

## CAPITULO IV

### RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

#### 1. Análisis e interpretación de los resultados.

##### **1. Detectar las condiciones técnico-jurídicas del conocimiento de embarque electrónico, para constituir medio de prueba en los procedimientos mercantiles.**

Éste representa el primer objetivo específico a analizar y en consecuencia, a desglosar las categorías que lo componen. Así, la primera categoría a analizar está referida a las condiciones técnico-jurídicas del Conocimiento de Embarque, pero para ello considera la investigadora que, resulta necesario estudiar el contrato de transporte por agua, convención en la cual se materializa la utilización del mencionado instrumento conocido como conocimiento de embarque o bill of lading.

Así, en cuanto a la primera sub-categoría de la categoría ut retro referida, que alude al necesario estudio del contrato de transporte marítimo, se tiene que en la Ley de Comercio Marítimo en el artículo 197, ordinal 6º, el Contrato de Transporte por agua, es definido como “todo aquel en virtud del cual el porteador se compromete, contra el pago de un flete, a transportar mercancías por agua de un puerto a otro”.

Es plausible afirmar que el transporte marítimo de mercancías puede ser efectuado bajo el amparo de un conocimiento de embarque, de un documento de título similar, de una carta de porte marítimo (Sea Waybill) y, a partir de la década de los noventa, de un conocimiento de embarque electrónico.

Así, el contrato de transporte de mercancías por vía acuática se efectúa bajo el amparo de un conocimiento de embarque; siendo éste un contrato de adhesión, en el cual una de las partes (el porteador) impone, en forma unilateral, sus condiciones, entre ellas el régimen de responsabilidad, por lo que surgió la necesidad de implementar una normativa que impida el abuso de la facultad de limitación y/o exoneración de responsabilidad del porteador.

El primer instrumento de carácter internacional sobre la materia es la Convención Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque (Reglas de La Haya), firmada en Bruselas el 25 de agosto de 1924. El sistema de La Haya ha venido rigiendo el transporte marítimo internacional durante más de 70 años; esa vigencia ha tenido, hasta ahora, carácter universal, por cuanto las Reglas de La Haya se aplican, bien porque el Estado sea signatario de la Convención; bien porque el Estado haya promulgado una Ley nacional incorporando las normas de La Haya; o, por remisión expresa de la Cláusula Paramount del Conocimiento de Embarque en aplicación del Derecho Internacional Privado.

En este sentido, el citado instrumento define al contrato de transporte en el artículo 1. b), en los siguientes términos:

Se aplica únicamente al contrato de transporte comprobado por un conocimiento o por cualquier documento similar de título que habilite para el transporte de las mercaderías por mar; se aplica también al conocimiento o documento similar extendido en virtud de un contrato de fletamento, a partir del momento en que ese documento habilitante rige las relaciones entre el porteador y el tenedor del conocimiento. (...omissis...)

Para 1968, el Protocolo de Enmienda de la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, conocido como Protocolo de Visby, introdujo importantes modificaciones de entre las cuales cabe destacar, a los efectos de la limitación de responsabilidad, la consideración como unidad de cada bulto transportado en un "Container" o "Pallet". Tal innovación beneficia a los cargadores en caso de averías o pérdida. La aplicación de La Haya con las enmiendas del Protocolo es lo que se conoce como el Sistema La Haya-Visby, instrumento que comparte la definición supra citada sobre el contrato de transporte.

No obstante, antes de la entrada en vigencia de la nueva legislación marítima venezolana, las anacrónicas normas contenidas en el Código de Comercio eran letra muerta por cuanto, la cláusula Paramount contenida en todos los conocimientos de embarque, imponía la legislación aplicable al

contrato evidenciado por el conocimiento. Tal situación ha cambiado radicalmente con la promulgación de la Ley de Comercio Marítimo, la cual en su artículo 149 prevé que "...las disposiciones relativas al transporte de mercancías y de pasajero por agua, son de carácter imperativo, salvo que la ley disponga lo contrario... "

En Venezuela, el derecho marítimo comercial estaba contenido en el Libro Segundo del Código de Comercio, denominado "Del Comercio Marítimo"; cuyas disposiciones, como se expuso, eran absolutamente anacrónicas y divorciadas de la realidad actual del comercio marítimo. A raíz de la promulgación de la Ley de Comercio Marítimo, Venezuela se ha incorporado al régimen universal que regula el derecho marítimo comercial por cuanto, sus disposiciones recogen las equivalentes de las convenciones internacionales y las modernas legislaciones nacionales.

En el caso particular del contrato de transporte marítimo, se inspira básicamente en el sistema La Haya/Visby/SDR aun cuando acoge algunas disposiciones contenidas en Hamburgo. Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte de Mercancías por Mar, conocida como Reglas de Hamburgo, firmada en 1978, entró en vigencia, para los Estados signatarios el 1º de noviembre de 1992.

La aparición de las Reglas de Hamburgo ha venido a constituir un factor perturbador de la imprescindible uniformidad del Derecho Marítimo, por

cuanto determina la coexistencia de dos regímenes regulatorios del transporte marítimo: 1. Reglas de la Haya, que pretende el equilibrio de intereses entre las partes intervinientes en el contrato de transporte marítimo, y 2. Reglas de Hamburgo, inclinadas abiertamente en favor de los intereses de una de las partes, esto es de los cargadores; no obstante, han fracasado en el intento de remplazar a aquellas.

En definitiva, el traslado o transferencia de cosas por agua encuentra su instrumentación en el contrato de transporte. El porteador o transportista, asume una obligación de resultado, entregar en el lugar de destino el bien transportado, en el mismo estado que lo recibió, y bajo las condiciones estipuladas en el conocimiento de embarque.

De esta manera, se vislumbra la segunda sub-categoría referida a los elementos del contrato de transporte por agua, siendo que desde el punto de vista subjetivo, en este contrato intervienen tres personas, a saber:

1. Porteador: es el que contrae la obligación de conducir. El que hace la conducción por agua toma el nombre de patrón o barquero.
2. Cargador, remitente o consignante: es el que por cuenta propia o ajena encarga la conducción.
3. Consignatario: es la persona a quien se envían las mercaderías. Una misma persona puede ser a la vez cargador y consignatario.

No obstante, se ha constatado que en las Reglas de Hamburgo y en la ley venezolana la situación es distinta a lo evidenciado en los instrumentos

internacionales de La Haya/Visby/SDR, donde como se expuso en las bases teóricas, se omite la figura del consignatario, por cuanto, en las Reglas de Hamburgo y la ley venezolana no sólo se define al consignatario sino que, se le señala como el titular de las reclamaciones y acciones; en efecto, Hamburgo, en su Parte V (Reclamaciones y Acciones) y la Ley de Comercio Marítimo en su Título V, Capítulo 111, Sección VI (Reclamaciones y Acciones), atribuyen la titularidad de la acción al consignatario.

Asimismo, otro de los elementos indispensables del contrato de transporte marítimo lo constituyen las mercancías, siendo que los tres instrumentos internacionales mencionados concuerdan en que se considera "mercancía" a cualquier clase de bien objeto del transporte; en tal sentido, la redacción más apropiada es la contenida en la ley venezolana que describe el término como "todo bien susceptible de ser transportado por agua".

Al respecto, el elemento novedoso incluido en Hamburgo y la Ley de Comercio Marítimo es el que se refiere al contenedor o paleta utilizados para embalar y/o agrupar las mercancías, los cuales, cuando han sido suministrados por el cargador, son considerados a su vez como mercancías, a los efectos de la responsabilidad del porteador.

Ahora, como instrumento que materializa o sustenta la presencia de los elementos supra mencionados, se encuentra al documento conocido como Conocimiento de Embarque, lo que adentra a la tercera subcategoría de la

mencionada primera categoría, el cual es definido en la ley especial en la materia, a saber, la Ley de Comercio Marítimo, en los siguientes términos:

Artículo 197.A los efectos de este Decreto Ley se entiende por:

7. Conocimiento de embarque: documento que hace prueba de un contrato de transporte por agua o aquel que lo reemplace y acredita que el porteador ha tomado a su cargo las mercancías, y en virtud del cual éste se compromete a entregarlas contra la presentación del documento correspondiente y según el cual las mercancías han de entregarse a una persona determinada, a la orden o al portador.

En la práctica, el uso del referido instrumento presentaba el problema de definir con mayor exactitud la función del mismo, y flexibilizar la rigidez de la regla de que las mercancías no deben ser entregadas sino a la persona tenedora del conocimiento de embarque y contra entrega de dicho documento.

Esta situación obligó a la comunidad internacional, representada por el Comité Marítimo Internacional (CMI), a la adopción de las Reglas de París 1990, ya que había que desvincular el derecho a la recepción de la mercancía de la necesidad de exhibir un documento, siendo para ello conveniente el establecimiento de normas uniformes que reglamentaran la transferencia de los derechos que sobre la titularidad de las mercancías en tránsito se le confieren al consignatario, así como sobre el derecho a dar

instrucciones en tránsito al transportista y el derecho a reclamar la entrega de la mercancía en el puerto de destino.

Ahora, resulta de vital importancia a los fines de establecer la prueba de la existencia del conocimiento de embarque, el determinar el modo de soporte del mismo. Es así como nos adentramos a la cuarta sub-categoría de la primera categoría de análisis, referido a la instrumentación y contenido del conocimiento de embarque. Es precisamente en la Ley de Comercio Marítimo en el artículo 234, en donde se establecen los datos que debe contener el conocimiento de embarque; a saber:

- a) La naturaleza general de las mercancías, las marcas y distintivos necesarias para su identificación, de ser procedente una declaración expresa sobre su carácter peligroso, el número de bultos o de piezas y el peso de las mercancías o su cantidad expresada de otro modo; datos que se harán constar tal como los haya proporcionado el cargador.
- b) El estado aparente de las mercancías.
- c) Nombre y el establecimiento principal del porteador.
- d) Nombre del cargador.
- e) Nombre del consignatario, si ha sido suministrado por el cargador.
- f) El puerto de carga y la fecha en que el porteador se ha hecho cargo de las mercancías en ese puerto.

