

Licitud de la prueba electrónica en el proceso laboral venezolano

Legality of electronic evidence in the Venezuelan labor process

Belkis Delgado Prieto*

Docente, abogada y Magister en Derecho Laboral

Recibido el 07/08/2017 - Aprobado el 09/10/2017

* Docente, Abogada y Magister en Derecho Laboral; Jueza 3a de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo del Estado Apure (2008-2015); Jueza 2a de Primera Instancia de Juicio del Trabajo del Estado Apure (2016-2018). Desde julio de 2018 se desempeña como Jueza 8a de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo del Estado Anzoátegui.
belkisdeldelcarmendelgadoprieto@gmail.com

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo analizar la licitud de la prueba electrónica en el proceso laboral venezolano, tomando en consideración que actualmente cualquier actividad desarrollada por el hombre se encuentra relacionada con las tecnologías de la información y la comunicación. El reto para la administración de justicia es adecuarse a la nueva realidad tecnológica, con los avances comunicacionales y la promoción de los documentos electrónicos que proyectan el reemplazo de los documentos tradicionales escritos.

Palabras Clave: Prueba electrónica, firma electrónica, prueba libre.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the legality of electronic evidence in the Venezuelan labor process, taking into account that currently any activity developed by man is related to information and communication technologies. The challenge for the administration of justice is to adapt to the new technological reality, with the advances in communication and the promotion of electronic documents that project the replacement of traditional written documents.

Keywords: Electronic evidence, electronic signature, free evidence.

Licitud de la prueba electrónica en el proceso laboral venezolano

1. Normativa legal que regula la prueba electrónica en Venezuela

En Venezuela, esta reglamentación, se encuentra normada en los siguientes instrumentos jurídicos:

- Ley de Delitos Informáticos. Gaceta Oficial N° 37.313, de fecha 30 de octubre de 2001.
- Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Gaceta Oficial N° 6.015 Extraordinario, de fecha 28 de Diciembre de 2010.
- Decreto con Fuerza de Ley sobre los Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (DLMDFE), de fecha 10 de febrero de 2011.
- Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado, Gaceta Oficial N° 39.945 de fecha 15 de junio de 2012.
- Ley de Infogobierno. Gaceta Oficial N° 40.274, de fecha 17 de octubre de 2013.
- Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado. Gaceta Oficial N° 6.156 Extraordinario, de fecha 19 de noviembre de 2014.

Por su parte, en el proceso laboral venezolano, desde el año 2002, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se estableció lo siguiente:

Artículo 126.- Admitida la demanda se ordenará la notificación del demandado, mediante un cartel que indicará el día y la hora acordada para la celebración de la audiencia preliminar, el cual será fijado por el Alguacil, a la puerta de la sede de la empresa, entregándole una

copia del mismo al empleador o consignándolo en secretaría o en su oficina receptora de correspondencia, si la hubiere. El Alguacil dejará constancia en el expediente de haber cumplido con lo prescrito este artículo y de los datos relativos a la identificación de la persona que recibió la copia del cartel. El día siguiente al de la constancia que ponga el Secretario, en autos, de haber cumplido dicha actuación, comenzará a contarse el lapso de comparecencia del demandado.

También podrá darse por notificado quien tuviere mandato expreso para ello, directamente por ante el Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo respectivo.

El Tribunal, a solicitud de parte o de oficio, podrá practicar la notificación del demandado por los medios electrónicos de los cuales disponga, siempre y cuando éstos le pertenezcan. A efectos de la certificación de la notificación, se procederá de conformidad con lo establecido en la Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas en todo cuanto le sea aplicable, atendiendo siempre a los principios de inmediatez, brevedad y celeridad de la presente Ley. A todo evento, el Juez dejará constancia en el expediente, que efectivamente se materializó la notificación del demandado. Al día siguiente a la certificación anteriormente referida, comienzan a correr el lapso para la comparecencia de las partes a la audiencia preliminar.

Parágrafo Único: La notificación podrá gestionarse por el propio de mandante o por su apoderado, mediante cualquier notario público de la jurisdicción del Tribunal.

