modo que pudieran hacerlo ante las respectivas entidades administrativas.

La Comisión Europea publicó, en diciembre de 1994, unas recomendaciones que denominó *Modelo Europeo de Acuerdo de EDI*, mediante las cuales se fijaron una serie de condiciones legales que debían cubrir las partes cuando realizaran transacciones electrónicas, en la utilización de la técnica denominada *Intercambio Electrónico de Datos (EDI)*. Dichas normas no han tenido carácter vinculante, pero sí constituyeron un marco de referencias para servir como base jurídica a los convenios entre particulares.

En 1997, la Comisión Europea presentó al Parlamento Europeo un comunicado denominado *Iniciativa Europea de Comercio Electrónico*, con la finalidad de resguardar y fomentar el crecimiento del comercio electrónico en Europa, reconociéndose la importancia de generar un clima de confianza elemental, a cuyo efecto se incluyó el tratamiento de la firma electrónica.

En el ordenamiento jurídico español se dispone del llamado Real Decreto-ley 14/1999 (17 de septiembre), que trata sobre la firma electrónica y los prestadores de servicios de certificación. En Alemania, cuentan con una Ley sobre Firma Digital (1997); y, en Italia, se dictó un Decreto de la

Presidencia de la República (noviembre de 1997), el cual desarrolla una ley dictada ese mismo año en relación con el archivo y transmisión del documento informático.

Es posible que se presenten conflictos jurídicos a ser resueltos a través del Derecho Internacional Privado. Lo recomendable entonces es que cada país disponga de la normativa más avanzada posible en torno a la materia, que dicha normativa sea clara e indubitable, en la medida de lo posible; pero si el concierto de las naciones procura adecuarse a la normativa propuesta como *modelo* de instrumentación, la resolución de los conflictos será claramente más fácil y segura. Estas circunstancias, de acuerdo a lo que quedó planteado hasta ahora, no se están observando en la Venezuela de la primera década y comienzos de la segunda del siglo XXI.

1.4. La terminología elemental: Informática, Cibernética, Telemática y Derecho Informático

Al jurista le conviene distinguir la diversidad de terminologías que se pueden reconocer en el campo de la informática. Con el tiempo, serán parte de su léxico habitual. Hay un nuevo lenguaje que requiere ser reconocido por todos los operadores de la justicia. En la vida cotidiana, la gente utiliza cotidianamente términos como internet, base de datos, software, hardware, bytes y tantos más. El Derecho, como regulador de la conducta social de los individuos, no puede estar ajeno a este fenómeno lingüístico.

Los antiguos griegos decían que *el inicio de la educación consiste en el examen de los nombres (arjé paideuseos (h)e ton onomáton episkepsis)*. Tomando como punto de partida ese criterio, será particularmente importante ubicar los términos *informático* y *cibernético*, que se vienen utilizando constantemente como sinónimos, para referirse al mundo de la electrónica, siendo conveniente delimitar el contenido y alcance de cada uno*.

Por *informática* puede entenderse aquella disciplina científica que estudia el tratamiento automático de la información y se ocupa de todos los

* Técnicamente, los términos "informático" y "cibernético" no significan lo mismo: el primero, se refiere al manejo de la data y es intangible; el otro, se refiere a la electrónica de las máquinas, que es tangible.

procesos dirigidos a la recepción, el almacenamiento, la elaboración y la difusión de la información a través de las computadoras electrónicas. Mientras que la *cibernética*, además de ocuparse de los procedimientos automatizados para la comunicación y la información, se encarga también de los mensajes que transmiten órdenes y que contribuyen a modificar o producir una reacción en el comportamiento de quienes las reciben.³² La informática crea relaciones jurídicas, que por ende, deben ser tuteladas por el Derecho, en razón de las repercusiones y trascendencia que producen. Siendo así, la informática ha ido creando una nueva rama del derecho, con su fisonomía propia, y con requerimientos que las viejas leyes no siempre pueden satisfacer. Se trata del surgimiento del Derecho Informático, que obedece a una necesidad socio-jurídica, como parte de una realidad indiscutible, aunque no haya sido incluida formalmente todavía como una nueva disciplina jurídica o como parte de los *pensa* de estudios universitarios. De cualquier modo, sería aquella parte del derecho que se encarga de tratar los problemas relacionados con los asuntos informáticos.

No obstante, la diferencia terminológica entre informática y cibernética se mantiene abierta todavía, encontrándose una variedad muy amplia de opiniones. Se han planteado concepciones extremas, que van desde la tendencia según la cual la *informática* absorbe a la *cibernética*, también denominada *iuscibernética*, entendida como forma de interrelación entre la cibernética y el Derecho, hasta el criterio contrario, que distingue ambos términos por completo, pasando por aquella que los hacen coexistir. Estas disquisiciones sólo muestran que el tema puede ser tan complejo como sencillo, en el sentido de que la medida de su importancia depende del interés que cada cual desee asignarle: desde la exhaustividad de la Filosofía del Derecho hasta la postura indiferente.

Como resultado de lo señalado, existe una informática jurídica y más precisamente, también una informática procesal. Ambas están enmarcadas por su propósito de almacenaje y transmisión de la información contenida en

³² Johannes Strangas: "Las relaciones entre la informática y los fines de la Filosofía del Derecho". *Revista Informática y Derecho*, N° 8. Mérida. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro Regional de Extremadura, 1995, pág. 185.

los archivos que contienen causas o procedimientos que son del conocimiento público con base en el principio de publicidad.

El otro término utilizado en el área es el de la *telemática*, que puede ser entendido como el resultado de la unión de las telecomunicaciones con la informática, relacionado con los contratos y documentos que se producen a distancia entre los equipos computarizados o informáticos. Conviene advertir que hay sectores de la doctrina que distinguen, además, la documentación *informática* de la documentación *electrónica*, en función de los recursos *telemáticos*. La telemática es la ciencia de las telecomunicaciones y de la informática, como es, por ejemplo, el caso del teléfono, del *fax* y de las mismas computadoras. Esta situación ha sido resuelta por autores como Vergel y Carrascosa López, advirtiendo la prudencia con la cual deben abordarse estos enfoques, para más bien concebir una documentación electrónica en sentido amplio, que abarca tanto a la instrumentación informática propiamente tal, como a la electrónica y a la telemática; y otra documentación informática en sentido estricto, que es la referida a un bien o a un servicio informático, o ambos³³. Esta posición parece la más conveniente, porque muestra la inevitable relación que existe entre las variables instrumentales observadas. Además, permite avanzar hacia otros temas más importantes, todos relacionados con el Derecho Informático, que puede claramente englobarlos a todos.

1.4.1. Convertibilidad del lenguaje técnico para su comprensión y utilización: Derecho Informático

La información automatizada se compone esencialmente de tres elementos: el mensaje emitido, la transmisión y el mensaje recibido. El lenguaje informático no se origina de una manera tan sencilla como aparece representado. La información se asienta bajo una técnica que no se percibe directamente, sino que se transmite traducida a través de signos codificados, sin que los usuarios logren percatarse de la complejidad técnica que requiere

³³ Valentín Carrascosa López, Pozo Arranz. y Rodríguez de Castro: *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*. Granada. Editorial Comares, 2000, pág. 4. Cita de Vergel en el texto.

la transmisión de los datos informatizados. Su naturaleza es matemática y permite el funcionamiento de todo el proceso informativo, la traducción del mensaje emitido, ya codificado y el mensaje recibido y decodificado para, después de registrado, ser apreciado por el receptor o el lector.

Esa codificación, expresada a través de signos matemáticos combinados se conoce como *conjunto de algoritmos* y al encontrarse ocultos para los usuarios de las computadoras, se le llama lenguaje *encriptado*. Sin embargo, a pesar de la precisión que caracteriza a la ciencia matemática, en el campo de la información computarizada son posibles las deformaciones por equivocaciones, sea por errores de emisión, sea en la transmisión de la codificación y de la decodificación, debido a fallas mecánicas o humanas.

El surgimiento del Derecho Informático, como una nueva disciplina jurídica, está referido a todos aquellos aspectos que relacionan al derecho con la informática. Abarca, desde los contratos informáticos o electrónicos, pasando por la resolución de los conflictos que se derivan de este tipo de contratación, hasta llegar a la existencia de los delitos informáticos.

El abordaje de esta nueva rama del Derecho tiene que ser muy dinámico, debido a que los avances tecnológicos en materia de informática no se detienen, sino que están evolucionando constantemente. De esta manera, es posible que en la misma medida que se produzcan los cambios súbitos, surja la insuficiencia de la normativa jurídica para resolver problemáticas concretas. Por consiguiente, la regulación normativa debe tener elasticidad suficiente para adaptarse, en la medida de lo posible, a los cambios que vayan produciéndose, para poder satisfacer las necesidades sociales del momento. Frossini define el Derecho de la Informática como la normativa dirigida a reglamentar el uso y a reprimir el abuso del nuevo poder informático de posesión y comercio de la información³⁴. En el campo procesal, el tema descansa principalmente en el documento electrónico, pero sin dejar de lado otros elementos determinantes para cualquier proceso,

³⁴ Vittorio Frossini: "Hacia un Derecho de la Información; II Congreso Internacional de Informática y Derecho", *Revista Informática y Derecho*, N° 12. Mérida. Centro Regional de Extremadura, 1996.

como son los contratos electrónicos, el derecho a la intimidad, la firma digital, el *habeas data*, y en particular, por supuesto, la tarea probatoria.

La fijación de los soportes terminológicos de la informática con el derecho procesal le correspondería a la informática jurídica documental, que en materia probatoria resulta ser una de las más complejas e insuficientemente tratada por la doctrina venezolana. Entre tanto, la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas³⁵ (LMDFE, 2001) ha definido algunos términos relacionados con el nuevo Derecho Informático (artículo 2), como son los siguientes:

- Persona: todo sujeto jurídicamente hábil, bien sea natural, jurídico, público, privado, nacional o extranjero, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.
- Mensaje de datos: toda información inteligible en formato electrónico o similar, que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio.
- Emisor: persona que origina un Mensaje de Datos por sí mismo, o a través de terceros autorizados.
- Firma Electrónica: información creada o utilizada por el signatario, asociada al Mensaje de Datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado.
- Signatario: es la persona titular de una Firma Electrónica o Certificado Electrónico.
- Destinatario: persona a quien va dirigido el Mensaje de Datos.
- Proveedor de Servicios de Certificación: persona dedicada a proporcionar Certificados Electrónicos y demás actividades previstas en esa ley.
- Acreditación: es el título que otorga la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica a los Proveedores de Servicios de

³⁵ Algunos juristas venezolanos consideran que estas definiciones se inspiran en la Ley Modelo UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho); Alfredo Morles Hernández y Rafael M. Raffalli; en *La regulación del comercio electrónico en Venezuela*. Caracas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, 2001, pp. 14 y 140.

Certificación para proporcionar certificados electrónicos, una vez cumplidos los requisitos y condiciones establecidos en esa ley.

- Certificado Electrónico: Mensaje de Datos proporcionado por un Proveedor de Servicios de Certificación que le atribuye certeza y validez a la Firma Electrónica.
- Sistema de información: aquel utilizado para generar, procesar o archivar Mensajes de Datos de cualquier forma.
- Usuario: toda persona que utilice un sistema de información.
- Inhabilitación Técnica: es la incapacidad temporal o permanente del Proveedor de Servicios de Certificación que impida garantizar el cumplimiento de sus servicios, así como cumplir con los requisitos y condiciones establecidos en esa ley, para el ejercicio de sus actividades.

La Ley Especial contra los Delitos Informáticos (LDI, artículo 2) aporta textualmente estas definiciones³⁶:

- Tecnología de la información: rama de la tecnología que se dedica al estudio, aplicación y procesamiento de datos, lo cual involucra la obtención, creación, almacenamiento, administración, modificación, manejo, movimiento, control, visualización, transmisión o recepción de información en forma automática, así como el desarrollo y uso del “hardware”, “firmware”, “software”, cualesquiera de sus componentes y todos los procedimientos asociados con el procesamiento de datos.
- Sistema: cualquier arreglo organizado de recursos y procedimientos diseñados para el uso de las tecnologías de información, unidos y regulados por interacción o interdependencia para cumplir una serie de funciones específicas, así como la combinación de dos o más componentes interrelacionados, organizados en un paquete funcional, de manera que estén en capacidad de realizar una función

³⁶ El artículo 2 de la ley señala que las definiciones que se textualizan corresponde a lo previsto en el artículo 9 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pero no corresponde realmente tal postulado con la letra constitucional, que a la letra dice esto: *El idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad.*

operacional o satisfacer un requerimiento dentro de unas especificaciones previstas.

- Data (datos): hechos, conceptos, instrucciones o caracteres representados de una manera apropiada para que sean comunicados, transmitidos o procesados por seres humanos o por medios automáticos y a los cuales se les asigna o se les puede asignar un significado.
- Información: significado que el ser humano le asigna a la data utilizando las convenciones conocidas y generalmente aceptadas.
- Documento: registro incorporado en un sistema en forma de escrito, video, audio o cualquier otro medio, que contiene data o información acerca de un hecho o acto capaces de causar efectos jurídicos.
- Computador: dispositivo o unidad funcional que acepta data, la procesa de acuerdo con un programa guardado y genera resultados, incluidas operaciones aritméticas o lógicas.
- Hardware: equipos o dispositivos físicos considerados en forma independiente o sus componentes periféricos, de manera que pueden incluir herramientas, implementos, instrumentos, conexiones, ensamblajes, componentes y partes.
- Firmware: programa o segmento de programa incorporado de manera permanente en algún componente de *hardware*.
- Software: información organizada en forma de programas de computación, procedimientos y documentación asociados, concebidos para realizar la operación de un sistema, de manera que pueda proveer de instrucciones a los computadores así como de data expresada en cualquier forma, con el objeto de que los computadores realicen funciones específicas.
- Programa: plan, rutina o secuencia de instrucciones utilizados para realizar un trabajo en particular o resolver un problema dado a través de un computador.

- Procesamiento de datos o de información: realización sistemática de operaciones sobre data o sobre información, tales como manejo, fusión, organización o cómputo.
- Seguridad: condición que resulta del establecimiento y mantenimiento de medidas de protección, que garanticen un estado de inviolabilidad de influencias o de actos hostiles específicos que puedan propiciar el acceso a la data de personas no autorizadas, o que afecten la operatividad de las funciones de un sistema de computación.
- Virus: programa o segmento de programa indeseado que se desarrolla incontroladamente y que genera efectos destructivos o perturbadores en un programa o componente del sistema.
- Tarjeta inteligente: rótulo, cédula o carnet que se utiliza como instrumento de identificación, de acceso a un sistema, de pago o de crédito, y que contiene data, información o ambas, de uso restringido sobre el usuario autorizado para portarla.
- Contraseña (password): secuencia alfabética, numérica o combinación de ambas, protegida por reglas de confidencialidad, utilizada para verificar la autenticidad de la autorización expedida a un usuario para acceder a la data o a la información contenidas en un sistema.
- Mensaje de Datos: cualquier pensamiento, idea, imagen, audio, data o información, expresados en un lenguaje conocido que puede ser explícito o secreto (encriptado), preparados dentro de un formato adecuado para ser transmitido por un sistema de comunicaciones.

De un acopio de diferentes leyes internacionales, se puede complementar esta suerte de *neo-diccionario* sobre los conceptos esenciales en materia informática, algunas copiadas por el legislador venezolano:

- Base de Datos: Recopilación sistematizada y organizada de datos conexos, usualmente erigida o conformada a través de medios informáticos, estructurados de tal manera que faciliten su explotación para satisfacer los requerimientos de información.
- Datos (definición previa también en la LDI): hechos, conceptos, instrucciones o caracteres representados de una manera apropiada

para que sea comunicado, transmitido o procesado por seres humanos o por medios automáticos y a los cuales se les asigna o se les puede asignar significado.

- Democracia Electrónica: Profundización de la participación de los ciudadanos en la vida pública mediante las tecnologías de información para el disfrute de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que le consagran la Constitución y las leyes, especialmente, en los procesos de decisión, planificación y cogestión de la actividad pública y el ejercicio de la contraloría social.
- Estándares abiertos: Especificaciones técnicas, publicadas y controladas por alguna organización que se encarga de su desarrollo, las cuales han sido aceptadas por la industria, estando a disposición de cualquier usuario para ser implementadas en un software libre u otro, promoviendo la competitividad, interoperatividad o flexibilidad.
- Gobierno electrónico: Modelo de gestión pública que se fundamenta en el uso intensivo de las tecnologías de información para proveer medios ágiles, confiables y efectivos de información, comunicación y participación de los ciudadanos, para la prestación segura y directa de servicios, y que tiene como objetivo fundamental transformar al Estado como resultado de las mejoras de los procesos y el aumento de la eficiencia y transparencia del Poder Público, generados por dichas tecnologías.
- Hardware (también definición previa en la LDI): Equipos o dispositivos físicos de tecnologías de información o sus partes y componentes periféricos, considerados en forma independiente de su capacidad o función, que pueden incluir herramientas, implementos, instrumentos, conexiones y ensamblajes.
- “Infocultura”: Parte de la cultura orientada a comprender y usar de la mejor manera la “infoestructura” para resolver los distintos problemas que se presentan en el devenir de la sociedad. Identifica al proceso de creación, preparación y fomento de la cultura basada en la información

y el conocimiento y que tiene a las tecnologías de información como herramienta.

- “Infoestructura”: Identifica a la infraestructura de tecnologías de información, entendida como el conjunto de elementos (físicos y lógicos) y servicios necesarios para la creación, conformación, mantenimiento y funcionamiento de un sistema particular o general de tecnologías de información.
- Información: significado que el ser humano, o los dispositivos automáticos, le asignan a los datos, utilizando convenciones conocidas y generalmente aceptadas (copiado en LDI).
- Informática libre: Informática basada en el uso de productos, programas y aplicaciones libres y de sistemas y estándares abiertos dirigidos a asegurar los requisitos tecnológicos desarrollados en esta Ley.
- Portal: Sitio de una red informática de acceso general cuyo objetivo es ofrecer al usuario, de forma fácil e integrada, una serie de recursos y de servicios.
- Programas y aplicaciones libres (ya con definición anterior en la LDI): Programas informáticos, comúnmente conocidos como software libre, cuya licencia garantiza al usuario acceso al código fuente y lo autoriza a ejecutarlo con cualquier propósito, modificarlo y redistribuirlo, tanto el programa original como sus modificaciones, en las mismas condiciones de licencia acordadas en el programa original, sin tener que pagar regalías a los desarrolladores previos.
- Red: Infraestructura conformada por el conjunto de elementos de tecnologías de información conectados entre sí que pueden intercambiar información.
- Seguridad de las redes y de los sistemas de información: la capacidad de las redes o de los sistemas de información de garantizar un determinado nivel de confianza y funcionamiento, frente a los accidentes o acciones dolosas o culposas que pongan en peligro la disponibilidad, autenticidad, integridad y confidencialidad de los datos

almacenados y transmitidos y de los correspondientes servicios que dichas redes y sistemas ofrecen o hacen accesibles.

- Sistema: cualquier arreglo organizado de recursos y procedimientos diseñados para el uso de tecnologías de información, unidos y regulados por interacción o interdependencia para cumplir una serie de funciones específicas, de manera que estén en capacidad de realizar una función operacional o satisfacer un requerimiento dentro de unas especificaciones previstas (copiado en LDI).
- Sistema de información: Sistema dedicado a la generación, entrada, almacenamiento, procesamiento y salida de datos bajo unas especificaciones y significados previstos (copiado en LDI).
- Soberanía Tecnológica: Capacidad de ejercer con independencia, autodeterminación y libertad, la orientación y desarrollo de las tecnologías de información.
- Software (asentada una definición anterior en la LID): Programas, instrucciones, reglas informáticas o elementos lógicos que hacen funcionar o ejecutan tareas en cualquier hardware (copiado en LDI).
- Tecnologías de Información: Rama de la tecnología que comprende el conjunto de instrumentos, procedimientos y productos destinados a la aplicación, análisis, estudio y procesamiento de datos en forma automática para la obtención, creación, almacenamiento, administración, modificación, manejo, movimiento, control, visualización, distribución, intercambio, transmisión o recepción de información en formato electrónico, magnético, óptico, o por otros medios similares o equivalentes que se desarrollen en el futuro, que involucren el uso de dispositivos físicos y lógicos, tales como; computadores, equipos terminales; programas, aplicaciones y redes de telecomunicaciones o cualesquiera de sus componentes (en LDI).

Es factible que se dicten Reglamentos que puedan adaptar las definiciones precedentes de acuerdo con los desarrollos tecnológicos que se produzcan en el futuro; así como para establecer otras definiciones que fueren necesarias para su aplicación más eficaz.

CAPÍTULO 2.- INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LA PRUEBA INFORMÁTICA

2.1. El Proceso y la Prueba: Generalidades

La prueba constituye la etapa fundamental del proceso judicial. Los medios probatorios no pueden desvincularse del proceso, porque sobre ellos dependen las resultas del juicio. Forman parte del debido proceso y la tutela judicial efectiva. Las pruebas juegan un papel insoslayable para que el juez pueda obtener la debida certeza sobre los hechos debatidos dentro de cualquier trámite procesal. 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. 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 el ejercicio de la defensa (artículo 49.1 constitucional).

La doctrina de la prueba ha sido uno de las más proliferas dentro del derecho procesal. En estos tiempos modernos, la fuerza de la realidad, a la luz de los avances científicos y tecnológicos, que forman parte de la globalización, ha comenzado a flexibilizar el rigor jurídico al que estuvo sometido tradicionalmente el tema probatorio. A lo largo de la historia, los grandes juristas han publicado estudios muy útiles acerca de las pruebas judiciales, de modo que no podría ahora más que redundarse sobre un tema que ya ha sido tratado profusamente, sin que este trabajo pueda plantear aportes novedosos sobre las nociones clásicas de la materia. Couture, en sus *Fundamentos*, precisó que el *thema probandum* descansa sobre cinco interrogantes: *qué es la prueba, qué se prueba, quién prueba, cómo se prueba y qué valor tiene la prueba*³⁷. Posteriormente, Sentís Melendo propuso elevar a ocho tales interrogantes, mediante la inclusión de *con qué se prueba, para quién se prueba y con cuáles garantías se prueba*³⁸.

³⁷ Eduardo Couture: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Roque Depalma Editor, 1958, pp. 216 y ss.

³⁸ Santiago Sentís Melendo: *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa- América, 1979, p.10.

Una vez establecido que se trata de un asunto inagotable, dentro de los numerosos conceptos sobre la prueba puede tomarse el de Carnelutti, quien simplificó dicho concepto, al extremo de expresar que se denomina prueba al procedimiento de verificación de una afirmación (hecho afirmado)³⁹. Un concepto más amplio es el de Devis Echandía, para quien “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”⁴⁰. Como puede apreciarse, el objetivo 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. Esta precisión será especialmente importante para desarrollar el tema específico de que trata este trabajo.

Un aspecto doctrinal, que ha merecido la ocupación de muchos juristas, ha sido el de precisar la naturaleza jurídica de las pruebas, en cuanto se trate de una cuestión de derecho sustantivo o de derecho procesal. Para tomar distancia con este tipo de diatribas, tal vez meramente teóricas, lo mejor sería acoger aquella posición ecléctica que concluye que la institución de la prueba le pertenece tanto al derecho sustantivo como al procesal, porque su realización requiere de todos los aportes que se desprenden de toda la normativa que, sin duda, es complementaria entre ambos campos, para que se verifique dentro de un proceso que terminará siempre con un fallo definitivamente firme, vale decir, de la cosa juzgada representada a través de una norma jurídica individualizada. De manera que no debe resultar un problema considerar que hay una prueba material y una prueba judicial. En cualquier caso, la utilización de los documentos ha tenido lugar a través de los tiempos. Siempre han sido un medio de prueba por excelencia, cuyos efectos se gestan con anterioridad al propio proceso, sea en la vida real o

³⁹ Francisco Carnelutti: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1944, p. 399.

⁴⁰ Hernando Devis Echandía: *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo II: Pruebas judiciales. Bogotá. Editorial ABC, 1984, p. 10.

dentro del tráfico jurídico. De ahí que pertenezca a ambos enfoques, el sustantivo y el procesal.

Como parte de los asentamientos anteriores, durante mucho tiempo rigió en Venezuela el llamado sistema de la prueba legal, basado en una tarifa probatoria prevista taxativamente por el Código Civil, que resultó ampliada con la promulgación del código procesal de 1987, al acoger extensivamente el sistema de la prueba libre, conforme al cual se admite cualquier medio probatorio que no esté expresamente prohibido (artículo 395).

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. Una de las aristas más importantes de tales cambios está relacionada con la prueba informática, caracterizada por los soportes técnicos e informáticos, que permiten archivar y reproducir la palabra, el sonido, la imagen y cualquier clase de datos, que constituyan hechos controvertidos o conduzcan a acreditar cualquier circunstancia que permita la obtención de la verdad procesal. 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.

2.1.1. Las luces de Taruffo

Uno de los autores contemporáneos que ha abordado más claramente el tema probatorio en el contexto del moderno derecho procesal, ha sido

Taruffo^(*). Advirtió, precisamente, que el concepto de verdad siempre ha sido objeto de polémica entre los filósofos. Arribó a una conclusión sobre la relatividad del concepto de verdad, ante las dificultades que presenta su conocimiento y su aplicación, al grado de no poder alcanzar siempre un estado de certeza total, incontrovertible, que quede fuera de toda duda, por una parte; y por la otra, porque puede decirse que el proceso no es una empresa científica o filosófica, así que no puede exigírsele verdades absolutas. Por tal razón, puede satisfacerse con verdades relativas, de distinta tipología, al grado que sean suficientes para obtener una sentencia razonablemente bien fundada. Tal vez, por ese motivo es que coloquialmente, los abogados hablan de la existencia de una *verdad real*, que puede no ser coincidente con la *verdad procesal*, lo cual, no deja de ser impropio, porque carece de base epistemológica, pero simplifica la explicación a que se hizo referencia⁴¹.

Taruffo también recuerda que la verdad suele vincularse con la noción de verosimilitud, la cual tiene mucha importancia para la teoría general del proceso, sobre todo, para la determinación judicial de los hechos. Parte de la base de que la doctrina italiana se apoyó en un equívoco lingüístico de Calamandrei, cuando tradujo erradamente un vocablo alemán, que significa *probabilidad*, el cual tiene un alcance diferente al de la verdad, propiamente tal. Consideró que la verosimilitud se refiere a algo que tiene *apariencia de verdadero*, con lo cual se afecta la alegación y la valoración del hecho, mientras que, por otra parte, la equivalencia de verosimilitud con la probabilidad, significa que puede ser entendido como *sustituto de la verdad*. El problema que resulta es que ambos significados no pueden ser empleados conjunta ni alternativamente, porque son distintos. La verosimilitud significa que hay un grado de aproximación a la realidad, que admite diversos *grados de similitud* con lo verdadero y los grados de certeza. Para graficarlo, da

^(*) Michele Taruffo nació en 1943, obtuvo el doctorado en Derecho en la Universidad de Pavia, donde ejerció la docencia y la investigación como profesor de Derecho Procesal Comparado y Derecho Procesal Civil. Ha sido también profesor visitante en las Universidades de Cornell y Pennsylvania, conferencista en Francia, EEUU y muchos países. Su trayectoria es la mejor demostración sobre cómo la cultura, el análisis de las legislaciones en el derecho comparado, permite extraer las bondades y aciertos de cada una, para colocarlas al servicio del sistema judicial, en todo el mundo; específicamente en aquellas áreas difíciles.

⁴¹ Michele Taruffo: *La prueba de los hechos*. Madrid. Editorial Trotta, 2002; pp. 183 y ss.

como ejemplo que un cuadro puede ser parecido a la realidad, pero eso no significa que realmente exista, de manera que puede ser *realista* sin ser *verídico*.

Para resolver el equívoco, Taruffo dice que basta con redefinir los términos del problema, debido a que ni la verdad ni la probabilidad de una situación fáctica tienen que ver con la verosimilitud de una prueba, con base en su credibilidad y aceptabilidad; de modo que aquel concepto de verosimilitud genera confusiones importantes.

Se trata de un aspecto muy complejo, dentro del tema de la tarea probatoria, y a pesar de que no es el objeto central del presente trabajo, este preámbulo será útil para aplicar estos postulados al tema de la valoración de las pruebas difíciles, que es el caso de la prueba tecnológica. Procurando convertir las disquisiciones anteriores, en un contexto más sencillo, puede decirse que la verosimilitud es una cuestión que pretenden las partes, cuando plantean sus respectivas afirmaciones antitéticas, sobre las cuales descansan la acción y la pretensión que les corresponde. Por otra parte, el juez tiene que evaluar la probabilidad de la existencia o verificación de los hechos para proceder a sustentar motivadamente su decisión. Cuando el juez puede aplicar la noción de la probabilidad al hecho, podrá entonces disipar las dudas que pueda presentársele como sentenciador, para pasar a dictaminar su fallo. De esta forma, Taruffo destaca el criterio de relatividad que se debe aplicar al concepto de verdad.

Más recientemente, Taruffo⁴² ha continuado analizando el tema probatorio a la luz de la nueva orientación del derecho procesal. Ratifica que 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

⁴² Michele Taruffo: "Páginas sobre la justicia civil. Proceso y derecho". Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2009; págs. 455 y ss.

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.

Al respecto, 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. Por eso, destaca Taruffo 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”.

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. Cuando Taruffo analiza la llamada prueba científica, cuyas orientaciones pueden aplicarse al resto de las probanzas técnicas como manifestación probatoria, como es el caso de la prueba informática, hace referencia a las llamadas *leyes nomotéticas*, caracterizadas porque formulan reglas generales (o de la naturaleza), que enlazan los sucesos siempre del mismo modo: todas las veces que se produzca un hecho H, se verifica también el hecho H1. Este es el modelo que se denomina razonamiento *nomo-lógico-deductivo*, que implica el soporte del hecho con una ley general, dotada de un fundamento científico. Es, por ejemplo, el caso del establecimiento de la paternidad a través de las pruebas de ADN, cuyo resultado arroja siempre una efectividad que oscila entre el 99 y el 100% de certeza. Pero no todos los hechos pueden cifrarse con tan altos grados de veracidad. Es entonces, cuando hay que acudir a criterios más flexibles. Uno de ellos es el del argumento *cuasi nomológico-deductivo*, que también es muy frecuente en el campo científico, cuando la ciencia no puede suministrar leyes generales, pero sí frecuencias

estadísticas lo suficientemente elevadas (tal vez oscilantes entre el 80 y el 90%), que se pueden considerar con un rango de alta probabilidad. Aquí no se alcanza un valor de certeza, pero sí una frecuencia estadística bastante admisible. Si se trasladara el hecho científico al campo civil, sería algo equivalente al nexo causal que se plantea entre dos eventos (el hecho H conocido, ha sido la *causa o efecto* del hecho H1). En materia probatoria, el inconveniente de las estadísticas es que “sirven para realizar previsiones, pero no sirve para establecer la probabilidad de que cierto hecho haya ocurrido de cierta manera”. En otras palabras, la frecuencia numérica de una regularidad estadística no se traduce inequívocamente en la probabilidad, menos la certeza, de que un hecho se haya producido de determinada manera. Por otra parte, no se arriba a una certeza cuando lo que exista sean frecuencias o probabilidades, máximas o mínimas, para establecer la posibilidad del hecho específico o determinado a establecerse a través de una prueba. Surgiría la interrogante sobre el rango admisible del riesgo del error: ¿el 25%, el 30%? En suma, las estadísticas no son idóneas para fundamentar una inferencia probatoria. Tales reflexiones sólo vienen a ratificar la noción de relatividad sobre la verdad procesal. A tales aportes de Taruffo, puede considerarse la posibilidad de cubrir los vacíos probatorios de la prueba informática a través de la prueba indiciaria, cuando no existan otras pruebas concurrentes y como un recurso probatorio periférico. Al efecto, Devis Echandía⁴³ 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 e Italia (C. de P.C., art. 116) y Colombia (C. DE P.C., art. 249) se ha incluido expresamente en los Cs. De P.C. 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.

⁴³ Hernando Devis Echandía: “Teoría general de la prueba judicial”, Tomo 2; Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1ª. edición colombiana, 1987; p. 679.

En el campo de las ciencias humanas (psicología, sociología, economía, historia, etc.), Taruffo 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 -agregamos- se puede pensar en la prueba informática, por añadidura.

En la misma dinámica, cabe advertir que mucho antes que Taruffo, también Couture⁴⁴ hizo referencia a la doctrina del *standard* jurídico, que quedó definido como “una medida media de conducta social, susceptible de adaptarse a las particularidades de cada hipótesis determinada”. Según Couture, el *standard* representa una línea de conducta social, que le sirve al juez para guiarlo diariamente como un instrumento de técnica jurídica. Estimó que la intuición y la experiencia le señalan al juez la aplicación empírica del *standard*. La doctrina suministra ejemplos de la conducta social: la buena fe, la diligencia de un buen padre de familia en la noción de la culpa, entre otros. Ahora Taruffo le ha insuflado a la noción una actualización acorde con la modernidad que corresponde a los nuevos tiempos.

Al respecto, destaca Taruffo que en el proceso civil, a diferencia del penal, no hay normas que establezcan estándares específicos de prueba. Por esa razón, siempre está vinculado a los criterios generales de la lógica y

⁴⁴ Eduardo Couture: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*; Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1958; pág. 232.

de la racionalidad. Por consiguiente, puede establecerse como criterio el de la *probabilidad prevaleciente*, que implica un grado de confirmación relativamente más elevado con respecto a cualquier otra versión. De alguna forma, se hace necesario “que al menos una hipótesis positiva tenga un grado de probabilidad superior con respecto a la hipótesis negativa correspondiente”. Es lo que explica que el estándar de prueba que adopta el proceso civil, en principio, sea menos exigente que en el área penal. De ahí que, “en el proceso civil se puede considerar probado un hecho sobre pruebas que no serían suficientes para demostrarlo en un proceso penal”. Taruffo lo explicó gráficamente con el famoso caso del actor y deportista O.J. Simpson, quien fue absuelto de las acusaciones de asesinato de su pareja, porque “las pruebas de su culpabilidad no superaron el umbral de la *reasonable doubt* (duda razonable), pero con base en las mismas pruebas fue condenado al resarcimiento de los daños en sede civil, porque superaban el nivel de la *preponderante of evidence*” (probabilidad prevaleciente).

Los razonamientos de Taruffo sobre la prueba científica, 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. Taruffo concluye 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 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, concluye Taruffo 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.

Como puede apreciarse, las dificultades probatorias de la prueba informática están claramente articuladas con las reflexiones de Taruffo 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.

2.1.2. La prueba informática entre lo clásico y lo moderno

En el contexto probatorio, hay semejanzas y diferencias entre la prueba informática y la noción tradicional de la prueba. Puede seguirse la misma orientación de la prueba clásica en cuanto a precisar quién debe probar (carga probatoria), cómo se constituye la prueba (objeto) y cuál es su fuerza probatoria que vendrá luego, en definitiva, como parte de su evaluación (valoración). Pero no está de más advertir que se trata de un tema inagotable, de modo que, con el presente trabajo, se pretende hacer un paralelismo, en la medida de lo posible, entre los postulados clásicos sobre la prueba y los aspectos que son específicos del documento electrónico; entendido éste como expresión típica de una prueba informática.

Si el documento tradicional se caracteriza por tener un soporte tangible, como es el papel que recoge un texto, expresando el propio acto jurídico, que permite su lectura inmediata, el documento electrónico y el multimedia tienen un soporte intangible, de naturaleza magnética, que solamente será perceptible por los sentidos si es *traducido* o transcrito a través de un programa electrónico específico. Tales particularidades no impiden reputar al documento electrónico como un verdadero documento, pues como expresó Ramos Méndez, “el concepto de documento trasciende al simple escrito”⁴⁵. En efecto, ahora puede hablarse más de prueba instrumental que de la documental propiamente dicha, aunque pueden considerarse vocablos sinónimos, desde el punto de vista procesal. Hoy día, se entiende literalmente como cualquier representación instrumental dentro del concepto tradicional sobre el documento, ya que la información se puede recoger en cualquier soporte físico, porque ya el papel dejó de ser el único receptáculo de dicha información.

Por otra parte, los mensajes electrónicos se transmiten de manera impersonal, el receptor ni siquiera puede ver al emisor o autor del mensaje; más imprecisamente todavía, el transmisor del mensaje puede no ser el autor real y obligado jurídicamente, sino un tercero que conoce la clave de ingreso al archivo electrónico, con o sin autorización del emisor. Tampoco tienen firma, al menos no la clásica rúbrica que ha venido calzando todos los documentos plasmados en un papel*. Como bien dijo Carnelutti, a mediados del siglo pasado, el documento es cualquier expresión del pensamiento. Es así como el documento electrónico, aunque tenga un soporte diferente al tradicional, que es inmaterial o intangible, deja por ello de ser una prueba instrumental. Lo importante, entonces, es que produzca para las partes, para el juez y para el aparato jurisdiccional, la confianza suficiente para merecer seguridad jurídica. Lo relevante es que el objetivo fundamental de la actividad

⁴⁵ Francisco Ramos Méndez: *Derecho Procesal Civil*. Barcelona. Ed. Bosch, 1980, p. 514.

* Técnicamente, se estima que en el futuro cercano, todo ciudadano contará con una Firma Electrónica digital, tan segura como su huella dactilar y todo documento electrónico contará con dicha firma particular, incluso en los casos de personas analfabetas o discapacitadas, que tendrán su firma digital grabada por medios naturales, como la Voz, en cuyo caso, el documento será grabado y leído también en formatos naturales. Esta nueva tecnología ya está difundándose y con cierta rapidez, con los llamados NUI o *Natural User Interfaces*, que están sustituyendo a los GUI o *Graphical User Interfaces*.

probatoria, en el proceso judicial, es la averiguación de la verdad, aunque conseguirlo indubitadamente puede no ser tan fácil, tratándose de una prueba tan compleja como es la prueba informática.

Sobre los criterios de verosimilitud o de probabilidad a los que tendrá que recurrir el sentenciador de una causa que deba evaluar un documento electrónico para acercarse en el mayor grado posible a la verdad, va quedando claro que se trata de una prueba compleja y que la verdad procesal puede tener diferentes grados de certeza jurídica. En este campo es frecuente que aparezca la concurrencia de varios recursos para configurar el medio probatorio, como es el caso de que el material recoja la voz o la imagen del hecho, en una grabación o video, que se conoce como instrumento multimedia. En este caso, puede ser necesario el llamamiento de un testigo para confirmar la ocurrencia del hecho. Puede ocurrir también que se requiera de un informe pericial, soportado electrónicamente, que represente una cuestión estrictamente técnica, que requiera conocimientos científicos, como puede ser, por ejemplo, el llamamiento de un médico que le permita al juez la mejor interpretación del informe científico plasmado en un soporte electrónico. Aquí surge, además, el aspecto del conocimiento privado del juez, vale decir, el grado de conocimientos de que pueda disponer un determinado juez sobre el asunto controvertido, con la ciencia y la tecnología de cuyo entendimiento se trata. Todas estas variables, apenas esbozadas a manera ilustrativa, permiten precisar mejor el planteamiento de que trata este análisis, que va a ser determinante para considerar más adelante la libre valoración que requiere la prueba informática.

Al momento de la aceptación de los documentos electrónicos como prueba, el problema que se presenta es la dificultad para reconocer la validez de los soportes distintos del papel, que no es otra cosa que la dificultad para confirmar su autenticidad. Resulta difícil asimilar inequívocamente el documento electrónico dentro del ordenamiento jurídico tradicional, precisamente porque carece del requisito o elemento fundamental que tradicionalmente lo legitimaría: la firma.

Por consiguiente, al margen de los aportes de Calamandrei y de Taruffo -en sus tiempos- sobre el requisito de la verosimilitud de la prueba, lo más conveniente es recurrir al razonamiento probabilístico para arribar al mayor grado posible de veracidad sobre la prueba. La doctrina jurídica ha planteado muchas nociones sobre la probabilidad, pero no todas comparten el mismo criterio. Las opiniones oscilan entre los escépticos y los optimistas. Para Mackie, “el concepto de probabilidad es extraordinariamente escurridizo y enigmático”, mientras que para Black, “no hay una disparidad de conceptos de probabilidad, sino más bien diferentes vías de verificación de afirmaciones de probabilidad”⁴⁶. En un plano, si se quiere intermedio, Cohen considera que:

sí hay un elemento común a todos los usos de la probabilidad que estarían vinculados con la demostrabilidad, como la bondad inferencial. De este modo, a distintos tipos de inferencia pueden serles de utilidad distintas concepciones de la probabilidad, no excluyéndose, por tanto entre ellas⁴⁷.

Por su parte, Popper luce más pragmático cuando pretendió elaborar una sintaxis de la probabilidad neutral a sus distintas interpretaciones analíticas⁴⁸.

En fin, la complejidad del instrumento y del mecanismo de transmisión de los mensajes de datos que se convierten en documentos electrónicos genera proporcionalmente mayores dificultades para que la prueba instrumental alcance un grado de verosimilitud suficiente para ser evaluado el respectivo hecho controvertido, con su consiguiente certeza procesal. De cualquier forma, como lo que ahora se busca es un punto de apoyo para soportar la naturaleza del documento electrónico, puede arribarse a la conclusión de que debe ser admisible cualquier mecanismo que tome el juez para aproximarse a la verdad de la prueba, en la mejor y mayor medida posible, acorde con la valoración libre de la prueba, y por ende su validez, para asignarle veracidad a la prueba informática. Se trata de una noción epistemológica de la probabilidad, que admite graduaciones diversas de

⁴⁶ Jordi Ferrer Beltrán: *La valoración racional de la prueba*. Madrid-Barcelona- Buenos Aires, Marcial Pons, 2007, p. 93.

⁴⁷ Jordi Ferrer Beltrán: ... *op. cit.*, p. 93.

⁴⁸ Jordi Ferrer Beltrán: ... *op. cit.*, p. 93.

acuerdo con las proposiciones que sean planteadas por las partes. Como reflexiona Ferrer Beltrán⁴⁹, algunos eventos se pueden medir a través de cálculos matemáticos de probabilidades, que dan lugar a una variable de frecuencia o estadística, cuando se presenta una sucesión de acontecimientos. También es posible que el hecho se inserte dentro del número de probabilidades de que un suceso ocurra para compararlo con el número de posibilidades de que no ocurra; sin que pueda descartarse concebir probabilidades concordadas con concepciones subjetivistas, de probabilidad subjetivas, que viene a ser una medida del grado de creencia racional de una persona en relación con una verdad. En otras palabras, todo se relaciona con los grados de creencia sobre determinada proposición; es como un sistema de creencias, que cobra valor por la coherencia que reflejen. En definitiva, se ha planteado diversidad de fórmulas para que el juez arribe al mayor grado de credibilidad posible sobre una prueba, incluida especialmente la informática, con base en el criterio de las probabilidades para resolver el razonamiento probatorio en el momento de la valoración de la prueba.

Lo que queda claro es que no resulta un asunto fácil procesalmente. Sin embargo, haciendo un esfuerzo por plantear de forma sencilla algo que no lo es, puede decirse que la verosimilitud es un concepto independiente y previo de la verdad y de la probabilidad, pero que de ella puede depender la admisión y la valoración preventiva de un hecho como medio probatorio. Un hecho puede ser verosímil en un momento dado, pero no resultar veraz después, o lo contrario. Por lo tanto, la apreciación de la verosimilitud del hecho resulta discrecional en un momento determinado. Está relacionada también con la notoriedad del hecho, aunque no es fácil reconocer una analogía entre ésta y las informaciones sumarias que están representadas en el juicio de verosimilitud.

En suma, lo que se puede tener claro, es que el concepto de verosimilitud es independiente de los de verdad y probabilidad, pero no es completamente ajeno a ellos. Tiene una aplicación restringida pero efectiva,

⁴⁹ Jordi Ferrer Beltrán... *op. cit.*, pp. 94-96.

dentro de la disciplina probatoria en un proceso, siendo además, un antecedente para las otras dos nociones. La noción de verosimilitud, incluida la variable de las probabilidades, ha de resultar útil para la asimilación de la prueba informática dentro de un proceso, porque de ella puede depender su admisión en un momento determinado, lo cual sólo viene a ratificar la complejidad que tiene en sí misma. Esto es lo más frecuente cuando se observa la prueba tecnológica.

2.2. La nueva orientación de la prueba judicial

Bajo el influjo del principio dispositivo, el proceso civil le otorgó a las partes la facultad de disponer exclusivamente de la fuerza probatoria y limitó sensiblemente la iniciativa del juez civil para emprender una labor investigativa que le permitiera una participación más activa dentro de la fase probatoria; a diferencia de las facultades oficiosas que le permite el principio inquisitivo, propio del proceso penal. Esta concepción ha venido perdiendo fuerza en los procesos civiles modernos. Ya países como Alemania, Francia, Italia, Austria, México y Brasil, entre otros, han convertido en inquisitivos los procesos civiles, sin que por ello se haya limitado la participación de las partes en la aportación y evacuación probatoria. Cuando la ley le prohíbe al juez servirse de su ciencia privada, tanto él, como el propio proceso, verán limitado el cabal material informativo para el descubrimiento y fijación de la verdad procesal. Esto, en modo alguno, implica que las partes dejen de ilustrar al juez por su propia iniciativa, sobre los hechos que los favorezcan⁵⁰.

En el caso venezolano, son muy específicas las potestades que tiene el juez civil para tomar iniciativas probatorias, como es por ejemplo, el caso de la prueba testifical, siendo que en la declaración del testigo “el juez podrá hacer al testigo las preguntas que crea conveniente para ilustrar su propio juicio”, en base al artículo 487 del Código de Procedimiento Civil*.

⁵⁰ Augusto M. Morello: *Modernidad de la prueba en El proceso moderno*. La Plata. Librería Editora Platense, 2001, pp. 355 y ss

Por cierto que está previsto por el mismo código procesal que, a solicitud de las partes o por iniciativa del tribunal, el acta de la declaración testifical, junto con las posiciones juradas y cualquier otra diligencia que deba hacerse constar a través del tribunal, pueden ser grabadas o tomadas a través de cualquier medio técnico de reproducción o grabación (artículo 189). Es otra casuística de naturaleza inquisitiva dentro del proceso civil venezolano actual.

Con la entrada del nuevo siglo y de los avances de la ciencia y la tecnología, que plantean asuntos de alta complejidad, la revisión del sistema probatorio, el cual tiene que dirigirse hacia una mayor apertura de los medios de prueba, con la mayor participación del juez en la conducción activa del proceso, como su director oficial. Como consecuencia, se infiere como asunto cardinal, que las reglas de la sana crítica, junto con las orientaciones derivadas de la experiencia y de las propias vivencias, que no son otra cosa que los valores y las creencias vigentes en su contexto histórico, adquieren cada vez más la preponderancia exigida por la nueva dinámica procesal. Esta realidad le asigna a la figura del juez una responsabilidad superior a la que ha venido ejerciendo, que paralelamente apareja un poder mayor, un mejor control y una responsabilidad inevitable, pero también una mejor preparación integral que garantice que, en el derecho probatorio, no sea menoscabado el equilibrio de las partes, quienes tienen que encontrarse en igualdad de condiciones siempre.

En este sentido, la concepción que se tiene del juez, dentro del sistema jurídico del *common law*, puede resultar un modelo adecuado a ser considerado por los países de origen románico. En aquel sistema, el juez se ha concebido históricamente como creador del derecho, al estar dotado con capacidad de iniciativa probatoria, en el ejercicio de su función judicial. De ahí que goce de un considerable prestigio social y respetabilidad, específicamente en países como Estados Unidos de Norteamérica y la Gran Bretaña.

La proyección del principio inquisitivo sobre el proceso civil no significa la derogatoria de la iniciativa de las partes para el ejercicio de su derecho subjetivo de accionar ante los organismos jurisdiccionales, conocido bajo el aforismo *nemo iudex sine actore*. El juez no puede incoar la demanda de oficio, ni las excepciones o defensas que son carga del demandado, menos todavía puede interponer recurso alguno contra su propio fallo. Pero en cambio, en el campo probatorio, los planteamientos de la tesis y de la antítesis, que son los extremos del trámite procesal, no le deben restar al juez, como director del proceso, la potestad de tomar iniciativas y

reorientaciones en la aportación y la tramitación de oficio de ciertos medios probatorios. En definitiva, el impulso procesal de oficio debe admitirse en la medida que se comprenda que el Estado tiene interés en que su función de administrar justicia se manifieste a través de una sentencia oportuna, dictada lo más pronto posible.

Asienta Berizonce que, en el proceso moderno, el juez es necesariamente el protagonista principal y activo, en su rol de director y autoridad en el proceso, sin que por ello se afecte a las partes, porque todos realizan una labor propia y otra conjunta. Esa labor del juez no tiene que incidir con el deber de *neutralidad* que tiene. Clásicamente, en el llamado *civil law*, se le excluía al juez de poderes inquisitorios en la actividad probatoria en cuanto al principio del contradictorio. Para Berizonce, el desarrollo de la doctrina procesal “muestra el abandono paulatino de esas reglas”, pues cuando el juez se pronuncia sobre la realización de una prueba, lo hace en beneficio de la justicia, puesto que “el proceso se hace para dar razón a quien la tenga”, que es lo que llama “justicia auxiliaria, de colaboración o de acompañamiento”⁵¹. Dice que, cuando el órgano judicial toma la iniciativa de averiguar un hecho está cumpliendo con su misión, por obra de la colaboración, y no porque pretende el reemplazo de nadie. En sintonía con esos aires de renovación, dice Berizonce que las concepciones modernas, en materia de pruebas, impulsan el protagonismo de los jueces en el aspecto de su valoración, de manera que se ha venido generalizando un progresivo desplazamiento del sistema de las pruebas tasadas con el paralelo aumento de la libertad de apreciación probatoria, lo cual no justifica ni la arbitrariedad ni el absurdo⁵².

El avance de los medios probatorios modernos ha incidido en la atenuación de las pruebas tasadas, lo cual ha venido a hacer más complejo el objeto litigioso, especialmente en el caso de la preponderancia que ha venido tomando la participación de los peritos, quienes ante los progresos tecnológicos, han venido ocupando espacios cada vez mayores, en el área

⁵¹ Roberto Omar Berizonce: *El Abogado y el Juez. El Eterno Contrapunto entre los Protagonistas del Proceso*, en *Estudios iberoamericanos del derecho procesal, Libro homenaje al Dr. José Gabriel Sarmiento Sosa*. Colombia. Ed. Legis, 2005, pp. 137-144.

⁵² Roberto Omar Berizonce...*op.cit.*, pp. 137-144.

propia de la actividad jurisdiccional. Es por eso que Berizonce llega a la conclusión de que “la directriz de la libre valoración judicial de las pruebas entra en crisis frente a las pruebas técnicas de alta especialización”⁵³; razón por la cual el juez está llamado a asegurar y controlar el correcto desempeño técnico-científico de los peritos. En efecto, aunque los jueces no pueden tener, en ese sentido, un conocimiento científico o técnico superior al perito, tiene que controlar el grado de aceptabilidad y de razonabilidad que merecen los métodos especializados en la formación de su convencimiento. De lo contrario, se correría el riesgo de convertir al tribunal en algún momento, en una suerte de laboratorio, dominado por la técnica, cuando ya 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 el autor citado llegue a la conclusión de 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 político-social, son algunas de las propuestas más corrientes”⁵⁴.

En este orden de ideas se inserta la orientación de la prueba informática, cuya valoración debe hacerse, en la realidad, a través de las reglas de la sana crítica y las máximas de experiencia. De ahí que, más temprano que tarde, los ordenamientos jurídicos tendrán que reputar este medio probatorio como una prueba autónoma y no como ha sucedido en Venezuela con la LMDFE, en cuyo texto, integralmente considerado, luce más como un híbrido jurídico, al declararla como análoga a la prueba documental, por un lado; y, por el otro, remitirla a su valoración como una prueba libre.

⁵³ Roberto Omar Berizonce...*op.cit.*, pp. 137-144.

⁵⁴ Roberto Omar Berizonce...*op.cit.*, pp. 137-144.

2.3. La motivación racional de la sentencia

En sintonía con las orientaciones modernas, Taruffo presentó un análisis sobre la motivación de la sentencia, a través de la opción de la racionalidad, partiendo de la base de que la prueba de los hechos y la motivación de la sentencia mantienen una relación muy estrecha. La concepción racional de la decisión está vinculada con la regulación que tenga el ordenamiento jurídico sobre las pruebas, de modo que el sistema de la prueba legal sólo se refiere a una certeza puramente formal sobre los hechos, que necesariamente no tiene que ver con la verdad, porque cualquier regla de exclusión de medios probatorios impide su incorporación al proceso, a pesar de que serían útiles para comprobar un hecho, y llegar así, de forma racional, a la verdad. Por ende, deberían admitirse todas las pruebas relevantes, puesto que de esa manera, se maximiza la posibilidad de llegar a la veracidad de los hechos, en su relatividad. Es así como Taruffo se muestra de acuerdo con el principio de libre convicción del juez en su decisión sobre los hechos, pero ajusta que no debe entenderse en su versión radicalmente subjetivista, en su aproximación a la noción de la *intime conviction*, sino que esa discrecionalidad que tiene el juez en la valoración de las pruebas debe ejercerse acorde con criterios que garanticen un control racional. De ahí que, el juez está obligado a ofrecer una justificación racional de su decisión. Es de esta manera como el juez puede adoptar decisiones justas, en la medida que se fundamenten en una reconstrucción verdadera de los hechos controvertidos.

Tal verdad no puede descansar en una intuición individual o misteriosa, “sino de un procedimiento cognoscitivo estructurado y comprobable de manera intersubjetiva”⁵⁵, que es la perspectiva de la *función epistémica* de la prueba. Es la que permite al juez lograr la información que requiere para establecer los enunciados veraces sobre los hechos, sobre bases cognoscitivas suficientes. Es por lo tanto, la función racional que conduce al establecimiento de *juicios de verdad*. No obstante, Taruffo

⁵⁵ Michele Taruffo: *Consideraciones sobre prueba y motivación en Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007. pp. 17 y ss.

advierte que los estándares probatorios pueden tener márgenes de error en la comprobación del hecho, pero que tal circunstancia debe considerarse tolerable, dentro de la noción de la racionalidad de la decisión⁵⁶.

Este análisis de Taruffo resulta muy útil para entender el nuevo enfoque del derecho procesal en materia probatoria, vale decir, de la moderna concepción que debe imbricarse con los procesos judiciales, a partir de la evolución tecnológica y científica, que amerita la revaluación de las concepciones clásicas sobre el tema. Al efecto, Taruffo estima que la aparición de la prueba científica durante los últimos años, ha irrumpido como un fenómeno que cobra cada vez más relevancia, alrededor de la cual “han surgido numerosos problemas concernientes sobre todo al control de la validez de los conocimientos y de los métodos científicos que se utilizan para comprobar la verdad de los hechos en el proceso”⁵⁷. Al aludir la relevancia decisiva que en el fondo produce este tipo de nuevos problemas, dice Taruffo que el aumento del uso judicial sobre los conocimientos científicos, a pesar de “sus características de vaguedad, incertidumbre, subjetividad y falta de fiabilidad de las ‘nociones’ que lo constituyen aumenta el grado de certeza y de posibilidad de control de la información de que el juez puede disponer para constatar los hechos”⁵⁸. Complementariamente, para que los hechos puedan verificarse en su validez científica, requieren ser extraídos del “dominio de la irracionalidad subjetiva”⁵⁹.

En definitiva, los procesalistas más calificados y las legislaciones más avanzadas en el mundo, apuntan mayoritariamente hacia una nueva concepción del tema probatorio, y por ende del derecho procesal, desplazando cada vez más la preponderancia que tuvo, durante mucho tiempo la prueba tarifada o cerrada, para abrirse hacia la prueba libre como la forma más idónea para arribar a la veracidad de los medios probatorios, que trae consigo un mejor análisis a la luz de las reglas de la sana crítica y de las máximas de experiencia. Sólo de esta forma se explica la contradicción tantas veces señalada de la LMDFE venezolana en el contexto

⁵⁶ Michele Taruffo...*op.cit.*, pp. 17 y ss.

⁵⁷ Michele Taruffo...*op.cit.*, pp. 17 y ss.

⁵⁸ Michele Taruffo...*op.cit.*, pp. 17 y ss.

⁵⁹ Michele Taruffo...*op.cit.*, pp. 17 y ss.

probatorio. Probablemente, el legislador venezolano del 2001, se inspiró en textos internacionales más avanzados, sin entrar a considerar la necesidad de revisar también el resto del sistema probatorio todavía vigente, que requiere ponerse a tono con las nuevas realidades del mundo global, sus pujantes cambios y problemas novedosos que han venido surgiendo con la revolución tecnológica. De esta forma, la ley marco en materia informática ha entrado en serias contradicciones, sin que hayan quedado resueltas, ni siquiera con las doctrinas jurisprudenciales, a pesar de haber transcurrido más de una década de su promulgación.

