

## Tratamiento de las pruebas digitales en un escenario into-post pandémico

Ana Gabriela Ojeda Caracas

### Sumario

- I. Introducción
- II. La prueba digital como elemento de hecho disruptivo en la nueva forma de probar
- III. Principio de equivalencia de las pruebas digitales y la Convención Interamericana de Comercio Electrónico
- IV. Inexistencia de las pruebas digitales en la legislación venezolana: Zona gris
- V. Eficacia y valor probatorio de las pruebas digitales
- VI. Alternativas para preservar evidencias digitales en tiempos de COVID-19
  - A. Preconstituir la prueba en Notarias (Saren)
  - B. Exportar Chats (Caso Whatsapp)
- VII. Conclusiones

#### *I. Introducción*

La Sociedad de consumo e información avanza vertiginosamente en el campo tecnológico, los cambios han sido notables e indiscutibles desde la aparición del correo electrónico en el año 2000. En el universo jurídico los mayores avances tecnológicos para los abogados eran la actualización de software de windows, paquetes de office y la aparición de smartphones, tablets o laptops ya que históricamente la profesión se mantuvo distante del uso de la tecnología para resolver problemas legales, por la creencia de que las actividades profesionales de los abogados se encontraban estrictamente ligadas a un riguroso proceso físico-mental que no requería la intervención de tecnologías de la información y la comunicación.

Latinoamérica adecuó (2001 en adelante) en sus legislaciones el reconocimiento de plena validez procesal a los mensajes de datos y a la firma electrónica, lo que supuso un histórico avance posiblemente el antecedente más claro de la inserción de las tecnologías de la información y la comunicación en el derecho, como consecuencia de la adopción de la Ley modelo de la CNUDMI<sup>1</sup> (Comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional) sobre comercio electrónico.

<sup>1</sup> Ley modelo de la Cnudmi sobre comercio electrónico (texto adoptado por la CNUDMI en su 29º periodo de sesiones 28 de mayo-14 de junio de 1996)

A pesar del reconocimiento de las firmas electrónicas y mensajes de datos por parte de la CNUDMI y los avances legislativos de la región, la innovación procesal en materia de pruebas digitales, no generó cambios notables a corto plazo ya que los abogados seguían utilizando medios probatorios tradicionales (documentos, experticia, testigos, declaraciones) para acreditar ante los juzgados su verdad procesal, haciendo de las pruebas electrónicas una realidad poco frecuente.

Pero ese escenario poco frecuente, por su falta de regulación en Latinoamérica y específicamente en Venezuela se ha revertido abruptamente por un hecho de fuerza mayor, como lo es la crisis originada por el covid-19 que trae al escenario jurídico de nuestro país el debate sobre los juicios telemáticos, siendo que habían transcurrido un promedio de seis (6) meses desde que fuere decretado por el primer mandatario de la República, el Estado de alarma nacional<sup>2</sup> en el que se suspendieron la mayoría de las actividades inherentes a la función pública, entre esas el funcionamiento de las distintas jurisdicciones ordinarias con sus debidas excepciones<sup>3</sup>.

Razón por la que podemos afirmar que en Venezuela el acceso a la justicia en época de pandemia se ha visto claramente limitado. Pero esta limitante no impide que surjan conflictos que requieren la intervención de los órganos administrativos y judiciales para su debida resolución, todo ello en virtud del acceso a la justicia, el derecho a la petición y la tutela judicial efectiva como derechos fundamentales reconocidos por nuestra carta magna de 1999 en su artículo 26<sup>4</sup>.

Sin embargo, muchos de estos nuevos conflictos, son el resultado de constantes intercambios de información personal, comercial o financiera, por medios electrónicos, que pueden derivar posteriormente en la necesidad de alguna de las partes involucradas, de hacer valer un derecho o una obligación, nacida virtualmente.

Y ese es precisamente nuestro caso de estudio: descifrar la forma en la que los sujetos procesales pueden dar eficaz tratamiento a las pruebas electrónicas en juicio, ante la notoria falta de regulación en materia de derecho

<sup>2</sup>Decreto de estado de alarma 4160 de fecha 13 de marzo de 2020. Gaceta oficial N° 6.519

<sup>3</sup> Dentro de esas excepciones se encontraban el funcionamiento de la jurisdicción penal y la jurisdicción constitucional para ejercer la acción de amparo constitucional, de conformidad con resolución 001-2020 de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, prorrogada en varias ocasiones.

<sup>4</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela Gaceta Oficial N° 36.860 Extraordinaria de fecha 30 de diciembre de 1999 Artículo 26 “ Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.”

procesal electrónico en Venezuela y los obstáculos propios que devienen ante esta ausencia de regulación.

Este artículo pretende analizar y dar respuestas sobre un tema de absoluta importancia hoy en día: la posibilidad de obtener evidencia sobre situaciones que hubiesen acontecido durante el curso de una comunicación y convertirlo en medios probatorios que puedan ser aportados al proceso. Nos referimos a declaraciones de voluntad generadas en un contexto electrónico: Por ejemplo, adquisición de bienes y servicios, ofensas al honor o a la intimidad, amenazas, acuerdos traducidos en contratos electrónicos, despidos o renunciaciones (en el contexto actual del teletrabajo) entre otros. Que, ante eventuales desavenencias, deberán ser obtenidos en forma lícita e idónea, para posteriormente ser promovidos en juicio, so pena de carecer de validez procesal, por el incumplimiento de alguno de sus requisitos de formación y ser desechados por inobservancia de tales requisitos. Lo cual sucede con suma frecuencia en el contexto actual del litigio venezolano.

Finalmente se desarrollan dos ideas a la luz de la normativa procesal existente en Venezuela, que pueden resultar en mecanismos alternativos efectivos, que permitan obtener, promover, controlar, evacuar y valorar con meridiana claridad estos medios de prueba, hasta tanto no se legisle sobre esta materia.

## *II. La prueba digital como elemento de hecho disruptivo en la nueva forma de probar*

El auge de las tecnologías de la información y su inserción en el derecho no es un “fenómeno” nuevo, pero si es bastante innovador por lo menos en Latinoamérica.

Uno de los temas de mayor connotación, derivado de la legislación sobre medios informáticos lo constituye el valor legal de las pruebas digitales, debido a que se continúa debatiendo sobre la forma de inserción de estos medios probatorios, la eficacia que tendrán según el cumplimiento de algunos requisitos de admisibilidad previa, los mecanismos de los cuales harán uso las partes en el proceso para controlarlas en virtud del derecho a la contradicción y control, así como la valoración probatoria que el *iusdicente* deberá otorgarles.

El coronavirus ha acelerado vertiginosamente un cambio de paradigma que venía gestándose con lentitud y que por la crisis covid-19 se está consolidando abruptamente, aun cuando la mayoría de los países de la región no se encontraban en disposición logística y operativa para digitalizar muchas áreas de la vida y en especial el derecho o en términos más sencillos “el acceso a la justicia”.

