

MARC 387

RU 90626

MAG
R666a
2012



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

MAGÍSTER EN DERECHO

(“LEGUM MAGISTER”)

TESIS DE MAGISTER EN DERECHO

**ALCANCES EN EL DESARROLLO CONTRACTUAL DE LA FIRMA
ELECTRÓNICA SIMPLE, A LA LUZ DEL VALOR PROBATORIO ASIGNADO A
LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS FIRMADOS CON ELLA.**

POR

INÉS EUGENIA ROBLES CARRASCO.

PROFESOR GUÍA

: LUIS FELIPE PEURIOT CANTERINI.

ENCIÓN

: DERECHO PRIVADO



VALPARAÍSO, MAYO 2012.

AG
666a
12

Índice

RESUMEN.....	3
ABSTRACT	3
INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I.	
DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.....	6
1. Conceptos de Contratación Electrónica, Documento Electrónico y Firma Electrónica.....	6
2. Principios que regulan la contratación electrónica.....	12
3. Aspectos relevantes de las Leyes Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico y sobre Firma Electrónica.....	15
4. Recepción de la regulación de la contratación electrónica en el Derecho Comparado.....	19
5. Breve análisis de la ley 19.799.....	22
CAPÍTULO II.	
FIRMA ELECTRÓNICA SIMPLE.....	26
1. Firma electrónica simple y su distinción con la firma electrónica avanzada.....	26
2. Instrumentos electrónicos como medio de prueba.....	30
3. Valor probatorio de los documentos suscritos con firma electrónica simple. Análisis de los artículos 3, 4 y 5 de la Ley 19.799 y 348 bis del Código de Procedimiento Civil.....	33
3.1. Antes de la ley 19.799.....	33
3.2 Bajo la ley 19.799.....	35
3.2.1 Generalidades en cuanto a la equivalencia funcional y el tratamiento probatorio de los documentos electrónicos.....	35
3.2.2 Distinciones específicas acerca del valor probatorio de los documentos electrónicos, según su carácter público o privado y la firma empleada en ellos.....	40
3.2.3 En cuanto a la forma de agregarlos al juicio.....	45

3.3 Con la modificación introducida por la ley 20.217, artículo 348 bis del Código de Procedimiento Civil.46

3.4 Valor probatorio asignado en el proyecto de Código Procesal Civil.52

CAPITULO III.

IMPORTANCIA DEL VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS ELECTRONICOS SUSCRITOS CON FIRMA ELECTRONICA SIMPLE PARA EL DESARROLLO DE LA CONTRATACION POR MEDIOS ELECTRONICOS..... 56

1. Seguridad Jurídica.56

2. Seguridad Jurídica en la contratación por medios electrónicos.59

3. Seguridad Jurídica de la firma electrónica simple.65

CONCLUSIONES 67

BIBLIOGRAFIA 70

RESUMEN

La presente investigación pretende analizar si nuestra legislación brinda seguridad a los usuarios desde el punto de vista jurídico, a la hora de contratar por medios electrónicos. Al efecto, se analizan las normas vigentes, las diversas formas de otorgar documentos electrónicos, deteniéndose específicamente en aquellos suscritos con firma electrónica simple y su valor probatorio. Esto último, por cuanto determinar la forma de producción de la prueba y el valor de la misma es, a nuestro juicio, determinante al momento de optar por contratar por medios tradicionales o electrónicos.

ABSTRACT

This research aims to analyze whether our legislation provides security for the users from the legal standpoint, at the time of contracting by electronic means. In this respect, we analyze the current rules and the various ways of issuing electronic documents, particularly those signed by simple electronic signature and its probatory value. The latter, because in our view the way the evidence shall be produced and the value of it is of utmost importance, determining at the time of opting between traditional or electronic means.

INTRODUCCIÓN

En la contratación mercantil moderna muchos contratos se perfeccionan a través de medios electrónicos, instrumentalizando su contenido en documentos electrónicos. Además, es frecuente que sus anexos y tratativas preliminares – útiles para la interpretación de tales contratos - consten en mensajes intercambiados por medios telemáticos.

El año 2002 se dictó en Chile la ley 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, que distingue entre firma electrónica simple y firma electrónica avanzada, siendo esta última aquella certificada por un prestador acreditado. Junto con ello, la ley 19.799 consagra el principio de equivalencia funcional entre los documentos electrónicos y aquellos en soporte de papel, estableciendo reglas especiales a propósito de su valor probatorio. Para estos efectos, la ley distingue acaso el documento ha sido firmado mediante firma electrónica simple o avanzada, estableciendo efectos jurídicos particulares en uno y otro supuesto, los que no se condicen cabalmente con las reglas y principios tradicionales, especialmente a propósito de los instrumentos privados.

Posteriormente, en el año 2007 se dictó la ley 20.217, que introdujo el artículo 348 bis del Código de Procedimiento Civil, norma que regula la forma como se presentan en juicio los documentos electrónicos y como se realiza la audiencia de percepción de los mismos.

En caso de ser objetado un documento electrónico, el juez podrá ordenar una prueba complementaria de autenticidad, a costa de quien objeta, estableciendo un régimen distinto al establecido respecto a los documentos en soporte de papel.

A la luz de lo anterior, cabe preguntarse ¿son los documentos suscritos con firma electrónica simple realmente instrumentos privados para efectos de la prueba o tienen un estatus jurídico diverso? Y, en caso de serlo y declarársele auténtico, tal concepto de “auténtico” es suficiente para auto atribuirlo a un emisor?

Un análisis preliminar de nuestra legislación nos permite concluir que tales documentos tienen el valor de instrumento privado. A su vez, cuando se implemente la proyectada reforma procesal civil seguramente serán apreciados conforme a las reglas de la sana crítica. Sin embargo, nuestro ordenamiento no contempla normas específicas en torno a su repudiación, salvo las normas procedimentales civiles de carácter general, como si se encuentran en la ley modelo redactada al alero de la UNCITRAL, que sirvió de base para nuestra ley 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación. En efecto, la ley 19.799 sólo se ocupa de la equivalencia de soportes y la regulación en específico de la certificación de la firma, sin abordar el tema de la repudiación.

Como punto de partida de esta investigación señalaremos que los documentos suscritos por medio de firma electrónica simple tienen, desde el punto de vista de la prueba, un estatus jurídico distinto al de los instrumentos privados en soporte de papel, lo que repercute en su utilización masiva al momento de contratar.

Para intentar determinar lo antes mencionado en un primer capítulo analizaremos el marco conceptual de la contratación electrónica, a fin de consensuar qué entendemos por ella, sus principios fundamentales, como es recogida en el Derecho Comparado, en nuestro país y las principales directrices de la Ley Modelo sobre Contratación Electrónica, para luego intentar arribar a un concepto de firma electrónica.

En el segundo capítulo abordaremos las diferencias entre firma electrónica simple y avanzada, el valor probatorio de cada una de ellas para centrarnos en la discusión en torno al Artículo 348 bis del Código de Procedimiento Civil, y a modo referencial visualizar cómo se recoge en el proyecto que pretende reformar el proceso o procedimiento civil.

Finalmente en el capítulo tercero nos detendremos en el concepto de seguridad jurídica, como está se resguarda en la contratación electrónica y si los documentos con firma electrónica simple la garantizan.

CAPÍTULO I.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.

1. Conceptos de Contratación Electrónica, Documento Electrónico y Firma Electrónica.

El avance de la tecnología, la globalización y la necesidad de intercambio han permitido el surgimiento y desarrollo del comercio por vía electrónica, debiendo el Derecho recoger el este tipo de contratación y regularla, para brindar seguridad a quienes la utilizan. Este tipo de contratación genera una realidad diferente, a la concebida en la teoría general de la contratación clásica, propia de lo que el Profesor Gaete, denomina *per cartam*¹, el contrato no sólo sufre modificaciones en cuanto a su forma, sino también a su contenido y nos obliga a plantearnos una serie de interrogantes,² que surgen de su naturaleza misma y de la recepción que le ha dado el derecho.

Dado lo anterior es necesario tener cierta claridad conceptual para abordar el tema, por ello es necesario reflexionar y consensuar sobre algunos conceptos básicos.

Para Contreras, comercio electrónico es todo acto u operación de comercio en que los términos de la relación jurídica, la expresión de la voluntad de las partes y el perfeccionamiento del acto o contrato se realizan por vía del intercambio electrónico de datos.³

¹ Viene del latín, conocido así por el Derecho Romano Germánico y consiste en el documento constitutivo del negocio jurídico. GAETE, Eugenio: *Instrumento público electrónico*. Editorial Bosch, Barcelona, 2009. Pág. 145.

² Ídem.

³ CONTRERAS, Osvaldo: *Instituciones de Derecho Comercial*. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2000. Pág. 352 a 356.

Pinochet⁴, estima que podemos encontrar desde concepciones más amplias a otras más restringidas, que van desde todo intercambio de datos que se realice por medios electrónicos, como, por ejemplo, el télex, el fax, intercambio electrónico de datos e Internet, pasando por quienes limitan las transacciones a las de tipo comercial, y finalmente quienes las restringen a las que se efectúan por redes abiertas y cerradas⁵.

Existen distintas modalidades de contratación electrónica, las que se pueden clasificar según la tipología de la actividad susceptible de realizarse electrónicamente; según los sujetos intervinientes en la relación. Desde el punto de vista del medio o canal por el que se transmiten las declaraciones de voluntad; y, finalmente, atendiendo al medio por el cual se ejecuta la prestación debida.⁶

En el primer grupo, esto es, según su tipología, podemos distinguir contratación electrónica en sentido amplio, que corresponde al intercambio de datos por medios electrónicos relacionado o no con la actividad comercial; y, en sentido estricto, circunscrita a transacciones comerciales. En la segunda clasificación, relativa a los sujetos, encontramos tres modalidades: *business to business* (entre empresarios), *business to consumer* (entre empresarios y consumidores) y *business to Administrations o consumer to Administrations* (empresarios o consumidores contratan con la Administración Pública), los que resume con las siglas B2B, B2C y B2A o B2G, respectivamente. La tercera clasificación, en relación al medio o canal de transmisión, está integrada por contratación electrónica en redes cerradas o redes abiertas, como Internet. Finalmente, el último criterio, relacionado

⁴ PINOCHET, Francisco: *El Derecho de Internet*. Editorial de Derecho de Chile, Santiago, 2006. Pág. 365.

⁵ Las redes o sistemas abiertos son aquellos que permiten interactuar con otros sujetos con quienes no tienen relación previa entre sí. En cambio las redes o sistemas cerrados son aquellos en que los sujetos que interactúan se conocen previamente realizando acuerdos previos que otorgan un marco regulatorio a sus operaciones.

⁶ MARQUEZ, Patricia: "Reflexiones conceptuales acerca de los términos comercio electrónico, contratación electrónica, contrato electrónico y contratación informática". *En Revista de Derecho informático N° 69*, 2004. Disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consulta 24 de Marzo de 2010. S/P.

con el medio por el cual se ejecuta la prestación, permite distinguir entre contratación electrónica indirecta, esto es, pedidos electrónicos de bienes materiales que se suministran a través de canales tradicionales como correo físico y contratación electrónica directa, es decir, bienes inmateriales que se suministran en línea, como revistas, bases de datos, etc. Pero, se puede agregar un último criterio relacionado con el modo en que se realiza la contratación, si es a través de correo electrónico o en un lugar señalado ad hoc, pulsando la tecla *enter*, en determinados botones⁷, esto último utilizado principalmente en contratos de adhesión.

En ésta misma línea es necesario determinar un concepto de documento electrónico y firma electrónica, pues estos son de vital importancia para el desarrollo del comercio electrónico⁸. El primero le da materialidad al mismo; y el otro suele ser la forma en que el sujeto se obliga.

Podemos encontrar en la legislación comparada algunas definiciones de documento electrónico. A modo de ejemplo, en Venezuela, la ley a pertinente⁹ define documento electrónico como “*toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio*”, no es otra cosa que un mensaje de datos.¹⁰

En Chile, la primera definición legal de documento electrónico la encontramos en el Decreto Supremo 81 de fecha 26 de Junio de 1999, que lo entiende como “*toda representación informática que da testimonio de un hecho*”¹¹. Actualmente, en nuestro país se encuentra definido en la ley 19.799, como “*toda representación de un hecho, imagen o*

⁷ MARQUEZ, Patricia: ob. cit. S/P.

⁸ PINOCHET, Francisco: ob. cit. Pág. 423.

⁹ Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, Decreto 1024 de 2001, Venezuela.

¹⁰ SALGUEIRO, José: “Documento Electrónico Original”. En *Revista de Derecho informático N°100*, 2006. disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consulta 20 de Marzo de 2010. S/P.

¹¹ Decreto Supremo 81, art. 2 letra a).

idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenado en un medio idóneo para permitir su uso posterior”.¹²

Fuera del ámbito legal se le ha definido como “*una secuencia informática de bits que representa cualquier tipo de información contenida en un soporte electrónico o magnético, que puede ser el disco duro del computador o algún dispositivo externo, como un disquet o un compact disc.*”¹³

Sin perjuicio de lo referido, una mejor forma de caracterizar al documento electrónico es hacerla en relación con el documento tradicional:

En primer lugar, en relación a la **Escritura**, los documentos electrónicos también están escritos, pero en lenguaje binario, es un conjunto de bits, con combinaciones de 1 y 0.¹⁴

En segundo lugar, en lo referente a la **Alterabilidad**, los documentos electrónicos también pueden fijar situaciones y hechos, permaneciendo en el tiempo inalterables, aunque hay que reconocer que existe de igual modo la posibilidad de alteración de éstos, pero lo mismo ocurre con los documentos cuyo soporte es el papel.¹⁵

Finalmente, en lo relativo a la **distinción de original y copias** de un documento, hay quienes estiman que tal distinción no tiene sentido, pues lo relevante es asegurar su autoría e integridad,¹⁶ y hay quienes, que por el contrario, señalan que solo el formato original

¹² Ley N°19.799, art. 2 letra d).

¹³ PINOCHET, Francisco: ob. cit. Pág. 423 y 424.

¹⁴ CANELO, Carola, ARRETA Raúl, MOYA Rodrigo Y ROMO Rodrigo: “El documento electrónico. Aspectos Procesales” En *Revista Chilena de Derecho Informático N°4*, 2004. Disponible en www.derechoinformatico.uchile.cl, fecha última consulta 03 de Mayo de 2012. S/P.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem.

puede atribuírsele el valor probatorio como documento escrito “original”, independiente del soporte, las otras son reproducciones que no tendrían el mismo valor probatorio.¹⁷

Avanzando en la conceptualización será necesario distinguir que firma electrónica y firma digital no son lo mismo. Tienen una relación de género especie. Esta distinción, por ejemplo, se hace en la legislación peruana, que define, por una parte, lo que entiende por firma electrónica y, por otra, define firma digital.¹⁸ Cabe destacar que Jijena¹⁹, estima que no le parece relevante esta distinción desde un punto de vista legal, sino más bien sería ficticia y carente de importancia práctica y normativa, en especial por que en Chile la ley 19.799, sólo alude a firmas electrónicas.

La firma electrónica “*es la que se impone en un documento electrónico con la intención de asumirlo como propio, de modo de poder identificar al titular de la firma en relación con un mensaje de datos*”²⁰, simplemente es un conjunto de datos que puede ser un nombre al final de un e-mail o documento, un acepto al final de la contratación, un número de identificación personal para obtener dinero de un cajero cualquier dato puesto en forma electrónica, con la intención de firmar un documento.²¹ Técnicamente es un conjunto o bloque de caracteres que viaja junto a un documento, fichero o mensaje y que puede acreditar cuál es el autor o emisor del mismo y que nadie ha manipulado o modificado el

¹⁷ SALGUEIRO, José: ob. cit. S/P.

¹⁸ GUTIÉRREZ, María Clara: “Desarrollos en la Regulación del Comercio Electrónico en los países de la Región Andina”. En *Revista de Derecho informático N° 121*, 2008. Disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consulta 10 de Marzo de 2010. S/P.

¹⁹ JIJENA, Renato: *Comercio electrónico, firma digital y derecho. Análisis de la ley 19.799*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002. Pág. 136.

²⁰ MARQUEZ, José: “Las preguntas más comunes sobre contratación electrónica”. En *Revista de Derecho informático N° 127*, 2007. Disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consulta 15 de Marzo de 2010. S/P.

²¹ TORRES-GONZALEZ, Julio: “Firmas Digitales y autenticación de evidencia Electrónica”, En *Revista de Derecho informático N° 11*, 2007. Disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consulta 20 de Marzo de 2010. S/P.

mensaje en el transcurso de la comunicación.²² Más ampliamente es cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos, utilizado por una persona con la intención de vincularse, o de autenticar un documento que cumpla con las funciones características de la firma manuscrita.²³

La firma digital, es una especie de firma electrónica que utiliza un sistema criptográfico de claves públicas y privadas relacionadas matemáticamente entre sí,²⁴ siendo ésta el resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático, que requiere información que tiene exclusivamente el firmante²⁵.