Ocurre que, si comúnmente es difícil alcanzar la verdad procesal, cuando el ordenamiento jurídico no suministra las condiciones favorables para brindar el debido marco de sustentación para cubrir ese cometido, que es lo que sucede actualmente con el sistema venezolano, se afecta el derecho de contradicción de las partes, se incrementan las posibilidades de fraude procesal y se mengua la participación efectiva que debe corresponder a todo el aparato judicial, extendida a las partes y sus abogados. En todos los tiempos, la justicia se ha edificado sobre la noción de certeza, la mayor que sea posible, que no es más que la ausencia de duda, al menos desde la perspectiva de lo razonable; de ahí que a menudo se habla de una *certeza razonable*. En el campo de la prueba informática, los vacíos y las contradicciones que exhibe la legislación venezolana ameritan una revisión urgente, como se precisa más adelante. Complementariamente, se trata de un área que requiere jueces bien informados, calificados, experimentados, que con una buena preparación puedan enfrentar la complejidad de estos medios probatorios. Es el mejor camino para que puedan cumplir una actividad orientadora ante los avances y los cambios, a través de soluciones que desemboquen en la debida confianza social. Semejante a lo que Taruffo menciona como el deber que tiene el juez de racionalizar el fundamento de la decisión, estructurando los argumentos con *buenas razones*.

En efecto, la complejidad que por sí sola presenta la prueba electrónica, unida a los problemas que dimanen de una legislación insuficiente e incoherente, obligan al juez a proporcionar soluciones

creativas, además de justas. La única forma de lograrlo es con base en los conocimientos de que dispongan los jueces venezolanos. Es el momento de aplicar debidamente la sana lógica con las reglas de la sana crítica. Las bases que puedan ser útiles dentro de la tradicional prueba instrumental no son suficientes. Habrá que hacer uso del recurso de la analogía y de los principios generales del derecho, de la prueba pericial con énfasis en los expertos en informática, de la prueba de informes, de la reconstrucción o reproducción de los hechos, de la prueba indiciaria, que no es sencilla de aplicar, de las presunciones; y en fin, de la legislación comparada, que permitirá, junto con la jurisprudencia ya existente, tomar criterios basados en análisis y experiencias útiles que permitan ir creando el contexto necesario para abonar las bases sobre las cuales debe descansar un sistema judicial más sano y sólido. Y para el Tribunal Supremo de Justicia, que cumpla con su obligación nomofiláctica o defensa de la ley⁶⁰. A través de la nomofilaquia se logra la racionalización del derecho viviente, para depurar la jurisprudencia o para permitir que, con la uniformidad de las decisiones se eviten estancamientos del sistema judicial que atenten contra la seguridad jurídica, además de permitir la previsibilidad de los resultados al acudir ante los tribunales, además de afianzar el principio de igualdad de las partes ante la ley⁶¹.

2.4. Fuentes y medios de prueba: la prueba informática

La distinción entre fuentes y medios probatorios ha sido otra materia polémica entre los procesalistas. Al respecto, puede centrarse resumidamente la divergencia entre las posiciones asumidas por Carnelutti y Sentís Melendo. Se hará la consiguiente proyección sobre la prueba informática.

⁶⁰ La nomofilaquia fue definida por Calamandrei como la finalidad de mantener, en la actividad de los magistrados encargados de definir el derecho, la observancia de la ley (Piero Calamandrei: *La casación civil*; t. II, p. 102).

⁶¹http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S1315-5972006000100006&script=sci_arttext Herrera Carbuccia, Manuel Ramón: *Importancia de la Unidad de la Jurisprudencia Laboral, Análisis y Discusión*. Cita así: 19 Breve, II Sindicato della Corte de Cassazione, Contenido e Limite, Guiffre, Milano, 1993, págs. 181 y ss. González-Vuellar Serrao. Apelación y Casación. Colex, Madrid 1994, pág. 174, citado por Guzmán Fluja, Vicente C. El Recurso de Casación Civil. Tirant Monográfica. Valencia, 1996, pág. 43. 20 Guzmán Fluja, Vicente C. Ob. Cit., pág. 43.

Para ambos juristas, la concepción de las fuentes y los medios de prueba es diferente. En el caso de Carnelutti, la diferencia se plantea con base en las pruebas directas e indirectas. En la prueba directa, se verifica el principio de inmediación, en el sentido de que el juez tiene un contacto personal con el hecho a probar, de modo que la actividad del juzgador queda reducida a su actividad perceptiva del hecho. En el caso de la prueba indirecta, el juez está separado del hecho a probar, porque no lo percibe por sí mismo, sino que existe un paso de intermediación, de modo que la actividad no es perceptiva propiamente, sino deductiva. Bajo esta visión, en el primer caso se estaría en presencia de un medio de prueba y en el otro, de una fuente⁶².

Sentís Melendo hace críticas a la explicación de Carnelutti. Expresó que no le era fácil aceptar “que las fuentes consistieran en operaciones mentales y los medios en instrumentos”. Dice que los términos se invierten: “la fuente de prueba es el hecho del cual se sirve el juez para deducir la propia verdad; el medio de prueba lo constituye la actividad del juez desarrollado en el proceso”⁶³. Utiliza para ilustrar su explicación diferencial, el caso del testigo o del perito como fuente de prueba, que contrasta con la declaración del primero, que sería una fuente, y la opinión del segundo, que son medios probatorios⁶⁴. Sentís Melendo lo que hace realmente es tomar la diferenciación de Carnelutti para ajustarla en lo que denominó una *simplificación conceptual*.

Para Sentís, el concepto de fuente es meta jurídico, extrajurídico o a-jurídico, porque corresponde a una realidad anterior y extraña al proceso; mientras que el medio de prueba es un concepto jurídico y completamente procesal. La *fuentes* existe con independencia al proceso y el *medio* se origina y se forma dentro del proceso. Las *fuentes* existen ya cuando se ha instaurado el proceso, al cual se pueden incorporar a través de los *medios*.

Ahora bien, la fuente de prueba puede exteriorizar el registro de un hecho por sí mismo, como ocurre en el caso de los documentos no

⁶² Carnelutti: *La prueba civil*; Vol. I; ed. Arayú, Buenos Aires, 1955, p. 67 y ss.

⁶³ Santiago Sentís Melero: *La prueba*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, pp. 147-152.

⁶⁴ Santiago Sentís Melero...*op.cit.*, pp. 147-152.

desconocidos ni impugnados, en cuyo caso, la misma fuente tendrá valor como medio de prueba cuando se aporte al proceso. En determinado momento, puede haber entonces coincidencia entre la fuente y el medio de la prueba, así como un documento puede constituir a la vez una fuente y un medio probatorio. En cambio, cuando la fuente no se muestra expresamente o no se hace evidente, es necesario extraer el conocimiento o contenido de la fuente a través de un medio de prueba, con recurrencia al trámite probatorio, que implica una tarea probatoria.

El mismo Sentís Melendo explica que:

si queremos tener un concepto de esa realidad que para nosotros es la fuente de prueba, independientemente de que origine o no una actividad procesal representada por un medio, hemos de admitir que fuente es, como hemos señalado, un concepto meta jurídico y absolutamente procesal. La fuente existirá con independencia de que se siga o no el proceso, aunque mientras no se llegue a él su existencia carezca de repercusiones jurídicas; el medio nacerá y se formará en el proceso. Buscamos fuentes; y, cuando las tenemos, proponemos los medios para incorporarlas al proceso⁶⁵.

A partir de aquí, se pueden considerar los momentos de la prueba, puesto que además de los medios probatorios, habrá que hacer referencia tanto a la carga como la valoración de la prueba. El momento de la carga probatoria será la respuesta a una interrogante que recae en las partes, porque son los que tienen que demostrar el hecho; mientras al juez le corresponde su valoración en la sentencia. Si bien la prueba constituye el trámite central del proceso, sobre todo en los juicios orales y por audiencias, su desenlace suele tener lugar específicamente con el pronunciamiento del fallo. La apreciación de la prueba es, como expresa Devis Echandía, “la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido”⁶⁶.

Ante la diversidad de enfoques sobre la distinción entre fuentes y medios de prueba, lo mejor es quedarnos con las conclusiones más simples de la diatriba, como hizo Carnelutti, cuando afirmó que no es importante

⁶⁵ Santiago Sentís Melero...*op. cit.*, p. 151.

⁶⁶ Hernando Devis Echandía: *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo 1. Medellín. Biblioteca Jurídica Diké, 1987, p. 287.

cómo sean llamados los dos conceptos, sino más bien que, cuando se utilice uno u otro, se sepa sobre lo que se está hablando. La otra conclusión elemental a precisar sobre ambas nociones, es que las fuentes de prueba existen antes del proceso, de modo que no pueden ser creadas por orden judicial, existen o no existen. De modo que, lo que debe hacerse, es acudir a los medios de prueba para traerlas al proceso. Aquí es donde se inserta claramente la precisión de la doctrina cuando explica que el testigo es la fuente y su declaración el medio, del mismo modo que el documento es la fuente y su presentación en el proceso, por el modo que determine la ley, es el medio.

2.4.1. Fuentes y medios en el caso del documento electrónico

Con base en todos los prolegómenos que antecedieron, queda ahora la aplicabilidad que le corresponde al documento electrónico. La informática jurídica está ligada a la prueba instrumental, y al efecto, cabe revisarla tanto desde la perspectiva de una fuente como de un medio de prueba.

La mayoría de los países ha comenzado a incluir expresamente a la prueba informática como un medio de prueba. Empero, puede tratarse también de una fuente, porque su creación tiene lugar fuera y antes del proceso. Este hecho no tiene mayores dificultades, como sí ocurre cuando se va a considerar el medio probatorio para su inserción dentro del proceso, en términos de verosimilitud, para que posteriormente pueda producir la debida certeza que la lleve a su valoración probatoria. En Venezuela, la LMDFE (artículo 4) ha establecido que el mensaje de datos, expresión del documento electrónico, constituye un medio de prueba, cuya tramitación se regirá de acuerdo con el tratamiento de las pruebas libres dentro del Código de Procedimiento Civil.

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil se refiere a la reproducción documental en términos “que requiera el empleo de medios, instrumentos o procedimientos mecánicos”⁶⁷, conforme a la cual, el juez de

⁶⁷ Artículo 502 del Código de Procedimiento Civil venezolano.

oficio o por pedimento de las partes, puede disponer la ejecución de copias, de objetos, documentos, reproducciones cinematográficas o de otra especie.

Para Peyrano, no existen medios de prueba no legislados o adaptados por la jurisprudencia. En efecto, cuando se produce una innovación tecnológica o científica, que no es más que el inocultable e incesante progreso de la humanidad, debe integrarse al derecho a través de los medios de prueba ya previstos por la ley. Recuerda Peyrano cómo el registro de las huellas dactilares, que ensuciaba con tinta las manos y dedos de las personas sometidas a registro, ahora se toma a través de muestras por medios electrónicos⁶⁸. Este hecho cobra importancia en el campo ecológico, porque preserva mejor los bosques, con una menor afectación ambiental. En Venezuela, esto ya se ha implementado en materia electoral, con la utilización de las llamadas *capta-huellas*.

El legislador español ha sido uno de los que ha reflejado formalmente la evolución de la tecnología y por ende, sus repercusiones en el campo del derecho. Siguiendo a Ormazabal⁶⁹, se tiene que la prueba tecnológica fue expresamente introducida en ese país a través de la Ley 1/2000 (artículo 299.2) como un nuevo medio de prueba, quedando así expresamente desplazada su anterior concepción sólo como fuente de prueba. De esta forma, dicha ley acogió las interpretaciones jurisprudenciales previas que asimilaban al documento electrónico con los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, que quedaron catalogados como prueba documental equiparable al documento privado. La norma a que se hizo referencia distingue dos medios probatorios sobre la materia:

- a) Los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen.
- b) Los instrumentos que permitan archivar y reconocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas, llevadas a cabo con fines contables o de otra clase relevantes para el proceso.

⁶⁸ Jorge W. Peyrano y Julio Chiapini: *Lineamientos generales de las nuevas pruebas científicas*, en *Tácticas en el proceso civil*, Tomo II. Santa Fe. Panamericana, 1994, pp. 77 y ss. En Carlos Alberto Carbone: "Revisión del concepto de documento y su relación con la prueba de grabaciones". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, año V-8, 2005, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, pp. 84-85.

⁶⁹ Guillermo Ormazabal Sánchez: *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*; La Ley Ediciones, Madrid, 2000; p. 162.

Para cualquier legislación del mundo, lo más importante a considerar sobre este aspecto es que el momento de aportación de los medios de prueba descansa sobre la interrogante ¿de qué modo, con qué instrumentos, o con cuáles medios concretos se va a extraer el conocimiento de las fuentes? Debe ser el más confiable para el sentenciador, que le suministre la mayor convicción posible, para que así pueda darle la valoración que corresponda, en el momento del fallo.

Aplicando la información anterior a la prueba informática, se tiene que es fuente de prueba la información almacenada en el equipo electrónico, tanto el *hardware* como el *software*, mientras que el medio será el recurso probatorio de que se valga el litigante para aportar la información al proceso; vale decir, la forma de incorporación empleada por las partes para hacer valer en el juicio o reproducir en el proceso, aquella información contenida en el instrumento electrónico. Hoy día, los equipos electrónicos disponen, además del disco duro, de otros dispositivos o recursos para el almacenamiento de la data, que a manera de respaldo, permite una mayor seguridad de la información. Una cosa es disponer de la información objeto de la prueba y otra, el mecanismo que se utilice para incorporar su contenido al proceso, de manera que sea percibido por todo aquel que tenga interés en el mismo. Puede tratarse de una copia impresa, de una reproducción en un *CD* o un *pendrive*, u otra modalidad novedosa que aparezca, de una inspección judicial o de la remisión del mensaje por Internet u otra información almacenada. Es posible, además, que cualquiera de ellas requiera del apoyo de una experticia calificada que complemente cualquiera de los otros medios y permita arribar a la veracidad de la prueba.

En conclusión, el documento electrónico es un medio probatorio por determinación de la ley, que se gesta antes del proceso judicial como una fuente y que depende de un conjunto de cosas, corporales e incorpóreas, para su producción; y, además, de recursos auxiliares donde pueda ser plasmado o reproducido su contenido para que pueda ejercerse el debido control de la prueba. Esta modalidad no hace más que ratificar la complejidad de la prueba electrónica, resultando incuestionable la ponderación y

prudencia como debe tratarse esta prueba. Por eso, el tema no quedará en la mera conclusión, porque seguirá siendo una tarea importante desentrañar cuál será el mecanismo que debe elegirse para incorporar al proceso la fuente de prueba que se haya obtenido técnicamente para convertirla, procesalmente, en un medio probatorio. Los modernos métodos probatorios presentan manifestaciones que eran inéditas y ponen a prueba la creatividad del juez para poder orientar la instrumentación correcta que corresponda a cada proceso, porque no todos podrán ser tasados igualmente, sin vulnerar las garantías procesales y constitucionales que preserven el debido proceso.

En Venezuela, si bien la prueba informática resulta un medio probatorio, que actualmente forma parte de la prueba documental, porque se representa a través de un soporte material, es factible que dentro de algún tiempo, pueda hablarse de ella como una modalidad autónoma, que la conciba como una tercera tipología dentro de los medios de prueba, a semejanza del tratamiento actual de la legislación española. En efecto, es posible que, en poco tiempo, no sea suficiente el recurso de la analogía para insertar al documento electrónico como un documento tradicional. Entretanto, la tendencia apunta hacia la ampliación de la prueba documental, con base en soportes no convencionales, sobre datos, cifras, cuentas y demás contenidos, que requieren nuevas técnicas de reproducción, en sonidos, imágenes y textos, que difieren de la escritura clásica, aunque sea necesario asignarles una consideración análoga con la tradicional prueba documental.

2.5. El documento: referencias elementales aplicables al documento electrónico

La palabra documento proviene etimológicamente del verbo *docere*, que en latín significa enseñar, mostrar, indicar y está referido a todo aquello que puede representar la existencia de un hecho. Es así como surge el término *documentum*, para hacer referencia a todo aquello que se enseña, de modo que el documento electrónico se inscribe perfectamente dentro de la noción etimológica.

El documento es el medio probatorio pertinente para la reproducción del instrumento electrónico, pero en consideración a su naturaleza técnica, se trata de un instrumento *sui generis*, que requiere su propio tratamiento y la precisión de una serie de diferencias con la clásica prueba instrumental, ante su complejidad probatoria. La coincidencia básica entre ambas modalidades, es que el documento es un acto que se plasma en un instrumento para representar algo. Hasta aquí, no hay duda de que el documento electrónico es una prueba instrumental, pero a la vez, dentro de ese contexto, aparece también en la práctica como una prueba atípica.

Siguiendo a Carnelutti, señala Devis Echandía lo que sigue:

El documento es toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera; puede ser declarativo-representativo de un hecho, cuando contenga una declaración de quien lo crea u otorga o simplemente lo suscribe, como es el caso de los escritos públicos o privados y de los discos y cintas de grabaciones magnetofónicas; puede ser únicamente representativo (no declarativo), cuando no contenga ninguna declaración, como ocurre en los planos, cuadros, radiografías, dibujos y fotografías⁷⁰.

Tradicionalmente, le ha correspondido al derecho procesal la instrumentación de la prueba documental, sin que pueda omitirse su sustrato sustantivo. Para los procesalistas, el documento, más que una cosa propiamente tal, es un medio para la búsqueda de la verdad del hecho como fundamento de la argumentación de los litigantes.

En Venezuela, como en el resto del mundo, el tema de la prueba documental presenta un enfoque sumamente variado, que lo ha convertido en uno de los temas más polémicos dentro del campo probatorio. Como dice Cabrera Romero, “conceptualizar qué es un documento en nuestro Derecho Probatorio no es tarea sencilla, porque los elementos que permiten comprenderlo y definirlo están regados sin sistematización alguna en diversas leyes”⁷¹.

⁷⁰ Hernando Devis Echandía: *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo II Pruebas Judiciales. Bogotá. Ed. ABC, 1984, p. 399.

⁷¹ Jesús Eduardo Cabrera Romero: *Algunas anotaciones sobre el artículo 433 del Código de Procedimiento Civil*; en *Liber Amicorum Homenaje a la obra científica y docente de José Muci Abraham*. Caracas. Ed. Jurídica Venezolana, 1994, pp. 628-629.

En igual sentido, Brewer Carías destaca que es evidente la gran confusión que existe en torno al documento en la práctica forense venezolana, lo cual se explica por la mala costumbre de nuestros legisladores de copiar o traducir equívocamente textos legales extranjeros y por la práctica viciada de tribunales y registros⁷². Esa tendencia –que ocurre en otros países también- parece haberse extendido al tratamiento del documento electrónico.

Lo que sí queda de manifiesto, es que el tratamiento del documento electrónico se encuentra todavía en una etapa de ajustes, al extremo de que todavía no puede decirse que exista una doctrina unívoca acerca de su naturaleza y sus repercusiones probatorias. La explicación a esa falta de sincronía que existe sobre la materia, puede encontrarse en que los avances tecnológicos marchan a un ritmo tan acelerado que la legislación no puede seguir ese mismo ritmo; de ahí que todavía el área jurídica se encuentre en la búsqueda de la mejor ubicación posible. Hasta hace un par de décadas, la doctrina venezolana, cuando enfocaba casi tímidamente el tema, apareció dividida. Todavía no había sido promulgada la LMDFE, cuando Cabrera Romero y Sánchez Noguera se mostraban partidarios de excluir los medios meramente representativos (los que transmiten imágenes o voces, mezclados o separadamente) de la prueba escrita; mientras Escovar León (1987), Duque Corredor (1990), Ramírez Torres (1991) y Bello Lozano sostenían una tesis en contrario. Así lo recogió el propio Cabrera Romero, cuando hizo alusión a los demás enfoques. Consideró entonces que “la prueba por escrito, necesariamente debe ser escrita y por ello salen del área de dicha prueba, los medios meramente representativos, tales como películas, videos, grabaciones, fotos, planos, etc. La razón es obvia”. Solamente excluía las fotografías, las fotocopias y otras reproducciones

⁷² Allan-Randolph Brewer Carías: *Consideraciones acerca de la distinción entre documento público o auténtico, documento privado reconocido y autenticado, y documento registrado*; en *El documento Público y Privado*. Caracas. Ediciones Fabreton, p. 257.

semejantes, en el sentido de que “se confunden con los instrumentos que reproducen”⁷³.

El razonamiento de Cabrera fue completamente procesal, porque consideraba difícil equiparar un documento con una grabación o una película, por requerirse de un acto procesal para poder percibir la prueba, así que, mientras un documento consta en los autos del expediente para su examen, en los otros casos se hace necesario recurrir a versiones subjetivas sobre los que se miró o se escuchó. Consideraba que “una cosa es que por analogía se pueda aplicar a los medios meramente representativos las normas sobre los documentos, y otra que para el Derecho Venezolano ellos sean documentos”⁷⁴.

Cabrera sostuvo que, dentro de la prueba documental, hay manifestaciones de voluntad emitidas por escrito que no llenan el requisito de forma requerido por el artículo 1.386 del Código Civil⁷⁵, como es el caso de los impresos, las tarjetas escritas, los boletos de avión y otros similares. Pero agregó que pueden existir medios libres de prueba, porque no reúnen los requisitos formales a que se contrae la prueba legal. Por ende, son análogos a la prueba documental por su semejanza, siendo posible que se les de un trato igualitario, o se les tenga como una manifestación atípica de la prueba documental, o como una prueba libre de idéntico contenido, razón por la cual se admite que tengan el mismo valor que las pruebas tarifadas⁷⁶. Como puede apreciarse, sobre lo que podría considerarse como un preámbulo histórico de la LMDFE, que se dictó varios años después, el caso del documento electrónico no ha dejado de ser un tema complejo dentro del mundo del derecho probatorio, que todavía persiste como polémico y de difícil definición. Sin embargo, la orientación mundial ha sido la de su inclusión como una variedad de la prueba instrumental. Sólo habrá que

⁷³ Jesús Eduardo Cabrera Romero: *Algunas apuntes sobre el artículo 433 del Código de Procedimiento Civil*, en *Liber Amicorum Homenaje a la obra científica y docente del profesor José Muci Abraham*. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, 1994, pp. 640 y ss.

⁷⁴ Jesús Eduardo Cabrera Romero...op.cit., p. 640 y ss.

⁷⁵ Artículo 1.386 CC: *Los nuevos títulos o instrumentos de reconocimiento hacen fe contra el deudor, sus herederos y causahabientes, si éstos no probaren con la presentación del título primitivo, que ha habido error o exceso en el nuevo título o instrumento de reconocimiento. Entre varios instrumentos de reconocimiento prevalece el más reciente.*

⁷⁶ Jesús Eduardo Cabrera Romero... op. cit., pp. 630-635.

asimilar que los cambios sociales y técnicos también se trasladan al ambiente jurídico, como una necesidad, y que los instrumentos se manifiestan de muy variada manera.

Al efecto, puede interpretarse que el criterio del legislador venezolano sobre la prueba electrónica, aunque sin proponérselo epistemológicamente, pudo estar orientado hacia la concepción del documento electrónico dentro de lo que Cabrera llamó *formas atípicas* de la prueba escrita⁷⁷. Con base en una suposición de esta entidad, acaso sería posible justificar las contradicciones que tiene la LMDFE sobre la naturaleza jurídica y la aportación judicial del documento electrónico.

El paso del tiempo y el desarrollo del nuevo medio probatorio informático están imbricados con los cambios doctrinales y legislativos de la contemporaneidad, pero en una teoría procesal que todavía no ha madurado suficientemente, como para considerarla suficientemente afianzada. Sobre la función legislativa que corresponde a estos tiempos, ante los profundos cambios provocados por la revolución tecnológica e informática, parece preferible dar paso a las aperturas más que a las restricciones; vale decir, es conveniente legislar con la conciencia de que la tecnología seguirá evolucionando incesantemente. Tales cambios constituyen un hecho notorio, así que es un buen punto de partida reconocerlo y actuar oportunamente. Tal vez, también sea el momento de revisar la dinámica anglosajona, basada en el *common law* como una orientación válida para avanzar dinámicamente sobre la problemática que aqueja a los países que se han quedado retrasados. Entre tanto, la jurisprudencia tendrá que cubrir las lagunas, los equívocos y las controversias pendientes, porque la resolución de los conflictos no puede esperar indefinidamente la morosidad pública del poder legislativo, sobre todo en casos como el venezolano, que tiene más de una década en evidente crisis jurídica.

⁷⁷ Jesús Eduardo Cabrera Romero... *op. cit.*, p. 637.

2.5.1. Concepción de documento

Si se retoman las numerosas definiciones que se han elaborado sobre el documento como medio probatorio, puede apreciarse que las concepciones más amplias todavía tienen vigencia, a pesar del paso de los años. Aunque estén ancladas en la mentalidad de la primera parte del siglo pasado, la mayoría de ellas pueden ser aplicadas al documento electrónico. Es el caso de Chiovenda (1929) y Carnelutti (1941). El primero, dijo que el documento es “toda representación material e idónea para reproducir una cierta manifestación del pensamiento”⁷⁸. No cabe duda, entonces, que los modernos soportes electrónicos se acoplan claramente dentro de la prueba documental propiamente dicha, coincidiendo contemporáneamente con las expresiones de Ramos Méndez, cuando señaló que “el concepto de documento trasciende al del simple escrito”⁷⁹.

Por su parte, Carnelutti aludió a la característica de la representatividad del soporte documental, señalando que el documento “es una cosa que hace conocer un hecho”⁸⁰. Se refería a la representación material de un acontecimiento, entendiéndose que se trata de una fuente probatoria, porque es anterior a cualquier debate judicial. En otra obra suya, Carnelutti⁸¹ destaca el carácter representativo que ha de tener el objeto para ser documento, como es un hecho capaz de producir la imagen de otro hecho, pero a través de los sentidos y no de la razón, pero es también -dice- la *representación* de un pensamiento, que en definitiva, no es más que la representación del acto jurídico mismo. Puede apreciarse así la concepción visionaria de ambos procesalistas y su inserción dentro de la concepción moderna.

En el mismo orden de ideas, un poco más tarde, se manifestó Rosemberg (1955), cuando dijo que el documento es una materialización del pensamiento mediante signos de carácter representativo⁸². También Alsina

⁷⁸ Giuseppe Chiovenda: *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II. Madrid. Ed. Reus, 1929, pág. 369.

⁷⁹ Francisco Ramos Méndez: *Derecho Procesal Civil*. Barcelona. Ed. Bosch, 1980, p. 514.

⁸⁰ Francesco Carnelutti: *Sistema de Derecho Procesal Civil*; Tomo II. Buenos Aires. Ed. Uthea, 1944, p. 414.

⁸¹ Francesco Carnelutti: “Teoría general del derecho”. *Revista de Derecho Privado*. Madrid. Posada, 1941.

⁸² Leo Rosemberg: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo II. Buenos Aires. Ed. Ejea, 1955, p. 151.

(1963), para quien el documento es toda representación de una idea, por escritura o *mecánica*⁸³ (hoy día se adaptaría a la modalidad electrónica).

Hasta hace poco tiempo, la palabra *documento* estuvo asociada con el instrumento de papel; de modo que la prueba documental fue identificada con una escritura soportada en un papel, generalmente calzado con una firma, que es un hecho relacionado con la seguridad jurídica que produce y porque parece difícil su alteración. Es que la escritura es una manifestación del pensamiento humano, pero no es la única forma de representarla.

Según el Diccionario de la Lengua Española, escribir es “representar las palabras o las ideas u otros signos trazados en papel u otra superficie”⁸⁴; mientras que, un escrito es algo:

(...) que tiene manchas o rayas que semejan letras o rasgos de pluma; escritura es un sistema de signos utilizados para escribir y la firma es nombre y apellido, o título, que una persona escribe de su propia mano en un documento para darle autenticidad o para expresar que aprueba su contenido⁸⁵.

Como puede apreciarse, el documento electrónico, como manifestación extensiva de la prueba documental, no contradice ninguna de las definiciones doctrinarias ni lingüísticas del pasado, que fueron transcritas, sino que por el contrario, se encuentra en clara armonía con ellas.

El desarrollo humano prosigue, y en su evolución, pasó de la escritura manual a la utilización de máquinas de escribir, también surgió el telégrafo, el teléfono, el fonógrafo, el cinematógrafo, la cinta magnetofónica, la fotocopiadora, el procesador de textos, el telefax y las comunicaciones satelitales. Ahora es la era de las computadoras, y con ellas, de la contratación y la documentación a través de medios electrónicos. Tales medios no dejan de representar formas del pensamiento, llegando a desplazar al papel como portador documental por excelencia. La informática ha venido a cambiar el sentido del documento, ratificando la concepción del documento-objeto, vale decir, retorna a las fuentes probatorias, pero desplazando el soporte de papel por el soporte óptico o magnético, y la grafía

⁸³ Hugo Alsina: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo III. Buenos Aires. Editar, 1963, p. 391.

⁸⁴ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22ª edición, Tomo I, 2001, pp. 963

⁸⁵ Diccionario de la Lengua Española... *op.cit.*, p. 1061.

tradicional, por el campo electrónico. Como consecuencia, la firma convencional (soportada en papel y tinta) pasa a ser reemplazada por la firma electrónica, como una manifestación que todavía está en vías de afianzamiento.

2.5.2. Precisando el documento electrónico

No hay duda que el documento electrónico representa un verdadero instrumento probatorio, una variedad de la prueba instrumental, que puede ser considerada como una forma *sui generis* de escritura, concebida por algunos más como una variable atípica o como un *documento de segundo grado*, que utiliza un lenguaje codificado como cualquier otro y que ha sido admitido como un medio con valor probatorio, a pesar de que su verosimilitud no siempre es sencilla de establecer. Cabe recordar también, que hay partidarios de considerarlo como un principio de prueba escrita.

En su contexto amplio, se trata de una nueva manifestación probatoria, que ya se ha admitido en denominarla como parte de la *prueba electrónica*. Sin embargo, luego de la aportación de la prueba, debe resultar verosímil, pero la verosimilitud por sí sola no significa que la prueba tenga valor probatorio, como apunta Sentís Melendo⁸⁶. Hay que empezar entonces por precisar que no se trata de un documento común o tradicional, razón por la cual es conveniente analizarlo dentro de su propia fisonomía. Habrá que precisar las dificultades que comporta el tema y sus soluciones, dentro de lo que puede concebirse como la primera etapa analítica de la prueba informática, cuya mejor expresión es el documento electrónico.

El primer reconocimiento que puede asentarse, es que la noción de documento es más vasta que la del papel escrito, no obstante la reticencia de muchos juristas y de legos en derecho, que continúan creyendo que la noción del documento se quedó en la manifestación escriturada. Hay juristas que se inclinan por considerar que, en lugar de una prueba documental, el documento electrónico corresponde a una prueba de reconocimiento judicial o de reproducciones, para referirse a aquellos hechos recogidos en cintas

⁸⁶ Santiago Sentís Melendo: *La prueba*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, p.104.

magnetofónicas, videos magnéticos, grabaciones y afines, que permiten la reproducción del pensamiento generado en la vida social moderna. Por consiguiente, el análisis sobre el alcance de la prueba documental no es solamente cuestión de ubicación en el tiempo, sino de mentalidad y cultura en relación con el grado de apertura tecnológica que se tenga ante esta realidad universal.

En Venezuela, ni el Código Civil ni el de Procedimiento Civil definen directamente la prueba por escrito, así como pocos códigos en el mundo tampoco lo han hecho. Una de las excepciones es Colombia, cuyo Código de Procedimiento Civil, tomando la orientación del documento, en sentido funcional, sí contiene una definición, expresando lo siguiente: “Son los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y en general todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares”⁸⁷.

También el Código de Procedimiento de Perú define al documento como aquellos:

escritos públicos y privados, impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas magnetofónicas, microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y en otras reproducciones de audio y video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado⁸⁸.

Por consiguiente, puede concluirse que el documento informático o electrónico ha colocado en revisión al concepto tradicional que se ha tenido sobre el documento; en el sentido de que la prueba documental ha encontrado otras formas de expresión, a través de las cuales, la firma ológrafa, que caracteriza al documento tradicional, ha dado paso a la firma electrónica o digital, como expresión del documento electrónico, concebido como prueba moderna de naturaleza instrumental.

⁸⁷ Artículo 251 del Código de Procedimiento Civil colombiano.

⁸⁸ Artículo 233 del Código de Procedimiento Civil peruano.

Carbone explica con claridad esta nueva realidad, expresando que “no puede negarse que la identificación de documento con un escrito en papel obedece a un determinado estado cultural de la civilización”, que “con la firma se colmaban las exigencias de la seguridad”; pero que “el sistema procesal no puede quedar sujeto a criterios rituales, almidonados, apergaminados al soporte de papel”, porque así se anclaría en normas procesales que lo llevarían a su *vetustez* ante los adelantos de la civilización⁸⁹.

2.6. Los sistemas probatorios y la prueba electrónica

Los españoles Urbano Castrillo y Magro Servet arribaron a una conclusión muy útil en estos momentos, en el campo de la prueba, co-existen una prueba clásica o tradicional (confesión, testimonial, documental, etc.), que fue utilizada durante siglos, como pruebas *de toda la vida*, y además ahora, la modernidad aporta una prueba de *última generación*. Agregan que no se trata de diferentes tipos de prueba, sino que la legislación procesal fue avanzando desde un sistema cerrado (clasificación de *numerus clausus*), tremendamente formalista, para abrirse a un sistema libre de pruebas, que por encima del principio de legalidad se adapta mejor a los derechos fundamentales, que ya consagra el derecho constitucional (sistema del *numerus apertus*)⁹⁰.

El sistema probatorio venezolano se enmarca dentro de tres grandes grupos probatorios:

a) Las pruebas clásicas, que corresponden al llamado principio de legalidad del Código Civil (1942, artículos 1.355 al 1.428), que también corresponde al mencionado sistema *númerus clausus*, el cual consagra taxativamente los siguientes medios probatorios: los instrumentos públicos, los privados, las tarjas, las copias de documentos auténticos, los instrumentos de reconocimiento, la prueba de testigos, las presunciones, la confesión, el juramento, la experticia y el reconocimiento o inspección ocular.

⁸⁹ Carlos Alberto Carbone: “Revisión del concepto de documento y su relación con la prueba de grabaciones”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Año V-8. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2005, p. 108.

⁹⁰ Eduardo De Urbano Castrillo y Vicente Magro Servet: *La prueba tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Navarra. Ed. Aranzadi, 2003, p. 37.

Complementariamente, el Código de Comercio (artículo 124) establece que las obligaciones se prueban con: documentos públicos, documentos privados, con los extractos de los libros de los Corredores, con las facturas aceptadas, con los libros mercantiles de las partes contratantes, con telegramas, con declaraciones de testigos y con cualquier otro medio de prueba admitido por la ley civil.

b) El sistema libre de la prueba, que en el caso venezolano se consagró a través del Código de Procedimiento Civil (1987, artículo 395), el cual amplió el elenco probatorio a que se hizo referencia hasta las pruebas admisibles por ese mismo código, que son: las reproducciones, copias y experimentos (artículo 502), la reproducción de los hechos (artículo 503), los exámenes médicos (artículo 504), las experticias corporales (artículo 505) y puede incluirse la prueba de informes, como una modalidad de acceso a la prueba documental (artículo 433) y *otras leyes de la república*.

c) Las llamadas pruebas innominadas, referidas como “cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones”⁹¹, según lo prescribe la misma noma procesal antes indicada.

La legislación española (art. 299.2 LECiv) acorde con la modernidad, además de acoger el sistema libre de la prueba, preservó las pruebas tradicionales, de las cuales sólo cambió el nombramiento de la prueba de *confesión* para utilizar *interrogatorio de partes*, y la de *testigos*, para llamarla *interrogatorio de testigos*; además de suprimir la prueba de *libros de comerciantes*, por considerar que estaba incluida dentro de la prueba de documentos privados, como parte de las documentales clásicas (prueba escrita)*. Adicionalmente, ha concebido de manera autónoma los soportes técnicos e informáticos que permitan archivar y reproducir la palabra, el

⁹¹ Artículo 433 del Código de Procedimiento Civil venezolano.

* Artículo 299 de la LEC española: *Medios de prueba: 1. Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son: 1º. Interrogatorio de las partes 2º Documentos públicos 3º Documentos privados 4º Dictámenes de peritos 5º Reconocimiento judicial 6º Interrogatorio de testigos.- 2. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permitan archivar y reconocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.- 3. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.*

sonido, la imagen y datos de cualquier clase. Este encuadre se refiere, tanto al documento electrónico propiamente tal, como al documento multimedia, concebido como aquel que se produce a través de la voz y sus combinaciones, incluyendo la escritura, que queda registrado, almacenado y disponible por medio de un proceso tecnológico, con la finalidad de constatar una determinada realidad jurídica existente. De ahí que algunos autores prefieran distinguir esta última modalidad como *documentos multimedios* o *multimedia*.

Para el mundo procesal, lo trascendente no es el cambio del soporte de papel por el óptico o magnético, ni el de la grafía tradicional por los registros electrónicos, porque el acto no está ligado necesariamente a la tinta o al papel, sino a la voluntad dirigida a una finalidad determinada, representada en el documento. De modo que el soporte que contiene al documento viene a ser contingente, en el sentido de que lo que hace es integrar el documento. De ahí que el documento electrónico no difiere en el fondo del documento común, pero sí en la forma. Lo trascendente es que exista un modo de garantizar su fidelidad, para establecer su autoría o atribución a determinada persona⁹².

Dentro de los numerosos conceptos que sobre el documento electrónico ha aportado la doctrina internacional, puede tomarse el de Falcón, que lo define como:

Aquel que ha sido creado sobre un ordenador, grabado en un soporte informático y reproducido. Pero en síntesis, el documento electrónico es un conjunto de campos magnéticos aplicados a un soporte, de acuerdo con un determinado código. El medio de recuperación puede ser el medio probatorio, pero en muchos casos se necesitará de una prueba pericial compleja⁹³.

2.7. Características de la prueba informática

El trámite probatorio se desarrolla a través de varias fases eslabonadas, que a su vez, responden a la secuencia de planteamientos que

⁹² Enrique M. Falcón: *La informática y la prueba*; en *La prueba, libro en memoria del profesor Santiago Sentís Melendo*. La Plata. Librería Editora Platense, 1996, pp. 465-466.

⁹³ Enrique M. Falcón...*op. cit.*; p. 467.

debe cubrir: el objeto de la prueba, los sujetos y los órganos involucrados en la actividad probatoria, la carga de la prueba y su valoración.

Taruffo advirtió que la doctrina jurídica ha intentado cubrir la generalidad de los supuestos de hecho previstos por las normas. Con esa finalidad, se ha elaborado una serie de distinciones y clasificaciones sobre los *hechos jurídicos*, de acuerdo con las características de cada hecho en función de su relevancia jurídica. Pero al mismo tiempo, concluyó que no es fácil lograr una tipología completamente aceptable, de modo que “cualquier criterio de distinción y clasificación que tenga únicamente en cuenta la correlación entre hecho jurídico y prueba del hecho, será relativo”⁹⁴.

La fijación de las características del documento electrónico puede permitir la mejor ubicación que tiene dentro del *thema probandum*. Se establecen las más relevantes a continuación:

1.- Es un medio probatorio instrumental: aplicación de la equivalencia funcional

La apreciación no es unívoca. Hay juristas que lo han considerado como un principio de prueba escrita, como es el caso de Gaibrois, citado por Falcón, de quien se transcribe que:

Del juego armónico de los preceptos comentados (legislación vigente que trata con anterioridad), se desprende que el documento electrónico por no estar firmado no alcanza la categoría de documento privado, pero sí la de principio de prueba por escrito, y como tal puede representarse a juicio para probar un contrato⁹⁵.

La opinión de que el documento electrónico debe ser reputado como principio de prueba escrito y no como prueba propiamente tal, ha contado con otros partidarios. El argumento de más peso para sostener este criterio es precisamente el problema de la firma de los documentos, aunque esa concepción -que ya fue tratada- ha ido evolucionando progresivamente, hasta considerar que existen otras alternativas

⁹⁴ Michele Taruffo: *Consideraciones sobre prueba y motivación en Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 143-145.

⁹⁵ Enrique M. Falcón: *La informática y la prueba*; en *La prueba, libro en memoria del profesor Santiago Sentís Melendo*. La Plata. Librería Editora Platense, 1996, p. 468.

diferentes a la firma autógrafa para establecer la autoría del documento en el campo de la electrónica.

En el caso venezolano, el Código Civil establece que:

pueden hacerse valer en juicio como prueba o principio de prueba por escrito las cartas misivas dirigidas por una de las partes a la otra, siempre que en ellas se trate de la existencia de una obligación o de su extinción, así como de cualquier otro hecho jurídico relacionado con los puntos que se controviertan.- El autor de la carta puede exigir la presentación de ésta a la persona a quien fue destinada, o ésta producirla en juicio para los efectos mencionados⁹⁶.

A este respecto, habría que recurrir, por extensión analógica, al medio de la exhibición (artículo 346 del CPC), el cual a su vez, requiere del acompañamiento de una copia del documento (en este caso sería suficiente la mera impresión del texto documental en un papel), o en su defecto, un medio probatorio que represente al menos una presunción grave de que el instrumento se encuentre o haya estado en poder del adversario, vale decir, comúnmente de un medio testimonial.

Sin embargo, el detalle de la falta de firma de los documentos informáticos no implica que carezcan de valor probatorio. Lo que se requiere es que los jueces cuenten con suficientes referencias probatorias y que sean confiables, al extremo de que le produzcan una certeza razonable sobre la existencia del hecho controvertido a establecer, para que se obtenga la debida seguridad sobre el documento electrónico. La mayoría de los documentos electrónicos, que generan las modernas tecnologías, no llevan firma electrónica, por manera que carecen de eficacia probatoria plena, en cuanto no sea posible atribuirle certeza al autor o emisor del texto; así que, cuando menos, puede tener el valor de principio de prueba escrita, a ser valorado de acuerdo con las reglas de la sana crítica, por parte del sentenciador.

La Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL sobre Comercio Electrónico⁹⁷ equiparó la función jurídica que cumple la instrumentación escrita y autógrafa

⁹⁶ Artículo 1.371 del Código Civil venezolano.

⁹⁷ Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional del Comercio. En sintonía, en España: Real Decreto-ley 14/1999, de 7 de septiembre, artículo 3.

con la que se realiza a través de la configuración electrónica mediante un mensaje de datos, independientemente de su contenido, dimensión, alcance y transmisión del acto documentado por estos medios. Este principio ha sido aceptado por muchas legislaciones, constituyéndose en un buen punto de apoyo al momento de valorar el medio probatorio de que se trate.

En Venezuela, la LMDFE (artículo 4) le confiere, a los Mensajes de Datos, en principio, la misma eficacia probatoria que tienen los documentos escritos. No se refiere expresamente a los públicos o privados; pero lo más importante se centra en que el documento generado informáticamente plantea el problema de su autenticidad, especialmente para resolver la incertidumbre de la inseguridad jurídica. Lo cierto es que un documento electrónico puede reputarse como una variedad moderna de la prueba instrumental, para no entrar en diatribas que puedan crear confusión con la expresión “escritura” y la firma.

2.- Es una prueba compleja

Cuando el hecho controvertido a ser valorado, se trata de un hecho simple, es porque está referido a un evento concreto, que puede ser ubicado en un marco espacial y temporal determinado. Es frecuente encontrar casos en los cuales los hechos relevantes no quedan reducidos a eventos simples y específicos, sino que se configuran de manera compleja. Taruffo también señaló que el hecho complejo se puede concebir de dos formas: aquel que puede identificarse de forma simple, pero que está compuesto de distintas partes, de un lado; y del otro, el que depende de su duración en el tiempo. Muchos casos presentan ambos factores de complejidad. El hecho informático es complejo, entonces su prueba deviene compleja.

Entre otras razones, lo fundamental es que en el caso del documento electrónico, puede requerirse de la complementación de varios medios probatorios, para que el juez pueda llegar a la convicción de la verdad procesal, de donde resulta uno de los aspectos de su complejidad. En efecto, sea que se conciba al documento electrónico como un instrumento privado, o como un principio de prueba escrita, e incluso como una prueba atípica, la

veracidad de tal medio puede necesitar del auxilio de otros medios, como pueden ser las experticias, reproducciones, testimonios, la confesión o los indicios. En el ámbito de la prueba electrónica es frecuente la concurrencia de pruebas, esto es, la recurrencia a un conjunto de medios probatorios complementarios, que deben ser valorados según su tipología. Puede pensarse en las imágenes o en la voz grabada en un video que haya sido impugnado. En este caso, puede ser procedente el llamamiento de un testigo que deba declarar sobre el material probatorio. También puede plantearse el caso de la prueba científica, que requiere de informes policiales con soporte electrónico, cuya valoración amerita la observancia de aspectos técnicos o científicos, que el juez no tiene que manejar directamente para su interpretación; en cuyo caso, requiere de un soporte pericial complementario.

La complejidad queda también ratificada cuando se le reputa como una prueba incompleta, de segundo grado o generación. Lo cierto es que no es simple la aportación de la prueba, como tampoco la forma de obtenerla, ni de valorarla, comenzando porque siempre será necesario disponer de un aparato computarizado, para tener acceso a ella. A lo largo de este trabajo se demostrará, complementariamente, en qué consiste la complejidad de esta modalidad probatoria.

La prueba informática resulta compleja bajo los dos enfoques planteados por Taruffo, porque suele descomponerse en varias partes, dado que el instrumento que contiene el soporte magnético, y por la percepción técnica de la prueba, requieren el auxilio constante de otros medios probatorios concurrentes. Además, porque procesalmente no se incorpora al juicio en un solo momento. Nace como una fuente pero no se convierte en medio probatorio, a través de la percepción del hecho informático, la cual queda diferida en el tiempo, porque no se obtiene inmediatamente con la transmisión, sino a través de una secuencia de tracto sucesivo.

3.- Es una prueba directa

Una prueba es directa cuando el hecho controvertido es percibido directamente por el juez a través de sus propios sentidos; a diferencia de las

pruebas indirectas o mediatas, en las cuales el juez no percibe el hecho a probarse por sí mismo, sino a través de un tercero, que puede ser un peritaje, un documento o un testimonio.

Sin embargo, esta diferenciación no siempre resulta clara, porque hay hechos que pueden ser percibidos directamente por el juez, pero la obtención de la prueba no es directa, sea porque se trata de hechos pasados, que no han dejado una huella material, o porque están ubicados en un lugar distante, o porque para su comprensión se requiere de conocimientos que el juez no posee y exigen el examen de peritos o el auxilio de prácticos en la materia. Devis Echandía explica que, en estos casos, cabe la recurrencia a otro enfoque de la prueba directa, entendiéndola como aquella que versa directamente sobre el hecho a probar, aunque el juez no lo perciba sino en una segunda fase⁹⁸. Este ha de ser el caso del documento electrónico, cuando requiera de comprobación adicional para arribar a su veracidad. No faltará quien considere, con mayor rigor jurídico, que en estos casos, se trataría *stricto sensu* de una prueba indirecta, lo cual no es así propiamente, en cuanto la valoración probatoria le corresponde siempre al propio juez, con o sin la recurrencia a un experto complementario.

La relatividad en referencia radica en que la apreciación de la prueba tiene que ser directamente percibida por quien la valora en un momento determinado, aunque también lo haya sido oportunamente por quien debe ejercer el control de la prueba. La consumación de la prueba requiere de una serie de instrumentos o mecanismos que hagan posible esa apreciación o percepción: la programación o *software* materializable a través del *hardware* o computadora, para comenzar.

La prueba indirecta también ha sido concebida como aquella que versa sobre un hecho diferente al tema probatorio, de modo que la deducción le sirve al hecho propiamente en probanza, al cual se llega a través de una operación lógica, con el razonamiento del juez⁹⁹. Del estudio elaborado por Devis Echandía se desprende que la diferenciación probatoria entre la

⁹⁸ Hernando Devis Echandía: *Compendio de Derecho Procesal: Pruebas judiciales*, Tomo II. Bogotá. Ed. ABC, 1984, p.11.

⁹⁹ Hernando Devis Echandía...*op. cit.*, p. 522.

prueba directa e indirecta no ha sido sencilla, razón por la cual se ha producido una gran división doctrinaria. Se ha llegado a la conclusión de que la prueba directa sería mejor que la otra, porque hay mayor contacto entre el juez y el hecho a probar. No obstante, en algunos casos, la prueba indirecta permite arribar de una manera más efectiva a la certeza del hecho, porque puede requerir de la asistencia de especialistas o de análisis complementarios, que le confieren mayor confianza a la prueba. Para llegar a ese criterio, Devis se refuerza con Carnelutti, cuando reflexiona que, efectivamente, con la prueba indirecta se produce el grado máximo de seguridad.

Adminiculando los prolegómenos generales que preceden con la prueba electrónica, se infiere que la prueba es directa en tanto el objeto de la prueba es el mismo hecho que se desea probar, de modo que hay una identidad entre ambos. Ahora bien, cabe plantearse a su vez, la variable de la prueba indirecta, en el sentido de que puede darse el caso de que el juez requiera percibir la fuente probatoria desde otras perspectivas: unas de tipo instrumental, como es la necesidad de recurrir mecánicamente a un aparato de computación integrado por un *hardware* y un *software*; otras de tipo humano, como es la necesidad de recurrir a un perito informático o a un testimonio; y otras complementarias, de tipo jurídico, como pueden ser una inspección judicial o una reproducción. Por último, está el factor temporal, en cuanto puede presentarse la necesidad de un diferimiento en el tiempo, que media entre el almacenamiento de la prueba y el momento cuando es accesible a la percepción del juez, para que pueda apreciarla o no.

Lo cierto es que siempre el juez operará como director del proceso y creará la forma que estime necesaria para tener acceso directo o de primera mano sobre el medio probatorio, así que la fase indirecta, en el trámite, opera dentro de la evacuación de la prueba, pero el contacto del juez con la prueba se produce de modo directo, durante la evacuación y la valoración del juez, que se reduce, finalmente, a la percepción directa que logre tener éste con la prueba, en búsqueda de su verosimilitud.

La incertidumbre se reduciría a su mínima expresión, acerca de la naturaleza directa del documento electrónico, en el caso de que el documento haya sido constituido mediante una firma electrónica o bajo la modalidad del folio real. Para adelantar ambos términos, la firma electrónica representa un conjunto de datos, que permiten la identificación segura del autor del documento electrónico; mientras que el folio real responde a un sistema concebido para inscribir registralmente los asientos electrónicos sobre bienes, que permiten su identificación clara y precisa. En ambos casos, el documento ha sido previamente legitimado por un ente público competente para hacerlo.

4.- Es inmediata en su percepción pero mediata en su obtención

Hay quienes identifican las pruebas directas con las inmediatas y las indirectas con las mediatas, pero también pueden establecerse diferenciaciones basadas en el momento de la verificación de la prueba, en la medida que el juez participa o no, personal y directamente, en la obtención de la prueba. En la inmediación, el juez no tiene intermediario, en tanto que la prueba mediata se practica a través de una persona diferente o puede requerir del auxilio o apoyo de un instrumento o herramienta complementaria.

En relación con la prueba informática, cabe plantearse lo que debe entenderse por contacto personal entre el juez y la prueba. La tecnología presenta formas diferentes de contacto. Tal es, por ejemplo, el caso de las videoconferencias, que permiten establecer un contacto a distancia entre varias personas, sin que se encuentren todas en el mismo lugar, pero sí en el mismo momento. La dificultad no está en la aceptación del medio probatorio, sino en establecer la veracidad que corresponda, de modo tal que no incida en una eventual adulteración de los sujetos, en afectación del principio de seguridad jurídica y el debido proceso. No obstante las dudas que puedan presentarse, la tendencia dominante se orienta hacia la aplicación de la inmediación.

El principio de la inmediatez del documento electrónico puede verificarse ahora, a través de la novedosa figura del *folio real*. Fue introducida

en la nueva Ley de Registro Público y del Notariado (2006), conforme a la cual, los levantamientos catastrales, así como las inscripciones de bienes y derechos se asentarán electrónicamente, teniendo como objeto los bienes y no los propietarios. Se ha establecido, en consecuencia, la elaboración de la información a través de medios mecánicos o automatizados, en el cual queda asentado un resumen de la operación registrada, que refleje todas las características que dan lugar a la tradición de la operación (artículo 34). Esta inscripción automatizada equivale a una firma electrónica y le confiere autenticidad al documento así registrado.

En un estudio sobre los principios generales en el derecho probatorio, Rivera Morales destaca que la electrónica ha producido una revolución que ha planteado algunos problemas a la tradicional teoría procesal, llevando al cuestionamiento de muchos paradigmas, como son, entre otros: la presentación de los escritos, el diligenciamiento de pruebas, la existencia de documentos a distancia¹⁰⁰. Por esa razón, los conceptos tradicionales tienen que ser adaptados a las nuevas tecnologías. Precisamente, uno de tales conceptos es la reformulación de la intermediación, sobre todo ante la relevancia que están retomando los juicios orales. En la misma dirección, el mismo Rivera cita a Morello para destacar su comentario acerca del principio de intermediación, el cual, junto con el debate que se ha presentado entre los *oralistas* y los *escrituristas* se simplificaría o desaparecería gracias a “la multimedia, la telemática y la video conferencia, lo que demuestra el impacto de las nuevas tecnologías no ya sobre las normas, sino sobre los principios procesales”¹⁰¹. Y agrega, de su parte, que los nuevos instrumentos tecnológicos en el área informática, promueven la necesidad de revisar el marco conceptual tradicional, incluyendo la intermediación, la comunicación personal y la presencia, entre otros factores concurrentes, para concluir que “en este sentido hay una tarea inmediata de re-pensar estos aspectos e ir

¹⁰⁰ Rodrigo Rivera Morales: “Principios generales del Derecho probatorio”. *Revista de Derecho Probatorio*, N° 14. Caracas. Ediciones Homero, 2006, pp. 305-307.

¹⁰¹ Rodrigo Rivera Morales: ob. Cit., citando a Augusto M. Morello en *La eficacia del proceso*: p. 32-33.

considerando la aportación de nuevas tecnologías sin sacrificar el debido proceso y la justicia”¹⁰².

En otro orden de ideas, el principio de inmediación se ve ratificado con el desarrollo de las audiencias fundamentales de los procesos judiciales, a través de los nuevos recursos tecnológicos, fundamentalmente en forma visual, por medio de videos. En estos casos, después de una apelación, el tribunal de alzada puede tener una constancia real de lo que sucedió en la audiencia o durante la evacuación de una prueba, como es el caso de la reproducción de los hechos, a que se contrae el artículo 502 del Código de Procedimiento Civil venezolano*. Por el hecho de utilizar instrumentos mediáticos, la prueba no deja de ser apreciada bajo el principio de inmediación.

5.- Se trata de una prueba representativa o reproductiva

Partiendo del análisis de Taruffo¹⁰³, no es fácil definir en qué consiste la función o la eficacia representativa de una prueba, a cuyo efecto, fueron revisados los diversos enfoques que se manifiestan, desde aquel que sostiene que la representación es un sustituto de la percepción, porque refleja la imagen del hecho (que considera poco aceptable), hasta la tesis de Carnelutti, quien renunció a profundizar sobre la definición del tema, para preferir un vía menos genérica, como es destacar la tipicidad de la prueba dirigida a la *reproducción* del hecho. Fue así que Carnelutti, visionariamente para su tiempo, dijo que la pruebas reproductivas debían considerarse *documentos directos*, como es el caso de las fotografías, las grabaciones, las grabaciones en cintas, las películas y cualquier otra *reproducción mecánica*, que hoy día incluye entonces a la prueba informática, al igual que sucede con la naturaleza de las fotocopias y los telefax, caracterizados por ser documentos idénticos al original del cual emanan.

¹⁰² Íbidem: p. 32-33.

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

¹⁰³ Michele Taruffo: *Consideraciones sobre prueba y motivación en Consideraciones sobre la prueba judicial.* Madrid. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p. 465.

En el caso de la LMDFE, admite la existencia de la prueba escrita a través de los mensajes electrónicos. Siendo así, es obvio que cualquier medio de expresión de la tecnología, que pueda ser representado en un instrumento, sea la propia fotografía, o un video, una copia obtenida electrónicamente o afín, se puede equiparar a un documento, sin problema alguno, porque es inherente a la misma naturaleza del medio probatorio ante la fuerza de la realidad.

6.- Está regido por el principio de libertad de las formas

No existe un requisito *ad solemnitatem* para que el documento electrónico tenga validez. Para que tenga eficacia jurídica, en términos de verosimilitud, puede ser suficiente que se verifique la transferencia del mensaje de datos, desde el autor o emisor hacia el receptor, en una fecha determinada y que esto pueda ser comprobado. A través del documento electrónico se cumple con el requisito de la representación formal del acto jurídico, siempre que sea posible la disponibilidad de la información, la cual se almacena, primero magnéticamente o a través de un medio afín, que puede reproducirse a través de textos, sonidos (voz), imágenes-vozes o gráficas (almacenamiento *multimedia*). Siempre se tratará de un instrumento, el cual puede quedar registrado instrumentalmente bajo una diversidad de expresiones.

Hoy día es posible lograr la transmisión del mensaje mediante muchos recursos modernos. La libertad de las formas se denota, además, por la circunstancia de que el documento se puede efectuar a distancia, sin ninguna barrera espacial ni temporal. Se emite sin requerir la presencia de las partes involucradas.