En los últimos meses de 2020, países como Argentina, Perú, Chile, Ecuador, Colombia y México, han previsto en sus sistemas normativos internos la

posibilidad de celebrar juicios telemáticos en su totalidad, vale decir desde la instrucción del expediente electrónico, la interposición de la demanda, notificaciones y citaciones por vía correo electrónico o whatsapp, así como la promoción o proposición de pruebas digitales y las tan controversiales videoconferencias en las que se celebran audiencias de mediación y juicio donde además se presentan o evacúan testigos a través de plataformas tecnológicas, siendo las más frecuentes: Zoom, Google Meet y Skype.

No cabe duda de que las personas se han vuelto altamente dependientes de las tecnología, debido a que la mayoría de las operaciones personales y comerciales, se realizan utilizando dispositivos electrónicos, un ejemplo de ello sería: consultar saldo bancario, solicitar y asistir a citas médicas, asistir a clases virtuales, adquirir bienes o servicios y un sinnúmero de operaciones cuya realización es posible gracias a la incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en el acontecer diario de la colectividad.

Lo anteriormente descrito, permite deducir que es bastante lógico pensar que las nuevas disputas de esta era 4.0 estarán relacionadas con el ecosistema de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y que por ende las nuevas formas de probar derechos y obligaciones será a través de estos dispositivos electrónicos: ya que serán estos los que contengan los hechos susceptibles de ser convertidos posteriormente en verdad procesal en el escenario judicial, con el propósito de resolver conflictos intersubjetivos. Y es precisamente en este punto donde surge la noción de prueba electrónica.

El Jurista español Sergio Carrasco Mayans en el *e-book* “La Prueba Electrónica Validez y Eficacia Procesal”<sup>5</sup> define las pruebas electrónicas como: “La información de cualquier naturaleza en forma electrónica, que posea relevancia probatoria y que este archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.”

De tal definición, debemos extraer algunos elementos. Primeramente el jurista señala que la información puede ser de cualquier naturaleza, en ese sentido se debe entender que las pruebas digitales, no están supeditadas a un tópico particular sino que por el contrario poseen un amplio rango, pudiendo abarcar todo tipo de información. Por otra parte respecto a la relevancia probatoria que pueda tener la información archivada en un soporte electrónico, la misma será consecuencia del contenido de la misma, es decir, será la parte interesada quien inicialmente determinará si la información reviste carácter probatorio, en otras palabras, el interesado en probar un hecho, declaración o situación deberá ponderar la pertinencia o no de la prueba, es decir, si la

<sup>5</sup> Mayans, Sergio «La alegalidad o limbo legal de la prueba electrónica» Ebook La Prueba Electrónica Validez y Eficacia Procesal. Editorial Juristas con Futuro. Disponible en [www.juristasconfuturo.com](http://www.juristasconfuturo.com) Octubre 2016 Acceso: 15 de septiembre de 2020

información contenida dentro de ese formato o soporte electrónico, guarda relación respecto a lo que se pretende probar.

Seguidamente, el citado autor indica que esta información estará archivada en un soporte electrónico. ¿Pero qué se debe entender por soporte electrónico? A tal efecto INCIBE<sup>6</sup> (Instituto nacional de ciberseguridad español) señala que: “Cuando hablamos de soportes de información nos referimos a todos aquellos dispositivos que permiten almacenar información en formato electrónico y que en general son fáciles de transportar” pudiendo insertar dentro de esta definición los ampliamente conocidos: discos duros, cintas o discos de seguridad, unidades usb, tarjetas de memoria como *sd* o *micro-sd*, discos ópticos como cd o dvds y en general cualquier otro que tenga la posibilidad de almacenar y transportar información electrónica.

Por último, señala el autor que la información debe constar en un formato determinado que sea susceptible de identificación y tratamiento diferenciado. Tal como se señaló anteriormente, existen multiplicidad de formatos electrónicos (usb, cd, tarjetas de memoria, entre otros) siendo la condición de la identificación, determinante al momento de promover en juicio una prueba digital ya que el poder atribuir efectivamente la emisión o recepción de un mensaje de datos a una persona, constituye uno de los requisitos indispensables para la formación efectiva de estos medios probatorios, sin el cual carecerían de autenticidad y consecuentemente de validez procesal.

Ahora bien, cuando analizamos el estudio de la regulación normativa de las pruebas digitales en América Latina por provenir de una misma influencia (Ley CNUDMI para el comercio electrónico) se evidencia como las distintas normas procesales indican que no se puede restar efectos jurídicos a la información que esté en forma de mensaje de datos. Regulación hecha casi en forma unánime dado que en casi todos los países de Latinoamérica se integró la noción del mensaje de datos y la firma electrónica en forma cuasi-exacta; con similares requisitos de validez, mismo alcance probatorio y similar valoración que deben tener ante un eventual órgano administrador de justicia y es por ello que la obtención, promoción, control y valoración de estos medios de prueba, deberá hacerse siguiendo las reglas contenidas en la legislación internacional (Ley CNUDMI para el comercio electrónico) así como las disposiciones contenidas en las normas venezolanas que en próximos capítulos se analizarán.

---

<sup>6</sup> Instituto nacional de ciberseguridad (Incibe) “Los soportes de información” España. Disponible en <https://www.incibe.es>. 2018 Mayo. Acceso: 8 septiembre de 2020

### III. Principio de equivalencia de las pruebas digitales y la Convención Interamericana de Comercio Electrónico

Luis Cova Arria, Jurista y catedrático venezolano, destaca que con este principio, la comisión de la naciones unidas para el comercio electrónico pretendió que ciertos requisitos exigidos de los documentos tradicionales, pudieran ser suplidos en el mensaje de datos<sup>7</sup> y principalmente referidos al contenido del mensaje, destacando entre ellos: la inalterabilidad, la posibilidad de reproducción para las partes contratantes, la posibilidad de autenticación con firma y la viabilidad de poder ser presentado el mensaje ante las autoridades judiciales, este último presupuesto de corte fundamental para las personas naturales o jurídicas partes de una negociación.

La Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico establece en su artículo 5 qué: “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”

El pre-citado artículo es la génesis que da fundamento a la valoración probatoria que los jueces deben otorgar a las pruebas electrónicas, ya que no se debe negar efectos jurídicos a una prueba presentada en formato electrónico (previo cumplimiento de algunos requisitos). Este fundamento es reproducido por el legislador venezolano quien señala en la exposición de motivos de la Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas<sup>8</sup> específicamente en el aparte de los principios:

*Entre los principios que guían al Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, destacamos los siguientes: 1) **Eficacia Probatoria.** A los fines de otorgar la seguridad jurídica necesaria para la aplicación del Decreto-Ley, así como la adecuada eficacia probatoria a los mensajes de datos y firmas electrónicas, en el artículo 4° se atribuye a los mismos el valor probatorio que la Ley consagra para los instrumentos escritos, los cuales gozan de tarifa legal y producen plena prueba entre las partes y frente a terceros de acuerdo a su naturaleza. Asimismo, 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*

<sup>7</sup> Luis Cova Arria, «Ley modelo de la Cnudmi para el comercio electrónico», Revista de la facultad de ciencias jurídicas y políticas N° 04 Universidad Central de Venezuela, Caracas (1997): Pág6.

