



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



Tesina

“Valor probatorio de los documentos electronicos suscritos con firma electrónica avanzada en la Ley N° 19.799”

Autor: Juan Gonzalo Cuevas Poblete

Profesor Guia: Claudio Meneses Pacheco

Fecha : Octubre , 2010

Índice

Resumen	6
Palabras claves	6
Abreviaturas	7
Introducción	8
Capítulo I Documentos que pueden suscribirse mediante firma electrónica avanzada	10
1) Documentos públicos electrónicos suscritos mediante firma electrónica avanzada	10
1.1) Valor probatorio entre las partes	11
1.2) Valor probatorio respecto de terceros	11
1.3) Reconocimiento de los documentos públicos electrónicos en juicio	12
1.4) Impugnación	12
1.5) Causales de impugnación	12
1.6) Quienes pueden impugnarlo	13
1.7) Valoración judicial	14
2) Documentos privados electrónicos suscritos mediante firma electrónica avanzada	14
2.1) Punto de vista doctrinario	15
2.2) Posibles respuestas frente al art 5 letra b) de la Ley 19.799	15
2.2.1) El documento electrónico privado suscrito con firma electrónica avanzada, tiene el valor que normalmente se le entrega a los documentos privados	15
2.2.2) Consecuencias probatorias de adoptar esta postura	15
2.2.3) Reconocimiento y como se acompañan los documentos electrónicos privados	16

2.2.4) Impugnación de un documento privado electrónico	16
2.2.5) Dificultades a esta postura	16
2.2.6) El documento privado electrónico suscrito con firma electrónica avanzada, tiene el valor de plena prueba	17
2.2.7) Problemática de esta innovación procesal	17
2.2.8) Consecuencias procesales de adoptar esta postura	18
2.2.9) Impugnación	18
Capítulo II Valor probatorio que entrega la firma electrónica avanzada	19
1) Fundamentos del valor probatorio	19
1.2) Precisión importante	20
2) Requisitos comunes de la firma electrónica avanzada	20
3) Sellado temporal o <i>time “stamping”</i>	21
3.1) Relevancia del sellado de tiempo en el documento público electrónico	22
3.2) Relevancia del sellado de tiempo en el documento privado electrónico	22
3.3) El problema temporal del sistema de certificados	22
4) Posibles riesgos del uso de la firma electrónica avanzada	23
4.1) Consecuencias negativas	24
4.2) Justificación de la presencia del notario	25

Capítulo III Temas relacionados con la firma electrónica avanzada y debatidos durante la tramitación de la ley	26
1) Importancia de la firma electrónica avanzada en la tramitación del proyecto	26
2) ¿Equiparación del notario con el prestador de servicios de certificación?	26
2.1) Establece la similitud de las funciones de prestadores de servicios de certificación con la labor de los notarios	27
2.2) Establece diferencias entre la labor de los prestadores de servicios de certificación y los notarios	28
3) Forma de regulación de la firma electrónica avanzada	29
3.1) Contra la regulación de dos tipos de firma electrónica	29
3.2) A favor de la distinción legal de la firma electrónica avanzada	30
Capítulo IV Manifestaciones en el derecho comparado	31
1) Tratamiento en el derecho comparado	31
1.1) Alemania	31
1.2) Francia	32
1.3) Italia	32
1.4) España	34
1.5) Colombia, Perú y Venezuela	34
1.6) Argentina	35
1.7) Japón	35

2) Presencia de prestadores de servicios de acreditación y autoridad contralora	36
2.1) Prestadores de servicios de acreditación	36
2.2) Autoridad Contralora	36
Conclusiones	37
Bibliografía	40

RESUMEN

En este trabajo se analizará el valor probatorio de los documentos electrónicos suscritos con firma electrónica avanzada a partir de los artículos 4° y 5° de la Ley N° 19.799 “sobre documentos electrónicos, firma electrónica y prestadores de servicios de certificación”. Para llegar a una respuesta, es necesario precisar los efectos que produce la firma electrónica avanzada en los documentos electrónicos. En el documento electrónico privado, produce una innovación procesal nunca antes vista. Lo que nos permite establecer que, cumpliendo con ciertos requisitos, se les otorga el valor de plena prueba, determinando la aplicación unitaria de las reglas probatorias de los documentos públicos. Ello encuentra fundamento en la seguridad que brinda la firma electrónica avanzada, en la intención legislativa de incentivar el uso de este tipo de medio en las relaciones jurídicas y en la tendencia actual de todo el derecho comparado.

PALABRAS CLAVES: Valor probatorio firma electrónica avanzada, homologación probatoria de documentos electrónicos, Ley N° 19.799.

ABREVIATURAS

1. **Ley 19.799:** Ley N°19.799 sobre documentos electrónico , firma electrónica y prestadores de servicios de certificación
2. **C.C :** Código Civil Chileno
3. **C.PC:** Código de Procedimiento Civil Chileno
4. **Art:** Artículo
5. **Inc:** Inciso

INTRODUCCIÓN

Es indudable que Internet repercute en la sociedad, con todos los cambios que dicho impacto trae aparejado. Por ello, es necesario que el Derecho, constituyéndose como instrumento de control social, refleje en su contenido estos cambios, regulando esta nueva esfera, facilitando e infundiendo confianza en los destinatarios de la norma, contribuyendo así a uno de los grandes fines del Derecho, la seguridad jurídica.

Resultado de lo expuesto, e influenciado por experiencias comparadas, el año 2002 se dicta la ley 19.799 que regula el documento electrónico, firma electrónica y prestadores de servicio de certificación, que posteriormente es modificada, en el 2007, por la ley 20.217, ambas dictadas con la finalidad de regular el aspecto electrónico, incentivar la utilización de estos medios y resolver el principal obstáculo en esta materia; la inseguridad en las relaciones jurídicas.

Lo llamativo desde el ámbito procesal civil de la Ley N° 19.799, es la consagración de la firma electrónica avanzada y el valor probatorio que se entrega a los documentos electrónicos suscritos mediante esta firma.

Esta situación nos lleva a preguntarnos cuál es exactamente el valor probatorio que se entrega a los documentos electrónicos suscritos con firma electrónica avanzada y cuáles son sus efectos en particular, ya que tiene una serie de aristas y complejidades que nos parecen relevantes precisar, ya que la Ley 19.799 por sí misma no lo hace. Esto sin duda es importante, porque la intención que se tuvo con la dictación de la ley es incentivar el uso de este tipo de medios en las relaciones jurídicas, frente a la progresiva necesidad de regulación en este ámbito.

Para poder llegar a una respuesta aceptable, será necesario analizar cuáles son los efectos que produce la firma electrónica avanzada en los documentos electrónicos en particular, determinar que normativa se aplica en cada una de las situaciones, si el efecto que produce la firma electrónica avanzada es unitario o no, cual es el fundamento de dicha asignación probatoria, si es o no correcta, y, finalmente, cual es su regulación en el derecho comparado.

CAPITULO I DOCUMENTOS QUE PUEDEN SUSCRIBIRSE MEDIANTE FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA

Estimamos esencial que para poder determinar a cabalidad el valor probatorio de los documentos electrónicos con firma electrónica avanzada, debemos desarrollar los efectos que produce esta última en cada documento electrónico en particular.