De la normativa anteriormente transcrita, se evidencia que la notificación se puede realizar de manera electrónica. Es allí que nace un reto para la Administración de Justicia de adecuarse a la nueva realidad tecnológica que día a día suma más avances comunicacionales, toda vez que el auge de la promoción de los documentos electrónicos, así como el uso cotidiano o continuo de estas herramientas, permitirán a los documentos de elaboración electrónica reemplazar a los documentos tradicionales escritos. Por ello, nace la necesidad de concienciar a la sociedad en general y a los miembros del sistema de justicia, para adaptarse sin temor alguno a esta nueva forma de promoción, evacuación y, por supuesto, el administrador de justicia darle valor probatorio a este tipo de prueba. En este sentido, el artículo 2 del Decreto con Fuerza de Ley Sobre los Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (DLMDFE), contiene una serie de definiciones las cuales resultan oportunas resaltar:

- Persona: todo sujeto jurídicamente hábil, bien sea natural, jurídica, pública, privada, nacional o extranjera, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.
- Mensajes de Datos: toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio.
- Emisor: persona que origina un mensaje de datos por sí mismo, o a través de terceros autorizados.
- Firma Electrónica: información creada o utilizada por el signatario, asociada al mensaje de datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado.
- Signatario: es la persona titular de una firma electrónica o certificado electrónico.
- Destinatario: persona a quien va dirigido el mensaje de datos.
- Proveedor de Servicios de Certificación: persona dedicada a proporcionar certificados electrónicos y demás actividades previstas en este Decreto-Ley.
- Acreditación: es el título que otorga la superintendencia de servicios de certificación electrónica a los proveedores de servicios de certificación para proporcionar certificados electrónicos, una vez cumplidos los requisitos y condiciones establecidos en este Decreto-Ley.
- Certificado Electrónico: mensaje de datos proporcionado por un proveedor de servicios de certificación que le atribuye certeza y validez a la firma electrónica.
- Sistema de Información: aquel utilizado para generar, procesar o archivar de cualquier forma mensajes de datos.

2. Los documentos electrónicos y su tipología

La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 769 del 24 de octubre de 2007, caso DISTRIBUIDORA INDUSTRIAL DE MATERIALES C.A. (DIMCA), contra ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA C.A., Exp. N° AA20-C-2006-000119, definió el documento electrónico como:

Cualquier tipo de documento generado por medios electrónicos, incluyendo en esta categoría los sistemas electrónicos de pago, la red de internet, los documentos informáticos y telemáticos, entre otros.

También es catalogado como un medio atípico o prueba libre, por ser aquél instrumento que proviene de cualquier medio de informática o que haya sido formado o realizado por éste, o como el conjunto de datos magnéticos grabados en un soporte informático susceptible de ser reproducidos que puede fungir como objeto de prueba y su reproducción, independientemente de su denominación, debe ser considerada otro documento que actúa como medio para su traslado al expediente.

Por su parte, Peñaranda (2008) define el documento electrónico como:

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

En este sentido, respecto a la tipología, Peñaranda (2008) señala, que existen dos tipos de documentos electrónicos, siendo:

Tipos Strictu Sensu o Específico del Documentos Electrónico

- *Cuando el documento electrónico es elaborado por el computador u ordenador:* El computador basado en una serie de parámetros, información, reglas y procedimientos a través de un programa adecuado, decide el contenido del documento y la regulación de los intereses, pudiéndose concluir este contrato por uno o varios ordenadores, determinando el contenido de las voluntades.
- *Cuando el ordenador o computador se limita a documentar declaraciones de voluntad previamente manifestadas:* La información o documento es almacenado en la memoria del computador y podrá ser leído por el usuario con solo la utilización de las maquinas adecuadas.

Tipos Lato Sensu o en Sentido Amplio del Documento Electrónico

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

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

3. Los mensajes con firma electrónica

La firma electrónica permite determinar de manera específica la autoría del mensaje de datos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 16 del DLMDFE: “La Firma Electrónica que permita vincular al Signatario con el Mensaje de Datos y atribuir la autoría de este, tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa”. De igual forma, dicha firma electrónica serviría para determinar cuando una persona pretenda atribuirse el carácter de autor de un texto determinado. Ahora bien, el mencionado artículo 16 del DLMDFE, a los fines de garantizar el origen de la firma electrónica, exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse solo 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 datos.

En este sentido, el artículo 18 del DLMDFE establece que la firma electrónica debe ser certificada por un proveedor de servicios de certificación. Ello con la finalidad de garantizar tanto la autenticidad del mensaje como la integridad del mismo, es decir, que el mensaje se mantenga inalterable desde que se genere. Los proveedores de los servicios de certificación deben ser acreditados por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, adscrito al Ministerio de Ciencia y Tecnología.

4. Mensajes de datos sin firma electrónica

De acuerdo con el principio de libertad de la prueba, consagrado en los artículos 395 del Código de Procedimiento Civil y 70 de la LOP-TRA, son admisibles como medios de prueba los mensajes de datos que no contienen la firma electrónica; sin embargo, estos tendrán menor valor probatorio por que aquellos mensajes que sí contienen la firma electrónica. Asimismo, conforme con los criterios tradicionales, los mensajes de datos sin firma deben igualmente cumplir con los requisitos de inteligibilidad, imputabilidad, forma, accesibilidad y conservación a los que se hizo referencia antes. El requisito de la conservación es de vital importancia, pues es necesario que se conserve en su formato original, es decir, en la misma forma como fue enviado y como ha sido recibido, sin

alteración alguna, pues solo así se puede conocer quién lo emitió, quién lo recibió y cuándo (fecha y hora) se recibió.