<sup>8</sup>Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas N° 1204 de fecha 10 de febrero de 2001. Gaceta oficial N° 37.076

*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.*

Inicialmente se manejó la teoría de que las pruebas electrónicas, serían reconocidas como medios de prueba en los ordenamientos jurídicos internos por vía legislativa y que el problema sería fácilmente resuelto, pero esta actualización no llegó con la prontitud requerida y siendo que no existe este medio de prueba taxativamente dentro de la legislación venezolana, se genera un obstáculo al promoverlas en juicio, ya que a la luz de los principios y postulados de la Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas para que se reputen como eficaces se deben revestir de otro medio de prueba como lo es la experticia informática que valide la integridad del mensaje de datos, dado que el mismo es regulado como una prueba documental tradicional, si no es autenticada por los métodos específicos.

La guía para la incorporación al derecho interno de esta ley modelo, intentó sustentar la idea de que la documentación contenida en formato electrónico podía ofrecer un mayor grado de fiabilidad. Pero esta idea 24 años después luce un tanto etérea por la notoriedad de las vulnerabilidades propias de las pruebas digitales ya que estos medios probatorios requieren de un mayor esfuerzo en cuanto a medidas de autenticación y ciberseguridad, por lo altamente volátiles y fácilmente modificables que resultan ser.

#### *IV. Inexistencia de las pruebas digitales en la legislación venezolana: Zona gris*

En Venezuela hasta la fecha no existe una legislación en materia procesal-electrónica; es decir, no se ha reconocido ni incluido en el ordenamiento jurídico positivo la prueba digital como instrumento procesal, lo cual representa muchas veces un obstáculo para las partes a la hora de demostrar situaciones de hecho acaecidas en ecosistemas electrónicos.

La anterior situación aleja a Venezuela de una realidad que hoy por hoy es mucho más global que local y en la que países como España, Colombia, Brasil, Argentina, México, Brasil entre otros, exhiben importantes avances tanto legislativos como jurisprudenciales. Sin embargo, una de las ventajas propias de nuestro ordenamiento jurídico es el carácter progresivo y dinámico del mismo, en el entendido de que se va moldeando a las nuevas circunstancias sociales según corresponda. Prueba de ello es que las pruebas digitales, no se encuentran expresamente prohibidas, razón por la cual jueces y abogados han encontrado en

las denominadas “pruebas libres” un mecanismo subsidiario para incorporar a un proceso, declaraciones y hechos contenidos en formatos o medios digitales.

En tal sentido resulta imperioso analizar cronológicamente las disposiciones normativas y reglamentarias y jurisprudenciales en Venezuela, que nos dan luces sobre el reconocimiento de las pruebas libres y que pueden abrir una ventana en la que las pruebas digitales sean procesalmente legales.

El código de procedimiento civil<sup>9</sup> en lo sucesivo CPC (1990) establece en el artículo 395 el principio de la libertad probatoria según el cual:

*Son medios de pruebas admisibles en juicios 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.*

En el artículo *ut supra* señalado, el legislador abre la posibilidad a los sujetos procesales para que puedan utilizar cualquier medio que consideren conducente a la probanza de sus argumentos, y es precisamente lo que conocemos como el principio de la libertad probatoria, según el cual la ley no impone determinado medio de prueba para acreditar determinada situación, sino que las partes tendrán la posibilidad de elegir el medio probatorio que mejor se adecue a su necesidad, los cuales deberán aparecer reflejados en las leyes de la República o cualquier otro, siempre que no contrarié la ley venezolana. Es allí, donde aparecen las tan controversiales pruebas libres en las que podemos encuadrar las denominadas pruebas digitales; Sin embargo, a efectos de respetar la cronología enunciada, las analizaremos en próximos apartes.

Por su parte La Ley de datos y firmas electrónicas, en lo sucesivo LSMDDYFE (2001) supuso posiblemente uno de los avances más importantes en materia telemática- probatoria real en Venezuela, al reconocer por primera vez la eficacia de los mensajes de datos y firmas electrónicas.

De la exposición de motivos del referido instrumento vale la pena rescatar el siguiente extracto<sup>10</sup>: “En los últimos años esta evolución tecnológica ha revolucionado a nivel mundial las diferentes áreas del conocimiento y de las actividades humanas, fomentando el surgimiento de nuevas formas de trabajar, aprender, comunicarse y celebrar negocios”

<sup>9</sup>Código de Procedimiento Civil (Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria de fecha 18 de septiembre de 1990).

La LSMDDYFE reproduce en su exposición de motivos parte de la línea motiva de la ley modelo CNUDMI sobre comercio electrónico, que básicamente exploraba la posibilidad de que las personas naturales o jurídicas, pudiesen celebrar transacciones comerciales por medios tecnológicos, acortando distancias, ahorrando costos y preservando la posibilidad de utilizar como medios de prueba, los mensajes de datos y las firmas electrónicas devenidas en alguna operación realizada por vía telemática (para ese entonces correo electrónico).

En tal sentido señala el artículo 1º la LSMDDYFE lo siguiente:

*El presente Decreto-Ley tiene por objeto otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la Firma Electrónica, al Mensaje de Datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, así como regular todo lo relativo a los Proveedores de Servicios de Certificación y los Certificados Electrónicos.*

De la norma citada, vale la pena rescatar la expresión “y a toda información inteligible en formato electrónico independientemente de su soporte material” con lo cual es perfectamente factible utilizar como pruebas digitales según esta norma sustantiva, no solamente los datos contenidos en comunicaciones hechas a través de correos electrónicos, sino además cualquier dato, información o declaración realizada en cualquier dispositivo electrónico.

Por consiguiente, al realizar una operación analógica adaptando el anterior supuesto a las nuevas tecnologías de la información, se confirma la posibilidad de que no solo los chats de facebook, whatsapp, hangouts, skype, gmail entre otros, sino que además los comentarios hechos en plataformas como twitter o las declaraciones hechas en videoconferencias, pueden ser utilizados como medios probatorios en un proceso judicial, previo cumplimiento de unos requisitos de admisibilidad que garanticen la autenticidad de los mismos, la emisión y recepción o participación de las partes involucradas en la controversia, previa identificación, la inalterabilidad del mensaje de datos, la conservación del mismo y en consecuencia las garantías de derecho a la defensa y debido proceso a los sujetos procesales.