La Ley 19.799 en los arts. 4° y 5°, establece el valor probatorio de los documentos electrónicos, así su regulación puede ser ordenada en cuatro grupos: (i) documentos públicos; (ii) documentos privados suscritos con firma electrónica avanzada; (iii) documentos privados suscritos con firma electrónica simple; y (iv) documentos electrónicos residuales, de los cuales solo interesan a este trabajo y análisis los dos primeros.

1) Documentos públicos electrónicos suscritos mediante firma electrónica avanzada (Arts. 4° y 5° letra A de la Ley 19.799)

En el art 4 la Ley 19.799 exige, de forma obligatoria, que los documentos electrónicos públicos deben ser suscritos con firma electrónica avanzada. En definitiva y en opinión de Fernández “La falta de F.E.A es causal de nulidad ya que se trata de una solemnidad que permite la existencia misma del documento electrónico, fundamentado en lo señalado en el artículo 4 de la ley 19799, 1682 y 1699 del Código Civil”.(2004)

Ahora bien, distingamos dos aspectos:

1.1) Valor probatorio entre las partes

En esta materia seguiremos la opinión de Canelo, Arrieta y Moya, donde nos indican que “el valor probatorio es de plena prueba, respecto de las declaraciones hechas por las partes, según las reglas generales contenidas en los artículos 17 y 1700 del Código

Civil. Sin embargo existen ciertas particularidades referidas a las declaraciones emitidas por el funcionario, cuyo valor probatorio dependerá del contenido de las mismas. Así, solo harán plena prueba:

- Las que se refieren a hechos propios suyos.
- Las que aseveran hechos que el funcionario percibe por sus sentidos.
- Las que se refieran a hechos que haya comprobado por medios que la propia ley le suministra” (2004).

Como es sabido lo que hace que el documento público este envuelto por la presunción de autenticidad es la intervención del competente funcionario. En este caso, y en algo que desarrollaremos más latamente con posterioridad en el capítulo III, se entiende que el competente funcionario es el prestador de servicios de certificación.

1.2) Valor probatorio respecto de terceros:

En lo que respecta al otorgamiento y fecha el documento público produce la misma plena prueba que respecto de los contratantes. El art 1700 del C.C no ofrece dudas.

Sobre las declaraciones, se debe distinguir entre las declaraciones dispositivas y enunciativas. Respecto de las primeras se presumen verdaderas por el principio básico del onus probandi. Las declaraciones enunciativas no tienen mérito alguno contra terceros, pero el tercero sí podrá invocarlas contra el que las ha hecho y la declaración tendrá en contra de éste el mérito de la confesión extrajudicial, y de esta manera servirá de base a una presunción judicial que acredite los hechos confesados, de conformidad con el artículo 398 del CPC. (Canelo et al., 2004)

1.3) Reconocimiento de los documentos públicos electrónicos en juicio

Como ya se menciona la Ley 19.799 no regula de manera especial el reconocimiento de los documentos electrónicos, no obstante, la Ley 20.217 del año 2007 si lo hace, a través de la incorporación de el art 348 bis al CPC. Esto sin duda es un avance por parte del legislador en aras de dar un poco más de certeza, respecto a que reglas se deben aplicar tratándose de este tema.

1.4) Impugnación

El art 348 bis del CPC en su inc. 3, nos remite a las reglas generales sobre impugnación del valor probatorio de los documentos públicos. En este aspecto Canelo y otros nos señalan que “la naturaleza especial de los documentos electrónicos nos obliga a analizar la legislación general aplicable y teniendo especial consideración de las nuevas reglas sobre el valor probatorio establecidas en la Ley” (2004).

1.5) Causales de impugnación

Las vías para reclamar la falta de fuerza probatoria de un documento público electrónico signado mediante firma electrónica avanzada son: la nulidad, la falta de autenticidad y la falsedad de las declaraciones efectuadas por las partes. Creemos sin embargo, que será sumamente difícil impugnar un documento electrónico público con firma electrónica avanzada, debido a las características técnicas de esta última.¹

¹ Si bien es cierto la ley no nos indica expresamente cuales son las causales de impugnación y, por tanto, debe entenderse entonces que son todas las que la ley permite, estimamos que en la práctica solo sería posible la que se indica en este trabajo, que es la nulidad absoluta por falta de inserción de la firma electrónica avanzada en el documento electrónico.

Como ya lo advirtió Fernández, y lo reitera Canelo y otros “dicha suscripción es un requisito de validez del documento público electrónico y la omisión acarrea su nulidad absoluta. La falta de F.E.A podría ser el fundamento de la impugnación del documento público electrónico por la vía de la nulidad del mismo por ausencia de los requisitos legales establecidos para su validez”.

“Si se impugna el documento público por falta de autenticidad (o falsedad), la parte que lo impugna deberá acreditar los hechos en que se funda y podrá usar cualquiera de los medios de prueba legal que la ley autoriza para la prueba del fraude, incluido el cotejo de instrumentos y el cotejo de letras para los instrumentos públicos que carezcan de matriz” (2004).

1.6) Quienes pueden impugnarlo

Tanto las partes que han otorgado el documento público como terceros, pueden impugnar la eficacia probatoria del documento público por cualquiera de las vías anteriormente señaladas. Sin embargo, existe discusión doctrinaria en materia civil respecto de la posibilidad de las partes que han otorgado un documento público para luego impugnarlo por falta de veracidad en las declaraciones en él contenidas. Parte de la jurisprudencia lo ha aceptado basado en la idea que mediante otros medios de prueba plena se puede acreditar la falta de sinceridad en las declaraciones, por ejemplo, mediante la confesión judicial, sin embargo otra parte de la doctrina señala que ello no es posible porque de acuerdo al art 1700 del C.C el documento público hace plena fe en cuanto a la verdad de las declaraciones respecto de las partes que lo hayan otorgado.

Finalmente González concluye que:“con todo, cabe señalar que esta norma será de muy excepcional aplicación en materia de obligaciones contractuales mientras no se reforme el régimen legal de los Notarios pues, por regla general, las solemnidades en contratos tales como compraventa, hipoteca, servidumbre o sociedad, entre otros, consisten en escrituras públicas que hasta ahora no pueden realizarse electrónicamente”(2003).

1.7) Valoración judicial

El juez apreciará la prueba rendida en la objeción del documento público sujeto a las reglas generales de apreciación de la prueba del título XI el Libro II del Código de Procedimiento Civil y especialmente a su párrafo 8°, según el cual entre dos o más pruebas contradictorias y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad.

2) Documentos privados electrónicos suscritos mediante firma electrónica avanzada (Art 5 letra B de la Ley 19.799)

A diferencia de la categoría anterior, la suscripción de la firma electrónica avanzada es facultativa y no obligatoria, de manera que queda a libertad del autor la utilización o no de este medio.

Lo que llama la atención producto de la naturaleza privada del documento, es el valor de plena prueba que a primera vista se le otorga. A nuestro parecer es en esta categoría, donde más se manifiesta la relevancia de la firma electrónica avanzada, toda vez que permite otorgar un valor al documento electrónico privado que naturalmente no tiene. Esto es importante, porque nunca antes se había visto en nuestro ordenamiento jurídico, motivándonos a preguntar si realmente se está en lo correcto en tal asignación, si es o no procedente hablar de reconocimiento, como se acompañan y la forma de impugnarlos.