El catálogo de medios probatorios tecnológicos, como se dijo, reviste una gran variedad, dentro de los más conocidos popularmente están los siguientes:

- El *CD-Rom*, también llamado *compact disc* o con la sigla CD, extensiva a su versión CD-WROM (modificable), el cual es, tal vez, la forma más popular de almacenamiento de la información electrónica.

- El *DVD*, que es un disco digital, con una capacidad superior al CD.
- El *diskette*, que es un dispositivo de almacenamiento de información, con una capacidad limitada, pero que es extraíble y de fácil transportación.
- El video, conocido como el aparato que reproduce las imágenes y sonido, provenientes de una cinta de video.
- Los programas computarizados, que son una especie de órdenes concentradas para ser introducidas, leídas y aplicadas a través de una computadora, a través de un lenguaje técnico, sea de “alto o de bajo nivel”.
- El *fax*, abreviatura de la palabra *facsimilar*, es 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 y la imagen.
- El disco duro, que es un dispositivo de almacenamiento que permanece instalado en un aparato de computación, con una gran capacidad de almacenaje de información.
- El correo electrónico, también conocido como *e-mail*, es un instrumento para intercambiar mensajes a través de Internet.
- Internet, que es 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.
- Las tarjetas de pago bancario y las de prepago de teléfono móvil celular, que funcionan a través de una empresa determinada y se activa mediante una clave secreta. Cada cuenta marca su saldo cada vez que se accede a ella a través de un PIN (clave personalizada).

2.7.7. Tiene una naturaleza *ad probationem*

El ordenamiento jurídico puede subordinar la eficacia y validez del acto jurídico concreto a su formación a través del documento, de acuerdo a dos tipos de exigencias: unos, que tienen valor probatorio por el mero hecho de ser documentos (*ad probationem*), que son la mayoría de los instrumentos,

como por ejemplo, un contrato. Otros, que además de ser un medio probatorio documental, requieren de la verificación de ciertos requisitos esenciales a su existencia y validez, para constituir un medio de prueba susceptible de valoración (*ad solemnitatem*), como por ejemplo, la constitución de una garantía hipotecaria, que requiere ser debidamente registrada. Los primeros, podrían suplirse por otros medios de prueba, pudiendo entonces favorecerse a través de alguna prueba complementaria, como pueden ser los testigos, no así los segundos.

Claro que ambos documentos cumplen con la función de ser recaudos probatorios (*ad probationem*), pero sólo en este caso, su naturaleza jurídica no ha sido concebida como una condición de eficacia y validez en la formación de ninguna relación jurídica, a diferencia de lo que ocurre con los documentos *ad solemnitatem*, que son aquellos que no solamente sirven de prueba, sino que contienen, en sí mismos, la declaración constitutiva del Derecho¹⁰⁴.

En principio, el documento electrónico tiene efectos *ad probationem*, porque no requiere de ningún requisito constitutivo especial para configurar un instrumento apto para producir sus efectos probatorios. Sin embargo, la LMDFE plantea ambas modalidades. Si se revisa el texto del artículo 16 de dicha ley, se observa que le asigna a la Firma Electrónica la misma validez y eficacia probatoria que la legislación le asigna a la firma autógrafa, que es concordante con el artículo 6, cuando en su aparte único, establece que para determinados actos o negocios jurídicos, en los que la ley exija la firma autógrafa, bastará que el Mensaje de Datos esté asociado con una Firma Electrónica. En el mismo sentido, la parte final del artículo 1º señala que la certificación de una firma no excluye el cumplimiento de las formalidades registrales o de autenticación que exija la ley. Esta regulación significa que esta ley preserva el empleo de ciertas formalidades solemnes para la existencia y validez de algunos actos que así lo requieren, pero también, que pueden ser sustituidos a través de la utilización de los mecanismos previstos

¹⁰⁴ Miguel Ángel Moreno Navarrete: *Contratos electrónicos*. Madrid-Barcelona. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999, p. 95.

en la propia LMDFE, esto es, por vía informática, a través de la firma electrónica.

Esta nueva concepción, puede traer inconvenientes en cuanto a la regulación previa que contempla esta situación en el Código Civil y el Código de Comercio. Por ejemplo, si el derecho positivo de un país exige un documento escrito para determinadas operaciones, la realización de un negocio jurídico electrónico tendría que ser válido mientras la legislación del país, o de dos si fuera el caso, admitieran el documento electrónico como equivalente al documento escrito. De cualquier forma, se trata de un problema probatorio relacionado con el soporte documental y la transmisión electrónica.

CAPÍTULO 3.- LA COMPLEJIDAD PROBATORIA DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y SU INSERCIÓN DENTRO DE LA NOCIÓN DE LAS PRUEBAS DIFÍCILES O *DIFFICILIORIS PROBATIONES*

3.1. Nuevas orientaciones del derecho adaptables a las probanzas informáticas para la resolución de los conflictos judiciales.

Buena parte de la nueva doctrina jurídica ha cuestionado la concepción silogística como el medio más idóneo para ser utilizado en el análisis para la resolución de los conflictos. Tal ha sido el caso de filósofos del derecho como Kant, Recaséns Siches e Ihering, al considerarlo como un recurso mecánico dentro de la dinámica judicial. Se argumenta que la actividad del órgano jurisdiccional no puede consistir solamente en la subsunción del hecho, particularmente planteado, dentro de una norma general (premisas mayor y menor), para entonces producir la consecuencia del fallo o la resolución correspondiente. Por el contrario, se explica que en mayor o menor medida, de acuerdo con el tipo de caso de que se trate, la actividad del juez está siempre relacionada con una función creadora del Derecho, que no siempre obedece a la dinámica silogística.

El trabajo de encontrar la norma del derecho positivo aplicable al caso es un asunto de conocimiento de valoración. El juez tiene que esmerarse en cubrir la intención del legislador cuando creó la norma para ser aplicada al caso concreto que le corresponde resolver. Recaséns Siches dice que esa función debe cumplirse en todos y cada uno de los casos, pero advierte que hay una diferencia entre los casos fáciles y los más difíciles o complicados. Es obvio que los fáciles no presentan complicaciones, pero es en los difíciles cuando “se muestra con todo relieve que la determinación sea la norma positiva aplicable, que entraña claramente un juicio de valor”¹⁰⁵. Tal es el caso -acota- de aquellos conflictos que pueden enfocarse desde diferentes ángulos, pero que en todo caso, no es un asunto de silogismo sino de “elección de premisas por parte del juez. Una vez elegidas las premisas, la

¹⁰⁵ Luis Recaséns Siches: *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. México. Ed. Porrúa, 1980, pp. 136-137

mecánica silogística funcionará con toda facilidad”¹⁰⁶, con la advertencia de que puede operar con cualquiera de las premisas que el juez haya seleccionado, porque la lógica formal de la deducción no suministra ningún criterio rígido para realizar la labor de inferencia.

En el caso de los documentos privados, explica Recaséns Siches que para que el juez establezca si son o no fidedignos, tiene que haberse formado primero una opinión acerca del grado de confianza que le merezca el documento, con base en una serie de circunstancias. La primera parte de la tarea estaría en el hallazgo de la norma, luego sigue la constatación de los hechos; y por último, la calificación jurídica de esos hechos, para concluir entonces los juicios de valoración. Pero no hay que olvidar que “unos mismos hechos, en ocasiones pueden ser calificados de diferente manera”. Por consiguiente, muchas veces el juez tiene que hacer valoraciones por su propia cuenta, porque el orden jurídico no siempre responde a todas las interrogantes que se presentan dentro del proceso judicial. Tampoco dispone de “un aparato mecánico para la ponderación crítica de la prueba, pero igual tiene que resolverla por su cuenta por aplicación del principio de la plenitud hermética del orden jurídico”, de acuerdo con lo que considere justo. Esto quiere decir que es necesario acudir a criterios estimativos y que este examen del proceso judicial ha de ser la regla y no la excepción, inclusive en aquellos casos en que parezca que el derecho positivo haya formulado una norma explícita para resolver la controversia. Recaséns llega a la conclusión de que “una clara visión de la índole del proceso jurisdiccional pone en claro que no es posible en ningún orden jurídico contar con plena certeza y con absoluta seguridad”¹⁰⁷.

La doctrina moderna ha continuado su camino de cambios en el campo del derecho procesal, particularmente en cuanto al tema probatorio, y más específicamente en el de la valoración de las pruebas. Hoy día, hay una tendencia universal en el mundo judicial, mediante la cual se está concibiendo una reorientación de la actividad de jueces y de los tribunales

¹⁰⁶ Luis Recaséns Siches...*op.cit.*, pp. 136-137.

¹⁰⁷ Luis Recaséns Siches...*op.cit.*, p. 293.

sobre la resolución de los conflictos, siendo uno de los modelos más aceptados el que propone Wróblewski, quien se ha referido al denominado *legal and rational judicial decision-making*¹⁰⁸, orientado hacia la aplicación más racional del Derecho, que guarda su paralelismo con los planteamientos de los filósofos del derecho que fueron referidos. De acuerdo con este modelo, la decisión judicial debe basarse en las normas jurídicas válidas, pero además, estar racionalmente justificada, vale decir, apoyada en razones prácticas de acuerdo con cada caso. Por lo tanto, la aplicación del Derecho deja de ser una actividad exclusivamente silogística y se convierte en un razonamiento argumentativo y justificativo. De esta forma, además de la validez de las normas jurídicas, habrá que considerar otros argumentos, además de los legales, que pueden tildarse de extra-jurídicos, como son las razones morales, sociales y económicas, para que la decisión que se tome responda a un esquema racional, bajo un compendio más integral. Es así como a las decisiones judiciales precedentes se les asigna un lugar preponderante dentro de este razonamiento jurídico, que sirve de soporte a los nuevos casos.

En Venezuela, coincidimos con la apreciación de María Luisa Tosta sobre el desplazamiento que se observa en los países identificados con el llamado *civil law* hacia el del *common law*, así como también, acerca de la tendencia del derecho procesal para aplicar en el campo judicial los *precedentes judiciales*, característicos de la justicia sajona. Tosta dice que:

(...) la esfera del Derecho Procesal, parece más bien encontrar su inspiración en el Derecho de los anglosajones (...) Con las transformaciones procesales de los últimos tiempos en el ámbito civil, parece que el juez adquiere más poder. Esto se va a acentuar con el cambio constitucional que creó el carácter vinculante del precedente de la Sala Constitucional (artículo 335 de la Constitución vigente...) Esto es novedoso dentro del mundo jurídico venezolano y parece resultar de la influencia del sistema del "common law".¹⁰⁹

Al evaluar Tosta la más reciente evolución del derecho venezolano, llega a la conclusión de que, dentro de las transformaciones que se destacan

¹⁰⁸ Wróblewski, J.: *The Judicial Application of Law*, Z. Bankowski y N. MacCormick. Ed. Dordrecht, Kluwer, 1992; pág. 305 ss.

¹⁰⁹ María Luisa Tosta: *Evolución reciente del Derecho Venezolano*; Serie: Trabajos de Ascenso N° 11, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2007, p. 97-98 y 107.

se encuentran las “modificaciones en la estructura de los procesos judiciales y en el papel del juez, para acercarse al modelo norteamericano”. Como consecuencia de lo anterior, hay “cambios en la valoración de la jurisprudencia y de la ley, también para inclinarse al modelo norteamericano”.

Estos cambios parecen orientados en la dirección correcta, cuando se proyectan sobre la tramitación de la prueba electrónica. Ha de ser la vía propicia para atender y resolver la problemática que está generando la nueva expresión de las pruebas modernas, a la luz de los cambios incesantes que produce la revolución tecnológica. Uno de los mayores inconvenientes que se puede diagnosticar en Venezuela ahora es la asincronía que se evidencia entre la nueva orientación del derecho procesal civil y la anacrónica legislación procesal en el terreno probatorio, todavía vigente en el país. El agravante que se registra es que no están planteadas las reformulaciones legislativas que corresponden. Los cambios deberían extenderse hacia la modernizaciones de las universidades, las cuales están encargadas de la formación de los nuevos abogados y la actualización de los ya profesionales del derecho; y, sin duda, lo más importante, hacia el Poder Judicial, siendo que tampoco está preparando debidamente a los jueces, para que honren con la mayor evaluación posible su misión de administrar justicia.

3.1.1. El precedente judicial y su importancia sobre la prueba informática en los casos difíciles

En sintonía con el tema de los casos y las pruebas difíciles puede considerarse la institución del precedente judicial, relacionado con la función de la autoridad en el razonamiento jurídico. Se trata de un asunto que, dentro de la filosofía del derecho, ha generado una interesante polémica, aunque no es materia de este trabajo. Sin embargo, ante situaciones como las que plantean los casos difíciles, que deben ser resueltos a través de probanzas también difíciles, el precedente judicial ha de ser un recurso importante cada vez que se presenten cuestiones complejas, como es el de la prueba electrónica. Será de gran ayuda para los jueces, los litigantes y para el

sistema judicial en general, hacer uso de los aportes filosóficos en materia de razonamiento jurídico, directamente vinculado con el precedente judicial.

Moral Soriano¹¹⁰ hace referencia al razonamiento jurídico que tiene lugar dentro del proceso legislativo (*law-making process*) y en el proceso judicial (*law-applying process*), que es la modalidad del razonamiento práctico, según Raz. Por su parte, Perelman presenta el modelo de la retórica, fundada en el concepto de lo *razonable*; que en cuanto a los precedentes, propone el uso argumentativo de las decisiones judiciales, de manera que la fuerza de un razonamiento conduce a la resolución del resto de los argumentos que se hayan esgrimido. La teoría de la argumentación de Perelman (conocida como la nueva retórica) identifica el razonamiento jurídico con el razonamiento judicial, así como existe una conexión entre la autoridad y los precedentes judiciales. De ahí que está directamente vinculado con la seguridad jurídica, para garantizar la solución del conflicto. No obstante, como precisa Moral Soriano, la diferencia entre el modelo práctico elaborado por Raz y el deliberativo-argumentativo de Perelman, cuyo cometido es el de decidir lo que debe hacerse, está en que para el primero, la actividad judicial está determinada por la función excluyente de las normas jurídicas, cuando éstas no solucionan los problemas usuales en la práctica judicial, en la adaptación de una norma jurídica a nuevas circunstancias, pero también cuando se presente la inexistencia de una norma aplicable al caso, o en un conflicto entre varias normas aplicables a un mismo caso. Por eso es que debe hablarse, en el razonamiento práctico, más que del carácter excluyente o no, del ámbito de *lo posible*.

Moral Soriano infiere, entonces, que la aplicación del Derecho empieza cuando se plantea un “conflicto de normas jurídicas válidas”, esto es, cuando al considerar una situación concreta de aplicación posible cabe recurrir a más de una norma válida, que pueden tener resultados incompatibles entre sí. Para la mencionada autora el precedente judicial:

¹¹⁰ Leonor Moral Soriano: *El precedente judicial*. Madrid/Barcelona. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002, pp. 53-70.

es el argumento de autoridad por excelencia en el ámbito del razonamiento jurídico (...) el valor de ese argumento, el valor del precedente en el razonamiento jurídico, su fuerza más o menos persuasiva, dependerá directamente del valor del juez, de su autoridad. De esta manera la autoridad del juez sirve para fundamentar una técnica discursiva más, que permite el uso de las decisiones judiciales¹¹¹.

Esta premisa puede ser aplicada al caso concreto del documento electrónico en Venezuela. En efecto, la LMDFE (artículo 4) establece 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, tiene la equivalencia probatoria de las copias o reproducciones fotostáticas. Dentro de esa misma norma, se prescribe que la tramitación del medio probatorio debe hacerse de acuerdo con lo que haya previsto el Código de Procedimiento Civil para las pruebas libres. Dicho código procesal (artículo 429) prevé 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. Dicho cotejo procede a través de una inspección judicial o una experticia grafológica. Pero ocurre que 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 exige que la información se presente en original, se requiere 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 confiere la misma eficacia probatoria de una firma autógrafa.

¹¹¹ Leonor Moral Soriano...*op.cit.*, pp. 53-70.

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, pero la LMDFE le confiere la potestad de otorgar certificados electrónicos solamente a los Proveedores de Servicios de Certificación, sin que se haya hecho 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 producen los documentos públicos (artículo 27). Y si volvemos a la ley procesal (artículo 448.2) se prevé que es un documento indubitado para el cotejo aquel instrumento firmado ante un Registrador u otro funcionario público. Por su parte, 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”. Adicionalmente, hasta esta fecha, sólo hay dos operadores de firmas electrónicas, uno público (Fundación Instituto de Ingeniería) y uno privado (PROCERT), conforme a lo previsto por la LMDFE hace más de una década.

Lo que queda resaltado es que precisamente, 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, siendo que todavía no existe otra alternativa. No resolver los conflictos oportunamente equivaldría a una denegación de justicia y hacerlo sin la suficiente hermenéutica jurídica puede conducir a una suerte de anomia o contradicciones indeseables.

3.1.2. Las soluciones

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 Soriano¹¹² que, para “aplicar una norma jurídica” al caso concreto, Günther recurre al principio de integridad de Dworkin, conforme al cual hay que partir de la consideración imparcial de todos los aspectos relevantes de una determinada situación, que Günther 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, la citada autora dice que está también el enfoque de Wróblewski, 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. En otras palabras, la decisión que se toma en un momento determinado, tiene un arraigo en

¹¹² Leonor Moral Soriano... *op.cit.*, p. 89; cita a K. Günther, *The Pragmatic and Functional Indeterminacy of Law*, p. 449.

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.

3.1.3. Los precedentes y el sistema judicial venezolano

La institución del precedente judicial no es del todo ajena al sistema judicial venezolano, sólo que no es propiamente como en el anglosajón. Cuenca¹¹³ apuntó hace algún tiempo que las sentencias de casación aspiran extender la doctrina de sus fallos sobre los procesos futuros, inclusive hasta donde no alcanza la cosa juzgada. Sobre esta misión del Tribunal Supremo de Justicia (antes Corte Suprema), también conectada con la noción de nomofilaquia, dice Cuenca que:

tiende a conciliar las contradicciones de los códigos, llenar las lagunas del ordenamiento jurídico, iluminar las zonas oscuras del pensamiento legislativo y, en fin, corregir los errores y las incongruencias de la ley. Entre nosotros la doctrina de la corte no tiene fuerza vinculatoria sobre otros procesos, pero, en principio, es un órgano productor del derecho porque su jurisprudencia debe ayudar a resolver una problemática jurídica para más tarde ser recogida en disposiciones legales. Por su propia naturaleza, la suprema Corte debe cumplir una función ejemplarizante, una labor de docencia jurídica, pues cada fallo debe ser una lección de derecho orientadora para los jueces y los ciudadanos.

¹¹³ Humberto Cuenca: *Curso de Casación Civil*. Caracas. Colección Ciencias Jurídicas, Universidad Central de Venezuela, 1980, pp. 29-30.

En las palabras de Cuenca, todavía con plena vigencia, se encuentra la clave para comprender la importancia que tiene, aún en estos tiempos, la regulación de la prueba electrónica, en un país como Venezuela, donde no existe una claridad legislativa ni una cultura jurídica suficientemente estable, que permita la más sana interpretación y aplicación del derecho a las situaciones fácticas que se presenten; sobre todo cuando ha quedado asentado y clara su dificultad probatoria, por novedosa y por compleja.

Moral Soriano¹¹⁴ sostiene que los sistemas europeos enraizados en el derecho codificado ha ido desplazándose hacia la jurisprudencia creada por los órganos de casación de los *precedentes*, reconociéndoles su relevancia jurídica; lo cual indica que están desapareciendo las fronteras entre el sistema jurídico continental y el anglosajón. Como se dijo, de acuerdo con la teoría del precedente, “toda decisión judicial anterior relevante para la solución de casos futuros es un precedente”.

A pesar de su origen anglosajón y de no encontrarse expresamente consagrado en la legislación adjetiva venezolana, el Tribunal Supremo de Justicia ha recurrido a la figura del precedente judicial para sustentar algunas de sus decisiones. Específicamente, en relación con el tema de la prueba informática, puede mencionarse ilustrativamente una sentencia dictada por la Sala Civil de la cual se transcribe esta parte de su texto:

Por consiguiente, la Sala deja establecido que es obligatorio para los jueces de instancia fijar la norma en que deba tramitarse la contradicción de la prueba libre que no se asemeje a los medios de prueba previstos en el ordenamiento jurídico, pues así lo ordenan los artículos 7 y 395 del Código de Procedimiento Civil; de lo contrario se estaría subvirtiendo la garantía del debido proceso, con la consecuente infracción del derecho de defensa de las partes (...) 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 probatorio¹¹⁵.

¹¹⁴ Leonor Moral Soriano: *El precedente judicial*. Madrid/Barcelona. Ed. Marcial Pons, 2002, pp. 15-17.

¹¹⁵ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia RC. 00769, 24-10-07 (Distribuidora Industrial de Materiales C.A. (DIMCA) vs. Rockwell Automation de Venezuela C.A.), con ponencia de la magistrada Isbelia Pérez Vásquez, Expediente N° AA20-C-2006-000119.

El tema ha de ir creando una saludable polémica acerca del contenido del razonamiento jurídico que relaciona la actividad judicial con los precedentes. Muchos juristas consideran dos tipos de binomios relacionados con el asunto: uno, que concibe la aplicación del derecho con la creación; y otro, que lo hace con la justificación. En cualquiera de esos casos, la interrogante a plantear es: ¿el juez crea o aplica el Derecho?; y la otra: ¿el juez justifica o aplica el Derecho? La primera está relacionada con la legitimidad de la función judicial y, la segunda, con el contenido del mismo razonamiento jurídico. No será este el espacio adecuado para introducirnos en alguna de las tesis, con su consiguiente polémica. Solo se pretende ahora mencionar que también el razonamiento jurídico es un tema que está en revisión permanente; y que, en el campo de la informática, pueden encontrarse formas distintas para abordar y resolver los conflictos.

La aplicación del Derecho comienza cuando se plantea un conflicto de normas jurídicas válidas, esto es, cuando una situación concreta sujeta a la resolución de una controversia permite aplicar, al menos, dos normas jurídicas válidas que arrojan resultados incompatibles entre sí. El objetivo del discurso sobre su aplicación será determinar cuál de entre varias normas válidas es la más adecuada para resolver el caso en concreto. En el campo del derecho informático es evidente la viabilidad de este tipo de recursos interpretativos para la resolución de los conflictos jurídicos. Por un lado, la LMDFE establece que el mensaje de datos debe tenerse como un documento escrito (prueba legal) y por otra, que su valoración se haga de acuerdo con la libre convicción del juez (prueba libre), para señalar solamente un ejemplo concreto. Habrá que establecer la aplicación preferencial de una de ellas. En nuestra opinión ha de ser la segunda opción.

Otros autores contemporáneos han elaborado también nuevas concepciones, adaptado algunas o reelaborado otras, para brindar técnicas argumentativas que conducen al mismo fin, es decir, a la resolución de cualquier conflicto jurídico, en este caso particular, el judicial. Es por ejemplo, el caso de Gunther, cuando para aplicar una norma jurídica que resuelva el caso concreto, recurre al principio de integralidad de Dworkin. De acuerdo

con ese principio, se aplica “la idea de una consideración de todos los aspectos relevantes de una situación”. Más que aspectos relevantes, Günther los interpreta como elementos principalistas, no de orden fáctico, en el sentido de que la indeterminación de las normas jurídicas desaparece cuando éstas se remiten a los derechos o argumentos principalistas ajenos al derecho positivo¹¹⁶.

Por su parte, la concepción del silogismo judicial todavía conserva su aplicabilidad como un método tradicional válido -aunque sea complementariamente- para la evaluación de los hechos y de la conducta humana porque, siguiendo a Sentís Melendo y Devis Echandía, no hay sistemas mixtos, en el sentido de que el juez tiene o no libertad para la apreciación de las pruebas, puesto que no existe libertad a medias. Lo que ahora se está planteando, en el marco antes mencionado, es una variación en la argumentación aplicable.

Todos estos enfoques, sea el de Recaséns Siches, el de Wróblewski o el de Dworkin, entre otros, cobran especial significación en su aplicación dentro del campo del Derecho Informático, en consideración a la masificación del comercio, de la globalización como fenómeno imperante en el concierto de las naciones, que va filtrando lo que puede llamarse la internacionalización de la aplicación de la justicia o la resolución de los conflictos que se presenten entre los justiciables, tanto los nacionales como los que se presenten fuera de las fronteras de cada país. La utilidad de esta amplitud, cobra mayor importancia en la medida que queda claramente establecido que la prueba informática es una probanza difícil por compleja y novedosa. El ámbito de la prueba informática es un terreno fértil para la aplicación de una regulación jurídica de connotaciones internacionales, dada su naturaleza. Probablemente, la mejor opción sea la modificación de las legislaciones nacionales, sin que sea censurable que se integre la normativa de la mayoría de los países, porque será la mejor forma de resolver

¹¹⁶ K. Günther: *The Sense of Appropriateness*. New York. Albany State University of New York Press, 1993, pág. 278.

problemas tan comunes como complejos. Tal vez por eso es que apunta Falcón que:

la legislación debe ser futurista y regular de una manera distinta el sistema del documento como objeto, incluyendo el documento electrónico dentro de una temática general del documento, que ya hace tiempo necesita una revisión, pero que la informática recién ha mostrado clara y precisamente¹¹⁷.

Para comprender mejor estos argumentos, nada mejor que pensar en el ejemplo de la transferencia de fondos a través de la intermediación de la banca internacional, que se tramita mediante documentos electrónicos, a través de lo que se llama técnicamente transferencias *on line*, tan comunes entre diferentes países. Otras veces, las operaciones se efectúan a través de Cajeros Automáticos, nacionales o en otros países, que también involucran la movilización de fondos y otros servicios, que requieren la utilización de una tarjeta plástica con su banda magnética, la cual exige la utilización de una clave privada, que se conoce como PIN (*personal identification number*). Este tipo de operaciones, como se dijo, se extienden extraterritorialmente de las fronteras de cada país, de modo que amerita la celebración de contratos privados, de tratados internacionales y, en el mejor de los casos, de una legislación de corte internacional, que permita su aplicación con mayor celeridad y seguridad jurídica. Estas transacciones dejan trazas secuenciales y constatables. Colateralmente, este tipo de relaciones jurídicas comporta otras más, como es el de la utilización del *software*, en la mayoría de los casos concebidos a través de *programas fuentes*, de forma *estándar*, para facilitar y suministrar mejor soporte y mayor confianza a las operaciones internacionales, que ameritan la celebración de contratos internacionales.

3.1.4. El juez ante los casos difíciles

A propósito del planteamiento de las dificultades probatorias que presenta la prueba electrónica, amerita la referencia a los llamados *casos difíciles*, considerando la posibilidad de hacer un paralelismo entre ambos,

¹¹⁷ Enrique M. Falcón: *La informática y la prueba*, en *La prueba, Libro en memoria del Profesor Santiago Sentís Melendo*. La Plata. Ed. Platense, 1966, pp. 468-469.

tanto por su naturaleza afín como por el hecho de que la resolución de los casos está íntimamente ligada al tema probatorio.

Ante la realidad de existencia de casos difíciles a resolver en sede jurisdiccional, la doctrina ha elaborado diversos enfoques; pero pocos tan interesantes, por sus aportes, como la diatriba que sostuvieron el inglés H.L.A. Hart y el norteamericano Ronald Dworkin acerca de la *teoría de la discrecionalidad judicial*, a partir de 1961. Es claro que no corresponde a este trabajo extenderse en las disquisiciones ideológicas de estos juristas en torno de estas teorías jurídicas de gran riqueza reflexiva, pero, sin duda, es oportuna al menos una referencia sobre este debate, en tanto es útil para aplicar sus conocimientos al entendimiento y desarrollo de la prueba informática, tenida como difícil o compleja, en momentos cuando ha iniciado su desarrollo indetenible.

Procurando hacer un resumen de ambas posiciones, Hart planteaba que, ante los casos difíciles o *hard cases*, los jueces deben gozar de una gran discrecionalidad, al extremo de convertirse en creadores de una regla jurídica aplicable, como si fuera un legislador, para resolver el caso. A tal efecto, se emplearía la técnica de la analogía, basado en el criterio aproximativo, para solucionar los casos difíciles a través de una interpretación razonable, que le permita resolver las decisiones judiciales. Parte de la base de que, si la *regla* aplicable es imprecisa, el juez no tiene otra salida que seleccionar aquella opción que prudentemente estime como la más viable.

Por su parte, Dworkin mostró su desacuerdo y le señaló a Hart que no todos los casos difíciles tienen su origen en la vaguedad de una regla jurídica, y que las partes tienen derecho a obtener una solución sustentada en el ordenamiento jurídico preexistente, que debe operar tanto en los casos fáciles como en los difíciles. Por lo tanto, sostiene que los jueces no gozan de discrecionalidad, ni de poderes excepcionales para crear normas jurídicas. Consideró que las normas jurídicas son reglas precisas, pero que a su lado también existen *principios*, que deben ser observados, y aunque funcionan de manera diferente a las reglas, deben ser tomados en cuenta por

cualquier juez o intérprete cuando sea pertinente. Por esta razón, sostiene que los jueces no tienen discrecionalidad para crear derecho en los casos difíciles, sino que tienen que aplicar los principios vigentes en el respectivo sistema jurídico. Esta sería la vía para que el juez dicte sentencias correctas ante los casos difíciles. Es así como Dworkin enfrenta la tesis de la discrecionalidad judicial de Hart, a través de la existencia de un método personal del juez, dotado con capacidades extraordinarias para encontrar, en cada caso difícil, los principios aplicables que se basen en la mejor justificación moral para decidir este tipo de casos, manteniendo siempre el dominio de la aplicación del derecho, sin tener que acudir al campo de la creación de normas jurídicas.

Posteriormente, varios juristas han llegado a la conclusión de que no hay un desacuerdo sustancial entre Hart y Dworkin. Se ha afirmado que Hart nunca ha negado la existencia de principios y que, en este sentido, hay una equivalencia con lo que él entiende por reglas. Por otra parte, puede inferirse que la teoría descriptiva de Hart y la justificativa de Dworkin pueden complementarse mutuamente; porque existen puntos de contacto entre ambas teorías. Lo cierto es que ambos autores ofrecen soluciones distintas sobre el problema de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas a los casos difíciles, y que coinciden también en que tienen el mismo objetivo de solucionarlos.

Autores como César Rodríguez, han tomado este debate para aportar conclusiones igualmente útiles y valiosas, partiendo del contraste entre casos fáciles y difíciles, que surgen de los escritos de Hart y Dworkin, llega a la conclusión de que: “en términos generales, un caso es difícil cuando los hechos y las normas relevantes permiten, por lo menos a primera vista, más de una solución”¹¹⁸. A tal efecto, destaca el ilustrativo ejemplo de Hart sobre la norma: *Está prohibida la circulación de vehículos en el parque*, para interpretar si ese dispositivo se aplica a cualquier tipo de automóviles o si excluye, por ejemplo, a las bicicletas, lo cual hace posible siempre una

¹¹⁸ César Rodríguez: *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, reimpresión 2000, pp. 66 y ss.

alternativa de solución razonable para cada caso¹¹⁹. Puede ocurrir entonces, que exista más de una norma aplicable al caso, que no exista ninguna, o que exista sólo una norma, pero con un texto insuficientemente claro o cuya aplicación pueda parecer injusta o socialmente perjudicial a un determinado caso en concreto.

Para armonizar ambas posiciones, Rodríguez retoma la sentencia modelo para sostener las diferencias entre Hart y Dworkin, conocida como el caso *Hércules y Herbert*, a través de la cual se ilustraban las dos posiciones, en la que se destaca que *aunque Hércules y Herbert se inclinaron por la misma decisión, es claro que lo hicieron de manera muy distinta*. El autor entiende que, en sus respuestas a Dworkin, Hart reitera que el poder discrecional del juez no es arbitrario; y Dworkin sostiene que, para interpretar la práctica jurídica de la comunidad, el juez no puede evitar acudir a sus propias convicciones¹²⁰. Para concluir, tal vez lo más importante sea destacar la concepción integradora que le corresponde al derecho, como exigencia que debe hacerse a los jueces dentro de un Estado democrático de Derecho. En este caso, mientras Hart proporciona los elementos descriptivos, Dworkin aporta instrumentos para la justificación y la crítica.

Referencias y reflexiones como las expuestas pueden llevarnos a un mejor entendimiento de lo que sucede actualmente con la prueba electrónica. La primera conclusión a la que puede arribarse, es que el derecho no puede permanecer estático, sino que ha de movilizarse dinámicamente, de acuerdo con los cambios y eventos sociales que vayan presentándose. La segunda conclusión, es que, al lado de los casos típicos o tradicionales, siempre se presentarán casos difíciles, que admitirán diversos enfoques y soluciones, los cuales inevitablemente se administran con probanzas difíciles, pero que el derecho está obligado a darle la mejor respuesta posible, dentro de la orientación que corresponda socialmente, a manera de proyección normativa. La tercera conclusión es que, el Estado, a través del aparato jurisdiccional, es el organismo llamado a proporcionar las respuestas

¹¹⁹ César Rodríguez...*op.cit.*, p.66 yss.

¹²⁰ César Rodríguez...*op.cit.*, p.66 y ss.

necesarias ante este tipo de planteamientos. Y por último, que no limitante de otras conclusiones posibles, ante el fenómeno de la mundialización, resulta saludable que la concepción del derecho de estos nuevos tiempos se oriente hacia la integración internacional, hacia modelos compatibles entre los diferentes Estados. En el caso de la realidad electrónica, que hoy día signa la vida de los pueblos, la armonización de las respuestas jurídicas a los conflictos que se presentan, será sin duda una herramienta eficaz para afrontar la problemática de esta modalidad de casos y probanzas difíciles. Y uno de los recursos de que se dispone es el del precedente judicial.

Claro está, como dice Taruffo, que no puede considerarse que la decisión judicial sea una *premisa pacífica*, porque responde a una opción valorativa, esencialmente ideológica, con sus implicaciones culturales y políticas; pero lo más importante es que el sistema de administración de justicia se inspire siempre en una ideología racional de la decisión. Ante este contexto, frente al problema de la prueba, la decisión sobre los hechos tiene que obedecer a una “concepción democrática de la administración de justicia”¹²¹. A tal fin, es determinante considerar la racionalidad de la prueba como instrumento epistémico dentro de una concepción democrática de la noción de poder. Como consecuencia -concluye Taruffo, tomando en consideración las expresiones de filósofos como Michael Lynch y Bernard Williams- junto con la motivación como instrumento de control externo de la justificación de la decisión, relacionada con una concepción democrática del ejercicio del poder; también:

la verdad es un valor propio de las sociedades democráticas, mientras los regímenes autoritarios se fundan sistemáticamente en la mentira y la falsificación. Entonces, también en el contexto procesal, la verdad sobre los hechos ha de considerarse como un valor político irrenunciable¹²².

En definitiva, los conflictos serán inevitables, son parte de la esencia humana, pero así como hay situaciones fáciles hay otras difíciles, sin que ninguna pueda quedar exenta de la respuesta judicial más sólida y

¹²¹ Michele Taruffo: *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p. 18.

¹²² Michele Taruffo, ... *op.cit.*, pp. 44-45

ejemplarizante, como tarea que corresponde a los juzgadores del sistema judicial, en cualquier país del mundo. De ahí la misión social que tienen todos los jueces del mundo, razón por la cual deben ser seres investidos de un elevado nivel de cultura, jurídica y social, de valores, de principios, de probidad y dignidad. Sólo así los pueblos tendrán el bienestar atiente a la paz social que se merecen. En Venezuela, es parte del debido proceso y la seguridad jurídica que constitucionalmente le sirve de basamento (CRBV, artículo 49).

3.1.5. Del préstamo constitucional al préstamo legislativo (*borrowing*)

Raúl Arrieta se refiere al llamado *Préstamo Constitucional*¹²³ como una institución que permite el trasplante o la adaptación de alguna manifestación del conocimiento jurídico de un país a otro, de acuerdo con la afinidad que resulte de elementos históricos, culturales, sociales e ideológicos de cada sociedad, que le permite a los jueces utilizar decisiones de tribunales extranjeros, cuando resuelven situaciones afines que no tenían previstas. Se trata de un recurso más complejo todavía, en la medida que se trata de un nuevo “diseño institucional”, que plantea a una corte o tribunal la posibilidad de establecer una suerte de “diálogo con otros tribunales” diferentes a la sociedad a la que pertenecen. Se trata de una tendencia constitucional, de aplicación internacional, que puede ser muy útil si se adapta a la normativa de rango sub-constitucional para aquellos casos, como el que nos ocupa, de difícil resolución, tomando como plataforma los avances de otras legislaciones y jurisprudencias.

Asienta Arrieta, que se hace cada vez más frecuente que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano se base en citas de autores y sentencias extranjeras, la mayoría de las veces sin el debido soporte contextual; no obstante que la aplicación del derecho constitucional comparado sea útil cuando se trata de normativas y principios similares. Se

¹²³ Raúl Arrieta Cuevas: El préstamo constitucional; III Encuentro Latinoamericano de Postgrados en Derecho Procesal, Universidad Central de Venezuela.
http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal/files/derechoprocesal/El_prestamo_constitucional.pdf, octubre 2009.
<http://revistas.pucp.edu.pe>

trata, implícitamente, a la figura que se conoce como préstamo constitucional o *borrowing*, que cruza las fronteras jurisdiccionales nacionales, bien mediante el trasplante o la adaptación de la jurisprudencia de un país en otro, en particular las de rango constitucional. Se trata de una manifestación más del mundo globalizado, sobre todo en materia de derechos fundamentales, que permite que la argumentación legal de un tribunal sea utilizada como fuente argumentativa por otros tribunales, aunque provenga de un país diferente.

Otra expresión adicional al préstamo constitucional está conformado por el llamado “trasplante legal o de translación de normas y principios de un ordenamiento a otro”, que puede revestir también la modalidad conocida como *cross-fecundation* o *polinización cruzada*, que se configura cuando la sentencia de un Tribunal Constitucional “ordena la desaplicación de una norma nacional y la sustituye por la aplicación de la jurisprudencia de un tribunal de derechos humanos”¹²⁴.

Arrieta advierte esta vía de apertura con una cita de la declaración de un ex Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, cuando declara lo siguiente:

“(...) La Corte de Justicia de la Unión Europea, que funciona en la ciudad de Luxemburgo, tiene el poder de revisar las decisiones de aquellos países que se adhirieron al Tratado de Roma. Puede que no sea en la misma forma que lo hacemos nosotros, pero tiene el poder para hacerlo. La Corte Europea de Derechos Humanos, ubicada en Estrasburgo, también provee una forma de revisión internacional”. Para agregar más adelante “... ha llegado el tiempo que las cortes de U.S., empiecen a mirar las decisiones de otras cortes constitucionales para ayudarse en su propio proceso deliberativo (...)”¹²⁵.

Una apertura similar ha sido reiterativa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, demostrando así la supremacía del debido proceso en todos los ordenamientos jurídicos avanzados del mundo. Claro que se advierte que, para que se produzca el préstamo o la transferencia, tiene que

¹²⁴ Raúl Arrieta Cuevas... *op.cit.*

¹²⁵ Raúl Arrieta Cuevas... *op.cit.*

existir una afinidad elemental entre las legislaciones de los países que se comparan.

Uno de los casos destacados por Arrieta sobre la materia, ha sido el de Sudáfrica. Un país que después de lograr su independencia, tuvo que afrontar la creación de una Constitución. Así lograron, por consenso político, que el Parlamento adoptara la *Constitution of the Republic of South Africa Act*, en 1993. Para tal fin, como los abogados sudafricanos reconocieron su falta de experiencia en el diseño de una constitución contemporánea, sobre todo en materia de derechos humanos, autorizaron a los constituyentes para hacer uso expreso del préstamo constitucional, tanto en el diseño de algunas de las nuevas instituciones, como para que su Corte Suprema pudiera interpretarlas posteriormente, con posibilidades expresas de aplicar el derecho internacional público extranjero, cuando fuera necesario, para la protección de los derechos humanos. A tal efecto, el tribunal debe afianzarse en el precedente judicial comparable desde tribunales extranjeros. Como concluye Arrieta, “el propio texto constitucional remite a un derecho existente más allá de sus fronteras: Derecho Internacional Público y al ‘Case Law’, al precedente extranjero”¹²⁶.

La importancia que reviste la aportación del precedente para el caso que nos ocupa, esto es, la dificultad de la prueba informática y el agravante que reviste para los venezolanos la falta de normativas claras y coherentes sobre el tema, está en la posibilidad de hacer uso del préstamo, o si se quiere, a través de la expresión metafórica de la fertilización o polinización de la normativa ya existente, cuando fuera más favorable, por vía de analogía o cualquier otra modalidad que permita la resolución de los casos controvertidos que se presenten en el territorio nacional. Para cubrir esta finalidad se encuentra la opción de la reforma legislativa, pero de no presentarse, cabe la referencia jurisprudencial, de acuerdo a cualquiera de los aportes que se han señalado anteriormente. Es probable que surjan detractores a estos recursos modernos, pero para reforzar el planteamiento, no cabe duda que el debido proceso y la tutela judicial efectiva, como el

¹²⁶ Raúl Arrieta Cuevas...*op.cit.*

derecho a la defensa, a que se contrae el artículo 49 constitucional, son materia consagrada como derechos fundamentales. Por consiguiente, el *thema probandum*, en particular la novedosa prueba informática, además con repercusiones internacionales, se inserta dentro de las nociones fundamentales con rango constitucional.

En el caso venezolano, se tiene la relativa afinidad que existe con el sistema jurídico español. Muchos constitucionalistas nacionales han constatado el gran parecido que existe en la vigente constitución (1999) y la constitución española, que por ser más vetusta, ha de haber inspirado en buena medida al constituyente venezolano. Y si a esta circunstancia se adiciona los avances que los españoles tienen en el campo del Derecho Informático y la calidad de muchas sentencias emanadas de sus tribunales, es muy probable que los tribunales venezolanos pudieran resolver más eficazmente muchas sentencias por vía de la aplicación del préstamo constitucional, a manera de precedentes judiciales, por afinidad y por analogía.

Con base en la figura del préstamo o de la transferencia, no cabe duda de que puede ser cada vez mayor la aplicación de la normativa transfronteriza en aquellas materias que así lo permiten, por efecto de la globalización y de la asincronía de los avances tecnológicos. La figura del *préstamo constitucional*, bien puede ser extendida, por consecuencia, al préstamo legislativo y al jurisprudencial, esto es, a normas de inferior rango jerárquico que el constitucional. Ha de ser un buen recurso para la resolución de conflictos que tengan incluida la tramitación y evaluación de una prueba informática, considerando que se trata de un asunto supranacional.

¿En qué consiste el llamado *préstamo constitucional* o el *préstamo legislativo* (con su correlativa transferencia hacia un préstamo legislativo)? El préstamo es un asunto complejo, que merece cada vez mayor análisis. Rett R. Ludwikowski lo representó gráficamente como un concepto de “jardinería constitucional”, para así distinguirlo de la “ingeniería constitucional” o de un “transplante quirúrgico”, de la siguiente manera:

El trabajo de un cirujano o de un ingeniero requiere algún nivel de exactitud: su libertad de experimento es limitada. En contraste, los jardineros constitucionales no trataron en construir sus productos de componentes probados correctamente o no trataron de transplantar órganos hacia organismos sociales ya logrados. En vez de eso, recogieron plantas de semilleros de diferentes jardines y las plantaron, parte por parte, en vegetación constantemente cambiante compuesta por normas, reglas e instituciones. Los nuevos jardines no parecen parques tradicionales franceses o británicos, tiene un carácter mezclado, armonizando rasgos producidos por diferentes sabores, culturas y estilos¹²⁷.

Después de semejante recetario, puede pasarse ahora a precisar el significado de lo que podríamos llamar ahora como préstamo jurídico, dentro de la relatividad que lo caracteriza en la contemporaneidad de su existencia. Por préstamo se entiende aquella decisión, con relevancia jurídica, tomada dentro de un país determinado, con base en una legislación extranjera, en razón de encontrarse aplicable y conveniente dentro de su contexto jurisdiccional, tanto en el sentido territorial como procedimental que el término admite.

Epstein y Knight¹²⁸ avalan ese integracionismo jurídico, precisamente a través de la tratada figura del préstamo constitucional. Los jueces pueden considerar las decisiones tomadas por otras sociedades cuando tienen la aptitud de resolver los conflictos; del mismo modo que los constitucionalistas pueden tomar en cuenta decisiones extranjeras cuando puedan adaptarlas a las disposiciones que más concuerden con sus legislaciones. Señalan que existe una fuente en la literatura universal, en su mayoría abundantes ensayos sobre el préstamo para la elaboración de algún diseño constitucional, pero consideran que se encuentra todavía en fase de desarrollo. Se orienta en varios sentidos:

- a) Los que lo aplican a través de sus análisis;
- b) Quienes analizan las decisiones de otras cortes o estudios elaborados por juristas a través de un diálogo o conversación de corte internacional. Esta modalidad coincide con lo que

¹²⁷ Citado por Raúl Arrieta ... op. Cit.: Rett R. Ludwikowski: *Mixed Constitutions – Product of an East-Central European Constitutional Melting Pot*. Ciudad. 16 B.U., 1.64, 1998. En: *Paradoxes of constitutional borrowing*, Wiktor Osiatynski, p. 276.

¹²⁸ Epstein, Lee y Knight, Jack; p. 196-197. Citado por Raúl Arrieta Cuevas, ob. cit., UCV, Caracas, octubre 2009.

Rosenkrantz, mencionando a Calabresi, refiere como el recurso “dialógico” (perteneciente o relativo al diálogo o escrito en forma de diálogo);

- c)** Un pequeño grupo que solamente ha realizado esfuerzos empíricos, pero que no cuadran completamente en la admisión del préstamo, sino que más bien se limitan a describir cuándo y cómo han tenido lugar;
- d)** Un último grupo que se plantea cómo las cortes podrían examinar las leyes internacionales de derecho comparado cuando se encuentren interpretando sus textos constitucionales a la sociedad, o también se plantean cómo evaluar si un préstamo o importación ha sido exitoso, o si la democracia norteamericana puede ser exportada a determinadas sociedades.

La escasa Doctrina que se refiere a la materia destaca que los términos sobre los cuales se plantea este fenómeno constitucional oscila entre su asimilación, el rechazo o la distorsión de las ideas e instituciones extranjeras. Casi siempre se basa en ejemplos. Según Osiatynski¹²⁹ la cultura usualmente tiende a resistir el préstamo. En los últimos tiempos, la idea de derechos humanos internacionales está siendo cuestionada por algunos representantes de culturas no occidentales, argumentando que se trata de una herramienta de corte de “imperialismo moral”, al servicio de aquellos que quieren imponer los valores occidentales al resto del mundo.

Se trata de un tema que ha adquirido características de modernidad, a la luz de los nuevos acontecimientos del mundo, con base a la tecnología y los avances científicos. En nuestro caso, sólo será posible el presente planteamiento incipiente, esperando que contribuya de alguna forma a la inserción venezolana en la continuación que sobre el tema ya se está iniciando. Puede ahora esperarse la posibilidad de reflexiones que adversen la aplicación del préstamo a la normativa sub-constitucional.

¹²⁹ Ob. cit.; p. 261-262.

En definitiva, existe la posibilidad de resolución de un conflicto judicial a través de la modalidad del préstamo constitucional o de los mismos precedentes judiciales, según el caso, con la posibilidad de aplicarse las máximas de experiencia.

Cabe recordar a Stein¹³⁰ cuando definió, en su insuperable tratado sobre las máximas de experiencia, lo que éstas son:

Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos.

Puede ser de gran utilidad para resolver los casos difíciles y las pruebas difíciles, como es la prueba electrónica.

3.1.6. El derecho comunitario y la soberanía

El crecimiento de muchas corporaciones, empresas transnacionales y ciertas organizaciones internacionales ha restado poder a algunos Estados, al extremo de que se ha considerado la presencia de una erosión del concepto del estado-nación, como es el caso de algunos países que se han afectado por el peso de esas entidades, incidiendo en la libertad y la independencia de algunas decisiones políticas, jurídicas y económicas. Como consecuencia, se ha generado una cierta manifestación crítica sobre la noción de la soberanía estatal. En ocasiones, esas corporaciones pueden influir sobre los legisladores y los gobiernos de ciertos países.

Durante los últimos años, se han creado organizaciones con carácter supranacional o supraestatal, como es el caso del “MERCOSUR”¹³¹, en América del Sur, la “UNIÓN EUROPEA”, o la “NAFTA”¹³², en América del Norte. En cierto sentido, puede decirse que son otra manifestación de la globalización política y económica.

La Unión Europea es considerada hoy día la organización internacional más compleja, integral e impactante concebida, dentro de un

¹³⁰ Stein, Friedrich: *El conocimiento privado del juez*, Editorial Temis, Bogotá, 1988; p. 27

¹³¹ Mercado Común del Sur, creado en 1991 por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, recientemente con la admisión de Venezuela en calidad de asociado, hasta esta fecha.

¹³² Tratado del Libre Comercio de América del Norte, suscrito en 1992 por Canadá, Estados Unidos y México.

proceso de integración multilateral, al punto que se ha llegado a regular la misma soberanía de los países miembros. La génesis fue la recuperación económica de la mayoría de los países europeos afectados por la debacle causada por la segunda guerra mundial, pero su campo ha ido ampliándose progresivamente, al extremo de que está en consideración la aplicación de una Constitución comunitaria, la cual tendría una incidencia adicional sobre la clásica noción de la soberanía. Dentro de esta integración, se incluyen aspectos tan importantes para la vida de esas naciones como el intercambio comercial, el transporte, la política monetaria, el empleo, la educación, la protección a los consumidores, las aduanas y el derecho. En fin, el transcurso del tiempo ha ido estrechando los vínculos entre los países miembros y estimulado a los que no lo son para aspirar su inclusión.

La Unión Europea ha pasado, de tener una competencia restringida a la cooperación intergubernamental, que le permite orientar con sus recomendaciones a los Estados miembros, para adquirir una verdadera potestad normativa con carácter vinculante, en aplicación del nuevo principio conocido como la *supremacía del derecho comunitario*, conforme al cual esos Estados miembros están obligados a priorizar sus normas integracionistas para su aplicación a los casos concretos regulados expresamente con ese propósito. La organización cuenta con un Parlamento Europeo a esos efectos y con el Tribunal de Justicia Europeo, en Luxemburgo. De ahí que la Unión Europea se presenta como el mayor reflejo de limitación de la soberanía de los Estados que la integran, dentro de la era contemporánea. Para su logro, cabe pensar que ha sido también necesaria la recurrencia al préstamo constitucional, para que un país pueda asimilar decisiones aplicadas en otro país, con la afinidad requerida para que sea viable resolver mejor determinadas controversias.

En suma, a pesar de que formalmente los Estados sigan aprobando sus propias leyes nacionales, no puede ocultarse la influencia que ejerce sobre ellas la globalización económica, político-institucional y jurídica a que se ha hecho referencia. Esta realidad conduce a la revisión del principio de la autonomía democrática con la finalidad de precisar si ha sido menoscabada

o si se trataría más bien de un reajuste de su concepción y alcance tradicional. Es de esta forma como está creándose un verdadero cuerpo de principios generales del Derecho que se van haciendo comunes a los países que logran integrarse a través de sus relaciones comerciales, sociales y jurídicas, lo cual puede considerarse beneficioso para los involucrados. También, de esa forma, se consolidan los principios generales de rango constitucional, que son la base de cualquier democracia, como son la libertad, el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, como la expresión y la confidencialidad.

La idea integracionista que está modificando la tradicional concepción sobre la soberanía ha sido ya expresada por diversos tratadistas, que Morello plantea de la siguiente forma:

Este fenómeno profundiza sin cesar un pensamiento de bases y fundamentos que no reconocen fronteras y que corrigen las no deseadas carencias y discriminaciones; y aun expresiones de un 'nacionalismo jurídico *demodé*' que va cediendo lugar a la importante red del derecho comunitario dispuesto a superar asimetrías o a impulsar una fuente de normas que se originan en manifestaciones supranacionales y propias de la denominada soberanía compartida (art. 10 Constitución Española, 75, incs. 22 y 24, Constitución Nacional Argentina, reformada en 1994)¹³³.

Las normas y los principios internacionales enmarcan así los estándares y la orientación jurisprudencial de la mayoría de los países, a través de los tratados internacionales y de los tribunales transnacionales, de modo que, actualmente, están siendo considerados dentro de la jerarquía constitucional, para que quede garantizado debidamente el estado de derecho, la tutela del derecho a la defensa y la realización de la justicia¹³⁴.

Como dice al respecto el mismo Morello:

Aunque no sean específicamente aplicables al caso, deben ser necesariamente respetados en su jerarquía, ya que, por su propia índole y atento a los derechos que pueden verse afectados, constituyen normas imperativas de derecho internacional general, de invulnerable supremacía aceptada y reconocida por la comunidad internacional de

¹³³ Augusto M. Morello: *Constitución y proceso*. Buenos Aires. Librería Editora Platense, 1998, pp. 21-22,

¹³⁴ Esto no es otra cosa que la verificación de la previsión de los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; de los artículos 3 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, de 1948 y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; y del artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica.

Estados (art. 53 de la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados)¹³⁵.

En una entrevista televisiva, dijo hace poco Fernando Sabater que, para él, “el nacionalismo hoy día es una estupidez. Hoy hay que buscar naciones de ciudadanos, con mayor integración internacional. El Estado tiene que tener mayor sincronía con sus ciudadanos para que éstos se sientan parte de él, como debe ser”¹³⁶.

3.2. Las dificultades probatorias y la sana crítica. Adaptación de los criterios doctrinarios a la prueba electrónica

En el campo probatorio existen áreas difíciles para llevar a cabo la tarea probatoria, que se extiende también a la valoración de las probanzas. Hay casos tan sencillos que apenas requieren la presentación de un documento para probar el hecho, como puede ser el documento de constitución de hipoteca para entablar un juicio de ejecución de la hipoteca que no haya sido oportunamente cancelada. Pero hay situaciones realmente complicadas. Por ejemplo, probar la mayoría de las causales de divorcio puede ser una labor sencilla, pero cuando se trata de la causal del adulterio, se torna realmente difícil, al extremo que requiere prácticamente demostrar la relación coital, o en su caso, la causal de abandono moral o la de injurias graves, que por relacionarse con hechos que suelen ocurrir en la intimidad del hogar, exigirían la prueba testimonial de los parientes más cercanos o de la trabajadora doméstica, que están formalmente inhabilitados para testificar. Están también los casos del establecimiento de la filiación, la simulación o de la mala praxis médica que lesione a un paciente. Son complejos de probar. A esos ejemplos tradicionales, la incesante evolución de las ciencias y de las técnicas ha adicionado una gama de dificultades probatorias, como es el caso de la biología reproductiva (bioética) dentro de los cuales se encuentran los instrumentos informáticos.

¹³⁵ Augusto M. Morello: *Constitución y Proceso*. Buenos Aires. Librería Editorial Platense, La Plata y Abeledo-Perrot, 1998, p. 64.

¹³⁶ Programa televisivo “Oppenheimer Presenta”, transmitido por Venevisión, enero de 2006.

Esta situación procesal se conoce técnicamente como *difficilioris probationis* o pruebas con dificultades probatorias, que surgen cuando el hecho controvertido a ser probado no resulta fácilmente demostrable, en contraste con las denominadas *pruebas* eficaces, cuya acreditación resulta sencilla de verificar y, por ende, el establecimiento de su certeza. Si bien las dificultades probatorias pueden ser de vieja data, fue el profesor Muñoz Sabaté quien acuñó doctrinariamente el término y desarrolló una tesis que puede resultar muy útil, tanto para facilitarle a las partes el aporte de la prueba, como para que el juez pueda evaluarla de la forma más confiable o verosímil posible. Muñoz Sabaté expresa que la fórmula para resolver las dificultades se puede denominar *favor probaciones*, pero que por su naturaleza no se trata de una fórmula que pueda concebirse con la misma arquitectura que el legislador dicta sus normas, y que el surgimiento de las pruebas difíciles tiene un sustrato más psicológico que jurídico, lo cual explica que no sea posible suministrar una norma concreta o explícita para aplicarla a todos los casos. En tal sentido, señala que:

el favor probaciones es pues, sencillamente una necesidad que siente el juzgador, a veces intuitivamente, de salirse de su estática y fría posición de espectador para coadyuvar en pro de la parte que más dificultades objetivas encuentre en la producción y estimación de su prueba¹³⁷.

Para Muñoz Sabaté, el *favor probaciones* puede valerse de una serie de opciones ya establecidas dentro del ordenamiento jurídico procesal, como es el de las presunciones y los indicios, que son recursos probatorios tarifados o incluidos dentro del elenco de pruebas legales, pero sin omitir que también el juez está facultado para hacer uso de los autos para mejor proveer en su búsqueda de la verdad, que lo conduzca a implementar aquellas diligencias que le sirvan para la verificación de la prueba¹³⁸.

Después de Muñoz Sabaté, otros juristas se han encargado de complementar y organizar el tema, destacando los aportes de Peyrano, quien se refiere al tema señalando que Muñoz Sabaté concibe el *favor probaciones*

¹³⁷ L. Muñoz Sabaté: *La Técnica probatoria*. Barcelona. Ed. Praxis, 1983, pp. 164 y ss.