- g) El puerto de descarga.
- h) Número de originales del conocimiento de embarque.
- i) Lugar de emisión del conocimiento de embarque.
- j) Firma del porteador o de la persona que actúe en su nombre.
- k) Valor del flete.
- l) Fecha o plazo convenido expresamente por las partes.
- M) Todo límite o límites superiores de responsabilidad que hayan pactado las partes, de conformidad con esta Ley.

No obstante lo expuesto, el artículo 236 señala que la omisión de uno o varios de los datos, no afecta la naturaleza jurídica del documento como conocimiento de embarque. El cargador está obligado a suministrar al porteador, con exactitud, los datos exigidos en el ordinal 1 de la enunciación que antecede; de no hacerlo, deberá indemnizar al porteador por los perjuicios resultantes de la inexactitud de esos datos. El cargador seguirá siendo responsable de dichos perjuicios, aún cuando haya transferido el conocimiento de embarque.

El derecho del porteador a tal indemnización no limitará en modo alguno su responsabilidad en virtud del contrato de transporte por agua respecto de cualquier persona distinta del cargador. Si el porteador o la persona que en su nombre emite el conocimiento de embarque, tiene motivos fundados para presumir que los datos del mismo no se corresponden con la naturaleza general de las mercancías, sus marcas, distintivos, número, peso y cantidad

que efectivamente ha tomado a su cargo, estampará la correspondiente nota indicando que las mismas se encuentran a bordo del buque, incluyendo una reserva en la que se especifique la inexactitud de los datos, todo de conformidad al artículo 238 de la Ley de Comercio Marítimo.

A tales efectos, en instrumentos internacionales como el de La Haya/Visby/SDR, al igual que en Hamburgo y algunas legislaciones nacionales, se establece que el porteador emitirá el conocimiento de embarque "a pedido del cargador". Este aspecto de exigibilidad ha quedado resuelto en la legislación venezolana, según la cual el porteador deberá emitir un conocimiento de embarque al cargador al hacerse cargo de las mercancías, de conformidad a los artículos 232 y 233 de la Ley de Comercio Marítimo.

En este sentido, el conocimiento de embarque debe ser firmado por el porteador, por una persona autorizada al efecto por él o por el Capitán del buque que transporte las mercancías. Igualmente, no se requiere que la firma sea manuscrita pues podrá efectuarse, indistintamente, en forma mecánica o electrónica.

Ahora bien, nada obsta para que la instrumentación de tales declaraciones conste en un documento electrónico, mas aún, el articulado citado permite que la firma podrá efectuarse, indistintamente, en forma mecánica o electrónica; siendo éste último caso, que se represente en formato electrónico, lo que nos ocupa, a modo de determinar la eficacia

jurídica y valor probatorio que tendría el conocimiento de embarque electrónico; siendo precisamente ello una de las funciones del mencionado documento, el dar plena prueba de la existencia del contrato de transporte por agua, evidenciándose de esta manera la quinta sub-categoría de la primera categoría, referida a las funciones del conocimiento de embarque.

En este orden de ideas, y continuando con el estudio de las funciones del conocimiento de embarque, en segundo lugar se tiene que éste se emplea como recibo de la carga; así, acontece que en Venezuela, la nueva legislación marítima de conformidad al artículo 19 de la Ley de Comercio Marítimo establece, respecto del recibo del piloto que:

Son obligaciones del Capitán, además de lo contemplado en la ley: 1. Otorgar recibos parciales de las mercancías que se embarquen, extendiendo en su oportunidad, los conocimientos de embarque y documentos respectivos. 2. Practicar las anotaciones correspondientes en los recibos y conocimientos de embarque, de las averías, mermas o daños que observare en la carga o que se produzcan por su acondicionamiento.

La expresión, extendiendo en su oportunidad, luce contradictoria con la disposición según la cual el porteador o el porteador efectivo está obligado a emitir un conocimiento de embarque en el momento mismo en que se haga cargo de las mercancías, como lo dispone el artículo 232 ejusdem; ese momento marca el inicio del período de responsabilidad del porteador por las mercancías, y se considera originado cuando éste las haya tomado a su cargo al recibirlas del cargador o de la persona que actúe en su nombre, o de una autoridad que haya emitido un documento a tal efecto, así lo exige el

artículo 235 ejusdem.

Anteriormente, la emisión del conocimiento de embarque, tal como su denominación lo indica, era coincidente con el embarque de las mercancías; sin embargo, en la actualidad, debido en principio a los aspectos financieros de la compraventa internacional, es frecuente que se emita en primer lugar un conocimiento para su embarque, así de conformidad con el artículo 202 y 203 ejusdem, el porteador una vez embarcadas las mercancías, estampará en el conocimiento de embarque la correspondiente nota, indicando que las mismas se encuentran a bordo del buque y la fecha en que se haya efectuado la carga.

Igualmente, como se evidencia de la praxis y afirma la mayor parte de la doctrina especializada, el conocimiento de embarque tiene además como función el de representar un título de crédito. Al analizar la naturaleza jurídica del conocimiento de embarque como título valor, Álvarez (2007) citando a Arroyo señala que es necesario efectuar el examen de la relación entre obligación fundamental y obligación cartacea, teniendo en cuenta que deben ser cuidadosamente separados: la causalidad y la literalidad del derecho incorporado.

En tal sentido, bajo el primer aspecto la causalidad del derecho incorporado al conocimiento opera en beneficio del deudor, porteador de las mercancías, porque puede oponer las excepciones que derivan de la

relación fundamental; y a favor del acreedor, titular legítimo del conocimiento, actúa la literalidad del derecho incorporado.

En consecuencia, a través de sus diversas funciones, el conocimiento de embarque confiere a su legítimo tenedor los siguientes derechos sobre las mercancías, en tanto se encuentren embarcadas: a) la titularidad de las mismas, con su posesión simbólica; b) el derecho de transferencia, y c) el derecho de gravarlas.

El genuino tenedor del conocimiento se encuentra legitimado para ejercer los derechos enunciados a través del cumplimiento de las formalidades pertinentes para su transferencia. De conformidad a la legislación especial en la materia venezolana, los conocimientos de embarque pueden ser emitidos al portador, a la orden o nominativos, y son transferibles según las formalidades y con los alcances que determina el derecho común para cada caso.

El conocimiento al portador se transfiere con su simple entrega; si fuera a la orden requiere el endoso de su titular, y si fuera nominativo (con el nombre del consignatario o destinatario de las mercancías) necesita de su cesión en la forma y con los recaudos que dispone el Código Civil, es decir, por instrumento público o privado y con notificación al capitán o armador.

Las reglas de París 1990, son de aplicación voluntaria en los casos de un contrato de transporte, escrito o no, que no esté cubierto por un

conocimiento de embarque o documento similar de título. Cuando las reglas resulten aplicables, el cargador actúa y se obliga, no sólo en su propio nombre sino también en nombre del consignatario, quien queda sujeto a una responsabilidad no mayor a la que le hubiera correspondido si el contrato de transporte estuviera amparado por un conocimiento de embarque.

Por otra parte, continuando con el análisis de las categorías y subcategorías planteados en la investigación sub iudice, se pasa a la disertación de la sexta sub-categoría de la primera categoría, referida a los Términos de la Compraventa Internacional de mercancías, mejor conocidos como los incoterms. Estos términos comunes del comercio marítimo (INCOTERMS 2000), han sido clasificados por Álvarez (2007), en cuatro grupos. El primero de ellos referido a los denominados Ex Works, que significa que la responsabilidad del porteador termina al entregar la mercancía en fábrica.

En el segundo grupo, que comprende los términos que comienzan con la letra "F"; el vendedor está obligado a entregar las mercancías, sin pagar el flete, a un transportista designado por el comprador, en el lugar donde aquéllas deben ser embarcadas. El riesgo es asumido por el comprador desde el momento de la entrega de las mercancías al transportista, al costado del buque o, a bordo del buque, según la modalidad que se adopte.

En el grupo "C", el vendedor está obligado a contratar el transporte de las mercancías y pagar el flete, sin asumir el riesgo de pérdida o daño por

acontecimientos posteriores a la entrega de aquellas al transportista, en el lugar designado de embarque. El riesgo es asumido por el comprador desde el momento de la entrega de las mercancías en el lugar designado de embarque.

El último grupo, comprende los términos que comienza con la letra "D", y está referido al caso en que el vendedor soporta todos los gastos y riesgos hasta la entrega de las mercancías en el país designado por el comprador, y en el lugar convenido según la modalidad que se adopte.

Entre los términos señalados, interesan específicamente las modalidades "F" y "C", por cuanto en ellas el factor determinante es el buque, y el instrumento fundamental, el conocimiento de embarque.

Ahora, en el análisis de la séptima sub-categoría de la primera categoría, referida a los SEA WAYBILLS como regulación internacional de los contratos de transporte marítimo, se determinó que son llamados también Liner Waybill o Data Freight Receipt, constituyen una alternativa al conocimiento de embarque con grandes ventajas para los operadores, siendo popular en Europa y los Estados Unidos de Norteamérica.