La definición dada por la UNCITRAL, para firma electrónica indica que “*se entenderán los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos*”.²⁶

Además de lo ya señalado, podemos encontrar definiciones legales, tanto de firma electrónica como de firma digital. La primera la recoge el Real Decreto 14/1999 de España, que la define como “*un conjunto de datos, en forma electrónica, ajenos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la recoge*”²⁷. Respecto

²² REYES KNAFFT, Alfredo: “La firma electrónica”. 2005. disponible en [www.htpt://www.razonypalabra.org.mx/libros/libros/firma.pdf](http://www.razonypalabra.org.mx/libros/libros/firma.pdf), fecha última consulta 03 de Mayo de 2012. S/P.

²³ PINOCHET, Francisco: ob. cit. Pág. 424

²⁴ MARQUEZ, José: ob. cit. S/P

²⁵ TORRES-GONZALEZ, Julio: ob. cit. S/P.

²⁶ Artículo 2 letra a) ley modelo CNUDMI sobre Firma Electrónica.

²⁷ Norma española contenida en el Artículo 2 letra A) del Real Decreto- ley 14/1999 de 17 de septiembre, sobre Firma Electrónica.

a la segunda, podemos citar la contenida en la Utah Digital Signature Act, define Firma Digital, como la *“transformación de un mensaje empleando un criptosistema asimétrico tal, que una persona posea el mensaje inicial y la clave pública del firmante pueda determinar con certeza si la transformación se creó usando la llave privada que corresponde a la clave pública del firmante, y si el mensaje ha sido modificado desde que se efectuó la transformación”*.²⁸

2. Principios que regulan la contratación electrónica.

Para Márquez²⁹, los principios que regulan la contratación electrónica se pueden reducir a:

- Autenticidad, conservación, confidencialidad e integridad del mensaje de datos;
- Autonomía de la voluntad;
- Libertad de prestación de servicios;
- Libre competencia;
- Neutralidad tecnológica;
- Reciprocidad o compatibilidad internacional, y
- Buena fe.

Otros autores no se refieren al término principios, sino que los denominan reglas, agregando a éstos equivalencia funcional, inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados.³⁰

El principio de la Integridad, puede ser entendido desde dos vertientes. La primera, en torno a la fiabilidad del método para generar, comunicar, recibir o archivar el mensaje; y,

²⁸ REYES KNAFFT, Alfredo: ob. cit. S/P.

²⁹ MARQUEZ, José: ob. cit. S/P.

³⁰ CONTRERAS, Osvaldo: ob. cit. Pág. 353 y 354.

por la otra vertiente, se entiende que los datos del documento no han sido alterados luego de que la firma electrónica ha sido añadida a ellos³¹. La firma digital satisface de buena forma este principio pues, como parte del algoritmo matemático para crear la firma digital, se utiliza el Código de Autenticación del mensaje (Message Authentication Code) o MAC, este código es único para cada mensaje, por lo que cualquier alteración en el mensaje generaría un código distinto, al mezclarse con la llave privada produce la firma. Ésta, es verificada con la llave pública, otorgándonos la certeza, no sólo del autor, sino del MAC con el podremos verificar que el mensaje no ha sido alterado.³²

El principio de la Autenticidad, se refiere a que la firma electrónica pertenece efectivamente a quien firmó el mensaje³³. También es conocido como Autenticación³⁴, consiste en la verificación o demostración de la integridad y autoría del documento.³⁵

En cuanto al principio de no repudio, consiste en la presunción que la firma electrónica añadida por la persona que indica, fue efectivamente con la intención de contratar y con pleno conocimiento del contenido de la transacción, por lo que no podrán rechazar las obligaciones nacidas del contrato suscrito electrónicamente³⁶. En definitiva, es dar seguridad de que al autor del documento no puede retractarse en el futuro de las opiniones o acciones asignadas a él.³⁷

El principio de neutralidad tecnológica, apunta a que ninguna técnica de comunicación electrónica puede quedar excluida, no se adhiere a ninguna tecnología

³¹ RIBAS, Javier: "Propuesta de Directiva sobre firmas electrónicas". En *Revista de Derecho informático* N°2. 1998. Disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consulta 20 de Marzo de 2010. S/P.

³² TORRES-GONZALEZ, Julio: ob. cit. S/P.

³³ RIBAS, Javier: ob. cit. S/P.

³⁴ Término que es recogido en la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas.

³⁵ TORRES-GONZALEZ, Julio: ob. cit. S/P.

³⁶ RIBAS, Javier: ob. cit. S/P.

³⁷ REYES, Alfredo: ob. cit. S/P.

específica, no se “amarra” a ninguna de ellas. La ley debe regular sus efectos y no específicamente cierta tecnología. De este modo, al cambiar la tecnología, si ésta es equivalente a la anterior no requerirá modificar la ley, pues sus efectos aún quedan sujetos a regulación.³⁸

En relación al principio de Buena Fe, este es básico, no sólo de este tipo de contratación si no que inspira a todo el ordenamiento jurídico, pero es importante resaltar este aspecto, pues como es un medio nuevo de contratación, que aún no genera mucha confianza, es necesario hacer hincapié en éste aspecto.

La referencia a la Libertad contractual, según lo propone la ley modelo³⁹, que de igual forma se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, en el ámbito de éste tipo de contratación se refiere a que la regulación de éstos contratos debe quedar reducido a normas dispositivas supletorias de la voluntad de las partes, pero con especial resguardo de la seriedad de los negocios, la buena fe y la protección de los derechos de los consumidores.⁴⁰

Por otro lado, la equivalencia funcional, consiste en que los actos que se realizan por medios electrónicos y los que se realizan por vía tradicional, esto es en soporte de papel, ya que ambos están destinados a cumplir las mismas finalidades, deben tener un valor equivalente, lo que implica establecer pautas de no discriminación de dichos documentos, aunque se pueden reservar las legislaciones nacionales la posibilidad de exigir en casos específicos, documentos en soporte de papel⁴¹, como ocurre en Chile⁴².

³⁸ JIJENA, Renato: ob. cit. Pág. 255 a 256.

³⁹ Artículo 4 Ley Modelo CNUDMI sobre Contratación Electrónica.

⁴⁰ CONTRERAS, Osvaldo: ob. cit. Pág. 350 a 355.

⁴¹ Ídem.

⁴² Ley 19.799 art. 3 inciso 2º, “Lo dispuesto en el inciso anterior no será aplicable a los actos o contratos otorgados o celebrados en los casos siguientes: a) Aquellos en que la ley exige una solemnidad que no se susceptible de cumplirse mediante documento electrónico; b) Aquellos en que la ley requiera la concurrencia personal de alguna de las partes, y c) Aquellos relativos al derecho de familia.”

En cuanto a la inalteración del derecho preexistente podemos indicar, que la idea es que las normas sobre contratación electrónica no pueden implicar ninguna modificación sustancial al derecho tradicional. Este postulado parte de la base que sólo se trata de un nuevo soporte.⁴³

3. Aspectos relevantes de las Leyes Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico y sobre Firma Electrónica.

La primera tiene su origen en la Resolución 51/162 de 1996, complementada en 1998, mediante la cual la Asamblea General de la ONU aprobó la denominada Ley Modelo sobre Comercio Electrónico elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, conocida como CNUDMI, ó UNCITRAL, que es su acrónimo en inglés, su finalidad fue servir de orientación a los países para que se regulara jurídicamente estas materias,⁴⁴ o actualizar sus ordenamientos jurídicos para reconocer validez y pleno efecto legal a los documentos y firmas electrónicas⁴⁵, facilitando el uso de medios modernos de comunicación y almacenamiento de información con o sin soporte tradicional, como el caso de Internet⁴⁶. De este modo, ofrece mayor certeza jurídica a los usuarios de firmas electrónicas⁴⁷.

La segunda denominada Ley Modelo sobre firmas electrónicas del año 2001 fue aprobada por la Asamblea General por resolución 56/80 del 12 de diciembre, su objetivo es

⁴³ CONTRERAS, Osvaldo: ob. cit. Pág. 253.

⁴⁴ *Ibidem*. Pág. 255.

⁴⁵ PEURIOT, Luis: "Conocimientos de embarque electrónicos con especial referencia a Bolero". *En Estudios de Derecho Marítimo Editorial Librotecnia*, Santiago, 2011 Pág. 394.

⁴⁶ PINOCHET, Francisco: ob. cit. Pág. 397.

⁴⁷ *Ibidem*. Pág. 429.

facilitar el empleo de las firmas electrónicas y otorgar un trato igualitario a los usuarios de documentación consignada sobre papel y sobre soporte informático. Junto con ella, existe una Guía para la incorporación de la Ley Modelo CNUDMI para firmas electrónicas al derecho interno, cuyo objetivo es facilitar a los órganos ejecutivos y legislativos de los Estados la debida información y explicación para incorporar la Ley Modelo y, al mismo tiempo, orientar a los otros usuarios como jueces, árbitros, profesionales y académicos.⁴⁸

Las Leyes Modelo proporcionan una definición de firma electrónica, como ya hemos indicado, establecen principios, tales como la integridad, autenticación, no repudiación, equivalencia funcional, neutralidad tecnológica, autonomía de la voluntad y una serie de parámetros para que la firma electrónica sea considerada fiable; asimismo, trató, los certificados y servicios de certificación.⁴⁹

La Ley modelo sobre Contratación Electrónica cuenta con dos partes. La primera sobre comercio electrónico en general, que a su vez cuenta con tres capítulos. El primero, sobre disposiciones generales; el segundo, se denomina “*aplicación de los requisitos jurídicos a los mensajes de datos*”; y, el capítulo tercero, trata la comunicación de los mensajes de datos. La segunda parte trata sobre el comercio electrónico en materias específicas, con un solo capítulo destinado al transporte de mercancías, y un total de 17 artículos.⁵⁰

La ley Modelo sobre firma electrónica cuenta con 12 artículos, cada uno de ellos con su respectiva denominación, sin distinción de capítulos o partes.⁵¹

⁴⁸ Guía para la incorporación de la Ley Modelo CNUDMI para Firmas Electrónicas al Derecho Interno, disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf>, fecha última consulta 07 de abril 2012.

⁴⁹ REYES KNAFFT, Alfredo: ob. cit. S/P.

⁵⁰ Ley modelo CNUDMI sobre Comercio Electrónico disponible en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf, fecha última consulta 07 de abril 2012.

⁵¹ Ley Modelo CNUDMI para Firmas Electrónicas al Derecho Interno, disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf>, fecha última consulta 07 de abril 2012.

A modo de ejemplo, podemos retratar algunos de sus principios en sus respectivos articulados y en la guía a que hemos hecho referencia:

- La equivalencia funcional, se encuentra recogida en los artículos 5 de la Ley Modelo sobre documento electrónico, expresado en la siguiente frase *“no se negará efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información, por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”*; y en los artículos 6 párrafo 1, al disponer que *“cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta”*. Además se hace referencia a ello en los artículos 7 y 8 de dicha ley. También se recoge en la Ley Modelo sobre Firma Electrónica pues al señalar el término “similares” en la definición de mensaje de datos contenida en el artículo 2 letra c) connota funcionamientos equivalentes.⁵²

-La neutralidad tecnológica, es recogida en el Artículo 3 de la Ley sobre Firma Electrónica, denominado Igualdad de tratamiento de las tecnologías para la firma, al indicar que *“ninguna de las disposiciones de la presente ley, con excepción de lo establecido en el artículo 5⁵³ será aplicada de modo que excluya, restrinja o prive de efecto jurídico a cualquier método para crear una firma electrónica...”*. En la Ley Modelo sobre Contratación Electrónica lo podemos visualizar en las definiciones del artículo 2, letra a) sobre mensaje de datos, *“por medios electrónicos, ópticos o similares....”* y letra f) al definir sistema de información, *“todo sistema utilizado”*. Dichos conceptos están abiertos a la posibilidad que existan otros avances tecnológicos en el futuro.

- La autonomía de la voluntad, es referida en la ley Modelo sobre Contratación Electrónica en su artículo 4 párrafo 1), denominado modificación mediante acuerdo, según el cual *“salvo que se disponga otra cosa, en las relaciones entre las partes, que generan, envían, reciben, archivan o procesan de alguna otra forma mensajes de datos, las*

⁵² Guía para la incorporación de la Ley Modelo CNUDMI para Firmas Electrónicas al derecho interno. Pág. 51.

⁵³ Artículo 5 Ley Modelo CNUDMI: *“Las partes podrán establecer excepciones a la presente Ley o modificar sus efectos mediante acuerdo, salvo que ese acuerdo no sea válido o eficaz conforme al derecho aplicable.”*

disposiciones del capítulo III⁵⁴ podrán ser modificadas mediante acuerdo". Además es ampliamente aplicable con respecto a las disposiciones de la ley modelo sobre firma electrónica, ya que ésta no contiene ninguna disposición imperativa.⁵⁵ La podemos ver graficada en el artículo 12 párrafo 5 al señalar que "cuando, sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2,3 y 4, las partes acuerden entre sí la utilización de determinados tipos de firmas electrónicas o certificados, se reconocerá que ese acuerdo es suficiente a efectos del reconocimiento transfronterizo, salvo que el acuerdo no sea válido o eficaz conforme al derecho aplicable."

- La autenticación, dice relación con otros conceptos, a saber, la identidad y la identificación. Es lo que diferencia al firmante de toda otra persona recurriendo a su nombre o a otros datos, que puedan ser otras características notables como la posición o autoridad de esa persona, ya sea en combinación con su nombre o sin ninguna indicación de su nombre.⁵⁶ La encontramos recogida en el Artículo 2 letra a) que al definir firma electrónica se "entenderán los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos". De allí surge otro elemento importante que es la intención del firmante, pues es relevante determinar si éste tiene la clara intención de quedar jurídicamente vinculado. Se encuentra recogido artículo 7 párrafo 1 letra a) al indicar que "se aprueba la información que figura en el mensaje de datos".

- La Integridad, es tratada en su doble aspecto, integridad de la firma electrónica y la integridad de la información consignada en el mensaje firmado electrónicamente, ambos estrechamente vinculados, aunque son conceptos diferentes. Se recogen en el artículo 7, relativo a la fiabilidad del método, y en el 8, en relación al documento original y la garantía

⁵⁴ El capítulo III trata sobre la comunicación de mensajes de datos, regulando la formación y validez de los contratos entre otros aspectos.

⁵⁵ Guía para la incorporación de la Ley Modelo CNUDMI para Firmas Electrónicas al Derecho Interno, ya citada. Pág. 56.

⁵⁶ *Ibidem*. Pág. 58.

de fidedigna que se ha preservado la integridad del documento, y más intensamente, en el párrafo 3 letra a) al indicar que *“la integridad de la información será evaluada conforme al criterio de que haya permanecido completa e inalterada , salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de su comunicación, archivo o presentación”*, ambos de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico; y en el Artículo 6 párrafo 3 letra c) y d), el primero en referencia a la integridad de la firma y el segundo al documento.

- Los Servicios de Certificación, son tratados en los artículos 9, 10, 11 y 12 de la ley modelo sobre Firma Electrónica, que tratan el proceder del prestador de servicio de certificación⁵⁷, la fiabilidad, proceder de la parte que confía en el certificado⁵⁸, reconocimiento de certificados extranjeros y de firmas electrónicas extranjeras, respectivamente. La ley Modelo sobre contratación electrónica no hace referencia a ellos en su articulado, pero su guía si hace una pequeña referencia a ésta materia.

4. Recepción de la regulación de la contratación electrónica en el Derecho Comparado.

En Estados Unidos, la primera ley en la materia fue la “Utah Digital Signature Act”, de 1995, y su objetivo fue facilitar las transacciones por medios electrónicos, haciéndolas seguras y eliminando los fraudes. Esta ley define firma electrónica digital, y establece el sistema de certificación.⁵⁹

⁵⁷ Se entiende por prestador de servicios de certificación, según el artículo 2 letra e) de la Ley Modelo sobre Firma Electrónica será *“la persona que expide certificados y puede prestar otros servicios relacionados con las firmas electrónicas.”*

⁵⁸ Según el artículo 2 letra f) de la Ley Modelo sobre Firma Electrónica parte que confía es *“la persona que pueda actuar sobre la base de un certificado o de una firma electrónica.”*

⁵⁹ CONTRERAS, Osvaldo: ob. cit. Pág. 355

Luego se dictaron leyes federales que regulan ésta materia lo que a juicio de Contreras resulta interesante, por ser uno de los países en que el “case law” o “common law” es más importante que la ley escrita,⁶⁰ por lo que es anterior a la influencia de la Ley Modelo de UNCITRAL.