Si afirmáramos el hecho de que al documento electrónico suscrito con firma electrónica avanzada le fue otorgado este valor privilegiado, podría llevar a pensar, tal como se planteo durante la discusión de la actual ley francesa sobre la materia, que esta podría desmerecer a los documentos públicos,(particularmente la actividad que realizan los notarios), disminuir su cantidad, llevando a una situación que puede ser perjudicial, tomando en consideración la importancia legal que ellos tienen en la resolución de ciertos conflictos. Sin embargo creemos que esto no sería así, ya que la reducción de documentos públicos electrónicos solo ocurriría respecto de aquellos documentos

privados que hoy son protocolizados o autenticados para mayor seguridad de los contratantes.

2.1) Punto de vista doctrinario

Desde lo tradicional, se rompe la dicotomía o bilateralidad entre el documento privado y el público, que regía nuestro ordenamiento hasta antes de la dictación de la Ley 19.799. Las reglas probatorias aplicables estaban claras, pero con la entrada en vigencia de la normativa en comento, más precisamente con la consagración de esta figura, la certeza respecto a las reglas probatorias aplicables a este fenómeno se pierden, surgiendo una serie de dudas, dependiendo del valor probatorio que consiga la firma electrónica avanzada a este tipo de documentos.

2.2) Posibles respuestas frente a el art 5 letra b) de la Ley 19.799

2.2.1) El documento electrónico privado suscrito con firma electrónica avanzada, tiene el valor que normalmente se le entrega a los documentos privados

Esto implica decir arriesgadamente que el legislador se equivocó en la redacción de los artículos, que lo señalado no era realmente lo que se buscaba, por tanto, las reglas probatorias aplicables serían las de un documento privado y no uno público y manteniéndose la dicotomía en las reglas probatorias de los documentos.

2.2.2) Consecuencias probatorias de adoptar esta postura

Se aplican las reglas generales en materia de documentos privados, distinguiendo si se encuentra reconocido o mandado a tener por tal, y en tal sentido el principio general que aplica es que este tipo de documentos no tiene valor probatorio alguno con respecto a

todas las personas en forma absoluta, pero en caso que sea reconocido o mandado tener por reconocido, adquiere valor de escritura pública respecto de las partes que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han traspasado las obligaciones y derechos de éstos, todo ello según el art 1702 del C.C.

Con relación a las declaraciones que en él se hacen, y de conformidad con el art 1706 del C.C y 5° de la Ley 19.799, el documento privado electrónico reconocido, al igual que el documento público electrónico, hace plena prueba entre las partes aun en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato.

2.2.3) Reconocimiento y como se acompañan los documentos electrónicos privados

Con respecto a esto nos remitiremos nuevamente al art 348 bis del CPC.

2.2.4) Impugnación de un documento privado electrónico

Como lo señala el art 348 bis inc. 3, podría ser objetado de acuerdo a las reglas generales, en consecuencia, todos los medios probatorios que establece la ley que sean útiles para acreditar el fraude, tomando en consideración la misma prevención que se hizo previamente sobre las causales de impugnación de los documentos electrónicos públicos.

2.2.5) Dificultades a esta postura:

Si bien es cierto desde el punto de vista tradicional de las reglas probatorias parece la opinión más aceptable, ello trae aparejado un importante inconveniente, producto de la expresa consagración, mediante texto legal, de un valor probatorio distinto. Por ello pensamos que esta postura es incorrecta.

2.2.6) El documento privado electrónico suscrito con firma electrónica avanzada, tiene el valor de plena prueba, rompiendo con los criterios tradicionales, sustentado por el tenor literal de los artículos y la intención del legislador (como se verá en el capítulo II).

Sobre el hecho de alterar las reglas probatorias, Canelo y otros se refieren que el cambio “si bien innovador, tiene toda lógica, toda vez que la F.E.A tiene la particularidad de identificar fehacientemente al autor de un documento, haciendo a éste no repudiable y garantizando la integridad del mismo”.

“Consecuentemente, carecería de sentido dotar al suscriptor del documento de la posibilidad de desconocer su actuar documental, ya que las características técnicas de la F.E.A dan un alto grado de certeza respecto de la titularidad e integridad del documento signado. Con todo, deben subsistir las posibilidades de objeción que prevé el Código de Procedimiento Civil” (2004).

2.2.7) Problemática de esta innovación procesal

Las dificultades asoman, producto de la poca certeza que ofrece la Ley 19.799 ante la interrogante de las reglas probatorias a aplicar, primero porque nada nos dice en esta materia y segundo, desde el punto de vista de su naturaleza, porque es un documento privado pero a consecuencia de la suscripción con firma electrónica avanzada tiene el valor de plena prueba.

También ilustra esta situación, Canelo y otros, cuando opinan que “desde el punto de vista de su naturaleza este es un documento privado y por lo tanto no debería tener eficacia probatoria mientras no haya sido reconocido o mandado a tener por reconocido, sin embargo esto se contradice con lo establecido en la Ley que le da el valor de plena prueba de un documento público, que como revisamos no requiere de reconocimiento para tener dicho valor probatorio. De la misma forma, no hay certeza sobre cuáles serían las causales de impugnación, si las de un documento público o privado (2004)”.

Para poder develar las interrogantes anteriormente planteadas, debemos tomar en consideración dos aspectos: i) conciliación de las reglas de la prueba de los documentos privados con los públicos y ii) la intención del legislador.

2.2.8) Consecuencias procesales de adoptar esta postura

Canelo y otros nos plantean que “la innovación introducida por el legislador nos lleva a analizar si es procedente o no hablar de reconocimiento de este tipo de instrumentos y la forma en que debe operar a su respecto la impugnación. A nuestro juicio, el legislador deberá regular esta materia en forma expresa ya que las categorías y regulaciones actualmente vigentes y que hemos resumido anteriormente, no nos permiten determinar claramente que reglas se aplican” (2004).

De esta manera, “para mantener la intención del legislador de promover el uso de este tipo de instrumentos con F.E.A nos inclinamos a pensar que desde un punto de vista de política legislativa, que la parte contra la cual se hacen valer podrá objetarlos por vía de nulidad, falsedad y falsedad de las declaraciones en él contenidas. De esta manera este tipo de documento tendrá realmente el valor probatorio de escritura pública que la ley le ha otorgado al no someterlo a ningún apercibimiento ni reconocimiento previo, el que sólo sería aplicable a los documentos privados electrónicos que no han sido suscritos por medio de F.E.A y que están sujetos a las reglas generales”(2004).

2.2.9) Impugnación

Todos los medios de prueba legal deberán ser admisibles, incluidos los cotejos de letras, instrumentos y demás peritajes que la parte pueda solicitar, teniendo siempre en consideración que será la parte que impugne la que tendrá la carga de probar que el documento es nulo, falso o las declaraciones contenidas en el lo son.

Con respecto al cotejo de letras, compartimos la opinión con De la Oliva que plantea que este “a todas luces es inaplicable a un documento electrónico” (2005: p. 11), ya que la F.E.A utilizada por una persona determinada, será siempre igual, por las características técnicas que envuelven a esta última.

Por todo lo anterior podemos establecer que tiene relevancia la presencia de la firma electrónica avanzada en un documento electrónico, ya que cambia completamente las reglas probatorias aplicables, especialmente si se trata de los documentos electrónicos privados, donde hace aplicables las causales y la forma de impugnación de los documentos electrónicos públicos.

CAPITULO II VALOR PROBATORIO QUE ENTREGA LA FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA

1) Fundamentos del valor probatorio

Como ya se señaló en el capítulo anterior, las características técnicas que envuelven a la firma electrónica avanzada de identificar fehacientemente al autor de un instrumento, haciendo a éste no repudiable y garantizando la integridad del mismo, hacen que esta se consagre como uno de los medios más seguros para suscribir documentos, incluso más que la firma manuscrita.