¹³⁸ L. Muñoz Sabaté....*op.cit.*, pp. 164 y ss.

como una especie de *cajón de sastre*, que por la variedad de opciones que representa puede aplicarse a muchos casos, incluso con la posibilidad de que se produzca un desplazamiento de la carga de la prueba¹³⁹.

En efecto, hay hechos que no pueden reconstruirse sino a través de técnicas complejas o del concurso de especialistas técnicos que no tienen que ser del conocimiento del juez, a quien no le quedaría otra alternativa que asistirse de peritajes calificados que lo asistan como auxiliares de la justicia. Ahora bien, en este mismo sentido, es muy posible que debido a la dificultad probatoria, exista la posibilidad de que uno de los litigantes requiera de la colaboración de la parte contraria para acceder a la prueba, de modo que pueda ser obtenida y establecida como tal. Esta situación puede ser concebida como un desplazamiento de la carga probatoria y del principio dispositivo que rige dentro del procedimiento civil. En caso de negativa o de obstaculización de la obtención de la prueba del lado de la contraparte que tiene acceso a la prueba, a diferencia del otro litigante, puede permitir entonces al juez extraer libremente indicios y proceder a valorar libremente la prueba, con base a las reglas de la sana crítica y de las máximas de experiencia.

Sobre este orden de ideas, Couture ha asentado que el litigante que se rehúsa a suministrar al juez aquella prueba que tiene en su poder, para que pueda establecer la verdad que le corresponde:

lo hace por su cuenta y riesgo. Como litigante, él es libre de comparecer o no a defenderse en el juicio o a absolver posiciones (juradas). Sólo sucede que si no lo hace, la ley supone que carece de razón y puede pasarse por las manifestaciones del adversario. Si las afirmaciones del contrario son falsas, él puede concurrir con su declaración a desvirtuarlas; si no lo hace, lo menos que se puede suponer es que la verdad o los documentos no le favorecen¹⁴⁰

Estos criterios son claramente aplicables al caso del documento electrónico, puesto que su soporte es magnético y está guardado en una computadora que usualmente es propiedad privada del autor, que puede estar protegida por el derecho a la privacidad y hasta de la intimidad, de

¹³⁹ Jorge W. Peyrano: *Peculiaridades en la materia probatoria*, en *La Prueba. Libro en memoria del Profesor Santiago Sentís Melendo*. La Plata. Librería Editora Platense, 1996, pp. 99 y ss.

¹⁴⁰ Eduardo Couture: *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II. Bogotá. Ed. Depalma, año, p. 144.

modo que es muy probable que no haya otro mecanismo que la aportación instrumental del contrario para acceder a la prueba, una vez agotados el resto de los recursos probatorios alternativos.

Por su parte, expresa Peyrano que:

tanto la disponibilidad del instrumento probatorio (o sea la accesibilidad al mismo en vista de su utilización en juicio) como los impedimentos suscitados por el transcurso del tiempo sobre el soporte de la prueba pueden constituir, junto con otros, un verdadero obstáculo para la debida comprobación de los hechos integrantes de la litis¹⁴¹.

La Doctrina que ha tratado la materia ha enunciado una serie de situaciones que pueden controvertirse como pruebas difíciles; tal es el caso de las siguientes, entre otras:

- a) Los hechos antiguos, por haber ocurrido en tiempo suficientemente atrás como para dificultar la aportación y la valoración probatoria.
- b) Los actos realizados dolosamente, o con consciencia de su ilicitud, porque aquí el autor se esmera en no dejar rastros o hacerlos más complicados de descubrir.
- c) Los actos íntimos, como son los domésticos o los de tipo sexual.
- d) Los psíquicos, porque sus huellas no son suficientemente evidentes y, por el contrario, requieren un análisis determinado, muchas veces relativo y profundo.
- e) Los llamados hechos virtuales, que todavía no han sucedido y pueden entonces no ser materia propiamente probatoria, mientras no ocurrieran.
- f) Los hechos técnicos, para los cuales el juez no disponga de suficientes conocimientos o medios culturales para determinarlos, requiriendo entonces del auxilio pericial. Este, precisamente, se inserta dentro del análisis que nos ocupa sobre la prueba informática.

Puede ser útil organizar las soluciones propuestas por la Doctrina dentro del sistema del *civil law*, aparte de las ya tratadas en el sistema del

¹⁴¹ Jorge W. Peyrano: *Peculiaridades en la materia probatoria*, en *La Prueba. Libro en memoria del Profesor Santiago Sentís Melendo*. La Plata. Librería Editora Platense, 1996, pp. 99-101.

common law, como fue el de los planteamientos de Hart y Dworkin. Para resolver las dificultades probatorias, a través de las aportaciones de Muñoz Sabaté y Peyrano, quienes podrían considerarse como juristas originarios, puede agregarse ahora aportaciones más recientes, como son las de Taruffo y Kielmanovich. Veamos:

- a) La más genuina, es la aplicación de la solución creada por Muñoz Sabaté, bajo la referida denominación *favor probationes*, que como se avanzó, opera cada vez que el juez tenga que dejar de lado una posición de mero operador de la justicia, para lo cual tiene que salirse de la normativa típica para hacer uso de su intuición y de recursos psicológicos para aplicarlas a las dificultades probatorias. De ahí que - como se dijo antes- se le haya graficado como si el *favor probationes* se tratara de una suerte de *cajón de sastre* para el juez que deba acudir a este recurso, porque requiere la confección de una salida para la evaluación de un hecho con dificultades probatorias. Se ponen como ejemplos, hechos íntimos de tipo sexual, como la negativa del débito conyugal por *impotencia coeundi*, del hombre o de la mujer, las simulaciones y otros afines.
- b) En cuanto a Peyrano, sus anotaciones están referidas a la aplicación del criterio llamado *pruebas leviores*, sostenida por Mattiolo y Baños. Según esta orientación, que mencionan como *pruebas eficaces*, estas pruebas se enmarcan dentro de los supuestos afectados como *difficilioris probationes* en consideración al alto grado o absoluta certeza en el espíritu del juez para acreditar un hecho sin que exista una prueba acabada sobre el tema probatorio en cuestión, pero solamente por vía de excepción, precisamente cuando se trate de una materia que implique la *difficilioris probationes*, en forma complementaria. No obstante, Muñoz Sabaté se muestra en desacuerdo con las *pruebas leviores* cuando se presenten dificultades probáticas, porque simples argumentos de probabilidad no son válidos para llevar al ánimo del juez una verdadera certeza moral.

c) A los dos aportes anteriores, podemos agregar otro par. Es posible adaptar a la noción de las pruebas difíciles la referencia que hace Taruffo sobre los hechos complejos. Según este criterio, así como hay hechos simples de apreciar y de valorar, es frecuente que el hecho relevante no se presente suficientemente delimitado en tiempo o en espacio, que esté compuesto de varias partes, como es el caso de un contrato configurado por numerosas cláusulas y que muchas de ellas sean relevantes, o que requiera “el uso de una cosa con la diligencia normal, en la buena fe en la ejecución de un contrato”¹⁴².

Dice Taruffo que el problema fundamental que afecta a los hechos complejos puede referirse a la dificultad que se presenta sobre el objeto de la prueba, esto es, aquello que debe ser probado para que se aplique la norma que corresponda. Algunas veces, el problema puede resolverse mediante la reducción de la dificultad. Una posibilidad es la reducción del hecho cuya complejidad proviene de su *naturaleza o esencia compuesta*, en varios hechos simples, cada uno de los cuales puede representar un adecuado objeto de prueba. Pero otros hechos no pueden abordarse de esa forma. Hay hechos que parece que no pudieran ser probados, en cuyo caso puede recurrirse a la llamada *prueba por muestreo* y en otros casos, a la prueba por *falta de prueba contraria*. Ambos métodos pueden operar conjunta o separadamente¹⁴³.

Al efecto, la prueba informática puede insertarse dentro de las consideraciones que hace Taruffo sobre los hechos complejos. Existe una considerable probabilidad de que la tecnificación que envuelve al documento electrónico, requiera de conocimientos especializados que pueden no estar al alcance de los litigantes y del juez. De ahí, que pueda ser necesaria la asistencia de peritos informáticos para la debida evaluación judicial del documento electrónico. En este sentido, cuando sea necesario, puede acudir a la descomposición de hechos compuestos en hechos simples, dividiéndolos en *sub-hipótesis*. De esa forma, puede arribarse a diferentes

¹⁴² Michele Taruffo: *La prueba de los hechos*. Madrid. Editorial Trotta, 2002, pp.143 y ss.

¹⁴³ Michele Taruffo ...*op.cit.*, pp.143 y ss.

grados de convicción por parte del juez, desde los que permiten la demostración plena, hasta aquellos casos que no logran ningún grado de confirmación. Es factible que para evaluar esos hechos sea necesario acudir a los indicios y las presunciones u otras vías legalmente aplicables a través de la sana lógica.

- d) Por último, Kielmanovich hizo una revisión de los criterios de Muñoz Sabaté, ratificando que los casos de dudas objetivas, y en particular de dificultades probatorias deben resolverse con un criterio favorable sobre la producción, admisión y eficacia de las pruebas, en especial, utilizando el recurso indiciario. Dice que, en caso de situaciones dudosas, que pueden dejar a las partes en riesgo de un gravamen irreparable, es preferible “pecar por exceso que por insuficiencia en su proveimiento”¹⁴⁴, así que lo recomendable es propiciar la admisión de tales pruebas en casos dudosos, inclusive sin descartar la inversión de la carga de la prueba, si fuera necesario. De esta forma, propugna la aplicación del llamado principio del *favor probatione* para aplicárselo a las pruebas difíciles cuando se trata de hechos que solamente se pueden reconstruir a través de técnicas complejas, que pueden escapar del conocimiento común del juez que ha de valorarlas, porque son más bien propias de un sector de especialistas en la materia y de los mismos peritos que fungen como auxiliares de la justicia¹⁴⁵.

El autor hace referencia esclarecedora al tema de la probanza en el campo de la informática, mereciendo transcribirlo textualmente así:

Los hechos técnicos son aquellos que para su establecimiento demandan un conocimiento especial en una ciencia, arte o técnica, y pueden configurar *difficilioris probationes* cuando para ello se debe contar con conocimientos de alta especialización, que exceden la preparación media de los profesionales de que se trate, o cuando, por el desarrollo de los conocimientos actuales en nuestro medio, su examen bajo tal óptica tampoco permite elaborar un juicio categórico o indudable acerca de su existencia o inexistencia, así para determinar en

¹⁴⁴ Jorge L. Kielmanovich: *El favor probatione y demás principios sobre la prueba*; en *La Prueba, libro en memoria del profesor Santiago Sentís Melendo*. La Plata. Librería Editora Platense, 1996, pp.156-165.

¹⁴⁵ Jorge L. Kielmanovich ...*op.cit.*, pp.156-165.

algunos casos, la demencia, la filiación, la responsabilidad médica, etcétera. En este orden de ideas, se diría que el tribunal debe favorecer la práctica de la prueba pericial y acordarle preeminencia por sobre los restantes medios, con arreglo a los métodos más seguros que se conozcan al momento, y atenerse, sobre tales premisas, a sus resultados cuando ningún otro elemento conocido permita dudar seriamente de la solvencia de los estudios. Pero para alcanzar tal cometido, el juez también deberá contar con una versación siquiera elemental acerca de la idoneidad científico-técnica de los métodos empleados y sus posibles causas de flexibilidad, no para actuar como perito, por supuesto, sino para ponerse en reales condiciones de apreciar críticamente el resultado de la prueba, de requerir explicaciones o el perfeccionamiento o ampliación del dictamen¹⁴⁶.

Como conclusión, sobre las dos primeras concepciones, Peyrano simplifica eventuales inquietudes que surjan sobre la materia, advirtiendo que la solución siempre será alcanzada a través de la aplicación de las reglas de la sana crítica, a las que se refiere como una:

fórmula de origen humilde pero de aplicación constante porque permite apreciar el material probatorio de manera más o menos rigurosa, según fueren las circunstancias del caso; y esto se da tanto cuando corresponde recurrir al favor probaciones como cuando se impone apelar a las pruebas leviores¹⁴⁷.

Concluye señalando que:

las reglas de la sana crítica avalan y justifican la flexibilidad de las reglas de la carga de la prueba que involucra la doctrina de las cargas probatorias dinámicas; doctrina que presupone una inversión de la carga probatoria que constituye uno de los recursos técnicos utilizados por el favor probaciones¹⁴⁸.

En síntesis, cualquiera de las dos fórmulas, “adhieren a una visión del juez bien alejada de formalismos, comodidades y de cumplimientos sólo aparentes de la excelsa misión que le ha encomendado la sociedad”¹⁴⁹.

De otra parte, al respecto, también el aporte de Taruffo puede insertarse dentro de las soluciones aplicables. En el caso venezolano, la Constitución (artículo 257) establece que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia, que las leyes

¹⁴⁶ Jorge L. Kielmanovich ...*op. cit.*, pp.156-165.

¹⁴⁷ Jorge L. Kielmanovich ...*op. cit.*, pp.156-165.

¹⁴⁸ Jorge L. Kielmanovich ...*op. cit.*, pp.156-165.

¹⁴⁹ Jorge L. Kielmanovich ...*op. cit.*, pp.156-165.

procesales deben concebirse con simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y que la justicia no debe sacrificarse por la omisión de las formalidades no esenciales. Claro está que la interpretación de esta norma constitucional requiere para el juez un gran compromiso, sobre todo para entender y aplicar debidamente lo que pueda concebirse como un formalismo inútil, de modo que no convierta el arbitrio en una arbitrariedad.

En Venezuela, las reglas de la sana crítica están expresamente confirmadas en la LMDFE (artículo 17) como sistema de valoración probatoria. También en la Ley del INDEPABIS se prevé la protección de los consumidores y usuarios que hayan celebrado contratos electrónicos, así como establece que las regulaciones de esa ley en el comercio electrónico deben analizarse concatenadamente con lo que está establecido en la LMDFE, con la finalidad de reconocerle valor y eficacia jurídica a la información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material. Su apreciación se regirá de acuerdo con la naturaleza del medio probatorio, según se trate de una prueba tasada o de la aplicación de la sana crítica.

3.3. Justificación del documento informático como prueba difícil

La inclusión de la prueba electrónica dentro del contexto de las pruebas difíciles deviene de las dificultades que plantea su propia naturaleza técnica, cuya información no está fácilmente al alcance del juez, como tampoco del litigante contrario.

Todavía se elaboran numerosos estudios sobre los alcances de la prueba electrónica, sin que se haya logrado una doctrina unívoca, ni tampoco una legislación universalmente acordada por el concierto de las naciones, dado que se trata de una materia directamente insertada en el mundo globalizado. Este trabajo sólo persigue plantear algunas reflexiones sobre el tema, procurando armonizar algunos análisis previos con los que pueda corresponderle a un tema de esta naturaleza en el presente y su posible proyección hacia el futuro. Bajo esa orientación, pueden precisarse algunos de los aspectos que confirman que el documento electrónico se enmarca

dentro de la noción de las pruebas difíciles. Se trata de aspectos que han sido considerados, a lo largo de todo el trabajo, y que se retoman como sustento del planteamiento.

3.1.1. La complejidad resultante de la naturaleza del soporte del documento electrónico

Existen discrepancias sobre si el documento electrónico emanado de lo almacenado en un equipo de computación se trata de un documento original o de una copia. Para Colerio, el documento electrónico está grabado en un disco magnético, que se trata de un soporte volátil y requiere ser apreciado a través de la pantalla de un monitor, pero que a su vez puede ser reproducido en escrito sobre un soporte de papel mediante una impresora que viene a ser el instrumento informático. Esto indica que están involucrados, a la vez, tres tipos de instrumentos: uno sobre el soporte magnético, otro el soporte en fósforo y el tercero sobre papel¹⁵⁰.

El anterior criterio no es compartido por todos los juristas, pero su mero planteamiento puede conducir a varias interrogantes: ¿Cuál de los tres es el documento original?, ¿Cuáles son las copias?, o ¿Son todos originales o copias? Hay quienes, como Falcón, aluden a un documento de primer grado y otro de segundo grado. Las complicaciones no se quedan allí, porque en un litigio la contraparte no está obligada a reconocer las copias y además, sobre las copias no puede realizarse una experticia grafotécnica.

En rigor jurídico, un instrumento es original cuando se trata del documento genuino, aquel cuya constitución u otorgamiento se verificó por primera vez. La copia es la reproducción de aquel otro instrumento. Un acto jurídico puede quedar recogido en un original o en una copia, pero cuando se trata de aplicarlo a las nuevas tecnologías de la información la distinción no resulta tan diáfana. Las opiniones están divididas entre quienes consideran que no existe instrumento informático original; otros que por el contrario afirman que el documento informático siempre es un original, de modo que

¹⁵⁰ Juan Pedro Colerio: *Pautas para una teoría del valor probatorio del documento electrónico*; en *Jurismática*, Tomo 4. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 1993. p. 78

cuando se reproducen en soporte de papel, cada documento representa un original. Para otro sector, todos los documentos informáticos son copias, postura criticada porque para que haya copia tiene que haber un original. A tal crítica puede advertirse que la diferencia se encuentra en que, en este caso, el soporte es de origen magnético, que tiene una base intangible.

La conclusión puede no resultar inequívoca, porque a veces es difícil distinguir el original de la copia, pero se trata siempre de un mecanismo de impresión o reproducción del contenido del soporte electrónico. Es aquí donde surge la aplicabilidad del fenómeno de las pruebas difíciles a que se hizo referencia. El documento informático tiene que estar revestido, como todo documento, de la debida fidelidad, que es precisamente el aspecto a resolver, porque el soporte magnético significa que el texto o el gráfico documental tienen que estar grabados en una memoria magnética que es susceptible de alteración. Siendo así, la grabación tiene que ser fiel y duradera desde que por primera vez se produjo el almacenamiento de los hechos recogidos o producidos. Esto significa que la grabación tiene que ser conservada y protegida de toda adulteración, de lo cual se infiere que sea factible la identificación del operador responsable, el lugar y la fecha cuando se produjo el almacenamiento de la información, la temática del documento o la declaración y la autoría del operador responsable o del emisor del instrumento. Todo debe preservarse grabado de forma completa, regular, sin ninguna alteración y además, estar siempre disponible para su consulta por aquellas personas que tienen acreditada alguna legitimación para acceder a la información.

Como puede apreciarse, la obtención de la fidelidad indubitable es tan compleja que puede requerir de la asistencia técnica de peritos en informática. En algunos países existe, para este tipo de situaciones, la figura del consultor técnico, que es la persona llamada a asistir al juez para que presencie las operaciones técnicas que realice el perito, formule las observaciones que considere pertinentes y presente, de ser necesario, un informe oportuno sobre el punto consultado. El perito y el consultor jurídico tienen una función de asesoramiento, pero el primero es el auxiliar directo del

juez, el titular del dictamen pericial judicial, mientras que el consultor técnico es defensor de las partes o un asesor directo del juez, parecido a lo que es la figura del práctico, cuya opinión puede ser de utilidad para la decisión de la causa, pero nunca necesariamente vinculante.

3.3.2. La colisión por afectación del derecho a la intimidad

Como ha sido tratado anteriormente, hay que reiterar que otra dificultad probatoria que tiene el documento electrónico ocurre cuando correlativamente afecta el derecho fundamental a la intimidad, que cuenta con la protección constitucional. A tal efecto, se hacen algunas precisiones complementarias sobre tales dificultades.

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”¹⁵¹. Lo que cabe subrayar, entonces, 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) consagra que “toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación”¹⁵².

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

¹⁵¹ Artículo 120 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹⁵² Artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

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”¹⁵³. 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.

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 Corao 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

¹⁵³ Artículo 1 de la Ley de Protección a la Privacidad de las Comunicaciones (1991).

personas”¹⁵⁴. Por su parte, Tamayo Rodríguez 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 vida¹⁵⁵.

En definitiva, la lesión del derecho a la intimidad, obtenida a través de medios electrónicos, conduce irremediamente 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).

3.3.3. La vulnerabilidad del instrumento electrónico

La preservación de los documentos electrónicos también suele comportar riesgos. Con el paso del tiempo pueden deteriorarse, como también pueden surgir errores en los procedimientos informáticos que sean necesarios para su configuración o mantenimiento, además de la acechanza de los virus informáticos que pueden destruir o adulterar la información. Tampoco puede omitirse que la información se encuentra básicamente almacenada en computadoras, que también están sometidas a situaciones riesgosas. La aparición de un daño puede dificultar o impedir la lectura del documento completo, en un momento determinado. Claro que hay medios para preservarlos, como sería tomar la precaución de guardar la información

¹⁵⁴ Allan Brewer Carías y Carlos Ayala Corao: *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”, N° 7. Caracas. Edit. Jurídica Venezolana, 1995; p. 24.

¹⁵⁵ José Luis Tamayo Rodríguez: *Intervenciones Telefónicas y Grabaciones Ilícitas*. Caracas. Ed. Escritorio Jurídico Tamayo Tamayo, 1999, p. 43 (La sentencia referida es del Juzgado Tercero de Primera Instancia de Familia y Menores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y cita texto de Puyol Momterno, J., reseñado en el propio texto).

o reproducirla (*back up*), pero este recurso puede conducir a problemas derivativos, como es la vulnerabilidad de esas reproducciones, con incidencia en la veracidad del instrumento probatorio.

Junto con la fragilidad del soporte electrónico hay que considerar la rapidez como se modifican sus formatos, en tamaño y en diseños. Por ejemplo, ya los *diskettes* fueron reemplazados por los *CD's* y por los llamados *pen drives*; y continuará el desarrollo de otros programas que utilicen nuevos formatos que dejan obsoletos los del presente y así ocurrirá progresiva e irremediabilmente.

En Venezuela, el principio del *favor probatione* tiene en la actualidad poco desarrollo doctrinario y jurisprudencial, pero ha de ser de gran utilidad para la solución de problemas difíciles relacionados con la prueba judicial del campo informático, sobre todo en los provenientes del desarrollo de la ciencia y de la tecnología, como pueden ser aquellos relacionados con la bioética, la genética, los trasplantes de órganos, los cambios de sexo y las relaciones informáticas en general, porque han influido todos esos campos. Por ejemplo, hay *hechos psicológicos* que tienen lugar en la interioridad de las personas, en el campo de su *psiquis*, que requieren la evaluación de un especialista, pero cuya huella es difícil de registrar, sobre todo a la luz de la traducción o interpretación de la que puede ser objeto por parte de otro especialista, a manera de prueba científica e indiciaria. En suma, los registros tecnológicos en pruebas de una naturaleza tal, pueden resultar difíciles de asentar, de evaluar y hasta de ser preservados de forma indubitable.

En la realidad actual, se advierte que hay ciertos hechos que no pueden reconstruirse de no emplearse de técnicas complejas, que son ajenas al conocimiento del juez y al de las partes, además de la recurrencia a los peritos ordinarios a los que la actividad jurisdiccional ha estado acostumbrada.

3.3.4. El principio de inmediatez en doble grado

En el campo de las dificultades probatorias está la peculiaridad del documento electrónico como prueba inmediata. Los documentos con códigos mediáticos contienen información originaria no perceptible por los sentidos, de modo que, para tener acceso al documento, se requiere de una máquina computadora que decodifique los datos y los traduzca a un código inmediato, que es lo que puede percibirse a través de los sentidos, ya sea a través de letras, imágenes impresas o sonidos. En paralelo, se requiere de un *software* adecuado, que acepte el contenido de la información a través del programa pertinente.

En materia probatoria, el principio de intermediación significa que el juez ha de estar en contacto personal e inmediato con el hecho o con el medio probatorio que lo contiene, el cual es la mejor manera de apreciar la coincidencia entre el hecho percibido y el hecho que es objeto de la prueba; de ahí que la intermediación se encuentre íntimamente relacionada con la eficacia de la prueba.

La prueba informática, dada su naturaleza electrónica, o sea técnica, puede resultar ambivalente dentro del principio contrario, el de la mediatez, lo cual la convierte en una particular prueba compleja, porque requiere de máquinas y programas específicos, además del frecuente auxilio de peritos en informática. Como dijo Palacio:

La delegación de la actividad recepticia en los órganos auxiliares del órgano judicial, por calificados que sean, implica la renuncia a un poder de dirección que incumbe, por esencia, al elemento juzgador, y puede conspirar contra una valoración integral de la prueba constituida por las declaraciones de las partes o de los terceros¹⁵⁶.

Además, pueden encontrarse problemas con la compatibilidad de las máquinas de computación y diferencias entre los programas que se utilicen (*software*), lo cual puede impedir o dificultar su lectura y apreciación en un momento dado, sea por diferencias tecnológicas o por la vetustez o modernidad del documento y su instrumentalización, según el caso.

¹⁵⁶ Luis Enrique Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Tomo I. Buenos Aires, 1972. Ed. Abeledo Perrot, p. 292.

Es por lo señalado que la prueba informática, en muchos casos, está directamente relacionada con aspectos que no están al alcance o no son del conocimiento directo y fácilmente comprensible para el juez, lo cual ratifica que se trata de una prueba difícil y así debe ser tratada jurisdiccionalmente.

3.3.5. Efectos de las dificultades de la prueba informática

Cuando se trata de una prueba difícil o compleja, como en el caso de que se presentase una situación dudosa acerca de su admisibilidad, es preferible la apertura hacia la pertinencia de la prueba, porque de no ser así, se puede menoscabar el propio derecho a la defensa y el debido proceso. Al juez le corresponde preservar la tutela judicial efectiva. La carga de la prueba, obviamente, la tiene el promovente o interesado en la evacuación de la misma, pero la controversia tiene que ser decidida con base a 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.

De esta forma, como quedó dicho, puede también ser necesaria una mayor inherencia del juez, que amerita que sea más inquisitivo. La norma marco es la que previene el principio de que es el director del proceso, que además le permite la iniciativa de ciertas actuaciones, a través de autos para mejor proveer (artículo 514.4 del Código de Procedimiento Civil), en el afán que debe tener para la búsqueda de la verdad, para la mejor sustentación de su fallo.

En fin, ante situaciones difíciles o dudosas, lo más prudente es la admisión de la prueba y no lo contrario. Lo que prosiga será igual de importante, porque de su adecuada tramitación, de su conducencia y pertinencia y del control de la contraparte quedará fusionada la tutela judicial efectiva, para que no quede viciada la prueba al momento de su valoración.

Las derivaciones de las pruebas difíciles pueden resumirse así: modifica el *onus probando*, con posibles repercusiones en el desplazamiento de la carga de la prueba, flexibiliza las nociones tradicionales sobre la prueba, especialmente en el llamado *derecho continental* o del *civil law*,

enfatisa el principio del juez como director del proceso, asignándole una participación más activa y una iniciativa plenamente justificada, reedita o revaloriza pruebas complementarias o concurrentes, como son el peritaje y la prueba indiciaria, ratifica el principio de inmediación compeliendo al juez a ser más acucioso con el comportamiento de las partes litigantes y el resto de los operadores de la justicia.

CAPÍTULO 4.- LA PRUEBA TECNOLÓGICA EN EL DERECHO PROBATORIO

4.1. Bases para considerar el mensaje de datos como prueba instrumental

Durante un tiempo, se discutía si el documento electrónico tenía naturaleza escrita, y por ende, si podía asimilarse a la prueba documental, propiamente tal. Hay que precisar que esta variedad documental *sui generis*, tiene dos versiones: el mensaje de datos y el documento multimedia o multimedios. Hoy día, en el primer caso, ya se ha llegado a admitir la naturaleza escrita del documento electrónico, siempre que disponga de un texto que sea legible y comprensible, en el entendido de que se haga posible a través de un procedimiento tecnológico confiable. El que se conoce como *mensaje de datos* se distingue del llamado documento *multimedia*, en que no corresponde a la tipología de los escritos, sino que su forma de representación es la voz, la imagen, la combinación entre ambas formas de expresión, e inclusive con la escritura. De ahí, que pueda hablarse también de la prueba documental *multimedia*. Lo esencial es que sea perceptible por los sentidos, y por lo tanto, ser apreciados, constatados y valorados de ese modo. Esta naturaleza corporal lo inserta, al igual que la prueba documental tradicional, como una cosa mueble, que puede ser transcrito, almacenado y conservado.

Pero no deja de ser un desafío, para los operadores jurídicos de los comienzos del tercer milenio, trascender de los documentos validados en soporte de papel y calzados con una firma ológrafa, para pasar al análisis de la firma digital con la eficacia de la criptografía, que es el arte de escribir en claves o con un lenguaje encriptado, que es, como soporte técnico, el trasfondo del lenguaje informático. Siendo así, pueden esclarecerse los aspectos elementales a la existencia y validez del documento electrónico como prueba informática, limitándonos a la versión del mensaje de datos.

4.1.1. La autoría

Carnelutti asentó que el autor del documento es quien lo firma materialmente, de su propia mano, o aquel por cuenta de quien se firma. La importancia del establecimiento de la autoría es que produce la autenticidad del documento¹⁵⁷.

Como ya se dijo, en el caso del documento electrónico hay que considerar la posibilidad de que el autor del documento no sea el mismo emisor del mensaje de datos, pero que lo transmita en su nombre. Es, por ejemplo, el caso de una persona sin acceso al computador, sea porque no dispone de uno o porque no sepa cómo utilizar el sistema, como sería el caso de una persona anciana, discapacitada o con limitaciones, que no sabe cómo manipularlo. También puede ocurrir cuando el titular delega en otro y le suministra la clave de acceso a su dirección electrónica (*password*). Es parte de la complejidad que acompaña la configuración de esta prueba novedosa.

Cabe aplicar por analogía, a éstos casos, por delegación, la disposición del artículo 1.368 *in fine* del Código Civil, conforme a la cual, cuando el otorgante de un documento no sabe o no puede firmar, debe autorizar a otra persona -se entiende que en base a su confianza y al principio de la buena fe- para que suscriba el documento en su nombre. Sólo que, en el caso del documento electrónico, dada su dinámica y su naturaleza, no será usual que conste dicha autorización expresamente. En el caso que el autorizado disponga de la clave personal del autor, la presunción de confianza y autorización se activa prácticamente sin mayores dificultades. También cabe entender que la responsabilidad del emisor del mensaje se activa por la aplicación de la culpa *in eligendo*. Alegar lo contrario, esto es, que hubo dolo en la obtención de la clave o *password*, o abuso de confianza para obtenerlo, implica la carga probatoria para el dueño del archivo electrónico.

En España, Moreno Navarrete toma la base que suministra la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (art. 13), y asienta que:

¹⁵⁷ Francesco Carnelutti: *Sistema de Derecho Procesal Civil*; Tomo II. Buenos Aires. Ed. Uthea, 1944, p. 415.

La autoría del documento electrónico o multimedia viene determinada por la persona que envía la comunicación tanto si lo hace por sí mismo, como si lo hace otra persona a ruego de éste y bajo la responsabilidad del primero o, dada la componente tecnológica, por un sistema de comunicación programado bajo la responsabilidad del autor para quien actúe de forma automática¹⁵⁸.

4.1.2. El contenido

El contenido de cualquier documento coincide con su propia naturaleza y repercusión probatoria, así ha sido siempre. Ya Cervantes, expresaba que la palabra documento, desde su etimología (*docere mentum*), quiere decir declarar y demostrar una intención e implica todo escrito en que se halla consignado o asentado un acto. Puede tenerse esa sencilla explicación de Cervantes como una definición general de documento o instrumento. En lenguaje forense, se tiene por documento o instrumento todo escrito en que se hace constar una disposición o convenio, o cualquier otro hecho, para perpetuar su memoria y de ese modo poder acreditarlo cuando sea necesario o conveniente. Ese es el mismo sentido que le corresponde también a las palabras título, instrumento y escritura.

Claro que existe una gran variedad de contenidos documentales. Puede darse el caso que el contenido del documento equivalga a una confesión del autor, como también puede tener un efecto testimonial. Hay contenidos únicos, que no pueden copiarse (los íntimos, por ejemplo), y hay otros de contenido disponible, como es el caso de los documentos públicos, que corresponde a lo que Carnelutti describía como la *teoría de la disponibilidad*, según la cual una prueba está disponible si existe y puede ser utilizada por aquel que tenga necesidad de hacerlo¹⁵⁹.

4.1.3. La Data

Todos los actos humanos ocurren en un tiempo y un lugar específico, que es lo que se conoce como *data* del documento. Se trata de una circunstancia trascendente para los efectos jurídicos que ha de producir el

¹⁵⁸ Miguel A. Moreno Navarrete: *La prueba documental. Estudio Histórico-Jurídico y Dogmático*. Madrid-Barcelona. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, p. 370.

¹⁵⁹ Francesco Carnelutti: *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Ed. Uthea, 1944, p. 449-450.

acto, de manera que su verificación puede ser necesaria para la autenticidad de la prueba. La data es un requisito de eficacia probatoria para el documento. Hay documentos que deben ser otorgados con solemnidades legales, que le son esenciales, porque entran en la naturaleza o en la esencia del acto mismo, o bien porque la misma ley dispone su nulidad en caso de no cumplirse.

Es así que la Ley Orgánica de Registro Civil (2009, artículo 3) contiene un elenco de actos que deben inscribirse en el Registro Civil, como requisito de su existencia y validez, como es el caso de los nacimientos, el matrimonio, el divorcio, la filiación, la adopción, la defunción, entre otros. Se trata de hechos que deben tener una data para que produzcan sus respectivos efectos jurídicos.

La novedad de esta ley, en relación con ese tipo de actos jurídicos, todos documentales, es que prevé la automatización del proceso registral en esos casos (artículo 64). La misma ley le asigna a esta modalidad los beneficios informáticos con incidencia en su seguridad jurídica, que garantiza textualmente con estos atributos: confiabilidad, disponibilidad, confidencialidad, inalterabilidad, permanencia y accesibilidad de los datos en él contenidos. Del mismo modo, ordena que todas las personas tengan acceso a esa información a través de los medios tecnológicos adecuados.

Por otra parte, esta ley prevé la certificación electrónica de la información almacenada en las oficinas de Registro Civil, a cuyas actas certificadas les otorga la misma eficacia probatoria de los documentos públicos (artículos 70 y 71).

En cuanto a los documentos electrónicos como instrumentos privados, hay que destacar dos variables elementales, referidas al lugar y a la fecha de su otorgamiento. Sobre la fecha de remisión de un determinado documento, no habría mayores problemas, porque puede venir predeterminada junto con el texto de remisión; pero no ocurre lo mismo con el lugar, porque la creación de este tipo de documento no revela el lugar donde fue elaborado o enviado. Basta que el autor disponga de un equipo de computación para que quede creado, independientemente de si el equipo es propio, prestado, arrendado,

si se encuentra en su residencia, en su oficina o en cualquier parte del mundo, o si fue creado desde una *laptop*, que puede transportarse a cualquier lugar.

El aspecto a determinar, básicamente, es encontrar dónde está almacenado el documento electrónico o multimedia. Como tal almacenamiento se encuentra en su formato intangible, concebido en números binarios, sea que esté o no firmado electrónicamente, puede encontrarse en el terminal propio del autor o en el de un tercero, sea del emisor o del destinatario. Para tratar de simplificar un tema que en el fondo no es tan simple, lo que es indubitable, en este aspecto, es que los documentos siempre son almacenados en alguna computadora o servidor, tanto del emisor como del destinatario, cuando menos.

Desde la visión probatoria, mientras no sean remitidos, los textos conservados en la computadora no pasan a convertirse todavía en documentos electrónicos o multimedia, porque no han salido del dominio privado e íntimo del autor. Cuando más, pudieran equipararse a los llamados *papeles domésticos*, que la ley venezolana no define ni determina, pero que la doctrina ha concebido como escritos y notas conservados en *hojas sueltas* (en el caso informático se leería archivos sueltos), firmados o no, que una persona redacta sin estar obligada a hacerlo, con la intención de conservarlos para fijar el recuerdo de la celebración de diversos hechos jurídicos o de cualquier otro acontecimiento. El que requiera utilizar estos recaudos como prueba, tendría que presentarlos en el juicio para agregarlos a los autos, para tomar de ellos lo que le sea conveniente o pertinente, con riesgo de lo contrario. Si se encuentran en poder del adversario, tendría que recurrir a la propuesta de la exhibición (Artículo 346 del Código de Procedimiento Civil). En caso de encontrarse dichos instrumentos en poder de un tercero, habría que discriminar si los recaudos son de su propiedad exclusiva o si son comunes a él y al promovente, para que entonces pueda incoarse la acción.

Cuando la prueba electrónica quede almacenada en una computadora cualquiera, y que no haya adquirido todavía la condición de archivo emitido,

forma parte de la esfera íntima del titular; por manera que el acceso a la prueba resulta muy difícil, porque es parte de su privacidad.

4.1.4. La suscripción o firma

En la legislación venezolana no existe una definición legal expresa sobre la firma. El diccionario de la Real Academia Española, al referirse a la tradicional firma, sobre un soporte de papel, define la firma como “el nombre y apellido, o título, que una persona escribe de su propia mano en un documento, para darle autenticidad o para expresar que aprueba su contenido”.

La condición esencial para la existencia de un documento ha sido la firma del autor, que en principio no puede suplirse con ningún signo distinto. Es tan esencial que, si faltase la firma, se le tendría como si el acto no se hubiera realizado, al extremo de que no podría servir ni como principio de prueba por escrito respecto del no firmante.

Históricamente, la suscripción ha sido el medio de identificar o conocer el autor del documento. Es la forma de verificar que el contenido del documento corresponde a su suscriptor o firmante. Evidentemente, el documento puede ser suscrito por más de una persona. Tradicionalmente, la forma de calzar un documento es mediante la firma autógrafa, que se efectúa de la propia mano del firmante, a través de la escritura. Ya ha quedado suficientemente asentado que con la aparición del documento electrónico, tal situación ha variado drásticamente.

En este ámbito es cuando debe comenzar a plantearse la distinción entre documentos públicos y privados. Los primeros tienen una eficacia probatoria plena, en principio, porque pueden ser impugnados o tachados. También, pueden ser autenticados posteriormente ante el funcionariado público legitimado para darles *fe pública*, previa identificación de los otorgantes del instrumento. En cambio, el documento privado no ha llenado aquella solemnidad, sino que la firma del recaudo queda limitada solamente en el instrumento, que ha quedado suscrito sin la presencia del funcionario legitimado por la ley para conferirle la fe pública. Este campo es sumamente

complejo en el mundo del derecho probatorio y de la prueba documental, de modo que solamente quedará abordado en este trabajo desde sus aspectos más elementales, pero sustanciales, al punto de que permita la mejor diferenciación y comprensión posible sobre la tipología *sui generis* del documento electrónico.

Ha habido quienes se han opuesto al reconocimiento del documento electrónico como prueba documental, porque aducen que le faltaría la firma como requisito fundamental para la validez de cualquier documento. Se agrega que en el documento de papel es legible la firma, lo cual no es posible propiamente en un soporte electrónico, al margen de que se trate de un original o de una copia, una vez que se imprime en un soporte de papel. No obstante, ha sido bastante aceptado que el original del texto es el que está grabado en el disco duro del computador, en tanto que las copias serían sus traslados al papel, a diskettes, CD-ROMS, pen drives o afines. Finalmente, está el recurso de la firma a través de las *firmas electrónicas*, conforme a las cuales es posible conferirle al documento la misma fuerza y validez probatoria que a la suscrita en un soporte de papel. Más adelante se abordará debidamente al respecto.

Hasta el presente, en el derecho positivo venezolano se cuenta solamente con una norma rectora expresa, la de la LMDFE (artículo 4), que reputa los Mensajes de Datos con la misma eficacia probatoria que la ley le otorga a los documentos escritos y a su información, reproducida en formato impreso, con la misma validez que la ley le atribuye a las copias o reproducciones fotostáticas. Complementariamente, la ley prevé que el Mensaje de Datos creado a través de una Firma Electrónica, tenga la misma validez y eficacia probatoria que la ley le otorga a una firma autógrafa (artículo 16). De la sana lógica interpretativa sobre ambas normas, se desprende que el valor probatorio que se le asigna al documento electrónico, en uno y otro caso, es el equivalente a un documento privado; no obstante que en el segundo caso se trata de un texto contradictorio. En definitiva, al menos en materia de firma o suscripción del documento, la ley ha resultado muy limitada por inacabada o insuficiente.

Así, habría que tomar en consideración la suerte o destino que haya tenido el Mensaje de Datos, como es el caso de que se haya recibido o no un *acuse de recibo* de parte del destinatario. De ser así, el autor del documento dispone de un mayor *aseguramiento* probatorio que antes no tenía, aunque no sea fácil la constatación del contenido del documento, por aquello de que podría ocurrir un caso de remisión por mandato y que no haya concordancia entre la voluntad del autor y el texto del documento remitido, por ejemplo. No obstante, en una situación como ésta, creemos que el grado de verosimilitud de la prueba se habrá elevado, de la precariedad probatoria, al nivel de un principio de prueba escrita. Cuando menos creará una presunción *juris tantum* a su favor. Sin duda que la resolución de un caso como éste le corresponderá al discernimiento del juez, conforme a la aplicación de las reglas de la sana crítica, con énfasis en las máximas de experiencia, y por supuesto, de ser posible, adminiculados con otros medios probatorios, si fueron aportados al proceso.

Ante la peculiaridad de una prueba tan novedosa, no es descartable tampoco la aplicación por extensión analógica de la figura de la *firma en blanco*, que fue admitida por el antiguo derecho francés, concebida como el caso en que una persona firmaba un papel en blanco y se lo entregaba a aquel en quien confiaba para que lo llenara de acuerdo con lo convenido; y, en caso de no hacerlo así, se exponía a la aplicación del delito de abuso, contemplado por el Código Penal. Esta figura tuvo detractores, incluso en aquella época. Se entiende que, en una época como la actual, esos detractores alcanzarían casi la unanimidad social. Entre nosotros, no existe en el campo civil una disposición relativa a las firmas en blanco, menos cuando en nuestra población abundan las personas con baja instrucción, lo cual facilitaría los abusos. Sin embargo, en el campo comercial, puede encontrarse una referencia a través de la figura del endoso en blanco de la letra de cambio (Código de Comercio, artículo 422), pero sólo se autoriza al portador para llenarlo con un endoso ordinario, sin opción de cláusulas adicionales ni defectos en el endoso, que se reputan como no hechos. Ante la posibilidad de aplicar, por vía de extensión, la firma en blanco a los

documentos electrónicos remitidos desde la dirección electrónica del emisor, lo cual puede al menos generar una presunción como autor de su texto, parece poco sólido como único argumento, pero no descartable en caso de valoración probatoria, cuando el sentenciador deba resolver la controversia con base en su libre convicción, a la luz del abanico de pruebas que le hayan sido presentadas.

En conclusión, es la figura de la Firma Electrónica la que mayor eficacia probatoria, le aportaría a la prueba informática, con base en su verosimilitud. Debido a su trascendencia, este tema será tratado en forma autónoma en otro capítulo subsecuente. En el derecho comparado, ha sido suficientemente trabajado, comenzando en los Estados Unidos de Norteamérica, donde nació denominada como *electronic signature*, hasta los países europeos, que culminaron con su respectivo tratamiento a través de la Unión Europea.

4.2. El documento electrónico dentro del trámite probatorio

No puede haber un mejor punto de partida para la inserción del documento electrónico dentro del *thema probandum* que la tutela judicial efectiva, como reconocimiento del derecho a la justicia y al debido proceso, concatenado con el derecho que tiene todo ciudadano a una administración de justicia recta e imparcial, de parte del organismo jurisdiccional. En Venezuela, la norma rectora es el artículo 49 constitucional, que consagra el derecho a la defensa como inviolable, en todo estado y grado de la causa, así como el derecho de acceso a las pruebas, dentro del tiempo y medios adecuados para el ejercicio de su defensa.

Además del texto constitucional, que es similar al de la mayoría de las constituciones del mundo, la indefensión en cualquiera de sus manifestaciones ha sido sancionada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 10) y en el Convenio de Roma (artículo 6), como también en el Pacto Internacional de Nueva York (artículo 14). De esta forma, se va dibujando el rango internacional que tiene el tema probatorio en su proyección de connotaciones mundiales, con inclusión de la informática y

todas sus derivaciones, en consideración a la mundialización de la administración de la justicia que va abriéndose paso en muchas áreas, como la que se está tratando ahora.

Dentro del debido proceso y la tutela judicial efectiva, será central la revisión de cuatro aspectos del trámite probatorio, en relación con los documentos electrónicos y multimedia, como son: la promoción, bajo su particular forma de presentación o incorporación de la prueba al proceso; la admisión que comporta, en razón de sus peculiaridades o novedades comparadas con los documentos tradicionales; la evacuación de este tipo de prueba con todas sus variables diferenciales con la clásica prueba documental; y, por último, la valoración probatoria, a cargo de un juez quien debe encontrarse a la par con los avances de la tecnología, para que pueda pronunciarse sobre su eficacia probatoria con la confianza requerida para todo el sistema judicial y los justiciables. El juez tiene el deber de honrar el principio *iura novit curia*, que lo compromete a conocer el derecho en toda su plenitud: sin que puede excepcionarse frente a la novedad de las pruebas tecnológicas y científicas. Es probable que, en el campo del derecho procesal, el juez desconozca muchos aspectos que rodean la prueba informática, partiendo de uno tan elemental como es el soporte que reproduce el texto, la voz o la imagen; en fin, los datos informáticos elementales para la debida administración de la prueba que requiere el permanente concurso del juzgador de la causa.

Hay legislaciones que, como la española, se encuentran muy avanzadas sobre esta temática, no sucede así con la de la mayoría de los países latinoamericanos, no obstante que los avances continúan su vertiginoso progreso, al alcance de la sociedad, aunque la legislación y los operadores de la justicia se queden anquilosados. No caben las excusas cuando se asume la elevada misión de administrar la justicia en nombre de la república. Peyrano, citado por Carbone, expresa que “no existen medios de prueba no legislados y aceptados por la jurisprudencia. Cuando el aporte científico puede considerarse como tal, se integra al proceso a través de los

medios de prueba previstos por la ley¹⁶⁰. Para el propio Carbone, los modernos métodos probatorios, con sus inéditos ribetes, ponen a prueba la imaginación del juez, en su afán de instrumentarlos adecuadamente dentro del proceso, a la vez que cuidando el respeto por las garantías ya consagradas por la constitución y las leyes, en su relación con el derecho probatorio.

4.3. Momento y forma de la aportación de la prueba

El momento de la aportación del documento electrónico, a la luz de las limitaciones legislativas que hasta ahora tiene Venezuela en materia de pruebas electrónicas, no puede ser otro que el lapso previsto para la promoción de las pruebas regulares, porque no se trata de un documento fundamental de la demanda, de la cual se desprenda la acción; no obstante que no existe ninguna prohibición para que el demandante acompañe cualquier documento junto con el libelo de demanda. Como ha quedado señalado, la LMDFE le asigna a los Mensajes de Datos la eficacia probatoria que la ley procesal le asigna a las copias escritas. Esta regulación normativa, concebida en 2001, luce vetusta y anacrónica hoy día, no solamente por los avances y modernización de muchas legislaciones en otros países, sino también localmente, porque en 2009 se promulgó una nueva Ley Orgánica de Registro Civil (artículo 57) que establece la automatización de los procesos de registro civil y la promoción de los medios tecnológicos pertinentes para documentar la información que es competencia de los registros civiles. Por otra parte, esa ley contempla la certificación de la información almacenada en sus archivos por vía electrónica, asignándole a los certificados electrónicos la misma eficacia probatoria de los documentos públicos, a pesar de que se cuida de establecer, también, que queda condicionado a no contradecir “lo establecido en las leyes que rigen la materia sobre la transmisión de datos y firmas electrónicas”, que ha de

¹⁶⁰ Carlos Alberto Carbone: “Revisión del concepto de documento y su relación con la prueba de grabaciones”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Año V-8. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2005, p. 84.

entenderse que se trata, precisamente, de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas.

En países como España, el documento electrónico, como cualquier documento, debe acompañarse con la demanda o la contestación de la demanda (artículo 265.1.1°. Ley de Enjuiciamiento Civil), sin perjuicio de que sea presentado posteriormente (artículo 270). Se han equiparado los soportes electrónicos con los soportes de papel, en igualdad de condiciones y requisitos. El problema que puede presentarse es que, en el caso del documento electrónico, no cabe la diferenciación entre original y copias, como ocurre con el documento tradicional, porque en el documento electrónico el original es magnético, y por consiguiente intangible, aunque sí apreciable a través de los sentidos, básicamente la vista y, en ciertos casos, por la audición, como en el caso de los documentos multimedia.

La contradicción entre la regulación del tema probatorio por parte de las dos leyes citadas puede conducir a equívocos indebidos e innecesarios. Por ejemplo, un juicio de divorcio a través del artículo 185-A, conocido en el foro jurídico como el divorcio de hecho, porque exige una separación ininterrumpida de los cónyuges por más de cinco años. En un caso como este, no obstante que se trata de un trámite de jurisdicción voluntaria, porque tiene que ser consensuado entre la pareja, exige la presentación del acta de matrimonio como documento fundamental. Sin duda que, si se aplica la Ley Orgánica de Registro Civil, se trata de uno de los actos jurídicos que es competencia de documentación por los registros civiles (artículo 3.2), pero de acuerdo con la LMDFE, el tratamiento y la valoración que se le tendría que dar a un documento público como el referido, no podría pasar textualmente, de ser valorado como la copia de un documento privado. Este tipo de contradicciones tendrán que ser corregidas prontamente, sea legislativa o jurisprudencialmente.

En el procedimiento civil ordinario, el lapso de promoción probatoria es de quince (15) días de despacho (artículo 396, CPC), por no tratarse de un documento público, que puede presentarse desde la contestación de la demanda hasta el acto de los últimos Informes (artículo 435 *ejusdem*). Cabe

recordar que el instrumento público o auténtico es el que ha sido autorizado con las respectivas solemnidades de ley por un registrador, un juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el documento haya sido autorizado (artículo 1.357 Código Civil). Los instrumentos públicos tienen valor probatorio *erga omnes*, es decir, pleno ante todo el mundo en cuanto al hecho material de las declaraciones que el funcionario ha certificado (artículo 1.359, Código Civil).

La condición precedente está descartada, en principio, para el documento electrónico, porque la norma rectora sobre el tema se encuentra en la LMDFE (artículo 4), y dispone que los Mensajes de Datos tienen la misma eficacia probatoria que la ley le otorga a los documentos escritos; pero sin la fuerza de un instrumento público (excepción de lo establecido por el artículo 71 de la Ley Orgánica de Registro Civil), puesto que la parte final de la norma establece que “la información contenida en un Mensaje de Datos reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas”¹⁶¹.

Adicionalmente, cuando la misma ley hace referencia a la Firma Electrónica, realizando un paralelismo entre el Mensaje de Datos y los documentos con firma autógrafa, le atribuye la misma validez y eficacia probatoria (artículo 16). Del texto de la norma no se desprende, en modo alguno, que tal equiparación con la firma autógrafa se refiera al documento público. Por manera que, debe entenderse que tal paralelismo fue concebido con la firma de un documento privado. Por lo tanto, hay que inferir que su incorporación al proceso debe producirse dentro del lapso de promoción de pruebas.

Hay países como España, donde el documento electrónico ha evolucionado como medio de prueba. La Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 299, apartados 2 y 3) incluye expresamente la admisión de la prueba tecnológica en sentido estricto como una prueba autónoma, y además, tiene una previsión abierta a cualquier medio probatorio existente en la actualidad o en el futuro, que no es más que una apertura sin límite sobre las pruebas

¹⁶¹ Artículo 4 de la ley de Mensajes, Datos y Firmas Electrónicas (2006).

de carácter técnico, científico o tecnológico, que no hayan sido expresamente enumerados en esa norma. Como puede apreciarse, el legislador español previó especialmente la posibilidad de que se detecten vacíos o lagunas legales y el régimen que ha de aplicarse, que es el objetivo normativo. Es evidente que se trata de una respuesta consciente, porque el mundo atraviesa un período de constantes avances científicos y tecnológicos que generan cambios permanentemente. De esta forma se evita el anacronismo.

La introducción de la prueba tecnológica, como un nuevo medio probatorio, se produjo en España a través de la Ley 1/2.000, con la cual se terminó cualquier discusión acerca de su distinción como fuente o medio probatorio. Previamente, la jurisprudencia española había allanado el camino para el reconocimiento de esta nueva probanza, cuya incorporación al proceso se hacía a través de otros medios existentes que fueran más similares, como la documental, el reconocimiento judicial y la pericia. La Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 299.2) prevé dos formas de tramitación, distinguiendo entre los medios de reproducción y los instrumentos. Como se dijo, admite que ambos se acompañen con la demanda o con la contestación si en ellos se fundamentan las pretensiones de los litigantes (artículo 265.1.2º). Siendo así, las partes deben estar atentas acerca del momento de la aportación de la prueba electrónica, porque si se tratara de un documento fundamental de la demanda, y no se produce oportunamente, podría ser inadmitida por extemporánea, aparte de que la parte contraria podría impugnar luego una prueba promovida inoportunamente, que debió incorporarse en su debido momento.

La ley española prevé para el afectado varios recursos en caso de negativa de la prueba: la apelación, la reposición y hasta la posibilidad de una nueva presentación en la segunda instancia junto con el recurso de apelación, por haber sido indebidamente denegada en la primera instancia, siempre que hubiera agotado la tramitación esencial en el tribunal de la causa (artículo 460.2.1º LECiv), que es lo que los españoles llaman *protesta en la vista*. De Urbano Castrillo y Magro Servet ilustran esta previsión con un ejemplo: una persona que exige a una empresa de seguros un pago, al

alegar su invalidez, entonces la aseguradora acredita una cinta de video para demostrar que el reclamante puede moverse perfectamente¹⁶².

En el caso venezolano, como la referida norma rectora sobre los mensajes de datos le confiere como medio probatorio la misma fuerza probatoria que los documentos escritos, ha de entenderse que se trata de una prueba legal o tarifada, de acuerdo con lo previsto por el Código Civil. Sin embargo, se prevé también que la promoción, control, contradicción y evacuación del mensaje de datos como medio de prueba se debe realizar de acuerdo a las previsiones para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil. Todo un contrasentido conceptual. Las pruebas legales, a diferencia de las pruebas libres, que están concebidas, en la parte final del artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, como aquellas de las que pueden valerse las partes cuando no estén expresamente prohibidas por alguna ley, tienen que promoverse aplicando por analogía aquel medio probatorio que, dentro de la tarifa legal, le sea el más afín como tal. Por consiguiente, si el documento electrónico equivale a una prueba escrita, no deja de ser contradictorio que la LMDFE establezca que se le promueva y desarrolle como una prueba libre, vale decir, que se recurra por analogía con un medio probatorio al cual ya pertenece, por haber sido declarado expresamente como un documento escrito. En definitiva, dicha norma luce mal concebida, y por ende, indebidamente redactada. Plantea una situación equívoca a la hora de fijar la forma como ha de aportarse al proceso el documento electrónico; sobre todo porque, para mayor complicación, la misma norma de la LMDFE dispone, *in fine*, que “la información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas”, cuya regulación le corresponde al Código de Procedimiento Civil. El caso de las reproducciones tiene otro tratamiento.

El supuesto de hecho de esta normativa limita expresamente la aportación del mensaje de datos a la modalidad del medio impreso, vale decir, de la copia reproducida en formato de papel, con exclusión de

¹⁶² Carlos Alberto Carbone...*op.cit.*, p. 106.

cualquier otro mecanismo de reproducción. En este sentido, no queda claro si se omite la aplicación del artículo 502 del código procesal, que resulta mucho más libre por extenso, cuando prevé que el juez, de oficio o a petición de los litigantes, puede disponer que las reproducciones se realicen a través de copias, pero también, de reproducciones cinematográficas o “de otra especie que requieran el empleo de medios, instrumentos o procedimientos mecánicos”. De esta forma, habrá que precisar jurisprudencialmente, si el formato impreso a que hace referencia la ley se extiende a la variedad de formatos que trae el instrumento multimedia, que debe incluirse dentro del contexto del documento electrónico.

Al respecto, si se busca aclarar la limitación conceptual de la ley, y se recurre a la Exposición de Motivos, cuando se hace referencia a la eficacia probatoria de los mensajes de datos y de las firmas electrónicas, resulta que tampoco se indicó cuál ha sido el propósito del legislador sobre este tema. Se expresa solamente que:

Todo lo concerniente a su incorporación al proceso judicial donde pretendan hacerse valer, se remite a las formas procedimentales reguladas para los medios de pruebas libres, contenidas en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil. De esta forma, ha sido incorporado el *principio de equivalencia funcional*, adoptado por la mayoría de las legislaciones sobre esta materia y los modelos que organismos multilaterales han desarrollado para la adopción por parte de los países de la comunidad internacional en su legislación interna.

Pero tal inferencia no es lo que se desprende del texto de la ley.