En España, la materia se encuentra tratada en el Real Decreto Ley 14/ 1999, sobre Firma Electrónica, y tiene como objetivo regular la firma electrónica, atribuyéndole eficacia jurídica, y establecer lineamientos a los prestadores de servicios de certificación.⁶¹

En la Unión Europea, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, del año 2000 establece un marco común para la firma electrónica, que busca garantizar el buen funcionamiento del mercado interior en el área de la firma electrónica, instruyendo un marco jurídico homogéneo, definiendo criterios que fundamenten su reconocimiento legal.

⁶²

En México, en el año 2000, se introdujeron modificaciones al Código Civil Federal, al Código Federal de Procedimientos Civiles, al Código de Comercio y a ley de Protección al Consumidor, reconociendo la celebración de actos jurídicos a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, estableciendo la equivalencia funcional de soportes, reconociéndolo como medio de prueba, claro que con una serie de reglas, principalmente relacionadas con la atribución a persona determinada, integridad y a su posterior consulta.⁶³

En Colombia se denomina Ley de Comercio Electrónico, es del año 1999 tiene como objetivo reglamentar y definir el uso de mensajes de datos, comercio electrónico, firmas digitales y establecimiento de entidades de certificación.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ REYES KNAFFT, Alfredo: ob. cit. S/P.

⁶² Idem.

⁶³ Idem.

En Perú encontramos en el año 2000 la Ley N° 27269 la llamada Ley de Firmas y Certificados Digitales, su objetivo es utilizar la firma electrónica dotándola de la misma y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u análoga.⁶⁴

Venezuela la denomina Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, Decreto 1024 de 2001, y busca otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico al mensaje de datos, a la firma electrónica y a toda información inteligible en formato electrónico.⁶⁵

Para Gutiérrez⁶⁶, en el caso de los países que integran el CAN (Comunidad Andina)⁶⁷ se han observado criterios disímiles al momento de acoger las recomendaciones en la Ley de la CNUDMI. Colombia y Ecuador han respetado sus preceptos, Perú y Venezuela se han apartado y Bolivia ha tomado una actitud ecléctica, pues recoge algunas recomendaciones, pero se aleja en otras.

Podemos destacar entre otros países que regulan esta materia Alemania, Argentina, Bélgica, Comunidad Europea, Canadá, Colombia, Dinamarca, España, Francia, Irlanda, Italia, Japón, Luxemburgo, Panamá, Portugal, Reino Unido y Suecia.⁶⁸

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ Ídem.

⁶⁶ GUTIERREZ, María Clara: ob. cit. S/P.

⁶⁷ La Comunidad Andina, es un sistema de interacción regional y económica, data de 1969 y tiene su origen en el Acuerdo de Cartagena, hoy está conformado por los siguientes Países Miembros Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Además la integran como Países Asociados, Chile, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

⁶⁸ REYES KANFF, Alfredo: ob. cit. S/P.

5. Breve análisis de la ley 19.799.

Es necesario señalar que ésta ley no es el primer cuerpo normativo que reguló estas materias en nuestro país. El 26 de Junio de 1999 se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo N° 81, regulador del uso de firmas digitales y documentos electrónicos al interior de la Administración del Estado chileno, concordante con la idea de modernización del Estado y el desarrollo del “Gobierno Electrónico”⁶⁹, contaba sólo con 10 artículos, agrupados en tres títulos, relativos a “Disposiciones Generales”, “Del Documento Electrónico” y “Regulación de la Firma Digital”.⁷⁰

La ley 19.799 se denomina “sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma”, fue promulgada el 25 de Marzo de 2002 y publicada el 12 de Abril de 2002. Fue iniciativa de los Senadores Edgardo Boeninger, Juan Hamilton, Hernán Larraín, Sergio Romero y José Antonio Viera-Gallo.

Jijena⁷¹ explica que ésta iniciativa, fue fruto de la elaboración de asesores sin experiencia que se basaron principalmente en la ley española, quienes a su vez fueron asesorados directamente por las empresas interesadas en el negocio de la certificación digital. Prueba de ello es una indicación presentada por el Senador Viera-Gallo, la SOFOFA y el mensaje del Presidente, que hacen hincapié en “*el servicio de certificación*”.

Previo a éste proyecto en Junio de 2000, se presentó una moción parlamentaria sobre Comunicaciones Electrónicas, que no prosperó y fue archivado.⁷²

⁶⁹ Se entiende por Gobierno electrónico al uso de tecnologías que hacen más eficiente la labore del Gobierno permitiendo una entrega de información más rápida a los ciudadanos.

⁷⁰ JIJENA, Renato: ob. cit. Pág. 201 y sig.

⁷¹ *Ibidem*. Pág. 243 y sig.

⁷² PINOCHET, Francisco: ob. cit. Pág.432.

Sandoval⁷³, estima que los principales antecedentes utilizados para la elaboración del proyecto de ley son, la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico, la Directiva de la Unión Europea sobre firma electrónica y las legislaciones de Italia, Alemania y Argentina sobre el particular. Iguales inspiraciones identifica Pinochet⁷⁴, en cambio Jijena⁷⁵, estima como ya indicamos que está inspirada en el Real Decreto español de 1999.

Reconoce como principios inspiradores, el de la *no discriminación* entre las diversas tecnologías que puedan emplearse para la creación del documento electrónico; y la *homologación* del documento electrónico y firma electrónica con el documento en soporte de papel firma ológrafa, tanto desde el régimen jurídico aplicable como de sus efectos jurídicos⁷⁶.

Se encuentra estructurada con siete títulos, 25 artículos y uno adicional transitorio. El primer título se ocupa de las disposiciones generales, el segundo del uso de las firmas electrónicas por los órganos del Estado, el tercero regula a los prestadores de servicios de certificación, su título cuarto se ocupa de los certificados de firma electrónica, el título quinto se refiere a la acreditación e inspección de los prestadores de servicios de certificación, el título sexto aborda los derechos y obligaciones de los usuarios de firma electrónica y, finalmente, el título séptimo anuncia los reglamentos, con un único artículo.

En cuanto al objeto de la ley, es regular la firma electrónica y los documentos electrónicos, dado el creciente desarrollo de negocios a través de Internet, pues se ha generado una nueva forma de celebrar contratos que requieren ser recogidos para darles

⁷³ SANDOVAL, Ricardo: "Comentario sobre el proyecto de ley relativo al documento y firma electrónica". En *Revista de Derecho informático* N°24, 2000. Disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consulta 15 de Marzo de 2010. S/P.

⁷⁴ PINOCHET, Francisco: ob. cit. 433.

⁷⁵ JIJENA, Renato; ob. cit. Pág. 248.

⁷⁶ SANDOVAL, Ricardo: ob. cit.

validez y eficacia, resguardando la integridad del documento, la identificación de quien lo suscribe y que éste no lo repudiará.⁷⁷

A juicio de Jijena⁷⁸, la ley tiene tres objetivos; en primer lugar, consagrar legalmente la posibilidad de que los usuarios que envíen mensajes electrónicos o digitales, mediante la técnica de la encriptación, puedan firmar y proteger dichos mensajes resguardando, su integridad, confidencialidad, autenticación y no repudiación. En segundo término, que un tercero confiable respalde y certifique la identidad de quien firma el documento electrónico; y finalmente, busca que aún con las limitaciones de nuestro sistema legal se puedan acreditar en juicio, los hechos electrónicos, digitales o telemáticos, de que dan cuenta los mensajes, soportados y firmados electrónicamente.

La propia ley, luego de señalar el objeto, se ocupa de señalar expresamente su ámbito de aplicación en el Artículo 1º, indicando cuales son las materias reguladas por ella:

1. Los documentos electrónicos y sus efectos legales.
2. La utilización en ellos de firma electrónica.
3. La prestación de servicio de certificación de éstas firmas.
4. El procedimiento de acreditación al que podrán sujetarse los prestadores de servicios de certificación, con el objeto de garantizar la seguridad en su uso.⁷⁹

Además, señala cuáles son sus principios:

1. Neutralidad tecnológica, esto es que, no adhiere a una tecnología específica.
2. Compatibilidad internacional, se refiere a la convergencia entre la legislación nacional e internacional.

⁷⁷ CORREA, Felipe: "Introducción a la Ley 19.799 de Firma Electrónica y servicios de Certificación". En *Revista de Derecho informático* N° 69, 2004. disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consulta 20 de Marzo de 2010. S/P.

⁷⁸ JIJENA, Renato: ob. cit. Pág. 249 a 250.

⁷⁹ PINOCHET, Francisco: ob. cit. Pág. 442.

3. Equivalencia de medio, lo hace equivalente al soporte de papel, no se puede rechazar la evidencia electrónica.
4. Libertad económica de usuarios y certificación, implica libertad de selección de parte de los usuarios y no se exige la aprobación del certificador para operar.
5. Libre competencia de certificadores.⁸⁰

Pinochet⁸¹, también identifica como principio, la voluntariedad del sistema de acreditación, pues no excluye de efectos jurídicos a los actos o contratos suscritos con firmas electrónicas certificadas por certificadores no acreditados, pero si está acreditado lo dota de mayor fuerza probatoria, pues va a constituir plena prueba. Además reconoce como principio la no discriminación, esto es que no puede restarse validez a una firma, acto o registro, por el sólo hecho de constar en medios electrónicos; y, finalmente establece como principio la convergencia o compatibilidad de las prácticas del comercio electrónico y, en general, del marco normativo de los actos y contratos electrónicos. En otras palabras, la transparencia de los métodos y procedimientos de certificación, acreditación y estandarización de las prácticas de creación, reconocimiento y protección de actos y documentos electrónicos que los soportan.

Peuriot⁸², indica que ésta ley trata de eliminar los obstáculos legales para el desarrollo del comercio electrónico, pero no de modo omnicompreensivo, sino sólo algunos aspectos. Para éste la disposición fundamental está contenida en el artículo 3, que establece que los actos o contratos celebrados por medio de firma electrónica son validos y producen los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel, pero restringiéndolo al hecho de ser firmados electrónicamente, con lo cual la ley se aparta de la Ley Modelo UNCITRAL, pues en ella la validez de una transacción electrónica no se encuentra restringida al uso de esta tecnología (firma electrónica).

⁸⁰ AGUILAR, Octavio: "La Seguridad Jurídica y La Documentación electrónica". En *La Revista de Derecho Universidad Central*, número 6, 2004 .Pág.29.

⁸¹ PINOCHET, Francisco: ob. cit. Pág. 439.

⁸² PEURIOT, Luis: ob. cit. Pág. 442 y 443

CAPÍTULO II.

FIRMA ELECTRÓNICA SIMPLE.

1. Firma electrónica simple y su distinción con la firma electrónica avanzada.

Según ya hemos indicado, la ley 19.799⁸³ define firma electrónica “*como cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor*”. Esta definición no se “amarrar” con algún método tecnológico especial⁸⁴ (la criptografía asimétrica o sistema de algoritmos asimétricos), lo que responde al principio de neutralidad tecnológica. Posteriormente, la ley define firma electrónica avanzada⁸⁵, como “*aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo*

⁸³ Artículo 2 letra f) de la Ley 19.799.

⁸⁴ GONZALEZ, Cristóbal: ob. cit. S/P. Además de los mecanismos señalados, podemos encontrar dispositivos biométricos, utilización de números de identificación personal o NIP, utilización de contraseñas, mediante tarjetas inteligentes u otros dispositivos de control, versiones digitalizadas de firmas manuscritas, u otros métodos como selección de signo afirmativo con el mouse, según se describe en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo CNUDMI para firmas electrónicas al derecho interno, disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf>, fecha última consulta 07 de abril 2012. Pág. 43.

⁸⁵ La firma electrónica avanzada, según Pinochet funciona en un sistema de doble llave, una pública y una privada, las que son creadas directamente por el usuario, según las instrucciones y medios facilitados por el prestador de servicios, por ello esto no tiene acceso a la clave privada del usuario, manteniendo éste su exclusivo control, al poner la firma electrónica en un documento, ésta se asocia con los datos, que son enviados encriptadamente, al llegar al receptor, se descripta con la llave pública asociada a la privada. PINOCHET, Francisco: ob. cit. Pág. 424.

*control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría*⁸⁶. Luego

Indica sus requisitos:

1. Que sea certificada por un prestador acreditado.
2. El usuario de la firma electrónica debe mantener bajo su control exclusivo los medios necesarios para crearla.
3. Permite verificar la identidad del titular e impidiendo que se desconozca su integridad y autoría.⁸⁷

Para Jijena⁸⁸, la definición de firma electrónica avanzada contenida en la ley presenta los tres atributos propios de la llave pública, esto es:

1. La autenticación del titular de la firma aplicada al documento *o la verificación de su identidad*.
2. El asegurar la integridad o no alteración del contenido del documento firmado y enviado *o la detección posterior de cualquier modificación*.
3. La imposibilidad de posteriormente repudiar o desconocer el envío del mismo *o su autoría*.

En consecuencia, aunque la ley no lo explicita en aras de la neutralidad tecnológica, la firma electrónica avanzada se basa en un sistema de criptografía⁸⁹ asimétrica⁹⁰, con un

⁸⁶ Artículo 2 letra g) de la Ley 19.999.

⁸⁷ GONZALEZ, Cristóbal: La firma y el documento electrónico en relación al valor probatorio. *En Revista de Derecho informático N°43*, 2002.

⁸⁸ JIJENA, Renato: ob. cit. Pág. 262.

⁸⁹ Consiste en una ciencia que se ocupa de la seguridad de la información, y que consiste en convertir un texto sencillo a un texto cifrado. PINOCHET, Francisco: ob. cit. Pág. 457

⁹⁰ Consiste en un sistema de encriptación en que la llave que encripta es distinta que la que desencripta, a diferencia del sistema simétrico, donde la llave es la misma. Idem.

par de llaves (una pública y una privada), proveídas por los prestadores de servicios de certificación.⁹¹

Según Jijena⁹², el surgimiento de las autoridades o entidades certificadoras se origina en la necesidad de resguardar la fe pública, mantener el orden público económico y buena fe involucrada en las transacciones electrónicas y tecnológicas. Estas autoridades o entidades generan certificados⁹³ que se materializan en un archivo, que la entidad certificadora envía al solicitante, luego de validar su identidad. De este modo, el receptor del mensaje puede asociar unívocamente la firma electrónica de ese mensaje al emisor del mismo, y las entidades certificadoras indicarán que la clave pública efectivamente corresponde a dicho emisor.

Los certificadores o prestadores de servicios de certificación se encuentran definidos como *“aquellas personas jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, que otorguen certificados de firma electrónica, sin perjuicio de los demás servicios que puedan realizar”*⁹⁴. En definitiva, se trata de un tercero que da confianza a las transacciones electrónicas, certificando la identidad de los autores y asumiendo la responsabilidad por la corrección del procedimiento empleado.⁹⁵ Jijena critica fuertemente ésta opción, ya que a su juicio, permite que operen empresas internacionales y nacionales sin que sea necesario que se acrediten o se registren previamente ante un órgano público.⁹⁶ Junto con lo anterior, agrega que se ha regulado un nuevo nicho de negocios tecnológicos, correspondiente a un

⁹¹ PINOCHET, Francisco: ob. cit. Pág. 457

⁹² JIJENA, Renato: ob. cit. Pág. 138 a 142.

⁹³ Entendemos por certificado, *“todo mensaje de datos u otro registro que confirme el vínculo entre un firmante y los datos de creación de la firma”*, según definición contenida en Artículo 2 letra a) Ley Modelo CNUDMI sobre Firma Electrónica.

⁹⁴ Artículo 11 de la Ley 19.799.

⁹⁵ PINOCHET: ob. cit. Pág. 458.

⁹⁶ JIJENA, Renato: ob. cit. Pág. 146 a 149.

mercado controlado por empresas transnacionales que no permite un apropiado desarrollo de las empresas nacionales.⁹⁷

Cabe destacar, que la firma electrónica avanzada, debe al menos, tener las características de lo que hoy se denomina firma digital⁹⁸, la que a pesar de tener estas seguridades tecnológicas o incluso en el futuro, obtener mayores resguardos, la ley sólo le asigna ésta categoría a aquellas cuyo certificado haya sido emitido por un prestador de servicios acreditado.⁹⁹

En relación al concepto de firma electrónica simple, podemos indicar que durante el debate del Proyecto que dio vida a la Ley 19.799, según recoge el informe de la Comisión de Ciencia y Tecnología, el Ejecutivo intentó clarificar los alcances de la definición contenida en la norma, señalando que en las transacciones comerciales, se podrían usar firmas electrónicas de varios tipos, desde las más sencillas, como el envío de un e-mail donde se consigne el puro nombre de pila del emisor. Éste aspecto habría generado aprehensiones, particularmente a la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo en Chile, que estimó que la definición a que hacemos referencia era muy amplia y podría generar problemas con los “agentes electrónicos”¹⁰⁰, estimando que debía uniformarse la norma con la ley norteamericana, con la finalidad de evitar errores y vacíos interpretativos.¹⁰¹

⁹⁷ JIJENA, Renato: ob. cit. Pág. 278.