Si bien es cierto, que las pruebas digitales no se encuentran taxativamente reconocidas en la legislación patria, no es menos cierto que existen mecanismos para que las mismas sean promovidas, impugnadas, evacuadas, verificadas y valoradas en un proceso judicial, a través de las denominadas pruebas libres, posibilidad que viene dada por el dinamismo concebido en los artículos 395 del CPC y 1 de la LSMDDYFE, ya que al definirse la prueba digital como la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de

identificación y tratamiento diferenciado, tenemos que el mensaje de datos según la definición de la LSMDDYFE es claramente equiparable al concepto moderno y globalmente aceptado de prueba digital.

Seguidamente resulta imperioso analizar en este paseo cronológico lo dispuesto por el Tribunal Supremo de Justicia en materia de pruebas libres:

Respecto a la forma idónea en cuanto a la promoción y producción de la prueba libre electrónica, la sentencia N° 769 dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, (Caso: Distribuidora Industrial de Materiales, C.A., contra Rockwell Automation de Venezuela, C.A.), en fecha 24 octubre de 2007, estableció los requisitos para que las pruebas electrónicas tengan validez procesal:

*Es evidente, pues, que el documento electrónico o mensaje de datos es un medio de prueba atípico, cuyo soporte original está contenido en la base de datos de un PC o en el servidor de la empresa y es sobre esto que debe recaer la prueba. En razón a esta determinación, los documentos electrónicos no pueden ser exhibidos, por cuanto la manera en la cual son almacenados los datos electrónicos, impide que puedan ser presentados al juicio, pues ellos están en la base de datos de un PC o en el servidor de la empresa, razón por la cual se está frente a la necesidad de una experticia para verificar la autoría de los documentos que se emitan.*

En cuanto al valor probatorio de las mismas, la sentencia N° 105 del 07 de marzo de 2018, de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia reiteró que los mensajes de datos que se reproduzcan en juicio en formato impreso tendrán el valor probatorio de copias o reproducciones fotostáticas, desvirtuable por cualquier medio de prueba. De no ser impugnados debidamente, se tendrán por fidedignos. Específicamente ha establecido la máxima instancia de la jurisdicción civil del país:

*De la norma antes transcrita se verifica que los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que los documentos escritos, son considerados en cuanto a su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, una prueba libre y, se regirá conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, y una vez reproducido en formato impreso, se le da el valor probatorio de copias o reproducciones fotostáticas. En tal sentido, la Sala ha establecido que la información contenida en un mensaje de datos reproducida en un formato impreso, posee el mismo valor probatorio al que tienen las copias o reproducciones fotostáticas simples, así, debe entenderse su*

*eficacia probatoria, idéntica al tratamiento aportado por el legislador a los documentos privados simples, por lo que el mensaje de datos impreso tendrá la eficacia probatoria de las copias o reproducciones fotostáticas y su contenido podrá ser desvirtuado a través de cualquier otro medio de prueba regulado de conformidad a lo establecido en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual, al dársele la eficacia probatoria de las copias o reproducciones fotostáticas y hallarse bajo las regulaciones previstas en el antes referido artículo, si las mismas no son impugnadas en la contestación de la demanda; dentro de los cinco (5) días siguientes de producida la contestación de la demanda, o dentro de los cinco (5) días siguientes de la promoción de pruebas, dichas copias o mensajes de datos se tendrán como fidedignas. En consecuencia no tendrán valor alguno si se acompañan en cualquier otra oportunidad y no son aceptadas expresamente por la otra parte. (Vid. Sentencia N° 274, de fecha 30 de mayo de 2013, expediente N° 2012-594, caso: Orión Realty C.A., contra Franklin Del Valle Rodríguez Roca).*

De las pre-citadas jurisprudencias se evidencian los dos obstáculos más frecuentes al momento de la sustanciación de las pruebas electrónicas en un proceso judicial: Uso de técnica inadecuada en la promoción y la valoración que les otorga el juez (depende entre otras cosas de la forma de promoción y de las reglas de la sana crítica)

Respecto a la técnica inadecuada en la promoción de estos medios, la misma se configura cuando la parte interesada en introducir al proceso (por ejemplo) una conversación sostenida en alguna aplicación de mensajería instantánea, se limita a producir impresiones de la conversación sin el debido señalamiento y solicitud de experticia técnica sobre el dispositivo electrónico que ha servido como emisor o receptor del mensaje de datos.

Se debe tener en cuenta que en muchos procedimientos judiciales estas pruebas han sido desechadas por entenderse que los contenidos no han sido reconocidos por la parte a quien se le opone o porque no se han practicado sobre los mismos prueba pericial informática que acredite su autenticidad, envío y recepción. De manera que la única vía para hacer valer dicha prueba si la otra parte no reconoce su existencia, es por medio de una experticia informática. Y a tal efecto, lo correcto sería que las partes interesadas en introducir al proceso un correo electrónico o alguna situación de interés procesal contenida por otro medio electrónico, promuevan en conjunto la impresión de la conversación y la solicitud de la práctica de experticia técnica, sobre el soporte donde se ha generado el intercambio de información.

Experticia que encuentra su pertinencia en la tutela de los derechos al debido proceso, defensa y contradicción, ya que cualquier persona que utilice mensajería instantánea como whatsapp, facebook, messenger, gmail, incluso instagram, puede eliminar un mensaje y posteriormente hacer screenshot, ocultando así partes que podrían ser poco beneficiosas para ellos y modificando el contenido de la conversación, existiendo además la posibilidad de que a través de modernos programas de edición como adobe photoshop, se alteren o falsifiquen conversaciones que posteriormente pretendan ser atribuidas a alguna de las partes. Por ello y a los fines de preservar las garantías constitucionales de debido proceso y derecho a la defensa, las pruebas electrónicas deben ser objeto de experticia técnica.

Ahora bien, sobre el segundo obstáculo relativo a la valoración que les otorga el juez, usualmente esta depende de si la prueba ha sido promovida idóneamente y si el juez conoce la valoración que debe otorgarles, lo cual se debe presumir como cierto de conformidad con el principio de *iura novit curia* (el juez conoce el derecho), pero que en ocasiones los mismos yerran al valorar como pruebas digitales fidedignas a simples impresiones traducidas en copias simples.

Al realizar un ejercicio de hilación de la parte *in fine* del artículo 4 de la LSMDDYFE, con el artículo 429 del CPC el cual dispone que:

*Las copias o reproducciones fotográficas, fotostáticas o por cualquier otro medio mecánico claramente inteligible, de estos instrumentos, se tendrán como fidedignas si no fueren impugnadas por el adversario, ya en la contestación de la demanda, si han sido producidas con el libelo, ya dentro de los cinco días siguientes, si han sido producidas con la contestación o en el lapso de promoción de pruebas. Las copias de esta especie producidas en cualquier otra oportunidad, no tendrán ningún valor probatorio si no son aceptadas expresamente por la otra parte.*

Se puede concluir que los correos electrónicos o chats de whatsapp, facebook, instagram u otros, que se promuevan en formato impreso no son considerados por el legislador como pruebas digitales, sino copias o reproducciones fotográficas que pueden ser impugnadas por la contraparte. Y allí surge el segundo obstáculo en materia de pruebas digitales: la valoración que otorgará el administrador de justicia.