Tradicionalmente, se emplean conocimientos de embarque en tráficos de línea regular, el cual como se ha expuesto cumple tres funciones, a saber: prueba del contrato de transporte, el recibo de la carga a bordo/para embarcar, y el título representativo de la mercancía. Este título, como si se

tratara de un cheque o una letra de cambio, es negociable cuando se emite “a la orden” (to the order).

Pues bien, el Sea Waybill es en todo lo anterior igual al conocimiento de embarque, aunque no es negociable. Su no negociabilidad significa que un Sea Waybill no podrá ser emitido a la orden, y por tanto, nunca será endosable a terceros. Desde el punto de vista operativo, el Sea Waybill se puede materializar en un documento o bien en una simple transmisión electrónica, por medio de la cual los agentes del armador en origen autorizan la entrega en destino. Como resultado, el receptor puede retirar la mercancía sin tener que presentar el Sea Waybill al agente del armador en destino; basta con que demuestre ser la persona o entidad autorizada para la recepción.

En la práctica, el Sea Waybill es una alternativa muy útil en lugar de un conocimiento de embarque, para un exportador que responda al siguiente perfil: (a) Que contrate el transporte en origen, (b) Que tenga cierta experiencia en el sector, y (c) Que no sea un intermediario que negocie en mercados de materias primas o de futuros, ofreciendo el Sea Waybill para este exportador, ventajas tales como celeridad, confianza, seguridad, aceptabilidad, y control.

Ahora, en cuanto a la octava sub-categoría de la primera categoría, referida a los elementos de la contratación electrónica, se tiene que en la

materialización de la contratación electrónica, se encuentran presentes diferentes elementos, tanto subjetivos como objetivos, los primeros están referidos a los compradores, vendedores, proveedores de acceso, proveedores de servicios y prestadores de servicios de certificación, en el denominado comercio electrónico seguro, que hacen vida del comercio electrónico; y los segundos, se refieren a los mensajes de datos, las vías de comunicación y los equipos electrónicos.

Lo importante en el estudio in examine, es reconocer la influencia de la participación de tales elementos en la emisión del conocimiento de embarque de manera electrónica como perfeccionamiento del contrato de transporte por agua; así, estaría presente la figura del cargador (quien no necesariamente es el vendedor), sino la persona que como se expuso, es quien coloca o entrega la mercancía al porteador también conocido como el transportista, quien debe poseer el conocimiento de embarque ya que en dicho instrumento se discriminan las características de la mercancía transportada (entre otros aspectos), y el nombre del consignatario en caso de ser nominativo aquel.

Esta operación perfectamente puede hacerse vía electrónica, encontrándose presentes todas esas partes sin alteración de la eficacia de las funciones del conocimiento de embarque en un contrato de transporte por agua. La formación del consentimiento en materia de contratación

electrónica, pareciera quedar regulada por las reglas generales que dispone el ordenamiento jurídico venezolano.

Así, en principio, para que el consentimiento expresado electrónicamente sea válido, las partes deben ser capaces, lo cual en materia de negocios electrónicos implica dificultades, teniendo en cuenta que las partes nunca están en presencia de la otra; mas, en este caso, las precauciones para que no se cometan defraudaciones estarán a cargo del proveedor de productos o servicios a través de la Red; es decir, de la persona que, por ejemplo, en una pagina web, ofrece determinados bienes.

Entonces, para la formación del contrato se requiere que una de las partes tome la iniciativa y proponga al interesado, el objeto, condiciones y modalidades del contrato que se quiere celebrar, así la otra persona puede manifestar su conformidad y de esta manera nace el vinculo contractual, quedando perfeccionado el contrato y obligándose las parte a cumplir determinadas contraprestaciones. Estas etapas que deben surgir para formar el consentimiento en un contrato, es lo que se denomina oferta y aceptación.

Por otra parte, aunque se habla usualmente de “contratación electrónica” y “contratos electrónicos”, indistintamente, lo cierto es que dentro de ésta noción suelen enmarcarse transacciones que no se consideran

propriadamente contratos electrónicos, por eso, en muchos ámbitos se ha optado por la noción más amplia de “transacciones electrónicas”.

Otro criterio diferenciador se plantea entre contratación electrónica y comercio electrónico, el cual se entiende del contenido del artículo 32 de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, al definir el comercio electrónico en los siguientes términos: “Se entiende como comercio electrónico a los efectos de esta Ley, cualquier forma de negocio, transacciones comerciales o intercambio de información con fines comerciales, que sea ejecutada a través del uso de tecnologías de información y comunicación”.

No obstante, constituye una parte importante de dicha contratación electrónica, el comercio electrónico; es decir, la preparación, el establecimiento y la concertación de relaciones comerciales, como efectivamente sucede en un contrato de transporte por agua, en el cual las partes se obligan a contraprestaciones recíprocas con fines de lucro para al menos una de ellas, en todo caso, la empresa de transporte.

Ahora, esa información transmitida vía electrónica es denominada documento electrónico, y se puede afirmar que tal información encuadra en el medio de prueba documental si se tiene en cuenta la definición que en su sentido lato se conoce de los documentos. Así, circunscribiéndonos a la novena sub-categoría de la primera categoría bajo estudio, referida aquella al análisis de los documentos electrónicos, se puede afirmar entonces que la

información contenida en formato electrónico, conocido también en doctrina, según expuso señala el autor La Roche (2004), como mensaje de datos, es un documento si entendemos por éste a cualquier objeto material capaz de representar un hecho o acto más allá de la grafía.

En la legislación venezolana se ha reconocido expresamente la existencia del Documento Electrónico en diversos cuerpos normativos; así, en la Ley Especial sobre Delitos Informáticos se define al documento como:

Artículo 2. Definiciones. A los efectos de la presente ley y cumpliendo con lo previsto en el art. 9 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se entiende por: (...omissis...)

e. Documento: registro incorporado en un sistema en forma de escrito, video, audio o cualquier otro medio, que contiene data o información acerca de un hecho o acto capaces de causar efectos jurídicos.

Por su parte, la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, define al mensaje de datos que contiene a su vez al documento, en el artículo 2 como: “Toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio”. De igual manera, está expresamente reconocido en la Ley de Registro Público y del Notariado, cuando en el artículo 4 establece:

Todos los soportes físicos del sistema registral y notarial actual se digitalizarán y se transferirán progresivamente a las bases de datos correspondientes.

El proceso registral y notarial podrá ser llevado a cabo íntegramente a partir de un documento electrónico.

En virtud de las anteriores consideraciones, y producto del reconocimiento jurídico conferido por la legislación nacional, el documento electrónico es necesario para el ejercicio del derecho literal y autónomo expresado en él; facultad que nacerá en cabeza de los contratantes.

Por otra parte, en el estudio de la contratación electrónica resulta menester analizar los principios que la rigen, representado ellos la décima sub-categoría de la primera categoría de análisis. A tales efectos, el primer principio alude a la equivalencia funcional de los efectos de ambos documentos, los de soporte en papel (conocido como instrumentos) y los de soporte electrónico, se encuentra contenido en los artículos 4º y 6º de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, cuya comprensión debe producirse concatenadamente con los artículos 7º y 8º ejusdem. Así se expresa la Ley, al consagrar:

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.

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.

Artículo 6. Cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija el cumplimiento de solemnidades o formalidades, éstas podrán realizarse utilizando para ello los mecanismos descritos en este Decreto-Ley.

Cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija la firma autógrafa, ese requisito quedará satisfecho en relación con un Mensaje de Datos al tener asociado una Firma Electrónica.

Sin embargo, lo que establece el principio de equivalencia funcional no alude a una equiparación del documento electrónico como un instrumento escrito, tal como está concebido en la doctrina tradicional, por cuanto como se expuso anteriormente, el documento es una concepción mucho mas amplia, que abarca a los instrumentos (soporte en papel), pero también a otra cosa corporal capaz de registrar o representar cualquier hecho o acto.

En este sentido, Rico (2005, p.66), en ocasión al principio de Equivalencia Funcional, considera que “los efectos que produce un documento contenido en un soporte en papel, con la firma autógrafa de su emisor, los producirá su homólogo en soporte informático, firmado electrónicamente”.

Paralelamente se observa, que para la procedencia de este principio y poder equiparar los efectos de los documentos electrónicos al documento tradicional, se exige como condición sine qua non, que la información contenida en el documento electrónico sea accesible para su posterior consulta, ello de conformidad con el artículo 8 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas; a saber:

Artículo 8. Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con relación a un Mensaje de Datos, si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta.

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

1. Que la información que contengan pueda ser consultada posteriormente.
  2. Que conserven el formato en que se generó, archivó o recibió o en algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada o recibida.
  3. Que se conserve todo dato que permita determinar el origen y el destino del Mensaje de Datos, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido.
- Toda persona podrá recurrir a los servicios de un tercero para dar cumplimiento a los requisitos señalados en este artículo.

Otro de los principios que regula la contratación electrónica está referido a la Neutralidad Tecnológica, que significa que se permite la creación de documentos electrónicos con la tecnología existente, las que se están desarrollando y están por desarrollarse; así fue asumido por el legislador venezolano cuando en la exposición de motivos de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, en el punto referente a las características de la regulación, bajo los siguientes términos: “Tecnológicamente neutra. No se inclina a una determinada tecnología para la firma y certificados electrónicos. Incluirá las tecnologías existentes y las que estén por existir”.

La preocupación del legislador venezolano por el respeto al principio de la neutralidad tecnológica, se puede observar no sólo en el texto de la Ley, sino también en la redacción del título, al referirse al uso de la firma electrónica en contraposición con algunos países que se limitan a regular “la firma digital”, como sucede en Colombia, Argentina, Puerto Rico, Chile, Panamá y Costa Rica. (Rico, 2005, p. 69).