⁹⁸ Entendemos por firma digital una especie de firma electrónica, en la cual interviene un proceso criptográfico de clave asimétrica que da seguridad a quien extiende dicha firma. Ídem.

⁹⁹ PEURIOT, Luis: ob. cit. Pág. 444.

¹⁰⁰ Son programas usados en los remates electrónicos para pujar automáticamente hasta cierto monto.

¹⁰¹ JIJENA, Renato: ob. cit. Pág. 261 a 262.

La firma electrónica simple, se encuentra definida en el artículo 2 letra f) de la ley 19.799¹⁰². En definitiva, para Jijena *“es aquella que identifica sólo formalmente al autor – por ejemplo, un mensaje electrónico firmado con un código equivalente a una huella digital-“*.¹⁰³

En consecuencia, en nuestro país la firma electrónica simple y avanzada, se diferencian en:

- a) La firma electrónica avanzada es certificada por un prestador acreditado.
- b) La firma electrónica avanzada, ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente a él mismo y a los datos a los que se refiere.
- c) La firma electrónica avanzada, permite la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría.¹⁰⁴

2. Instrumentos electrónicos como medio de prueba.

Como ya hemos mencionado, definitivamente la contratación electrónica, genera una realidad diferente desde el punto de vista contractual, especialmente frente a la teoría general de la contratación clásica. Precisamente, uno de los aspectos que altera es la prueba de las obligaciones que se generan en el contrato¹⁰⁵. Para Riofrío¹⁰⁶, existen dos extremos,

¹⁰² Artículo 2 letra f) de la Ley 19.799, define firma electrónica como: *“cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor“*.

¹⁰³ JIJENA, Renato: ob. cit. Pág. 263.

¹⁰⁴ PINOCHET, Francisco: ob. cit. Pág. 456.

¹⁰⁵ GAETE, Eugenio: ob. cit. 145.

en uno de ellos hay quienes consideran que los documentos electrónicos carecen de toda eficacia, en el otro están los que les confieren una eficacia absoluta, lo que a juicio de dicho es irreal.

La importancia de los instrumentos electrónicos como medio de prueba la encontramos en el artículo 9 de la Ley Modelo sobre Contratación Electrónica¹⁰⁷, denominado “*Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos*”, disponiendo, que la admisibilidad de los mensajes de datos como medio de prueba, queda regido por el principio de la “regla de mejor prueba”¹⁰⁸.

En su segundo párrafo del artículo en referencia, en relación a la fuerza probatoria de los mensajes de datos, proporciona orientaciones útiles, sobre como determinarla, por ejemplo, en función de si éstos (mensajes de datos) han sido generados, consignados, archivados o comunicados en forma fiable y en la posibilidad de identificar a su iniciador.¹⁰⁹

La fórmula antes descrita, ha sido recogida por algunos países latinoamericanos, como Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela, quienes junto con reconocer la validez de los documentos electrónicos, otorgan la garantía que serán admitidos como medios de prueba, tanto por autoridades administrativas como judiciales.¹¹⁰

¹⁰⁶ RIOFRIO, Juan: Eficacia natural probatoria de los documentos electrónicos no firmados. En *Revista de Derecho informático* N°74, disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consulta 20 de Marzo de 2010. Pág. 1.

¹⁰⁷ Artículo 9 de Ley Modelo CNUDMI sobre Contratación Electrónica.

¹⁰⁸ GUIA para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo CNUDMI sobre Comercio Electrónico. “El termino mejor prueba expresa un tecnicismo necesario en ciertas jurisdicciones del common law. No obstante, el concepto de “la mejor prueba” puede ser fuente de incertidumbre en los ordenamientos jurídicos que desconocen esa regla”. Pág. 46

¹⁰⁹ Ídem.

¹¹⁰ GUTIERREZ, María: ob. cit. S/P

A modo de ejemplo, en el derecho Venezolano, por regla general, cualquier medio probatorio es válido y conducente para acreditar las afirmaciones sobre los hechos que han realizado las partes, salvo prohibición expresa de la ley. Esto, es una manifestación de la garantía constitucional del derecho de defensa, encontrando limitaciones al igual que en nuestro país, en cuanto, a que hay obligaciones que sólo se pueden probar con determinados medios de prueba y la obligación, que ciertos actos se suscriban mediante instrumento público o privado¹¹¹.

En el caso de Uruguay, al igual que en Chile, la normativa nueva se armoniza con las normas procedimentales previas, utilizando los métodos de reconocimiento de los instrumentos privados para la autenticación de los documentos electrónicos, pudiendo agregarse al juicio también a través de peritaje o confesión extrajudicial.¹¹²

Precisamente, una de las aplicaciones de la equivalencia funcional dice relación con la producción y valor probatorio de los documentos electrónicos, pero entendiendo que no pueden ser tratados de la misma manera al ser presentados como medio de prueba, pues por sus características materiales requieren tratos distintos. Lo anterior queda de manifiesto en dos aspectos; uno relativo a la facilidad con que pueden ser alterados y lo difícil que resulta detectarlo; y, por otro lado, el lenguaje en que están escritos no es comprensible por nuestros sentidos en forma directa sin la intervención de métodos electrónicos.¹¹³

¹¹¹ VILORA, Mónica: Las pruebas en el comercio electrónico. En *Revista de Derecho informático* N°29, disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consulta 15 de Marzo de 2010.

¹¹² VER. MADALENA, Santiago: Las Nuevas Tecnologías aplicas al Proceso Jurisdiccional y en particular la Prueba Digital en el Derecho Uruguayo Vigente. En *Revista de Derecho informático* N°102, disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consulta 20 de Marzo de 2010.

¹¹³ RUIZ, Fernando: Principio de la Equivalencia Funcional y no discriminación aplicada a la prueba con los documentos electrónicos. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Facultad de Derecho. N° 19 año 2009-1*

3. Valor probatorio de los documentos suscritos con firma electrónica simple. Análisis de los artículos 3, 4 y 5 de la Ley 19.799 y 348 bis del Código de Procedimiento Civil.

Jijena, estima que la clasificación de firma electrónica simple y firma electrónica avanzada se relaciona directamente con el valor probatorio de las mismas, pues se ha optado por asignar un mayor valor probatorio a las firmas avanzadas¹¹⁴, lo que a juicio de Pinochet¹¹⁵ se debe a la seguridad de la autoría, dado por la posesión del dispositivo por parte del titular y de la no repudiación.

En nuestro país, podemos advertir al menos tres etapas en la introducción y acogida de los elementos tecnológicos para contratar y su valor probatorio, antes de la Ley 19.799, bajo ella y con las modificaciones introducidas al Código de Procedimiento Civil.

3.1. Antes de la ley 19.799.

Antes de la dictación de la ley 19.799, estas materias se encontraban reguladas en las normas contenidas en los artículos 1698 y siguientes del Código Civil; 341 y siguientes del Código Procedimiento Civil.¹¹⁶

¹¹⁴ JIJENA, Renato: ob. cit. Pág. 263.

¹¹⁵ PINOCHET, Francisco: ob. cit. Pág. 456.

¹¹⁶ CANELO, Carola: La eficacia probatoria y la ley de firma electrónica. En *Revista de Derecho Informático* N°2. Disponible en www.derechoinformatico.uchile.cl, fecha última consulta 03 de Mayo de 2012. S/P.

Como destaca Canelo¹¹⁷, ya con anterioridad a esta ley el legislador tuvo que reconocer la posibilidad de presentar los llamados “modernos medios de prueba”. Así, en el juicio penal, el Artículo 113 bis del Código de Procedimiento Penal, con modificación introducida el 6 de Diciembre de 1989, permitía presentar en juicio películas cinematográficas, fotografías y otros sistemas de reproducción de la imagen y del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe, otorgándole la posibilidad al juez de atribuirle el valor de base de presunción judicial o indicio, adelantándose el derecho penal a las otras ramas del derecho.¹¹⁸

Podemos, además, encontrar referencia a los documentos electrónicos como medio de prueba en el artículo 913 inciso segundo de la ley 18.680, que sustituyó el Libro III, del Código de Comercio, relativo al Comercio Marítimo; en el artículo 1014, del Título V del Código de Comercio; en el Decreto Supremo N° 114, del 19 de Abril de 1989 que fija el Reglamento del Sistema de Pronósticos Deportivos de la Polla Chilena de Beneficencia, relativo a la captación mecanizada de apuestas; en el artículo 30 del Código Tributario y artículo 72 de la Ordenanza de Aduanas, entre otros.¹¹⁹

Nuestro sistema procesal basado en el principio de prueba legal, hasta antes de la dictación de la Ley 19.799, no permitía que se pudiesen acreditar los hechos del mundo telemático. Como medios de prueba los documentos electrónicos, eran repudiados por los jueces, con todo, en algunas oportunidades se les aceptaba a través de otros medios de prueba, como por ejemplo, la Inspección Personal del Tribunal¹²⁰ o, como lo reseña Gaéte¹²¹, una sentencia la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 6 de mayo de 1982,

¹¹⁷ *Ibidem*. S/P

¹¹⁸ JIJENA, Renato: *Ob. cit.* Pág. 167.

¹¹⁹ *Ibidem*. Pág. 167 a 171.

¹²⁰ PINOCHET, Francisco: *ob. cit.* Pág. 447.

¹²¹ GAETE, Eugenio: *ob. cit.* Pág. 214 y 215

determinó que una grabación hecha en cassette tenía el valor probatorio de una confesión extrajudicial, pero reconociendo que nada impedía su asimilación a la prueba instrumental.

3.2 Bajo la ley 19.799.

3.2.1 Generalidades en cuanto a la equivalencia funcional y el tratamiento probatorio de los documentos electrónicos.

Canelo¹²² estima que dado que en Chile el sistema probatorio se encuentra regulado por ley, era necesario que mediante un acto legislativo se reconociese que los documentos electrónicos pueden ser presentados en juicio y de este modo puedan tener valor o eficacia probatoria. En relación a esto hay que indicar que la ley introdujo modificaciones al régimen probatorio civil, el cual presenta tres temas que pueden ser calificados de claves.

1. La carga de la prueba.
2. Los medios de prueba admisibles en juicio
3. El valor probatorio de los medios de prueba.¹²³

En relación al primero de éstos aspectos, no existe modificación sustancial, pero sí en los otros. Mediante esta ley se introducen medios de prueba nuevos asimilándolos a los instrumentos o documentos, por lo que no fue necesario modificar los artículos 1689 inciso segundo del Código Civil y el 341 del Código de Procedimiento Civil que indica cuales son los medios de prueba. En cuanto al valor probatorio, el legislador optó por seguir el tradicional esquema previsto en la ley común, salvo la situación de los documentos

¹²² CANELO, Carola: ob.cit. S/P.

¹²³ GONZALEZ, Francisco: ob. cit. "La prueba de las obligaciones". En: *Revista Chilena de Derecho Informático*. Centro de Estudios de derecho Informático, N° 2, Año 2003. S/P

electrónicos privados suscritos con firma electrónica avanzada¹²⁴, a que nos referiremos más adelante.

En la ley 19.799, los preceptos vinculados al valor probatorio son los artículos 3, 4, 5. El artículo 3¹²⁵ ha sido calificado de revolucionario y de enorme trascendencia, pues homologa en forma general los actos y contratos que sean suscritos por medio de firmas electrónicas. Luego, los artículos 4¹²⁶ y 5¹²⁷ establecen una regulación legal que depende de dos elementos, uno de ellos es la naturaleza pública o privada del documento; y el otro

¹²⁴ CANELO, Carola; ARRIETA, Raúl; MOYA, Rodrigo y ROMO, Rodrigo: ob. cit. S/P.

¹²⁵ Artículo 3 de la Ley 19.799: *“Los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito.*

Lo dispuesto en el inciso anterior no será aplicable a los actos o contratos otorgados o celebrados en los casos siguientes:

- a) *Aquellos en que la ley exige una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico.*
- b) *Aquellos en que la ley requiera la concurrencia personal de alguna de las partes, y*
- c) *Aquellos relativos al derecho de familia.*
- d) *La firma electrónica, cualquiera sea su naturaleza se mirará como firma manuscrita para todos los efectos legales, sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes.*

¹²⁶ Artículo 4 de la ley 19.799: *“Los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumentos públicos, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada.”*

¹²⁷ Artículo 5 de la ley 19.799: *“ Los documentos electrónicos podrán presentarse en juicio y, en el evento de que se hagan valer como medio de prueba, habrán de seguirse las reglas siguientes:*

- 1.- *Los señalados en el artículo anterior, harán plena prueba de acuerdo con las reglas generales, y*
- 2.- *Los que posean la calidad de instrumento privado, en cuanto hayan sido suscritos con firma electrónica avanzada, tendrán el mismo valor probatorio señalado en el número anterior. Sin embargo, no harán fe respecto de su fecha, a menos que ésta conste a través de un fechado electrónico otorgado por un prestador acreditado.*

En caso de documentos electrónicos que posean la calidad de instrumento privado y estén suscritos mediante firma electrónica, tendrán el valor probatorio que corresponda, de acuerdo a las reglas generales”

comprende al tipo de firma electrónica avanzada o simple,¹²⁸ siendo relevante el uso de una u otra tecnología en relación al valor probatorio de dichos documentos.¹²⁹

Como ya indicamos, las principales modificaciones se introducen al régimen de prueba de las obligaciones. Al respecto, hay que estarse a dos principios básicos. Primero, que según lo establecido en el artículo 3 de la ley 19.799, en la medida que el documento este firmado electrónicamente, hay total equivalencia entre el soporte de papel y el soporte electrónico. Con todo, para algunos,¹³⁰ la frase de la ley “*se reputarán como escritos*”, está mal expresada pues dichos documentos están escritos, aunque en otro lenguaje.

El segundo aspecto es la validez de los contratos suscritos con firma electrónica, para ello es necesario distinguir: los actos jurídicos consensuales, estos tendrían plena validez por la sola aplicación del artículo 1443 y 1445 del Código Civil, aún antes de la dictación de la ley 19.799¹³¹.

Situación distinta ocurre con aquellos que están sujetos a formalidades, ya sea por vía de solemnidad, vía de prueba o vía de publicidad, pues en este punto es necesario precisar que el artículo 3 inciso 2 letra a) de la Ley 19.799 establece que dicha equivalencia y validez no se aplica en aquellos (actos o contratos) en que la ley exige una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico. Por ejemplo, cuando nuestro ordenamiento jurídico requiere escritura pública, para la compraventa de bienes raíces conforme lo dispone el Artículo 1801 inciso segundo del Código Civil o aquellos que suponen la inscripción en un registro público. Desde esta perspectiva podrá la equivalencia funcional ser técnicamente posible, pero no lo es jurídicamente, distinguiendo así “una

¹²⁸ JIJENA, Renato: ob. cit. Pág. 265 a 268.

¹²⁹ PEURIOT, Felipe: ob. cit. Pág. 445.

¹³⁰ CANELO, Carola; ARRIETA, Raúl; MOYA, Rodrigo y ROMO, Rodrigo: ob. cit. S/P.

¹³¹ GONZALEZ, Francisco: ob. cit. S/P.

solemnidad especial”, excluida del Artículo 3, para diferenciarla de aquella que sólo exige que el acto conste por escrito, los cuales si tendrán plena validez.¹³²

Dicho lo anterior, la ley atribuye un diverso valor probatorio dependiendo de la clase de documento electrónico de que se trate.

Recordemos que la ley define documento electrónico en su art 2 letra d) como “*toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior*”.

Podemos encontrar documentos electrónicos que constituyen instrumentos públicos¹³³, los cuales deben suscribirse mediante firma electrónica avanzada, porque así lo dispone el artículo 4 de la ley. Estos documentos harán plena prueba, según lo indica el artículo 5 de la Ley 19.799 y lo establecido en el Art. 1700 del Código Civil.