Respecto a la valoración que les da el juez, el abanico de opciones es muy amplio ya que si las mismas son promovidas correctamente, es decir: en formato impreso en conjunto con la solicitud de experticia técnica informática, dependiendo del dictamen del perito, el juez debería (no está obligado) a valorarlas como auténticas y validas (o no). En cambio, si el promovente hace uso

inadecuado de las técnicas de promoción y se limita a aportar un simple correo o chat impreso, seguramente la contraparte la impugnará y el juez de la causa lo valorará como una copia simple, que al no ser ratificada, será desechada.

Siendo preciso señalar que en Venezuela el problema más que de regulación (que lo es), ha sido de interpretación por parte de los operadores de justicia y de los justiciables al momento de proponerlas como medios de convicción.

Visto lo anterior, es indispensable que todos los actores que hacen parte del sistema de justicia: jueces, secretarios, alguaciles, abogados y usuarios, puedan entender que un screenshot no es una prueba digital, a lo sumo puede equiparse con una copia simple (documento privado) de conformidad con lo dispuesto en la parte in fine del artículo 4 de la LSMDDYFE, según el cual: “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.”

#### *V. Eficacia y valor probatorio de las pruebas digitales*

Por la misma complejidad y volatilidad de las pruebas digitales respecto a las pruebas documentales tradicionales: es decir la factibilidad de que las primeras puedan ser modificadas, alteradas, o destruidas, cosa que no sucede tan fácilmente con las segundas, es por lo que se han establecido algunos requisitos mínimos de validez de las pruebas digitales, con el fin de que los jueces puedan tener certeza de que su decisión está fundada en pruebas lícitas que no han sido modificadas a conveniencia de las partes en litigio garantizando así: el debido proceso, el derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva.

Uno de los principales problemas a los que se enfrentan los abogados en materia probatoria digital es que cualquier archivo (foto, vídeo, imagen, documento entre otros.) está sometido a una constante manipulación generando sobre la autenticidad de los mismos.

Cuando se aplica un filtro a una imagen o se utilizan programas de edición para cortar y reenviar una nota de voz o un video, se produce una modificación del archivo original y ¿de qué forma puede determinarse si una imagen, audio, video, documento, programa o carpeta ha sido o no manipulada? gracias a la función hash.

La función hash Según Kike Torne<sup>10</sup> “Es un algoritmo criptográfico aplicado al archivo que nos interese garantizar, el cual nos dará como resultado una cadena alfanumérica única. El más mínimo cambio que pueda sufrir un

<sup>10</sup> Kike Torne, «Hash: la función que nos garantiza la autenticidad del archivo », ATI Spain tips 8 de junio de 2017, acceso el 3 de octubre de 2020, <https://www.atispain.com/blog/hash-la-funcion-que-nos-garantiza-la-autenticidad-del-archivo/>

archivo, alteraría dicha cadena, dándonos como resultado una completamente distinta” y ese es el fundamento por el cual se hace imperante la intervención del experto informático, quien deberá a través de la prueba de experticia determinar si la función hash fue alterada o no, determinando así la veracidad e integridad del mensaje de datos.

Siendo la experticia informática de absoluta importancia para que la prueba digital pueda gozar de veracidad ante el juez, de manera que la contraparte no pueda (aunque quiera) hacer efectiva contradicción.

Existen algunos requisitos de estricto cumplimiento que dotan a las pruebas electrónicas de autenticidad, certeza y validez, lo cual será determinante en la fase probatoria. Dentro de esos requisitos, se deben señalar principalmente los que han sido establecidos por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, en su artículo 9 cardinal 2:

*Toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.*

Del tal postulado podemos extraer los requisitos necesarios para que a un mensaje de datos se le atribuya fuerza probatoria:

1. Fiabilidad: en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado; Esta fiabilidad está relacionada con la necesidad de demostrar que el mensaje de datos ha permanecido inalterable desde su envío y recepción.
2. Identificación de las partes: Referida a la a posibilidad de atribuir la emisión de un mensaje de datos a una persona natural o jurídica y la recepción del mismo a otra persona. Punto medular en materia probatoria digital ya que una de las defensas más comunes es negar la emisión o recepción del mensaje de datos.

Por su parte, la Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas establece en el artículo 7, los requisitos que deben ser satisfechos para que los mensajes de datos gocen de eficacia probatoria:

*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.*

Tenemos entonces que el legislador venezolano sigue la línea normativa propuesta por la Ley CNUDMI sobre comercio electrónico y además añade un tercer requisito: la disponibilidad del mensaje de datos. Referida a la posibilidad de que el mismo pueda ser consultado posteriormente, por el hecho de que uno de los grandes inconvenientes que traen estos medios probatorios por su alta volatilidad es la pérdida o destrucción de los mismos y por eso en próximos capítulos se presentan dos mecanismos alternos, para sortear el referido obstáculo.

No obstante, no es prudente sostener que todo mensaje de datos tiene el mismo valor procesal de un documento físico que ha sido suscrito por las partes, ya que para que esta equivalencia sea efectiva y pueda generar efectos jurídicos a favor de la parte que los opone y en contra de la parte a quien se ha opuesto, el documento electrónico deberá permanecer: inalterable y accesible en el tiempo para su posterior consulta.

Tampoco significa lo anterior que todo mensaje de datos o documento electrónico tenga plena fuerza probatoria, pues al igual que con la prueba documental, deberán validarse los requisitos ya señalados.

En ocasión a las dudas sobre la forma correcta de promoción y su eventual valoración en un proceso, se considera pertinente tomar como referencia del derecho comparado, la jurisprudencia española<sup>11</sup>, por ser España un país pionero en materia de derecho digital, específicamente sobre chats de aplicaciones donde han sentado importantes precedentes jurisprudenciales, entre esos el que a continuación se cita:

*La prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando*

<sup>11</sup> STC 300/2015 Sala II del Tribunal Supremo Español de fecha 19 de mayo de 2015.

*son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido.*

El anterior criterio guarda similitud con lo dispuesto por el legislador venezolano en la ley de datos y firmas electrónicas, así como la practica reiterada en la que se promueve en forma conjunta la impresión del chat de whatsapp junto a la experticia técnica, donde además se pudiese agregar la posibilidad de que el juez entreviste a ambas partes (demandante y demandado) para formarse un mejor criterio sobre la prueba digital promovida.