Así también lo ilustra Sandoval en el primer informe de la comisión de constitución, cuando nos dice que “la F.E.A, por ser un mecanismo más completo, satisface las funciones de identificación, atribución, privacidad, integridad y seguridad, toda vez que se apoya en la denominada Infraestructura de Clave Pública (ICP), expresión que proviene de su nombre en idioma inglés *Public Key Infrastructure (PKI)*. Ella es compleja y sofisticada tecnológica y jurídicamente hablando, de manera que puede asegurar, en el estado actual de la técnica, incluso con mayores garantías que el papel y

la firma autógrafa, la identificación del Firmante y la atribución de los mensajes de datos. Igualmente la ICP mantiene la seguridad y privacidad respecto de los mensajes de datos, durante todo el recorrido desde el momento de emisión hasta el de la recepción”. (2000: p.322). Agregar además, que ni el certificador de la firma electrónica, ni tercero alguno puede disponer de ella.

Por todo lo expuesto, podemos concluir que el valor probatorio de plena prueba que la firma electrónica avanzada consigue en los documentos electrónicos es el correcto, siendo concordante con la intención del legislador plasmada en la historia de ley, de incentivar a los privados al uso de este medio.

1.1) Precisión importante

Del capítulo anterior podemos señalar entonces que la firma electrónica avanzada por sí misma no tiene valor probatorio, y que insertada en los documentos electrónicos, *per se* no genera el valor de plena prueba, sino que debe cumplir con ciertos requisitos. En el caso de los documentos públicos electrónicos, como ya se menciono constituye un requisito de validez, de manera que su ausencia determina la existencia de nulidad absoluta y en los documentos privados electrónicos su inserción es facultativa, quedando entonces su autor liberado de su suscripción.

2) Requisitos comunes de la firma electrónica avanzada

Debe ser certificada necesariamente por un prestador de servicios de certificación acreditado, ya que por la Ley 19.799, solo ellos pueden emitir este tipo de certificados. La razón según Fernández es que ellos “ se someten a un mayor número de obligaciones, como asimismo a estándares de seguridad más estrictos debiendo demostrar la fiabilidad necesaria de sus servicios, garantizar la existencia de un servicio seguro de consulta del registro de certificados emitidos, emplear personal calificado, utilizar sistemas y productos confiables que garanticen seguridad, contratar el seguro consignado en el artículo 14 (de la ley) y contar con capacidad tecnología necesaria para el desarrollo de la actividad de certificación (art 17 inc. 2º, Letras a), b), c), d), e) y

f).Más aun, al art 3 del Reglamento el cumplimiento de las normas técnicas establecidas en la primera disposición transitoria del mismo cuerpo, son obligatorias para los prestadores de servicios acreditados” (2002)².

A esto hay que agregar la acreditación ante la Subsecretaria de Economía, fomento y reconstrucción y la periódica fiscalización que esta realiza a los prestadores de servicios de certificación acreditados.

Esto nos permite reafirmar nuestra idea de que tanto la firma electrónica avanzada como medio de suscripción, como todo el sistema que la blinda, (los prestadores de servicios de certificación y la Subsecretaria de Economía, fomento y reconstrucción), cumplen con estándares máximos de seguridad, de manera que el valor probatorio de plena prueba entregado al documento electrónico con firma electrónica avanzada es el correcto.

3) Sellado temporal o *time “stamping”*³

Es necesario destacar ciertas situaciones respecto a este servicio:

Puede ser efectuado por una entidad distinta al prestador de servicios de certificación, llamada autoridad de fechado digital, por lo tanto no necesariamente se debe concurrir ante el mismo prestador de servicios de certificación, que certifique una firma electrónica avanzada en un determinado documento electrónico.

El sellado temporal puede ser obligatorio o facultativo dependiendo del tipo de documento electrónico de que se trate.

2 Para más información acerca de los prestadores de servicios de certificación véase el artículo “Responsabilidad civil de los prestadores de servicios de certificación” de Fernando Fernández, 2004.

3 Para mayor información acerca del sellado de tiempo véase el artículo “Responsabilidad civil de los prestadores de servicios de certificación” de Fernando Fernández, 2004.

3.1) Relevancia del sellado de tiempo en el documento público electrónico

En el caso de las autoridades o funcionarios de los órganos del estado, la presencia del sellado de tiempo es obligatoria al momento de la certificación de la firma electrónica avanzada (implícitamente consagrado en el art 9 inc. 2 de la ley), así entonces, todo documento público electrónico no solo “debe” ser suscrito con firma electrónica avanzada, como se concluyo en el capítulo I, sino también “debe” estamparse el sellado de tiempo en el certificado emitido por el prestador acreditado, constituyéndose ambos como requisitos de valides del documento público electrónico y por lo tanto frente a su ausencia son causales de nulidad absoluta.

3.2) Relevancia del sellado de tiempo en el documento privado electrónico

En el caso de un documento electrónico privado, la inserción del sellado de tiempo es facultativa. Si las partes estipulan no utilizar este servicio, la firma electrónica avanzada no hará plena fe respecto de su fecha de otorgamiento, pero por el contrario, si las partes deciden que se utilice este servicio, *hará plena fe respecto de su fecha de otorgamiento, equiparándolo con un documento público electrónico para todos los efectos probatorios*. De manera que la existencia de una firma electrónica avanzada y el sellado de tiempo en un documento privado electrónico, producen una *homologación total a un documento público*, determinando la aplicación de las mismas reglas probatorias. Por consiguiente, la firma electrónica avanzada por sí misma no homologa un documento privado electrónico a uno público en su totalidad, porque no produce plena fe respecto de su fecha de otorgamiento, requiriendo del sellado de tiempo.

3.3) El problema temporal del sistema de certificados

Otra situación en que toma importancia el sellado de tiempo es la que plantea Martínez, cuando lo distingue de las funciones propias de la firma electrónica avanzada “La firma

digital realizada con una clave privada únicamente identifica al emisor y conecta al emisor con el mensaje exacto; mas no prueba el momento de creación o envío del mensaje. Asimismo, "...permiten al verificador determinar fehacientemente si la firma digital fue ejecutada dentro del periodo de validez del certificado, previenen fechados fraudulentos antes o después de la fecha consignada e impiden alterar el contenido del documento posteriormente al instante de la firma". Por último, en el caso de la revocación es de suma importancia "...en la medida que la responsabilidad de las distintas partes puede variar... en los distintos periodos temporales de revocación". (2000:Pp. 72 -74).

En conclusión, el sellado de tiempo cumple una importante función de complementación a la firma electrónica avanzada, en su efecto de homologar totalmente un documento privado electrónico a uno público. Por lo que en la situación particular, de los documentos privados electrónicos, recomendamos que se utilice el sellado de tiempo, para dar más seguridad aun a las operaciones signadas por medio de firma electrónica avanzada, sobre todo a las más importantes.