Por otro lado, se encuentra el principio referido a la Inalteración del Régimen de los contratos privados; es decir, que con el reconocimiento jurídico de las contrataciones electrónicas con todas sus implicaciones, en nada altera o modifica la normativa ya establecida en materia de contratación privada, ni lo contemplado en el código civil ni lo que escuetamente establece el código de comercio.

En la legislación nacional, sobre materia electrónica, no está recogido expresamente este principio; sin embargo, de la Exposición de Motivos de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, se desprende que ésta no busca alterar el fundamento de los negocios jurídicos preexistentes, sino darle validez y eficacia jurídica a los que sean realizados a través de medios electrónicos.

Este principio reviste especial importancia en el momento de determinar la legislación que debe regir los contratos celebrados a través de Internet, por ejemplo, pues la no alteración del Derecho preexistente conduce a

aplicar las normas de Derecho Internacional Privado, a objeto de conocer la legislación y jurisdicción aplicables en caso de ausencia de elección.

De igual manera, según Rincón (2006, p. 31), se tiene el principio de buena fe que consiste simplemente en una reafirmación del fundamento que informa a nivel general todo el Derecho, en especial cuando se hace referencia al intercambio nacional o internacional de bienes y servicios. Cuando hablamos de comercio electrónico, este principio adquiere especial relevancia, por cuanto las características del intercambio que se realiza por medio de los soportes tecnológicos están fundamentadas en la confianza entre los contratantes.

Ello en virtud de la no concurrencia física de las partes, en el sentido de que pueden estar geográficamente en distintos lugares sólo “clickeando” una máquina para emitir su voluntad, teniendo presente la complejidad técnica que representa este nuevo modo de comerciar.

Y finalmente, como último principio pero no menos importante, se presenta el de Libertad contractual, el cual representa, por una parte, la libertad de elección de formas, y de otra, la libertad de contenido; es decir, la expresión de la autonomía de la voluntad de las partes. En la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, se encuentra establecido en la Exposición de Motivos cuando refiere que las partes pueden convenir la forma de realizar sus transacciones y decidir si acuerdan o no, a adoptar los procedimientos electrónicos para celebrar sus contratos, lo cual es ratificado

en el artículo 15 ejusdem, el cual reza: “Artículo 15. En la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de Mensajes de Datos”.

Como sub-categoría onceava de la primera categoría a estudiar, se tiene la referida a los mensajes de datos, siendo definido por la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, en el artículo 2 en los siguientes términos:

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

Mensajes de Datos: Toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio.

Dado que la mayoría de las normas están fundamentadas en una tradición escrita, la equivalencia del mensaje de datos a un documento escrito adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en su artículo 6º establece que:

- 1) Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta.
- 2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.

Por lo tanto, los países que hayan adoptado una herramienta similar, como es el caso de Venezuela, pueden incorporar los mensajes de datos con las características exigidas, cuando las normas exijan el requisito formal de la escritura. Ello es concatenado con lo establecido en la Ley de Mensajes de

Datos y Firmas Electrónicas en su artículo 8 en los términos expuestos supra.

Así, en Venezuela, la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, establece la singularidad de los mensajes de datos, en el artículo 7 bajo los siguientes términos:

Artículo 7. 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.

Dentro del marco de las condiciones técnicas que se precisan para que el conocimiento de embarque electrónico pueda constituir medio de prueba del contrato de transporte marítimo, y que representa la primera categoría de estudio, aparece como una de las determinantes, la que se refiere al soporte electrónico, constituyendo ello la duodécima sub-categoría de esa primera categoría.

En este sentido, el soporte electrónico debe ser entendido como aquel mecanismo tecnológico donde se producen o se almacenan los documentos electrónicos (mensajes de datos), advirtiéndose desde este momento que el conocimiento de embarque electrónico forma parte de los documentos electrónicos, y que determinan de manera insuperable el carácter de la

información que por medio de ellos pueda conocer el juzgador en un eventual procedimiento mercantil.

En este orden de ideas se tiene que, la naturaleza del documento electrónico que puede poseer un mensaje de datos, está directamente ligada al hecho de que el medio por el cual se ha producido, sea uno del mismo carácter tecnológico; es decir, la condición de “electrónico” se comunica del medio de producción al mensaje de datos; y para que éste último mantenga tal característica, hasta el momento de ingresar a la actividad probatoria, se precisa que sea conservado en tal medio de la forma inmaterial que le es propia.

Lo anterior no obsta al hecho, de que pueda ser transportado el mensaje de datos, de un mecanismo tecnológico a otro, pero necesariamente, aquel donde se recibirá, deberá ser de idénticas características a las del emisor.

El elemento relativo al soporte electrónico, refiere a la tecnología empleada para la producción, almacenamiento o soportación, transferencia y recepción del documento electrónico (mensaje de datos), en procura de su no alterabilidad, o lo que es lo mismo, la integridad del mensaje.

Este factor incide altamente en la determinación de la fiabilidad del documento electrónico como medio de prueba, en razón de que no todos los tipos de tecnología son susceptibles de generar o recibir todas las clases

posibles de información electrónica; permitiendo entonces establecer la veracidad de la pretensión correlativa, a través de la observación de elementos como, los modelos y años de fabricación de los distintos soportes, las especificaciones técnicas de los fabricantes, los sistemas operativos usados, las capacidades de almacenamiento, y la compatibilidad con aquel soporte que le es correlativo, bien para la emisión o bien para la recepción.

Lo determinante de la susceptibilidad de un soporte electrónico para producir la emisión, registro, o recepción de un mensaje de datos, consiste, en la capacidad de memoria y tecnología que el mensaje amerita para ser emitido o recibido. Así, tales condiciones permitirá vincularlo en una relación de identidad con el documento electrónico, cuando su posibilidad de memoria para recibirlo o almacenarlo, es cónsona con las características del documento mismo.

## **2. Determinar los mecanismos de seguridad de los documentos electrónicos para su eficacia jurídica.**

Pasando al análisis del segundo objetivo específico de la presente investigación, y en corolario, la segunda categoría referida a los mecanismos de seguridad de los documentos electrónicos, se tiene como primera sub-categoría a la Firma Electrónica. Así, igual que acontece de ordinario, para la documentación tradicional (documentos públicos o privados), la firma viene a representar el vínculo más directo de la autoría con el contenido suscrito

dentro del documento electrónico; pues tal cual la rúbrica que opera de la irrepetible mecánica de la escritura humana, la electrónica cuenta también con este carácter de originalidad, que posibilita el hecho de vincular a un único sujeto con la signatura bajo la cual queda entendida su identificación en el documento.

En el entendido del documento electrónico, la firma no debe ser comprendida bajo el mismo modo de percepción que comúnmente asume, y que cultural y jurídicamente aparece ligada a una representación gráfica de posible comprensión, o de mera simbología, que no representa más que el significante de la identidad de algún individuo.

Comúnmente la firma manuscrita, y a diferencia de lo que acontece con la electrónica, suele valerse del empleo de otros medios de identificación, que actuando de modo conjunto permiten vincular verdaderamente al autor con el documento, tal como sería la expresión de la cédula de identidad e incluso de las huellas digitales.

En Venezuela, la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas en el artículo 2, define a la Firma Electrónica como toda “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”.

La concepción anterior, obedece a un sentido amplio, sin limitarla por ejemplo, a la firma digital como se refirió ut supra, respecto al panorama

latinoamericano, lo cual evidencia el respeto al principio de neutralidad tecnológica presente en nuestro ordenamiento jurídico, ya que la firma digital se limita a ciertos medios electrónicos de producción como se explicará más adelante.

En este sentido, la firma electrónica, prescinde de varias de las características propias de la rúbrica común, primeramente actúa como un mensaje de datos en sí misma, ligada a otro mensaje más amplio, que es propiamente la información transmitida. Puesto que la firma transporta un conocimiento detallado acerca de la identidad del autor del documento, o de quien rinde validación sobre el mismo, no amerita sino de la expresión de aquel código que va a significar la unión de todos los datos de identidad necesarios al reconocimiento de la persona con la que se vincula.

Las cuestiones anteriores que atienden a la vinculación, o al nexo que existe entre la identificación del sujeto emisor del documento electrónico, y la expresión concreta de la firma, vendría a representar uno de los caracteres esenciales e insuperables para que la rúbrica electrónica rinda su necesario valor. El nexo entre la individualización de la persona natural o jurídica, y el mensaje de datos que se implícita en la firma, debe ser de tal característica de inequívoca identidad, que no surja duda alguna acerca de la autoría del emisor, cuando se evidencie la percepción del conjunto alfanumérico que es la firma electrónica.

Las anteriores exigencias de plena conexidad, entre la firma electrónica y la individualización de su sujeto titular, en nada obstan al hecho, de que pueda una persona poseer más de una firma electrónica. Lo que sí es preciso, en razón de la naturaleza de mecanismos de seguridad que esta representa; es que cada una indefectiblemente dirija sin duda a la persona emisora del documento electrónico.

En lo anterior, se muestra un claro avance de la firma electrónica, sobre la rúbrica común, en el sentido de que para todos los actos que ameriten la suscripción, la persona utiliza la misma simbología de la firma, no pudiendo cambiar ésta ni aún por error en el trazo, dado que tal variación induce incluso a la invalidación del documento; no así sucede en la firma electrónica, donde el vínculo entre el código alfanumérico y la persona a la que pertenece, se mantiene inalterable, por no depender en nada de la acción física humana, sino de una intelectual que se limita a la recordación de una clave.