En este orden, de acuerdo con el artículo 1.392 del Código Civil, la prueba por escrito debe ser complementado con la prueba de testigos, no obstante, Rico Carrillo (2005) señala en relación con los mensajes de datos, que:

Al tratarse de documentos elaborados con técnicas electrónicas se requerirá la intervención de un experto, quien examinará los elementos necesarios para atribuir la validez del documento en cuestión, en algunos casos también puede requerirse una inspección judicial sobre los sistemas que se han utilizado en la generación, transmisión y archivo del documento. (pág. 102).

Así, un mensaje de datos puede contener una información adicional 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, estamos así en presencia de la firma electrónica que permite determinar que el mensaje efectivamente ha sido emitido por la persona que lo ha originado en forma similar como se atribuye la autoría de un documento a la persona que coloca sobre él su firma autógrafa (signatario). Sin embargo, habrá mensajes de datos que carecerán de tal información, por lo que los efectos jurídicos serán diferentes.

5. Los medios informáticos como medios de pruebas libres

Para Echandía (1993) puede considerarse que el principio de prueba libre tiene dos aspectos, a saber:

Libertad de medios y libertad de objeto. El primero se refiere a que no debe haber limitación legal acerca de los medios probatorios admisibles, dejando al juez facultad para la calificación de su pertinencia probatoria; el segundo se refiere que puede probarse todo hecho que tenga relación con el proceso y que las partes puedan intervenir en la práctica. No se debe limitar la actividad probatoria en forma absurda y ocurrente, porque de alguna manera sería atentar contra el derecho de defensa. (p. 131).

Los medios de pruebas son los instrumentos empleados por las partes en un proceso para demostrar la veracidad de sus alegatos, para que de esta forma el juez pueda determinar la veracidad de los hechos ocurridos y poder impartir un veredicto justo. Con el desarrollo científico y tecnológico se han desarrollado otros medios probatorios con carac-

terísticas particulares pero con plena capacidad demostrativa, como por ejemplo los medios informáticos. Así pues, la prueba es el medio legal para demostrar los alegatos expuestos sobre un hecho determinado, llevando al administrador de justicia en la búsqueda de la verdad, al uso de las nuevas tecnologías y darle valor jurídico sobre el suceso alegado.

Por otro lado, Carnelutti (1973: 332) afirma: “el concepto de prueba se encuentra fuera del derecho y es instrumento indispensable para cualquiera que haga, no ya derecho, sino historia”. Por su parte, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la prueba como: “Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo”. En este sentido, la prueba viene a ser el instrumento que permite llegar al conocimiento de la existencia de algo, en otras palabras, se trata de descubrir la verdad de los hechos alegados utilizando los medios que la ley pone al alcance de las partes, además de ello es el instrumento que nos permite descubrir la verdad de los hechos afirmados.

Ahora bien, conocer lo relativo al documento electrónico como prueba es de vital importancia en la sociedad en que se vive, en la que el uso de nuevas tecnologías relacionadas con la transmisión de datos se hace cada día más cotidiano; y en donde todo parece señalar que los documentos de elaboración electrónica reemplazarán poco a poco a los documentos tradicionales. Sin embargo, aún a la mayoría de las personas e inclusive a algunos funcionarios del sistema judicial les causa desconfianza.

En lo que se refiere a la licitud de los documentos promovidos de manera electrónica, el juez debe verificar que los mismos hayan sido obtenidos de forma lícita, y que los mismos contengan los siguientes elementos:

1. Soporte material: exige su lectura o traducción al lenguaje visual (desmaterialización del soporte y codificación del mensaje) lo que tiene el riesgo de la facilidad de copia y manipulación;
2. Contenido informativo: datos, hechos o narraciones, atribuible a una persona. Problema de autoría;
3. Relevancia jurídica: capaz de acreditar algún hecho con trascendencia jurídica.

La probanza del documento electrónico puede hacerlo la parte como un todo, conforme al principio de la libertad de prueba, según lo cual ha permitido el empleo cada vez mayor de un número de medios, a partir

de las cuales los justiciables puedan utilizar la tecnología de la comunicación y de la información por medio de las cuales poder demostrar la existencia, de una relación laboral. Así, el art. 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Para asegurar la efectividad de este derecho a obtener satisfacción de los derechos e intereses legítimos, se han establecido una serie de normas de como las de utilizar cualquier medio de prueba lícito, oportuno y pertinente para la defensa.