En el afán que corresponde para interpretar el alcance de la normativa aplicable al documento electrónico, puede partirse del primer eslabón dentro de la cadena del trámite probatorio, como es el de la promoción de la prueba. Aquí hay que partir del problema que puede significar el hecho de no poder determinarse *-ab initio-* quién es el remitente, por no tener una firma autógrafa original, lo cual no permite al receptor distinguir entre el original recibido y las copias sucesivas que se obtengan. Tampoco será fácil precisar una adulteración del texto original, a través de agregados o eliminaciones del contenido. Al efecto, lo primero que hay que establecer es que, en el ánimo de preservar la tutela judicial efectiva en el campo procesal, las relaciones de

los medios probatorios con la normativa adjetiva deben tener carácter exhaustivo, en cuanto configuran una ordenación acorde con el momento en que se promulgan. Por lo tanto, las innovaciones tecnológicas deben incorporarse abiertamente al acervo jurídico del proceso, considerando que se trata de expresiones de una realidad social que el derecho no puede desconocer.

Al ser así, debe tenérselas como cosas muebles contentivas de señales o expresiones con determinado significado, que es lo que caracteriza a la prueba documental. Si se parte de esta premisa, no debe existir entonces ningún motivo para limitar solamente al soporte de papel la posibilidad de soportar un hecho, y por ende, debe extenderse a cualquier tipo de soporte físico que permita la corporeización o la manifestación de una declaración humana. Es el concepto amplio del documento, que ha venido siendo aceptado mundialmente como objeto corporal que refleja una realidad fáctica con trascendencia jurídica. En fin, no debe identificarse la escritura exclusivamente con el soporte de papel, de tal suerte que cualquier manifestación digitalmente almacenada en una máquina de computación o afín, vale decir, cualquiera que sea apta de ser emitida electrónicamente (como lo son por ejemplo los CD-Rom y los diskettes), debe entenderse incluida dentro de la expresión *formato impreso*, a que se contrae el artículo 4 de la LMDFE.

4.3.1. El principio de equivalencia funcional

La evolución de la prueba instrumental, conforme a las nuevas modalidades tecnológicas, no significa un relajamiento tal que el instrumento no cubra todos aquellos requerimientos que determinen su autenticidad y autoría, lo cual es materia de la valoración probatoria. Esta fase determinante dentro de la etapa probatoria, tendrá que admitir la evolución de la noción del documento, dentro del cual la firma autógrafa no es ahora la única forma de suscribir un documento, al existir otros registros o trazados gráficos que son capaces de atribuir la autoría del instrumento, como es la criptografía (cifras,

signos, códigos, barras, claves u otros atributos alfa-numéricos que permiten asegurar la procedencia y autenticidad del contenido documental).

De ahí, el surgimiento del llamado *principio de equivalencia funcional*, de creación foránea, a que se refiere la Exposición de Motivos de la LMDFE. Fue incluido en la llamada Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL¹⁶³ sobre el comercio electrónico. Consiste en equiparar, en toda su extensión, la instrumentación tradicional que emana de los documentos escritos y autógrafos con los que se materialicen, a través de la aportación electrónica, en mensajes de datos, independientemente de su contenido, dimensión, alcance y finalidad, en un acto que pueda quedar así instrumentado. Ha sido concebido como una forma de no discriminar entre declaraciones de voluntad, sean éstas manuales, verbales o gestuales, que hayan sido realizadas por un sujeto cualquiera.

4.3.2. Las copias electrónicas

Otro aspecto que deja sujeto a la interpretación de la LMDFE ocurre cuando ésta atribuye la misma eficacia jurídica de un mensaje de datos impreso, que la de una copia o reproducción fotostática. En el formato de papel puede existir una limitación en el número de copias que se obtiene sobre un original, a diferencia de las copias que se recaben a través del formato electrónico, que son consideradas iguales al soporte original, que es el digital y todas sus representaciones son solo copias, con las mismas características de identificación y origen. Por supuesto que esta situación produce consecuencias colaterales que habrá que ir resolviendo, como es el de la integridad del documento electrónico porque, aparentemente, el formato de papel permite detectar cualquier modificación a su contenido con mayor facilidad que en el documento electrónico, en cuyo caso los cambios no son detectables a simple vista, sino que requieren de conocimientos periciales.

Además de las copias, la norma analizada se refiere a las *reproducciones fotostáticas*. La Exposición de Motivos, al hacer referencia al artículo 395 del Código de Procedimiento Civil para sustentar la eficacia

¹⁶³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

probatoria de los Mensajes de Datos, admite que trata sobre cualquier modo de reproducción de objetos, documentos y lugares. En este sentido, la expresión *medios de reproducción* implica la existencia de un archivo de almacenamiento previo de la información probatoria, lo cual quiere decir que esa producción previa tiene que encontrarse ya guardada, almacenada o archivada en algún lugar, en alguna parte que permita la reproducción, que es lo que conlleva al contenido del documento. Siendo así, hay que colegir que se trata de un medio complejo de prueba, que requiere también incorporar al juicio el instrumento donde reposa el formato mecánico, cuya esencia es magnética y puede concebirse como *elemento lector* de la información, junto con la copia que se pretende hacer valer dentro de ese proceso. Es como una especie de binomio probatorio, que le daría a la probanza la certeza que requiere como tal y permitiría adicionalmente el control de la prueba por la contraparte. Como consecuencia, habría que recurrir a una prueba pericial. Actualmente, con las Oficinas digitales (o sin papel), los documentos se elaboran y resguardan digitalmente, además de poder *escanearse* y guardarse como un documento original e inviolable

Lo anterior quiere decir que, aunque no ha sido previsto formalmente así, existiendo un vacío legal, lo recomendable para el promovente de la prueba electrónica sería que al formalizar la promoción, indicara dónde se encuentra el soporte original y ponga a disposición del tribunal -juez y contraparte- el acceso a esa fuente. Esta situación comprometería al litigante contrario a un pronunciamiento, expreso o tácito, acerca de la aceptación o rechazo de la prueba, con posibilidades de producir un desplazamiento de la carga probatoria; que sería la mejor forma de permitir el debido control de la prueba. Querría decir, entonces, que si la contraparte no manifiesta ninguna duda acerca de la copia o la reproducción electrónica, no habría lugar a requerirse la constatación de la fuente del almacenaje del contenido instrumental.

En suma, en el caso del documento electrónico, la distinción entre el documento original y las copias es difícil, razón por la cual no puede ser tratado como el caso de los documentos tradicionales. Se adiciona otro

inconveniente, y es que, frecuentemente, es indeterminable el instrumento donde se genera el documento. Por ejemplo, en el caso de una compraventa telemática, puede ser muy difícil establecer si el instrumento original se elaboró en la computadora del cobrador o del vendedor, o en la de un tercero. De ahí que sea factible que se establezca como válida la presentación de cualquier copia del documento electrónico, al menos mientras la parte a quien se le oponga no lo impugne y logre demostrar que haya sido adulterado, tarea realmente difícil.

4.4. Examen de los presupuestos de admisibilidad de la prueba electrónica

Los medios de prueba legales, como es el caso del documento electrónico, contienen una serie de presupuestos externos o internos que tienen que cubrirse para que sean admisibles. Hay requisitos esenciales a su existencia y a su validez, unos de forma y otros de fondo, que deben cumplirse, para que puedan tener eficacia probatoria. Puede incluso decirse que, si falta un requisito de existencia, su admisión sería ilegal, porque el medio no se ha configurado legalmente como tal. Por consiguiente, de ser admitido, no sería susceptible de ser valorado como medio probatorio en su oportunidad, al dictarse la sentencia.

La impugnación de los medios de prueba no se limita a la prueba legal, sino que se extiende también a las pruebas libres, porque su finalidad va dirigida a eliminarle toda eficacia probatoria, por no ser fiel ni veraz para causar algún efecto jurídico; de modo que puede decirse que lo que se busca es producir la anulación del medio probatorio. Al respecto, se requiere la respectiva actividad previa de la parte contraria, porque el juez solamente podrá declarar de oficio la nulidad de la prueba cuando la infracción cometida sea de tal entidad que afecte al orden público, de lo contrario podría cometer el vicio de indefensión, en el sentido de que se traduciría en un menoscabo al derecho a la defensa, que está reservado a las partes.

Los anteriores prolegómenos son pertinentes como punto de apoyo sobre el cual descansa la vigente LMDFE (artículo 4), cuando reputa a los

mensajes de datos con la eficacia probatoria de los documentos escritos, que corresponde a las pruebas legales, pero a la vez, establece que su promoción, control, contradicción y evacuación, se regirá de acuerdo con lo previsto por el Código de Procedimiento Civil para las pruebas libres. Puede reiterarse que se trata de una inconsistencia conceptual, en tanto que las pruebas legales tienen reglas expresas para su tramitación y valoración, mientras la prueba libre es valorada siempre conforme a las reglas de la sana crítica. En el derecho positivo venezolano, la eficacia de los documentos privados está condicionada tanto por las reglas establecidas por el Código Civil (artículo 1.363) como por el Código de Procedimiento Civil (artículo 444).

La admisión de los escritos de prueba presentados por las partes, requiere del juez el deber de emitir un pronunciamiento en el lapso de tres días de despacho, siguientes al del vencimiento de la promoción. El artículo 398 del Código de Procedimiento Civil prescribe que solamente podrán admitirse aquellas pruebas que aparezcan como manifiestamente legales o pertinentes. La admisión es la recepción provisoria del medio probatorio, porque el sentenciador volverá a examinar las pruebas admitidas en el momento de la sentencia, tarea que realiza como uno de sus deberes, de oficio, sin la participación de las partes. Esto conduce al adecuado manejo de la legalidad y de la pertinencia de la prueba, que en materia de documentos electrónicos exigirá del juez el debido conocimiento que corresponde a esta variedad novedosa sobre las probanzas. Aplica entonces el principio de la responsabilidad del juez (artículo 18 CPC), porque está en juego el principio constitucional del debido proceso. La prueba será improcedente cuando no figure dentro del elenco probatorio permitido por la ley para la demostración del hecho controvertido, y será impertinente cuando no es el medio probatorio apto ni eficaz para tal demostración, en atención de la naturaleza del asunto litigioso.

En caso de haber oposición a la admisión de la prueba, es necesario el expreso pronunciamiento del juez, antes de procederse a la evacuación

(artículo 399 CPC), sin que la admisión signifique prejuzgamiento alguno sobre su valoración o no, que tendrá lugar con la sentencia, como ya se dijo.

En el caso de la inadmisión de un documento electrónico regularmente promovido en un juicio, la situación luce más difícil que de ordinario, por la naturaleza y configuración del instrumento, y porque se trata de un medio de exteriorización de un hecho, siempre que su contenido sea accesible. De lo contrario, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva. Queda a salvo, por supuesto, que el juez no admita la prueba por impertinencia, es decir, porque no guarde relación con el objeto del proceso o con el hecho controvertido. En la práctica, los tribunales venezolanos cubren este cometido difiriendo cualquier pronunciamiento que le merezca la menor duda en la fase de la admisión, para hacerlo en el trámite de la valoración probatoria. De ahí que sea común que en el acta de pronunciamiento sobre la admisión probatoria se exprese que admiten el medio de prueba “cuanto ha lugar en derecho y salvo su apreciación o no, en la sentencia definitiva”. Esta práctica no es más que una postergación de la decisión sobre la legalidad, pertinencia o idoneidad de la prueba.

Tanto en caso de impugnación del documento electrónico, si su autenticidad es cuestionada, como para la debida evacuación de la prueba y para incrementar el grado de su veracidad, dadas las particularidades de este medio probatorio, puede ser necesaria la recurrencia a otra prueba complementaria que sea pertinente, que generalmente se tratará de la prueba pericial, sin descartarse tampoco en ciertos casos la inspección judicial, la reproducción y hasta la prueba testimonial, dependiendo de la situación fáctica que se presente. Esta modalidad comportaría una suerte de probanza mixta, que puede coincidir con lo que Montero Aroca denominó *piezas de convicción*.

El marco legal de apoyo a la tesis anterior, en la actual legislación procesal venezolana, es el propio artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, en concatenación con el artículo 49 constitucional, referido al derecho pleno a la defensa y al debido proceso. A tal efecto, el código procesal al consagrar el sistema de la prueba libre asienta que, para la demostración de

sus pretensiones, las partes pueden valerse de cualquier medio de prueba que no esté expresamente prohibido; y cuando su evacuación no se logre adaptar a la forma analógica prevista por el Código Civil, el juez está facultado para crear la forma de su evacuación.

En consecuencia, la jurisprudencia debe jugar un papel protagónico dentro del marco requerido para la obtención de la prueba informática, ante el avance de los nuevos recursos de la tecnología, porque no puede quedarse atrás de los acontecimientos, en razón de sus repercusiones sociales y de la estabilidad del Estado de Derecho, que puede resumirse en la paz social. En este sentido, Carbone ha expresado que:

El derecho constitucional al utilizar los medios de prueba pertinentes no sólo se nutre con la captación expresa o implícita del orden procesal, sino que se cristaliza en el ordenamiento con el procedimiento expreso a seguir en aras a no hacerlo ilusorio o extremadamente dificultoso al brindarse a los jueces la pauta rectora para instrumentar aquellos medios de prueba no previstos en la legislación pero que son idóneos para salvaguardar los derechos de las partes¹⁶⁴.

4.4.1. Las pruebas complementarias para configurar la veracidad de la prueba electrónica

En aplicación del derecho constitucional de libertad probatoria, las partes pueden valerse de cualquier medio probatorio lícito para la demostración de los hechos. La tarea probatoria de las partes le plantea al juez el compromiso de analizar y revisar los hechos controvertidos, para verificar si pueden subsumirse dentro de la norma jurídica que corresponda, en lo que tradicionalmente se ha llamado *silogismo fáctico*. Viene a ser una labor de depuración de los hechos traídos al proceso, a través de una operación lógica-racional, que a veces requiere un comportamiento más inquisitivo del juez civil, a semejanza de lo que siempre ocurre en los procesos penales. El principio de la libertad probatoria, consagrado por el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil puede presentar en la práctica el problema de cómo se introducen algunas pruebas dentro del proceso

¹⁶⁴ Carlos Alberto Carbone: "Revisión del concepto de documento y su relación con la prueba de grabaciones". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, año V-8, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2005, pp. 86-87.

porque no se tiene prevista la forma expresa para hacerlo, vale decir, no se tiene previsto en la ley el correspondiente procedimiento. Este es el caso común en las pruebas innominadas y en las pruebas difíciles. Es cuando se activa la hermenéutica jurídica, para dar salida a cualquier traba procesal que pueda presentarse. En principio, el promovente de la prueba debe indicarle al juez la forma como pretende introducirla al proceso, para que entonces la contraparte pueda tener el consiguiente control probatorio. La otra vía es que el juez esté facultado por la norma para crear la forma que considere más apropiada.

En el caso de la prueba electrónica, se ha reiterado, a lo largo de este estudio, que debido a su naturaleza particular, la prueba electrónica puede requerir una configuración compleja o compuesta, que amerite un tratamiento colectivo entre varios medios probatorios para que así el juez pueda arribar a la veracidad del hecho controvertido a evaluar. En este caso, el hecho informático, puede considerarse como una manifestación de un *hecho cultural*, entendido éste en sentido amplio como aquel originado por comportamientos objetivos realizados por el hombre dentro de un lugar y tiempo determinados.

Al respecto, Peyrano realizó un trabajo que recoge la revisión que hizo previamente Colombo sobre este tema. Peyrano asienta que regularmente, el juez debe valorar un conjunto de medios de prueba que le aportan las partes para conseguir la convicción judicial; pero que esta situación suele producir resultados discordantes, sin que los códigos registren una solución determinada, cuando las pruebas resulten 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, citando esta vez a Gorphe. Tal problemática recuerda lo que Carnelutti reconocía como *conflicto de pruebas*. Es así como Peyrano identifica la llamada *apreciación conjunta de la prueba*, que se origina en la pluralidad de probanzas y de resultados contradictorias entre ellas. Problema que resuelve Colombo a través de la *valoración global de la prueba*, en criterio contrario de quienes no trascienden del sistema de la prueba tasada o

previamente tarifada. Se trata de la aplicación de la *teoría de la apreciación conjunta de la prueba* (que) *representa una de las vías de escape (de origen pretoriano) concebidas para paliar la rigidez del susodicho sistema de apreciación "tasada" de la prueba*, esta vez basándose en los comentarios de Hitters.

En definitiva, Peyrano concluye que una sola observación o experiencia es suficiente para arribar a una conclusión cierta, de modo que el tribunal tiene que apreciar la concordancia o discordancia que ofrezcan las pruebas y sus resultados de acuerdo con las circunstancias de la causa, sin que sea importante de quién resultó la iniciativa de su incorporación¹⁶⁵.

Quiere decir entonces, que 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 obliga al juez a analizar y juzgar todas las pruebas que hayan sido aportadas al proceso, mientras que el artículo 507 *ejusdem* le orienta para que lo haga siguiendo las reglas de la sana crítica, mediante la aplicación del *sistema de la prueba racional*. Complementariamente, el artículo 12 del mismo código procesal, 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 desprendan de la experiencia común o máximas de experiencia. Siguiendo tales lineamientos, los medios probatorios compatibles para complementar la esencia de una prueba electrónica propiamente tal, e imprimirle la veracidad requerida, han de ser los siguientes:

a) La experticia complementaria de la prueba informática, que puede resultar la más idónea para configurar o establecer la veracidad sobre la probanza del hecho controvertido que se ha planteado. El artículo 1.422 del Código Civil señala que puede recurrirse a la experticia *siempre que se trate de una comprobación, o de una apreciación que exija conocimientos especiales*. Se trata de una prueba indirecta, que debe tratarse con

¹⁶⁵ Jorge W. Peyrano: *Lo atípico en materia probatoria. Apreciación conjunta de la prueba en materia civil y comercial*; en Revista de Derecho Probatorio, N° 8, Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1997; p. 415 y ss.

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. No ha de descartarse 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. Tampoco estaría de sobra que el propio sistema judicial implementara 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. Puede ocurrir además, que un juez recurra a este auxilio como ocurre con las experticias complementarias del fallo. El artículo 1.426 del Código Civil prevé 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 cuanto a su apreciación probatoria, la experticia será revisada por el juez, conforme a las reglas de la sana crítica. Lo esencial, para todo el sistema judicial, es que la decisión resulte cabalmente sustentada, con base en la verosimilitud de las probanzas.

La experticia representa una de las pocas facultades inquisitivas que actualmente tiene asignada el juez civil en Venezuela. El artículo 451 del Código de Procedimiento Civil admite que este medio de prueba sea determinado de oficio por el tribunal. Este recurso le permitiría al juzgador formarse un mejor convencimiento en relación con el hecho que va a valorar, de cuya percepción o entendimiento no tiene suficiente aptitud.

b) Otro medio concurrente es el de la inspección judicial. El juez tiene una iniciativa inquisitiva expresa que le permite disponer de este medio probatorio de oficio. De acuerdo con la previsión del artículo 1.428 del Código Civil, *el reconocimiento o inspección ocular 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 Código de Procedimiento Civil prevé que el juez puede, voluntariamente o a petición de las partes, acordar la inspección judicial de cosas, lugares o documentos, con la finalidad de verificar o esclarecer aquellos hechos que sean importantes para la decisión de la causa o el contenido de documentos. Ya está previsto expresamente en el artículo 473 del mismo código que, para la práctica de la inspección judicial, el juez se asista de uno o más prácticos elegidos por él, cuando lo considere necesario, obviamente conservando las partes su derecho a presenciar el acto, pudiendo presentar sus observaciones al juez y hacerlas insertar en el acta respectiva (artículo 474 *ejusdem*).

c) La prueba testimonial también puede ser útil para la verificación de ciertos hechos relacionados con la prueba informática. Bastaría recordar que el testigo es aquella persona que, sin ser parte del proceso, tiene información sobre los hechos controvertidos, de manera que sus declaraciones pueden llevar al juicio aportaciones para la convicción judicial en determinado sentido. De esta forma, la prueba testimonial tiene que ser estimada como complementaria dentro de la prueba electrónica, en su esencia.

d) Nada obstaría tampoco recurrir -además de la reproducción documental, ex artículo 502- a la prueba de la reconstrucción de los hechos, concebida como lo establece el artículo 503 del CPC, para comprobar que un hecho se ha producido o pudo haberse producido de determinada forma, 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, en éste último caso y a través de las posiciones juradas, sobre la veracidad y certeza de los documentos provenientes de procedimientos electrónicos que se hayan aportado al procedimiento judicial.

f) El reconocimiento judicial, para casos en los que ha de dejarse 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 asistencia de prácticos o expertos en la materia. No debe confundirse con la inspección judicial.

Es de hacer notar que el reconocimiento judicial constituye una declaración de conocimiento del juez, que se valora por la sana crítica, ya que, aunque se plasme en un escrito, no por ello se convierte en una prueba documental, pues su naturaleza de reconocimiento no se pierde por esa circunstancia.

g) La prueba de informes, para la obtención electrónica de cierta información, de acuerdo a lo establecido en el artículo 433 del Código de Procedimiento Civil.

Palacio¹⁶⁶ 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 no provengan necesariamente del conocimiento personal de aquéllos.*

A menudo ha sido cuestionada su autonomía probatoria, al ser considerado mas 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. En este sentido, es indudable la vinculación que tiene la prueba de informes con los medios electrónicos, pues resulta mucho más sencillo e inmediato obtener la información a través de Internet, trámite que no está prohibido sino por el contrario, es hoy día la vía más expedita para lograr la información requerida, no obstante que no adquiere *per se* plenitud probatoria.

Dice el mismo Palacio¹⁶⁷ que no se han aportado suficientes elementos argumentativos en torno al cuestionamiento de la prueba informes

¹⁶⁶ Luís Enrique Palacio: *Derecho Procesal Civil*, Tomo IV, Buenos Aires, 1972; p. 655.

¹⁶⁷ Luís Enrique Palacio: *Reflexiones sobre la prueba de Informes en el proceso penal*; en *La Prueba*, libro en memoria del profesor Santiago Luís Sentís Melendo; Librería Editora Platense, La Plata, 1996; pág. 194.

como autónoma, pero que su justificación queda ratificada por “la creciente complejidad que exhiben los sistemas de registración y las extremadas dificultades con que puede tropezar el intento de incorporar al proceso, a través de los medios tradicionales de los datos registrados o archivados, tanto más si se computan los notables avances tecnológicos que presenta la informática y la frecuencia de la utilización”.

h) Es factible la aportación de otra prueba documental, con extensión al medio de la exhibición, 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, que no serían descartables como medio indiciario o supletorio de prueba.

De otra parte, conforme a la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (LMDFE), que consagra la utilización de la prueba libre, sería viable cualquier otro medio no previsto expresamente pero que pudiera conferir certeza al hecho o acto que sea objeto de la prueba, mediante el cumplimiento de las formalidades legalmente establecidas.

Existe además, la posibilidad de 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 a pesar de que no trae una firma autógrafa, puede reproducirse. Tal inferencia concuerda con la opinión de Devis Echandía¹⁶⁸, 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”. Obviamente no es lo mismo en el caso electrónico, pero sí aplicable por extensión analógica, porque reviste carácter indiciario. Claro está que, por razones obvias, habría que reemplazar la expresión *de su puño y letra*, en el caso de

¹⁶⁸ Hernando Devis Echandía: *Teoría general de la prueba judicial*, Ed. Biblioteca Jurídica Dike, t. 2, 1987; p. 581.

los textos, por la referencia a un teclado directo en una máquina de computación o sus análogas telemáticas o por instrucciones directas del autor y emisor del mensaje. No obstante, aunque se repute como un documento privado, generado informáticamente, la realidad es que subsisten una serie de problemas vinculados con las dudas sobre su autenticidad e integridad, que no producen otra sensación que la inseguridad, lo cual aconseja al sentenciador redoblar su sigilo al momento de la valoración de este medio probatorio, a fin de que realmente pueda adquirir certeza documental y produzca una razonable seguridad sobre su autenticidad.

La tarea del sentenciador en una causa donde esté en juego un documento electrónico exige que se encuentre a tono con la realidad tecnológica que tiene y su atipicidad en tanto instrumento y a su valor probatorio. En consecuencia, su labor ha de resguardar que no se produzca la indefensión en cualquiera de sus manifestaciones técnicas, ya que el derecho a la prueba está enlazado con el derecho a la defensa y al debido proceso.

4.4.2. La Evacuación

En cuanto a la evacuación, 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. No obstante, a las partes también les es dado fijar, de mutuo acuerdo, que pueda evacuarse cualquier medio de prueba que sea de su interés en cualquier otro momento (artículo 396 CPC).

En el caso del documento electrónico, tratándose de una prueba instrumental, su evacuación no debería tener, en principio, ninguna dificultad mientras no medie una impugnación. De producirse su reconocimiento, como ocurre con los documentos privados, de acuerdo con lo establecido por el artículo 444 del Código de Procedimiento Civil.

Conforme a dicha norma, el silencio de la parte sobre el instrumento incorporado al proceso, dentro de los cinco días siguientes a que éste se produjo, conduce a su reconocimiento. Sobre la materia, habría dos formas genéricas para materializar la evacuación: si se trata de un documento privado, no debe concebirse como documento fundamental de la demanda, de modo que puede presentarse con el escrito de promoción de pruebas, y como tal, su incorporación puede producirse a través del ya referido soporte de papel, a manera de copia del soporte magnético. El instrumento quedaría evacuado como una copia, de acuerdo con lo que ha previsto el artículo 4 de la LMDFE. Pero de no ser 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 todo caso, la parte promovente tiene que aportar el instrumento 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.

Ahora bien, como quedó adelantado, es factible que sea necesaria la realización de alguna complementación a través de una prueba que permita arribar a la veracidad de la prueba. Le corresponderá al promovente la carga de aportar y hasta de proponer los medios probatorios auxiliares para lograr la debida verificación del medio probatorio. El adversario puede también hacer uso de la *contra prueba* con la finalidad de contradecir la prueba electrónica. En esta modalidad, resulta obvio que el tribunal dejará la debida constancia en la correspondiente acta, de los resultados obtenidos bajo el principio de inmediación del juez.

En los juicios orales, como es el caso de los laborales y en materia de niños y adolescentes, la realización de este tipo de prueba tendrá lugar en la audiencia reservada para la evacuación de pruebas, en la cual puede tener lugar la utilización de medios de reproducción sobre los medios electrónicos, previamente aportados por la otra parte, con la finalidad de que pueda corroborar la autenticidad de la prueba.

4.4.3. El soporte y las copias

Cuando una de las partes aporta al juicio un documento electrónico, debe presentar conjuntamente una copia del medio probatorio, para que la otra parte pueda tenerla a su disposición y ejercer el debido control de la prueba. Cabe además la opción de consignación de otro tipo de soporte, susceptible de acceder al documento sensorialmente, según corresponda a la tipología del medio probatorio.

Mientras no se legisle expresamente la materia en Venezuela, en el caso de los juicios orales la situación puede ser más compleja, ante la variable del tiempo que se requiera. En sana lógica, cabe entender que en estos casos, el promovente debe aportar la prueba antes de la audiencia correspondiente, porque en su defecto, tendrá que diferirse el momento para instrumentarla a través de la concesión de un tiempo prudencial (por ejemplo tres días por aplicación de la previsión del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil)¹⁶⁹. Es de entender que el juez, como director del proceso, puede proceder a dictar un auto a través del cual conmine al promovente de la prueba a aportar las copias de rigor, antes de la vista de la audiencia probatoria, ya que de lo contrario, la otra parte podría denunciar la indefensión en que se le colocaría, con evidentes posibilidades de que prospere, una vez impugnado el vicio.

Este tipo de lagunas, sólo puede mover a confirmar la urgencia de que la legislación procesal venezolana sea revisada con miras a su actualización o modernización. Una cosa es que, excepcionalmente, una norma quede sujeta a la interpretación ante varias opciones y otra, que los justiciables y los operadores de la justicia se encuentren permanentemente desorientados en el vacío normativo que implica que, para cualquier evento procesal, sea necesario recurrir a la creatividad o a la aplicación analógica, para resolver por vía de aproximación la gran mayoría de las actuaciones procesales. Ante esta realidad, en supuestos como el que se analiza, quedaría en criterio del juez, de acuerdo con la complejidad del medio de prueba tecnológica

¹⁶⁹ Artículo 19 CPC: (...) cuando en este Código o en las leyes especiales no se fije término para librar alguna providencia, el Juez deberá hacerlo dentro de los tres días siguientes a aquél en que se haya hecho la solicitud correspondiente.

aportada, resolver entre la suspensión de audiencia para dar a la otra parte la oportunidad de revisarla para ejercer su debido control, o exigir que se efectúe algún trámite previo a la realización de esa audiencia.

La Ley de Enjuiciamiento Civil española regula esta materia de esta forma:

Las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Al proponer esta prueba, la parte podrá acompañar en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso¹⁷⁰.

Se trata de una clara disposición reguladora de las copias que acompañan el soporte original de la prueba. Puede observarse que el legislador español ha preestablecido, de manera expresa, que las transcripciones o copias deben producirse conjuntamente con el propio instrumento electrónico, porque textualmente dice que el momento del acompañamiento de la transcripción es el de la promoción de la prueba, sea en el juicio oral o en el lapso probatorio de los juicios ordinarios. Sin embargo, como la norma utiliza la expresión *podrán*, ha de entenderse que es facultativo para la parte que aporta la prueba, presentar o no la transcripción o copia. Evidentemente que conviene que lo haga siempre, para el aseguramiento de la probanza de su pretensión.

Al respecto, la doctrina española ha expresado sus dudas en relación con la prueba multimedia, porque si bien es sencilla la transcripción de las palabras, no es igual con las imágenes y los sonidos. Se ha opinado sobre la factibilidad de textualizar una conversación grabada e, incluso, de describir imágenes en un texto, además de que la ley no lo prohíbe, ni impide que se haga una transcripción descriptiva, aunque no sea textual, mientras exista el soporte original, que le permita a la contraparte acceder al contenido de los hechos y al juez la evaluación probatoria. En este caso, siempre el juez tendrá la potestad de ordenar, si lo considera relevante, que se repita la transcripción, a la luz de sus orientaciones, si fuera el caso; de forma de

¹⁷⁰ Artículo 382.1 de la ley de Enjuiciamiento Civil española.

garantizar la veracidad de la probanza, que es el objetivo probatorio. La variedad o peculiaridad va a resultar en que el juez termina valorando directamente el resultado de las transcripciones, pero indirectamente las grabaciones o filmaciones, en el sentido de que tiene que limitarse a confirmar lo obtenido a través de los medios complementarios para proceder a evaluar la prueba originaria.

4.4.4. Recolección de las copias

Otro aspecto a considerar, es cómo se recoge la transcripción del documento electrónico. La primera opción es que el promovente consigne la transcripción junto con la prueba propiamente tal, en cuyo caso, cabe colegir que queda para el litigante contrario la opción de aceptar la modalidad o, de no sentir la confianza necesaria, nada obsta para que lo rechace y solicite que la transcripción se realice bajo el control del tribunal. Aquí, también la sana lógica se activa para interpretar que el tribunal debe disponer de todos los recursos técnicos necesarios para la recolección de la transcripción dentro del propio recinto tribunalicio, en un equipo de computación propio del tribunal o afín, en presencia del juez, del secretario del tribunal y de las partes. Claro está que cabe también la impugnación de la prueba informática, que será tratada más adelante.

Obviamente, de la reproducción del medio probatorio ante el tribunal, es necesario que se levante un acta, en la cual deben quedar bien identificadas las filmaciones, grabaciones y cualquier reproducción realizada, a las que puede adicionarse cualquier dictamen pericial, justificaciones de las partes o de los mismos peritos. Si el tribunal no tuviera a disposición los medios tecnológicos para la ratificación de la prueba, detalle que hablaría muy mal del sistema judicial, se entiende que correspondería a la parte promovente solventar esa falla y asumir la carga de proveer todos los recursos que fueran necesarios, bajo el auspicio del juez. Nada le impedirá asistirse de un práctico, cuyos emolumentos también quedarían a cargo del promovente de la prueba.

4.4.5. Impugnación: tacha y cotejo

La impugnación de los medios de prueba es el recurso de que disponen las partes para atacar la apariencia de legalidad y de pertinencia que éstos manifiestan. Quien impugna la prueba tiene la carga de demostrar su ilegitimidad o falsedad. Cabrera Romero concibe la impugnación como una expresión del derecho a la defensa en materia de pruebas, pero advierte que la impugnación no puede ser genérica, que no basta negar la prueba del contrario, sino que deben expresarse los motivos de la impugnación o de la tacha. Cabrera advierte que impugnación y tacha no deben entenderse como sinónimos, porque la impugnación es una voz genérica que abarca tanto el desconocimiento (artículo 429 CPC) como la tacha (artículo 442 CPC), de modo que la tacha es una de las especies de la impugnación, que se refiere a las falsedades documentales, que se alegan con base en las causales preestablecidas por la ley.

Partiendo de la base de que el documento electrónico se tiene como instrumento privado, de acuerdo con los dispositivos normativos de la LMDFE, cabe recordar que es documento privado el que no tiene carácter de público, sea o no auténtico. Como dice Devis Echandía, puede tratarse de escritos firmados o no, y de documentos declarativos o representativos, como mapas, cuadros, planos, y afines. Agrega Devis que el documento privado puede adquirir autenticidad, sin haber sido firmado por su autor jurídico, en dos casos: el primero, cuando lo reconoce en confesión o cuando le es opuesto por la parte contraria; y el segundo, cuando se recurra a testigos presenciales del acto o a través del dictamen de grafólogos, sumado a indicios, sin que se descarte el reconocimiento expreso¹⁷¹. Esta última acotación de Devis se asienta en cuanto pueda tener alguna utilidad para el caso de los documentos electrónicos, que será tratado en breve.

No se pretende aquí hacer un estudio profundo sobre la falsedad documental, específicamente en nuestro caso el de carácter privado, tema que ha sido materia de extensos estudios, pero es indispensable hacer una

¹⁷¹ Hernando Devis Echandía: *Compendio de Derecho Procesal: Pruebas judiciales*, Tomo II. Bogotá. Ed. ABC, 1984, p. 551.

breve referencia al marco legal que trata este tema, para proceder luego a adaptar el caso de la impugnación de este nuevo tipo de instrumentos, que no calza plenamente en las previsiones establecidas para los típicos documentos escritos.

En la legislación adjetiva nacional hay dos formas de impugnación de los documentos: el desconocimiento (CPC: artículo 444 y CC: artículo 1.364) y la tacha de falsedad (CPC: artículo 438 y CC: artículo 1.381). Procedemos a transcribir la normativa para pasar a su análisis sucinto.

Sobre el desconocimiento de los documentos privados, el Código Civil prevé que:

Aquel contra quien se produce o a quien se exige el reconocimiento de un instrumento privado, está obligado a reconocerlo o negarlo formalmente. Si no lo hiciere, se tendrá igualmente como reconocido. Los herederos o causahabientes pueden limitarse a declarar que no conocen la firma del causante¹⁷².

Se tienen por reconocidos los instrumentos autenticados ante un Juez con las formalidades establecidas en el Código de Procedimiento Civil¹⁷³.

Sobre la tacha de falsedad de los documentos privados, el Código Civil establece que:

Sin perjuicio de que la parte a quien se exija el reconocimiento de un instrumento privado se limite a desconocerlo, puede también tacharlo formalmente, con acción principal o incidental:

1°.- Cuando haya habido falsificación de firmas

2°.- Cuando la escritura misma se hubiese extendido maliciosamente y sin conocimiento de quien aparezca como otorgante, encima de una firma en blanco suya.

3°.- Cuando en el cuerpo de la escritura se hubiesen hecho alteraciones materiales capaces de variar el sentido de lo que firmó el otorgante.

Estas causales no podrán alegarse, ni aún podrá desconocerse el instrumento privado, después de reconocido en acto auténtico, a menos que se tache el acto mismo del reconocimiento o que las alteraciones a que se refiere la causal 3° se haya hecho posteriormente¹⁷⁴.

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil prevé que:

¹⁷² Artículo 1.364 del Código Civil venezolano.

¹⁷³ Artículo 1.366 del Código Civil venezolano.

¹⁷⁴ Artículo 1.381 del Código Civil venezolano.

La tacha de falsedad se puede proponer en juicio civil, ya sea como objetivo principal de la causa, ya incidentalmente en el curso de ella, por los motivos expresados en el Código Civil¹⁷⁵.

La tacha incidental se puede proponer en cualquier estado y grado de la causa¹⁷⁶.

Si se plantea solamente el desconocimiento de la firma, para la persona a quien se opone el documento que afirma que no es suya, basta con pasar a desconocerla y, de esta forma, no sería necesario el procedimiento de la tacha, que es más complejo.

El desconocimiento del documento privado se limita a atacar la veracidad de la firma, de tal manera que la presunción de autoría del contenido del documento se desvanecería si el desconocimiento de la firma adquiere firmeza. Este aserto conduce a suponer que el documento electrónico no podría ser objeto de desconocimiento, porque no tiene firma autógrafa. Por consiguiente, si lo que se pretende alegar es que el texto del instrumento ha sido adulterado, lo que procede es la tacha de falsedad, una tarea difícil en el caso de los documentos electrónicos, debido a la tecnicidad de su configuración y remisión, lo cual amerita de respuestas técnicas. Pero en definitiva, la tacha es la vía adecuada para anular los efectos probatorios de un documento que se presume haber sido confeccionado con adiciones, eliminaciones o alteraciones materiales. Es la única forma de destruir la eficacia legal del instrumento, porque el artículo 1.363 del Código Civil le otorga eficacia jurídica al documento privado reconocido o tenido como reconocido legalmente. La única forma de quitarle tal eficacia es cuando es declarado falso, previa la interposición de la tacha de falsedad. La tacha puede ser tramitada mediante un juicio autónomo, en cuyo caso debe cumplirse con todos los requisitos inherentes a la interposición de una demanda (artículo 340, CPC) o incidentalmente, como un punto accesorio a la causa principal, así todo dependería del resultado de la tacha.

En materia de tacha documental, la carga de la prueba, en la impugnación, la tiene aquella parte que presentó el documento para hacerlo

¹⁷⁵ Artículo 438 del Código de Procedimiento Civil venezolano.

¹⁷⁶ Artículo 439 del Código de Procedimiento Civil venezolano.

valer, tiene que demostrar su autenticidad, vale decir, probar que la firma realmente es suya (artículo 445 del CPC), a cuyo efecto puede promoverse la prueba del cotejo o la testimonial cuando aquélla no es posible. En el caso de la tacha documental, la carga la tiene quien formaliza la tacha. Sin embargo, creemos que en el caso particular de la tacha del documento electrónico, puede considerarse la posibilidad de que se produzca un desplazamiento de la carga probatoria. Es cuando el autor del mensaje de datos que emite el documento tiene bajo su posesión todos los equipos de computación constituidos por el *hardware* y el *software*, que por la privacidad que atañe a la propiedad privada dificulta el acceso a la prueba de la contraparte. Seguidamente, se hace un somero análisis de la adaptación de la tacha al documento electrónico.

Cabe recordar que en el caso de los documentos tradicionales, a falta de reconocimiento espontáneo o provocado, que es la prueba de la confesión, hay que recurrir entonces a la prueba del cotejo, que consiste en el peritaje de la firma manuscrita, que realizan expertos grafológicos comparando el documento privado que se quiere hacer valer con otro indubitable (previstos en el CPC), a cuyo efecto emite un informe técnico.

4.4.6. El documento electrónico y los medios de impugnación

Parece evidente que la impugnación del documento electrónico o multimedia, por la vía de la tacha de falsedad, le corresponde a la parte contraria, quien ha de tener acceso a los medios de reproducción para que se verifique su tutela judicial a través del control de la prueba. Es así como podrá impugnarlo y aportar oportunamente los dictámenes periciales y demás medios pertinentes que cuestionen la autenticidad de aquella prueba o la exactitud de los reproducidos.

En estos casos, es de entender que puede proceder la inversión de la carga de la prueba para el impugnante de acuerdo con la modalidad que se presente. Tendrá lugar, cuando se denuncie la posible manipulación o montaje del instrumento aportado, desde el punto de vista técnico. Será necesario entonces, acudir a la prueba pericial, pero siempre bajo el control

recíproco e integral del medio probatorio, porque el promovente también puede participar del peritaje. Evidentemente que el o los peritos emitirán su diagnóstico y un informe con su criterio acerca de la veracidad del contenido de la prueba tecnológica, esto es, se establecerá si ha sido o no manipulada, razón por la cual, no habrá pronunciamiento del fallo hasta que conste en autos el resultado de la experticia.

Ahora bien, creemos que en este asunto es necesario distinguir entre el documento electrónico como mensaje de datos y como prueba multimedia, porque la naturaleza del soporte y de la reproducción son diferentes. De cualquier modo, la impugnación de la prueba electrónica implica su desconocimiento. Pero como se dijo, los documentos electrónicos no tienen firma autógrafa, así que solamente procede el recurso de la tacha. Los instrumentos privados (artículo 443 CPC) pueden tacharse por los motivos especificados en el Código Civil¹⁷⁷.

4.4.7. Causales de tacha proyectadas en el documento electrónico

En materia de tacha documental, de las tres causales previstas por el Código Civil, podría descartarse a simple vista, la primera opción, referida a la falsificación de la firma, debido a que el documento electrónico carece de una como tal. Lo que sí podría ocurrir es que alguien suplante la identificación de otra persona y usurpe su nombre a través de la inscripción de los datos del correo electrónico, lo cual constituiría un fraude. También, puede darse el caso de la clonación de la dirección electrónica de un usuario, a cargo de los llamados *hackers*, o también que alguien haya obtenido la clave o *password* de otro, sea con abuso de confianza o a través de alguna acción dolosa y envíe un mensaje electrónico en su nombre, sin que el verdadero titular lo haya conocido o consentido. Es claro que estas

¹⁷⁷ Artículo 443 CPC: *Los instrumentos privados pueden tacharse por los motivos especificados en el Código Civil. La tacha deberá efectuarse en el acto del reconocimiento o en la contestación de la demanda, o en el quinto día después de producidos en juicio, si antes no se los hubiese presentado para el reconocimiento, o en apoyo de la demanda, a menos que la tacha verse sobre el reconocimiento mismo. Pasadas estas oportunidades sin tacharlos, se tendrán por reconocidos; pero la parte, sin promover expresamente la tacha, puede limitarse a desconocerlos en la oportunidad y con sujeción a las reglas que se establecen en la Sección siguiente. En el caso de la impugnación o tacha de instrumentos privados, se observarán las reglas de los artículos precedentes, en cuanto les sean aplicables.*

situaciones hipotéticas son factibles, pero no fáciles de probar. Sin embargo, no por eso debía descartarse la posibilidad de que pueda darse un procedimiento de tacha documental por esta causal, sino por vía de extensión analógica, por la cuestión de la firma, que no se da en sentido escrito en el caso del documento electrónico.

En cuanto a la segunda causal, por abuso de firma, que opera cuando se alegue que alguien escribió maliciosamente sobre un documento firmado en blanco, lo normal es que el firmante lo haga después de haberse redactado el texto, pero no antes; aunque humanamente puede ocurrir lo contrario. Puede decirse, como en el caso de la causal anterior, que si bien cada persona dispone de una clave para ingresar a su correo electrónico, puede darse el caso de que un tercero logre ingresar, sea por autorización del titular o dolosamente y escribir un correo en un archivo en blanco desde la dirección electrónica de otra persona. En estos casos, también podría considerarse por analogía, una variedad de la figura del abuso de firma en blanco, si se aplicara el llamado *principio de la equivalencia funcional*.

Se enfatiza sobre las dificultades probatorias, sobre todo en consideración de que, en estos casos, no es factible el recurso del cotejo de las firmas, pero nada obsta para que se haga uso de otros medios probatorios, como pueden ser la confesión y la testimonial, por ejemplo; y, con ellas, la opción de crear una prueba indiciaria.

Por último, la causal tercera, por alteraciones materiales, es la más factible para aplicarse al caso de los documentos electrónicos e incluso de los multimedia, en términos de que la alteración pueda cambiar el sentido aceptado por el autor del instrumento, que ya tiene un contenido, pero el afectado no lo reconoce integralmente como suyo.

En materia de documentos electrónicos puede ser más fácil alterar el texto de un mensaje que con los documentos con firma autógrafa en un soporte de papel. Basta colocar, por ejemplo, la palabra *no*, para transformar completamente el sentido de ese texto, con tan solo dos letras agregadas en algún momento y sin que se hayan dejado rastros del autor de la adulteración. La peculiaridad diferencial, en el caso de añadiduras o

eliminaciones al texto del documento electrónico, es que cada modificación, aunque no sea forjamiento, es considerada como un nuevo documento y no como un cambio del original.

La doctrina ha considerado que lo falso es lo contrario de lo verdadero, pero comprendida como una falsedad material y no intelectual. Tal falsedad consiste en cualquier supresión, mutación o alteración de la verdad, que comporta un documento sin ningún efecto jurídico. Adicionalmente, constituye un delito de falsedad documental.

4.4.8. El cotejo en la prueba electrónica

La prueba de cotejo es una remisión a la variable de una experticia, que ha de ser practicada por expertos grafotécnicos o grafólogos, a través de la comparación entre el documento privado que se pretende reconocer y un documento indubitado¹⁷⁸ (como son los documentos públicos). Cuando no se dispone de un documento indubitado, el promovente plasma su rúbrica en el expediente, en presencia del juez, tantas veces como se le indique; para entonces proceder a la realización del cotejo.

Como puede colegirse, en materia de Mensaje de Datos la prueba del cotejo es inviable, debido a la naturaleza técnica del documento, que carece de firma autógrafa y necesariamente, es producida a través de una máquina de computación o su equivalente técnico. Además, están almacenados en soportes magnéticos (ya vetustos) o electrónicos, que son intangibles, únicos y no pueden duplicarse propiamente. Por tanto, no es posible materialmente hacer una comparación de firmas, además de que el único original es el texto almacenado en el disco duro de la máquina computarizada.

En cambio, en el caso del documento multimedia, el cotejo sí es procedente. Si lo que se impugna es la voz almacenada en determinado instrumento, grabada en un *casette* o un CD, se puede recurrir al cotejo de la voz. Aquí, el peritaje para el establecimiento de la autenticidad de la voz que da lugar a la prueba puede hacerse en la misma audiencia fijada para la

¹⁷⁸ El artículo 448 del CPC presenta el catálogo de los llamados documentos indubitados.

oportunidad probatoria, delante del juez, del secretario y de las partes, si se trata de un juicio oral; o a través del correspondiente dictamen o informe pericial. Para determinarlo técnicamente, existen recursos idóneos, como es el llamado *espectrograma*, que sirve para medir los registros de las voces, que tienen sus propios matices y signos identificatorios, llamados cuerpos de la voz, algo parecidos a las huellas dactilares. En estos casos, los peritos han de ser médicos foniatras, terapeutas de lenguaje especializados en voz, especialistas en lingüística y tal vez hasta profesores de música, todos ellos versados en la técnica y conocimientos necesarios para la medición de los registros de las voces. Es lo que se ha reconocido como *la prueba sobre la prueba*. Nada obsta para que, como ocurre con el cotejo de firmas en papel, el juez ordene a la persona que grabe varias veces una frase con su voz, para que se proceda al cotejo correspondiente.

Un aspecto a considerar, es si el promovente estaría obligado a presentar como acompañante la transcripción de las palabras, imágenes y sonidos almacenados en los instrumentos de filmación o de grabación, o si es facultativo hacerlo. Aquí habría una coincidencia entre lo representativo y lo declarativo, ambas variables al servicio de la misma prueba documental. La respuesta no podría ser unívoca de parte de la doctrina, mientras no sea normada expresamente la situación. Habría que distinguir entre el hecho jurídico que es materia de prueba y el medio para completar su instrumentación, algo parecido a lo que ocurre entre la fuente y el medio probatorio. No parece tan sencillo resolverlo. La doctrina española, más avanzada que la latinoamericana, ha presentado sus propuestas. En tal sentido, De Urbano Castrillo y Magro Servet, con refuerzo de otros autores, estiman que cuando no exista una norma vinculante, esto es, cuando no se establezca la obligatoriedad de hacerlo, procede la presentación de la transcripción de los hechos de que consta la prueba técnica, porque de no ser así:

la contraparte no tiene garantizada la entrega del instrumento, de modo que, al no conocer su contenido, difícilmente puede cumplir no sólo con su derecho a contradecirlo en el momento oportuno, sino que incluso verá obstaculizada su labor en orden a la aportación de pericias u otros

medios de prueba tendentes a desvirtuar la autenticidad o fiabilidad de aquéllos (art. 382.2)¹⁷⁹.

Además, es al promovente a quien más le interesa llevar a la convicción del juez el hecho que quiere demostrar.

Los referidos autores refuerzan sus comentarios con la opinión de Cremades Morant, cuando asienta que:

la transcripción se refiere sólo a las palabras (no a la imagen y sonido, evidentemente) ... y la aportación es sólo un elemento auxiliar (no es un “documento”, aunque en el monitorio se le dé ese valor como título). Lo fundamental es el “soporte”¹⁸⁰.

Otro aspecto a dilucidar, pero tampoco sencillo de establecer, es el de la procedencia o no de la confesión provocada o posiciones juradas para establecer la autenticidad de un registro electrónico. En la legislación venezolana, las posiciones juradas están concebidas en el campo procesal, como un interrogatorio especial que le formula una parte a la otra sobre el hecho controvertido, con deber de ofrecer absolvérselas a su contraparte. No guarda ninguna vinculación con la prueba documental, pero eventualmente puede llevar al establecimiento de su veracidad a través de un reconocimiento expreso en sede jurisdiccional. En Argentina, la previsión parece más amplia. Dice Carbone que la autenticidad de la voz o de la imagen puede acreditarse por los mismos medios que para los documentos escritos, y que en el proceso civil y en el laboral, la confesión espontánea o provocada a través de las posiciones juradas o de simples preguntas al demandado o al actor, puede incluir al documento en su contra a efectos de su reconocimiento¹⁸¹.

4.4.9. Especificidad en el caso de la prueba informática. El caso de las cartas misivas

Dada la naturaleza técnica de la prueba informática, se pueden presentar algunas peculiaridades relacionadas con la impugnación de la

¹⁷⁹ Eduardo De Urbano Castrillo y Vicente Magro Servet: *La prueba tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Navarra. Editorial Aranzadi, 2003, p. 120.

¹⁸⁰ Citado por Eduardo De Urbano Castrillo y Vicente Magro Servet...*op.cit.*, p. 57

¹⁸¹ Carlos Alberto Carbone: “Revisión del concepto de documento y su relación con la prueba de grabaciones”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, año V-8, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2005, p.119.

prueba. Los más importantes son aquellos que atenten contra derechos fundamentales, como son la intimidad de las partes, la vida privada o el secreto de las comunicaciones, que gozan del amparo de las normas constitucionales.

En cualquiera de estos casos, es claro que la parte contraria puede impugnar la admisión de una prueba de esta entidad, por haber sido obtenida ilícitamente. Por ejemplo, que se trate de una intervención de una conversación telefónica, que no fue previamente consentida por cualquiera de los participantes, que se haya filmado a una persona sin su anuencia en una actividad privada, o que se haya interceptado un correo electrónico. Estos casos pueden tener, además, derivaciones de carácter penal.

Una incidencia como ésta, requiere que el juez pase a resolverla antes de la prosecución de la causa, porque amerita la protección de derechos fundamentales, cuya violación ha sido denunciada. No debe olvidarse que la constitución venezolana consagra la protección difusa de los derechos constitucionales, a cargo de todos los jueces de la república, en cualquier grado o instancia del proceso. También, debe entenderse que la parte afectada puede alegar el vicio de inmediato, pero si no lo hiciera, en su propio perjuicio, puede hacerlo en cualquier momento, en razón de la naturaleza del tema y que es un asunto de estricto orden público. En definitiva, aunque se trate de una prueba que tiene un período para su tramitación, en una situación como la analizada, está exenta del término preclusivo, porque se basa en una ilicitud en la obtención de la prueba.

Sobre esta materia, creemos que se puede hacer una referencia analógica a la regulación que trae el Código Civil sobre los instrumentos privados y las cartas misivas. Si bien el artículo 1.368 de ese Código establece que el instrumento privado debe estar suscrito por el obligado, ya se han establecido las formas alternativas para reemplazar o cubrir la dificultad de disponer de la firma tradicional para el reconocimiento de la autoría del documento electrónico.

En cuanto a los Mensajes de Datos, que guardan cierta semejanza con las cartas misivas, el artículo 1.371 del Código Civil dispone que pueden

hacerse valer en juicio como prueba o como principio de prueba escrita, cuando sea dirigida por una parte a la otra, siempre que de su contenido se desprenda la existencia o la extinción de la obligación controvertida. En estos casos, la parte interesada puede entonces aportarla al juicio, razón por la cual, si se tratara de un mensaje electrónico, no debe haber objeción para hacerla valer, sin que por ello pueda aducirse que se atente contra la privacidad del documento.

Asunto diferente es que se trate de un mensaje que emane o se dirija a un tercero a la relación procesal. En este caso, sobre el tráfico de la carta, el artículo 1.372 *ejusdem*, indica que la carta (en este caso el mensaje), no puede ser presentado por la parte ni por personas extrañas, si el tercero y el autor de la carta no expresan su consentimiento para hacerlo. El tercero no puede valerse de la carta como prueba contra la voluntad de su autor. Esta norma prohíbe que las cartas misivas dirigidas y recibidas entre terceros, puedan emplearse como medios de prueba en juicio por quienes sean terceros. Los herederos y causahabientes a quienes dirigieron las comunicaciones o las recibieron, pueden utilizarlas como pruebas en los mismos casos en que los autores podían haber hecho uso de ellas.

Aquellas cartas misivas que no contengan relación con los hechos controvertidos se reputan como instrumentos confidenciales y, por consiguiente, no pueden presentarse en juicio sin el previo permiso que corresponde (artículo 1.371 C.C.).

No vemos tampoco objeción para que se aplique por extensión analógica el dispositivo del artículo 1.374 del Código Civil, que prescribe que las cartas misivas se reputan como instrumentos privados y tienen además el valor probatorio de un principio de prueba escrita. El aspecto controvertible es que se le niega ese valor probatorio cuando no están firmadas por la persona a quien se atribuya, salvo que hayan sido escritas de puño y letra del presunto autor, lo cual no puede ocurrir, en rigor jurídico, en el caso electrónico. Nos parece que, si bien los documentos electrónicos no pueden escribirse de puño y letra del emisor del instrumento, porque su soporte no es el papel, puede entenderse que lo escribe tecleando en una máquina de

computación, sea con sus propias manos o dictando su contenido. En este sentido, procede al menos la presunción *juris tantum* acerca de la autoría o legitimidad del autor y emisor del texto, en razón de que, para escribir el mensaje se requiere disponer de un correo electrónico creado por alguien que dispone de una clave o *password* y que debe conocer quien accede al correo para elaborar el mensaje. Siendo así, estos mensajes cuando menos, pueden constituir un principio de prueba escrita, al igual que ocurre con las cartas misivas a que se contrae el Código Civil.

4.5. La exhibición

El Código Procesal Civil (artículo 436) regula el medio de la exhibición de documentos que se hallen en poder de la contraparte, a cuyo efecto se debe acompañar una copia del documento, y si no se la tiene, deben indicarse los datos contenidos en el documento y aportarse un medio probatorio que constituya, al menos, una presunción grave de que dicho instrumento se encuentra en poder del adversario. Llenados los extremos, el tribunal concede un plazo para que la exhibición tenga lugar y la negativa a la comparecencia produce una presunción de certeza sobre los datos contenidos en el documento de cuya exhibición se trata.

Es evidente que la parte que quiera beneficiarse de los efectos probatorios del documento sea quien lo aporte al proceso, pero también puede darse el caso que no lo tenga en su poder o esté en posesión de un tercero ajeno al proceso. En el caso de los documentos electrónicos o multimedia, esos terceros pueden ser los prestadores de servicios de certificación y cualquier otro prestador de servicios informáticos de carácter privado, que formen parte de la *sociedad de la información*. En estas situaciones, puede no quedar otra alternativa que el mecanismo de la exhibición documental como vía para su incorporación a los autos en el expediente judicial. Ese tipo de aporte puede tenerse como obligatorio, dentro del compromiso ciudadano de colaboración con la justicia.

En España, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (artículos 328 al 332) regula la exhibición documental como parte de las diligencias

preliminares, viable con anterioridad del proceso. El trámite consiste en la petición que se hace a quien se dirija la demanda para que exhiba los documentos en los que conste su capacidad, representación o legitimación para ser parte del juicio. Debe tratarse de una solicitud fundamentada, ante el juzgado del domicilio donde se tiene que hacer la exhibición. El peticionario tiene que prestar una caución para responder de los daños y perjuicios que pudiera causar a su contraparte. El obligado a exhibir puede oponerse. El juez debe resolver si es o no justificada la petición. Si el obligado a exhibir no lo hace, el tribunal puede apreciarlo como un indicio de la veracidad del documento, pero también puede acordar la eficacia probatoria de la copia simple que se haya presentado o de la versión del contenido del documento que se haya presentado. La obligación de realizar la exhibición no se extiende al tercero ajeno a la relación procesal. El concepto de tercero no abarca a los entes públicos ni a las empresas que presten un servicio público, los cuales, salvo que cataloguen a la declaración como *reservada* o *secreta* de los documentos, están obligados a expedir los respectivos certificados¹⁸².