4) Posibles riesgos del uso de la firma electrónica avanzada

El hecho que la firma electrónica avanzada sea un medio de suscripción seguro, incluso más que la firma manuscrita, no quita que igualmente existan riesgos, por los cuales el sistema completo pueda verse vulnerado. Así se señala en el Informe de la Asociación de Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales en el primer informe en la comisión de constitución, el año 2001, partiendo de la base que "la F.E.A es, en la realidad, un código informático que, por su propia naturaleza no puede ser memorizado por su titular, por lo que éste tendrá que guardarlo en un medio magnético, como el disco duro de su computador, en otro dispositivo de memoria secundaria, un CD o, incluso, en una tarjeta de las llamadas "inteligentes""(2001:p 353). Donde se indican tres situaciones:

i) "Es perfectamente posible que dicho medio magnético sea extraviado por su propietario, o que le sea robado o hurtado; o que alguien con acceso a su computador

copie fraudulentamente dicho código o firma, o, en fin, que aquél, con poca prudencia, la facilite a una persona en la cual tiene gran confianza, como el cónyuge, un pariente cercano o una antigua secretaria” (2001: p. 353).

ii) Posibilidad de que el suscriptor haya sido forzado contra su voluntad, a firmarlo electrónicamente; o que al momento de firmar, dicho suscriptor no se encuentre en pleno uso de sus facultades mentales, sea en forma permanente o transitoria: Tal podría ser el caso de una persona anciana o de una que hubiere ingerido drogas o algún medicamento, o que se encontrare bajo los efectos del alcohol”.

“Por último, la fecha y hora en que se perfecciona un contrato o acuerdo de voluntades puede también revestir gran importancia. Estos datos son fácilmente modificables en un computador, de modo que se requiere la actuación de un tercero confiable que pueda acreditar el momento en que el documento fue enviado a su destinatario” (2001: p. 355). Todas estas situaciones son totalmente probables, sin embargo pueden salvarse, como ya se explico, a través del sellado de tiempo, el cual autentica la fecha y hora en que se realiza una determinada transacción.

4.1) Consecuencias negativas

Producto de lo anterior se sigue indicando en el informe que “a partir del valor probatorio de la F.E.A se desprende prácticamente una presunción de derecho en cuanto a que por el sólo hecho de aparecer una firma electrónica avanzada en un documento electrónico, ambos se entienden indisolublemente unidos, acarreando así, en cualquier circunstancia, responsabilidad para el titular o dueño de la firma, responsabilidad que puede ser civil e incluso penal” (2001: p. 354).

A propósito de lo mismo , pero ocurrido en la legislación española , De la Oliva también se percata de esta situación sosteniendo que “cuando se impugna la autenticidad de la firma electrónica reconocida, (equivalente a nuestra firma electrónica avanzada) en un determinado caso, el prestador de los servicios de certificación ha de demostrar que está actuando conforme a la ley, pero se diría, según el tenor literal de esta, que la comprobación correspondiente no se ciñe a la actuación en el caso concreto de que se trate, sino se refiere a la habitual del prestador de servicios”(2005:p 10).

Esta consecuencia no es menor, debido a que, una persona que sufre una de las situaciones anteriormente planteadas y, tomando en consideración que no son rebuscadas sino perfectamente posibles, se ve disminuida en la forma y causales de impugnación. Esto nos lleva entonces a reafirmar la opinión que se estableció en el capítulo I, cuando se indicó que las causales de impugnación aplicables al documento electrónico privado con firma electrónica avanzada eran las propias de un documento público.

4.2) Justificación de la presencia del notario

La opinión según el informe de la asociación de notarios, conservadores y archiveros, sugiere como solución a las situaciones planteadas precedentemente, que “la F.E.A, para que tenga pleno valor, para que realmente dé seguridad jurídica, en los casos en que la ley lo exija o las partes lo estipulen, sea incorporada al documento electrónico por su titular, en presencia de un Notario Público. De este modo la identidad del firmante quedaría doblemente establecida, con el certificado otorgado por la entidad certificadora y con el atestado del Ministro de Fe Pública. Ello no se trata, repetimos, de incorporar a los notarios y otros ministros de fe como autoridades certificadoras” (2001: p. 354).

La idea de la intervención de los notarios en el sistema regulado por la Ley 19.799, nos parece innovadora, en el sentido de dotar de más seguridad aun a las transacciones electrónicas, sin embargo en otros países ya es una realidad, como por ejemplo en Italia y España. Para poder ser concretada en nuestro país, se necesita de una reforma profunda al régimen registral que aun no se ha materializado. Quizás en un futuro cercano podamos ver a estos fedatarios públicos incorporados al sistema de la firma electrónica. No obstante, de momento, no nos parece adecuado que, en la actual realidad jurídica que estos ministros de fe se encuentran, se incorporen al sistema regulado por la Ley 19.799, ya que podrían transformarse en un obstáculo a las transacciones electrónicas, atentando con la intención del legislador que es agilizarlas.

CAPITULO III DISCUSIONES RELACIONADAS CON LA FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA DURANTE LA TRAMITACIÓN DE LA LEY

Durante la tramitación de la Ley 19.799, se dio origen a varias discusiones relacionadas con la firma electrónica avanzada, siendo los arts. 4º y 5º, objeto de numerosas modificaciones a lo largo de todos los trámites constitucionales. En este capítulo se hará una referencia resumida a estos temas y veremos si las posturas adoptadas finalmente en la ley están o no en lo correcto.

1) Importancia de la firma electrónica avanzada en la tramitación del proyecto

La firma electrónica avanzada es el eje central en conjunto con el documento electrónico y los prestadores de servicios de certificación, tal como lo expresa el senador Alberto Espina en la discusión en sala, a propósito de las ventajas que la firma electrónica avanzada tiene frente al resto de los medios de suscripción, “eso es fundamental y de la esencia de este proyecto, porque forma parte de la columna vertebral del mismo, que es la estabilidad y confianza en las operaciones comerciales por la vía de las comunicaciones electrónicas. Probablemente, ésta es una de las iniciativas más innovadoras que se ha tramitado en los últimos años.” (2001: p. 231)

2) ¿Equiparación de la función del notario con el prestador de servicios de certificación?

En el capítulo anterior se planteo esta duda, por la relación que hay entre la firma electrónica avanzada y los prestadores de servicios de certificación, como lo sostiene el diputado Elgueta, en la discusión en sala, “cuando la firma electrónica avanzada esté debidamente certificada por prestadores acreditados habrá una especie de documento

privado notarial. Es lo mismo que una letra o un pagaré firmado ante notario”...“sería absolutamente inútil llamar a presencia judicial a las partes para que digan si reconocen o no el documento”. (2001: p. 231)

Durante la tramitación del proyecto fue posible distinguir, dos posturas al respecto:

2.1) Establece la similitud de las funciones de prestadores de servicios de certificación con la labor de los notarios

Argumentos:

- i) Planteada por Renato Jijena, en el primer informe de la comisión de constitución. “La trascendencia de su función pasa porque cuando certifican dígitos o algoritmos y la pertenencia de esos dígitos a personas concretas y determinadas por sus características propias, están ejerciendo la potestad jurídica de otorgar “Fe Pública” en el marco de las transacciones comerciales, respecto a que en una fecha y hora determinada, personas perfectamente individualizadas realizaron o acordaron una operación de comercio electrónico en también determinados términos, antecedentes que posteriormente no podrán ser negados o “repudiados”. Por eso se habla de las “notarías virtuales” (2001: p. 334).
- ii) Planteada en la discusión en sala, por el senador Viera-gallo “La tradición jurídica nacional -y en general de Europa y de América Latina- señala que la acreditación de la firma, donde está involucrada la fe pública, debe efectuarse ante un funcionario. Es el Estado el garante de la confianza, de la fe pública, lo cual es una forma de precaver el fraude a la fe pública. Por eso, es tan trascendente que esto se realice ante un funcionario estatal”. “Porque si el nuevo mecanismo de firma digital se hace análogo al sistema descrito en el Código Civil, el hecho es que no se establecen las mismas garantías de fe pública que el notario tiene” (2001: p. 379).