De tal manera que la evolución del internet y la informática han permitido la constitución de relaciones patrono-trabajador a través de esta herramienta, sin que se tenga lugar a dudas respecto de la veracidad jurídica de las relaciones laborales. Hasta ahora no existe reglamentación alguna sobre la constancia de la entrega ni acerca de la forma de conservación de los contratos, por lo que aplicando la legislación sobre mensajes de datos y firma electrónica, sería posible que tanto el contrato como la constancia de recibo del mismo se otorgasen en forma electrónica y que se almacenase el mismo en un dispositivo electrónico, recibos de pago de salario y otros beneficios. De acuerdo con lo establecido en el artículo 106 de la Ley Orgánica del Trabajo, de la Trabajadoras y los Trabajadores.

El patrono o patrona otorgará un recibo de pago a los trabajadores y trabajadoras, cada vez que pague las remuneraciones y beneficios indicando el monto del salario y, detalladamente lo correspondiente a comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, bonificación de fin de año, sobresueldos, bono vacacional, recargos por días feriados, horas extraordinarias, trabajo nocturno y demás conceptos salariales, así como las deducciones correspondientes. Estos documentos, al igual que el anterior, deben conservarse hasta por diez años después de terminada la relación de trabajo.

En consecuencia, estos documentos electrónicos deberían incluir en la actualidad su totalidad para poder ser accesibles por todos los trabajadores, aunque si hay un gran porcentaje de empresas o instituciones que están haciendo uso de esta herramienta.

6. Los requisitos de admisibilidad

De conformidad con el artículo 2 del DLMDFE, los documentos electrónicos deben cumplir con los siguientes requisitos:

- a. Inteligibilidad: El artículo 1 exige que la información sea inteligible.
- b. Forma: los mensajes deben transmitirse en forma electrónica (art. 1).
- c. Imputabilidad: que el mensaje se pueda atribuir a una persona. (arts. 1 y 2).
- d. Accesibilidad: Que la información que contengan pueda ser consultada posteriormente (art. 8).
- e. Conservación: es necesario que se conserve “el formato en que se generó, archivó o recibió o en algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada o recibida, igualmente, es necesario conservar todo dato que permita determinar el origen y el destino del Mensaje de Datos, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido” (art. 8).

Ello a los fines de garantizar la fiabilidad del documento electrónico. Serán importantes los conocimientos del juez y contar con el auxilio técnico de un perito informático. Las recientes leyes han optado por la libertad de prueba, en el sentido de permitir a las partes el uso de cualquier medio lícito del cual puedan valerse para demostrarla verdad de los hechos por ellas armados, como una vía para reforzar la garantía constitucional del derecho a la defensa.

Ahora bien, el artículo 1 del Decreto-Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas otorga reconocimiento jurídico al mensaje de datos o documento electrónico, como también se le conoce, y lo que une como toda información electrónica transmitida de manera inteligible, independientemente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas. Con base en ello se puede concluir que se incluye tanto a las comunicaciones transmitidas a través de la Internet, como a través de redes privadas, independientemente del medio que se utilice, sea alámbrico o inalámbrico, además de los medios existentes y los desarrollos tecnológicos que se produzcan en el futuro, lo cual permite adaptarse a las tecnologías venideras.

Es por ello que este Decreto Ley reconoce la eficacia jurídica de los mensajes de datos en general, así como de cualquier información electrónica, de manera más concreta el artículo 4 *ejusdem*, reconoce la eficacia probatoria de los mismos, donde expresa que la promoción, admisión, control y evacuación se realizarán conforme a lo establecido

en el Código de Procedimiento Civil, y se equipara la expresión de mensaje de datos a “documentos originales”. Es aquí donde la informática jurídica ha permitido una mejor comprensión de este fenómeno, lo que le otorga a los administradores de justicia las herramientas fundamentales al momento de verificar la autenticidad de los “documentos electrónicos” en un proceso judicial.

En el campo de las relaciones de trabajo, los mensajes de textos o documentos electrónicos adquieren una importancia, gracias a la ilimitada capacidad de almacenamiento de datos, en todo lo que concierne a las relaciones laborales, sobre todo si se tiene en cuenta que las empresas están obligadas a guardar por mucho tiempo los comprobantes de los pagos hechos a sus trabajadores debido a que el lapso de prescripción de las prestaciones sociales se extendió a diez años, tal como lo establece el artículo 51 de la Ley Orgánica del Trabajo, de las Trabajadoras y Trabajadores. En consecuencia, este almacenamiento de papeles representa problemas de espacio y accesibilidad.