Los documentos electrónicos que constituyen instrumentos privados, pero suscritos con firma electrónica avanzada, podrán alcanzar valor de plena prueba, según establece el Artículo 5 de dicha ley. Para algunos autores este es un reconocimiento a un principio muy comentado en la doctrina, a saber, que la firma electrónica avanzada es más segura que la firma manuscrita.¹³⁴ Para algunos la finalidad de esta norma de privilegiar los documentos electrónicos privados suscritos con firma electrónica avanzada, es para incentivar el uso de

¹³² PEURIOT, Luis: *Apuntes de clases de Magister en Derecho*, Mención en Derecho Privado, versión 2008-2009. Módulo Derecho del Comercio Electrónico. S/P

¹³³ El instrumento público se encuentra definido en el Artículo 1699 del Código Civil, no así el privado, definido negativamente en oposición al público, siendo lo relevante en el primero el sello de autenticidad, la participación del funcionario competente garantiza la autenticidad de ciertos hechos. En el caso del instrumento privado es necesario probar su autenticidad si la otra parte niega eses carácter, o sea no tiene valor probatorio en sí, debe ser reconocido o mandado tener por reconocido, pudiendo ser impugnado. VER. CASARINO, Mario: *Manual de Derecho Procesal (Derecho Procesal Civil)*. Tomo IV. Sexta Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2007. Pág. 62 a 72.

¹³⁴ GONZALEZ, Cristóbal: ob. cit. S/P.

la firma electrónica avanzada, pues tienen pleno valor sin reconocimiento previo¹³⁵, lo que claramente altera lo ya establecido en Chile para los instrumentos privados con firma manuscrita, pues dicho documento hará plena prueba entre las partes aún cuando no haya sido reconocido por la parte en contra la cual se presenta.

Sin embargo, a juicio de algunos esto resulta dudoso, pues un documento privado emitido por un tercero ajeno al juicio, podría tener mayor valor probatorio en contra de una de las partes, por el solo fundamento de estar suscrito con firma electrónica avanzada. Por ello, puede concluirse, que no tendrán valor probatorio en contra de terceros que no hayan concurrido a su otorgamiento, ello resulta de la aplicación armónica con el Artículo 346¹³⁶ del Código de Procedimiento Civil.¹³⁷

Como indica Jijena¹³⁸, se ha premiado con un mayor valor legal en juicio a quienes utilicen firma que cuente con acreditación previa, pero el valor legal de estos documentos, que ya no cuentan con soporte del papel, debería ser más amplio, aún cuando no estén firmados electrónicamente o digitalmente, aunque la norma no lo valida, a su juicio, pues deben ser apreciados desde el punto de vista de su mérito probatorio.¹³⁹

Correa,¹⁴⁰ indica que sólo este tipo de firma, la electrónica avanzada, brinda seguridad jurídica de autoría, pues el titular del dispositivo no podrá repudiar la autoría del documento. En cambio la simple o firma electrónica propiamente tal o no avanzada con más, podrá garantizar la integridad y no alteración del documento, asociados a la seguridad

¹³⁵ CANELO, Carola: ob. cit. S/P.

¹³⁶ Ver artículo 346 Código de Procedimiento Civil.

¹³⁷ PEURIOT, Luis: ob. cit. Pág. 446.

¹³⁸ JIJENA, Renato, *Comentarios y Observaciones al Proyecto de ley sobre Firmas y Documentos*, citado por CORREA, Felipe: ob. cit. S/P.

¹³⁹ JIJENA, Renato: ob. cit. Pág. 272.

¹⁴⁰ CORREA, Felipe: ob. cit. S/P.

lógica, pues podría ofrecer mecanismos tecnológicos más sofisticados, garantía que también otorga la firma electrónica avanzada.

Ahora bien, hay quienes estiman que la evidencia electrónica dejada por los mensajes de datos es mayor que las del soporte tradicional, pues un email que es eliminado de una bandeja de entrada se ha repetido en números servidores.¹⁴¹

3.2.2 Distinciones específicas acerca del valor probatorio de los documentos electrónicos, según su carácter público o privado y la firma empleada en ellos.

Conforme a las disposiciones de la Ley 19.799 y su interpretación armónica con las disposiciones pertinentes del Código Civil y Código de Procedimiento Civil, el documento electrónico público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él se hayan hecho. Que hagan plena prueba implica, que son suficientes para acreditar el hecho al que se refiere, sin necesidad de otro medio de prueba.¹⁴² En relación a la fecha del documento, hay quien estima que la firma electrónica otorga una fecha, la que desde el punto de vista de la fe pública no es cierta, pues el único que puede dotarla de certeza es un ministro de fe, un notario y las entidades certificadoras no tienen ese carácter¹⁴³.

En cuanto al valor probatorio entre las partes, los documentos electrónicos públicos hacen plena prueba respecto del hecho de haberse otorgado por las personas y de la forma

¹⁴¹ RIOFRIO, Juan: Eficacia Natural Probatoria de los Documentos electrónicos no firmados. *En Revista de Derecho informático N° 74*, disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consulta 20 de Marzo de 2010. S/P.

¹⁴² CANELO, Carola; ARRIETA, Raúl; MOYA, Rodrigo y ROMO, Rodrigo: ob. cit. S/P.

¹⁴³ GAETE, Eugenio: ob. cit. Pág. 515 y 516.

que el documento indica, pero en relación a sus declaraciones, tanto las de las partes como las del funcionario, se presumirán sinceras. En relación a las del funcionario, habrá nuevamente que distinguir, harán plena prueba: las referidas a hechos propios del funcionario; las aseveraciones los hechos que él percibe por sus sentidos, y las que compruebe por los medios que la ley le proporciona, pero, no harán plena prueba, las declaraciones que hace confiado en los dichos de otra persona y las que importen meras apreciaciones de hechos que no percibió por sus sentidos o que no se pueden comprobar por medios legales.¹⁴⁴

Ahora bien, en cuanto a las declaraciones de las partes, la verdad de éstas, los documentos electrónicos públicos sólo hacen plena prueba en contra de los declarantes, declaraciones que a su turno se clasifican en dispositivas¹⁴⁵ y enunciativas¹⁴⁶. Respecto de las primeras, si bien no se hace plena prueba, deben presumirse por aplicación del *onus probandi*¹⁴⁷, en el caso de las segundas, ni hacen plena prueba, ni se presumen, pero su mérito probatorio estará en función de la confesión extrajudicial o de testimonio, aunque el artículo 1706 del Código Civil asimila el trato que tienen declaraciones dispositivas a algunas enunciativas.¹⁴⁸

En cuanto a los terceros, respecto al hecho y fecha de otorgamiento harán plena prueba del mismo modo que respecto de las partes. Sin embargo, en cuanto a sus declaraciones utilizamos la misma distinción de dispositivas y enunciativas; las primeras

¹⁴⁴ CANELO, Carola; ARRIETA, Raúl; MOYA, Rodrigo y ROMO, Rodrigo: ob. cit. S/P

¹⁴⁵ Las declaraciones dispositivas son las que las partes tienen en consideración al momento de contratar. CANELO, Carola; ARRIETA, Raúl; MOYA, Rodrigo y ROMO, Rodrigo: ob. cit. S/P

¹⁴⁶ Las declaraciones enunciativas son en las que las partes relatan enunciativamente hechos o actos jurídicos anteriores. Ibidem. S/P.

¹⁴⁷ Lo normal se presume, lo excepcional se prueba.

¹⁴⁸ CANELO, Carola; ARRIETA, Raúl; MOYA, Rodrigo y ROMO, Rodrigo: ob. cit. S/P.

tienen el mismo tratamiento y por las mismas razones que entre partes y en cuanto a las enunciativas, no tienen mérito alguno contra éste tercero.¹⁴⁹

En relación a los documentos electrónicos privados, suscritos con firma electrónica avanzada, su valor probatorio es el de los instrumentos públicos con las salvedades que hemos indicados desde el punto de vista procesal civil. En cuanto a su fecha no harán fe, a menos que ésta conste a través de un fechado electrónico¹⁵⁰ otorgado por un prestador acreditado, según lo establece el artículo 5 N°2 de la Ley 19.799, conservando su calidad de instrumento privado, pues la homologación es solo respecto de su valor probatorio,¹⁵¹ en consecuencia es un instrumento privado con un valor probatorio incrementado.¹⁵²

Los documentos electrónicos que constituyen instrumentos privados, suscritos con firma electrónica simple o no avanzada, según el artículo 5 N° 2 de la Ley 19.799, tendrán el valor probatorio “*que corresponda de acuerdo a las reglas generales*”, por ello aplicaremos la regla del artículo 1702 del CC, esto es, que sean reconocidos o mandados reconocer. Esto ratifica la equiparación de firma manuscrita con firma electrónica. Lo anterior, pues a juicio de Canelo¹⁵³, estos documentos no prueban su origen, hay ausencia de garantías en relación a quien aparece suscribiéndolo sea el que efectivamente lo haya firmado. Ahora bien, si son reconocidos expresamente o tácitamente harán plena prueba entre las partes aun en lo meramente enunciativo, siempre que tenga relación directa con lo

¹⁴⁹ *Ibidem.* S/P

¹⁵⁰ El Artículo 2 letra i) de la Ley 19.799 define fecha electrónica como: “un conjunto de datos en forma electrónica utilizados como medio para constatar el momento en que se ha efectuado una actuación sobre otros datos electrónicos a los que están asociados.”

¹⁵¹ CLUNES, Alejandro: La noción de documento electrónico y el Artículo 348 bis del CPC. En Centro de Estudios IUSNOVUM. Disponible en www.iusnovum.com, fecha de última consulta 03 de Mayo de 2012. S/P.

¹⁵² OBERG, Héctor: Un desastre procesal: (documento electrónico Arts. 342 N°6 – 348 bis C.P.C. En *revista de Derecho Universidad de Concepción* N° 221-222, 2008. Pág. 38.

¹⁵³ CANELO, Carola: ob. cit. S/P.

dispositivo del acto o contrato. Para Gaéte¹⁵⁴, si el documento privado no se encuentra reconocido carece de todo valor probatorio en juicio. El problema de su mérito probatorio se presentará cuando los contratantes discutan sobre los hechos de que dicho documento da cuenta, allí su valor probatorio quedará subordinado a su reconocimiento por la parte en contra la cual se pretenda valer.¹⁵⁵

El reconocimiento se podría haber obtenido voluntariamente, mediante declaración de la parte contra quien se presenta; mediante declaración de esa misma parte en un instrumento público o en un juicio diverso o; tácitamente una vez cumplido el apercibimiento y plazo. Además existe la posibilidad de obtener un reconocimiento forzado allegando los medios de prueba que permitan acreditar la autenticidad e integridad, aunque no sea fácil reunirlos en especial si no se han adoptado mecanismos de resguardo y de seguridad especiales.¹⁵⁶

En un planteamiento muy particular, Francisco González¹⁵⁷, señala que ante la definición amplia de lo que se entiende por firma electrónica en que basta un nombre al final de un mensaje de correo, o la identificación, adjunta al mensaje en forma automática por el computador que lo envía (el “de:” en cualquier e-mail), o incluso el uso de algún signo distintivo, para que se considere que tal documento está respaldado por una firma electrónica simple y, como tal sea susceptible de presentarse en juicio como instrumento privado, si se cumple el requisito de “identificar formalmente a su autor”, conforme al art. 2 letra f) de la Ley 19.799. Pero, a juicio de éste no está claro lo que ocurriría con aquellos documentos electrónicos que carezcan de algún signo que permita atribuirlo a determinado sujeto, como fotografías digitales, grabaciones. Él estima, que por expresa disposición de la ley todos los documentos electrónicos podrán presentarse en juicio aun cuando carezcan

¹⁵⁴ GAETE, Eugenio: ob. cit. Pág. 475 a 493.

¹⁵⁵ WAHL, Jorge: *Aspectos en la Formación del Consentimiento en los Contratos Electrónicos. Derecho Chileno y Tendencias en el Derecho Comparado*, en *Derecho de los contratos. Cuadernos de extensión Jurídica* 6. (2002). Pág. 138.

¹⁵⁶ Ídem.

¹⁵⁷ GONZALEZ, Francisco: ob. cit., S/P

de firma, y su valor probatorio será el que se establezca jurisprudencialmente, siendo relevante –según indica– pues existen áreas enteras y de importancia trascendental, como la responsabilidad por negociaciones pre- contractuales o la aplicación de ciertos modos de extinguir que pueden depender de comunicaciones electrónicas no firmadas, por lo que por razones de seguridad debe determinarse su valor probatorio. A éstos documentos electrónicos los denomina “residuales”. En el derecho comparado se ha regulado la prueba de estos documentos electrónicos con alguna exigencia de autenticación para darles valor en juicio.¹⁵⁸

Precisamente por el razonamiento anterior, para Francisco González¹⁵⁹ existiría un conflicto entre principio general y regla particular en materia probatoria y éste se daría por *“la existencia de una cierta tensión entre el principio general de “equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel” y la regla particular que admite todos los “documentos electrónicos”, incluso los residuales, como medio de prueba en juicio”*. Ello porque el principio de equivalencia, otorga un trato igualitario al soporte electrónico y de papel, pero al mismo tiempo, la regla de admisibilidad otorga un trato privilegiado al instrumento privado residual cuya autoría puede desconocerse. El Código Civil en sus artículos 1702¹⁶⁰ y 1703¹⁶¹ y el Código Procedimiento Civil sólo reconocen valor probatorio a los documentos firmados, pero según este autor los documentos electrónicos que carecen de firma son medio de prueba, aunque al menos admite que no deberían tener el mismo peso

¹⁵⁸ CORREA, Felipe: ob. cit. S/P

¹⁵⁹ GONZALEZ, Francisco: ob. cit., S/P

¹⁶⁰ Artículo 1702 del Código Civil expresa: “El instrumento privado, reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos”.

¹⁶¹ Artículo 1703 del Código Civil expresa: “La fecha del instrumento privado no se cuenta respecto de terceros sino desde el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado, o desde el día en que ha sido copiado en un registro público, o en que conste haberse presentado en juicio, o en que se haya tomado razón de él o le haya inventariado un funcionario competente, en carácter de tal”.

que los documentos electrónicos firmados, indicando que ello debe resolverse jurisprudencialmente estimándose como base de una presunción.

Para Francisco Pinochet, como para la mayoría de los autores si los documentos electrónicos no tienen firma electrónica, no tienen valor probatorio.¹⁶² Del mismo modo lo expresa Peuriot, indicando que no obstante el amplio lenguaje contenido en el Artículo 3°, éste restringe el reconocimiento de los actos y contratos, celebrados por documentos electrónicos firmados electrónicamente.¹⁶³

3.2.3 En cuanto a la forma de agregarlos al juicio.

Los documentos electrónicos tienen una materialidad distinta a los contenidos en soporte de papel, por ello es importante determinar la forma en que deben incorporarse al proceso, ya que se yuxtaponen distintas formas de expresión y convergen textos, gráficos, sonidos, animaciones y/o videos todos en distintos soportes, que requieren para su reproducción una pantalla, altavoces, etc.¹⁶⁴

Para agregarlos al juicio, previo a la modificación legal, se acompañaban con citación si emanaban de un tercero, en cuyo caso el tercero deberá reconocerlo en juicio; y bajo el apercibimiento del artículo 346 N°3 del Código de Procedimiento Civil, si emanaban de la contraria, frente a la cual se hace valer, pero allí surgía el inconveniente de determinar cómo acompañar los documentos privados suscritos con firma electrónica avanzada, con citación o bajo apercibimiento.¹⁶⁵

¹⁶² PINOCHET, Francisco: ob. cit. Pág. 452.

¹⁶³ PEURIOT, Luis: ob. cit. Pág. 443.

¹⁶⁴ CANELO, Carola; ARRIETA, Raúl; MOYA, Rodrigo y ROMO, Rodrigo: ob. cit. S/P.

¹⁶⁵ CANELO, Carola: ob. cit. S/P.

En otro de sus textos posteriores, Canelo y otros autores¹⁶⁶, se inclina por establecer que salvo los instrumentos públicos que se acompañan con citación, todos los documentos privados ya sea con firma electrónica simple o avanzada se acompañan bajo el apercibimiento del Artículo 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil. Aunque hay quienes estiman, que ante el vacío legal debía utilizarse el artículo 323 del Código Procesal Penal, pues la Ley 19.799 no contenía norma alguna, ni tampoco su reglamento.¹⁶⁷

3.3 Con la modificación introducida por la ley 20.217, artículo 348 bis del Código de Procedimiento Civil.

El Código de Procedimiento Civil fue modificado por la ley 20.207 del 12 de noviembre de 2007, incorporando un numeral al Artículo 342 y agregando el artículo 348 bis.

De acuerdo a su mensaje, ésta ley busca facilitar la presentación de los documentos electrónicos en juicio, permitiendo que esta se realizara de un modo más efectivo, eficiente, estimulando de este modo la aplicación del documento y firma electrónica. En este sentido, como indica Cristóbal González, lamentablemente desde el proyecto que dio origen a la Ley 19.799 no existía norma alguna que se refiriera a las reglas de agregación en juicio¹⁶⁸, por lo que desde este punto de vista es un avance.