En este orden de ideas, la variedad de firmas electrónicas se patentiza en el plano venezolano, en todos aquellos trámites que bajo el empleo de las Tecnologías de Información y Comunicación (TICs), ameritan por parte de quien las emplea, del uso de una clave de identificación que funge como firma electrónica en sentido genérico, por más que para ésta no hubiere actuado algún sistema de certificación. Estas firmas, que pudieran llamarse comunes, en virtud del índice de su empleo para gran cantidad de

actividades cotidianas, se asimilan a aquellas que en otros países (especialmente en Europa), se conocen como Firmas Electrónicas Avanzadas.

Así entonces, y haciendo como ya se dijera, símil con las distinciones europeas que existen para las firmas electrónicas, la Firma Avanzada representaría en Venezuela, aquel mecanismo de seguridad cuya protección se basa en el hecho, de que quien la emplea, ha tenido también autoría en la misma, de allí, que sea presumiblemente quien la conozca de modo exclusivo y eventualmente pueda introducir a ella cualquier especie de cambio, bastando que modifique la clave que la representa.

Situación distinta acontece con aquellas firmas electrónicas, que vienen representadas por claves otorgadas por instituciones, servicios u otras personas, o que se vinculan y representan directamente en los datos que proporcionan el soporte electrónico del que derivan, tal sería el caso de este último supuesto, el número de telefonía móvil que aparece ligado como firma, a los mensajes de texto que se envían o reciben a través de éstos. Lo mismo acontece con los documentos electrónicos que se transmiten vía fax. Los supuestos anteriores serían los que podrían identificarse con la Firma Electrónica Digital o Simple, adoptada por el ordenamiento jurídico español.

De lo anterior es menester establecer, una distinción de situaciones de hecho que pueden acontecer realmente en Venezuela. Aún cuando en

principio la característica que acompaña a la Firma Electrónica Digital o Simple, es el hecho de que la persona a la que se liga, no ha podido influir en la conformación de ésta, existen casos en los que sobrevenidamente pudiera variarse, a través de una petición a la persona u organismo que la emite, más dicho cambio es sustancialmente menos frecuente que el que acontecería, respecto de una firma electrónica avanzada, donde su titular puede introducir modificaciones de modo irrestricto.

Ejemplo de las anteriores situaciones sería, la imposible modificación de la firma electrónica, que facilitan para la tramitación de ciertas operaciones, los organismos del Estado (Onidex, Seniat, Cadivi, entre otros), y que no pueden ser cambiadas a voluntad del titular. Por otra parte, la firma electrónica puede manifestarse también bajo la modalidad Avanzada, siendo su característica distintiva, la que se refiere al hecho de que su titular está en la posibilidad de manipular su expresión, e introducir cambios tantas veces como estime conveniente, tal sería el caso de las claves que se emplean para el uso de tarjetas de crédito, débito o para las operaciones bancarias vía Internet.

Ahora bien, dichos cambios no son irrestrictos, puesto que involucran el cumplimiento del procedimiento que para ello proporciona la entidad bancaria, dado que este es aquel por medio del cual se conocerá la modificación.

Dentro de las modalidades en las que la firma avanzada puede manifestarse, necesita mención aparte, el caso del correo electrónico, en atención al cual es necesario mencionar que el “e-mail” puede tener firma o no, en caso de contenerla la misma será de naturaleza electrónica y particularmente certificada por un prestador de servicios de certificación debidamente autorizado.

Finalmente, en lo que atiende a las posibles manifestaciones de la firma electrónica, como mecanismo de seguridad de los documentos de este mismo tipo, aparece la Firma Electrónica Reconocida, como aquella que proporciona el mayor índice de seguridad esperable de dicho mecanismo. Este tipo de firma electrónica se basa, en la emisión de un certificado electrónico, sobre la firma avanzada que hubiere creado el titular; es decir, que se amerita necesariamente de la voluntad de la persona para la formación de la firma a certificar, no siendo susceptibles de tal procedimiento, las firmas digitales o simples.

En corolario, en Venezuela, para que la firma electrónica tenga efectos jurídicos de firma autógrafa, se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que los datos utilizados para su generación se puedan producir una sola vez, b) ofrecer seguridad suficiente, de que la firma no pueda ser falsificada y c) no alterar la integridad del mensaje de datos; ello de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas. Sin embargo, en caso de no cumplir con todos esos requisitos,

puede constituir un elemento de convicción valorable (un indicio), según el artículo 17 ejusdem.

Aunado a las consideraciones previas, la firma electrónica proporciona cuatro manifestaciones fundamentales de seguridad, que se desprenden como implicación directa de sus propias características, y que son: en primer lugar, la autenticidad siendo ésta garantía la que permite identificar sin lugar a dudas al autor del mensaje de datos que se encuentra suscrito. En segundo lugar, la integridad; condición que refiere a la imposible manipulación del contenido del documento electrónico, una vez que éste ha sido suscrito electrónicamente y haber sido enviado.

En tercer lugar, se tiene la seguridad de confiabilidad que trae consigo la firma electrónica; en virtud de que el mensaje de datos y la información que éste proporciona, solo puede ser conocida por quien suscribe electrónicamente y por quien es el destinatario del documento electrónico. Finalmente, el no repudio es la condición que se une a la firma electrónica, en cuanto a que quien ha suscrito no puede luego negar ni su autoría, ni el contenido del documento electrónico.

Se puede afirmar entonces que la seguridad resulta necesaria con carácter general para el funcionamiento del comercio electrónico y, haciendo alusión en particular respecto de la utilización de medios de pago electrónico en redes abiertas como Internet, en las que se plantean una serie de

cuestiones con el fin de garantizar la propia realización del pago mediante la utilización de sistemas de pago electrónico que pueden resultar vulnerables ante acciones ilícitas de terceros.

Como segunda sub-categoría de la segunda categoría bajo estudio, está referida a los Protocolos de Seguridad. Así, en concreto, la seguridad en la realización de pagos electrónicos viene garantizada actualmente mediante la utilización de protocolos de seguridad como SSL (Secure Sockets Layer) y SET (Secure Electronic Transaction). Dichos protocolos no son sino normas técnicas mediante las que se posibilita la transmisión segura de información a través de redes abiertas.

La diferencia entre ambos protocolos de seguridad viene constituida por la utilización por parte del protocolo SET de firmas electrónicas en el intercambio de información, de manera que se trata de un protocolo multiparte, ya que permite autenticar a todas las partes que intervienen en una determinada operación.

Por su parte, el protocolo SSL no hace uso de firmas electrónicas para la autenticación de las partes, si bien facilita la realización de un elevado número de operaciones de escasa cuantía, lo que resultaría más complejo con la utilización del protocolo SET al hacer uso de la firma electrónica.

En cuanto a la Criptología como mecanismo de seguridad de los documentos electrónicos, y tercera sub-categoría de la segunda categoría,

se debe atender en principio que ésta se define como aquella ciencia que estudia la ocultación, disimulación o cifrado de la información, así como el diseño de sistemas que realicen dichas funciones. Abarca por tanto a la Criptografía que estudia los datos, texto, e imágenes, Criptofonía referida a la (voz y el Criptoanálisis, ciencia que estudia los pasos y operaciones orientados a transformar un criptograma en el texto claro original pero sin conocer inicialmente el sistema de cifrado utilizado y/o la clave.

Consiste, por tanto, en transformar una información (texto claro) en otra ininteligible (texto cifrado o cripto) según un procedimiento y usando una clave determinada, pretendiendo que sólo quién conozca dicho procedimiento y clave pueda acceder a la información original.

Como cuarta y última sub-categoría de la segunda categoría a analizar, se tiene la referida a los Certificados Electrónicos; que vienen a fungir como una suprema garantía acerca de la autoría del documento, así como de la cierta participación de quienes suscriben, cuando se involucran además del emisor o productor otros individuos, fenómeno usual en el marco de la actividad comercial. La precitada garantía opera a través de la emisión, por órganos designados por el Estado, de certificados sobre las firmas avanzadas (denominación que se corresponde con la Ley española en la materia); es decir, que ha sido creada por quien solicita ser certificado.

A las entidades encargadas de otorgar tales certificados electrónicos le son consideradas como las terceras partes de confianza (Trusted Third

Parties) que son aquellas entidades que merecen la confianza de otros actores en un escenario de seguridad donde no existe confianza directa entre las partes involucradas en una cierta transacción. Es por tanto necesaria, una infraestructura de clave pública para cerrar el círculo de confianza, proporcionando una asociación fehaciente del conocimiento de la clave pública a una entidad jurídica, lo que le permite la verificación del mensaje y su imputación a una determinada persona.

En este mismo orden de ideas, el Reglamento Parcial de la citada Ley, establece en el artículo 32, que el contenido de los certificados electrónicos; no se limita a lo establecido en el artículo 43 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, sino que hace la siguiente salvedad; a saber:

Los Certificados Electrónicos emitidos por los Proveedores de Servicios de Certificación Electrónica, podrán incluir información adicional a la requerida en el artículo 43 del Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, siempre y cuando ésta no dificulte o impida su lectura o el reconocimiento de dichos certificados por terceros.

La previsión de la certificación como mecanismo de seguridad para el documento electrónico, se encuentra contemplado en la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, siendo la Superintendencia de Certificación Electrónica (SUSCERTE), el órgano encargado por parte del Estado, de la designación de aquellos institutos u organismos que concretamente certificarán las firmas electrónicas que sean susceptibles de la adquisición de tal seguridad. Es preciso señalar que actualmente tal proceso de “revestimiento de seguridad sobre las firmas electrónicas”, no se está

produciendo en efecto, en virtud de que la Superintendencia antes referida, no se encuentra operativa para la fecha.