- iii) De la Oliva, nos dice a propósito de la misma situación pero que ocurre en España que “los prestadores de servicios de certificación no son sino fedatarios especiales, dar fe y certificar no se diferencian en nada, desde el punto de vista de la prueba” (2005: p. 11).

2.2) Establece diferencias entre la labor de los prestadores de servicios de certificación y los notarios

Argumentos:

- i) Lo siguiente se señaló en la discusión particular, en el primer informe de la comisión de ciencia. “Las funciones notariales y las de las empresas certificadoras que establece esta ley son, esencialmente, distintas. Un notario no otorga firmas, tampoco es certificador, ni otorga identidades – eso lo hace el Registro Civil-. Ese funcionario auxiliar de la administración de justicia no ejerce la fe pública, sólo acredita que las personas que han firmado un documento son las que dicen ser. Tampoco el certificador de firma electrónica otorga identidades, sólo entrega un instrumento –equivalente a un lápiz-, para firmar a través de un medio que permite la tecnología; en otras palabras, entrega un medio para que una persona pueda identificarse en un sistema tecnológico en que es imposible hacerlo a través de la presencia personal”. “En el debate, algunos señores Diputados indicaron a vía de ejemplo, que un notario certifica que “x” es “x”; la firma electrónica también certifica que “x” es “x”. No obstante la similitud en esa función, el nombramiento de un notario tiene todo un procedimiento de acreditación muy exigente. Sin embargo, como contrapartida, el proyecto de ley excluye la celebración, mediante firma electrónica, de los actos solemnes en los que debe intervenir un notario” (2001: p.83)
- ii) Sandoval señala en el primer informe en la comisión de constitución. “En la relación contractual asociada a la firma electrónica, actuación que realiza el certificador es distinta a la propia de la fe pública, ya que aquellos entes no

están encargados de establecer la identidad de una persona, que ha sido certificada por el Estado, a través del Servicio de Registro Civil e Identificación. En ese sentido, la función que asume la Subsecretaría de Economía es simplemente la de acreditar que las entidades que quieran certificar una firma electrónica están cumpliendo con las reglas previstas en la ley para dar confiabilidad y seguridad al usuario de dicha firma”.

“Las entidades de certificación no darán fe pública, y que la protección de dicho bien seguirá entregado a los funcionarios y órganos que actualmente cumplen con dicha función como representantes del Estado”. (2001: pp. 269 - 270).

iii) El diputado Fernández señala en la discusión en sala que “podría prestarse a confusión-, que la certificación de firma electrónica no va a sustituir la función que realizan los notarios. En la Comisión se señaló reiteradamente que de ninguna manera las entidades certificadoras tendrán por objeto desarrollar un trabajo similar al que realizan aquéllos. La labor de las entidades certificadoras de firma electrónica y la que cumplen los notarios son dos cosas completamente diferentes. De manera que asemejarlas constituye un error” (2001: p. 386).

Esta postura es la adoptada finalmente en la Ley 19.799 y a nuestro parecer es la adecuada, ya que se hace la precisión y distinción de las funciones que cumplen los notarios con los prestadores de servicios de certificación, por lo que de ninguna manera estos últimos van a reemplazar a los notarios, ni mucho menos privatizar la fe pública como se planteó en su primer momento.

3) Forma de regulación de la firma electrónica avanzada

3.1) Contra la regulación de dos tipos de firma electrónica

Al respecto Jijena, en el primer informe de la comisión de ciencias, nos señala lo siguiente: “La realidad demuestra que sólo se necesita un tipo de firma, que asegure integridad, autenticidad, identificación de las partes y que esté respaldada por un certificado digital emitido por una entidad certificadora acreditada. Con esto, el

mercado chileno que es pequeño, estaría cubierto. La incorporación de entidades certificadoras no acreditadas podría significar que las transnacionales que ya están operando, lo sigan haciendo sin acreditarse. La fe pública, en este caso, no se podría resguardar. En cuanto al valor probatorio de las distintas firmas digitales, considera que es un invento jurídico sumamente interesante, pero que no es relevante. Todas las prácticas de certificación; todos los contratos de las entidades certificadoras van al arbitraje, y no a los tribunales. Esto es por la complejidad y por la operatoria del comercio exterior. Por lo tanto, en Chile se necesita solamente un tipo de firma. Mencionó que en el país funcionan algunas empresas como Verising y Microsoft, que nunca se van a acreditar, y a la gente no le importa que lo hagan o no” (2001: pp. 64-65).

La opinión de Jijena está influenciada por una parte del derecho comparado, en donde solo existe un solo tipo de firma electrónica, denominada “firma digital”, la cual cumpliendo ciertos requisitos legales puede llegar a tener el mismo valor de nuestra firma electrónica avanzada, esto se da por ejemplo en Italia. (Reglamento de actos, documentos y contratos en forma electrónica de 1997) Colombia. (Ley 527 de 1999), Perú. (Ley No.27269 Ley de firmas y certificados digitales) y Venezuela. (Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas del 2001).

3.2) A favor de la distinción legal de la firma electrónica avanzada

En el primer informe de la comisión de ciencias, se informó por parte del Ejecutivo que en las transacciones comerciales se pueden emplear firmas electrónicas de variados tipos, desde las más sencillas (envío de mail donde se manifiesta la intención de comprar un producto y se señala la firma con el nombre de pila) hasta otras más complejas. La firma electrónica avanzada, sin embargo, tiene una connotación distinta. La firma electrónica avanzada es el eje central del proyecto de ley, y es la que interesa regular. Asimismo, es la que da lugar a la existencia de entidades certificadoras. (2001: p. 75).

En nuestra opinión, nos inclinamos por la primera postura, porque está basada en una realidad concreta y cercana, es irrelevante la distinción conceptual, ya que lo realmente

importa es la distinción que hace la ley del valor probatorio, en atención al cumplimiento de los requisitos legales. Sin embargo, la segunda postura es la adoptada en la ley, donde se prefirió hacer una distinción conceptual por las diferencias técnicas que tiene la firma electrónica avanzada (su mayor seguridad) y porque da paso a la regulación de los prestadores de servicios de certificación. Finalmente no está demás decir que en este tema, la influencia de modelos inspiradores a nuestra ley como son el español y el alemán, tuvo más peso, que las razones localistas de índole práctica.

CAPITULO IV MANIFESTACIONES EN EL DERECHO COMPARADO

Ya hemos visto hasta ahora el tratamiento y valor probatorio que tiene el documento electrónico suscrito con firma electrónica avanzada en nuestro ordenamiento jurídico. En este capítulo se hará un esbozo de las legislaciones comparadas principalmente sobre dos acápite:

- 1) Comparación de la regulación legal de nuestra firma electrónica avanzada con el tratamiento que tiene en el derecho comparado.
- 2) Existencia de prestadores de servicios de certificación y autoridad contralora en los distintos ordenamientos jurídicos.

1) Tratamiento en el derecho comparado

1.1) Alemania (Boletín Oficial Alemán del 2001, sobre Condiciones Marco para la Firma Electrónica)

Fue la primera ley en regular la firma electrónica y en lo particular la firma electrónica avanzada, que a diferencia de lo que ocurre en Chile, no son dos, sino tres los tipos de firma electrónica que se pueden suscribir, donde cada una otorga un grado de seguridad distinto, se habla de firma electrónica simple, avanzada y cualificada.