Se hace necesario acotar que actualmente las relaciones de patronos con sus trabajadores se llevan a cabo donde se encuentra involucrada la informática, que va desde el ingreso, permanencia y egreso, todos estos datos y procedimientos son almacenados en una data respaldada en un software, en consecuencia, al emitirse un documento con cualquiera de esta información, debe dársele valor y eficacia jurídica, y por ende el juez debe otorgarle valor probatorio. En nuestra legislación se establece la concepción sobre los medios electrónicos referidos básicamente a la fundamentación legal de los mismos, por cuanto deben ser presentados durante un proceso judicial por las partes, y a su vez permitiendo al juez presentar su opinión con respecto a estos.

Ahora bien, la licitud de estos medios de pruebas deben contener los elementos que vinculen el documento electrónico con los hechos alegados, además que deben ser obtenidos en la formas establecidos en las leyes venezolanas. Sin embargo, uno de los mayores problemas que se presentan en relación a este tipo de documentos es respecto a la certeza de los mismos, como evidencia o elemento de prueba en el proceso que han sido reproducidos. En este sentido, la revolución objeto de estudio ha permitido darle una nueva orientación a los sistemas. En este orden de ideas, la Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (2001), abrió paso al reconocimiento de las operaciones que se realizan a través de sistemas informáticos.

En cuanto a la promoción de estos documentos, según Peñaranda (2008), el de tipo electrónico es aquel instrumento que contiene un escrito-mensaje destinado a durar en el tiempo y que se encuentra almacenado en un software pudiendo ser reproducido mediante el lenguaje digital y contenido en un soporte electrónico, lo cual no lo hace perder su condición de documento, aun cuando sea difícil su comprensión, por lo que debe ser valorado por el juez de acuerdo a la regla de la sana crítica. En cuanto a la admisión de los documentos electrónicos, debe hacerse a través del medio que lo almacena, siendo que esta prueba es atípica, cuyo soporte original se encuentra en un PC o servidor del patrono, sino que debe estar acompañado de la transcripción impresa en papel, por lo que el administrador de justicia no necesitará utilizar ningún medio tecnológico a descifrar el contenido de la prueba, equiparándose esta manera como una prueba libre.

Por último, la evacuación de la prueba o control de este tipo de documentos electrónicos, que consiste en presentar al juez la certeza de que los mismos tengan eficacia jurídica. En esta fase del proceso laboral el juez debe verificar con exactitud, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, su eficacia y le otorga valor jurídico a la firma electrónica, al mensaje de datos y a toda la información inteligible en formato electrónico; además, comprobar cuando el mensaje proviene efectivamente del emisor, ya que el mismo debe contener sus datos, y, cuando haya sido enviado por otra persona si fuera el caso, debe estar autorizado para que opere automáticamente en nombre del emisor.

Debemos precisar que el documento electrónico, en sentido amplio, debe entenderse como cualquier tipo de documento generado por medios electrónicos, incluyendo en esta categoría los sistemas electrónicos de pago, la red de internet, los documentos informáticos y telemáticos, entre otros. También es catalogado como un medio atípico o prueba libre, por ser aquel instrumento que proviene de cualquier medio informático o que haya sido formado o realizado por este, o como el conjunto de datos magnéticos grabados en un soporte informático susceptible de ser reproducidos que puede fungir como objeto de prueba y su reproducción, independientemente de su denominación, debe ser considerada otro documento que actúa como medio para su traslado al expediente.

Una de las características más relevantes de los documentos electrónicos es que sus datos electrónicos se encuentran almacenados en la

base de datos de un PC o en el servidor de la empresa; su comprobación requerirá una ulterior reproducción o impresión del documento, para lo que el juez debe acordar una experticia. Sobre el particular, la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas establece en el artículo 7 que:

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

Es evidente, pues, que el documento electrónico o mensaje de datos es un medio de prueba atípico, cuyo soporte original está contenido en la base de datos de un PC o en el servidor de la empresa y es sobre esto que debe recaer la prueba. En razón de esta determinación, los documentos electrónicos NO pueden ser exhibidos porque la manera en que son almacenados los datos impide que puedan ser presentados al juicio, pues ellos están en la base de datos de un PC o en el servidor de la empresa, por ello es necesaria una experticia para verificar la autoría de los documentos que se emitan con tales características incluso si estos están en poder del adversario, hasta tanto se ponga en funcionamiento la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica.

Cabe destacar que en los artículos 20 y 21 de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, está contemplada la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica para acreditar, supervisar y controlar a los proveedores de servicios de certificación públicos o privados; inspeccionar y fiscalizar la instalación, operación y prestación de servicios realizados por los proveedores de servicios de certificación y seleccionar los expertos técnicos o legales que considere necesarios para facilitar el ejercicio de sus funciones. Por tal, razón, debe recurrirse a otro medio de autenticación de los documentos electrónicos, como lo es la experticia.