En este mismo sentido, y en el plano supuesto del inicio del proceso de certificación de las firmas electrónicas, el instituto llamado a la emisión de tales sería en Venezuela el Instituto Fundación de Ingeniería, órgano adscrito al Ministerio del Poder Popular de Ciencia y Tecnología. Para fines fiscales, fungiría como órgano emisor de los certificados electrónicos, el Servicio Nacional Integral de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), a menos que el Estado autorice igualmente a un tercero.

La situación de la certificación electrónica en Venezuela, actualmente se torna compleja, en virtud de la no operatividad de los organismos llamados a su emisión, razón por la cual éste mecanismo de seguridad debe ser considerado en el plano puramente supuesto o ideal, evaluando desde tal perspectiva la implicación de seguridad que pueda llegar a generar sobre las firmas electrónicas; teniéndose que de aparecer, representaría el máximo índice de confianza acerca del documento electrónico y de quienes han intervenido en él.

En virtud de que el certificado electrónico actúa sobre la firma, este mecanismo opera en el sentido confirmatorio o asegurativo, de la identidad de quienes se ven involucrados en el documento, más nada atañe al contenido del mismo, apareciendo entonces claramente el carácter que la

misma Ley ha querido conferirle, a aquel documento que cuenta con dicha seguridades; es decir, se estaría frente a la figura de un potencial documento público electrónico.

Así pues, el certificado electrónico se constituye como elemento insuperable para la formación de lo que en el futuro será el documento público electrónico; estableciéndose una relación inseparable entre las ideas de la firma electrónica que es certificada, y la intervención del Estado para la vigilancia y certeza de quienes participan en la formación del documento, materializada precisamente en los institutos emisores de las certificación, desapareciendo sutilmente las diferencias que existirían con el documento público común (en papel).

Todos los aspectos antes tratados, se involucran bajo el régimen de seguridad que proporcionan al documento electrónico, una serie de mecanismos que han sido diseñados en función de asegurar, aún a pesar de la inmaterialidad característica de esta clase de documentos, su validez dentro del proceso probatorio.

### **3. Analizar los alcances de la incorporación de los Medios Electrónicos en la emisión del Conocimiento de Embarque Electrónico.**

Como tercera categoría de estudio, se tiene la referida al conocimiento de embarque electrónico, y se plantea como primera sub-categoría de ésta tercera categoría, el estudio de los medios electrónicos y su injerencia en la

emisión del conocimiento de embarque. Así, la nueva legislación marítima prevé el uso del conocimiento de embarque electrónico, cuando de la lectura del artículo 233 de la Ley de Comercio Marítimo se evidencia su reconocimiento en los siguientes términos: “La firma en el conocimiento de embarque podrá hacerse constar en forma manuscrita, mecánica y electrónica”.

La pretensión que el acuse de recibo electrónico por el transportador de la carga, previa remisión hecha por el cargador para su transporte, pueda tener la validez y funcionalidad de un conocimiento de embarque, requiere la previa aceptación de este último y la necesidad que dicho instrumento contenga los datos precisos que las normas legales exigen para los conocimientos de embarque y, sobre todo, la clave privada o confidencial del porteador para que el cargador pueda confirmar su recepción y ulteriores disposiciones sobre las mercancías. Asimismo, necesita de la asunción de responsabilidad del transportista por la custodia de esos datos electrónicos antes su posible manipulación y adulteración.

En Venezuela, con la vigencia del Convenio para Facilitar el Tráfico Marítimo Internacional, en vigor desde el 19 de noviembre de 2001, por Ley aprobatoria Publicada en dicha fecha en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.559, se establece en su Anexo, Capítulo I (1.5), la siguiente norma:

Las autoridades públicas aceptarán cualquiera de los documentos exigidos para el despacho de buques, cuando

se hayan preparado mediante técnicas de tratamiento o de intercambio electrónico de datos con arreglo a normas internacionales, a condición de que se presenten de forma legible y comprensible y contengan la información exigida.

Por su parte, en el anterior Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas existía una limitante en relación al conocimiento de embarque electrónico, por cuanto en el artículo 33 se exigía a los efectos de acreditar la propiedad de las mercancías, para la declaración y aceptación de la consignación, la presentación del original del conocimiento de embarque.

No obstante, con la suscripción por parte de nuestro país, del Convenio supra citado, se obligó internacionalmente con la aceptación e implementación del conocimiento de embarque electrónico, lo cual determinó la promulgación del Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Aduanas Relativo al Registro, Intercambio y Procesamiento de Datos, Documentos y Actos Inherentes a la Llegada, Almacenamiento e Importación de Mercancías Mediante Procesos Electrónicos, consagrándose en el artículo 1 que: “La Administración Aduanera aplicará el Sistema Aduanero Automatizado, para el registro, intercambio y procesamiento de la información, como herramienta para el trámite y control de la llegada, almacenamiento e importación definitiva de mercancías”.

Como segunda sub-categoría de análisis de la tercera categoría, se tiene la referida a las Reglas de París 1990 sobre conocimiento de embarques electrónicos.

En este orden de ideas, en la Regla 3 de la Convención de París 1990, se regulan las características básicas de la comunicación electrónica. Se hace referencia a “las normas relevantes UN/EDIFACT” y UNCID (las siglas inglesas de las Reglas de conductas uniformes para intercambio de mensajes comerciales por teletransmisión, a saber, Uniforms Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Teletransmisión). Sin embargo, las Reglas le permiten a las partes la posibilidad de convenir en otros métodos de intercambio de mensajes, aunque es deseable evitar cualquier proliferación de normas diferentes de conductas.

En el supuesto anterior, la Regla 3 (b) requiere que ese otro método sea aceptable a todos los usuarios. Mediante la Regla 3 (d) se requiere de una formación de receptor de una transmisión antes que esté autorizado a actuar. Esta confirmación es importante en varios aspectos. Primeramente, sirve para evitar mal entendidos entre las partes. En segundo lugar, reduce el riesgo de transmisiones no autorizadas.

La Regla 3 (e) y (f) tratan de preservar secretos comerciales. En particular, la regla 3 (f) garantiza que cualquier transferencia de derechos deberían mantenerse en secreto para los “intrusos”. De este modo, si se han producido transferencias sucesivas, el transportista no debería revelar la identidad de anteriores “tenedores” de una “clave privada”. Y si, conforme a la Regla 10, un “tenedor” subsecuente optara por no usar los procedimientos electrónicos, el conocimiento de embarque emitido no revelaría las

transferencias que podrían haberse producido. El conocimiento de embarque sería emitido “al portador” o a la orden del último “tenedor”.

Para solucionar los problemas legales, que pueden surgir cuando se requiera la prueba “por escrito”, de una estipulación contractual, la Regla 11 estipula que una grabación electrónica o una impresión de tal grabación es válida, señalando que por el acuerdo expreso de las partes a aplicar las reglas de la Comisión Marítima Internacional (CMI) sobre Conocimiento de Embarque Electrónico (CEE), convienen asimismo en “no alegar la defensa en cuanto a que este contrato no está por escrito”. Sin embargo, la Ley local aplicable decidirá si, y hasta qué punto, tal acuerdo tienen valor legal para llenar el requisito de la prueba por escrito”.

Por su parte, el “mensaje de recepción de la mercancía”, señalado en la Regla 4, intenta corresponder a la “función de recibo” del conocimiento de embarque. Como se ha dicho, las menciones precisas del “mensaje de recepción”, deben ser las mismas que se hubieran insertado en caso de haberse emitido un conocimiento de embarque. El mensaje también debe, según la Regla 4, contener la “Clave Privada”.

Por estipulación de la Regla 4 in fine que el cargador de la mercancía no convierte en “tenedor” hasta que se haya confirmado el mensaje de recepción por el transportista; el posible “tenedor” tiene la posibilidad de

verificar el mensaje y, además de que ha quedado registrada su conformidad en aplicar las Reglas.

La Regla 4 (c) permite que el “mensaje de recepción”, sea complementado con una anotación “de embarcado a bordo” de la misma forma que un “conocimiento para ser embarcado” podría ser cambiado por un conocimiento de embarque. Y, en la Regla 4 (d), se determina que el mensaje de recepción de la mercancía “tendrá la misma validez y efecto como si estuviese contenido en un conocimiento de embarque en papel”.

En la Regla 7 (b), se trata sobre el “mecanismo” de la transmisión, que debe observarse para lograr una transferencia válida del “Derecho de Control y de Transferencia”. Este “mecanismo” cumple 5 etapas, a saber:

- 1) Notificación de la actual intención del “Tenedor” de transferir;
- 2) La confirmación del transportista de tal notificación;
- 3) La transmisión de los contenidos del mensaje de recepción (excepto la “clave privada”) por parte del transportista al nuevo “Tenedor”;
- 4) La aceptación de éste último, y
- 5) La cancelación del transportista de la actual “Clave Privada” y la emisión de una nueva al nuevo “Tenedor”.

La Regla 7 (c), trata sobre el caso en el cual el nuevo “Tenedor”, no acepta la transferencia. Si es así, la transferencia no se realiza, el tenedor actual es notificado y la clave privada conserva su validez. En la Regla 7 (d)

se señala que la transferencia “tendrá el mismo efecto que la transferencia de estos derechos en un conocimiento de embarque en papel”.

La Regla 8 indica que la clave privada es única para cada sucesivo tenedor, es decir, que sólo una persona a la vez puede poseerla y que la misma es única para cada uno de ellos, el cual no podría realizar ninguna transferencia sin la observación del mecanismo de transferencia, conforme a lo establecido en la Regla 7 (b), al sancionar que cada transferencia requiere de una comunicación con el transportista y la emisión de una nueva clave privada.