#### VI. *Alternativas para preservar evidencias digitales en tiempos de COVID-19*

Lucas Paus<sup>12</sup> expresa sobre la necesidad de preservar las evidencias o pruebas digitales que:

*En la actualidad nos desarrollamos en un mundo digital relativamente globalizado en donde los smartphones, servidores y computadores personales pueden ser víctimas de los más diversos ataques cibernéticos apuntados en contra de negocios, personas o instituciones. En muchas ocasiones y de la mano de la informática forense estos hechos son denunciados ante la justicia, en la cual se deberán presentar evidencias digitales que serán de gran ayuda la hora de esclarecer un ilícito.*

Existe multiplicidad de mecanismos adoptados globalmente para el manejo de pruebas digitales. Es sabido que en Venezuela el tema parece estar en medio de una zona gris del derecho, por la falta de regulación explícita, sin embargo y tal como se disertó en el introito de este artículo, la suspensión parcial de las actividades judiciales no implica que los conflictos entre personas se hayan paralizado, por el contrario, han aumentado en gran forma producto del vertiginoso aumento<sup>13</sup> de las transacciones, contrataciones e intercambios de tipo

<sup>12</sup> Lucas Paus «5 consejos para no invalidar la evidencia digital en análisis forense» We live security, 15 de febrero 2016, acceso el 5 de septiembre de 2020 <https://www.welivesecurity.com/la-es/2016/02/15/consejos-evidencia-digital-análisisforense/>

<sup>13</sup> Paola Vargas, «Comercio electrónico ha crecido más de 300% en Latinoamérica durante la pandemia », Diario La República, 4 de mayo de 2020, acceso el 19 de

personal a través de medios electrónicos, por lo que se hace necesario preservar o conservar de alguna forma las declaraciones de voluntad, dichos y afirmaciones contenidos en dispositivos electrónicos.

Y es por esta necesidad de preservación de las pruebas electrónicas, ante el inminente riesgo de su desaparición, que se plantean como mecanismos alternos para su tratamiento en un escenario into-post pandémico, los siguientes:

A. Preconstituir la prueba en Notarias (Saren)

La noción de pre-constitución por aplicación analógica, encuentra sentido en la institución del retardo perjudicial, instrumento previsto en el artículo 813 del código de procedimiento civil (1982) el cual dispone: “La demanda por retardo perjudicial procederá cuando haya temor fundado de que desaparezca alguna prueba del promovente”. Siendo ese temor, uno de los principales peligros a los que se enfrentan las partes que requieran utilizar pruebas electrónicas, es decir que las mismas desaparezcan.

El objeto de la demanda por retardo perjudicial es asegurar la vida de la prueba, de modo que esta no desaparezca por alguna circunstancia. En consonancia con el artículo citado, resulta interesante la postura del legislador patrio, quien establece la posibilidad de que se promueva “alguna prueba del promovente” es decir cualquier medio probatorio a excepción de la prueba de la confesión según lo dispone el artículo del 816 del mismo código. La competencia para conocer de este procedimiento será del juez de primera instancia del domicilio del demandado o el que haya de serlo para conocer del juicio en el cual se harán valer las pruebas a elección del demandante.

Surge entonces una alternativa ante la suspensión parcial de actividades judiciales: Si se requiere asegurar la vida de una prueba electrónica y el acceso al órgano jurisdiccional se encuentra parcialmente limitado ¿Puede el notario dar fe pública de algún hecho o declaración contenido en un dispositivo electrónico? ¿Está facultado para tal acto? A continuación, se darán respuestas a estas interrogantes, donde además se disertará sobre los motivos por los cuales se considera la posibilidad de preconstituir la prueba electrónica en notaría, a los fines de evitar su desaparición producto de una característica tan inherente a ella, como lo es la volatilidad.

---

septiembre de 2020, <http://www.larepublica.co/globoeconomia/e-commerce-ha-crecido-mas-de-300-en-latinoamerica-en-medio-de-la-pandemia-3000424>

A efectos argumentativos e ilustrativos, se considera pertinente traer como punto previo parte de la exposición de motivos de la Ley de Registros y Notariado<sup>14</sup> en lo sucesivo LDRYDN (2014) la cual señala:

*En este sentido, es necesaria la adecuación tecnológica, para proveer agilidad, certera y eficacia en todos los procesos que se verifican en las oficinas de registros y notarías, para garantizar en su conjunto seguridad jurídica a los sujetos que interactúan en sociedad tanto en materia civil como mercantil. El Sistema tradicional manual resultó ampliamente superado por avances tecnológicos de la digitalización. El manejo electrónico del documento, la firma electrónica y la base digital de datos, unidos a los conocidos trámites de traslado y habilitación, convergen en un servicio eficiente e idóneo para los usuarios y usuarias.*

De la anterior cita, surge la primera interrogante: ¿Puede el notario dar fé pública de algún hecho o declaración contenido en un dispositivo electrónico? Si, tomando como referencia las disposiciones del artículo 68 de la LDRYDN:

*Los notarios públicos son funcionarios del servicio autónomo de registros y notarías, 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 le otorga presunción de certeza al acto.*

La parte in fine de este artículo establece la posibilidad de que el notario pueda dar fé pública de hechos o negocios con relevancia jurídica ocurridos por medios electrónicos, lo cual tiene un significado muy amplio, porque se pudiera integrar por vía analógica en esa definición, los correos electrónicos, chats, videoconferencias, entre otros y en el caso de que sea por vía digital, debe indicar los instrumentos por los cuales otorga presunción de veracidad a estos actos.

Siguiendo la exegesis del cuerpo normativo que regula la actividad de los registros y notarías en el país, se debe traer a colación, el título ii sobre la función notarial, específicamente el artículo 75, el cual resulta ser muy revelador al proscribir que:

*Los Notarios Públicos o Notarias Públicas son competentes, en el ámbito de su circunscripción, para dar fe pública de todos los actos, hechos y declaraciones que autoricen con tal carácter, particularmente de los siguientes: 1.*

<sup>14</sup> Ley de Registros y del Notariado N° 6.156 Extraordinario de fecha 19 de noviembre de 2014. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

*Documentos, contratos y demás negocios jurídicos, unilaterales, bilaterales y plurilaterales.*

Es decir la función notarial de dar fé pública, no se limita contrario a lo que se cree a certificar la celebración de un negocio jurídico bilateral (como es el caso de la cotidiana compra venta de vehículos) sino que de acuerdo a las disposiciones del artículo citado ut retro, el notario está facultado para certificar: documentos y más adelante señala en el mismo artículo “demás negocios jurídicos unilaterales” es decir, actuaciones que solo requieren la declaración de voluntad de una sola parte. Y visto, que no se especifica el tipo de documentos (físicos o electrónicos) en consonancia con el espíritu del legislador, quien en la exposición de motivos de la LDRYDN señala que: “siendo imprescindible la actualización de la Ley de Registro Público y del Notariado, para fortalecer la modernización y digitalización de los procesos registrales y notariales, garantizando la seguridad jurídica y los principios de legalidad y libertad contractual, mediante la publicidad registral y la fé pública”

Se puede inferir entonces que dentro de la categoría de documentos que pueden ser certificados por el notario público, se encuentran los documentos electrónicos. En consecuencia, corresponde dar respuesta la segunda interrogante:

¿Está facultado? Si, plenamente, al seguir la línea normativa del artículo 75 numeral 13 de la LDRYDN, el cual reza: “Los Notarios Públicos o Notarias Públicas son competentes, en el ámbito de su circunscripción, para dar fe pública de todos los actos, hechos y declaraciones que autoricen con tal carácter, particularmente de los siguientes: 13. Transacciones que ocurran en medios electrónicos.”