Aunque posiblemente los conflictos derivados de la Firma Electrónica y de los Documentos Electrónicos se ventilarán mayoritariamente ante jueces árbitros, quienes pueden fijar sus propias normas de procedimiento, es perfectamente posible que surja la

¹⁶⁶ CANELO, Carola; ARRIETA, Raúl; MOYA, Rodrigo y ROMO, Rodrigo: ob. cit. S/P.

¹⁶⁷ PINOCHET, Francisco: ob. cit. Pág. 455.

¹⁶⁸ GONZALEZ, Cristóbal: ob. cit. S/P.

necesidad de presentarlos ante los Tribunales ordinarios de Justicia¹⁶⁹ Por ello, la modificación pretendía resolver ciertos aspectos poco claros en la legislación procesal y sustantiva, en cuanto a su incorporación, producción, objeción y valoración, llevándolos a la realidad de los procedimientos escritos.¹⁷⁰

Hay quienes estiman, como es el caso de Héctor Oberg¹⁷¹, que la ley 20.207, en nada contribuye a aclarar la legislación procesal, pues en relación a los instrumentos electrónicos privados suscritos con firma electrónica simple y los que carecen de firma, se aplica el estatuto establecido en el artículo 348 bis del Código de Procedimiento Civil¹⁷², introducido por la ley en referencia, ya no basta que se presente el documento en el juicio, sino que el Tribunal debe dictar una resolución que lo tendrá por presentado y citará a audiencia de percepción documental, la que tendrá como finalidad exclusiva pronunciarse sobre la autenticidad del documento, dejando las otras causales de impugnación de los instrumentos privados para ser conocidas conforme a las reglas generales, junto con otra serie de inconvenientes, por lo que a su juicio “*los cuidados del sacristán mataron al señor cura*”, pues las alteraciones introducidas por esa norma importan un verdadero desastre procesal.

¹⁶⁹ PINOCHET, Francisco: ob. cit. Pág. 455.

¹⁷⁰ CLUNES, Alejandro: ob. cit. S/P.

¹⁷¹ OBERG, Héctor: ob. cit. Pág. 37 a 43.

¹⁷² Artículo 348 bis del Código de Procedimiento Civil “*Presentado el documento electrónico, el Tribunal citará para el 6º día a todas las partes a una audiencia de percepción documental. caso de no contar con los medios técnicos electrónicos necesarios para su adecuada percepción, apercibirá a la parte que presentó el documento con tenerlo por no presentado de no concurrir a la audiencia con dichos medios. Tratándose de documentos que no puedan ser transportados al tribunal, la audiencia tendrá lugar donde éstos se encuentren, a costa de la parte que los presente. En caso que el documento sea objetado, en conformidad con las reglas generales, el Tribunal podrá ordenar una prueba complementaria de autenticidad, a costa de la parte que formula la impugnación, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre pago de costas. El resultado de la prueba complementaria de autenticidad será suficiente para tener por reconocido o por objetado el instrumento, según corresponda. Para los efectos de proceder a la realización de la prueba complementaria de autenticidad, los peritos procederán con sujeción a lo dispuesto por los artículos 417 a 423. En el caso de documentos electrónicos privados, para los efectos del artículo 346, N°3, se entenderá que han sido puestos en conocimiento de la parte contraria en la audiencia de percepción”.*

El Tribunal solo realiza un examen de admisibilidad formal, pudiendo no dar lugar si la prueba es manifiestamente improcedente. El sólo hecho de la citación a la audiencia en ningún caso implica el reconocimiento tácito de la calidad de instrumento, pues por tratarse de un tema de fondo quedará para la sentencia definitiva.¹⁷³

Estos documentos no podrán ser acompañados en soporte de papel, pues perderán su característica de electrónicos, resultando inaplicables las normas contenidas en la ley 19.799. Si son acompañados bajo los apercibimientos de los artículos 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil, requerirán firma manuscrita, aunque hay quienes, claro que minoritariamente, aceptan los documentos privados sin firma, en el caso que la parte contraria niegue su autoría, no habría manera de atribuirlo a su autor, como si veremos que permite la audiencia de percepción documental, pues por medios técnicos un experto podría determinar su origen,¹⁷⁴ recordando que para la mayoría de los autores los documentos electrónicos para otorgarles mérito probatorio requieren ser firmados electrónicamente.¹⁷⁵

Para Fernando Ruiz la audiencia de percepción documental, tiene por finalidad que la certeza jurídica que daban los documentos en soporte de papel se obtenga también ahora de los documentos electrónicos, en ella se asegurará a la contraria el acceso al archivo electrónico original, surgiendo la posibilidad de realizar pruebas complementarias de autenticidad.¹⁷⁶

La audiencia se lleva a efecto al sexto día, lo que a juicio de Oberg¹⁷⁷ genera una serie de inconvenientes, tales como la aplicación armónica del artículo 348 y 255 ambos del Código de Procedimiento Civil, que indican que los instrumentos podrán presentarse en cualquier estado del juicio, hasta el vencimiento del término probatorio en primera

¹⁷³ CLUNES, Alejandro: ob. cit. S/P.

¹⁷⁴ RUIZ, Fernando: ob. cit. Pág. 50 y 51.

¹⁷⁵ PINOCHET, Francisco: ob. cit. Pág. 452.

¹⁷⁶ RUIZ, Fernando: ob. cit. Pág. 46.

¹⁷⁷ OBERG, Héctor: ob. cit. Pág. 41y 42.

instancia, en caso de ser acompañados con la demanda, deben impugnarse dentro del término de emplazamiento, cualquiera sea su naturaleza, por ello al presentarse un documento electrónico con la demanda, el Tribunal, junto con proveer la demanda confiriendo traslado a la contraria, debería citar a audiencia de percepción documental, para el 6to. día, oportunidad en que se podrá objetar su autenticidad, por ello podría tenerse por reconocido o por objetado un documento electrónico, en pleno periodo de discusión del juicio ordinario y pero para Clunes estos inconvenientes son sólo aparentes¹⁷⁸.

Volviendo, a nuestro tema, si el documento es objetado por la contraria, el Tribunal puede disponer una prueba complementaria de autenticidad practicada por peritos, que deben ajustarse a lo establecido en los artículos 417 a 423 del Código de Procedimiento Civil¹⁷⁹ y en cuanto a su nombramiento hay que estar a la norma del artículo 414¹⁸⁰ del mismo cuerpo legal. Por la redacción de la norma al indicar “*nombramiento de peritos*”, Oberg estima que deben ser a lo menos dos.¹⁸¹ En un sentido distinto se manifiesta Clunes¹⁸², fundamentándose en la forma de denominación que utiliza el legislador en las normas contenidas en el párrafo 6, título XI, libro II del Código de Procedimiento Civil, “Del informe de peritos”.

El resultado de la prueba de autenticidad es tener por reconocido u objetado el documento por lo que sería vinculante para el juez, a diferencia de lo que ocurre con el régimen establecido para el informe de peritos, que según lo establece el artículo 425 del código del ramo se entrega a las reglas de la sana crítica, o sea no está regulado por ley,

¹⁷⁸ CFR. CLUNES, Alejandro: ob. cit. S/P.

¹⁷⁹ VER Artículos 417 a 423 del Código de Procedimiento Civil.

¹⁸⁰ VER Artículo 414 del Código del Código de Procedimiento Civil.

¹⁸¹ OBERG, Héctor: ob. cit. Pág. 39

¹⁸² CLUNES, Alejandro: ob. cit. S/P.

pero tampoco al libre arbitrio del juez.¹⁸³ En este punto también difiere Clunes¹⁸⁴, pues estima que no es vinculante ni determinante para el sentenciador, se trata de una prueba facultativa y complementaria, fundamentando esta afirmación en normas generales.

Cabe destacar que la ley no indica el modo en que debe llevarse a cabo la audiencia de percepción del documento electrónico, frente a lo cual se ha estimado que se debe aplicar el 333 del Código de Procedimiento Penal y 113 bis Código Procesal Penal, en particular en la forma que debe quedar constancia de este documento en el expediente,¹⁸⁵ pero para Clunes¹⁸⁶, haciendo aplicación del Artículo 61 del Código de Procedimiento Civil, la que cobra una especial relevancia cuando dichos documentos no pueden materializarse con la impresión de los mismos, en especial, porque el Tribunal queda impedido de acceder a ellos con posterioridad a la audiencia, deberá dejarse constancia escrita.

La causal de impugnación, luego que estos documentos han sido puestos en conocimiento de la contraria en la audiencia de percepción documental, a juicio de Oberg, es la falta de autenticidad del instrumento electrónico privado. Por ello, la parte contra quien se presenta el documento podrá alegar su falsedad o falta de integridad, al margen de la causal referida, tramitando un incidente en los términos del artículo 355 del Código de Procedimiento Civil. Si el o los expertos concluyen que el documento es auténtico, las causales de impugnación quedan reducidas a la falsedad o suplantaciones hechas en él. Su valor probatorio será el de las reglas generales.¹⁸⁷

Cabe destacar que el sistema español consagra un sistema similar al nuestro, en el sentido que también establece la figura de los peritos, para realizar un análisis de seguridad

¹⁸³ OBERG, Héctor: ob. cit. Pág. 40

¹⁸⁴ CLUNES, Alejandro: ob. cit. S/P.

¹⁸⁵ OBERG, Héctor: ob. cit. Pág. 41

¹⁸⁶ CLUNES, Alejandro: ob. cit. S/P.

¹⁸⁷ OBERG, Héctor: ob. cit. Pág. 40.

y fiabilidad del documento electrónico, cuya exigencia cesa en tres casos, por lo que constituye la regla general.¹⁸⁸

Es cuanto a los instrumentos privados, se estima que estos deben estar firmados, pues el Art. 1701 inc. Final y los artículos 1702, 1703 del Código Civil¹⁸⁹ se refieren a firma, al igual que la regla del 352 N° 3 y 346 N°1 y 2 del Código de Procedimiento Civil.¹⁹⁰ En todos ellos se indica que el instrumento privado debe estar firmado, según lo indica el artículo 1711 del Código Civil¹⁹¹, estas disposiciones están en plena armonía con el principio de equivalencia de soportes establecido en los Artículos 1 y 3 de la Ley. Lo anterior es sostenido mayoritariamente¹⁹².

Oberg estima que si el documento electrónico privado carece de firma, en principio, no tendrá valor probatorio, y para llegar a tenerlo será necesario acompañarlo bajo el apercibimiento del Artículo 346 N°3 del Código de Procedimiento Civil, en caso de incidentar operará el Artículo 355 del mismo cuerpo legal, por ello no será necesario llevar a cabo la audiencia de percepción documental establecida en el Artículo 348 bis, pues al no tener formalidad alguna no requiere ser autenticada ninguna firma.¹⁹³

Hay quienes estiman que esta audiencia no sólo es aplicable al instrumento electrónico privado suscrito con firma electrónica simple, haciéndola aplicable a los instrumentos públicos electrónicos y los instrumentos privados suscritos con firma electrónica avanzada.¹⁹⁴ Ello, pues por las características de la firma avanzada no es posible

¹⁸⁸ RIOFRIO, Juan: ob.cit.

¹⁸⁹ VER, norma citada.

¹⁹⁰ VER, norma citada.

¹⁹¹ GONZALEZ, Francisco: ob. cit. S/P.

¹⁹² PEURIOT, Luis: ob. cit. Pág.442 a 444.

¹⁹³ OBERG, Héctor: ob. cit. Pág. 40.

¹⁹⁴ CLUNES, Alejandro: ob. cit. S/P.



saber si cuenta con éste tipo de firma o ésta es válida. Además, se agrega un argumento de texto, pues la norma indica “documento electrónico”, sin hacer distinción. En el caso de estos documentos en la audiencia tendrá por finalidad verificar la firma electrónica avanzada, y de ser posible dejar constancia en el expediente de una copia impresa del documento autorizada por el Secretario del Tribunal, como copia autentica del original presentado.¹⁹⁵

Es necesario recalcar que si sólo se acompaña la impresión en papel del documento electrónico, lo acompañado queda fuera de la aplicación de la ley 19.799, disminuyendo drásticamente su valor probatorio, pues si bien como lo que indica el mensaje de la norma en referencia, en relación a que los usuarios también podrán utilizar en la medida de lo posible, las impresiones de dichos documentos, en su caso, solo tendrán el valor probatorio que las normas generales les atribuyan, por ello se acompañarán bajo el apercibimiento del Artículo 342 N°3 del Código de Procedimiento Civil, y consecencialmente no habrá audiencia de percepción.¹⁹⁶

En relación al valor probatorio de los documentos electrónicos con firma electrónica simple o no avanzada nos remitiremos a lo señalado en el punto anterior, pues en cuanto al fondo no hay modificación sustancial.

3.4 Valor probatorio asignado en el proyecto de Código Procesal Civil.

El 12 de marzo del año 2012 se ingresó por el Ejecutivo a la Cámara de Diputados el Proyecto de nuevo Código Procesal Civil, que consta de cinco libros. El primero, sobre Disposiciones Generales; el segundo, denominado Procesos Declarativos; el tercero, se refiere a los Recursos Procesales; el cuarto trata de la Ejecución y finalmente, el libro

¹⁹⁵ RUIZ, Fernando: ob. cit. Pág. 48.

¹⁹⁶ Idem.

quinto regula Los Procedimientos Especiales. El proyecto de Código cuenta con 581 artículos y un artículo transitorio.¹⁹⁷

La prueba instrumental, en especial los documentos electrónicos, se encuentra regulada en el Libro II, denominado Procesos Declarativos, título primero, capítulo V, párrafo 3° de los Documentos e Instrumentos en particular, subpárrafos 1 y 2 , entre los artículo 296 a 304 y 306.¹⁹⁸

Contiene un concepto genérico de documento en el artículo 296, indicando que “ *Es documento todo soporte material o desmaterializado susceptible de ser incorporado al proceso, que represente o de cuenta de un hecho, idea o acto jurídico, sea por medio de la escritura, la imagen o el sonido, tales como los instrumentos escritos, los documentos electrónicos, las fotocopias, planos, cuadros, dibujos, fotografías, grabaciones de voz, del sonido o de la imagen, cintas cinematográficas o videográficas u otras formas de representación generalmente aceptadas*”. Como se puede apreciar, es un concepto amplio de documento.¹⁹⁹

Indica que los instrumentos, son documentos que se caracterizan por su escrituración y distingue entre instrumentos públicos y privados, entendiéndose por los primeros, los autorizados con las solemnidades legales por el competente funcionario y en general todos aquellos a los que la ley le atribuya ese carácter. Los segundos, se definen residualmente como “*los demás*”.²⁰⁰ Más adelante, en su artículo 300, indica que serán considerados como instrumentos públicos en juicio N° 7 “ *los instrumentos electrónicos suscritos mediante firma electrónica avanzada*”.

¹⁹⁷ Proyecto de Código Procesal Civil. Disponible en http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8596&prmBL=8197-07, fecha última consulta 9 de mayo de 2012.

¹⁹⁸ Idem.

¹⁹⁹ Artículo 296 Proyecto de Código Procesal Civil.

²⁰⁰ Artículo 298 del Proyecto de Código Procesal Civil.

En relación a la forma de acompañarlos en juicio, estos se acompañan o se ofrecen en la demanda o contestación, y en caso que el tribunal no cuente con los medios técnicos electrónicos necesarios para su adecuada percepción, se apercibirá a quien los presentó que de no concurrir con ellos a la audiencia preliminar²⁰¹ se tendrán por no presentados.²⁰²

Su percepción se realizará en la audiencia de juicio, según se desprende de lo establecido en el artículo 348 inciso 2²⁰³, *“Las grabaciones, los elementos de prueba audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe, se reproducirán en la audiencia por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes”*.

Se contempla la posibilidad de impugnación, en el caso de los instrumentos públicos sus causales serán falsedad material, falta de integridad y nulidad por omisión de los requisitos o solemnidades establecidas por la ley para su otorgamiento. En el caso de los instrumentos privados sus causales de impugnación son la falsedad material y la falta de integridad.²⁰⁴

En cuanto a su valor probatorio, el artículo 306 distingue, los instrumentos públicos harán plena fe en cuanto a la fecha y hecho de haberse otorgado, y en cuanto a la verdad de sus declaraciones, sólo harán plena fe en contra de los declarantes, si hay contradicción entre instrumentos públicos, se aprecian comparativamente conforme a la sana crítica.

²⁰¹ El nuevo procedimiento tiene cuatro partes, los actos de postulación escritos, una audiencia preliminar, audiencia de juicio y sentencia.

²⁰² Artículo 297 del Proyecto de Código Procesal Civil.

²⁰³ Artículo 348 del Proyecto de Código Procesal Civil, denominado Rendición de los demás medios de prueba.

²⁰⁴ Artículo 299 del Proyecto de Código Procesal Civil.