#### **4. Analizar la eficacia jurídica y valor probatorio del Conocimiento de Embarque Electrónico como medio de prueba del Contrato de Transporte Marítimo.**

Para finalizar este capítulo, se tiene como cuarto objetivo específico el presentado, atinente a la cuarta categoría de estudio la referida a la eficacia jurídica y valor probatorio del conocimiento de embarque electrónico como medio de prueba en un procedimiento mercantil, siendo la primera sub-categoría el análisis del conocimiento de embarque electrónico como medio de prueba. En este sentido, se puede afirmar en cuanto a los medios de prueba, que son los instrumentos que sirven, de una u otra forma, para convencer al juzgador de la existencia o no de un dato procesal determinado.

Son los aportes que hacen las partes al proceso, a través de los instrumentos que la ley otorga para trasladar hechos del mundo de lo

cotidiano al expediente, de manera que se puedan verificar las afirmaciones de las partes o se pueda fijar una situación fáctica que existe o ha existido. Estos medios son llevados al proceso por las partes mediante reglas o proposiciones previamente establecidas en la Ley, en caso de tratarse de los medios tarifados, como lo son los documentos electrónicos, enmarcándose dentro de ellos al conocimiento de embarque electrónico.

No obstante, el legislador se limitó a nombrar o tipificarlos en la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, pero no estableció expresamente su tratamiento procesal, sino que remite a la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil en lo atinente a las pruebas libres.

Así, en nuestro país se reconoce como se ha expuesto, al documento electrónico como medio de prueba legal, típico, de conformidad con el artículo 1 ejusdem; a saber:

Artículo 1. El presente Decreto-Ley tiene por objeto otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la Firma Electrónica, al Mensaje de Datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, así como regular todo lo relativo a los Proveedores de Servicios de Certificación y los Certificados Electrónicos.

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

Una primera aproximación a la importancia que reviste, la incorporación a la actividad probatoria del documento electrónico (mensaje de datos), encuentra su fundamento en la cobertura que con ello se estaría procurando de una necesidad procesal insalvable, como es hoy día, la de hacer corresponder con medios de pruebas admisibles en la causa, aquellas formas que se muestran como predominantes en la actividad contractual de la sociedad contemporánea.

Las probanzas en el proceso deben estar adminiculadas a la naturaleza del modo, en que discurren hoy día, las actividades negociales entre los ciudadanos; siendo la electrónica la que de manera predominante promete abrirse paso, aún por encima de las formas tradicionales.

En este sentido, prueba de las anteriores afirmaciones, viene a ser el hecho, de que las actividades contractuales que operan por vía electrónica, tienen por objeto hoy día, no sólo lo puramente atinente al comercio; en lo que quedaría comprometido un interés económico o negocial; sino que además con mayor frecuencia se llevan a cabo por esta vía, diligencias, operaciones y conductas en general que comprometen derechos sustanciales de la persona, relativas a su estatus civil e incluso de su relación con el Estado.

Un buen ejemplo de los fenómenos anteriores, se observa en la tramitación de la documentación relativa al pasaporte de los ciudadanos, a la certificación de nacimientos, entre varios otros, hasta hace pocos años ligados puramente a la inmediatez física de los participantes en la formación de tales actos y a la constancia “material” del contenido al que quedaban circunscritos.

Las razones por las cuales la actividad contractual por vía electrónica, ha cobrado la preponderancia que se evidencia casi por entero en la comunidad internacional, y que en países como Venezuela comienza a hacerse también patente, se hermana a las razones de practicidad, economía, celeridad, y en general a todas las facilidades que el empleo tecnológico ha impuesto al mundo contemporáneo. Ahora bien, la inclusión del carácter electrónico en la actividad comercial, se ha producido a un ritmo claramente más veloz, a aquel en que el legislador ha podido prever tal hecho; y más aún regularizarlo en términos de tratamiento adjetivo.

Así las cosas, se ha abierto entre el tratamiento procesal del documento electrónico, en su manifestación probatoria, y su masiva inclusión en dicha esfera, una brecha abismal, pues la realidad de la actividad comercial electrónica, junto con leyes sustantivas que bajo el amparo de la programática constitucional la prevén, salen al paso de un ausente tratamiento de modos especializados para su incorporación al mundo de las pruebas; por lo que, se tienen medios de prueba electrónicos idóneos

sustancialmente, al objeto para el que sirven, pero gravemente limitados, procesalmente para estos fines.

Por otra parte, en cuanto a la segunda sub-categoría de la cuarta categoría a estudiar, referida al valor probatorio del conocimiento de embarque electrónico, se puede afirmar que la incorporación del documento electrónico a la actividad probatoria debe partir como base esencial, de la consideración de la tipificación que ya éste tiene como medio de prueba en la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas; por lo que, enervado del carácter innominado, que usualmente concurre junto con el de prueba libre, reitera la necesaria especialización en su tratamiento probatorio.

En el anterior sentido se observa, que al tiempo en que permanece el documento electrónico siendo tratado bajo las meras previsiones que impone el medio de prueba libre, no es posible operar respecto de éste, sino a través de su equiparación con alguno de los medios previstos por la ley procesal, respecto de los cuales efectivamente existen consideraciones sobre su forma de promoción, admisión, control y contradicción.

En este sentido, lo relativo a su promoción y evacuación está determinado por el principio de la analogía, y en su defecto, en la forma que señale el Juez. En la legislación venezolana, no se establece un lapso específico para la promoción y evacuación de cada medio de prueba libre o atípico; por el contrario, existe un único lapso para que sean promovidos y

evacuados todos los medios probatorios legales; no obstante, la facultad que tiene el Juez de dictar autos para mejor proveer.

Ahora bien, cuando el Juez no escoge la vía de la analogía para el tratamiento del documento electrónico como medio de prueba, lo hace bajo el rigor de la sana crítica, tal como se lo impone la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

La sana crítica implica en sí misma, carencias sustanciales respecto del tratamiento del documento electrónico, y ello, porque al dejar al Juez en libertad de considerarlo según su experiencia en el ejercicio jurisdiccional y el proceso lógico que impera en la esfera particular de su discernimiento, entonces, el medio probatorio tendrá en el futuro tantos tratamientos y consideraciones como a jueces se someta; no pudiendo existir nunca un punto de partida para la consolidación de un verdadero sistema, formado por las cardinales exigencias de la Ley procesal y por una experiencia exclusivamente conseguida bajo dichos términos.

De las consideraciones anteriores se colige, que pareciera no ser la analogía y la sana crítica los medios adecuados para la incorporación al proceso del documento electrónico como medio de prueba, sin una verdadera y previa orientación al Juez, y ello en virtud del contenido eminentemente técnico que priva en su existencia y valor.

Aunado a ello, al encontrarse, como sucede hoy día en el ordenamiento jurídico venezolano, desvinculado de las necesarias consideraciones procedimentales, hace recaer en cabeza del Juez, una incompatible exigencia de nociones distintas a las jurídicas; pudiendo incluso encontrarse los justiciables ante la situación de inseguridad que les generaría, el hecho de que un sentenciador pudiera conocer más exhaustivamente de las implicaciones tecnológicas del medio probatorio, que otro; llevándolos incluso a preferir el sometimiento de la causa, a un tribunal y a otro no.

La inseguridad jurídica a la que se alude supra, nace del hecho de que la carencia en la previsión de mecanismos procesales para la incorporación del documento electrónico al mundo probatorio, subjetiviza este proceso y lo hace depender en su mayor o menor eficacia, del conocimiento previo del sentenciador, que al ser subjetivo e irrepetible entre uno y otro, proporcionará a las partes, distintos niveles de eficacia probatoria desprendida del medio propuesto.

En virtud de la exigencia de correspondencia tecnológica que debe existir entre los medios de producción de los documentos electrónicos, y aquellos con los que inmediará el Juez, nace la necesaria instrumentación de medios de pruebas auxiliares, en virtud de la imposibilidad práctica, de que el tribunal cuente con todos los posibles tipos de soporte electrónicos donde fuera preciso corroborar el mensaje de datos.

Es por las razones anteriores, que se emplean la inspección judicial, la exhibición de documentos y la experticia, como medios para permitir la directa evidenciación del Juez, o en todo caso, del experto; respecto del documento electrónico (mensaje de datos), pero ahora, haciendo trasladar al sentenciador o al auxiliar de justicia, hasta el lugar donde se encuentra soportada electrónicamente la información.

Aún cuando en principio el espíritu de la inspección judicial, propende a la corroboración de un hecho, cosa o fenómeno por parte del juez de la causa, con el empleo absoluto e inmediato de sus sentidos; para el caso de la inspección que se produce sobre el mensaje de datos (cuando se encuentra bajo la forma de documento electrónico), parte de un fundamento distinto, que en este caso, es la imposibilidad material de trasladar hasta el tribunal, el objeto de la prueba, que aún cuando tiene características electrónicas, pudiere estar contenido dentro de un sistema, o bajo un tipo de soporte que no sea susceptible de ser observado, sino dentro de un ámbito espacial o tecnológico preciso.

Así entonces, la inspección judicial que auxilia la probanza que se produce sobre un documento electrónico; opera con el traslado del tribunal hasta el sitio donde se apercibirá del contenido y características del documento electrónico, con la lógica prescindencia de aquellos sentidos que no aportan información para la formación de la convicción del Juez, como

serían el tacto, el gusto y el olfato; todos ajenos al tipo de estímulo que proviene de los contenidos electrónicos.