Al concordar la anterior disposición con el artículo 80 de tal ley especial, cuyo contenido establece: “Las actas notariales son documentos que tienen por finalidad comprobar, a solicitud de parte interesada, hechos, sucesos o situaciones que le consten u ocurran en su presencia.” Se puede concluir en que en Venezuela, el notario público no solamente tiene la facultad de dar fé pública por medios electrónicos, sino que además puede dar fé pública de hechos, sucesos, situaciones, documentos, contratos y demás negocios jurídicos, unilaterales y transacciones que ocurran en medios electrónicos.

Habiendo analizado las disposiciones de la ley especial, hay espacio para una interrogante adicional: ¿Qué mecanismo se puede adoptar para preconstituir una prueba digital en notaria? en el entendido de que el notario no es experto informático y se hace indispensable asegurar tal preconstitución con el objeto de que la prueba no sea impugnada o tachada posteriormente en juicio por manifiesta incompetencia del notario.

Al ser un mecanismo inexistente en nuestra legislación por la falta de regulación procesal electrónica, se sugiere realizar lo siguiente:

1. Escrito dirigido al notario público de la Circunscripción donde el solicitante posee domicilio o donde se encuentra transitando al momento del surgimiento de los hechos con relevancia probatoria digital.
2. En este escrito la parte interesada hace una relación sucinta de los hechos que revistan connotación, bien sean de carácter personal, comercial o contractual, tomando como requisitos de forma por vía analógica los propios del artículo 340 del CPC.
3. En el mismo debe jurarse la urgencia del caso por la posibilidad de que la prueba pueda ser alterada o eliminada y a tales efectos la parte interesada debe solicitar la intervención en el acto donde se vaya a certificar la existencia de la prueba (conversación vía chats, notas de voz, declaraciones emitidas en redes sociales o videoconferencias) de un perito informático, cuyos honorarios serán honrados por el solicitante. Debiendo ser un perito designado exclusiva y excluyentemente por el notario y no por la persona interesada a los fines de preservar la imparcialidad en el dictamen.
4. Una vez el perito informático emita el respectivo dictamen sobre la experticia técnica realizada sobre el dispositivo electrónico, validando o no la autenticidad, no alterabilidad, e integridad de la prueba digital, el notario procederá a certificar la validez y existencia o no de la prueba, el contenido de la misma, el cual tuvo a su vista y fue ratificado por experticia técnica realizada por un perito informático, con acreditada experiencia. Expidiendo de esta forma el acta notarial a la parte solicitante de la preconstitución de la prueba y conservando dos copias adicionales, una en el servidor del sistema y otra en el archivo de la notaria.

Uno de los aspectos que pudiese generar controversias sobre este mecanismo, es el alcance y la valoración que deberá dar el juez de la causa al acta notarial en el que se ha preconstituido esta prueba digital. Lo idóneo sería que a esta certificación se le atribuya el valor probatorio del sistema de pruebas tasado que el legislador otorga a los instrumentos públicos, pudiendo ser objeto de impugnación según los mecanismos de ley. En este caso correspondería la tacha de instrumento público por vía principal o incidental siempre que se demuestre la ocurrencia de alguna de las causales del artículo 1380 del Código Civil Venezolano, siguiendo las normas procedimentales contenidas en los artículos 438 y 439 y SS del Código de procedimiento civil venezolano.

## B. Exportar Chats (Caso Whatsapp)

Whatsapp es la red social de comunicación peer to peer con mayor cantidad de usuarios a nivel global, con unos 1800 millones de usuarios en promedio<sup>15</sup>, a través de la cual se adquieren bienes, servicios o se realizan contrataciones, que frecuentemente son objeto de controversia administrativa o judicial.

Este mecanismo de exportación del chat de whatsapp que se quiere promover, deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1. No archivar, ni modificar el chat de whatsapp que se desea promover, es decir: no se debe, bajo ninguna circunstancia eliminar mensajes contenidos dentro del chat ya que es fundamental preservar la integridad del mismo (es prudente recordar al lector, que producto de la función criptográfica hash, si se modifica el chat el perito lo va a notar y la prueba carecerá de validez al no ser autentica)
2. Aunque existen programas externos como “*Nero burner lite*” para exportar un chat de whatsapp, se recomienda realizar el proceso a través de los mecanismos que ofrece la misma app de la siguiente forma: a. Buscar la conversación que se desea promover. b. En la parte superior derecha de la pantalla se visualizan tres puntos, clicar. c. Aparecerá la opción “mas” seleccionarla y la app redirige a otra opción a “Exportar chat” d. Seleccionar “exportar chat” con lo que la app va a redigir para conservar íntegramente, el chat con audios videos, texto e imágenes. La aplicación da la posibilidad de resguardarlo en otros softwares, lo más recomendable es enviarlo a un correo o a la nube de google drive. Si se elige la opción de google drive, se recomienda proteger el archivo, bajo la modalidad “solo lectura” Finalizado, ya habremos exportado correctamente el chat y preservando la integridad del mismo.
3. Una vez que la exportación fue hecha con éxito, es momento de realizar un escrito dirigido al tribunal de la causa, en el que se señalara: a. Nombre y apellido de la parte promovente (el cliente) b. Nombre y apellido de la contraparte (a este efecto se deben plasmar los números telefónicos con los que se han intercambiado

<sup>15</sup> Susana Galeano, «¿Cuáles son las redes sociales con más usuarios en el mundo 2020?», Marketing E-Commerce 3 de febrero de 2020, acceso el 11 de septiembre de 2020 <https://marketing4ecommerce.net/cuales-redes-sociales-con-mas-usuarios-mundo-2019.top/>

la mayoría de las comunicaciones entre los sujetos procesales) c. Método con el que se exportó el chat de whatsapp d. Hora y fecha en la que fue exportado el chat. f. Versión del sistema operativo del teléfono, por ejemplo, S.O Android 11.2 h. Solicitud al tribunal de la causa de la designación de un experto. (se recomienda la designación de un ingeniero en sistemas ya que son los más capacitados para determinar la veracidad e integridad de los chats)

4. Hasta que concluya la fase de evacuación de pruebas, es importante no borrar el chat desde el dispositivo donde se emitieron o recibieron los mensajes, ya que seguramente el perito hará una evaluación del dispositivo electrónico, conjuntamente con la experticia que se realizará al correo donde consta el chat que previamente se exportó (en el caso de que se haya elegido la opción de exportar a drive o alguna otra nube)
5. Si las pruebas que se requieren acreditar a través de whatsapp no son textos, sino por el contrario notas de voz: no se deben eliminar, recortar o modificar. Por la alteración que se produciría en la función hash, teniendo como consecuencia directa la invalidez de esa prueba por carecer del requisito de inalterabilidad.