4.6. Valoración o apreciación de la prueba

Siguiendo a Couture, por valoración o apreciación de la prueba se entiende “la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido”¹⁸³. Se trata de un deber exclusivo del juez, quien está obligado a examinar todas las pruebas aportadas en el juicio (artículo 509 CPC), para declarar motivadamente una por una si es admisible o inadmisible, porque de lo contrario incurriría en el vicio de *silencio de prueba*, que puede dar lugar a una denuncia por infracciones de forma y de fondo, que es causal para la anulación de una sentencia por parte del tribunal de alzada, incluyendo Casación.

¹⁸² Miguel Á. Moreno Navarrete: *Derecho-e Derecho del comercio electrónico*. Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002, pp. 177-180.

¹⁸³ Eduardo Couture: *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I. Bogotá. Biblioteca Jurídica Dike, pp. 287 y ss.

Existen dos grandes sistemas para la valoración de las pruebas: el de las pruebas legales, llamado de la *tarifa legal*, y el de la libre valoración de las pruebas por el juez, llamado de *libre apreciación*. El primero está representado por aquellos medios probatorios expresa o taxativamente reconocidos por la ley; mientras que el segundo, deja a las partes en plena libertad para aportar cualquier medio de prueba que no esté expresamente prohibido y al criterio del juez para formarse libremente la convicción acerca de la veracidad o no de la prueba. La mayoría de los procesalistas más destacados rechaza la posibilidad de que se hable de un *sistema mixto* sobre esta materia, porque se señala que el juez tiene o no tiene libertad para la apreciación de las pruebas, actividad que no puede tenerse a medias. Sin embargo, autores como Couture consideran que existen tres sistemas: el de las pruebas legales, el de la sana crítica y el de la libre convicción; pero hoy día, mayoritariamente se ha considerado que las llamadas reglas de la sana crítica para la valoración de la prueba y la libre valoración significan lo mismo: la libertad para valorar las pruebas de acuerdo con la sana lógica y las máximas de experiencia, que sean aplicables al análisis que corresponda, de acuerdo con el criterio personal del juez.

El mayor problema que presenta el tema de la valoración de la prueba electrónica es la falta de regulación específica sobre la materia¹⁸⁴; razón por la cual no queda otra alternativa que aplicar también la analogía y la sana lógica. En algunos países europeos existe una normativa expresa sobre su naturaleza propia. En España, por ejemplo, se le tiene como un nuevo instrumento probatorio. En Alemania su valor probatorio se admite como un reconocimiento judicial.

En nuestra legislación, si el documento electrónico es considerado como un documento privado, no deberían presentarse inconvenientes jurídicos, pues se insertaría dentro del sistema de la tarifa legal a que se hizo referencia. El problema se presenta -como ya se dijo- con la concepción de la LMDFE, que regula el tema a través del artículo 4, textualmente así:

¹⁸⁴ Si se tiene como una prueba documental su valoración corresponde al de una prueba tarifada legalmente y no como una prueba libre. Pero su naturaleza especial y distinta a los documentos tradicionales, por una parte y, por la otra, porque así lo prescribe expresamente la LMDFE, que es su norma marco, determinan que su valoración debe hacerse libremente de acuerdo con la convicción discrecional de juez.

Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código De Procedimiento Civil.

La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas¹⁸⁵.

Como puede apreciarse, la letra de la norma transcrita se fragmenta en varios axiomas:

1.- Los Mensajes de Datos, que son definidos en el artículo 2 de la misma ley como *toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio*, es consagrado como una prueba documental, por ende, como parte de la prueba legal.

2.- La tramitación de la prueba, desde la promoción hasta la evacuación se realizará como si se tratara de una prueba libre; siendo de observar que se hace referencia a la actividad de las partes, pero que se ha excluido expresamente la fase de valoración de la prueba. En estos casos, cabe la recurrencia a la analogía y los principios generales del derecho para la aportación del medio probatorio (artículo 4 del Código Civil).

3.- Dentro de la prueba documental, la información se ha equiparado, siempre que sea reproducida en formato impreso, con la misma eficacia probatoria de las copias o reproducciones fotostáticas. Por ser así, se entiende que la previsión normativa se concatena con la previsión del artículo 502 del Código de Procedimiento Civil¹⁸⁶, reservado para la reproducción de documentos, que se inscribe igualmente dentro del sistema legal de las pruebas.

4.- Cuando se hace referencia a la firma electrónica, se prescribe que, cuando no cumpla los requisitos legales establecidos en esa ley, constituye

¹⁸⁵ Artículo 4 de la ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (2006).

¹⁸⁶ Artículo 502 CPC: *El Juez, a pedimento de cualquiera de las partes y aun de oficio, puede disponer que se ejecuten planos, calcos y copias, aun fotográficas, de objetos, documentos y lugares, y cuando lo considere necesario, reproducciones cinematográficas o de otra especie que requieran el empleo de medios, instrumentos o procedimientos mecánicos.*

un elemento de convicción favorable conforme a las reglas de la sana crítica (artículo 17), vale decir, se le trata como si fuera una prueba libre.

Las reglas de la sana crítica están basadas en el razonamiento libre del juez y su experiencia como persona idónea para analizar el funcionamiento social en su aplicación al caso controvertido. Siguiendo a Couture:

La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia que todo hombre se sirve en la vida. Para la mayoría de la Doctrina, la sana crítica es el método más eficaz de valoración de las pruebas, porque no contiene ni los excesos ni el rigorismo de la prueba legal, que obliga al juzgador a despartarse en ocasiones de su propia convicción; mientras que, por otra parte, el sistema de la libre convicción puede llevar al sentenciador al extremo de la arbitrariedad¹⁸⁷.

Dejando de lado las disquisiciones que surgen de las contradicciones derivadas de la falta de técnica legislativa de la norma ya comentada, puede procederse entonces a fijar cuál es el valor probatorio que le corresponde al documento electrónico ante la falta de una normativa inequívoca sobre la materia. En tal sentido, el análisis más elemental sería reputarlo como un documento privado sin firma autógrafa, pero de naturaleza representativa y no declarativa, como es el caso de las fotografías, grabaciones, discos y demás reproducciones, según lo previene el citado artículo 502 del código procesal venezolano. Aunque no exista una norma legal expresa que así lo establezca, tiene el objetivo de probar un hecho que existía al momento de su verificación, de modo que, en esencia, se le puede tener, en principio, como una prueba legal que puede tramitarse y ser valorada como tal en cualquier proceso. Para este fin, el juez ha quedado plenamente legitimado para recurrir a las reglas de la sana crítica y a la aplicación de las máximas de experiencia, que no es otra cosa que el tratamiento de la evaluación de forma libre, a cuyo efecto, el juez venezolano está respaldado para ese fin por una norma expresa, como es el artículo 507 del Código de Procedimiento Civil, que establece que el juez debe apreciar el mérito de cualquier prueba según las reglas de la sana crítica.

¹⁸⁷ Eduardo Couture: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1958, p. 273.

En su tarea valorativa, dada la naturaleza de la prueba electrónica, no quedará al juez otra alternativa que tratar de establecer la autenticidad de la prueba de acuerdo con esa sana crítica, lo cual lo hará buscar cualquier recurso disponible para acercarse a la verdad probatoria. A tal efecto, puede valerse de una serie de medios probatorios complementarios que le permitan la confirmación directa del contenido y autoría del documento electrónico, como puede ser una experticia y el resto de las probanzas que consten en el expediente, aportadas por cualquiera de las partes, con aplicación también del principio de la comunidad de la prueba. Ya se expresó que podrá hacerse uso de medios probatorios como la confesión, las testimoniales, inspecciones judiciales, reproducciones judiciales, otras experticias y documentales, como también en esta materia, cobrará preponderancia la recurrencia a los indicios probatorios, que han de ser lo más fehacientes que fuera posible. Esta sería la forma de atribuirle al documento electrónico el valor de un documento privado dotado de plenitud probatoria. Es así como se verifica la figura conocida como *conurrencia de pruebas*, que implica la consideración de un conjunto de pruebas a ser valoradas según su tipología, para poder evaluar debidamente la prueba electrónica. Lo que se pone de manifiesto es que la prueba electrónica suele requerir del refuerzo o complementación de una o más pruebas tradicionales para que, a través de su valoración integral, se logre el resultado valorativo requerido¹⁸⁸.

4.7. Diversidad de pruebas tecnológicas

Es posible hacer un catálogo de la variedad de pruebas tecnológicas que pueden aportarse en los juicios, pero meramente enunciativo, pues siempre habrá espacio para su complementación. Es de prever que el mundo jurídico se encuentra en una etapa de transición en el que más pronto que tarde los cuerpos legislativos de todos los países -la Asamblea Nacional en el caso venezolano- tendrán que dedicarse a revisar el tema, para concebir instrumentos legales que suministren la mayor certeza y orientación posibles.

¹⁸⁸ Eduardo De Urbano Castrillo: *La valoración de la prueba electrónica*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, 2009, p. 54.

En la actualidad, se presentan lagunas que pueden dar lugar a equívocos nada aconsejables en el campo de la administración de la justicia.

Hay quienes, como Cervelló Grande, ven de forma muy sencilla la diferenciación entre el proceso de elaboración de los documentos escritos clásicos y el instrumento electrónico. En su opinión opera así: en el documento escrito tradicional, el soporte es el papel y los signos están configurados por la escritura que se estampa en un papel mediante la tinta, el polvo y demás elementos similares que permitan adherir los signos al soporte. Con el documento electrónico ocurriría algo parecido, porque también existe un soporte y un conjunto de signos que se recogen y adhieren al soporte, que suele ser un elemento magnético (o también que recoge huellas ópticas determinables, según pase o no un haz de luz), sólo que los signos que se plasman en ese soporte no son susceptibles de ser entendidos por el hombre hasta que pasan por un complejo proceso de descodificación, que es inverso al de su creación. El paso del lenguaje humano al lenguaje informático implica, en primer lugar, que todos los signos se traduzcan a números, y a cada signo determinado (numérico o alfabético) le es asignado un determinado número o código. En la elaboración y utilización de los documentos electrónicos se presentan los elementos necesarios para que la criptografía preste su elemental servicio, que ha alcanzado un desarrollo impresionante, con la finalidad de evitar el intercambio de claves, como paso previo al intercambio de la información codificada¹⁸⁹. Se concibe como un mecanismo de protección que se ha definido como “la ciencia que estudia la ocultación, disimulación o cifrado de la información, así como el diseño de sistemas que realicen dichas funciones, e inversamente, la obtención de la información protegida”. Abarca textos, datos, imágenes y voz¹⁹⁰.

Al respecto, se recogen las variedades de pruebas tecnológicas probablemente más importantes por su mayor utilización, desde una perspectiva elemental, que no técnicamente exhaustiva, que no pretende ser un listado acabado de las variables existentes.

¹⁸⁹ José María Cervelló Grande: *La prueba y el documento electrónico*; en *Derecho de Internet, contratación electrónica y firma digital*. Navarra. Aranzadi Editorial, 2000, pp. 411-412.

¹⁹⁰ Valentín Carrascosa López y otros: *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*; Editorial Comares, Granada, 2000; p. 87.

a) Las copias

Se reitera que uno de los aspectos más problemáticos de la prueba documental es el de las copias, que se potencia en el caso de la prueba informática. No es sencillo insertar el documento electrónico dentro del documento tradicional, precisamente por la dificultad que existe para diferenciar el original y la copia, porque además del aspecto de la firma, el soporte es magnético, lo cual dificulta la forma de acceder a su contenido y de materializarlo para la percepción de las partes y de todos los operadores de la justicia.

Ya se ha asentado también, que en Venezuela la LMDFE reputa al documento electrónico impreso como una copia, específicamente una fotostática. Esta previsión resulta equívoca y, sin lugar a dudas, evidencia una laguna legislativa sobre la materia. Esto genera una gran distorsión en el marco de la prueba instrumental, porque partiendo de la base más elemental que se tiene, el documento tradicional se plasma en un soporte de papel, que puede encontrarse a la vista de cualquiera y someterlo al correspondiente control para que merezca la verosimilitud que comporta un medio de prueba, a diferencia de lo que ocurre con los soportes electrónicos e informáticos. En este caso, no puede establecerse indubitablemente la vinculación entre la fuente y el medio de la prueba, que permita asegurar que un papel impreso es realmente la copia de su original magnético.

El único supuesto que puede admitirse para conferirle veracidad a la copia de un instrumento electrónico opera cuando la parte contraria reconoce la copia que le es presentada por el adversario, sea con la pretensión o con la contestación de la demanda. Cuando no hay impugnación tampoco se presenta inconveniente alguno, porque el documento adquiere los mismos efectos que el documento privado reconocido, que legalmente se le tiene como fidedigno. En cambio, cuando media una impugnación, la parte que quiera servirse del documento puede recurrir al cotejo con el original, que puede tener lugar mediante una inspección judicial o un peritaje. En suma, el reconocimiento tácito o expreso de la copia impresa sería el único caso que

no presenta ningún problema en relación con cualquier documento, en todas sus variables.

Partiendo de esta base, la mejor forma para que el tenedor de una prueba informática facilite el efecto probatorio de su instrumento, y con ello la valoración del juez, ha de ser que acompañe con la copia informática todos los soportes y complementación periférica para que la contraparte y el juez tengan acceso a la verificación integral del instrumento, sea con la demanda o con la contestación, de acuerdo con la posición de los litigantes.

Elías Baturones plantea al respecto que, en la búsqueda de un documento *original* informático, la parte debería acompañar con la demanda:

tal soporte original, es decir, en el que se encuentra grabado en el disco duro del ordenador, que lo ha generado por vez primera, junto con una copia informática para la otra parte, en las diversas modalidades técnicas existentes (disquete, cd-rom, etc.), cuyo contraste con el original pueda ser demostrada o “visionado” por la contraparte, a fin de darle la oportunidad, si lo considera oportuno, de impugnarlo en forma¹⁹¹.

En el derecho internacional se ha avanzado sobre la materia. La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL), ha previsto los casos para considerar la originalidad de cualquier documento, proponiendo los siguientes supuestos:

Original:

1. Cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos:
 - a) Si existe alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma.
 - b) De requerirse que la información sea presentada, si esa información puede ser mostrada a la persona a la que deba presentar.
2. El párrafo 1 será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no sea presentada o conservada en forma original.
3. A los fines del inciso a) del párrafo 1:

¹⁹¹Julio José Elías Baturones: *La prueba de documentos electrónicos en los tribunales de justicia*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, 2008, p. 162.

- a) La integridad de la información será evaluada conforme al criterio de que haya permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de su comunicación, archivo o presentación; y
- b) El grado de fiabilidad requerido será determinado teniendo en cuenta los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias del caso¹⁹².

El citado Elías Baturones precisa, que para que un documento electrónico pueda ser considerado original, tendría que cumplir una serie de requisitos mínimos, independientemente de la naturaleza de su soporte, para que se preserve en forma definitiva la integridad del mensaje, que estaría grabado en el disco duro de una máquina computadora. Fija al respecto estos dos requisitos:

- Que exista una garantía fidedigna de que se han conservado integralmente la información desde el momento de su creación, sea como mensaje de datos o de otra forma afín.
- Que existan las condiciones necesarias para mostrar la información informática a la persona contra quien se presenta el instrumento¹⁹³.

Con el paso del tiempo, más temprano que tarde, el desarrollo de la firma electrónica y la concepción y creación de las llamadas notaría electrónicas producirían documentos electrónicos notariados, que podrán ser considerados como originales o copias y cumplirán así con el objetivo de la prueba, que es la veracidad del hecho controvertido que se pretende demostrar.

b) Los correos electrónicos

Son también conocidos popularmente como *e-mails* y parten del sistema de Internet para la transmisión de datos electrónicamente, que conduce al intercambio de los mensajes por ese medio. Abarcan también el almacenamiento, remisión y reproducción de los datos.

Cabe entender la posibilidad de presentarse la copia o transcripción del *e-mail* tal como fue recibido en un soporte de papel, en el sentido de que es posible leer unas siglas que aparecen en el borde de la hoja impresa; lo

¹⁹² Asamblea General O.N.U., Resolución 51/162, sesión plenaria del 16-12-1996: artículo 8°.

¹⁹³ Julio José Elías Baturones: *La prueba de documentos electrónicos en los tribunales de justicia*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, 2008, p. 159.

cual no impide, en caso de impugnación, que se requiera el examen del disco duro del emisor a través de una inspección judicial, lo cual exigiría la autorización del ingreso, por parte del propietario de la computadora o también del receptor del *e-mail*, con asistencia de un perito o práctico en materia informática, ya que de esa forma se constataría la identificación del emisor y del receptor del mensaje. Tampoco debería descartarse la posibilidad de tramitar una exhibición instrumental.

c) Los CD-Rom

El CD-ROM (siglas en inglés que significan *Compact Disc-Read Only Memory*) es un instrumento de almacenamiento de memoria desde el aparato de computación, que no permite borrar ni modificar la preexistente, pero que sí permite leer la información.

No debe presentarse ningún inconveniente para insertar este recurso dentro de las previsiones del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, que le asigna valor probatorio a las copias o reproducciones de cualquier tipología mecánica que sea claramente inteligible. Se les tiene como fidedignas mientras no sean impugnadas por el adversario, sea en la contestación de la demanda, si fue presentado con el libelo, o dentro de los cinco días siguientes al lapso de promoción de pruebas.

En estos casos, resulta obvio que el promovente debe aportar una copia para que le sea entregada a su contraparte, entendiendo que su contenido está directamente relacionado con el hecho controvertido, esto es, aquel sobre el cual se basa la pretensión o la excepción, según el caso. De otra parte, puede inferirse que no hay limitación alguna para que cualquiera de las partes se valga de un peritaje o de un dictamen pericial o de algún otro medio instrumental probatorio, sea para reforzar la prueba informática o para desvanecerla o reforzar su invalidez, según el caso.

d) DVD

El llamado DVD viene a ser un disco digital mejorado, que tiene mayor capacidad que el CD, pero como éste, presenta variedades (DVD-ROM y DVD-RAM, como las más comunes).

Al igual que en los demás casos afines, sería necesario que el litigante que aporte la prueba consigne una copia para su adversario y otra para el control del juez y su debida incorporación al expediente bajo la custodia del tribunal. Éstos recursos caerán en desuso ante los avances tecnológicos.

Lo informático y lo jurídico se presentan cada vez más relacionados, requiriéndose de soluciones específicas a problemas que no se presentaban antes. Con la proliferación de la contratación masiva se suele incentivar la inseguridad para los consumidores y usuarios.

Se ha considerado que el contrato electrónico celebrado a través de Internet difiere del resto de la contratación típica, incluyendo a las del área informática. Para Mateu de Ros, en Internet las cosas no funcionan del mismo modo que en los contratos mecanizados, basados en instrucciones técnicas programadas para que la autonomía de la voluntad se exprese a través de contratos basados en marcos previos. Para este autor, la plataforma tecnológica de Internet permite que el cliente y el proveedor interactúen y dialoguen espontáneamente en tiempo real, con la misma claridad como se haría escribiéndolo en un papel, lo cual permite el desarrollo de mensajes previos, simultáneos o posteriores, que conduzcan al perfeccionamiento del contrato. Esta circunstancia, acerca más la relación jurídica tramitada a través de Internet que los tradicionales contratos convenidos en presencia física, a pesar de que la relación se ejecute en remoto o a distancia; y no obstante que a veces los contratantes no se conozcan ni se vean los rostros¹⁹⁴.

Internet se ha incorporado completamente a la vida contemporánea, llegando prácticamente a controlar las relaciones humanas. En la actualidad, la red de Internet se utiliza personal y profesionalmente como una fuente infinita de información y de intercambio jurídico, que se ha insertado dentro de la llamada sociedad de la información, extendiéndose progresivamente a la inmensa mayoría de las actividades comerciales, administrativas y

¹⁹⁴ Rafael Mateu de Ros: *El consentimiento y el proceso de contratación electrónica*; en *Derecho de Internet*. Navarra. Aranzadi Editorial, 2000, pp. 42-43.

políticas, al extremo de estar influyendo el comportamiento social del mundo entero.

Debe admitirse entonces, el uso de Internet como medio de prueba; lo cual es perfectamente posible, particularmente cuando la LMDFE consagra el principio de la libertad probatoria.

Ahora bien, la prueba por medio de Internet es diferente a la llamada *página web*, que en el fondo es objeto de la prueba, vale decir, lo que se trata de probar. Por consiguiente, para su admisión, en ese segundo caso, sería necesario que, con la demanda o con la contestación o durante la promoción de prueba, se aporte el documento relacionado con la copia de la *página web*, en donde conste el contenido del objeto de la prueba, junto con las siglas de identificación de esa página informática, que obraría como documento mismo, con la finalidad de que el adversario pueda tener el control de esa prueba.

Cuando se hace referencia a Internet, se puede insertar con el medio probatorio a que se contrae el artículo 4 de la LMDFE, esto es, a “la información contenida en un mensaje de datos, reproducida en formato impreso”, con fuerza probatoria equivalente a las copias. Adicionalmente, es preciso agregar que la forma, como el contenido de la información de la red, llega al proceso y produce lo que pretende la parte promovente, lo que persigue es llevar al juez la convicción sobre el hecho controvertido que se aspira quede probado. Siendo así, se entiende que es diferente la exigencia de la aportación de la copia de la *página web* y la práctica de la prueba como reproducción de la prueba mediante Internet. Para este efecto, es viable la aplicación del artículo 502 del Código de Procedimiento Civil, referida a la prueba de la reproducción, conforme al cual:

El juez, a pedimento de cualquiera de las partes y aún de oficio, puede disponer que se ejecuten copias de documentos (...), y cuando lo considere necesario, reproducciones (...) de otra especie que requieran el empleo de medios, instrumentos o procedimientos mecánicos¹⁹⁵.

En definitiva, debe admitirse la posibilidad del uso de Internet como medio de prueba, sea dentro del sistema libre de la prueba o por analogía

¹⁹⁵ Artículo 502 del Código de Procedimiento Civil venezolano.

con la prueba documental. Adicionalmente, procede la aportación documental del contenido de la *página web*. Por consiguiente, hay que aportar el documento bajado de Internet, que operaría como una prueba documental conjugada con la conexión a la red, que puede representar cuando menos, un principio de prueba escrita. Lo cierto es que Internet ha cambiado las costumbres y la forma de obtener la información y de comunicarse entre los ciudadanos, hechos que son determinantes para el derecho y el sistema judicial, hecho notorio que a la vez trae riesgos e inconvenientes, porque no toda la información que circula por Internet puede tenerse como cierta, pero sí el hecho mismo de su transmisión.

e) Diskette

El diskette (del inglés *floppy disk* o disquete en español) es otro dispositivo del almacenamiento de la información contenida en una computadora, que es fácilmente extraíble y transportable. Permitiría archivar y reproducir la información almacenada para aportarla y manejarla con facilidad dentro de cualquier juicio.

Es, como en el caso del CD-ROM, un medio de poner a la otra parte en conocimiento del contenido informativo que almacena, de modo que es menester aportarlo oportunamente al proceso, a fin de que pueda, previo acceso al contenido, proceder a admitirlo o impugnarlos. Evidentemente que el juez de la causa debe tener la misma posibilidad de acceder al contenido del diskette, razón por la cual sería recomendable que el promovente consigne el material doblemente.

f) Vídeo

Es aquel soporte que almacena imágenes y sonidos obtenidos a través de una cámara de grabación. En lo jurídico, es posible entonces aportar al proceso judicial la reproducción de la palabra, imagen y sonido; de modo que también se encuadra dentro del marco del artículo 429 de Código de Procedimiento Civil.

Son medios muy útiles cuando se pretenden demostrar violaciones a los derechos humanos, como la intimidad personal, la difamación, la injuria,

los hechos difundidos a través de los medios de comunicación social y tantos otros.

Es necesario que el video refleje la fecha y la hora cuando se verificó la grabación, a fin de que se pueda producir el debido control de la prueba y la debida valoración que le corresponda al juez de la causa.

4.7.1. Las pruebas atípicas, la prueba libre y la prueba informática

La problemática que puede generar la prueba informática, por su naturaleza, novedad y ausencia de una regulación legal integral, que puede cubrir expresamente todos los eventos que surgen en la vida cotidiana, admite considerar la posibilidad de tratarla como una prueba atípica, también denominada por algunos juristas y códigos procesales como pruebas innominadas. Son aquellas que no están expresamente reguladas por la ley.

Su marco legal ya quedó definido, a través del Código de Procedimiento Civil, cuando dispone que:

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 juez¹⁹⁶.

Durante algún tiempo, un sector de la Doctrina consideró que el documento informático debía entenderse como una prueba atípica, criterio que evidentemente se encuentra hoy día superado, pero no del todo, a pesar de que en muchas legislaciones ya ha sido insertada la prueba informática como un medio autónomo de prueba, al haberla instituido expresamente como una variedad de la prueba instrumental.

Ciertamente, ante un caso de dificultad probatoria que guarde relación con un medio moderno de naturaleza electrónica, informática o científica, nada obsta para incorporarla como prueba atípica al proceso, sea por analogía con alguna prueba nominada afín o como prueba atípica propiamente tal, porque ya el postulado legal está abierto a que se de

¹⁹⁶ Artículo 395, última parte, del Código de Procedimiento Civil venezolano.

entrada a cualquier medio probatorio que no esté expresamente prohibido y, al efecto, se ha dotado al juez para que cree la mejor forma de incorporarla al juicio y procesarla debidamente.

Taruffo hace algunas aportaciones interesantes sobre las pruebas atípicas. Afirma que la razón principal por la cual una prueba debe ser admitida en juicio no debe depender de que exista una norma previa que se ocupe del hecho, sino por la utilidad de la prueba para la determinación de los hechos. Por consiguiente, todo elemento relevante de prueba debe ser admitido. Así que, desde esta perspectiva, “prueba es todo aquello que sirve lógicamente para probar el hecho, no aquello que la ley denomina prueba”¹⁹⁷; de forma que la regla debe ser que todo elemento de prueba relevante ha de ser admitido, a menos que existan normas o razones específicas para excluirlo.

Dice además Taruffo, que el criterio de la analogía puede ser claro en algunos casos, pero en muchos otros resulta absolutamente incierto. Ejemplifica como dudosa la declaración extraprocesal de un tercero interesado para hacerla análoga con la prueba testifical propiamente tal, admisible entonces como una testifical; o equiparar el comportamiento extraprocesal de las partes con la conducta procesal, para tratarlas análogamente. En todo caso, a favor de las pruebas atípicas, no existe ninguna razón para no admitirlas, sobre todo cuando no se disponga de una prueba típica *equivalente*¹⁹⁸. Además, como cualquier medio probatorio, las pruebas atípicas también quedan sometidas a la ciencia privada del juez, así que no debe existir ningún límite para que puedan alcanzar eficacia probatoria, de acuerdo con la prudente apreciación que le corresponde. Al ser así, es posible que una prueba atípica tenga un grado de eficacia bajísimo o muy elevado, que hasta pueda ser suficiente por sí sola para arribar a la constatación del hecho; lo mismo que una prueba nominada. Asunto diferente es el riesgo que existe que el juez utilice indebidamente su discrecionalidad, pero éste es un problema de valoración de la prueba que no

¹⁹⁷ Michele Taruffo: *La prueba de los hechos*. Madrid. Editorial Trotta, 2002; pp. 406-418.

¹⁹⁸ Michele Taruffo... *op.cit.*, pp. 406-418

es exclusivo para las pruebas atípicas, sino del principio de la libre convicción del juez sobre la materia. Lo importante es que la discrecionalidad del juez no se convierta en una arbitrariedad subjetiva suya.

Al respecto, bien apunta Taruffo que siempre habrán controles para el juez en su tarea de valoración de las pruebas, sean atípicas o no. Uno de los más importantes es el de la racionalidad, que no deja de ser complejo y variable, además de estar influenciado por numerosos factores que tienen que ver con la cultura general del juez y su experiencia. De allí, la necesidad de que utilice esquemas adecuados de argumentación, que sean aptos para fundamentar la validez racional de sus argumentos. Otro de los factores a destacar, por su vinculación con la materia del trabajo, es el del control que también ejercen las partes con base en el principio de contradicción entre ellas. Las partes deben intervenir preventivamente en todo aquello que pueda influir sobre la decisión de la controversia, que es además una característica estructural del proceso.

Encontramos que las apuntaciones que preceden tienen relevancia sobre la prueba informática, si se la mira dentro de una visión omnicomprendiva, como prueba compleja que es, además de ser novedosa, inacabada y sometida a lagunas legislativas, elementos todos que no la deslastran de la noción de las pruebas atípicas, en consideración a esa naturaleza tan *sui generis* que la aleja en alguna medida de la tradicional prueba instrumental. Como bien señala el mismo Taruffo:

en todos los ordenamientos existen las pruebas que en la doctrina italiana se denominan atípicas, pero no producen problemas particulares en la medida en que son admitidas normalmente, en el ámbito de la prueba documental o en el de la prueba de indicios o presunciones¹⁹⁹.

Agrega además, que “la prueba documental es habitualmente concebida de un modo muy amplio, de forma que incluye la gama más variada de documentos atípicos, desde los verbales de otros procesos hasta

¹⁹⁹ Michele Taruffo: *La prueba de los hechos*. Madrid. Editorial Trotta, 2002; pp. 404, con pie de página N° 228.

las pericias privadas o extrajudiciales, desde documentos administrativos hasta documentos informáticos”²⁰⁰.

Concatenado con lo señalado, se tiene que tal vez sólo comprendiendo al documento electrónico desde esta posición, se explicarían -como ya se ha dicho- las contradicciones en que incurre el legislador venezolano al concebir en la LMDFE a los mensajes de datos como una prueba escrita condicionada, pero que más bien luce como un principio de prueba por escrito que a una documental propiamente tal, como ocurre en el derecho comparado y, a la par, establece que su tramitación se realice como si se tratara de una prueba libre, igual que ocurre con las pruebas atípicas, después que la ha establecido dentro de la prueba documental como copias o fotocopias.

4.7.2. Prueba documental, prueba libre, prueba atípica y sana crítica

Cuando Cabrera Romero se refiere a los medios de prueba libres, que por su naturaleza difícil no pueden incorporarse de inmediato a los autos, deben recibir un tratamiento diferente en cuanto a su modo de evacuación. Indica que los medios meramente representativos, como son las diapositivas, las películas, videos, grabaciones y afines, requieren de la reproducción o proyección, aunque se les haya promovido señalando el contenido de la prueba, con la finalidad de que pueda evaluarse su pertinencia. Es además, la forma como la otra parte puede acceder a las imágenes y sonidos, que no es otra cosa que ejercer el control de la prueba y así poder, de ser el caso, promover su impugnación, una vez que haya comprendido el alcance de la prueba.

Por eso afirma Cabrera que, en casos como estos, es necesario que primero el juez reciba la prueba y señale discrecionalmente la forma como ha de procederse a su evacuación (porque se trata de medios con dificultades analógicas en el Código Civil), para que sólo después, el adversario pueda pasar a contradecir o impugnar la prueba. Aquí también el juez tiene que establecer el plazo para que se proceda en consecuencia, porque se trata de

²⁰⁰ *Íbidem*, p. 404.

una prueba libre, que no está expresamente especificada por el Código de Procedimiento Civil. Al ser así, probablemente el juez haga la analogía desde el punto de vista procesal, como sería el plazo que el código procesal concede para la tacha documental, que también se confunde con el plazo de la oposición documental. Es, por ejemplo, el caso de una prueba submarina, para establecer un daño, o una reclamación, a la cual solamente puede accederse buceando y con la asistencia de buzos calificados, y el juez no tiene la experticia ni las condiciones necesarias para acceder a la prueba, con base en el principio de inmediación²⁰¹.

Cabrera es acucioso cuando asienta que solamente es prueba documental propiamente tal, aquel documento que merezca plena fe, que tenga efectos *erga omnes*; pero el resto de las manifestaciones de voluntad que no llenen los requisitos exigidos por la ley no son pruebas documentales, pero sí documentos con características y valor probatorio diferentes, que por consiguiente deben ser valorados por la sana crítica, “ya que no tienen valor tarifado en la ley, aplicándoles por analogía para su sustentación, las normas de las pruebas legales semejantes”²⁰². Este razonamiento conduciría, por sí solo, a revelarnos la dificultad que puede presentarse en relación con la prueba documental. Si bien queda ratificada la posibilidad de que se presente una gran polémica, al menos permite comprender el equívoco que resulta de la redacción del artículo 4 de la LMDFE en el campo de los documentos electrónicos, cuando quedó asimilada a una prueba documental privada, pero que se promueve, admite y evacua como prueba libre. Para Cabrera Romero los documentos y la prueba documental no son lo mismo, sino que la prueba documental:

es una especie de un género, por ello no todo documento tiene el valor probatorio de la prueba documental y su contenido va a merecer plena fe *erga omnes*, sujeto a una tarifa legal que obliga a creer en él sin capacidad crítica²⁰³.

²⁰¹ Jesús Eduardo Cabrera Romero: *Contradicción y control de la prueba legal y libre*. Caracas. Editorial Jurídica Alva, 1989, pp. 423-424.

²⁰² Artículo 507 del Código de Procedimiento Civil venezolano.

²⁰³ Jesús Eduardo Cabrera Romero... *op.cit.*, pp. 326-327.

Bajo un criterio así, ha de entenderse que la valoración de la prueba electrónica también puede recibir la misma consideración. La remisión al código procesal corresponde al artículo 395, en cuya segunda parte dice que “pueden también las partes valerse de cualquier medio de prueba no prohibido expresamente por la ley”²⁰⁴.

Los medios de prueba libre deben ser promovidos en el lapso de la promoción y, para su evacuación, el juez está facultado para aplicar las formas análogas de los medios probatorios semejantes, como también, pueden crear las formas, si el medio tiene alguna conexión menos cercana o no se encuentra la analogía o afinidad necesaria. Claro que el inicio del trámite le corresponde al litigante, de manera que le toca a la otra parte promover la impugnación consiguiente y será luego cuando pasará el juez la regulación conducente según su criterio. Quiere decir entonces, que la impugnación de la prueba libre debe hacerse antes de la admisión del medio probatorio promovido, que ha de entenderse como inserto dentro del derecho a la defensa.

Como puede inferirse, los medios de prueba libres pueden revestir diversas modalidades, precisamente, porque no están nominados. Nada obsta para que se incluyan dentro de esta noción los documentos en sentido genérico, que no son prueba documental propiamente tal, a la luz de la anterior explicación de Cabrera Romero. Ese sería precisamente el caso del documento electrónico, porque no llena a plenitud los requisitos exigidos por el Código Civil para la prueba documental, como es la firma de puño y letra del otorgante del documento; no obstante que puede ser atribuido unilateralmente a una parte. En el caso del documento electrónico, ya una ley expresa le asigna la misma eficacia probatoria que la propia ley le asigna los documentos escritos, pero las contradicciones analizadas ameritan soluciones acordes con la problemática irresoluta que todavía presentan.

Los documentos electrónicos y multimedia pueden ser incluidos dentro de lo que Cabrera Romero concibe como pruebas libres dentro del género documental, cuando los refiere así:

²⁰⁴ Artículo 395 del Código de Procedimiento Civil venezolano.

(Hay) Medios meramente representativos cuyo contenido no es conocido inmediatamente de su promoción por el Juez y el no promovente. Se hace necesario un acto procesal subsiguiente para que se revele ese contenido. Este es el caso de las películas de cine, de las grabaciones en cintas, cassettes u otros objetos semejantes; de los videos u otros similares, y esta característica los aleja más que los anteriores del género documentos²⁰⁵.

De acuerdo con el análisis de Cabrera, la acción *ad exhibendum* o exhibición (artículos 436 y 437 CPC) es aplicable a estos medios probatorios dentro de la prueba instrumental, pues se trata de un procedimiento de tipo general que es aplicable a cualquier clase de cosas y no solamente a los documentos, con extensión a las películas, los videos y afines. Inclusive, señala que “las empresas de televisión, noticiosas, cinematográficas y semejantes, tienen el deber de aportar al proceso los medios meramente representativos que posean como terceros y la carga de consignarlos en autos, si actúan como partes”²⁰⁶.

El principio de la libre apreciación de la prueba se ha venido convirtiendo en el más admitido en los procedimientos judiciales del mundo. Por su intermedio, lo que se persigue es que el juez pueda alcanzar el más alto grado de verosimilitud que sea posible para la constatación del hecho controvertido bajo su análisis. Claro está que el juez, como ser humano, no garantiza un conocimiento absolutamente seguro sobre la existencia del hecho, siempre existirá la posibilidad abstracta de un error, porque no puede concebirse que tenga una certeza matemática sobre todos los hechos sometidos a su escrutinio. De ahí que sea suficiente que el juez alcance el mayor grado de verosimilitud posible, tanto como le haya sido asequible. Es lo que se conoce como certidumbre subjetiva, bajo la ausencia de dudas como elemento definitorio de su decisión. La verosimilitud viene a ser así un recurso auxiliar de que dispone el juez para arribar a la necesaria certidumbre, que no es más que la convicción a la que haya arribado a través de su fallo.

²⁰⁵ Jesús Eduardo Cabrera Romero: *Contradicción y control de la prueba legal y libre*. Caracas, Editorial Jurídica Alva, 1989, p. 417.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 417.

4.7.3. La nueva aplicación actualizada de las máximas de experiencia

El principio de la libertad probatoria tiene conexión con el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, que prescribe que en el ejercicio de su oficio, los jueces deben tener por norte de sus actos la verdad, dentro de cuya misión ha de tomar en consideración la equidad, pudiendo “fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia”²⁰⁷. Acerca de las máximas de experiencia, Stein en su hasta ahora insuperable obra sobre el tema se refiere a las máximas de experiencia así:

Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos.

Stein parte de la base de que la actividad del jurista abarca toda la vida del hombre, no habiendo absolutamente ningún hecho ni acontecimiento que no pueda ser sometido a su apreciación, para examinar las consecuencias jurídicas, directas e indirectas, que se desprendan de la necesidad de interpretarlos para arribar a la solución de cualquier caso.

Con base en todos los prolegómenos que anteceden, puede darse por explicada la evidente contradicción de la LMDFE acerca de la prueba electrónica; no obstante que es de advertir que tal enfoque, que como puede apreciarse, amerita un considerable esfuerzo para su omnicomprensión, luce anacrónico si se la compara con la mayor parte de los países que representan el llamado derecho comparado, países éstos que han logrado clarificar y definir más nítidamente el tema probatorio en el campo del derecho informático.

Taruffo emprendió una reciente revisión sobre el alcance de las máximas de experiencia, sin desmeritar en modo alguno la concepción silogística aportada por Stein en 1893, conforme a la cual “el juez debe estar en capacidad de llegar a conclusiones sustentadas en un razonamiento

²⁰⁷ Artículo 12 del Código de Procedimiento Civil venezolano.

deductivo y, por tanto, dotado de un elevado grado de certeza”, advierte que no se trata de un concepto común en todas las culturas jurídicas, porque no es aplicada en países como Francia ni en la mayoría de los ordenamientos del *common law*. Afirma que es cierto que las máximas de experiencia entran en la cultura media o en el sentido común, en cierto lugar y en cierto momento histórico; pero que no agotan la fuente del conocimiento en ese sentido, de modo que la noción de máximas de experiencia es más limitado que ese sentido común o esa cultura media, por lo que no puede generalizarse pretendiendo que son suficientes para resolver todos los casos. Es verdad que se trata de reglas, pero que no deben ser confundidas con otras que también son aplicables en el razonamiento de los hechos, como son las reglas de la lógica y de la argumentación racional. En otro orden de ideas, precisa Taruffo que tampoco deben confundirse las máximas de experiencia con las *reglas de la sana crítica*, porque éstas “se refieren a los criterios de racionalidad en la valoración discrecional de las pruebas”²⁰⁸.

Las acotaciones anteriores están en sintonía con el tema de la complejidad de la prueba electrónica, en cuanto requiere de una serie de recursos o alternativas que permitan zanjar las lagunas, incertidumbres o discrepancias que surjan en la práctica para resolver los conflictos que le atañen. Los juristas contemporáneos más avanzados, como muchos de otrora, cuando hizo falta, han proporcionado herramientas generales para solventar los problemas jurídicos. En este caso, aparecen Ferrajoli y Taruffo, quienes coinciden que hoy día, a menudo, el juez se ve obligado a decidir sin tener que aplicar, necesariamente, normas o situaciones jurídicas preexistentes. Así ocurre cuando no existe una norma específica ordinaria que regule una situación fáctica que, por ende, no tiene una calificación jurídica predeterminada y se encuentra aparentemente fuera de la tutela judicial, razón por la cual, no le quedaría otra opción que encontrar otros recursos, usualmente en las normas de rango constitucional, o en los principios generales del ordenamiento, tan comunes en el *common law* sobre

²⁰⁸ Michele Taruffo: *Páginas sobre justicia civil. Proceso y derecho*. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2009, pp. 439-442.

todo en la práctica comercial, que le permite a ese juez considerarla tutelable en sede jurisdiccional en su juzgamiento. Es así que Taruffo expresa que:

la respuesta a este problema no está solamente en la conocida teoría de las lagunas y de los métodos para llenarlas; el centro del problema está en configurar el poder del juez para buscar, y eventualmente para crear, la regla sustancial que se necesita para decidir²⁰⁹.

Estos comentarios esclarecedores no solamente se aplican a la problemática que en estos tiempos puede presentar la prueba electrónica, sino que se insertan claramente en la noción de las reglas de la sana crítica, que es precisamente el sistema legalmente previsto por la LMDFE para la valoración de la prueba electrónica, que valida al juez de la causa para crear la formalidad a ser utilizada para la tramitación de la prueba.

²⁰⁹ Michele Taruffo... *op.cit.*, La referencia que hace de Ferrajoli es sobre su obra *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 1., Bari. Laterza, 2007.

CAPÍTULO 5.- AUTENTICIDAD DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y FIRMA ELECTRÓNICA

5.1. La firma y los documentos

En el campo doctrinario, Manresa expresa que:

la necesidad de la firma quedará satisfecha con estampar el nombre y uno o más apellidos más o menos abreviados, y aun algunos en inicial, siempre que no sean un signo equívoco, y sí es huella cierta del asentimiento prestado por la persona que escribió aquéllos²¹⁰.

De dicha definición elemental se desprende que el objetivo de la firma es darle autenticidad al contenido del documento y lo caracteriza el nexo que se desprende de dicho contenido con el autor. Como es apreciable, la firma electrónica no se identifica con los mismos elementos característicos de la firma tradicional.

Ahora bien, ambos tipos de firma se asemejan en su pretensión de identificar al autor del documento con el propósito de conferirle autenticidad; sólo que una emana de la propia mano del emisor, mientras que la electrónica es de carácter técnico, que se produce en un soporte distinto al papel, pero que puede llegar a ser identificada a través de técnicas criptográficas acordes con la era de la modernidad. Así, permite el reemplazo de la firma manuscrita ante la imposibilidad de hacerlo de forma autógrafa, porque no queda registrada en un papel sino en un material electrónico. En este sentido, vale hacer la salvedad de que esta mención a la firma electrónica se refiere a su versión digitalizada a través de una computadora. Existe también la posibilidad de digitalizar una firma previamente manuscrita, a través de un *escáner* conectado a la computadora, lo cual permite visualizar la firma como idéntica a la que calza el documento, pero por un mecanismo técnico, que se puede transmitir a través del sistema de Internet. Sin embargo, la utilización de este recurso no produce la seguridad ni la autenticidad sobre la veracidad de la firma transmitida por ese medio, pero sí genera al menos una presunción *iuris tantum* de veracidad y el valor

²¹⁰ José María Manresa y Navarro: *Comentarios al Código Civil español*, Tomo VIII. Madrid. 1907, p. 491.

probatorio mínimo de un principio de prueba instrumental. Claro que no está de más, advertir que esta modalidad de la firma digitalizada no tiene relación con la firma electrónica propiamente tal, sino que se trata de una forma electrónica de remitir una firma escrita plasmada en un papel, más como una copia, pero que no deja de ser una modalidad técnica acorde con las posibilidades que existen modernamente para admitir un documento.

El requisito de la firma del documento varía según se trate de un instrumento público o uno privado. En el documento público la autenticidad proviene de la intervención del funcionario público legitimado para presenciar y otorgar el documento como acto jurídico, con las solemnidades exigidas por la ley, de modo que le confiere certeza al hecho y a la fecha de ese otorgamiento, con su consiguiente fuerza probatoria (artículo 1.357 Código Civil). Es documento privado aquel que no sea público, incluyendo al documento público defectuoso, que ha sido considerado como un documento privado. Aunque el Código Civil no menciona expresamente a la firma como un requisito esencial del documento privado, se desprende del artículo 1.368 que el instrumento privado debe estar suscrito por el obligado y que, si el otorgante no puede o sabe firmar, puede solicitar que lo haga una persona mayor de edad para que firme a ruego suyo.

Una parte de la doctrina procesal moderna estima que la firma no es más que un elemento concebido para facilitar la prueba posterior de la autenticidad del documento, y que su ausencia puede cubrirse a través de otro medio de prueba. Ramos Méndez considera, en España, que:

No se exige ningún requisito de forma para el documento privado, ni siquiera la firma. No cabe duda de que éste es un elemento importante, si existe, en orden a su reconocimiento. Pero no exclusivamente, ya que incluso las simples notas, facturas, albaranes, etc., pueden ser objeto de adverbación. Existe por tanto un número ilimitado de documentos privados, aunque (...) sólo (se) mencione específicamente la correspondencia privada”²¹¹.

²¹¹ Francisco Ramos Méndez: *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 5ª. edic. Barcelona. Editorial Bosch, 1992, p. 568.

5.2. Firma Digital, Firma Electrónica y Mensaje de Datos

El concepto de firma electrónica surgió de la práctica empresarial, que al cabo del tiempo comenzó a ser reconocida por los ordenamientos jurídicos. Hoy día, dicho concepto se ha ido desarrollando en las regulaciones europeas y norteamericana, alcanzando un reconocimiento internacional, como es el caso de UNCITRAL (*United Nations Commission of International Trade Law*). La expresión firma electrónica proviene del inglés *electronic signature*, que nació en los Estados Unidos de Norteamérica a la par del comercio electrónico. La articulación entre el área comercial y la jurídica surge ante la necesidad de regular, a través del adecuado basamento legal, un mecanismo que asegure la confidencialidad e integridad de los mensajes electrónicos. El primer instrumento legislativo que se conoce para la regulación de la firma digital fue el de la Ley del Estado de Utah (EEUU, 1995), a la que siguieron, sucesivamente, el resto de los estados norteamericanos. En Bonn (Alemania) tuvo lugar una declaración ministerial (1997) mediante la cual se instaba al resto de los países a que se integraran en una regulación protectora de la confidencialidad de la emisión de datos o información electrónica para garantizar la intimidad. En su momento, la UNCITRAL se inspiró en las regulaciones europeas y en la norteamericana. Adicionalmente, fue dictado un marco comunitario para reglamentar la firma electrónica (Directiva 1999/93CE del Parlamento Europeo).

En Venezuela, cuando se emitió el decreto con fuerza de ley que promulgó la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (2001), se definió expresamente (artículo 2) a la firma electrónica como: “Información creada o utilizada por el Signatario, asociada al Mensaje de Datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado”.

Existen diferentes tipos de firma electrónica, con diversos niveles o grados de seguridad, lo cual incide en su eficacia jurídica. Dentro de las firmas más seguras está la firma digital, que es una variedad de firma electrónica, expedida por una *autoridad de certificación*, que es la responsable de su existencia y validez. La firma digital se relaciona con un documento llamado *certificado electrónico*, que es expedido por un *prestador*

o proveedor de servicios de certificación, que representa la autoridad en materia de certificaciones electrónicas. El objetivo es garantizar la confidencialidad e integridad de los mensajes, además de asegurar la identidad del emisor y del destinatario de ese mensaje. Como consecuencia, a través de este medio se facilita la obtención de la prueba electrónica.

Dentro de la diversidad de instrumentos que se han creado para garantizar la confianza comercial y jurídica de los mensajes de datos, la firma digital, basada en la utilización de claves asimétricas o de criptografía, es la que está siendo considerada como la que brinda mayor seguridad y confianza en el campo de las comunicaciones electrónicas. Otras alternativas son las claves de acceso secretas (conocidas como PIN) y la identificación biométrica (que incluye el reconocimiento de la voz, de las huellas digitales, el reflejo del calor corporal y la identificación del iris del ojo como los más comunes).

En relación con el documento electrónico, indica Villar que se ha considerado que la firma digital cumple con las dos principales funciones requeridas, para una asimilación con el documento asentado sobre papel, como son: la autenticación, porque permite la identificación del autor, y la integridad, porque permite constatar que el mensaje no ha sido alterado después de haber sido firmado o emitido²¹².

La firma digital opera de la siguiente forma: el autor del texto o documento es titular de una *clave privada* (que por sí sola no identifica al autor), utilizada para firmar el mensaje, el cual es recibido por un tercero de confianza, que es la entidad de certificación y dispone de una *clave pública* que le permite descifrar el mensaje, y lo convierte entonces en un *certificado electrónico*. Dicho certificado pasa entonces a ser emitido por la *entidad de certificación* (o autoridad de certificación), que es la legitimada para conferirle confianza al trámite. Es lo que configura precisamente la firma electrónica, porque ha tenido la oportunidad de comprobar la identidad del emisor o

²¹² José Manuel Villar: *Una aproximación a la firma electrónica*, en *Derecho de Internet*. Navarra. Aranzadi Editorial, 2000, p. 170.

signatario, que ya fue previamente acreditado para darle fiabilidad al mensaje.

Una definición de la doctrina que ha cubierto el tema es la de Plaza Penadés, quien escribe que:

(...) la firma digital, desde el punto de vista técnico, se puede definir como el conjunto o bloque de caracteres que viajan junto a un documento, fichero o mensaje y que puede acreditar quién es el autor o emisor del mismo, así como la imposibilidad de modificación o alteración del mensaje²¹³.

Explica el mismo autor que, el hecho de que el mensaje sea descifrado con la clave pública del remitente, viene a demostrar que solamente él podía descifrarlo a través de su clave privada. De esta forma, el destinatario puede estar seguro de la procedencia del mensaje (autenticación del origen), a la vez que el remitente no podría negar su envío (repudio), puesto que él debe ser el único que conoce su clave secreta, con la garantía del tercero neutral que vela por la autenticidad de este proceso, el cual viene a ser en este caso, la entidad certificadora.

Operativamente, se entiende que el titular de la firma electrónica es dotado de su identificación digital o certificado electrónico, a cuyo efecto debe disponer previamente de una conexión a Internet y una cuenta de correo electrónico particular, que utilice a través de una computadora. La entidad certificadora debe hacer entrega al usuario de un programa informático para que se proceda a su instalación y permita la utilización de la firma electrónica (por medio de un CD, diskette o tarjeta); todo, junto con las claves pública y privada. Cumplidos los pasos anteriores, el titular de la firma puede proceder a confeccionar sus documentos electrónicos, que quedan encriptados y así proceder a remitirlos a través de su correo electrónico a los destinatarios, una vez avalada debidamente su identidad por el prestador del servicio.

²¹³ Javier Plaza Penadés: *La firma electrónica y su regulación en la Directiva 1999/93 de la Unión Europea*; en *Contratación y comercio electrónico*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, 2003, p. 498.

El desarrollo de la firma electrónica ha de ser el mecanismo más útil para todos los actores y usuarios de la llamada *autopista de la información*, como los consumidores, las empresas, comerciantes particulares y el Estado mismo, incluyendo el concierto de naciones, porque es un medio de intercambio que suministrará mayores garantías en sus relaciones jurídicas, sobre la autenticidad e integridad de los mensajes electrónicos que circulan a través de la Red, al menos en cuanto a esos dos requisitos, permiten un alto grado de fiabilidad, como se dijo. Por esta razón, los Estados deberán propiciar la creación y proliferación de este tipo de servicios tecnológicos, que representan un recurso beneficioso para toda la población; razón por la cual, también es conveniente disponer de la debida regulación y supervisión de los prestadores de servicios electrónicos. Debería ser una prioridad política, incluso que propicia una competencia sana entre los sectores público y privado. Algo parecido a los que ocurre con las entidades encargadas de remisión de correspondencia y objetos, a través de servicios postales nacionales y las empresas privadas transportadoras o de los llamados *couriers* (como Fedex, DHL, MRW, etc.).

En definitiva, las firmas electrónicas son instrumentos a través de los cuales una persona autentica un mensaje de datos, que le permite identificarse como su suscriptor, independientemente de que realmente sea o no el autor del mensaje.

Por consiguiente, puede decirse que la firma electrónica se corresponde con el documento electrónico, a semejanza de lo que ocurre con una firma autógrafa, que queda representada en un documento escrito tradicional. Hay quienes utilizan como sinónimas las expresiones *mensaje de datos* y *documento electrónico*, pero sí existe una sutil diferencia, y es que el mensaje de datos puede ser cualquier información transmitida desde un soporte electrónico, en tanto que el documento electrónico requiere el almacenamiento de la información, al extremo de que pueda ser recuperable y por ende, que sea viable su fiabilidad como instrumento, con miras a convertirse en una probanza electrónica propiamente tal.

La concepción española (Real Decreto 263/1996 del 16 de febrero de 1996) entiende por documento la “entidad identificada y estructurada que contiene texto, gráficos, sonido o cualquier otra clase de información que puede ser almacenada, editada, extraída e intercambiada entre sistemas de tratamiento de la información o usuarios como una unidad diferenciada”²¹⁴. Esa definición legal es la que más se asemeja a la que establece la LMDFE como Mensaje de Datos. Desde esta perspectiva, en rigor jurídico, un mensaje de datos no dejaría de ser tal, por el mero hecho de haber sido transmitido electrónicamente, mientras que el documento electrónico se configura como un instrumento de comunicación entre personas, que se almacena en un soporte inmaterial, pero que permite la transmisión de la información desde el disco duro de una computadora.

5.3. El Mensaje de Datos en la legislación venezolana

Tomando como sinónimos los términos mensaje de datos y documento electrónico, la LMDFE regula estas nociones de forma similar a la del derecho comparado. Así puede apreciarse de sólo un par de ejemplos, a través de dos leyes similares en sus textos:

La Ley Modelo UNCITRAL define al Mensaje de Datos como “la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”²¹⁵.

En Colombia, la Ley Número 527 del 18 de agosto de 1999, lo hace idénticamente (a manera de préstamo legal, puede decirse), así: es “La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”²¹⁶.

²¹⁴ Real Decreto 263/1996, España, 16/02/1996.

²¹⁵ Ley Modelo UNCITRAL, 2.000.

²¹⁶ Ley Número 527, Colombia, 18/08/1999.

Por su parte, la ley venezolana que regula los Mensajes de Datos resulta equívoca, incompleta y contradictoria, razón por la cual debería ser revisada, básicamente porque induce a la indefensión y atenta contra el debido proceso.

En cuanto a las partes interesadas o involucradas con el Mensaje de Datos, se prevén dos figuras (artículo 2):

- a) El emisor, que es definido como la persona que origina el Mensaje de Datos, sea por sí mismo o mediante un tercero autorizado.
- b) El destinatario, que es la persona a quien va dirigido el Mensaje de Datos.

Queda en una suerte de limbo jurídico la figura del usuario, definida como cualquier persona que utilice algún sistema de información y que no siempre es el destinatario (el llamado internauta). Cabe entender que se refiere a cualquier persona, natural o jurídica, incluidos el emisor y el destinatario. La ley legitima a cualquier tercero en la configuración de un Mensaje de Datos, con base en el artículo 8, que dice: “toda persona podrá recurrir a los servicios de un tercero para dar cumplimiento a los requisitos señalados en este artículo”²¹⁷. Se refiere al almacenaje de la información.

El articulado de la ley que alude a los mensajes de datos confunde el documento electrónico en sentido genérico con los contratos electrónicos, que son una variedad del documento electrónico. Prevé que “las partes” puedan acordar un procedimiento para establecer cuándo el Mensaje de Datos proviene realmente del Emisor y que, a falta de tal acuerdo, se presuma tal circunstancia cuando haya sido enviado por el mismo Emisor, por la persona por él autorizada o mediante un sistema de información programado o autorizado, también por el mismo Emisor (artículo 9). Puede apreciarse cómo la norma toma, como supuesto, que las partes puedan celebrar un contrato para remitir un Mensaje de Datos, por un lado; y por el otro, que el procedimiento de la remisión del mensaje se centra en una mera presunción concebida unilateralmente por el Emisor del Mensaje, sin consideración alguna al receptor o Destinatario.

²¹⁷ Artículo 8 de la ley de Mensajes, Datos y Firmas Electrónicas (2006).

La referencia al acuerdo entre partes se repite en otras normas, al emplearse expresiones como “salvo acuerdo en contrario entre las partes” (artículo 10) o, en igual sentido, como “salvo acuerdo en contrario entre el Emisor y el Destinatario” (artículo 11). También se prevé que “las partes podrán acordar los mecanismos y métodos para el acuse de recibo de un Mensaje de Datos” (artículo 14) y por último, que “en la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medios de Mensajes de Datos” (artículo 15)²¹⁸.