Ahora bien, el objeto de esta experticia consiste en determinar la autoría del mensaje de datos o emisor; la identidad de una persona autorizada para actuar en su nombre o un sistema de información programado por el emisor para que opere automáticamente y así saber desde cuál y hacia cuál dirección o puerto electrónico fue enviado y recibido

el mensaje; bajo cuál firma electrónica fue enviado; la fecha y hora de la emisión del mensaje; su contenido y cualquier otro dato de relevancia para el proceso que las partes soliciten o el juez ordene para resolver la controversia. Otra característica del documento electrónico es que este debe estar conservado en su estado original.

En efecto, la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas exige que cuando la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con relación a un mensaje de datos si se ha conservado su integridad y cuando la información contenida en dicho mensaje de datos esté disponible. Para determinar esto, es necesario el examen de un experto a la base de datos del PC o del proveedor de la empresa del cual fue enviado el documento electrónico. Por tanto, es necesario certificar si el documento electrónico ha sido conservado y si el mensaje está inalterado desde que se generó o, si por el contrario, ha sufrido algún cambio propio del proceso de comunicación, archivo o presentación, por hechos de la parte o terceros, de conformidad con el artículo 7 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas antes transcrito, lo cual solo es posible a través de una experticia en la base de datos del PC o el servidor de la empresa que ha remitido el documento electrónico.

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

- 1.- El promovente de un medio de prueba libre representativo: fotografías, películas cinematográficas, audiovisuales, y otras de similar naturaleza, tiene la carga de proporcionar al juez durante el lapso de promoción de pruebas, aquellos medios probatorios capaces de demostrar la credibilidad e identidad de la prueba libre, lo cual podrá hacer a través de cualquier medio probatorio.
- 2.- El juez, en la oportunidad de pronunciarse sobre la admisibilidad de dicha prueba, debe en conformidad con lo previsto en los artículos 7 y 395 del Código de Procedimiento Civil, establecer la manera en que esta se sustanciará. En caso de que el medio de prueba libre sea impugnado, debe implementar en la tramitación la oportunidad y forma en que deba revisarse la credibilidad e idoneidad de la prueba, pues solo cumpliendo con esa formalidad por delegación expresa del legislador cumple el proceso su finalidad, que es un instrumento para alcanzar la justicia, según lo

dispone el artículo 257 de nuestra Carta Magna, al mismo tiempo se garantiza el debido proceso y derecho de defensa de las partes.

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

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

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

Para demostrar la certeza del instrumento se pueden hacer uso de las siguientes pruebas.

Prueba de informes (81 LOPTRA, 433 CPC). Por lo general, la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (SUSCERTE) no ofrece informes ni aporta datos acerca del origen y veracidad de un mensaje de datos, ya que considera que ellos se pueden determinar a través de una experticia.

Prueba de exhibición (82 LOPTRA, 436 CPC). Se puede solicitar al emisor la presentación de la impresión del mensaje de datos que consta en su correo electrónico o en su cuenta de cualquiera de las redes sociales o de los mensajes de texto SMS o chats emitidos a través de un teléfono.

Prueba de reproducción (107 LOPTRA, 502 CPC). Se puede solicitar al juez que se reproduzca la información y, en caso de ser necesario, se puede complementar con la asistencia de un experto informático Art. 108 LOPTRA, 504 CPC. Así es posible proceder, por ejemplo, en caso de que se quiera demostrar la inscripción de una persona en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales.

Prueba de experticia (92 al 94 LOPTRA, 451, 452 y 457 CPC). Es la más idónea para demostrar la veracidad y certeza de los mensajes de datos y firmas electrónicas. Con ella se puede llegar a demostrar no solo el origen, el destinatario, el contenido del mensaje de datos, sino que es posible rastrear un mensaje que haya sido borrado. SUSCERTE tiene personal capacitado para realizar esta experticia.

Prueba testimonial. Los testigos podrían aportar alguna información que viniera a complementar la veracidad del mensaje de datos.

Así pues, de las normas transcritas así como la doctrina precedente, en la cual se dejó sentado que en caso de que el medio de prueba libre sea impugnado, los jueces de instancia están obligados a implementar en la tramitación la oportunidad y forma en que deba revisarse la credibilidad e idoneidad de la prueba. En el caso concreto, el juez de primera instancia estaba obligado a fijar la forma en que debía tramitarse la contradicción de la prueba libre promovida, es decir, los documentos electrónicos promovidos por la demandante en el juicio. Al no advertir dicho error, el juez superior en el reexamen de la causa infringió los artículos 7 y 395 del Código de Procedimiento Civil y 4 de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas.