El documento privado reconocido, en virtud de lo señalado en el artículo 302, tendrá el mismo valor probatorio que los instrumentos públicos, pero si no se ha logrado su reconocimiento su valor se aprecia conforme a las reglas de la sana crítica²⁰⁵.

De lo anterior surgen la interrogante de qué va a ocurrir con las normas relativas a la prueba contenidas en los Artículos 1689 y siguientes del Código Civil y con los Artículos 3, 4, y 5 de la Ley 19.799, ¿mantendrán su vigencia o serán derogados expresa u orgánicamente?

El proyecto si bien, hace referencia a ello, no lo resuelve de manera clara sólo indica que se apreciará la prueba conforme a las normas de la sana crítica, “*salvo texto legal que expresamente contemple un regla de apreciación diversa*”²⁰⁶, para luego agregar que los actos y contratos solemnes sólo pueden acreditarse por éste medio, sin admitir prueba en contrario, aunque luego abre nuevamente una ventana en el inciso final del Artículo 266, con la expresión “*a menos que se hubiere rendido prueba que permita establecer un hecho distinto al colegido*”.

²⁰⁵ Según el artículo, la regla general de valoración de la prueba es de acuerdo a las reglas de la sana crítica, debiendo estarse a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, salvo que la ley otorgue un valor de prueba determinado, como es el caso de los instrumentos públicos y los privados reconocidos.

²⁰⁶ Artículo 266 del Proyecto

CAPITULO III

IMPORTANCIA DEL VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS ELECTRONICOS SUSCRITOS CON FIRMA ELECTRONICA SIMPLE PARA EL DESARROLLO DE LA CONTRATACION POR MEDIOS ELECTRONICOS.

1. Seguridad Jurídica.

En un sentido general, la seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y derechos no serán objeto de ataques violentos o que si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación.²⁰⁷

Radbruch, indica que hay tres maneras de concebir la seguridad, una de ellas, a la que haremos referencia, entiende ésta como “*la certidumbre del derecho que exige la perceptibilidad cierta de la norma de derecho, la prueba cierta de los hechos de que depende su aplicación, y la ejecución cierta de lo que ha sido reconocido como derecho*”.²⁰⁸

Para Agustín Squella la “seguridad es una palabra vinculada a ideas de “orientación”, “orden”, “previsibilidad” y “protección””, del mismo modo, la seguridad jurídica como uno de los fines del derecho, se vincula con esas mismas palabras, pero allí surge la interrogante de cómo el derecho disminuiría la inseguridad.²⁰⁹

²⁰⁷ DELOS, J.T.: Los Fines del Derecho: Bien Común, Seguridad, Justicia en *Los fines del Derecho. Bien Común Justicia Seguridad*. Unam. México. D.F. 1967. Pág. 49.

²⁰⁸ RADBRUCH, Gustav: El Fin del Derecho en *Los fines del Derecho. Bien Común Justicia Seguridad*. Unam. México. D.F. 1967 Pág.64.

²⁰⁹ SQUELLA, Agustín: *Introducción al Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.2011. Pág. 713

“El derecho como sistema normativo sólo puede ser un instrumento gracias al cual la seguridad concretamente existe, sin que éste sea, en cuanto tal seguridad”²¹⁰, siendo condición necesaria de ésta pero también condición suficiente de la misma.²¹¹

El derecho provee a la seguridad jurídica en cuatro sentidos. En cuanto orientación, pues el derecho influye en el modo que las personas se conducen; en cuanto orden, al regular coactivamente las conductas, indicando bajo qué condiciones se producen, aplican e interpretan sus normas, junto con ordenar las relaciones entre las personas; como previsibilidad, pues los sujetos saben a qué atenerse, conocen lo que el derecho demanda de ellos y las consecuencias de sus actos y como protección, pues el ordenamiento jurídico reconoce y protege un conjunto de derechos.²¹²

Para Millas, la seguridad jurídica es el único valor jurídico que podemos reconocer y la define como “la situación peculiar del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales cuando estas relaciones se hallan previstas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado.”²¹³ En otras palabras, la seguridad jurídica básicamente, consiste en que una persona que vive en una determinada comunidad jurídica, conoce o puede llegar a conocer qué está mandado, prohibido o permitido y cuáles son las consecuencias para esa persona y para las otras que no ajusten su comportamiento al ordenamiento jurídico.²¹⁴

²¹⁰ MILLAS, Jorge: *Filosofía del Derecho*. Editorial Universitaria. Santiago. 2012. Pág. 179.

²¹¹ SQUELLA Agustín: ob. cit. Pág. 718 (explicando a Millas).

²¹² *Ibidem*. Pág. 714.

²¹³ MILLAS, Jorge: ob. cit. Pág. 178.

²¹⁴ SQUELLA Agustín: ob. cit. Pág. 715

Como valor es un valor de situación²¹⁵ : la situación del individuo como sujeto de relaciones sociales sabe o debe saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, con fundadas expectativas que se cumplan, y queda determinado por las siguientes condiciones:

- a) *Que existan normas reguladoras de las relaciones sociales;*
- b) *Que estas normas preexistan a toda posible decisión concreta de conducta;*
- c) *Que estas normas sean impersonales, esto es, función de necesidades y fines comunes de convivencia social;*
- d) *Que estas normas sean objetivas, es decir, que su sentido pueda ser racionalmente determinado;*
- e) *Que estas normas puedan ser reconocidas por el súbdito que les dé acatamiento;*
- f) *Que estas normas tengan autoridad, vale decir, que tengan la garantía del poder público, garantía virtual del cumplimiento futuro, y garantía real de actual y efectivo cumplimiento”.*²¹⁶

Este mismo sentido, Agustín Squella agrega o aclara las condiciones ya mencionadas, expresando, que las normas que regulan las relaciones sociales deben establecer las consecuencias jurídicas de su observancia e inobservancia; la impersonalidad de la norma, esto es, que su contenido regule a todos los sujetos, sin posibilidad de discriminación y privilegios; y finalmente, la publicidad de las normas, relacionado con el oportuno e íntegro conocimiento por parte de las personas.²¹⁷

²¹⁵ Consisten en situaciones psicológicas concretas de entes conscientes como el placer y sus derivados, felicidad, amor, esperanza. MILLAS, Jorge: ob. cit. Pág. 179

²¹⁶ MILLAS, Jorge: ob. cit. Pág.179

²¹⁷ SQUELLA Agustín: ob. cit.2011 Pág. 717.

Desde este punto de vista se configuran dos componentes vivenciales, uno de ellos el saber o certeza y el otro la expectativa o confianza. El primero se refiere a la existencia de las normas jurídicas y el segundo a la fundada expectativa de una continua y prolongada vigencia del ordenamiento jurídico.²¹⁸

La seguridad jurídica la podemos ver graficada en nuestra Constitución en el Artículo 19 N° 26²¹⁹ que otorga a todas las personas *“la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que los limiten en los casos en que lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”*.²²⁰

2. Seguridad Jurídica en la contratación por medios electrónicos.

La tecnología de la información puede llegar a asegurar técnicamente la transmisión de datos, o sea garantizar la seguridad de la información y la fiabilidad de la red, pero ello no basta, es necesario establecer las bases para garantizar la seguridad jurídica.²²¹

La ley 19.799, incentivó el uso de nuevas tecnologías, regulando algunos aspectos que permiten dar seguridad a la contratación por medios electrónicos y al comercio electrónico. Cabe señalar, que estas funciones no son ajenas al derecho privado, ya que desde la perspectiva de la prueba de las obligaciones, el tema básico es la confiabilidad. Por eso una de las tareas del derecho civil desde sus inicios ha sido crear un régimen legal que otorgue seguridad de que los contratos se cumplirán.²²²

²¹⁸ MILLAS, Jorge: ob. cit. Pág. 180

²¹⁹ VER artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República de Chile.

²²⁰ AGUILAR, Octavio: ob. cit. Pág. 23

²²¹ *Ibidem*. Pág. 21

²²² GONZALEZ, Francisco: ob. cit. S/P.

La innovación tanto tecnológica como jurídica produce efectos en la seguridad jurídica, entendida como la certidumbre que debe dar el ordenamiento legal a los integrantes de la comunidad jurídica que sus derechos están protegidos de interpretaciones arbitrarias y que podrán ejercerlos en un marco confiable de libertad e igualdad.²²³

Salazar²²⁴, indica que para que las personas realicen transacciones a través de medios electrónicos, principalmente a través de Internet, es fundamental la seguridad de esa transferencia de datos. En igual sentido, Ramos²²⁵ opina que uno de los problemas que se plantean a la hora de acometer una solución de comercio electrónico es la seguridad, en que la prueba de las transacciones electrónicas está relacionada con lo anterior. Para Viloría²²⁶ una de las razones de esta inseguridad es la inexistencia de soportes físicos que sirvan para comprobar la existencia de una obligación, su incumplimiento o extinción.

Para Correa²²⁷, precisamente, el objeto de la ley es, entre otros, brindar mecanismos que den seguridad suficiente en cuanto a la integridad del documento, la identificación del mismo en relación a quien lo origina asegurando, así como su no repudiación por parte del autor. Esta necesidad también estuvo presente en el Primer Informe de la Comisión de Ciencias y Tecnología de la Cámara de Diputados, en el que a través del ejemplo de envío de un mail, se ejemplificó, que se puede identificar formalmente a la persona que lo envió, incluso el computador desde el cual se envió, pero no se puede estar seguro efectivamente, quien lo envió.

²²³ AGUILAR, Octavio: ob. cit. Pág. 22.

²²⁴ SALAZAR, Misael: "Seguridad Digital". En: *Revista De Derecho Público* N° 63 Tomo II Año 2002, Universidad De Chile.

²²⁵ RAMOS, Fernando: "Problemas Jurídicos del Comercio Electrónico". En: *Revista de Derecho informático* N°2. 1998.

²²⁶ VILORIA, Mónica: "Las pruebas en el comercio electrónico". En: *Revista de Derecho informático* N°29. 2000.

²²⁷ CORREA, Felipe: ob. cit. S/P

Se esperaba que ésta ley otorgara la posibilidad de utilizar mecanismos tecnológicos que otorguen seguridad y certeza técnica y jurídica al envío y recepción de mensajes y/o documentos electrónicos, y de este modo facilitara el desarrollo y crecimiento del comercio y pagos electrónicos.²²⁸

Cabe destacar que las necesidades del tráfico comercial, obligan a la ley a mantener un equilibrio entre la seguridad demandada por quienes participan en el régimen de contratación y la maximización de la eficiencia en el uso de nuevas tecnologías de comunicación,²²⁹ pues no son pocos los documentos electrónicos que se utilizan habitualmente, como por ejemplo, boletas y facturas electrónicas.

Sin duda uno de los mayores inconvenientes es la falta de seguridad de las transacciones electrónicas.²³⁰

Para Ribas²³¹ la legislación debe recoger dos principios doctrinarios importantes a través de presunciones legales que puedan otorgar seguridad jurídica al negocio realizado, estos son la integridad, y la autenticidad. El primero dice relación con la presunción que los datos no han sido alterados; y, la segunda, con que la firma electrónica puesta en el documento pertenece a determinada persona, evitando así su repudio en forma posterior.

El artículo 7²³² de la Ley Modelo de la CNUMDI sobre Comercio Electrónico, indica que para dar por satisfecho el requisito de la firma en un mensaje de datos, basta con determinar si se utilizó un método para identificar a la persona que firmó y si ésta aprueba la información contenida en dicho mensaje, pero al mismo tiempo si ese método es fiable. Define las condiciones generales que autenticarían un mensaje, que otorgan la suficiente

²²⁸ JIJENA, Renato: ob. cit. Pág. 249.

²²⁹ GONZALEZ, Francisco: ob. cit. S/P.

²³⁰ PINICHET, Francisco: ob. cit. Pág. 374.

²³¹ RIBAS, Javier: ob. cit. S/P.

²³² VER Artículo 7 de la Ley Modelo CNUMDI sobre Comercio Electrónico.

credibilidad, estas son: la identificación del autor y la confirmación de que éste aprueba el contenido del documento.²³³

Para determinar si el método seleccionado es el apropiado pueden tenerse en cuenta los siguientes factores jurídicos técnicos y comerciales:

- a) La perfección técnica del equipo utilizado por cada parte;
- b) La naturaleza de su actividad comercial;
- c) La frecuencia de sus relaciones comerciales;
- d) El tipo y magnitud de la operación;
- e) La función de los requisitos de la firma con arreglo a la norma aplicable,
- f) La capacidad de los sistemas de comunicación;
- g) La observancia de los procedimientos de autenticación que ofrecen los intermediarios;
- h) La observancia de los usos y prácticas comerciales;
- i) La existencia de mecanismos de aseguramiento de mensajes no autorizados;
- j) La importancia y el valor de la información contenida en el mensaje de datos;
- k) La disponibilidad de otros métodos de identificación y costos de su aplicación;
- l) El grado de aceptación del método de identificación en la esfera pertinente tanto cuando se acordó el método, como cuando se envió el mensaje²³⁴.

Puede considerarse, que el Artículo 7 establece una norma mínima de autenticación para los mensajes datos intercambiados en ausencia de una relación contractual previa.²³⁵

A su turno el artículo 8²³⁶ de la misma ley se ocupa de la integridad del mensaje en cuanto a su no alteración, en relación a la homologación de los documentos originales con

²³³ Guía para la incorporación de la Ley Modelo CNUDMI de Comercio Electrónico, ya citada. Pág. 40

²³⁴ Guía para la incorporación de la Ley Modelo CNUDMI de Comercio Electrónico ya citada. Pág. 41

²³⁵ Ídem.

soporte de papel, quedando satisfecho si existe alguna garantía fidedigna que se ha conservado la integridad de la información y de ser necesario que ésta pueda ser presentada.

Cabe destacar que tanto el artículo 7 y 8 a los que hacemos referencia contextualiza la fidelidad estableciendo un criterio flexible²³⁷ que la relaciona con los fines para los cuales se generó o comunicó el mensaje de datos²³⁸ o que se generó la información y todas las circunstancias del caso.²³⁹

El artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUMDI sobre las Firmas Electrónicas, en su párrafo primero, indica que el requisito de la firma queda cumplido con la firma electrónica, estableciendo que debe ser fiable, y luego en su párrafo tercero, indica cuando se considera fiable:

- a) *los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante;*
- b) *los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante;*
- c) *es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y*
- d) *cuando uno de los objetivos del requisito legal de la firma consista en dar seguridades en cuanto a la integridad de la información a que corresponde, es posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma.*²⁴⁰

²³⁶ VER Artículo 8 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico.

²³⁷ Guía para la incorporación de la Ley Modelo CNUMDI de Comercio Electrónico ya citada. Pág. 41

²³⁸ VER artículo 7 párrafo 1 letra b) de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico.

²³⁹ VER artículo 8 párrafo 3 letra b) de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico.

²⁴⁰ VER Artículo 6 párrafo 3 de la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas.

Una de las características principales de la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas es aumentar la seguridad de funcionamiento de la firma electrónica como equivalente funcional de la firma manuscrita.²⁴¹

A su turno el artículo 7²⁴² de esta Ley establece que la persona, el órgano o la entidad del sector público o privado, a que el Estado le otorgan competencia podrá determinar si las firmas electrónicas cumplen con los requisitos de fiabilidad establecidos en el Artículo 6 de la Ley Modelo sobre Firmas electrónicas a que hemos hecho referencia.

Estas normas partiendo de los criterios flexibles del artículo 7 de la ley modelo sobre Comercio Electrónico, establecen un mecanismo mediante el cual las firma electrónicas que reúnan criterios de objetividad y fiabilidad técnica puedan beneficiarse de una pronta determinación de su eficacia jurídica. Para ello establece 2 métodos distintos, uno de ellos definido como “cualquier método” que pueda emplearse para cumplir el requisito jurídico de una firma manuscrita, dependiendo de la demostración de fiabilidad, con respecto a alguien que constate los hechos. El segundo método consiste en el reconocimiento del método de la firma por una entidad pública o privada acreditada que aporta seguridad a los usuarios.²⁴³

Dado lo anterior es necesario determinar si nuestra realidad procesal, permite dotar al sistema de la seguridad y certeza, para generar confianza en los operadores jurídicos.²⁴⁴

²⁴¹ Guía para la incorporación de la Ley Modelo CNUDMI para Firmas Electrónicas al Derecho Interno, ya citada. Pág. 39.

²⁴² VER Artículo 7 párrafo 1 de la Ley Modelo CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas

²⁴³ Guía para la incorporación de la Ley Modelo CNUDMI sobre Firma Electrónica ya citada. Pág. 41

²⁴⁴ CANELO, Carola; ARRIETA, Raúl; MOYA, Rodrigo y ROMO, Rodrigo: ob. cit. S/P.