Los sentidos que subsisten en la inspección judicial que se realiza sobre el documento electrónico, serían la vista y la audición, por ser el contenido electrónico portador de estímulos, susceptibles de ser apreciados y formar convicción.

De las observaciones anteriores, se colige, la restricción de la formación de la convicción, que opera respecto del documento electrónico por vía de la inspección judicial. Todas las conductas que se requieren por parte del Juez, para constatar lo que se desprende del documento electrónico, no son informaciones que constituyan parte del objeto de prueba, lo único a lo que dicho objeto se circunscribe, es al contenido mismo de éste, y en todo caso a la forma de soportación electrónica de la que se vale, aún más, pudiera referirse al tipo de tecnología donde se inscribe, dejando fuera todo aquello que aún siendo percatado por el Juez, no es precisamente contenido de lo que se pretende probar.

Ahora bien, en cuanto a los medios de auxilio precisos para la actividad probatoria, cuando ésta pretende recaer sobre un documento electrónico, se observa a la experticia como uno especialmente importante, en virtud de la naturaleza tecnológica que se implícita con esta manifestación de la prueba. El examen de expertos debe entenderse dentro del precitado marco, como

uno requerido precisamente para la aportación de aquella información, que por ser tan especializada, no puede ser deducida directamente por el Juez.

Como rige de modo general, para la práctica de esta prueba, queda a las partes su peticionamiento, pero subsiste la posibilidad de ser instrumentada de oficio por parte del Juez. Los dos supuestos anteriores, propenden sin embargo, a un mismo fin, que es la deducción de aquel conocimiento que no es posible en primera persona por el sentenciador, sino que requiere de la intermediación de quien es un especialista probadamente competente, para la examinación de documento electrónicos; por lo que su examen viene a representar una especie de “traducción” para el Juez y para las partes, de aquello que por ser atinente a una condición altamente tecnológica, no puede ser apreciado o entendido en forma directa.

Finalmente, y en cuanto a los medios de auxilio que sirven al documento electrónico como medio de prueba en el proceso, aparece la exhibición. Para que este medio auxiliar de prueba opere sobre la forma documental electrónica, se precisa de los mismos requisitos generales que impone la ley adjetiva civil, normativa aplicable a la materia que nos ocupa por remisión expresa del legislador, pero ahora dimensionados a la condición tecnológica propia del mensaje de datos.

En razón de lo anterior, quien solicita la exhibición de un documento electrónico debe poder constatar ante el tribunal su existencia; en este

supuesto, debería en el soporte electrónico idóneo, manifestar lo que ordinariamente se haría con una copia, como ordena el Código de Procedimiento Civil, hecho que representaría el traslado del tribunal del soporte donde puede el Juez percatarse del contenido del documento.

El segundo supuesto que se vincula con la práctica de la exhibición, sería el referido al señalamiento de la ubicación (soportación) y contenido del documento electrónico, con tal exhaustividad que generara en el Juez, la presunción grave de su existencia.

Respecto de las condiciones anteriores, cabe señalar la eventual imposibilidad de operar por vía de la exhibición, aún cuando estuviera cubierto el supuesto general de la presunción, y esto, en virtud de que algunos sistemas tecnológicos como Intranet, no permiten el acceso desde un espacio físico que no sea la estructura donde el sistema está instalado física y electrónicamente. En dicho caso, la exhibición no constituiría posible medio para la probanza.

En lo que atiene al carácter de la exhibición como medio auxiliar de prueba, para el empleo del documento electrónico, en la actividad probatoria; es preciso establecer que en su caso (de la exhibición), es sobre la parte que se dice tiene en su poder el documento a ser exhibido; en quien recae el poder de integrarlo o no a la causa, independientemente de las

consecuencias que pueda generar para sí, puesto que queda en él la facultad de exhibir o no.

Cosa distinta acontece respecto de la inspección judicial y de la experticia, donde la conducta del tribunal o del experto, es el elemento determinante en el ingreso del documento electrónico como medio de prueba, en virtud de que ya se ha constatado su existencia, y resta sólo la deducción de la convicción del Juez, o el dictamen técnico-científico del experto.

En otro orden de ideas, un elemento que resulta fundamental, al documento electrónico para servir como medio de prueba en el proceso, o más puntualmente para generar convicción respecto de su contenido, consiste en la hora de emisión, recepción o lapso durante el cual se estuvo registrando de manera continua el mensaje de datos.

Para el caso de correos electrónicos, la fecha de emisión y de recepción se registrará en el propio documento electrónico, manifestado en el servidor público, o en sistemas privados (internos) de comunicación entre procesadores. La presencia de la indicación de la fecha resulta fundamental, para las implicaciones jurídicas-obligacionales que el documento electrónico puede engendrar; pues de ella dependerá la determinación del momento de inicio de las eventuales obligaciones, de su liberación, o de la extinción de

las mismas, constituyendo un elemento que fija el no repudio del mensaje emitido por medios electrónicos.

Otra cuestión referida a la fecha, que resulta de importancia establecer, se refiere al valor indiciario que ésta puede tener, para la determinación de la autoría de un documento electrónico, en el sentido de que para que pueda ligarse la producción de la información a una persona determinada, es preciso, que ésta en el momento que se aduce produjo la emisión del documento, se encontrara en condiciones factibles para el envío, desde el punto de vista de acceso a soportes electrónicos y a proveedores de servicios, de posibilidad física concreta y de ubicación.

Junto con la fecha, aparece como otro requerimiento técnico e indispensable para determinar el valor probatorio del conocimiento de embarque como documento electrónico, la hora en que ha sido emitido y recibido el mismo. En este mismo sentido se tiene, que pudieran existir discrepancias entre la hora de la emisión de un documento electrónico, y la correlativa de la recepción del mismo, así, es posible que ciertos documentos sean conocidos con varias horas de posterioridad a la emisión, y que la hora que se refleje, no guarde relación con la de emisión, sino con la de recepción.

En atención a lo anterior, resulta necesario también atender a la eventual varianza que puede existir en las horas de emisión y de recepción

de un documento electrónico, cuando el emisor y el receptor se encuentren en husos horarios distintos, pues en virtud de su ubicación geográfica podría abrirse un compás de tiempo más o menos prolongado, pero ajeno a la intención del emisor y del receptor. Entre más amplio el compás de diferencia horaria, incluso podría ocurrir un cambio en la fecha de recepción del documento, que al ser remitido un día determinado, con ocasión del distinto huso horario del país de recepción, no será conocido en éste, sino en el día siguiente.

En cuanto a la validez del documento electrónico y su equivalencia al documento tradicional, la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico señala el principio de la equivalencia funcional, en el artículo 5, bajo el título de "Reconocimiento Jurídico de los mensajes de Datos", de la siguiente manera: "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" (negritas nuestras).

Por su parte, el concepto de mensaje de datos se reseña en el primer artículo de la mencionada Ley, al definirlo como "...la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, óptico o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax".

De acuerdo a lo señalado supra, y lo expuesto en la presente investigación, el principio de la equivalencia funcional, le proporciona al

documento electrónico los mismos efectos y validez jurídica que en un documento en soporte de papel; es decir, la función jurídica que cumple la instrumentación mediante soportes documentales en papel y firma autógrafa respecto de todo acto jurídico, la cumple de igual forma la instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos.

El principio de equivalencia funcional implica fundamentalmente, la no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad, independientemente de la forma en que hayan sido expresadas; en consecuencia, los efectos jurídicos se derivarán indistintamente del soporte en papel o electrónico donde conste la declaración.

No se debe, por tanto, identificar documento con escritura, en un sentido estricto, atendiendo solamente a su forma tradicional realizada por el hombre, que en un primer análisis, y debido a la costumbre generalizada, lleva al concepto de papel. Así, podría afirmarse que el documento en soporte electrónico, informático y telemático es un documento con las mismas características, en principio, en cuanto a su validez jurídica, que otro de los que tradicionalmente se aceptan en soporte papel.

En este sentido, si se analiza la noción tradicional de documento referida al instrumento en el que queda plasmado un hecho que se exterioriza mediante signos materiales y permanentes del lenguaje, encontramos como el documento electrónico cumple con los requisitos del documento en soporte papel, en el sentido de que contiene un mensaje, que pudiera ser un texto alfanumérico o diseño gráfico, en lenguaje convencional

(el de los bits), está sobre un soporte como una cinta o disco y destinado a durar en el tiempo.

Los órganos jurisdiccionales deben adoptar una actitud abierta y positiva frente a los medios de pruebas libres que sean presentados en juicio, al sentirse respaldado para admitirlos y valorarlos, ya que estaría tratando con medios de pruebas legalmente reconocidos. Además de esto, es conveniente una pronta reforma en la legislación civil, de manera que se admitan todos aquellos medios técnicos que correspondan al concepto amplio de documento. También se hace imprescindible la capacitación técnica a todas aquellas personas vinculadas al Derecho, como se señaló al inicio de la investigación, de manera que puedan sentirse seguras al emplear estos medios.

Finalmente, en la legislación venezolana, la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas en el artículo 4, reconoce la eficacia probatoria de los mensajes de datos, en los siguientes términos:

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. 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.

En regulaciones como la española, es mas acentuada la exigencia respecto de la firma, como es definida en la Ley Modelo, siendo asimilable a

la firma electrónica y se le da la equivalencia funcional de firma manuscrita a la firma electrónica avanzada, que tiene requerimientos adicionales. En Venezuela, se le conceden efectos probatorios al mensaje de datos firmado electrónicamente, independientemente de la manera electrónica como aquella haya sido producida, como se evidencia de los artículos 16 y 17 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.