7. Aspectos jurisprudenciales

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 437, de fecha 17 de junio de 2013, bajo la ponencia de la magistrada suplente Dra. Bettys Luna Aguilera, caso Omar García vs. Despacho de Abogados Miembros de Norton Rose S.C., respecto de la eficacia probatoria e impugnación de los correos electrónicos, estableció lo siguiente:

En efecto, consta del acervo probatorio promovido por la representación judicial de la parte demandada, mensajes electrónicos, entendidos estos como toda información inteligible generada por medios electrónicos o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio, los cuales son regidos por la normativa prevista en el Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (publicado en Gaceta Oficial No. 37.148 del 28 de febrero de 2001) y por el Código de Procedimiento Civil, texto legal aplicable por remisión expresa del artículo 4. El cual establece...

En concordancia con la previsión anterior, debe atenderse a lo dispuesto en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, que enuncia el principio de libertad probatoria:

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

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

De acuerdo a los dispositivos transcritos, se colige que tratándose de mensajes que han sido formados y transmitidos por medios electrónicos, según lo señala la representación judicial de la parte demandada en su escrito de pruebas y que fueron consignados mediante documentales impresas, estos tendrán la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas.

(...) Así las cosas, de la lectura del escrito de promoción de pruebas de la parte demandada, se desprende que la misma sugirió la inspección judicial y la experticia, como trámites para una eventual impugnación de la parte demandante a los mensajes electrónicos promovidos. Sin embargo, su promoción, control, contradicción y evacuación deberá

regirse por lo que el legislador ha establecido para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil. (...) En consecuencia, esta Sala declara con lugar la denuncia formulada y conforme a lo previsto en el artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, en concordancia a lo dispuesto en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, admite como prueba libre la relativa a mensajes de datos o electrónicos promovidos por la representación judicial de la parte demandada. Así se decide.

La Sala de Casación Social confirmó, por un lado, su criterio sobre la pertinencia de una prueba según el cual el juez deberá rechazar las pruebas que procuran demostrar hechos que no guarden relación con los hechos debatidos en juicio; y, por otro lado, reiteró la eficacia probatoria de los mensajes que han sido formados y transmitidos por medios electrónicos equiparándolos a los documentos escritos. La pertinencia de una prueba comprende el rechazo de las pruebas que contengan hechos no debatidos en el proceso. Con respecto a la eficacia probatoria de los mensajes electrónicos, la Sala los define como toda información inteligible generada por medios electrónicos o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio destacando que los mismos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos. (Vid. sentencia: SCC/TSJ N° 769 de fecha 24.10.2007, caso: DIMCA vs. ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA).

Por otro lado, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 7 de octubre de 2015, con ponencia de la magistrada Dra. Mónica Gioconda Misticchio Tortorella, (Caso: Luis Rafael Pulido Salazar contra PDV MARINA, S.A.):

Respecto a la denuncia formulada, lo primero que advierte esta Sala es la manifiesta falta de técnica en la que incurre el formalizante, toda vez que con fundamento en el numeral 2 del artículo 168 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, delata la infracción de los artículos 4 del Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, sin indicar si la referida transgresión es por una falta de aplicación, falsa aplicación, error de interpretación de una norma o la violación de una máxima de experiencia.

No obstante, esta Sala, pese a las deficiencias encontradas, extremando sus funciones, a los fines de preservar las garantías contenidas en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, procede a analizar los argumentos que sustentan la presente delación, a los fines de determinar lo expuesto por el formalizante. En tal

sentido se infiere que lo requerido por el formalizante es denunciar el error de interpretación de los artículos 4 del Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, y 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, toda vez que los correos electrónicos presentados por el accionante fueron impugnados por la demandada, y el tribunal de alzada les otorgó valor probatorio, confiriéndole al ciudadano Luis Rafael Pulido Salazar, el carácter de trabajador.

Ha sostenido esta Sala de Casación Social, que el error de interpretación es aquel que se comete al entender el supuesto de hecho de la norma y no su conclusión, el error se produce no porque se hayan establecido mal los hechos o porque se haya incurrido en error al calificarlos, sino porque el supuesto de hecho abstracto se interpretó mal, haciendo incluir en él casos no regulados por la norma. La denuncia de este error debe incluir la exposición de la interpretación realizada por la recurrida y la explicación relativa a la interpretación que el formalizante considera es la adecuada a la norma en cuestión, sin lo cual no puede considerarse demostrada la aplicación errónea. [Sentencia N° 60 de fecha 4 de febrero de 2014 (Caso: Julio César Revette Guillén Vs. Auto Premium, C.A.)].

El artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, dispone:

Artículo 4.- 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. (Destacado de la Sala)

Por su parte, el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, expresa:

Artículo 78. Los instrumentos privados, cartas o telegramas, provenientes de la parte contraria, podrán producirse en el proceso en originales. Estos instrumentos podrán también producirse en copias o reproducciones fotostáticas o por cualquier otro medio mecánico, claramente inteligible, pero los mismos carecerán de valor probatorio, si la parte contra quien obra los impugnase y su certeza no pudiese constatarse con la presentación de los originales o con auxilio de otro medio de prueba que demuestre su existencia.

Sobre el valor probatorio de las impresiones de los correos electrónicos, esta Sala en sentencia [N° 717 de fecha 2 de julio de 2010, (caso:

Eleudo Ramón Pereda Urdaneta contra Suplidora Venezolana, C.A. (SUPLIVENCA)], estableció:

Los documentos aquí cuestionados son mensajes de datos, reproducidos en formato impreso.

Sobre los mensajes de datos, el Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, en su artículo 4, dispone que tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, y que su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres.

Asimismo, la citada norma dispone 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.

De manera que, con independencia de que al mensaje de datos se haya asociado o no una firma electrónica que identifique al emisor, su reproducción en formato impreso debe considerarse siempre como una copia fotostática.

Con respecto a la eficacia probatoria de las copias fotostáticas, el artículo 78 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece que carecerán de valor probatorio, si la parte contra quien obran los impugnare y su certeza no pudiese constatarse con la presentación de los originales o con auxilio de otro medio de prueba que demuestre su existencia.

De la decisión anterior, se desprende que los correos electrónicos tienen la misma eficacia probatoria de una copia o reproducción fotostática, debiendo realizarse su control, contradicción y evacuación, de la forma prevista para los documentos escritos, por lo que el formato impreso de dicho medio electrónico se asemeja a una copia fotostática.

La Sala ratificó el criterio expuesto en la decisión N° 717 de julio de 2010, por medio de la cual se estableció que la reproducción del mensaje de datos en formato impreso debe considerarse siempre como una copia fotostática y con respecto a esto se evaluó la eficacia de las copias fotostáticas según la normativa procesal aplicable en la materia, es decir, la Ley Procesal del Trabajo. En este caso, la Sala indicó que los correos electrónicos tienen la misma eficacia probatoria de una copia o reproducción fotostática, debiendo realizarse su control, contradicción y evacuación, de la forma prevista para los documentos escritos, por lo

que el formato impreso de dicho medio electrónico se asemeja a una copia fotostática.

En ese sentido, a los correos electrónicos llevados a autos se les debe dar la misma eficacia probatoria que a los documentos privados, al ser documentales que emanan de la propia parte actora sin presentar sello ni señal de recepción de la empresa. Los cambios tecnológicos se producen con tanta rapidez que su regulación por parte del Derecho siempre presenta un gran retraso a punto tal que existen hechos tecnológicos que aparecen y desaparecen sin que se haya siquiera intentado regularlos, pese a lo cual, los cambios informáticos van interviniendo de manera cada vez más activa en la vida de relación, lo que requiere una respuesta más rápida y actualizada por parte del Derecho.

En el campo procesal la normativa convierte la prueba electrónica en una prueba difícil, compleja, cuyo tratamiento requiere de conocimientos científicos lo que requiere un mayor esfuerzo por parte del juez, como director del proceso, para comprender, entender y valorar este tipo de medio probatorio.

Referencias bibliográficas

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. "*Ley Especial contra Delitos Informáticos*". Gaceta Oficial N° 37.313. Caracas, 30 de octubre de 2001.

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. "*Ley Orgánica Procesal del Trabajo*". Gaceta Oficial N° 37.504. Caracas, 13 de agosto de 2002.

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. "*Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones*". Gaceta Oficial No. 6.015, Extraordinario. Caracas, 28 de diciembre de 2010.

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. "*Ley de Infogobierno*". Gaceta Oficial No. 40.274. Caracas, 17 de octubre de 2013.

Carnelutti, F. (1973). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. México, D. F. Editorial Harla.

Devis, H. (1984). *Compendio de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Bogotá. Editorial AC.

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

Martínez, H. *La Prueba Electrónica En El Proceso Laboral*. Editorial Omnia, vol. 21, núm. 3, 201

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

Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela. "Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley N° 1.204, sobre los Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Gaceta Oficial No. 37.148. Caracas, 28 de febrero de 2011.

Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela. "Decreto No. 8.938, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Gaceta Oficial No. 6.076, Extraordinario. Caracas, 07 de mayo de 2012.

Rico, M. (2005). "La electronificación del Derecho Mercantil". En Revista *Ética y Jurisprudencia*. Valera. Universidad Valle del Momboy. No. 4/2005.

Tribunal Supremo de Justicia [On line] Decisiones. Consulta en: www.tsj.gob.ve [2017, Julio 28]