3. Seguridad Jurídica de la firma electrónica simple.

Felipe Correa, al igual que otros autores, distingue la seguridad lógica relacionada con la integridad o no modificación del documento firmado y la seguridad jurídica de autoría relacionada con la posesión del dispositivo y la no repudiación por parte del autor. Estima que la firma electrónica propiamente tal o no avanzada, puede o no cumplir con los parámetros de seguridad que se exigen para la firma avanzada, podría tener mecanismos tecnológicos más avanzados, pero por no ser certificada por un prestador de servicios acreditado, no puede asegurar que no sea repudiada por su autor, por ende no brinda seguridad jurídica.²⁴⁵

Junto con las medidas de seguridad técnicas de resguardo de la integridad del documento, jurídicamente se resguarda a través de entidades que certifican y validan previamente la identidad ligada a la llave pública de emisores y receptores, que envían y reciben mensajes firmados, de quienes registran y archivan sus antecedentes personales y nominativos.²⁴⁶

Se dice que la firma electrónica es segura, en su variante de firma digital, pues por ahora es el único mecanismo que cumple con las características esenciales de la firma ológrafa, esto es identificar inequívocamente al autor y verificar que no se ha adulterado el mensaje.²⁴⁷

La seguridad de autoría de la posesión del dispositivo por parte del titular y de la no repudiación se otorga con darle el valor de plena prueba a los documentos suscritos con firma electrónica avanzada, y para otorgar mayor garantía el servicio de certificación debe estar garantizado.²⁴⁸

²⁴⁵ CORREA, Felipe: ob. cit. S/P.

²⁴⁶ JIJENA, Renato: ob. cit. Pág. 139

²⁴⁷ *Ibidem*. Pág. 137

²⁴⁸ PINOCHET, Francisco: ob. cit. Pág. 456

Para Jijena²⁴⁹ es una falacia el insistir en que la regulación legal sobre el uso de firmas y certificados digitales sea un elemento gatillador del desarrollo del e-commerce, para éste la mayor penetración está en los “sitios seguros” que acreditan la identidad de un espacio en la red Internet asociado a una dirección IP, que no se encuentra regulado por la ley 19.799.

Es necesario señalar que al no poder garantizar la firma electrónica simple su autoría de manera indubitable y dado que su valor probatorio es menor que el de la firma electrónica avanzada, pierde terreno desde el punto de vista de la seguridad jurídica, pues aunque técnicamente en el futuro pueda ser más segura que la avanzada, no puede asegurar su no repudio por parte del supuesto autor, lo que podría desincentivar su uso. Pero, para el mencionado autor, en el ámbito del comercio internacional, campea la institución del arbitraje, y los árbitros arbitradores pueden valorar sin restricciones todo tipo de medio de prueba.²⁵⁰ Por ello es que ésta discusión no tendría mayor trascendencia.

Desde el punto de vista del valor probatorio de la firma electrónica simple, analizando los requisitos o indicadores tanto de la seguridad jurídica en sentido general, como aquella aplicada a la contratación por medios electrónicos, ya no en relación a la firma avanzada, pero sí en cuanto a los documentos con soporte de papel, podemos indicar que se encuentran en una situación de privilegio en relación a ellos. Lo anterior, pues según indica Oberg, ya que el resultado de la pericia, ha que da lugar la objeción formulada en la audiencia de percepción documental establecida en el artículo 348 bis del Código de Procedimiento Civil, es vinculante para el juez, con ella es suficiente para tener dicho documento electrónico por reconocido u objetado²⁵¹.

En consecuencia se otorga certeza a las partes, confluyendo la seguridad técnica aportada por el perito y seguridad jurídica que dicha opinión técnica prevalecerá.

²⁴⁹ JIJENA, Renato: ob. cit. Pág. 246.

²⁵⁰ JIJENA, Renato : ob. cit. Pág. 155

²⁵¹ OBERG, Héctor. Ob. cit. Pág. 39.

CONCLUSIONES

1. El uso de nuevas tecnologías ha sido recogido por el derecho tanto nacional como comparado, regulando los alcances de la contratación por medios electrónicos, así como el soporte de la misma mediante documentos electrónicos. En relación a estos últimos se ha regulado la forma de suscripción y su valor probatorio.

2. Una fuente importante de inspiración para esta regulación junto con las iniciativas de cada país, la ha constituido las dos Leyes modelos dictadas por UNCITRAL sobre contratación electrónica y sobre firma electrónica, que han contribuido sobre todo en el ámbito de los principios que inspiran la contratación por medios electrónicos, como también en torno a establecer un marco regulatorio adaptable al derecho interno de cada Estado.

3. En Chile, la regulación de esta materia la encontramos en la Ley 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, la que si bien no fue el primer intento de regulación, si es el más sistemático y general.

4. A nuestro juicio, los pilares fundamentales de dicha ley, lo constituyen el reconocimiento del principio de neutralidad tecnológica y la equivalencia de soportes. Toda vez que el primero deja abierta la puerta al uso de nuevas tecnologías y el segundo incentiva la contratación por ésta vía, pues la reconoce como una alternativa que produce los mismos efectos que el modo tradicional, aunque con las excepciones propias de nuestro sistema jurídico.

5. En la ley 19.799 se establece una clara distinción entre la firma electrónica simple y la firma electrónica avanzada, otorgando una mayor regulación a la última y dotándola de mayor eficacia jurídica. Lo antes mencionado se puede deber a que esta goza de mayores elementos de seguridad que permiten verificar la identidad del titular de la firma, resguardar la no alteración del contenido del documento y evitar la repudiación por

parte del firmante o simplemente el apoyo al desarrollo del negocio de las empresa certificadoras, transformándolas incluso en fuentes de Fe pública.

6. En el mismo sentido, la ley le confiere un mayor valor probatorio a los documentos suscritos con firma electrónica avanzada, permitiendo que algunos documentos públicos se suscriban de dicho modo y, por consiguiente, al ser instrumentos públicos tienen el mismo valor probatorio que los de igual naturaleza en soporte de papel. Hasta allí, ninguna diferencia.

7. Los problemas de carácter jurídico comienzan a plantearse en relación a los instrumentos privados suscritos con firma electrónica avanzada, pues el artículo 5 de ley antes mencionada indica que podrán alcanzar el valor de plena prueba, alterando así el régimen probatorio tradicional en cuanto existirían documentos electrónicos privados no reconocidos por quien corresponda según las reglas generales, que tendrán más valor que los de soporte de papel, aunque no todos están de acuerdo en éste planteamiento. Creemos que esta distinción se puede deber a las ventajas de la firma electrónica avanzada desde el punto de vista de la seguridad a que ya hemos hecho referencia.

8. Los documentos suscritos con firma electrónica simple, tienen una regulación diversa, pues a nuestro juicio con la sola dictación de la Ley 19.799 debían ser reconocidos bajo las reglas generales, aunque existían dudas en cuanto a cómo acompañarlos al juicio.

9. Con la modificación introducida al Código de Procedimiento Civil, por la Ley 20.217 se solucionó el problema de cómo acompañarlos, pero se mantuvo a nuestro juicio el cuestionamiento respecto de su valor probatorio, junto con generar otra serie de inconvenientes prácticos. Si el documento no es objetado se tendrá por reconocido, si es objetado da paso a la prueba complementaria de autenticidad, quedando en mano de uno o más peritos, dependiendo de la postura doctrinaria que se asuma, determinar su autenticidad, siendo vinculante para el juez, aunque en este punto también hay divergencia, pues hay quienes estiman que no lo es. Con todo, para nosotros resulta más acertada la primera postura, dado el tenor literal de la norma que dispone que *“el resultado de la prueba complementaria de autenticidad será suficiente para tener por reconocido o por objetado el instrumento, según corresponda.”* En consecuencia, el valor probatorio de

dichos documentos se aparta de las disposiciones aplicables a los de soporte de papel que siguen requiriendo el reconocimiento de los mismos.

10. Dado lo anterior en relación a los documentos privados, tanto los suscritos con firma electrónica avanzada como los suscritos sin ella, alteran el régimen probatorio y más que una equivalencia de soportes se nota un privilegio de éstos en relación a los soportados en papel.

11. El nuevo Código Procesal Civil que reemplazaría a nuestro Código de Procedimiento Civil, en caso de aprobarse dicho proyecto, solucionaría varios problemas prácticos en cuanto a su incorporación, pues tiene el mismo régimen que los otros medios de prueba y desde luego el asunto relativo a su valor probatorio pues lo deja en manos de la sana crítica. Sin embargo, nos surge una interrogante ¿qué ocurrirá con las normas relativas a la prueba contenidas en el Código Civil y en la Ley 19.799?

12. Aún no hemos respondido la interrogante si estos documentos y su regulación garantizan la seguridad jurídica. A nuestro juicio, respecto de aquellos suscritos con firma electrónica avanzada no cabe duda, que sí. En relación a los suscritos con firma electrónica simple, pareciera que también, pues si el resultado de la prueba de autenticidad determina que lo son bastaría para otorgarles valor probatorio, en relación a las reglas generales, otorgando seguridad que la obligación contraída será cumplida, aunque sea forzosamente.

13. Probablemente, como indican algunos autores, este no sea un problema tan actual, pues la mayoría de las relaciones jurídicas que utilizan de sustento este tipo de documentación para contratar, someten la solución de sus conflictos a la justicia arbitral, que tiene más amplitud de prueba y de valoración de la misma. Pero, con el tiempo se irá masificando esta forma de contratación, ya no sólo en el ámbito comercial, ni de derecho de consumo, sino en relaciones civiles, por lo que una buena regulación jurídica dará mayor seguridad y fortalecerá este tipo de contratos, junto con el hecho que no podemos olvidar que la ley es de carácter general, por lo que debe regular la generalidad de relaciones jurídicas.

BIBLIOGRAFIA

AGUILAR Maggi, Octavio: “La Seguridad Jurídica y la documentación electrónica”.
En: *Revista de Derecho Universidad Central*, número 6, 2004.

CANELO Figueroa, Carola: “La eficacia probatoria y la ley de firma electrónica”.
En: *Revista de Derecho Informático*, N°2, disponible en www.derechoinformatico.uchile.cl, fecha última consulta 03 de Mayo de 2012.

CANELO, Carola; ARRIETA, Raúl; MOYA, Rodrigo y ROMO, Rodrigo: “El documento electrónico. Aspectos Procesales”. En: *Revista Chilena de Derecho Informático*, N°4, disponible en www.derechoinformatico.uchile.cl, fecha última consulta 03 de Mayo de 2012.

CASARINO, Mario: *Manual de Derecho Procesal (Derecho Procesal Civil)*. Tomo IV. Sexta Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2007.

CLUNES Muñoz, Alejandro: La noción de documento electrónico y el artículo 348 bis del CPC. *Centro de Estudios IUSNOVUM*, disponible en www.iusnovum.com, fecha última consulta 03 de Mayo de 2012.

CONTRERAS Strauch, Osvaldo: *Instituciones de Derecho Comercial. Notas y materiales para un curso*. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2005.

CORREA González, Felipe Introducción a la Ley 19.799 de Firma Electrónica y servicios de Certificación, En: *Revista de Derecho informático N° 69*, disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consulta 20 de Marzo de 2010.

DELOS, J.T.: Los Fines del Derecho: Bien Común, Seguridad, Justicia en *Los fines del Derecho. Bien Común Justicia Seguridad*. Unam. México. D.F. 1967. Pág. 49.

JIJENA Leiva, Renato: *Comercio Electrónico, Firma Digital y Derecho. Análisis de la Ley N° 19.799*. Editorial Jurídica. Santiago, 2002.

GAETE González, Eugenio: *Instrumento público electrónico*. Editorial Bosch. Barcelona, 2009.

GONZÁLEZ Hoch, Francisco: La prueba de las obligaciones y la firma electrónica. En: *Revista Chilena de Derecho Informático N°2*, disponible en www.derechoinformatico.uchile.cl, fecha última consulta 03 de Mayo de 2012.

GONZÁLEZ Ogaz, Cristóbal: La firma y el documento electrónico en relación al valor probatorio. En: *Revista de Derecho informático N°43*, disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consulta 20 de Marzo de 2010.

GUTIÉRREZ, María Clara: Desarrollos en la Regulación del Comercio Electrónico en los países de la Región Andina. En: *Revista de Derecho informático N° 121*, disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consulta 10 de Marzo de 2010.

MADALENA Solimano, Santiago: Las nuevas tecnologías aplicadas al proceso jurisdiccional y en particular la prueba digital en el derecho uruguayo vigente. En: *Revista de Derecho informático N°102*, disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consulta 20 de Marzo de 2010.

MÁRQUEZ, José Antonio: Las preguntas más comunes sobre contratación electrónica. En: *Revista de Derecho informático N° 127*, disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consulta 15 de Marzo de 2010.

MÁRQUEZ Lobillo, Patricia: Reflexiones conceptuales acerca de los términos comercio electrónico, contratación electrónica, contrato electrónico y contratación informática. En: *Revista de Derecho informático N° 69*, disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consultada 24 de Marzo de 2010.

MILLAS, Jorge: *Filosofía del Derecho*. Editorial Universitaria. Santiago, 2012.

OBERG Yañez, Héctor: Un desastre procesal: (documento electrónico Arts. 342 No 6 -348 bis C.P.C.), En: *Revista de Derecho Universidad de Concepción* N° 221-222, 2008.

PEURIOT Canterini, Luis: *Apuntes de clases de Magister en Derecho*, Mención en Derecho Privado, versión 2008-2009. Módulo Derecho del Comercio Electrónico.

PEURIOT Canterini, Luis: Conocimientos de embarque electrónicos con especial referencia a Bolero. En *Estudios de Derecho Marítimo*, Editorial Librotecnia., Santiago. 2011.

PINOCHET Cantwell, Francisco: *El Derecho de Internet*, Editorial de Derecho de Chile., Santiago, 2005.

RADBRUCH, Gustav: El Fin del Derecho. En *Los fines del Derecho. Bien Común Justicia Seguridad*. Unam. México. D.F. 1967.

RAMOS Suarez, Fernando: Problemas Jurídicos del Comercio Electrónico. En: *Revista de Derecho informático* N°2, disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consulta 15 de Marzo de 2010.

REYES Knafft, Alfredo: *La firma electrónica*, disponible en <http://www.razonypalabra.org.mx/libros/libros/firma.pdf>, fecha última consulta 03 de Mayo de 2012.

RIBAS, Javier: Propuesta de Directiva sobre firmas electrónicas. En: *Revista de Derecho informático* N°2, disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consulta 20 de Marzo de 2010.

RIOFRIO Martinez-Villalba Juan: *Eficacia natural probatoria de los documentos electrónicos no firmados*. En: *Revista de Derecho informático* N°74, disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consulta 20 de Marzo de 2010.

RUIZ Astete, Fernando: Principio de la equivalencia funcional y no discriminación aplicada a la prueba con documentos electrónicos. En: *Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción*. Facultad de Derecho. N° 19.

SALAZAR, Misael: Seguridad Digital. En: *Revista De Derecho Público N° 63 Tomo II Año 2002*, Universidad De Chile. Disponible en www.microjuris.cl, fecha última consulta 03 de Mayo de 2012.

SALGUEIRO Arujo, José Oviedo: Documento Electrónico Original. En: *Revista de Derecho informático N°100*, disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consulta 20 de Marzo de 2010.

SANDOVAL López Ricardo: Comentario sobre el proyecto de ley relativo al documento y firma electrónica. En: *Revista de Derecho informático N°24*, disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consulta 15 de Marzo de 2010.

SQUELLA Narducci, Agustín: *Introducción al Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2011. .

TORRES-GONZALEZ, Julio: Firmas Digitales y autenticación de evidencia Electrónica. En: *Revista de Derecho informático N° 113*, disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consulta 20 de Marzo de 2010.

VILORIA Mónica: Las pruebas en el comercio electrónico. En: *Revista de Derecho informático N°29*, disponible en www.alfa-redi.org, fecha última consulta 15 de Marzo de 2010.

WAHL Silva, Jorge. *Aspectos en la formación del consentimiento en los contratos electrónicos. Derecho chileno y tendencia en el derecho comparado*. Derecho de los contratos. Cuadernos de extensión Jurídica. Universidad de los Andes, Santiago. 2002.



00160580

MAG CB 00160580
R666a RU 90626

2012
AUTOR Robles Carrasco, Inés Eugenia
TÍTULO Alcances en el desarrollo con-
tractual de la firma electrónica ...

NOMBRE DEL LECTOR	Fecha devol.

Robles Carrasco, Inés Eugenia
Alcances en el desarrollo contractual
de la firma electrónica simple, a la luz
del valor probatorio asignado a los docu-
mentos electrónicos firmados con ella

CB 00160580