Esta concepción contractual de las relaciones electrónicas presenta problemas prácticos y jurídicos, por las siguientes razones:

- Solamente serían válidas cuando medie un contrato entre personas que hayan suscrito previamente un acuerdo que contemple la regulación del Mensaje de Datos. Por consiguiente, no sería aplicable cuando los sujetos realicen negocios jurídicos a través de redes abiertas y entre personas desconocidas; mucho menos cuando se trate de instrumentos de carácter unilateral.
- La eficacia jurídica de los acuerdos entre esas partes estará limitada a ellas mismas, sin que le puedan ser opuestas a terceras personas.
- No queda clara la validez ni el alcance de ese tipo de pactos, a la luz de la normativa que sirve de marco a los elementos esenciales a la existencia y validez de los contratos, porque la orientación es hacia la plena autonomía de la voluntad contractual. En efecto, las partes quedarían dotadas para crear cualquier procedimiento para la remisión del Mensaje de Datos. Es sabido que los requisitos formales de los contratos no son disponibles por las partes, lo cual no significa que este tipo de contratos no sea viable o conveniente, pero sí, que requieren de la debida regulación que permita la atribución de la necesaria eficacia jurídica para no dejar a las partes en una suerte de *regulación a la carta*.
- Se prevé la posibilidad de que las partes puedan establecer de mutuo acuerdo cuándo el Mensaje de Datos proviene del Emisor (artículo 9

²¹⁸ Artículos 10, 11, 14 y 15 de la Ley de Mensajes, Datos y Firmas Electrónicas (2006).

LMDFE), que no es más que una expresión del principio de la autonomía de la voluntad de las partes; pero cuando haya consenso, se plantean presunciones acerca del Emisor sin que quede claro si se trata de una presunción *iuris tantum* o se trata de una enumeración taxativa sobre el propio Emisor, un autorizado suyo o “un sistema de información” programado y autorizado por el Emisor, que es una expresión confusa.

5.3.1. Principios especiales aplicables

Si la LMDFE trata el tema de los Mensajes de Datos como si solamente se tratara de la contratación electrónica, se requiere que el propio Estado regule debidamente los efectos jurídicos de las comunicaciones electrónicas. A tal efecto, no han de olvidarse los parámetros que ya han sido creados por el derecho comparado, que, por ende, van conformándose como reglas de aplicación consensuada por la gran mayoría de los países, con el respectivo alcance internacional. Dentro de tales principios generales se encuentran estos:

- a) El de la *equivalencia funcional* de los actos electrónicos frente a los autógrafos o manuales, que permite equiparar la función jurídica asignada a los instrumentos signados de forma escrita o autógrafa, con la que corresponde a la instrumentación electrónica, transmitida mediante un Mensaje de Datos, independientemente del contenido, dimensión y alcance del acto así instrumentado.
- b) El principio de la *neutralidad tecnológica*, que permite la ampliación hacia cualquier manifestación técnica que conduzca al establecimiento de la veracidad jurídica, pero también dentro del campo de la razonabilidad. Dice Cruz Rivero, basándose en los postulados de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (LMCE española) que:

(...) según este principio, y considerando que la firma electrónica es simplemente el medio electrónico idóneo para sustituir a la firma tradicional, resulta irrelevante la tecnología empleada para firmar el mensaje. De esta forma, se conjuga la necesaria estabilidad del ordenamiento jurídico con los continuos avances técnicos, causantes de

la rápida obsolescencia de las medidas de seguridad y la aparición de otras nuevas²¹⁹.

De esta forma se va logrando un cierto paralelismo entre la firma tradicional y la comunicación basada en la tecnología moderna.

- c) El principio de la *buena fe*, que siempre será básico y necesario en cualquier relación humana que comporte consecuencias jurídicas. En el campo informático, este principio puede cobrar mayor relevancia, si se toma en consideración que puede presentarse una desigualdad técnica entre las partes, sea por razones de edad, de cultura, de facilidades o dificultades para el acceso a los medios informáticos, por la cercana o íntima relación que tiene la materia con el derecho a la intimidad, entre otras razones. En otras palabras, una persona más avanzada en conocimientos electrónicos tendrá una superioridad sobre quien tenga menor cultura informática; así que hay que evitar abusos o arbitrariedades, que puedan afectar la seguridad jurídica. Es algo parecido a lo que ocurre con los llamados *contratos de adhesión*.

5.3.2. El acuse de recibo

Dentro de los aciertos que tiene la LMDFE se encuentra la posibilidad de emplearse la figura del *acuse de recibo* (artículo 13).

La norma rectora del tema, condiciona los efectos jurídicos del mensaje al acuse de recibo emitido por el Destinatario del mensaje. De acuerdo con el texto, la parte que emite el mensaje depende de que el otro lo acepte para que tenga eficacia. Este condicionamiento ha sido concebido de modo unilateral. Mas adelante, la misma norma prevé que las partes establezcan un plazo para la recepción del acuse de recibo, sin la cual se tiene como no emitido el acuse de recibo, que si no es establecido, queda reputado en un plazo de veinticuatro (24) horas. No luce una redacción afortunada, por varias razones:

²¹⁹ Diego Cruz Rivero: *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica*. Madrid/Barcelona. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2006, p. 26.

- a) Deja todo el peso de la validez del documento a la figura del Destinatario del Mensaje.
- b) Sujeta la validez del Mensaje a la recepción del acuse de recibo por el mismo Emisor del Mensaje. Las interrogantes que surgen son las siguientes: ¿cómo se prueba que el mensaje fue realmente recibido? y ¿cuándo o en qué plazo se le tiene como válido?
- c) El breve plazo tácito sobre la remisión del acuse de recibo en un solo día, implica que las partes tendrían que estar permanentemente conectadas a Internet, para atender tan breve plazo. En este sentido, no ha de olvidarse que muchos contratos electrónicos se realizan a distancia, lo cual plantea a menudo que se celebren entre países ubicados en diferentes continentes, con diferencias horarias que pudieran afectar el factor tiempo para cubrir este parámetro legal.
- d) El mero recibimiento del mensaje sólo crearía un principio probatorio sobre dicha recepción, pero no sobre la aceptación de su contenido. También es factible que tal recepción se materialice por una persona diferente del destinatario, autorizado o no para acceder al respectivo correo electrónico. Esta figura es frecuente en muchas empresas, que delegan en algunos personeros el acceso a la información. De ser así, se puede hacer discutible el aspecto de la responsabilidad y de la legitimidad jurídica. Quiere decir entonces, que se requiere de una regulación clara, lo más indubitable que sea posible.
- e) Es de recordar, desde la perspectiva jurídica, que la mera recepción del documento con su acuse de recibo no determina que haya sido aceptado su contenido, sino en el mejor de los casos, que presuntamente ha sido leído por su destinatario o por alguien que ha tenido acceso a su correo electrónico, autorizado por delegación suya o no.

En opinión de Moreno Navarrete, el *acuse de recibo* es una cautela que le asegura al autor del mensaje que el documento ha sido recibido por el

destinatario²²⁰. El Modelo de Acuerdo EDI²²¹ define el acuse de recibo como “el procedimiento mediante el cual, al recibir dicho mensaje, el receptor comprueba su sintaxis y semántica y envía el correspondiente acuse de recibo”²²². Por su parte, la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico española, establece que:

(...) cuando el iniciador no haya acordado con el destinatario que el acuse de recibo se dé en alguna forma determinada o utilizando un método determinado, se podrá acusar recibo mediante: a) toda comunicación del destinatario, automatizada o no, o b) todo acto del destinatario que baste para indicar al iniciador que se ha recibido el mensaje de datos²²³.

Moreno Navarrete resume los efectos jurídicos que puede tener el acuse de recibo electrónico para hacerlo más seguro, por cuanto implica la aceptación que el documento electrónico ha sido recibido. Puntualiza que el acuse de recibo proviene de tres orígenes diferentes:

- a) Unilateral, cuando el destinatario emite el acuse de recibo a través de un medio electrónico, sin llegar a emitir su voluntad de acuerdo sobre el asunto tratado.
- b) Consensuadamente, cuando media un acuerdo entre el emisor y el receptor acerca de la comunicación cuyo acuse de recibo se pretende a través del mismo medio electrónico, quedando como un requisito a cumplir.
- c) Legal, cuando la propia norma jurídica obliga a emitir el acuse de recibo a través de la vía electrónica.

Tal vez la conclusión más importante a la que puede arribarse es la que se refiere a la necesidad de que el acuse de recibo se formalice como recibido sólo cuando las partes puedan tener acceso al mensaje. Moreno Navarrete recuerda, al respecto, que es posible que el sistema de comunicación sea programado para emitir de forma automática el acuse de recibo; sin olvidar que puede el documento llegar al correo del destinatario,

²²⁰ Miguel Á. Moreno Navarrete: *Derecho-e Derecho del Comercio Electrónico*. Madrid/Barcelona. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, pp. 141-42.

²²¹ EDI: *Electronic Data Interchange*, sistema de participación de instrumentos electrónicos que buscan garantizar la confidencialidad e integridad del mensaje, así como el emisor y el destinatario de la comunicación.

²²² Artículo 2.5 del Modelo de Acuerdo EDI.

²²³ Artículo 14.2 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico española.

pero que no sea abierto, sabiéndolo o no, que es lo mismo que recibir una carta y no abrirla.

5.4. Naturaleza de la Firma Electrónica

La firma manuscrita es, por antonomasia, la expresión más fidedigna de la aceptación del contenido de un documento, en su aspecto formal y externo. Hay otros signos que podrían cumplir un objetivo semejante, como sería la huella dactilar, pero en este caso no es lo mismo que la rúbrica legible o no. La firma electrónica representa una modalidad de identificación instrumental producto de la modernidad tecnológica, pero evidentemente no es una firma en sentido estricto ni tradicional. La doctrina ha acertado al señalar que la mera condición *electrónica* altera la naturaleza clásica de la firma.

Como se ha visto, las firmas electrónicas son instrumentos mediante los cuales una persona autentica un mensaje de datos e identifica al suscriptor, aunque éste no sea el autor real del mensaje. Aparentemente, la firma electrónica es más compleja que la de los escritos tradicionales, inclusive que un simple mensaje de datos; sin embargo, una vez configurada la firma electrónica, se produce una forma de autenticación de un documento, de forma indubitable, lo cual no sucede siempre, con una firma manuscrita. Al respecto, dice Cruz Rivero que, la firma electrónica puede tener un soporte de autenticación muy superior a la firma manuscrita, porque en el caso de las firmas electrónicas existe la seguridad de identificación certificada, empleada previamente a través de determinada técnica informática; mientras que la seguridad de los signos manuscritos puede ser muy variable, “desde una simple cruz o la consignación del nombre hasta la más compleja de las rúbricas, no obstante que se parte de la idea de que es posible una prueba caligráfica”²²⁴. De ahí que, el referido autor considera que la firma electrónica reconocida otorga un mayor grado de confianza, en el contexto probatorio, lo cual se traduce en el terreno práctico en que “es mucho más sencillo falsificar una firma manuscrita que acertar o calcular la

²²⁴ Diego Cruz Rivero: *ob. cit.*, p. 126-127.

clave privada del firmante para cifrar el mensaje”²²⁵. Por supuesto, no todos los tratadistas están de acuerdo con esta apreciación, como es el caso de Nieva Finoll, quien piensa lo contrario²²⁶. Estos enfoques diferentes lo que hacen es ratificar la complejidad del tema, al menos desde la perspectiva probatoria.

En síntesis, la firma electrónica es un código asignado individualmente a una persona, el cual queda asociado con ésta y viceversa. Desde la perspectiva de los objetivos que persiguen, hay una similitud entre la firma manuscrita y la electrónica. En este último caso, no se trata de rasgos emanados de la mano del autor, sino que consiste en un código alfanumérico que no tiene nada que ver con la caligrafía. Claro que en ambos casos existe la posibilidad de una falsificación, pero su establecimiento, aunque en ambos casos corresponde a expertos, exige diferentes conocimientos, en un caso los grafotécnicos y en el segundo de los informáticos. En este sentido, considerando que en el documento tradicional el soporte es un papel, mientras que en el electrónico es de naturaleza magnética u óptica, parece más difícil detectar una alteración física en este último tipo de soportes. Precisamente, este tipo de dificultades es lo que viene a resolver la firma electrónica. Ésta permite conectar el contenido del mensaje fijado en el documento con la firma que ha sido registrada o consignada formalmente.

En el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE), de fecha 19 de enero de 2000, la Directiva del Consejo y del Parlamento Europeo estableció un marco comunitario para fijar el objetivo de la firma electrónica, que quedó redactado con este texto:

La presente Directiva tiene por finalidad facilitar el uso de la firma electrónica y a contribuir a su reconocimiento jurídico. La presente Directiva crea un marco jurídico para la firma electrónica y para determinados servicios de certificación con el fin de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. La presente Directiva no regula otros aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existan requisitos de

²²⁵ Diego Cruz Rivero: *ob. cit.*, p. 126-127.

²²⁶ Jorge Nieva Finoll: *La prueba en documento multimedia en la Ley Española 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*; en Revista de Derecho Probatorio N° 13, Director: Jesús Eduardo Cabrera Romero. Ediciones Homero, Caracas, 2003. p. 479-480.

forma establecidos en las legislaciones nacionales o comunitaria, ni afectan a las normas y límites, contenidos en las legislaciones nacionales o comunitarias, que rigen el uso de documentos²²⁷.

Sin embargo, todavía no puede considerarse que la firma electrónica haya sido admitida inequívocamente como la fórmula para dotar de seguridad jurídica plena al documento electrónico. Según Moreno Navarrete²²⁸, la Directiva del Parlamento Europeo tiene la vocación de divulgar el uso de la firma electrónica, pero el principal obstáculo para su desarrollo es la *inseguridad jurídica* que produce en los usuarios de las transacciones electrónicas, razón por la cual se hace necesaria la acreditación de proveedores de servicios de certificación que estén legitimados para autenticar las firmas electrónicas, de manera que se vaya produciendo la confianza necesaria en los usuarios que, a su vez, genere seguridad jurídica a los justiciables. Así, se llega a la conclusión de que, de todas las opciones creadas hasta el momento, la figura principal es la firma electrónica.

El procedimiento de equiparación de los mensajes electrónicos con los documentos de soporte tradicional se ha conocido como *definition strategy*. En los Estados Unidos de Norteamérica, el tratamiento de la firma electrónica ha sido más flexible que en otros países. En todo caso, se le considera como un medio de autenticación del mensaje electrónico. Tal vez la razón sea que en Norteamérica la jurisprudencia ha ido facilitando esa flexibilidad, de modo que cada vez se produce menos incertidumbre en relación con la firma electrónica y, sin que ello signifique una equivalencia con los medios firmados, cada vez más se le va equiparando funcionalmente con la firma manuscrita.

5.5. Tipos de Firmas Electrónicas: simple y avanzada

Partiendo de la base de que la firma es utilizada como medio de atribución de la autoría de cualquier instrumento, no hay duda de que

²²⁷ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE), 19/01/2000.

²²⁸ Miguel A. Moreno Navarrete: *La prueba documental. Estudio Histórico-Jurídico y Dogmático*. Madrid/Barcelona. Marcial Pons, 2001, pp. 390-392.

también es el medio más frecuente para prestar un consentimiento o declaración de voluntad, que permite la determinación de su autor. De esta forma, se establece el nexo jurídico entre una persona y un texto con repercusiones jurídicas.

Cuando la firma electrónica utilizada cumple con determinados requisitos de garantía, acreditación y verificación, así como con la expedición de un certificado reconocido, se considera conformada la firma electrónica, ya que se hace constar quién es el signatario del mensaje, vale decir, el titular de la firma electrónica, a quien se asocia el contenido de ese mensaje. Este procedimiento es el que podría identificarse como una firma electrónica simple. En realidad, desde la esencia probatoria, lo que se genera con la firma simple es una presunción de veracidad del documento, basado en los principios de la equivalencia funcional, de la buena fe y de la no discriminación, en razón de que el texto documental debe constar en un soporte, aunque no sea de papel. Quien no confíe, tendrá la carga probatoria de desvirtuar el medio probatorio contra la presunción (*iuris tantum*) de validez jurídica de la firma electrónica, tarea por cierto nada sencilla.

Hay países como España, donde además de la firma electrónica simple, existe la llamada firma avanzada, que es considerada de mayor nivel en la escala de reconocimiento de la validez jurídica. A la firma electrónica avanzada se le atribuye el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los datos consignados en un soporte de papel, es admisible en juicio como una prueba documental, de modo que no se le tiene como una presunción, sino como un instrumento expresamente reputado como tal. Cabe considerar esta opción como una prueba preconstituida. Quien pretenda negar los efectos jurídicos de esta firma, tendrá que probar su falta de valor probatorio, al contrario de cualquier otro caso relacionado con el documento electrónico, en cuyo caso, de existir contradicción entre las partes, la parte que lo aportó y por ende alega su veracidad, tiene la carga probatoria.

La firma electrónica avanzada es definida por la Ley de Firmas Electrónicas española (LEF) como:

la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere ya que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control²²⁹.

Cruz Rivero explica que con la firma avanzada se da un mayor grado de seguridad jurídica al mensaje, porque permite identificar realmente al firmante, otorgándole mayor fiabilidad y, por tanto, una seguridad análoga a la firma manuscrita. A tal efecto, se utiliza un sistema digital asimétrico, que le permite al firmante la capacidad de utilizar su firma, salvaguardando la confidencialidad de la clave cifrada. De esta forma, el emisor crea la firma aplicando la clave privada sobre el documento o sobre una *huella digital* sobre ese documento y la envía junto con el mensaje. En contrapartida, el receptor puede verificar la firma aplicándole la clave pública, que le permite verificar que esa firma es la misma que ha sido creada mediante la clave privada. Al respecto, ha de entenderse que el titular de la clave la ha custodiado debidamente, podemos decir que como un buen padre de familia, de modo que no debería existir objeción alguna para atribuirle veracidad a un mensaje de datos que haya sido transmitido así. A la vez, dado que el receptor tiene la posibilidad de aplicarle la clave pública al mensaje, puede verificar que no ha habido alteración en el documento, dejando en claro que el texto enviado es el mismo recibido. Si se trata del recurso de la *huella digital*, el receptor podrá hacer coincidir dicha huella con el resultado de la descodificación de la firma²³⁰.

Ahora bien, como existe el riesgo de que se creen o utilicen identidades falsas, que produzcan un fraude electrónico, siempre será necesaria la intervención de un prestador de servicios de certificación, que garantice de la forma más segura posible, que el titular de la firma es la misma persona que dice serlo. Es la mejor forma de asignarle eficacia al mensaje, con la consiguiente seguridad técnica y jurídica que comporta. Por tal motivo, el prestador de servicios de certificación debe cumplir una serie de

²²⁹ Artículo 3.2 de la Ley de Firmas Electrónicas española.

²³⁰ Diego Cruz Rivero: *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica*. Madrid/Barcelona. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2006, pp.156-157.

requisitos que lo tornen idóneo para este cometido; sólo así se complementará el aval probatorio que se requiere.

5.6. La Firma Electrónica en la legislación venezolana: deficiencias legislativas

Asentadas algunas nociones internacionales básicas sobre la firma electrónica, corresponde la revisión del capítulo venezolano. Por el momento, las regulaciones legislativas sobre la firma electrónica están contempladas en dos leyes: el Decreto con fuerza de Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (10 de febrero de 2001) y la Ley de Registro Público y del Notariado (LRPN, 2006) que derogó la ley que había entrado en vigencia en 2001. Ambas leyes lucen desarticuladas entre sí en cuanto al tema del documento electrónico. En algunos casos, sus disposiciones llegan a ser contradictorias o, cuando menos, incompletas. A continuación, se tratan por separado ambas leyes, desde la perspectiva probatoria.

5.6.1. La Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas y las complicaciones que plantea en el tema probatorio

En cuanto a la firma electrónica, la ley rectora es la LMDFE (artículo 2), que contempla tres condiciones para que la firma electrónica pueda llegar a tener validez y eficacia probatoria, equivalente a la firma autógrafa (documento privado en el caso más elemental), según puede inferirse del artículo 16:

1. Garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse sólo una vez y, asegurar razonablemente, su confidencialidad.
2. Ofrecer seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento.
3. No alterar la integridad del Mensaje de Datos²³¹.

Como puede apreciarse, la norma se refiere a los objetivos perseguidos por la firma electrónica más que a los requisitos que

²³¹ Artículo 16 de la ley de Mensajes, Datos y Firmas Electrónicas (2001).

propiamente tendría que cubrir. Tampoco la ley se pronuncia sobre alguna de las modalidades internacionales que han sido concebidas sobre la firma electrónica, que se distinguen de acuerdo con las variables tecnológicas que pueden utilizarse. De los requisitos transcritos, dado el texto tan genérico, no se desprende inequívocamente que se equipare con la llamada *firma electrónica avanzada*, caracterizada porque permite la identificación del firmante, pero además, detectar cualquier cambio posterior sobre los datos ya que, una vez creada, solamente el firmante puede tener su control exclusivo. En este aspecto, la disposición analizada tan solo se acerca a la noción de ese tipo de firma en cuanto exige que se ofrezca seguridad de que no puede ser tecnológicamente falsificada y que no se altere la integridad del mensaje. Tales características operan también para la firma electrónica simple.

El segmento que la ley dedica a la regulación de las firmas electrónicas (Capítulo IV) luce concebido con una escasa técnica legislativa, al menos para el aspecto probatorio. La normativa le atribuye a la firma electrónica *la misma eficacia probatoria que la ley le otorga a la firma autógrafa*, siempre que cumpla los tres objetivos señalados y esté certificada por un Proveedor de Servicios de Certificación (artículo 18); pero que de no ser así, se establece la posibilidad de valorarlo de acuerdo con las reglas de la sana crítica (artículo 17). El texto de la ley parece una inadecuada copia de algunas legislaciones foráneas. Las interrogantes y confusiones que produce semejante articulado merecen una profusa revisión, al extremo de que parece más sencillo derogar esta ley y reemplazarla por otra, más clara y moderna, acorde con los avances propios del comienzo de la segunda década del siglo XXI. Es oportuno observar que los poderes públicos en Venezuela lucen tomados por la política, sin que la Asamblea Nacional sea una excepción; así que la atención que requieren los cambios legislativos no han sido atendidos debidamente por los hacedores de las leyes. La regulación informática es uno de esos casos desatendidos.

En países como España, la prueba electrónica ha sido concebida como un medio de prueba autónomo, mientras que en Venezuela los

documentos electrónicos se tienen como meros mensajes de datos y en el campo probatorio su regulación en la LMDFE no es más que una mezcla de criterios que se excluyen recíprocamente. Veamos:

- a) Tienen la misma eficacia probatoria que los documentos escritos (primera parte del artículo 4);
- b) Su tramitación, desde la promoción hasta la evacuación, se procesa como si se tratara de una prueba libre (renglón seguido de la primera parte del artículo 4);
- c) Si la información del mensaje es reproducida en un formato impreso (papel), se le atribuye la misma eficacia probatoria que una copia o reproducción fotostática (segunda parte de la misma norma).
- d) Si se trata de una firma electrónica, se le asigna la misma validez y eficacia que una firma autógrafa (artículo 16).
- e) Si no cumple los requisitos exigidos para configurar una firma electrónica, no tiene la equivalencia de una firma autógrafa, pero “puede constituir un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica” (artículo 17).
- f) Más adelante se verá que, por su parte, la LRPN establece que todos los asientos e informaciones registrales contenidos y emanados oficialmente del sistema registral surtirán todos los efectos jurídicos que corresponden a los documentos públicos (artículo 27). En aparente correspondencia con esta disposición, otra norma de la misma ley (artículo 24) dice que la firma electrónica de los registradores y notarios tienen la misma validez y eficacia probatoria “que la ley otorga”, sin que en el resto de la ley se regule o mencione el tema de la firma electrónica que pueda emanar de estos funcionarios públicos.

El legislador venezolano contemporáneo no ha tomado en serio la complejidad de la prueba documental con su variedad moderna, sobre la llamada prueba informática, extendida al documento multimedia y al área científica.

La prueba informática también puede enmarcarse dentro de las pruebas preconstituidas, como parte de la prueba documental que es, caracterizada por contener presunciones *iuris tantum*, que como tales, pudieran ser atacadas especialmente, porque se configuran fuera del proceso y con base en una serie de signos técnicos que, adicionalmente, pudieran conducir a considerarlos también como pruebas atípicas. Sólo en este caso se comprendería que el legislador haya prescrito para la valoración de la prueba informática el sistema propio de la prueba libre, cuando a la vez la equipara con los documentos.

A tal efecto, cuando la LMDFE se refiere a la *firma autógrafa*, habría que entender que se trata de la firma manuscrita que se utiliza tradicionalmente para certificar el consentimiento y la autoría sobre un instrumento, cuando el firmante plasma sus trazas personales o grafológicas que lo distinguen de las demás personas. Su equivalencia está en la firma digital, que corresponde a la variedad tecnológica para identificar un documento, pero en lugar de utilizarse la mano del autor, se emplea la tecnología basada en la criptografía, que requiere de la consiguiente validación de su parte. Así que, de lo que se trata, es de una ficción legislativa que pretende trasladar la firma digital a una equivalencia formal con la firma autógrafa.

5.6.1.1. Las reproducciones

En cuanto al tema de las copias o reproducciones, éste resulta más complejo. Por documento original se ha entendido al documento primigenio, esto es, el primer documento que contiene una información, aunque puede tratarse de varios originales, como ocurre con los contratos que se suscriben en mas de un original por primera y única vez, sobre el mismo acto. A partir de ese documento original, los duplicados exactos son copias, incluyendo las que se obtienen a través de una oficina pública legitimada para certificar dicho original como tal. Es el caso de los registros, las notarías y los tribunales, por ejemplo. Pero en cuanto a los documentos electrónicos, la

doctrina generalizada considera que ese concepto de original no le es aplicable, por lo siguiente:

1. Solamente puede haber un original que no permite copias propiamente, sino reproducciones idénticas, porque su contenido está almacenado en un soporte único e intangible que no debe alterarse, ya que entonces dejaría de ser tal original, para convertirse en otro original con su respectiva modificación. Cuando se transmiten los datos o la información del original electrónico, lo que se produce es la movilización remota del documento que está guardado en ese soporte electrónico, pero como es inmaterial en su esencia, no puede existir más que un original, en modo, tiempo y en espacio.
2. Como consecuencia de lo anterior, cualquier materialización o representación del texto almacenado en el soporte magnético o electrónico, según el caso, es una copia del original, que puede reproducirse indefinidamente con el mismo valor probatorio, porque todas las reproducciones serán idénticas.

Autores como Cruz Rivero y Scaveola consideran que “toda copia es una reproducción y supone indispensablemente la existencia del correspondiente modelo”²³². Se argumenta que, cuando existe la certeza sobre el contenido de la copia, es porque es idéntica al original y entonces difícilmente podrán distinguirse por definición. Del mismo modo, consideran que así como el documento electrónico puede ser adulterado, el tradicional en original también. Es un tema muy discutido. Hay quienes también sostienen que, a diferencia de lo que ocurre con el documento tradicional, en el caso de los documentos electrónicos no es posible diferenciar entre original y copia; en tanto que otros sostienen que siempre es posible hablar de documento original (master) y de sus copias, normalmente obtenidas a través del soporte de papel, mediante su impresión o reproducción.

En la legislación adjetiva venezolana, lo que marca la pauta para atribuirle valor probatorio a cualquier copia, es que no haya sido impugnada en forma alguna por la contraparte. De haber sido así, sea a través de un

²³² Cruz Rivero: ob.Cit.

desconocimiento o de una tacha de falsedad, se requiere que un juez competente le haya atribuido validez a la firma del recaudo impugnado, que produce entonces la presunción *juris* sobre la veracidad del contenido (artículo 429 CPC). Cualquiera de las partes le puede pedir al juez, y éste puede proceder de oficio también, para obtener copias o reproducciones de cualquier especie, que requieran medios, instrumentos o procedimientos mecánicos (artículo 502 CPC).

En suma, el factor que le va a dar crédito probatorio a un documento electrónico, además del soporte, depende de cómo se le aporte al juicio, en cuanto sea viable el control de la prueba y conlleve o no a su reconocimiento, expreso o tácitamente, voluntaria o judicialmente.

La LMDFE resulta tan precaria en cuanto al tema probatorio, que prácticamente, no hace diferencia entre los efectos que produce un simple Mensaje de Datos y una Firma Electrónica. En el primer caso, se le asigna genéricamente la misma eficacia probatoria que a los documentos escritos, vale decir, es equiparable cuando menos, con un instrumento privado. En el otro caso, la Firma Electrónica tiene la misma eficacia probatoria que corresponde a los documentos firmados autográficamente, con lo cual queda también equiparado, en principio, con un documento privado (artículo 18); no obstante que emane de la certificación de un Proveedor de Servicios de Certificación. Esta concepción representa un contrasentido y un desestímulo para que se recurra a las certificaciones electrónicas como medio de imprimirle certeza al instrumento electrónico.

Las precedentes observaciones conducen a la conclusión de que la LMDFE adolece de una deficiente técnica legislativa y no cubre el propósito que motiva la creación de cualquier norma jurídica. Cuando eso sucede, el Poder Legislativo no logra solventar la problemática que estaba llamado a resolver a través de la regulación que le corresponde; y, por supuesto, no se logra atender en toda su dimensión, el fenómeno social que estaba llamado a cubrir. Por lo tanto, tampoco se da respuesta a la paz social que ha de tener como misión pública.

Siendo así, no queda otra alternativa que acudir a la previsión del artículo 4 del Código Civil, conforme al cual:

A la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. Cuando no hubiere disposición precisa de la ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho²³³.

En el presente caso, se tiene que en la LMDFE existen normas expresas dirigidas a la regulación de los documentos electrónicos a través de los mensajes de datos, pero que resultan tan contradictorias sus normas elementales que requieren de la interpretación jurisprudencial, doctrinaria y analógica, conforme a la orientación de la disposición transcrita del Código Civil, como parte de la llamada hermenéutica jurídica.

5.6.2. Valoración de la prueba informática: sana crítica y máximas de experiencia.

Ante los vacíos normativos sobre la regulación de la prueba electrónica, uno de los aspectos que cobra más importancia, es la figura del juez en su labor de juzgamiento. Dejando de lado las disquisiciones que se presentan entre la naturaleza de la prueba informática, sea que se le considere como una prueba tarifada o legal o como una prueba libre, lo más importante es el tema de la valoración de la prueba, que como ha quedado establecido expresamente, requiere la aplicación de las reglas de la sana crítica. En el campo de la valoración de la prueba electrónica, dada su naturaleza, más que una conveniencia es una necesidad recurrir a la sana crítica. De esta expresión se dice mucho, pero a menudo su alcance se comprende poco. Las reglas de la sana crítica se encuentran expresamente consagradas en algunos códigos procesales latinoamericanos, como es el caso de Argentina, Chile, Colombia y Venezuela.

El sistema de la libre valoración de la prueba del juez, como igual se le denomina a las reglas de la sana crítica, o también sistema de libre

²³³ Artículo 4 del Código Civil venezolano.

convicción o de apreciación razonada, surge originariamente en contrapartida metodológica con el sistema de la tarifa legal. Consiste en la libertad que tiene el juez para valorar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia, que son aplicables al caso de acuerdo con su criterio personal. En suma, la llamada libre convicción encuadra en el método de la *sana crítica racional*, que atiende a los principios y valores jurídicos que no vinculan al juez con las reglas tasadas de la prueba y que se extienden más a la mera lógica, a la consideración de elementos de naturaleza psicológica, sociológica y a la experiencia científica, y no solamente en el campo filosófico. Es parte del criterio del juez, que lo aleja de la arbitrariedad. Y es parte también de la tutela judicial efectiva. En el terreno de la valoración de la prueba informática, las reglas de la sana crítica son particularmente útiles, porque como queda demostrado en los análisis precedentes, se trata de una prueba difícil dentro del marco de las llamadas *difficilioris probationes*, lo mismo que ocurre con las pruebas contradictorias o con la prueba indiciaria.

Vale la pena destacar aquí la expresión de Stein acerca de la libre valoración de la prueba, cuando dijo que por este medio se “ha desligado al juez de las ataduras que antiguamente le impedían poner todo el tesoro de su experiencia de la vida al servicio de la averiguación de la verdad”²³⁴. Stein también realizó un estudio -todavía vigente y útil para el tema que se analiza- sobre las máximas de experiencia. Habría que partir de la hipótesis de que no es lo mismo la seguridad jurídica que la seguridad técnica. En el caso de la prueba informática, el juez puede valorar aspectos asequibles a su conocimiento como ser humano, que no técnico en la materia, pero nada le impide valerse de los dictámenes de un perito informático para completar aquellos conocimientos que escapan de su experticia, para valorarlos como cualquier ser humano dotado de lógica y discernimiento.

Stein se planteó en su obra la distinción que existe entre las máximas de experiencia que se conocen generalmente y aquellas que solamente son conocidas por círculos reducidos gracias a *conocimientos técnicos específicos*, como son los que pertenecen a determinada arte o ciencia. Los

²³⁴ Friedrich Stein: *El conocimiento privado del juez*. Bogotá. Editorial Temis, 1988, pp. 27-41.

primeros pueden coincidir con los llamados *hechos notorios*, en cuanto se trata de conocimientos universalmente conocidos, que están al alcance de un número indeterminado de personas, sea por percepción o por comunicación: que la nieve es blanca no deja de ser así aunque haya verano. En cambio, los hechos no notorios son conocidos por un número determinado de individuos. Por lo tanto, concluye Stein que “no hay absolutamente ninguna máxima de experiencia que no sea notoria”. Es de esta forma como llega a la conclusión de que “aún en los conocimientos técnicos específicos no se trata de un conocimiento puramente individual, sino de un saber general y fungible”. No hay jurídicamente ninguna diferencia entre la valoración de un hecho conforme a la tarifa legal y las máximas de experiencia en cuanto a la relatividad de su valoración de parte del juez; vale decir, aportan el mismo nivel de seguridad jurídica en cuanto son aplicadas por un ser humano, como es el juez de la causa. Como agrega Stein, “no son más que valores aproximativos respecto de la verdad, y como tales, sólo tienen vigencia en la medida en que nuevos casos observados no muestren que la formulación de la regla empleada entonces era falsa”²³⁵.

Taruffo²³⁶ ha reinterpretado más recientemente el alcance de las máximas de experiencia y explica que pueden emplearse aquellas que resulten confirmadas por conocimientos científicos o que se basen en frecuencias estadísticas verificadas.

En definitiva, la experiencia está asociada con el sentido común, pues el hombre medio obra con base en su experiencia o la de otros y el juez se entiende representativo de un nivel medio o alto de la sociedad, quien acumula datos y conocimientos elementales o superiores, que le permiten tomar sus decisiones, entendiéndolo que son el resultado de años de preparación. Tal vez no responderá siempre a verdades axiomáticas, pero sí a valores muy aproximados a la verdad. De ahí la importancia en la selección de los jueces, con base en su preparación jurídica, a sus estudios, pero también a su probidad personal, a la trayectoria de su vida.

²³⁵ Friedrich Stein: *El conocimiento privado del juez*. Bogotá. Editorial Temis, 1988, pp. 27-41.

²³⁶ Michele, Taruffo: *Páginas sobre Justicia Civil. Proceso y Derecho*. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, Buenos Aires; 2009, p.452

Todos estos prolegómenos se conjugan con la función integradora del concepto de *sana crítica*. Hoy día, a la luz de los avances tecnológicos, no podría concebirse que un juez permanezca sin adaptarse a los cambios que tales producen, desde los efectos de la mundialización de la sociedad, la ciencia, el comercio y también el derecho. Los operadores de los tribunales deben alcanzar un grado de conocimiento suficiente en materia informática, especialmente en el manejo de la tarea probatoria, dadas sus dificultades de implementación y aportamiento a los procesos. En tal sentido, los jueces deben actualizarse en todas las ciencias del conocimiento que se articulen con los medios informáticos. Para cumplir con semejante cometido, será esencial la aplicación de las máximas de experiencia, junto con las reglas de la sana crítica.

Si se aplica la interpretación que precede y se le adminicula con los principios de neutralidad y transferencia, podría explicarse el sentido, propósito y razón de LMDFE, que parece haberse inspirado - a manera de préstamo legislativo- en la legislación española (artículo 24.3 Ley de firmas Electrónicas), cuando se refiere a las *garantías razonables*, que se enmarcan dentro de los elementos de integridad y seguridad del mensaje de datos electrónico. Sin embargo, no resultan aparente ni suficientemente claros estos postulados, porque se sustentan en criterios subjetivos y relativos, que solo pueden admitirse así, precisamente, porque la prueba informática tiene rasgos de atipicidad y complejidad. Es por eso que puede decirse que se trata de una prueba inacabada todavía, que responde a variables multifactoriales, que no se corresponden integralmente con los clásicos medios probatorios que conforman el elenco de las pruebas legales. Esto también explica que los modernos códigos procesales apuntan cada vez más a sobreponer las reglas de la sana crítica por los cánones más rígidos que caracterizan a las pruebas tasadas.

Es así como se presenta una *seguridad razonable*, que no por ello impide cubrir los requisitos formales tradicionales, a través de sus *equivalentes funcionales*. Es tiempo de cambiar la mentalidad jurídica, al igual que cambian los eventos científicos y tecnológicos. Puede partirse de la

base de que, sería peor correr el riesgo de dejar en indefensión a los justiciables por no introducir las modificaciones que se imponen y se articulan con el resto del mundo. Por consiguiente, se impone la necesidad de implementar un nuevo sistema probatorio, que contribuya a prever y sancionar los fraudes procesales que resulten de las transmisiones informáticas. En fin, si bien la firma electrónica no produce una seguridad jurídica plena, resulta hasta ahora, el mejor medio para lograr la certeza probatoria que se persigue. Progresivamente, se irán masificando los centros de certificación electrónica, los que se utilizarán a semejanza de lo que ha venido ocurriendo hasta ahora con los registros y notarías tradicionales.

5.6.3. La Ley de Registro Público y del Notariado (2006)

Para abordar complementariamente el tema de la firma electrónica, además de otros aspectos relacionados con los medios electrónicos, se dictó un Decreto Presidencial (de fecha 13 de noviembre de 2001) contentivo de la Ley de Registro Público y del Notariado, que quedó derogado por otra ley con el mismo nombre, pero esta vez emanado de la Asamblea Nacional (22 de diciembre de 2006).

Esta ley declara que su finalidad, según su artículo 2, es garantizar la seguridad jurídica, la libertad contractual y el principio de legalidad de los actos o negocios jurídicos, bienes y derechos reales, a cuyo efecto “se aplicarán los mecanismos y la utilización de los medios electrónicos consagrados por la ley”²³⁷. En tal sentido, la ley establece que el sistema registral venezolano debe almacenarse en una base de datos (artículo 31), a partir de la cual se ratifica el *principio de publicidad*, previéndose a tal fin, mecanismos como la digitalización de todos los soportes físicos (artículos 23 y 32). En relación con la regulación de la firma electrónica y el valor probatorio de los documentos asentados en los registros y notarías, se concluye de lo siguiente:

²³⁷ Artículo 2 de la Ley de Registro Público y del Notariado (2006).

- Se prevé que los registradores y notarios dispongan de una firma electrónica que “tendrá la validez y eficacia probatoria que la ley le otorga”²³⁸; así de escueta es la norma. Con semejante regulación, sólo caben las inferencias subjetivas. En primer lugar, parece que el legislador ha confundido la firma electrónica a que se contrae la LMDFE con la firma asentada en la base de datos de registros y notarías mediante la digitalización del documento, que no es lo mismo que una firma electrónica propiamente tal. Y, en segundo término, cabe interpretar que esta ley legitima a los registradores y notarios para que puedan operar también como entidades certificadoras de firmas electrónicas. Sin embargo, la norma no es clara, ni expresa su alcance.
- La ley le confiere a todos los asientos del sistema registral, los mismos efectos que le corresponden a los documentos públicos. En cuanto a los notarios, la ley dispone que “tienen la potestad de dar fe pública de los hechos o actos jurídicos ocurridos en su presencia física o a través de medios electrónicos, indicando en este último caso, los instrumentos mediante los cuales se le otorga presunción de certeza al acto”²³⁹.

Esta normativa plantea una seria contradicción entre la LMDFE y la LRPN sobre ambos temas. Cuando se hace referencia a la firma electrónica de los registradores y notarios, no se aclara si es que se hace referencia a las llamadas *ciber notarías*, o si se trata de que los documentos otorgados o acaso remitidos formalmente a un registro o notaría adquieren valor de fe pública por el mero trámite efectuado ante tales funcionarios. En todo caso, si se parte de la hipótesis de que los registros y las notarías pueden o deben funcionar como Proveedores de Servicios de Certificación, a que se refiere el Capítulo VI de la LMDFE, ha de entenderse entonces que tendrían que cumplir con los requisitos necesarios para su constitución y registro como tales.

²³⁸ Artículo 24 de la Ley de Registro Público y del Notariado (2006).

²³⁹ Artículo 27 de la Ley de Registro Público y del Notariado (2006).

De otra parte, mientras la LMDFE le atribuye al documento electrónico el valor probatorio equivalente a un documento privado, en el mejor de los casos, la LRPN le confiere equivalencia a los documentos públicos, en el caso de los registradores, atribuyéndole fe pública con presunción de certeza, en el caso de los notarios. Tales previsiones legales tampoco concuerdan con la disposición que remite la eficacia probatoria que tendría la firma electrónica emanada de un registrador o notario a la que otorgue la ley (artículo 24). Surge entonces la interrogante de si la ley, dentro de semejante confusión, es la LMDFE o el Código de Procedimiento Civil. Al menos la derogada LRPN (del 2001) era más clara cuando establecía que la firma electrónica de los registradores y los notarios tendría la misma eficacia probatoria que la ley le otorga a la firma autógrafa (ex artículo 5). La nueva ley entonces (2006), suprime aquella expresión y la reemplaza por la eficacia probatoria que la ley otorga y establece que los asientos e informaciones registrales contenidos y emanados oficialmente del sistema registral, surtirán todos los efectos jurídicos que corresponden a los documentos públicos²⁴⁰, plantea que la referencia a *la ley*, puede ser la propia LRPN. De ser así, ambas normas entrarían en conflicto; por consiguiente, debería ser el Tribunal Supremo de Justicia, en sede de Sala Constitucional, la que aclare y ordene los conflictos legislativos que se presentan. La Asamblea Nacional tendrá que cumplir con su misión de uniformar la ley.

La problemática que precede ha de conducir irremediabilmente al replanteamiento de la autenticidad que corresponde a los documentos electrónicos, de acuerdo con las previsiones legales que corresponden al derecho positivo venezolano, según se apreciará seguidamente.

5.6.3.1. La autenticidad del documento electrónico

Es inevitable reiterar ahora que el documento electrónico tiene una serie de características especiales en relación con el documento escrito tradicional. La naturaleza física de los documentos escritos en soporte de papel y la de los documentos electrónicos es diferente. En el primer caso, la

²⁴⁰ *Íbidem*, artículo 27.

existencia física es evidentemente apreciable por cualquier ser humano, mientras en el caso de los instrumentos electrónicos es necesario disponer de un equipo computarizado. Tampoco es exactamente lo mismo un documento electrónico que otro elaborado a través de una computadora que se imprime en un soporte de papel.

El asunto de la autenticidad de los documentos, por consecuencia, también varía entre ambos tipos de documentos. En el tradicional documento recogido en un papel, siempre habrá un original, aunque sea emitido en duplicado o más ejemplares del mismo documento que se suscribió en un momento determinado, con un valor probatorio equivalente. En el caso de los documentos electrónicos, no puede diferenciarse propiamente un original de una copia porque solo hay un original posible y las impresiones son copias en papel. En estricto sentido, siempre habrá una elaboración primaria que queda asentada en la llamada memoria RAM, que queda grabada en el disco duro de la computadora y puede regrabarse en otro disco duro, *pen drive*, *diskette* u otro dispositivo, pero es sabido lo sencillo que resulta modificarlo, sin que quede evidencia ostensible de tal modificación, solamente queda la evidencia del último texto guardado. Claro que existe la posibilidad de que el documento establezca expresamente que es el original o también una copia y en manos de quién se entrega, como también cabe la opción de entregar un *diskette* o CD bajo depósito de un Notario o de un tercero, para el caso de requerirse o ser consensuado. Al efecto, la LRPN (artículo 77) prevé que los notarios pueden expedir copias certificadas o simples de todos los documentos y asientos que reposen en sus oficinas y que pueden expedir copias de documentos originales a través de procedimientos electrónicos u otros medios semejantes de reproducción.

Por eso se dice que lo importante realmente con el instrumento electrónico es su autenticidad en términos de verosimilitud, más que la originalidad del documento, esto es, la certidumbre del instrumento, que es lo que le da autenticidad. De cualquier forma, se aplica al documento informático la norma genérica que rige en materia de carga probatoria, conforme a la cual “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 que ha producido la extinción de su obligación”²⁴¹. Siendo así y, considerando la naturaleza y la dinámica de la contratación electrónica, lo aconsejable es que se tomen todas las precauciones y recursos que doten de certeza a la documentación que instrumente este tipo de relación jurídica, para cumplir con el principio de seguridad jurídica que le brinde la debida autenticidad. Concretamente, la Firma Electrónica le confiere al Mensaje la misma validez y eficacia probatoria que legalmente se le asigna a la firma autógrafa (artículo 16 LMDFE), y complementariamente, ha quedado establecido que “los Certificados Electrónicos proporcionados por los Proveedores de Servicios de Certificación garantizarán la validez de las Firmas Electrónicas que certifiquen y la titularidad que sobre ellas tengan sus Signatarios”²⁴².

Por consiguiente, las partes pueden darle autenticidad a un documento electrónico mediante su expreso reconocimiento, de forma espontánea, o mediante la certificación de un Notario -materia que está por desarrollarse debidamente- como también puede producirse un reconocimiento indirecto cuando no sea rechazado, una vez que le haya sido opuesto en juicio por la otra parte. Pero además, como se ha referido ya, la admisión de un documento electrónico puede provenir (por no estar prohibido y haberse consagrado la libertad probatoria sobre la materia), a través de medios probatorios complementarios, como la confesión (posiciones juradas); la prueba testimonial, a través de la declaración de terceros que hayan presenciado cualquiera de los hechos controvertidos relacionados con el proceso que se ventile, sea porque lo hayan manipulado o porque hayan presenciado su elaboración; la experticia o dictamen de peritos, que pueden ser necesarios o determinantes en ciertos casos, cuando su concurso se requiera para verificar el contenido y autenticidad del documento electrónico e informático.

²⁴¹ Artículo 1.354 del Código Civil venezolano.

²⁴² Artículo 34 de la ley de Mensajes, Datos y Firmas Electrónicas.

Por su naturaleza técnica, se estará en presencia de hechos que pueden hacer conveniente la pericia científica de técnicos en la materia, que cabe llamar *peritos electrónicos*. Cuando se dude de la autenticidad de un documento electrónico, es evidente que se requerirá de la prueba pericial, la cual debe ser realizada por tal experto informático en comunicaciones, quien puede estar en capacidad de establecer la titularidad del documento y si se han producido alteraciones, según el caso. Sin duda que la experticia sería apreciada por el juez conforme a las reglas de la sana crítica; en el caso del reconocimiento judicial, habría que dejar constancia de las características del documento electrónico de que se trate como proveniente de determinada computadora, programa o sistema para su elaboración y así determinar si ha sido objeto de manipulaciones o adulteraciones. No debe confundirse con la inspección judicial. Si se trata de presunciones, éstas no deben descartarse como medio indiciario o supletorio de prueba²⁴³.

Esta situación puede encontrar su explicación en un análisis de Cabrera Romero, cuando afirmó que:

En Venezuela, autenticidad no es sinónimo de fe pública, y si lo es, estamos en presencia de una división dentro de la fe pública, de un cisma en cuanto a la manera de enervarla. Los documentos auténticos que merecen fe pública normalmente pueden ser impugnados por la vía de la tacha de falsedad, ya que la Ley así lo señala expresamente; mientras que los otros auténticos, sobre los cuales la Ley calla como se enervan y que emanan de funcionarios que carecen de la facultad de otorgar fe pública, podrán ser atacados por prueba en contrario, sin necesidad de acudir a la tacha²⁴⁴.

El tema de la autenticación de los documentos en Venezuela ha creado una interesante polémica doctrinaria entre Cabrera Romero y Rengel Romberg, pasando también por el análisis de Brewer Carías, al cual Rengel Romberg también critica por considerar que:

éste cae sin darse cuenta, en la confusión que denuncia, al pretender aplicar a esa materia de derecho positivo venezolano, la doctrina sobre

²⁴³ Rómulo Velandia Ponce: *Los contratos electrónicos: el futuro ha llegado*; en *Temas de Derecho Civil, Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley, Colección Homenaje, N° 14*. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 797-798.

²⁴⁴ Jesús Eduardo Cabrera Romero: *Los documentos privados auténticos. Los documentos privados simples y sus copias certificadas emitidas por orden judicial*; en *El documento público y privado*. Caracas. Ediciones Fabreton, pp. 434-436.

documentos y derecho notarial del eminente jurista y notario español Rafael Núñez Lagos, sin tomar en cuenta nuestra ley positiva²⁴⁵.

Para Rengel Romberg, tanto los documentos autorizados por un Registrador como los autorizados por un Notario, son documentos públicos, porque son los funcionarios que le dan autenticidad al documento, independientemente de que sea presentado originariamente ante el Registrador o que lo sea con posterioridad a su autenticación ante un Notario, de modo que el documento público y el auténtico son expresiones sinónimas, de acuerdo a lo pautado por el artículo 1.357 del Código Civil²⁴⁶.

En cuanto al documento electrónico, el aporte más interesante que resulta del referido criterio de Cabrera Romero, es que puede tomarse como equivalente para explicar que hay funcionarios públicos que no dotan de fe pública al contenido del instrumento sino a la fecha de su emisión. Quedó explicado con el ejemplo de lo que ocurre con el telegrafista, quien es un funcionario público competente para comprobar la identidad del remitente y hacerla constar, como lo previene el propio Código Civil (artículo 1375). Bajo esta concepción, la declaración del telegrafista es auténtica en tanto que viene certificada por un funcionario público autorizado expresa y legalmente para ese fin, pero a su dicho no se le atribuye fe pública, por manera que no tienen que ser impugnados a través de la tacha de falsedad basada en causales taxativas, sino que se admite libremente cualquier prueba en contrario. En estos casos, la firma que ha quedado autenticada legalmente merece la aplicación de las disposiciones previstas para los documentos privados. También puede aplicarse al caso del documento electrónico.

5.6.3.2. La nueva función de los registros y notarías ante el sistema informático

A partir de la nueva LRPN, las funciones de los registros y notarías públicas quedan prácticamente equiparadas en cuanto a su legitimidad para asignarle efectos de *fe pública* a los instrumentos otorgados ante sus

²⁴⁵ Aristides Rengel Romberg: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Volumen IV. Caracas. Editorial Arte, 1997, p.140.

²⁴⁶ Aristides Rengel Romberg: *...op.cit.*, p.140

funcionarios, pero sólo sobre cosas muebles. La ley establece que todos los soportes físicos, tanto de registros como de notaría, deben digitalizarse y transferirse a la respectiva base de datos (artículo 23), y que la firma electrónica de ambos funcionarios tiene la misma eficacia probatoria (artículo 24). La única diferenciación que se desprende del propio texto legal, es que asigna sólo a los registradores la *misión* de garantizar frente a terceros la seguridad jurídica de los actos y derechos inscritos, a través de la publicidad registral (artículo 25) y que sus asientos e información surten los mismos efectos que corresponden a los *documentos públicos* (artículo 27) ²⁴⁷. Esta diferencia se explica porque los registradores tienen a su cargo la inscripción de las operaciones sobre los bienes inmuebles, a cuyo efecto disponen de los respectivos protocolos, disponibles para cualquier interesado; y, como cada inscripción inmobiliaria ha de efectuarse en la correspondiente circunscripción territorial del lugar de ubicación del bien, la publicidad registral queda garantizada. En estos casos, se adiciona también el recurso del *folio real*, para acreditar todo el historial público de los inmuebles (artículo 34), al cual se hace referencia más adelante.

Se impone la necesidad de concebir un sistema que le permita a registros y notaría obtener beneficios propios de la agilidad que los medios electrónicos llevan consigo y que no se limiten a su consagración en el texto legal como si se tratara de *letra muerta*. Los beneficios se extenderán a la colectividad. Es claramente factible que los registradores y notarios actúen como prestadores de servicios de certificación electrónica, confiriendo fe pública a la identidad de los otorgantes, la capacidad de los sujetos intervinientes y el contenido del mensaje electrónico. Puede darse la intervención de más de un registro o notaría, cuando se trate de actos cuyas partes se encuentren ubicadas en diferentes territorios. De esta forma, los notarios pueden actuar como emisarios del correo electrónico, dando fe del consentimiento sobre el contenido del documento, además de la identificación de las partes, como efecto de una *neutralidad legal*.

²⁴⁷ Los notarios pueden dar fe pública a los actos jurídicos que hayan presenciado a través de medios electrónicos (Artículo 69, LRPN).

Durante años, muchos países se han dedicado a desarrollar un proceso de reformas legales y técnicas que simplifiquen, agilicen y abaraten los servicios de los trámites registrales. Dentro de los avances que han logrado se encuentran dos: la apertura al público a través de Internet y la admisión de la presentación de documentos a través de la vía telemática mediante la firma digital. Tales avances ya se han hecho realidad en países como España, sobre todo en el campo del registro mercantil y el registro civil de la propiedad. Como se ha visto, en el caso venezolano, la LRPN se ha pronunciado oficialmente sobre ambos temas, pero hasta el momento no cuenta con el debido desarrollo tecnológico, institucional ni humano para implementar sus postulados, mucho menos cuando las disposiciones normativas no han sido completadas todavía.

Con la informatización de los archivos registrales, una vez consolidada la base de datos respectiva, la población tendría acceso inmediato y remoto a su contenido, por medio de Internet. Cualquier interesado tendrá acceso inmediato a cualquier información almacenada en esas oficinas. Por ejemplo, será factible que se conozca en tiempo real desde cualquier computadora, la constitución de una sociedad mercantil, su duración, capital social, los accionistas, los balances y los administradores y representantes de estas entidades.

Un aspecto que sí ha cubierto claramente la nueva LRPN (artículo 34) es el relativo al registro de los bienes inmuebles, su asentamiento y seguimiento, a través de la figura llamada *sistema de Folio Real*. De esta manera, los asientos electrónicos registrales se dirigen sobre esos bienes y no sobre sus propietarios (folio personal, donde no existían levantamientos catastrales). De esta forma, la orientación de esta figura está dirigida a asentar, resumidamente, a través de medios mecánicos o automatizados, todas las operaciones sujetas a inscripción registral, a su tradición legal, a sus cargas y gravámenes. Es una reorientación de lo que se ha conocido tradicionalmente como *notas marginales*, que ahora deben llevarse electrónicamente, con acceso a todo público, ubicable precisamente, a través del número del folio real que corresponda al bien de que se trate.

5.7. La fidelidad de la Firma Electrónica y los proveedores de certificación

En casi todos los países, Venezuela incluida (2001), se concibe la figura de los proveedores de servicios de certificación o autoridades de certificación, que son las personas físicas o jurídicas que expiden certificados electrónicos para garantizar la validez de las firmas electrónicas y la titularidad del emisor del mensaje de datos.

Los proveedores de servicios de certificación deben cumplir con una serie de requisitos intrínsecos y extrínsecos, que en el caso venezolano, determinará que sean acreditados por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (SUSCERTE), la cual está concebida como un instituto administrativo autónomo, dependiente del Ministerio de Ciencia y Tecnología²⁴⁸ (LMDFE, artículo 20). Llama la atención, que la vigente Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación (2005) no contiene ninguna disposición expresa acerca de este servicio autónomo.

Dentro de los requisitos extrínsecos que deben cubrir los proveedores, se encuentra el de disponer de suficiente capacidad patrimonial para prestar los servicios previstos, además de capacidad técnica para proveer los certificados de un sistema informativo de libre acceso y permanente actualización y de la emisión de certificados, entre otros más (artículo 31 LMDFE).

En cuanto a los requisitos intrínsecos, están el otorgamiento, suspensión o revocatoria de los certificados electrónicos; y, por otra parte, ofrecer los servicios de archivo de las firmas electrónicas certificadas y de conservación de los mensajes de datos, entre otros (artículo 34 *eiusdem*).

Los proveedores han sido concebidos como funcionarios prestadores de un servicio público, llamados a garantizar la integridad del mensaje certificado, en términos de validez, vigencia y legalidad de dichos mensajes. Contradictoriamente, la LMDFE ha establecido que “el certificado electrónico no confiere autenticidad o fe pública que conforme a la ley otorguen los funcionarios públicos a los actos, documentos y certificaciones que con tal

²⁴⁸ Actualmente, Ministerio del Poder Popular para Ciencia, Tecnología e Industrias Intermedias.

carácter suscriban”²⁴⁹. Siendo así, el certificado electrónico no puede considerarse en sí mismo como un instrumento autenticador. Cabe entonces la interrogante acerca de cuál es la importancia y el valor probatorio que la LMDFE le otorga a los certificados expedidos por los proveedores electrónicos, ya que, en dicho texto, no se le asigna expresamente ninguno.