En lo que respecta a nuestro trabajo, la firma electrónica avanzada regulada en Alemania tiene menos seguridades que las nuestras, ya que como indica García, “solo permite la identificación del firmante, al que se vincula de forma única y cuya creación está bajo control exclusivo del signatario, sin ser emitida por un prestador de servicios de acreditación”, lo que equivale a decir que en nuestro país, eso sería una firma electrónica simple. La que si correspondería a nuestro concepto legal de firma electrónica avanzada sería la firma electrónica cualificada, la cual además de las características ya mencionadas se encuentra firmada por una entidad prestadora de servicios de certificación, “por lo tanto no existe ninguna nueva categoría de firma electrónica” (2002:p. 45)

1.2) Francia (Ley N° 465 de 2000)

Una de las particularidades de esta legislación es como lo indica Rodríguez “La novedad más importante de esta Ley es que inserta sus disposiciones en el propio Código Civil de Napoleón, afectando temas tan importantes como, por ejemplo, el de la prueba de las obligaciones” (2000: p. 381), y no en una ley especial, como ocurre en nuestro país.

Se habla solo de firma electrónica y se dota de la misma fuerza probatoria que a la realizada en soporte papel, en la medida que cumpla con los requisitos de identidad y se garantice la integridad, lo que se presume salvo prueba en contrario, cuando reúna las condiciones fijadas por el Decreto de Consejo de estado. Por lo tanto, cumpliendo con esos requisitos pudiese llegar a tener el mismo valor que nuestra firma electrónica avanzada.

1.3) Italia (Reglamento de actos, documentos y contratos en forma electrónica de 1997)

Hay regulación de solo un tipo de firma electrónica, que es la “digital” y que cumpliendo los requisitos establecidos en el reglamento producirá el mismo efecto

probatorio que en nuestro país produce la firma electrónica avanzada emitida por un prestador de servicios acreditado.

Así como en nuestro país, el sistema de apreciación de la prueba es legal o tasada, sin embargo este cuerpo normativo nos merece un mayor análisis, ya que aparecen dos situaciones que son interesantes.

La primera se refiere a todo documento electrónico suscrito con firma digital autenticada por un notario, “el efecto de esta autenticación consiste, en que la firma digital es notarialmente autenticada se tiene por reconocida conforme al artículo 2703.1 del Código Civil, de manera que aplicando el artículo 2702 antes examinado, el documento informático (en Chile, documento electrónico) con firma así autenticada hace plena prueba sin necesidad de reconocimiento y sin posibilidad de desconocimiento de su firma por la persona contra la que se produce, y solo puede ser atacado por querrela de falsedad.” Por lo tanto es una situación muy similar a la regulada en nuestro art 5 letra b), sobre el documento privado electrónico suscrito con firma electrónica avanzada que fue tratado y desarrollado en el presente trabajo, en el capítulo I, que frente a la pregunta de qué reglas probatorias procedían, se concluyó que era la aplicación de las reglas propias de los documentos públicos, respuesta que concuerda con la consagrada expresamente por el legislador italiano.

La segunda, en palabras de Rodríguez, siguiendo la línea anterior que se refiere a la naturaleza del documento, “este documento privado, no se convierte en documento público, ni puede utilizarse en aquellos supuestos en que la ley exige documento público; no está, pues, admitido en la legislación italiana el documento público informático negocial.” (2000: pp. 377 y ss.)

De esta manera destacan dos ventajas de la ley italiana por sobre la chilena, una respecto de la regulación expresa del tratamiento probatorio de los documentos privados electrónicos suscritos con firma electrónica avanzada y la otra, referida a la

admisibilidad de la intervención del notario en este tipo de medios, produciendo un mayor valor probatorio.

1.4) España (Ley 59/2003)

Se define firma electrónica y dos tipos de ella, que son la firma electrónica avanzada y la firma electrónica reconocida. En este caso la firma electrónica reconocida equivale a nuestra firma electrónica avanzada, ya que el art 3 de la ley española la define como aquella basada en un certificado reconocido y generada a través de un dispositivo seguro de creación de firma.

Una de las particularidades de esta legislación es el hecho que solo respecto a la firma electrónica avanzada haya establecido un sistema de apreciación de la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica y respecto de la firma electrónica simple un sistema de prueba legal o tasada, cuestión que en Chile es distinto, ya que se consagra un solo sistema de prueba legal o tasada, de manera que el valor entregado por la firma electrónica avanzada en España, quedara entregado al juez, como lo indica Sandoval; “reconociendo distinto valor probatorio a los documentos electrónicos en los que consta una F.E.A, respaldada por un certificado emitido en conformidad a la ley. A diferencia de lo que ocurre en Chile donde la F.E.A tiene un valor específico entregado, dependiendo de los requisitos que cumplan”. (2003: p. 96)

1.5) Colombia (Ley 527 de 1999), Perú. (Ley No.27269 Ley de firmas y certificados digitales) y Venezuela (Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas del 2001)

Regulan solo un tipo de firma, denominada “digital” en Perú y Colombia y “electrónica” en Venezuela, donde producen el mismo valor probatorio que una firma manuscrita si cumple con requisitos de identidad, verificación, control exclusivo, integridad y si está conforme con las reglamentaciones por el gobierno nacional.

En comparación a nuestra Ley 19.799 hay discrepancias respecto de la denominación y de las categorías de firma, estableciendo estos países solo una, la cual podrá llegar a producir los mismos efectos de nuestra firma electrónica avanzada, cumpliendo con todos los requisitos enunciados anteriormente.

1.6) Argentina (Ley de firma digital del 2001)

Se asemeja mucho a la ley chilena, donde se regulan dos categorías, la firma electrónica y la firma digital, que se encuentran en una relación genero - especie y donde la firma digital equivale por sus requisitos y efectos a nuestra firma electrónica avanzada, de manera que el valor probatorio de la firma digital, así como en nuestro país, depende si cumple o no con los requisitos establecidos en su legislación.

1.7) Japón

Respecto al valor probatorio, se divide en tres categorías:

(i) Documentos cuya firma avanzada sea certificada por entidades

Acreditadas.-En este caso, el valor probatorio es el de plena prueba, sea como documentos públicos o privados, cuando ellos constan de firmas electrónicas avanzadas que han sido certificadas por un prestador acreditado.

(ii) Documentos cuya firma avanzada está certificada por ente no acreditado.-Se otorga la calidad de presunción judicial.

(iii) Restantes documentos electrónicos.- En esta categoría, caben todos los otros documentos electrónicos, estén o no firmados, sea que cuenten con firma electrónica simple certificada por un prestador acreditado o no, o con una firma simple no certificada o con una firma avanzada no certificada. En todas estas situaciones, se

otorga a los documentos electrónicos el valor probatorio de un indicio o base de presunción judicial.

2) Presencia de prestadores de servicios de acreditación y autoridad contralora

2.1) Prestadores de servicios de acreditación

Todos los países tienen una entidad que realiza las funciones que los prestadores de servicios de acreditación realizan en nuestro país, salvo en lo referido a las diferencias en la denominación de esta entidad y en lo que respecta a la libertad o no de acreditación, donde en nuestro país opera la libertad de acreditación.