La importancia de esta escrito que se aportará al proceso, bien sea con la demanda o por el contrario con la contestación de la misma, o en el lapso probatorio; Radica en que con la misma se busca generar un indicio en el juez de la causa, referido a que la prueba digital que se ha promovido no ha sido alterada sino que por el contrario se ha recabado con extremo cuidado. Lo que deberá ser analizado y confirmado por un perito informático.

En consonancia con las dos propuestas anteriores, que claramente son fórmulas alternativas para preservar y manejar las pruebas digitales en medio de esta situación, resulta imperativo difundir al público en general y orientar al operador de justicia sobre los medios ya existentes en la legislación venezolana para valorar y preservar pruebas digitales.

Siendo necesaria la urgente reforma en la legislación venezolana del código de procedimiento civil, del código de comercio y del código civil con el objeto de que normativamente se introduzcan no solo el concepto de prueba digital sino además la forma de obtención, promoción, contradicción, admisión, evacuación y valoración de las mismas, para que el uso de estos medios de prueba no sean actos discrecionales de las partes y hasta del mismo juez. Asegurando con ello la consolidación real del principio de libertad probatoria y de la adecuación del derecho a las nuevas realidades sociales sin dejar en estado de indefensión a las partes, por falta de regulación efectiva en materia probatoria digital.

## VII. Conclusiones

La legislación venezolana no reconoce taxativamente el uso de los medios electrónicos siendo que en materia de procesos judiciales, el juez tendrá siempre que hacerse de los medios de prueba libre y acudir a la sana crítica para determinar que el intercambio de comunicaciones, transacciones, o cualquier declaración de voluntad realizada por medios electrónicos es o no válida.

Es imperativo que el legislador venezolano, otorgue taxativamente valor probatorio a las pruebas digitales en los procesos administrativos y judiciales, sin que quede a libre criterio del jurisdicente o funcionario, la valoración que corresponderá a estos medios de prueba.

Para ello es necesario que en Venezuela se dilucide lo que es una necesidad y un deseo de todos los integrantes del sistema de justicia venezolano: la tan anhelada reforma al código de procedimiento civil. En la que entre otras cosas se regule la actividad probatoria digital, lo cual incluye la forma de promover, controlar, admitir, desechar, evacuar y valorar una prueba digital.

Esta reforma ha tenido ya dos “intentos” de ver la luz del día, primero en los años 2015 y 2016 en donde se difundió a la ciudadanía una propuesta para reformar el código de procedimiento civil. Cuya iniciativa no tuvo la acogida necesaria en el seno de la asamblea nacional y ahora del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil en fecha 14 de agosto de 2019 en sentencia N° RC.000397 donde se propuso la reforma del procedimiento civil establecido en la normativa adjetiva vigente (1982) con la propuesta de la creación del procedimiento civil único a los fines de hacerlo más dinámico, eficiente y efectivo. Han transcurrido más de catorce (14) meses, desde que fuera dictada la prenombrada sentencia.

Tal propuesta aún se encuentra a la espera del pronunciamiento de la Sala constitucional sobre su constitucionalidad o no y la eventual aprobación. Al no existir regulación sobre la reforma al código de procedimiento civil, la materia procesal digital en Venezuela seguirá siendo una zona gris en el derecho.

Hace apenas un par de meses, se produjeron dos alternativas: Una está ligada con la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia quien en resolución 003- 2020, donde se aprobó la implementación de la justicia digital en materia civil, con la creación de un plan piloto en los Estados Anzoátegui, Aragua y Nueva Esparta en los que se permite la interposición de nuevas causas a través de medios telemáticos, lo cual incluye: formación de expediente electrónico, citación, notificación, promoción, evacuación de pruebas, así como el respectivo dispositivo que sentencie la causa. Lo que ciertamente constituye un hito en la historia procesal digital venezolana, el cual se considera el primero de grandes avances que el sistema de justicia venezolano requiere dar en pro de

la transición definitiva hacia un nuevo mundo virtual, en el que la justicia este a un clic de distancia, en consonancia con la llamada *e-justice*.

Por otra parte, la Cámara de caracas del centro de arbitraje, ha elaborado un “reglamento para el manejo de procedimientos a través de medios electrónicos” en el que su exposición de motivos se lee:

*Con el presente Reglamento se persigue permitir la celebración de audiencias y la presentación de escritos a través de medios electrónicos que posibiliten la sustanciación del procedimiento de que se trate y la comunicación efectiva, segura, rápida e inmediata entre las partes, los árbitros, el mediador, el personal del Centro de Arbitraje y los eventuales auxiliares de justicia, expertos, testigos expertos, testigos y peritos. La posibilidad de cumplir actuaciones a través de medios electrónicos no descarta la posibilidad de que su cumplimiento pueda realizarse a través de entrega en físico y la celebración de audiencias o actos presenciales.*

En el presente Reglamento cuando se haga referencia a medios electrónicos no presenciales, se estará aludiendo a correos electrónicos, llamadas telefónicas, video conferencias por los sistemas conocidos como: Skype, Zoom, Microsoft Teams, Webex entre otros.

El reglamento prevé la posibilidad de un procedimiento mixto (presencial y electrónico) en el que se formara un expediente electrónico, se evacuaran pruebas testimoniales, documentales y periciales por medios electrónicos, y en general se sustanciara todo el procedimiento arbitral ordinario, por estos medios, siempre que las partes de mutuo acuerdo así lo acuerden.

Sin duda alguna, grandes avances en materia procesal digital para Venezuela, pero creemos que la vanguardia no debe supeditarse exclusivamente al sector privado o a una jurisdicción del poder judicial sino que debe extenderse a todas las jurisdicciones: civil, penal, laboral, protección de niños, niñas y adolescentes, agrario, tránsito, bancario, tributario, mercantil, contencioso administrativo y violencia contra la mujer, como garantía del derecho a la defensa de las partes y de la tutela judicial efectiva.

Tal como lo señala el título de la revista para la cual este artículo científico se postula (Derecho y sociedad): el derecho debe ir siempre de la mano de la sociedad, nunca en modo contrario.

En Venezuela es necesario reconocer la existencia y la importancia del derecho procesal electrónico: seguir ignorándolo no es ya una opción. Su desarrollo, regulación y aplicación es una labor impostergable que hasta el momento no ha sido asumida por los actores encomendados por ley (Asamblea nacional).

Hasta que suceda, los abogados, jueces, fiscales, defensores y sociedad civil deberán remar en esa dirección. No se trata de modismo, disrupción o innovación.