En el caso español, en cambio, la concepción es diferente y útil, porque la finalidad del certificado está concebida para acreditar o dar fiabilidad a la firma electrónica. Dice Moreno Navarrete que:

El registro de las informaciones relativas a los certificados reconocidos de firma electrónica tiene como principal finalidad la disponibilidad para la prueba tanto judicial como extrajudicial de sus declaraciones al igual que los documentos escritos registrados en la Administración o en el libro de protocolos de un notario. Dado que consideramos a la autoridad de certificación en el “rol” del notario a dicho registro lo podemos denominar “protocolo electrónico”²⁵⁰.

Hay diferencias con el capítulo venezolano. Si los certificadores están legitimados para vincular al autor del mensaje con su transmisión y la firma electrónica, resulta inexplicable que la propia ley niegue expresamente la autenticidad que debería corresponderle. Los certificadores no son funcionarios públicos como tales, pero no cabe duda de que sus actividades han de producir los efectos jurídicos que corresponden a entes que por ley deben cumplir una serie de requisitos formales para dar fe de la autenticidad de los mensajes electrónicos sometidos a su escrutinio; de manera que si no son concebidos como funcionarios públicos, sí prestan un servicio al público que debe merecerles la consiguiente confianza y reconocimiento jurídico. En este caso, la ley marco se ha quedado en el anacronismo; a diferencia del caso español, que trasciende a equiparar al proveedor del certificado con un notario.

Además, existe una Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, que exige al certificador cumplir con una serie de requisitos técnicos y económicos en resguardo de la confiabilidad del proceso de certificación electrónica. La ley solo deja una laguna en materia probatoria.

²⁴⁹ Artículo 38 de la LMDFE

²⁵⁰ Miguel A. Moreno Navarrete: *La prueba documental. Estudio Histórico-Jurídico y Dogmático*. Madrid-Barcelona. Marcial Pons, 2001, p. 397.

Legisló negativamente, para establecer lo que el certificado electrónico no es, pero no determinó lo que sí representa instrumentalmente. Es cuando surge otra interrogante: ¿por qué crear tantos requisitos para constituir a los proveedores de servicios de certificación y por qué se les exige cumplir con tantas obligaciones, como la de mantener archivados los mensajes electrónicos y pedirles garantías, si por otra parte no se les confiere ninguna cualidad como fedatarios de las actuaciones que están certificando? Y por último, la limitante a que se hace referencia desestimula, tanto a los usuarios como a los potenciales interesados a constituirse como proveedores de certificación, tornándose contraproducente para que proliferen este tipo de entidades.

La previsión legal en Venezuela no es autóctona, pero tampoco se inserta debidamente dentro de los textos internacionales precedentes, que han legislado para incluir al documento electrónico en el sistema probatorio nacional, sea como una prueba autónoma o como subtipo de la instrumental debidamente regulada.

La Directiva Comunitaria de la Unión Europea siguió la tradición anglosajona sobre la figura del *proveedor de servicios de certificación* (DOCE, 2000). Para asignarle mayor o menor fiabilidad, se distingue entre la firma electrónica simple y la firma electrónica avanzada. Expresamente, la Directiva Comunitaria (artículo 5-1) recomienda a los Estados miembros que procuren recurrir a la firma electrónica avanzada, que se basa en un certificado reconocido por un dispositivo seguro de creación de firmas. De esta manera, se verifica la relación que debe existir entre una firma y los datos configurados en forma electrónica. Esto es semejante con el modo en que opera una firma manuscrita en relación con los datos plasmados en papel. Siendo así, ambos casos deben ser admitidos como medios probatorios en sede jurisdiccional.

En complementación, esa Directiva dispuso (artículo 5-2) que los Estados miembros deben velar para que no se niegue a la firma electrónica, ni su eficacia jurídica ni su admisibilidad, como prueba en los procedimientos judiciales, por el hecho de que se presente electrónicamente.

Dentro de la variedad de firmas electrónicas, se tienen las que van desde escaneada e incorporada a un documento electrónico, hasta la firma digital de clave asimétrica, considerada como la más segura. En la práctica, es común que se generen confusiones entre la firma digital y la electrónica, cuando la primera es un subtipo de la segunda, pero no el único. Cada una ofrece diferentes grados de garantía y seguridad en cuanto a la integridad, identidad, autenticación y no repudio del mensaje, elementos que, a la vez, se traducen en la mayor o menor eficacia jurídica que les corresponda. Del catálogo posible, el documento firmado electrónicamente a través de un proveedor de certificación de la firma, debidamente acreditado, debe merecer la mayor eficacia jurídica posible, de modo que el certificado electrónico que expida pueda hacerse valer en un juicio.

En el caso venezolano, los proveedores están legalmente controlados por la mencionada Superintendencia. En caso que se planteara en juicio una impugnación documental de parte del contrario, que sería el caso más grave cuando se alegue una alteración no autorizada del mensaje, el proveedor queda sujeto a sanciones administrativas, civiles y penales, que son, en definitiva, una forma de control que en sede judicial pueden utilizar los justiciables para protegerse de la utilización indebida de los medios tecnológicos de que se dispone. Por consiguiente, no debería negársele eficacia jurídica a una firma electrónica, lo cual es un contrasentido en el contexto de la LMDFE, cuando por una parte, ésta le asigna el mismo valor probatorio que una prueba escrita (artículo 4) y por la otra, no le confiere valor probatorio expreso a la firma electrónica certificada por un proveedor de servicios de certificación (artículo 38). Esto implica que quedará a las alegaciones de las partes y a la interpretación de los jueces la eficacia probatoria correspondiente.

En conclusión, las firmas electrónicas son un equivalente de la firma tradicional, aunque no sean exactos los efectos que producen. Claro que, las firmas electrónicas reconocidas generan una mayor seguridad jurídica y pueden llegar a sustituir el requisito formal de la tradicional firma manuscrita. Así, con la utilización de una firma electrónica reconocida, se obtiene la

garantía funcional de que el firmante aparente y el firmante real coinciden en la misma persona, esto es, que el titular de los datos del mensaje es quien realmente ha creado la firma. Empero, en la práctica, no deja de ser una *presunción iuris*.

Efectivamente, al igual que ocurre con la firma manuscrita, en el caso de la electrónica no se produce, necesariamente, la garantía indubitable de la identidad del firmante. Del mismo modo que la firma caligráfica no tiene que ser ciertamente de quien aparece suscribiendo el documento, puede darse la firma electrónica insegura. Lo que caracteriza a la firma como medio de autenticación es que su necesidad para que pueda darse por concluido un documento. Con el acto de la firma se genera la presunción de que el contenido del documento es la expresión de su firmante, de modo que quedan vinculados instrumento y signatario.

La firma manuscrita puede ser adulterada y, zanjados los cuestionamientos acerca de su legitimidad, a través de la prueba del cotejo o de la experticia grafotécnica, se llega a establecer en sede judicial, la coincidencia entre la identidad del firmante y la autoría de la declaración. Sin embargo, tal prueba caligráfica no es posible en el caso de la firma electrónica, puesto que no existe técnicamente una vinculación personal intrínseca entre la firma y el firmante. De ahí que, el valor probatorio de la firma electrónica merezca fe en la medida que brinde la mayor seguridad posible y que no sea desvirtuada técnicamente, lo cual no es sencillo y puede requerir del auxilio pericial en ciertos casos. Por consiguiente, la participación de los proveedores de certificación de firmas electrónicas constituye un medio de acercamiento a la veracidad, vale decir, a la seguridad que debe tener la firma electrónica para que ésta produzca efectos como prueba documental.

5.7.1. Responsabilidad de los certificadores de las firmas electrónicas

Los Proveedores de Servicios de certificación garantizan la existencia de los certificados electrónicos sobre determinada firma electrónica. De esta manera, el firmante crea la firma aplicando una clave privada sobre el

documento que se va a certificar. El Proveedor de Servicios dispone de un código de identificación que le es asignado por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica. Cada Certificado Electrónico debe llevar un serial único de identificación. De ahí, que se constituyan en verdaderos fedatarios públicos del acto jurídico que se otorga en su presencia. La LMDFE tiene prevista una responsabilidad especial para los proveedores de servicios de certificación, que constituye, a su vez, una protección jurídica para los usuarios del servicio. Bajo tales responsabilidades, pueden quedar inhabilitados en caso de incumplimiento de sus deberes, sin quedar civilmente exentos de las responsabilidades exigibles de acuerdo con las normas generales de la culpa contractual y extracontractual, según el caso.

Sobre esta materia, cabe la aplicación de la figura conocida doctrinariamente como la *unidad de la culpa civil*. Si bien es cierto que en algunas ocasiones no es fácil distinguir -en casos como el analizado- entre el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad, se entiende que aquí, la responsabilidad es contractual en caso de incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales asumidas por el proveedor de servicios de certificación y el titular del certificado electrónico; mientras que la responsabilidad es extracontractual en relación con los terceros que resulten afectados por las transmisiones, negociaciones o transacciones que se realicen a través de una firma electrónica procesada bajo la intermediación de un proveedor de servicios informáticos.

La LMDFE (artículo 45) concibe para los proveedores electrónicos sanciones fiscales, consistentes en multas que oscilan entre quinientas unidades tributarias (500 U.T.) y dos mil unidades tributarias (2000 U.T.), cuando se incumpla con alguna de las obligaciones previstas por esa ley (artículo 35), las cuales se incrementan hasta cinco mil unidades tributarias (5000 U.T.) para aquellos sujetos que presten el servicio sin la debida acreditación por parte de la Superintendencia de Servicios de Certificación (artículo 48). La ley prevé el tema de la responsabilidad y la culpa a través de atenuantes y agravantes (artículo 46), como ocurre por ejemplo con la causal

de atenuante derivada de “no haber tenido la intención de causar el hecho imputado de tanta gravedad”. Agrega la norma que, en estos casos “se apreciará el grado de la culpa para agravar o atenuar la pena”²⁵¹.

5.7.2. Conclusiones sobre la fidelidad probatoria de los certificados electrónicos

El análisis sobre la fidelidad de los certificados electrónicos, como el resto de la prueba electrónica, confirma de nuevo que es un asunto complejo. Entre otras razones, porque puede ser fácil adulterar el mensaje electrónico, esto es, que se pueda falsear el contenido del instrumento; y, además que se pueda afectar la intimidad de la transmisión, sin que tampoco sea sencillo establecer su forjamiento con recursos que sí existen en los documentos tradicionales, como es la grafología de la firma escriturada. Pero tales dificultades no pueden llevar a su negación. Sólo resta la superación del concepto de la prueba tradicional a través de la evolución que amerita esta materia, como una expresión de la última generación del derecho procesal, introducida por la modernidad tecnológica.

Ya procesalistas visionarios advirtieron sobre estos cambios desde hace algún tiempo, como ha sido el caso de Nieva Finoll en España y de Rengel Romberg en Venezuela. El primero, aportó un trabajo sobre el documento multimedia, el cual incluyó la firma electrónica que se transmite a través de las computadoras y destacó la afectación que este tipo de instrumentos tiene sobre la seguridad jurídica, razón por la cual es necesario tutelarlos, a través de la utilización de algunas técnicas, como el clásico código “PIN” (*personal identification number*) de cuatro dígitos y la encriptación (codificación del documento para que lo vea solamente quien dispone de una clave) del contenido del documento que se hace llegar al destinatario del mensaje. Esta sería una vía para garantizar tanto la identidad de los contratantes como la integridad del documento. Alertó Rengel sobre la posibilidad de que un tercero pudiera utilizar indebidamente la firma, si por ejemplo el usuario no la ha guardado bien o si alguien observó y

²⁵¹ Artículo 46 de la ley de Mensajes, Datos y Firmas Electrónicas (2006).

subrepticamente, tomó la clave de otro para utilizarla. Si la entidad certificadora almacena los datos de la firma y accede a ella indebidamente, el riesgo siempre está presente²⁵².

Nieva Finoll²⁵³ se refirió también a la posibilidad de utilizar otros medios para la autenticación de la identidad de un documento electrónico, pero sin que todavía puedan considerarse suficientemente confiables, como es el caso de la biometría, que cada vez más supera la fase experimental para utilizarse con relativa frecuencia, y que:

consiste en la identificación automática de personas a través de rasgos físicos de la propia persona, tales como manchas de iris, las huellas dactilares o incluso la mano sin necesidad de pruebas periciales dactiloscópicas, la tipología de tejidos, los análisis de ADN, etc. También se está ensayando, con cierto éxito, mecanismos que reconocen la voz de la persona²⁵⁴.

En el caso de Rengel Romberg²⁵⁵, se adelantó en su tiempo a la referencia sobre el tema, cuando expresó que:

Resulta difícil aislar un medio de prueba innominado que no se encuentre incluido entre los medios expresamente contemplados por las leyes, o que no tenga alguna semejanza con éstas. Sobre todo ahora, que el nuevo código ha incluido entre los admisibles en el juicio civil, no sólo a los medios tradicionales previstos en el Código Civil y en otras leyes de la República, sino también, otros que la moderna ciencia informática, o informática jurídica, ha venido poniendo a disposición de la administración de justicia, entre ellos: radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos, la representación mecánica de documentos, las reproducciones o grabaciones fotográficas, fonográficas y cinematográficas; las pericias técnicas y experimentos, y en general la reconstrucción o reproducción de hechos y circunstancias que requieren el empleo de medios, instrumentos o procedimientos mecánicos o científicos.

²⁵² Jordi Nieva Finoll: "La prueba en documento multimedia en la Ley Española 1/2000 de Enjuiciamiento Civil". *Revista de Derecho Probatorio*, N° 13. Caracas. Ediciones Homero, 2003, pp. 451-453; en Rómulo Velandia Ponce *Los contratos electrónicos: el futuro ha llegado*; en *Temas de Derecho Civil, Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley, Colección Homenaje*, N° 14. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 793-794.

²⁵³ En Caracas, por ejemplo, el Colegio "Santo Tomás de Villanueva" controla la asistencia y la jornada laboral de su personal a través de la proyección de la mano del trabajador, previamente registrada, en un equipo de computación.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 793-794

²⁵⁵ Aristides Rengel Romberg: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Tomo III. Caracas. Editorial Ex Libris, 1991, pp. 324; en Rómulo Velandia Ponce: *Los contratos electrónicos: el futuro ha llegado*; en *Temas de Derecho Civil, Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley, Colección Homenaje*, N° 14. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 792-793.

En definitiva, el documento electrónico, como prueba informática, forma parte del derecho a la prueba que tiene todo justiciable como elemento fundamental, que se desprende del derecho a la defensa, de modo que su negativa o limitación sin pertinencia puede conducir a la figura de la indefensión, sin que signifique que exista un derecho ilimitado en la tramitación de la prueba. Lo importante es que se verifiquen concurrentemente tres requisitos:

- a) Que se trate de una prueba pertinente para el objeto de la pretensión que se ventila;
- b) Que se proponga en el tiempo y modo procesalmente establecido para la tipología de la prueba; y,
- c) Que sea relevante para la decisión del litigio.

Consecuentemente, la prueba debe ser lícitamente obtenida, porque de lo contrario, sería radicalmente nula.

La proliferación y la importancia del documento electrónico, unido a las dificultades probatorias que produce, debido a su complejidad y a las facilidades de su adulteración, hacen aconsejable la instauración de servicios de control encargados a terceros confiables que le confieran la debida autenticidad al documento. Se les ha llamado *centros de compensación* o proveedores electrónicos, que en algunas legislaciones han sido concebidos como notaría electrónica.

Estas instituciones están directamente vinculadas con la firma electrónica y los llamados *criptosistemas* de clave pública, que al otorgar un certificado, le dan fe de veracidad a la emisión del mensaje electrónico, lo cual se traduce en seguridad jurídica porque evitan la duplicación del documento.

Este tipo de servicios producen confianza porque validan al emisor y al destinatario del mensaje, a través de la certeza de la fecha y del contenido del mensaje. De esta forma, los usuarios pueden reducir su preocupación acerca de la incertidumbre que producen las comunicaciones electrónicas, ya que al conectarse con el centro servidor de compensación, éste le distribuye de forma segura la información, garantizándole la identificación y el mensaje

del remitente. Hata ahora en Venezuela, no ha sido debidamente desarrollado este servicio, no obstante su expresa previsión legal.

Nuestro país tampoco dispone todavía de una legislación avanzada para proteger a los usuarios de las redes informáticas, ni de los recursos humanos, administrativos y judiciales suficientemente capacitados para el abordaje del trámite probatorio del caso. A su diferencia, países como España cuentan con un ordenamiento procesal avanzado para cubrir la materia. A tal efecto, dispone de una Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (LSSICE), además de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que cubre sus eventuales vacíos, especialmente en asuntos de comercio electrónico.

Ya se dijo que los proveedores de mensajes electrónicos certificados, conforme a su ley especial, tienen como misión la creación de firmas electrónicas, además de archivarlas o conservarlas y garantizar que la validez de dichas firmas sea certificada bajo la titularidad de quienes las emitan; pero no pueden reputarse como si se tratara de documentos autenticados por ante una notaría pública ordinaria. Siendo así, tienen limitada legalmente su validez, a semejanza de la explicación que se dio sobre el telegrama.

Otra interrogante es si los Proveedores de Certificación de Firmas Electrónicas son funcionarios públicos. Se parte de una respuesta negativa, si se aprecia que el proveedor, a la luz de la LMDFE, es cualquier tercero que cumpla los requisitos que exige la ley (artículo 31) y es acreditado como tal por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (artículo 32). Por tanto, nunca alcanzará el mismo rango que el notario público como tal, cuyo nombramiento está a cargo del Ministro de Interior y Justicia, previa titularidad resultante de un concurso de oposición (LRPN, artículo 68). Pero como fue asentado, están sometidos a una serie de sanciones en caso de responsabilidad por incumplimiento de sus obligaciones, lo cual les asigna, cuando menos, el carácter de un funcionario auxiliar.

El Proveedor resulta así un fedatario de la fecha de emisión del mensaje de datos, pero no se involucra con su contenido, ya que lo recibe

previamente elaborado, de modo que no presencia necesariamente su elaboración, sino que, a semejanza de lo que ocurre con el telegrafista, solamente da fe de la identificación del emisor y de la fecha cuando se remite el mensaje. Por todas esas razones, el Certificado Electrónico no confiere autenticidad equivalente a la que dotan los funcionarios públicos legitimados legalmente para los documentos tradicionales. De ahí que la posibilidad de la tacha de falsedad se tenga que asimilar con la del documento privado.

5.7.3. La Superintendencia (SUSCERTE) en la actualidad venezolana

A más de una década de su creación, la SUSCERTE solamente ha certificado a dos proveedores: uno privado (denominado “PROCERT”) y otro del Estado, manejado por la “Fundación Instituto de Ingeniería”, la cual es un ente adscrito al Ministerio del Poder Popular para Ciencia, Tecnología e Industrias Intermedias²⁵⁶.

La SUSCERTE ha reglamentado internamente su funcionamiento mediante lo que ha denominado como Normas 22 y 27. Dicha normativa regula los requerimientos de índole técnico, económico-financiero y legal de los proveedores, así como la realización de auditorías a ser aplicadas principalmente en el ámbito técnico, para verificar las condiciones de operación del servicio que se preste. A tal efecto, utilizan como base, los parámetros establecidos en la norma internacional denominada “ISO 27001”, la cual señala los lineamientos para manejar de forma apta y segura la información de que se disponga.

Se ha fijado una tasa para obtener la acreditación como proveedor o, llegado el caso, para su renovación (equivalente para esta fecha a quinientas unidades tributarias -500 U.T.-); además de exigirse la constitución de una fianza por un mil quinientas unidades tributarias (1500 U.T.). La LMDFE (artículo 2) describe al Proveedor de Servicios de Certificación como *la persona* dedicada a proporcionar los certificados electrónicos. Al no hacer exclusión o delimitación alguna, ha de entenderse que pueden ser tales

²⁵⁶ Información obtenida en entrevista concedida el día 17-6-2011 al ab. Alejandro Del Tinto en representación del autor y colaborador en esta tesis, desde la Dirección de Registro y Acreditación de la SUSCERTE.

proveedores tanto personas naturales como jurídicas, sean éstas públicas o privadas.

En la actualidad, SUSCERTE está compuesta por tres entes, uno encargado de las prácticas y políticas de certificación, para permitir una operación efectiva de las firmas electrónicas, otro ente llamado VENCERT, encargado, por medio del Sistema Nacional de Gestión de Incidentes Telemáticos, de la prevención, detección y gestión de los incidentes que ocurran en los sistemas de información de la Administración Pública Nacional y de otros entes encargados de mantener operativas infraestructuras críticas del país; y, por último, una tercera sección, denominada CENIF, el cual opera como un laboratorio de informática forense, con el objetivo de adquirir, analizar, preservar y presentar evidencias relacionadas a las tecnologías modernas de la información, que sirve de apoyo a los cuerpos de investigación policial, al poder judicial o a otros organismos que así lo requieran.

Recientemente²⁵⁷, la SUSCERTE suscribió un acuerdo con la firma trasnacional “Microsoft”, mediante el cual éste la acredita internacionalmente como organismo proveedor para Venezuela de los Servicios de Certificación de Autenticidad y Firmas Electrónicas (el marco legal es el Certificado de Autenticidad Raíz, conocido como CoAR).

Como parte de la Certificación Electrónica que emiten los dos entes acreditados hasta el presente en el país (se les denomina Certificados CoA o de autenticidad), se han otorgado firmas electrónicas personales como la del actual presidente de la república Hugo Chávez, que permiten estampar al documento la hora cuando fueron emitidos, para así hacer el seguimiento del Tiempo en el caso de los Certificados, de las Firmas y de los Documentos. El inconveniente con los programas de documentos es precisar que sean genuinos y no producto de la llamada *piratería*, que no es más que el plagio o copia fraudulenta de éstos. Se presume que el 87% de los programas que se utilizan en el país no son genuinos o son de procedencia dudosa²⁵⁸.

²⁵⁷ Publicación realizada en el navegador de Microsoft en septiembre del año 2010. El convenio se suscribió en septiembre de 2011, Servicio de estampado de tiempo para mensajes electrónicos en Venezuela.

²⁵⁸ Información aportada por el Dr. Nelson MacQuhae, co-tutor de esta Tesis.

IV.- CONCLUSIONES

Con base en el análisis que sustenta este trabajo, contentivo de áreas históricas, conceptuales, prácticas, legales, doctrinales y jurisprudenciales, en algunos aspectos de corte crítico, se presentan las siguientes conclusiones:

1.- Con la revolución de la tecnología, la vida de los pueblos experimenta cambios radicales en su forma de vida. Ha sido parte del fenómeno de la globalización. Las barreras entre los países y sus habitantes, se han desvaneciendo progresivamente. Como es usual, ante los cambios sociales, el Derecho marcha tras los nuevos acontecimientos, porque es esencial la regulación jurídica de los conflictos que se presentan. Con el desarrollo de los avances tecnológicos, y la electrónica a la cabeza, ha surgido una nueva disciplina jurídica, que ya es mundialmente aceptada como Derecho Informático, el cual apenas comienza a desarrollarse. La evolución de la informática es tan vertiginosa, que la normativa jurídica se ha quedado evidentemente rezagada para regular la materia. Y como el desarrollo no se detiene, por consecuencia, tampoco es conveniente la creación de reglas rígidas que pronto no puedan aplicarse ante los casos nuevos, porque no hay duda de que seguirán manifestándose, a la luz de esas novedades tecnológicas. Así que los países más avanzados todavía se encuentran elaborando una doctrina legislativa, que ha de adaptarse, lo mejor posible, a esta nueva realidad, sin que pueda decirse que exista unicidad en todos los campos que cubre la electrónica. De ahí que, una salida saludable, ha sido el desarrollo de modelos internacionales, que aporten, a manera de integración, soluciones parecidas para resolver los conflictos que sobre el área se van presentando. Se procura, además, la uniformidad de las respuestas para su mejor aplicación territorial y poblacional, de la forma más extensa posible.

2.- La tendencia hacia la mundialización de la economía y de las relaciones tecnológicas, incluida la ciencia, ha ido extendiéndose subrepticamente también sobre el derecho. En el campo concreto del Derecho Procesal Comparado, tradicionalmente, los ordenamientos judiciales

en el mundo occidental, se han orientado sobre dos modelos diferentes: el del *common law* y el del *civil law*. El primero, va resolviendo las controversias básicamente a través de la evolución social, de las costumbres, si se quiere de un modo más dinámico, en el sentido de que no requiere la aplicación rígida y pre-establecida de un cuerpo normativo. El juez es más independiente, los jueces están considerados en un mismo plano, desde el punto de vista de su estatus, no obstante que existen cortes de primera y de segunda instancia, más las cortes supremas. Pero cada juez dispone de una función ampliamente creadora del derecho, porque es un juez activo, capaz de solucionar los hechos controvertidos, con la creatividad que la situación les imponga. En el caso del *civil law*, el juez es un funcionario público, dentro de una rígida estructura burocrática, quien se limita a aplicar las normas jurídicas que le han sido dictadas por el poder público. Esto lo convierte en un sentenciador pasivo, y lo compromete a la aplicación neutral de la ley a cada caso, de modo fiel y formalista. Puede decirse, incluso, que su responsabilidad está menguada por el marco que le impone la ley, para aplicarla a los casos concretos. Es claro que, en la práctica, los jueces del sistema del *civil law*, también acometen, con frecuencia, actividades interpretativas, sobre todo en aplicación del sistema de la sana crítica, en su función de valoración probatoria. Sin embargo, hasta el presente, en la gran mayoría de los países latinoamericanos, adscritos al sistema del *civil law*, son las partes las que impulsan el proceso y le marcan al juez límites, en su reducido ámbito de participación, hasta la sentencia. En la actualidad, ya son varios los ordenamientos modernos que han ido desplazando su normativa adjetiva hacia el modelo del *common law*, típico de los países anglosajones. Tal es el caso, entre otros, de Alemania, Austria, Francia y España, más recientemente.

3.- Ante la fuerza de la realidad, sustentada en los cambios que viene produciendo el desarrollo de la informática en todo el mundo, al derecho no le queda otra opción que ponerse a tono con un planeta diferente al tradicional. Al respecto, como es sabido, todos los procesos judiciales descansan sobre el tema probatorio, que es sin duda el más complejo del

trámite procesal. Siendo así, la llamada prueba informática deviene más difícil que el resto de los medios probatorios conocidos hasta el momento. Es por eso que se ha reeditado la noción de las *pruebas difíciles*, desarrollada periféricamente desde el siglo pasado, por algunos procesalistas de renombre, para referirse a aquellas fuentes y medios probatorios complicados, sea desde la perspectiva de su aportación, la evaluación o la valoración, dentro de cualquier juicio, ante su naturaleza particularmente compleja. Es aquí donde puede articularse la prueba informática, cuya expresión más común es el llamado documento electrónico. Por se le ha planteado como una *prueba difícil*, en el marco de su tratamiento jurisdiccional.

4.- La prueba electrónica es difícil por su propia naturaleza técnica, por la forma como tiene que ser creada, por la variedad de formas para su aportación a un proceso judicial, por la necesidad de recurrencia que puede tener a menudo sobre otros medios probatorios complementarios (experticia, inspección judicial, testimonial, prueba de informes, reproducciones judiciales, indicios y presunciones, para mencionar los más pertinentes), que ratifica la complejidad de tiene como medio probatorio, porque no se trata de una prueba simple. Otra de sus dificultades, pero de orden institucional, es que no existe un soporte legislativo –al menos en Venezuela-, lo suficientemente acabado e inequívoco, para dar solución a la variedad de conflictos que se presentan diariamente.

5.- Es, precisamente entonces, cuando la figura del juez se erige como la más apropiada para entender, organizar, evaluar y aplicar el entorno de los hechos y del derecho, los cuales le son aplicables a los conflictos que está llamado a resolver. El problema se agrava cuando la independencia del juez está menguada por un sistema que, bajo el principio de legalidad probatoria, le impone un comportamiento acentuadamente rígido y *privatista*, conforme al cual, las partes pueden manifestarse libremente de la manera que estimen más pertinente, pero a la vez, cada litigante afronta dificultades para el acceso, control y aportación de la prueba informática del contrario. La configuración del documento electrónico puede formar parte del derecho a la

intimidad del autor, de modo que el acceso a su almacenamiento suele comportar dificultades complementarias o diferentes a los documentos clásicos. Por otra parte, su autoría no puede establecerse con la firma autógrafa tradicionalmente identificadora de los documentos. No obstante, el juez se encuentra atado a una normativa legalista, la cual no le permite crear formas procesales a tono con la realidad de la modernidad, para desempeñar el papel que le corresponde, que no puede ser otro que utilizar todos los recursos a su alcance, para administrar justicia a la población y garantizar así la paz social.

6.- Es por lo precedente que, ante la evidencia de los cambios, la tendencia actual, en el mundo jurídico, no puede ser otra que la de confiar al juez la función de dirigir activa e integralmente el proceso, básicamente a través de soluciones creativas, rápidas, eficientes y justas, cada vez que deba resolver una controversia civil. Es necesario dejar de lado el *juez-burócrata* de otrora, propio y tal vez útil entonces, en el sistema del *civil law*, para trascender al juez gestor del proceso, dotado de iniciativas y recursos variados, libres y modernos, que le preserven la majestad de su rol estelar dentro de la vida de los pueblos. El juez civil de la modernidad electrónica tiene que evaluar las pruebas contemporáneas de naturaleza típica con base a estándares diferentes a los tradicionales, que le permitan arribar a la verosimilitud probatoria, dentro de su relatividad, de la forma más racional que le sea posible. Esta variable le exige al juzgador una mayor preparación cultural, su permanente actualización y el abandono del esquema dispositivo, para dar paso a la aplicación del principio inquisitivo en el proceso civil. Paralelamente, se plantea la responsabilidad del Estado, para que este cometido se instaure pacíficamente, con la mayor brevedad que sea posible.

7.- En el caso venezolano, durante la primera década del siglo XXI, la sociedad venezolana ha afrontado una intensa crisis nacional, caracterizada por el influjo político gubernamental sobre todos los poderes públicos del Estado, incluidos los tribunales de toda la república, que están mayoritariamente dotados de jueces provisorios, designados más por sus relaciones con el partido de gobierno que por su trayectoria profesional.

Puede decirse, que es un hecho notorio y hasta una máxima de experiencia. Esta realidad, ha influido en la vigencia de leyes que hoy día lucen vetustas, asincrónicas ante otras legislaciones del planeta e inoperantes en la práctica. De otra parte, tampoco se observan jueces dotados de instrucción y capacidad para ponerse a tono con la nueva realidad del aparato jurisdiccional.

8.- En el campo de la prueba informática, el país cuenta con una *ley marco* para regular el tema de la prueba electrónica, que es el Decreto con fuerza de Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (LMDFE), dictada por el Presidente de la República en ejercicio de una ley habilitante, (Decreto N° 1.204), el cual fue publicado en Gaceta Oficial el 28 de febrero de 2001; esto es, para esta fecha, hace más de diez años. Se trata de una ley contradictoria en forma y fondo, que adolece de la debida técnica legislativa. Básicamente, confunde las nociones más elementales que existen en derecho procesal acerca de la prueba legal y de la prueba libre. La ley mezcla, inexcusablemente, dos regímenes diferentes en su esencia procedimental, produciendo entonces mayor confusión que la misma ausencia normativa. Al menos, ante un vacío legislativo, se le permitiría mayor asidero jurídico al juez para crear formas de instrumentar las pruebas libremente, sea como pruebas atípicas o como pruebas realmente libres, bajo el sistema valorativo de la libre interpretación o reglas de la sana crítica.

9.- La LMDFE lo que hizo fue reputar al mensaje de datos electrónicos, con equivalencia al documento electrónico, en unos casos, como una prueba escrita privada, en otros, con efectos semejantes a los del documento público, o como una copia, o una reproducción fotostática, siempre que el medio tenga un formato impreso. Por otro lado, la misma ley crea los denominados *certificados electrónicos*, como expresión de las *Firmas Electrónicas*, que deben estar a cargo de entes llamados *Proveedores de Servicios de Certificación*, pero sometidos a unos requisitos y regulaciones que han conducido virtualmente a la inexistencia de tales Proveedores (se reducen apenas a dos en once años de vigencia de la ley). Dichas entidades están controladas por un “nuevo” organismo, llamado

Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, que dispone de una sede funcionarial y un personal, pero cuya operatividad es sumamente precaria todavía. Semejante realidad, al paso de más de diez años de la ley, sin que se haya producido un correctivo de la situación, evidencia que la materia no dispone de la regulación más apropiada, ni útil.

10.- Posteriormente, se dictaron dos leyes, la Ley de Registro Público y del Notariado (2006) y la Ley Orgánica de Registro Civil (2009), que pretenden mostrarse actualizadas, por hacer referencia a la informatización de sus servicios públicos, pero sin haber zanjado primero las contradicciones que se plantean con la mencionada LMDFE. Así que las lagunas jurídicas han persistido. Tampoco parece existir una preocupación judicial por dotar a los tribunales de los jueces idóneos para afrontar los dislates.

11.- La jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo de Justicia no ha cumplido hasta ahora con su misión de orientar, mediante la interpretación correcta de la confusa ley marco en materia probatoria. Las escasas sentencias dictadas reiteran el equívoco de equiparar la prueba documental, un medio probatorio legal, con la prueba libre y las pruebas atípicas. En el sistema de la prueba legal, la ley limita a las partes y al juez la facultad de elegir entre los medios de prueba predeterminados y reglamentados por ella, las reglas legales están establecidas expresamente por el legislador y se refiere sólo a algunos medios probatorios; mientras que en el sistema de la prueba libre se refiere a la libertad para elegir el medio de prueba y se valora de acuerdo con la libre convicción del juez. Ambos sistemas no pueden coexistir a la vez, ni tampoco se admite mayoritariamente un sistema mixto. Por lo tanto, el propio máximo tribunal del país se muestra inconsistente en el tratamiento judicial que le da a la probanza del documento electrónico.

12.- Los estudios investigativos del presente trabajo han pretendido emprender un esfuerzo organizativo sobre un tema cuyo afianzamiento apenas comienza. La iniciativa más elemental ha de ser la de tomar conciencia de la problemática que aqueja al mundo jurídico, especialmente al judicial, ante semejante anarquía. El tiempo transcurre, mientras ningún correctivo ni planteamiento se pone de manifiesto. Esta tesis pretende

representar un esfuerzo por asentar las contradicciones sobre que el tema produce a todos los justiciables, los que ya se han presentado y los potenciales. Las luces aportadas por legislaciones y autores foráneos han sido sumamente útiles en el análisis. Han sido recabadas, en la medida que pudieron ser decantadas, en su aplicabilidad e importancia para la hermenéutica venezolana. Se ha querido *fecundar* los aportes con figuras o instituciones distintas a las vernáculas, pero perfectamente viables, en la apertura que requiere el derecho procesal venezolano hacia la modernidad de la globalización, como es el *préstamo legislativo* y la adaptación del *precedente judicial*. Ha insuflado vigor al análisis, el apoyo, siempre vigente, de la filosofía del derecho y las esclarecedoras ideas de procesalistas y filósofos del derecho contemporáneo como Michelle Taruffo, Luigi Ferrajoli, Ronald Dworkin y J.L. Hart, y una pléyade de escritores españoles sobre la materia, para citar los más consultados.

13.- Por último, sólo resta recomendar la revisión de toda la legislación procesal venezolana, que permita colocarla en armonía con la nueva realidad del mundo en esta materia; y, por supuesto, ante el paralelismo social, económico, político y cultural que la circunda, para generalizarlo de alguna forma. Definitivamente, en ciertas áreas, el principio de legalidad se ha colocado en situación de desvanecimiento ante la supremacía del principio de seguridad jurídica y el debido proceso. Las opciones recomendables pueden ser las siguientes:

a) Regular debidamente los Mensajes de Datos, aplicando la mejor técnica legislativa posible, mediante la reforma coherente de la LMDFE;

b) Reformar el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil, para incluir la prueba informática como una prueba autónoma, en coordinación con el resto del sistema probatorio.

c) Modificar el sistema judicial para adecuarlo a las mejores tendencias en el mundo, orientadas hacia la concepción del *common law*, mediante el cual se confieren amplias facultades a los jueces para interpretar, adaptar y aplicar con la elasticidad que fuera necesaria la realidad tecnológica en sus cambios fluctuantes e incesantes, para resolver los casos.

De esta f¿manera, seodrá seguir el modelo de los *precedentes judiciales*, que en la realidad venezolana de esos tiempos ha dado por llamarse *normativa jurisprudencial*, ante los vacíos legislativos observables en las leyes recientemente concebidas en sede de la Asamblea Nacional venezolana o del Poder Ejecutivo, como resultado frecuente de la ley habilitante.

14.- No tardará mucho tiempo para que el buen legislador pase a convencerse que la prueba informática no puede continuar tratada como una suerte de híbrido probatorio, tal como la concibe la actual LMDFE y los tribunales venezolanos, sino que tiene que ser concebida como una prueba autónoma. Entre tanto, es tiempo de que los jueces honren su misión republicana de administrar justicia con probidad y competencia. Para que sea viable, el poder público deben designar los mejores juristas para coupar esos cargos. Llegará el momento de los préstamos constitucionales, legislativos y jurisprudenciales, de la consagración de los precedentes judiciales en el país; y de ese modo, terminar de ingresar debidamente en el siglo XXX.

Caracas, Junio de 2011

BIBLIOGRAFÍA

Alsina, Hugo: *Tratado de Derecho Procesal Civil*; Editar, Buenos Aires, T. III, 1963.

Aristóteles: *Política*; Libro I, Ed. Porrúa, México, 1989.

Arrieta Cuevas, Raúl: *El préstamo constitucional*; III Encuentro Latinoamericano de Postgrados en Derecho Procesal, Universidad Central de Venezuela, octubre, 2009: http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal/files/derechoprocesal/El_prestamo_constitucional.pdf

Asencio Mellado: *Proceso Civil Práctico, "La Prueba"*; tomo IV, Coordinador: Gimeno Serda, Vicente; Edit. La Ley, Madrid, 2000.

Barriuso Ruiz, Carlos: *La contratación electrónica*; Editorial Dykinson, Madrid, 2002.

Beck, Ulrich: "La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad", Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1998.

Berizonce. Roberto Omar: *El Abogado y el Juez. El Eterno Contrapunto entre los Protagonistas del Proceso*, en *Estudios iberoamericanos del derecho procesal, Libro homenaje al Dr. José Gabriel Sarmiento Sosa*; ed. Legis, Colombia, 2005.

Brewer Carías, Allan-Randolph: *Consideraciones acerca de la distinción entre documento público o auténtico, documento privado reconocido y autenticado, y documento registrado*; en *El documento Público y Privado*; Ediciones Fabreton, Caracas.

Brewer Carías, Allan y Ayala Corao, Carlos: *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", N° 7, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 1995.

Cabrera Romero, Jesús Eduardo: Algunas apuntes sobre el artículo 433 del Código de Procedimiento Civil; en *Liber Amicorum Homenaje a la obra científica y docente de José Muci Abraham*; Ed. Jurídica Venezolanas; Caracas, 1994.

Cabrera Romero, Jesús Eduardo: Los documentos privados auténticos. Los documentos privados simples y sus copias certificadas emitidas por orden judicial; en "El documento público y privado"; ediciones Fabreton, Caracas.

Cabrera Romero, Jesús Eduardo: *Contradicción y control de la prueba legal y libre*.

Carbone, Carlos Alberto: *Revisión del concepto de documento y su relación con la prueba de grabaciones*; en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año V-8, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2005.

Carnelutti, Francisco.: *Sistema de Derecho Procesal Civil*; t. II, Ed. Uthea, Buenos Aires, 1944.

Carnelutti, Francisco: *La prueba civil*; Vol. I.

Carnelutti, Francesco: *Teoría general del derecho*; Revista de Derecho Privado, Posada, Madrid, 1941.

Carrascosa López, Valentín, Pozo Arranz, Ma. A. y Rodríguez de Castro, E.P.: *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*; Editorial Comares, Granada, 2000.

Carrascosa López, Valentín: *Derecho a La Intimidad Informática*; Revista Informática y Derecho, volumen N° 1; Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro regional de Extremadura, Mérida, España 1992.

Cassese, Sabino: *El espacio jurídico global*, en *La globalización jurídica*; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid y Barcelona, 2006; p. 14 (citando a P. Boniface: *Le mode contemporain: grandes lignes de partage*, Paris, 2001).

Cervelló Grande, José María: *La prueba y el documento electrónico*; en *Derecho de Internet, contratación electrónica y firma digital*; Aranzadi Editorial, Navarra, 2000.

Chiovenda, G.: *Principios de Derecho Procesal Civil*, t. II, Ed. Reus, Madrid, 1922.

Colerio, Juan Pedro: *Pautas para una teoría del valor probatorio del documento electrónico*; en "Jurismática", Tomo 4, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993

Couture, Eduardo: *Teoría general de la prueba judicial*; Biblioteca Jurídica Dike, t.1, Bogotá.

Couture, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Editorial Desalma, 1958.

Couture. Eduardo J.: *Vocabulario Jurídico*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales; Montevideo, 1960.

- Couture, Eduardo: *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. II, ed. Depalma.
- Cuenca, Humberto: *Curso de Casación Civil*, Colección Ciencias Jurídicas, Universidad Central de Venezuela, 1980, Caracas.
- Cruz Rivero, Diego: *Eficacia formal y probatoria de la firma electrónica*; Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, Madrid/Barcelona; 2006.
- Davara Rodríguez, Miguel Ángel: “*Manual de Derecho Informático*”; Edit. Aranzadi, Pamplona, 1997.
- Devis Echandía, Hernando: *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo II: Pruebas judiciales, Editorial ABC, Bogotá.
- Devis Echandía, Hernando: “*Teoría General de la Prueba Judicial*”, Tomo 1, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1987.
- Devis Echandía, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*; Tomo2, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1987.
- Devis Echandía, Hernando: *Compendio de Derecho Procesal: Pruebas judiciales*, t. II, Ed. ABC, Bogotá, 1984.
- De Urbano Castrillo, Eduardo y Magro Servet, Vicente: *La prueba tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil*; Editorial Aranzadi, Navarra, 2003.
- De Urbano Castrillo, Eduardo: *La valoración de la prueba electrónica*; Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22^a. Ed., Tomo I, 2001.
- Epstein, Lee y Knight, Jack: “*Constitutional borrowing and nonborrowing*” en *international Journal of Constitutional Law*. Oxford University Press and New York University School of Law, págs 196-223. Datos tomados del texto de la conferencia *El préstamo Constitucional*, dictada por Raúl Arrieta en el III Encuentro Latinoamericano de Postgrados en Derecho Procesal, Universidad Central de Venezuela, octubre, 2009
- Elías Baturones, Julio José: *La prueba de documentos electrónicos en los tribunales de justicia*; Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- Falcón, Enrique M.: *La informática y la prueba*; en *La prueba, libro en memoria del profesor Santiago Sentís Melendo*; Librería Editora Platense, La Plata, 1996.

Falcón, Enrique M.: *Tratado de la Prueba*: Tomo I, p. 355. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.

Ferrer Beltrán, Jordi: *La valoración racional de la prueba*; Marcial Pons, Madrid-Barcelona- Buenos Aires, 2007.

Frossini, Vittorio: *Hacia un Derecho de la Información*; II Congreso Internacional de Informática y Derecho”, Revista Informática y Derecho, N° 12, Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1996.

Galicchio, Silvia y Conrad, Alejandro: *Aproximación a algunas diferencias. Entre civilización y cultura*; en *La cultura del riesgo*”, compilado por Juan Dabón e Iñaki Rivera Beiras; Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

Gunther, K.: *The Sense of Appropriateness*; Albany State University of New York Press, 1993.

Henríquez La Roche, Ricardo: *Código de Procedimiento Civil*”, T. III, Caracas, 1996.

Herrera Carbuccia, Manuel Ramón: *Importancia de la Unidad de la Jurisprudencia Laboral, Análisis y Discusión*. Cita así: 19 Breve, II Sindicato della Corte de Cassazione, Contenido e Limite, Guiffre, Milano, 1993, págs. 181 y ss. González-Vuellar Serrao. Apelación y Casación. Colex, Madrid 1994, pág. 174, citado por Guzmán Fluja, Vicente C. El Recurso de Casación Civil. Tirant Monográfica. Valencia, 1996, pág. 43. 20 Guzmán Fluja, Vicente C. Ob. Cit.

Kielmanovich, Jorge L.: *El favor probatione y demás principios sobre la prueba*; en *“La Prueba, libro en memoria del profesor Santiago Sentís Melendo”*; Librería Editora Platense, La plata, 1996.

Landoni Sosa, Ángel: *La prueba pericial en el derecho uruguayo*; en Revista de Derecho Probatorio dirigida por Jesús Eduardo Cabrera Romero, Tomo 4, Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1994.

Ludwikowski, Rett R.: *Mixed Constitutions – Product of an East-Central European Constitutional Melting Pot*, 16 B.U., 1.64, 1998. En: *Paradoxes of constitutional borrowing*, Wiktor Osiatynski.

Manresa y Navarro, J. Ma.: *Comentarios al Código Civil español, Tomo VIII, Madrid, 1907*.

Marín Castán: *La Prueba Tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil*; Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.

Mateu de Ros, Rafael: *Derecho de Internet. Contratación electrónica y forma digital*; Arazandi Editorial, Navarra, 2000.

Mateu de Ros, Rafael: *El consentimiento y el proceso de contratación electrónica*; en "Derecho de Internet"; Aranzadi Editorial, Navarra, 2000.

Moral Soriano, Leonor: *El precedente judicial*; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid/Barcelona; 2002.

Moral Soriano: *ob. cit.*; cita a K. Günther, *The Pragmatic and Functional Indeterminacy of Law*.

Morello, Augusto M.: *Constitución y proceso*; Librería Editora Platense (La Plata) – Abeledo Perrot (Buenos Aires); 1998.

Morello, Augusto M.: *Modernidad de la prueba en El proceso moderno*; Librería Editora Platense, La Plata, 2001.

Moreno Navarrete, Miguel Ángel: *La prueba documental. Estudio Histórico-Jurídico y Dogmático*; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2001.

Moreno Navarrete. Miguel Ángel: *Derecho-e Derecho del comercio electrónico*; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2002.

Moreno Navarrete, Miguel Ángel: *La prueba documental. Estudio Histórico-Jurídico y Dogmático*; Marcial Pons, 2001.

Moreno, Navarrete, Miguel Ángel: *Contratos electrónicos*; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Sociales, Madrid/Barcelona; 1999.

Muñoz Sabaté, Luís: *La Técnica probatoria*, Ed. Praxis, Barcelona, 1983.

Nieva Fenoll, Jordi: *La prueba en documento multimedia en la Ley Española 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*; en Revista de Derecho Probatorio N° 13, Director: Jesús Eduardo Cabrera Romero, Ediciones Homero, Caracas, 2003.

Ormazábal Sánchez, Guillermo: *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*; La Ley ediciones, Madrid, 2000.

Palacio, Luís Enrique: *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Abeledo Perrot.

Palacio, Luís Enrique: *Derecho Procesal Civil*, Tomo IV, Buenos Aires, 1972.

Palacio Luís Enrique: *Reflexiones sobre le prueba de Informes en el proceso penal*; en "La Prueba, libro en memoria del profesor Santiago Luís Sentís Melendo"; Librería Editora Platense, La Plata, 1996.

Peyrano, Jorge Walter: *Peculiaridades en la materia probatoria*, en “La Prueba. Libro en memoria del Profesor Santiago Sentís Melendo”, Librería Editora Platense, La Plata, 1996.

Peyrano, Jorge W. y Chiapini, Julio: *Lineamientos generales de las nuevas pruebas científicas*, en *Tácticas en el proceso civil*, Panamericana, Santa Fe, 1994, t. II, p. 77 y ss. En Carbone, Carlos Alberto: *Revisión del concepto de documento y su relación con la prueba de grabaciones*; Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, año V-8, 2005, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Plaza Penadés, Javier: *La firma electrónica y su regulación en la Directiva 1999/93, de la Unión Europea*; en *Contratación y comercio electrónico*; Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Pietri, Alejandro, hijo: *De la tacha de los documentos privados*, en “El documento público y privado”, Ediciones Fabreton, Caracas.

Ramos Méndez, F.: *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, Ed. Bosch, 1980.

Ramos Méndez, Francisco: *Derecho Procesal Civil*, T. I, 5ª. edic., Barcelona, 1992.

Ramírez Torres, Nelson: *La tacha del documento privado*; Paredes Editores, Caracas, 1991.

Rengel Romberg, Arístides: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Tomo III, Editorial Ex Libris, Caracas, 1991.

Rengel Romberg, Arístides: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*; Volumen IV, Editorial Arte, Caracas, 1997.

Recaséns Siches, Luís: *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*; Ed. Porrúa, México.

Rosemberg, Leo: *Tratado de Derecho Procesal Civil*; Ed. Ejea, T. II, Buenos Aires.

Rivera Morales, Rodrigo: *Principios generales del Derecho probatorio*; en Revista de Derecho Probatorio N° 14, dirigida por Jesús Eduardo Cabrera Romero, Ediciones Homero, Caracas, 2006.

Rivera Beiras, Iñaki: *Tendencias de política criminal y penitenciaria (para el siglo XXI). Una visión desde España*; en *La cultura del riesgo*, compilado por Juan Dabón e Iñaki Rivera Beiras; Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

Rodríguez, César: *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*; Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, reimpresión 2000.

Saltor, Carlos E.: *Informática y Contratos*, IV Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, Bariloche.

Sentís Melendo, Santiago: *La prueba*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.

Serra Domínguez, Manuel: *Prueba documental*; en Revista de Derecho Probatorio, Vol. 13 Ediciones Homero, Caracas, 2003.

Stein, Friedrich: *El conocimiento privado del juez*; Editorial Temis, Bogotá, 1988.

Strangas, Johannes: *Las relaciones entre la informática y los fines de la Filosofía del Derecho*; Informática y Derecho, N° 8, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1995.

Tamayo Rodríguez, José Luis: *Intervenciones Telefónicas y Grabaciones Ilícitas*; Ed. Escritorio Jurídico Tamayo Tamayo; Caracas, 1999.

Taruffo, Michelle: *La prueba de los hechos*; Editorial Trotta, Madrid, 2002.

Taruffo, Michelle: *Páginas sobre justicia civil. Proceso y derecho*; Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2009.

Taruffo Michelle: *Consideraciones sobre prueba y motivación en Consideraciones sobre la prueba judicial*; Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

Taruffo, Michelle: *Consideraciones sobre la prueba judicial*; Fundación Coloquio Jurídico Europeo; Madrid, 2007.

Toffler, Alvin: *La tercera ola*; Plaza & Janes, S.A. Editores, Barcelona, 1980.

Toffler, Alvin y Heidi: *La revolución de la riqueza*; Editorial Random House Mondadori; Caracas, 2007.

Velandia Ponce, Rómulo: *Los contratos electrónicos: el futuro ha llegado*; en *Temas de Derecho Civil, Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Colección Homenaje, N° 14, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004.

Villar, José Manuel: *Una aproximación a la firma electrónica*, en *Derecho de Internet*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2000.

Wróblewski, J.: *The Judicial Application of Law*, Z. Bankowski y N. MacCormick eds. Dordrecht, Kluwer, 1992.

ÍNDICE

	Página
Resumen.....	1
Introducción.....	3
<u>Capítulo 1.</u> La sociedad de la información en la sociedad de riesgos	
1.1- La crisis producida por los avances tecnológicos dentro de una sociedad de riesgos.....	14
1.1.1.- La afectación de la intimidad.....	17
1.1.2.- La respuesta jurídica.....	20
1.1.3.- Otros problemas dentro de la sociedad de riesgos....	20
1.2.- La regulación jurídica del fenómeno informático.....	28
1.3.- Los grandes cambios del Derecho positivo en tiempos del desarrollo tecnológico. El espacio jurídico global.....	35
1.3.1.- El caso venezolano frente al derecho comparado....	38
1.4.- La terminología elemental: Informática, Cibernética, Telemática y Derecho Informático.....	43
1.4.1.- Convertibilidad del lenguaje técnico para su comprensión y utilización: Derecho Informático.....	45
 <u>Capítulo 2.</u> Introducción al estudio de la prueba informática	
2.1.- El proceso y la prueba: Generalidades.....	55
2.1.1.- Las luces de Taruffo.....	56
2.1.2.- La prueba informática entre lo clásico y lo moderno..	63
2.2.- La nueva orientación de la prueba judicial.....	68
2.3.- La motivación racional de la sentencia.....	72
2.4.- Fuentes y medios de la prueba: La prueba informática.....	75
2.4.1.- Fuentes y medios en el caso del documento electrónico.....	78

2.5.- El documento: referencias elementales aplicables al Documento electrónico.....	81
2.5.1.- Definición de documento.....	86
2.5.2.- Precisando el documento electrónico.....	88
2.6.- Los sistemas probatorios y la prueba electrónica.....	90
2.7.- Características de la prueba informática.....	92
2.7.1.- Es un medio probatorio instrumental: aplicación de la equivalencia funcional.....	93
2.7.2.- Es una prueba compleja.....	95
2.7.3.- Es una prueba directa.....	96
2.7.4.- Es inmediata su percepción pero mediata en su obtención.....	99
2.7.5.- Se trata de una prueba representativa o reproductiva	101
2.7.6.- Está regido por el principio de libertad de las formas	102
2.7.7.- Tiene naturaleza <i>ad probationem</i>	103

Capítulo 3. La complejidad probatoria del documento electrónico y su inserción dentro de la noción de las pruebas difíciles o *difficilioris probationes*

3.1.- Nuevas orientaciones del derecho adaptables a las probanzas informáticas para la resolución de los conflictos judiciales.....	106
3.1.1.- El precedente judicial y su importancia sobre la prueba informática en los casos difíciles.....	109
3.1.2.- Las soluciones.....	113
3.1.3.- Los precedentes y el sistema judicial venezolano.....	114
3.1.4.- El juez ante los casos difíciles.....	118
3.1.5.- Del préstamo constitucional al préstamo legislativo (borrowing).....	123
3.1.6.- El derecho comunitario y la soberanía.....	129
3.2.- Las dificultades probatorias y la sana crítica. Adaptación de los criterios doctrinarios a la prueba electrónica.....	132

3.3.- Justificación del documento informático como prueba difícil.....	140
3.3.1.- La complejidad resultante de la naturaleza del soporte del documento electrónico.....	141
3.3.2.- La colisión por afectación del derecho a la intimidad..	143
3.3.3.- La vulnerabilidad del instrumento electrónico.....	145
3.3.4.- El principio de inmediatez en doble grado.....	147
3.3.5.- Efectos de las dificultades de la prueba informática.....	148

Capítulo 4. La prueba tecnológica en el derecho probatorio

4.1.- Bases para considerar el mensaje de datos como prueba instrumental.....	150
4.1.1.- La autoría.....	151
4.1.2.- El contenido.....	152
4.1.3.- La data.....	152
4.1.4.- La suscripción o firma.....	154
4.2.- El documento electrónico dentro del trámite probatorio.....	155
4.3.- Momento y forma de la aportación de la prueba.....	160
4.3.1.- El principio de equivalencia funcional.....	166
4.3.2.- Las copias electrónicas.....	167
4.4.- Examen de los presupuestos de admisibilidad de la prueba electrónica y su evacuación.....	169
4.4.1.- Las pruebas complementarias para configurar la veracidad de la prueba electrónica.....	172
4.4.2.- La evacuación.....	179
4.4.3.- El soporte y las copias.....	181
4.4.4.- Recolección de las copias.....	183
4.4.5.- Impugnación: tacha y cotejo.....	184
4.4.6.- El documento electrónico y los medios de impugnación.....	187

4.4.7.- Causales de tacha proyectadas en el documento electrónico.....	188
4.4.8.- El cotejo en la prueba electrónica.....	190
4.4.9.- Especificidad en el caso de la prueba informática. El caso de las cartas misivas.....	192
4.5.-La exhibición.....	195
4.6.- Valoración o apreciación de la prueba.....	196
4.7.- Diversidad de pruebas tecnológicas.....	200
4.7.1.- La prueba documental, atípica, libre, informática y sana crítica.....	209
4.7.2.- La nueva aplicación actualizada de las máximas de experiencia.....	216

Capítulo 5.- Autenticidad del documento electrónico y firma electrónica

5.1.- La firma y los documentos.....	219
5.2.- Firma digital, firma electrónica y mensaje de datos.....	221
5.3.- El mensaje de datos en la legislación venezolana.....	225
5.3.1.-Principios especiales aplicables.....	228
5.3.2.- El acuse de recibo.....	229
5.4.- Naturaleza de la firma electrónica.....	232
5.5- Tipos de firmas electrónicas: simple y avanzada.....	234
5.6.- La firma electrónica en la legislación venezolana: deficiencias legislativas.....	237
5.6.1 Las reproducciones.....	240
5.6.2.- Valoración de la prueba informática: Sana crítica y Máximas de experiencia.....	243
5.6.3.- La Ley de Registro Público y del Notariado (2006).....	247
5.6.3.1.- La autenticidad del documento electrónico...	249
5.6.3.2.- La nueva función de los registros y notarías ante el sistema informático.....	253
5.7.- La fidelidad de la Firma Electrónica y los proveedores de certificación.....	256

5.7.1.- Responsabilidad de los certificadores de las firmas electrónicas.....	260
5.7.2.- Conclusiones sobre la fidelidad probatoria de los certificados electrónicos.....	262
5.7.3.- La Superintendencia (SUSCERTE) en la actualidad venezolana.....	266
Conclusiones.....	268
Bibliografía.....	276