2.2) Autoridad Contralora

En Chile como en todos los países mencionados anteriormente, existe un órgano, ya sea autónomo o dependiente de una Secretaría de Estado, el cual tiene por funciones principales acreditar, supervisar y controlar a los prestadores de servicios de acreditados, en nuestro país como es sabido, es la Subsecretaría de Economía, Fomento y reconstrucción.

A partir del cotejo realizado de la firma electrónica avanzada de nuestra Ley 19.799 con las legislaciones desarrolladas en este capítulo, podemos demostrar que si bien existen ciertas diferencias, en lo medular, la firma electrónica avanzada y todo el sistema que la resguarda, es una tendencia a nivel de derecho comparado, que se ha manifestando de forma progresiva hace aproximadamente una década atrás, a modo de respuesta a la nueva realidad tecnológica existente.

CONCLUSIONES

1. A partir de lo desarrollado e investigado en este trabajo, se logra determinar que el valor probatorio del documento electrónico suscrito con firma electrónica avanzada es el de plena prueba, en la medida que se cumplan ciertos requisitos. Así, la presencia de la firma electrónica avanzada en un documento electrónico es sumamente relevante, ya que cambia las reglas probatorias, especialmente si se trata de documentos electrónicos privados, haciendo aplicables las causales y la forma de impugnación de los documentos electrónicos públicos.
2. La firma electrónica avanzada por sí misma no tiene valor probatorio. En el caso de los documentos públicos electrónicos, como ya se mencionó constituye un requisito de validez, de manera que su ausencia determina la existencia de nulidad absoluta y en los documentos privados electrónicos su inserción es facultativa, quedando entonces su autor liberado de su suscripción.
3. En el art 4° la Ley 19.799 exige, de forma obligatoria que todo documento público electrónico no solo “debe” ser suscrito con firma electrónica avanzada, sino también a partir del art 9 del mismo cuerpo normativo, “debe” estamparse el sellado de tiempo en el certificado emitido por el prestador acreditado o autoridad de fechado digital, constituyéndose ambos como requisitos de validez del documento público electrónico y por lo tanto frente a su ausencia son causales de nulidad absoluta.
4. En el art 5° de la Ley 19.799, la inserción de la firma electrónica avanzada como del sellado de tiempo, en los documentos privados electrónicos es facultativa, quedando entonces su autor libre de optar, no siendo irrelevante el uso del sellado de tiempo, ya que junto con la firma electrónica avanzada, producen una *homologación total a un documento público*, determinando la aplicación de

exactamente las mismas reglas probatorias. Por lo que recomendamos que se utilice el sellado de tiempo, para dar más seguridad aun a las operaciones signadas por este tipo de firma.

5. El fundamento del valor probatorio que entrega la firma electrónica avanzada a los documentos electrónicos, se encuentra en la historia de la Ley 19.799, concretamente en el mensaje del Ejecutivo cuando se señala que lo se busca con la dictación de este cuerpo normativo, entre otras cosas, es otorgar una ventaja a los privados que se han acreditado con entidades de certificación, de manera que los usuarios se vean incentivados a contratar dichos servicios y con dicho medio.
6. La firma electrónica avanzada cumple a cabalidad, y probablemente mejor que ningún otro medio, los requisitos de identificación, no repudiabilidad e integridad de los instrumentos encontrándose en una posición privilegiada, dotando de una seguridad tal, que difícilmente puede ser adulterada y utilizada por una persona distinta de su autor.
7. No obstante, el hecho que la firma electrónica avanzada sea un medio de suscripción seguro, incluso más que la firma manuscrita, no quita que igualmente existan riesgos, por los cuales el sistema consagrado en la Ley 19.799 pueda verse vulnerado.
8. Por todos los resguardos que proporcionan tanto la firma electrónica avanzada, como el sistema de certificación consagrado en la Ley 19.799, consideramos correcto y de toda lógica el valor probatorio de plena prueba, que la firma electrónica avanzada consigue en los documentos electrónicos. Ello porque dicho sistema, precisamente, pretende el cumplimiento de determinados requisitos para que la actividad de certificación logre los fines con los cuales la concibe la ley.

9. Sin embargo y a nuestro juicio, el legislador deberá hacer precisiones en esta materia, ya que las categorías y regulaciones actualmente vigentes y que hemos desarrollado, no nos permiten determinar claramente, sobretodo en ciertas situaciones, que reglas probatorias son aplicables, mas aun tomando en consideración la intención legislativa de masificar la utilización de este tipo de medios en las relaciones jurídicas.

10. Finalmente, de la comparación realizada de nuestra firma electrónica avanzada con las reguladas por legislaciones internacionales, podemos demostrar que si bien existen ciertas diferencias, en lo medular, la firma electrónica avanzada y todo el sistema que la resguarda, es una tendencia del derecho comparado, que se ha manifestado de forma progresiva hace aproximadamente una década atrás, a modo de respuesta a la nueva realidad tecnológica existente.

Bibliografía

1. “Historia de la ley 19.799 Documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación”, en *Biblioteca Nacional del Congreso*. Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=196640&buscar=19799> .Fecha última consulta: 10 de Octubre de 2010.
2. Barahona Gutiérrez, Ernesto (2002): “Ley 19.799 sobre documento electrónico, firma electrónica y prestadores de servicios de certificación de dicha firma”. Memoria de la Universidad de Talca.
3. Canelo Figueroa, Carola (2003): “La eficacia probatoria y la ley de firma electrónica”, en *Revista chilena de derecho informático*. N° 2.
4. Canelo, Carola, Arrieta, Rodrigo Moya y Rodrigo Romo (2004): “El Documento Electrónico. Aspectos Procesales”, en *Revista Chilena de Derecho Informático*. N°4, pp. 81-106.
5. Correa González, Felipe (2004):“Introducción a la Ley 19.799 de Firma Electrónica y Servicios de Certificación”, en *Alfa - Redi: Revista de Derecho Informático*, N° 069.
6. De la Oliva Santos, Andrés (2005): “Consideraciones procesales sobre documentos electrónicos y firma electrónica”. En *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N° 687, pp. 119 – 132.

7. Fernández Acevedo, Fernando (2002):“Responsabilidad civil de los prestadores de servicios de certificación” en *Alfa - Redi: Revista de Derecho Informático*, N° 051.

8. Fernández Acevedo, Fernando (2004): “El documento electrónico en el Derecho Civil chileno. Análisis de la Ley 19.799”, en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, N° 2, pp.137- 167.

9. García Mas, Francisco (2002): “*Comercio y firma electrónicos: análisis jurídico de los servicios de la sociedad de la información*” Lex Nova. Valladolid.

10. González Hoch, Francisco (2003): “La prueba de las obligaciones y la firma electrónica”, en *Revista chilena de derecho informático*, N° 2.

11. Jijena, Renato (2007):“Procedimientos Administrativos y Gobierno Electrónico: El impacto de las tecnologías en el Derecho Público Chile” en *Alfa - Redi: Revista de Derecho Informático*, N°108.

12. Martínez Nadal, Apolonia (2000): “*Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*”. Ed. Civitas, Madrid.

13. Pinochet Olave, Ruperto(2002): “El documento electrónico y la prueba literal”, en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídica Sociales, N° 2, pp. 377-412.

14. Rodríguez Adrados, Antonio (2000): “La firma electrónica”. En *Revista del Notariado*, N° 861.

15. Sandoval López, Ricardo (2003): “*Derecho de comercio electrónico: análisis de la ley 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma*”. Editorial jurídica de Chile. Chile.