

EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN EL DERECHO CIVIL CHILENO. ANÁLISIS DE LA LEY 19.799

Fernando J. Fernández Acevedo(*)

RESUMEN

El presente trabajo elabora un análisis del tratamiento jurídico del Documento Electrónico en la Ley 19.799 “sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma” (D.O. 12.04.2002). En este contexto, determinaremos la naturaleza y características del Documento Electrónico. Luego, se analiza a profundidad los efectos jurídicos asignados por la ley en comento, determinando de esta manera su real ámbito de aplicación. Asimismo, se sugieren propuestas de orden práctico para su presentación como medio probatorio.

Derecho civil. Derecho procesal. Derecho y nuevas tecnologías. Teoría de la prueba. Teoría documental.

ABSTRACT

This article analyzes the legal treatment of electronic documents in the Digital Signature Act, N° 19.799. The nature and characteristics of the electronic document are defined, and the effects of the Act and its practical fields of

(*) Miembro del Programa de Derecho y Tecnologías de la Información, Universidad Diego Portales. Quiero dedicar estas páginas a la memoria de doña Mercedes Rivera Márquez y de don Fernando A. Fernández del Campo.

Artículo recibido el 28 julio de 2004. Aceptado por el Comité Editorial el 3 noviembre de 2004

Correo electrónico: ffernandez@dtufueyo.cl

application examined. Additionally, we suggest some practical questions involved in the presentation of electronic documents as evidence.

Civil Law. Procedural Law. Law and new technologies. Theory of evidence. Theory of documents.

Abreviaciones:

D.E.: Documento Electrónico.

F.E.: Firma Electrónica.

F.E.A.: Firma Electrónica Avanzada.

P.S.C.: Prestador de Servicios de Certificación.

INTRODUCCIÓN

La celebración de todos los actos sobre plataformas electrónicas se funda en un concepto que, por lo general, tenemos por supuesto. Se trata del concepto de Documento Electrónico (en adelante D.E.). Él es un concepto de importancia fundamental, dado que se trata del presupuesto básico tanto de la existencia del “Comercio Electrónico” como asimismo del denominado “Gobierno Electrónico”. Todos ellos han sido objeto de estudio por parte de la doctrina como asimismo, objeto de regulación jurídica. De ahí que a fin de comprender, estudiar y sistematizar estas materias de creciente impacto en el cotidiano vivir de las personas, se hace necesario que comprendamos la noción de D.E.

Sin embargo, no nos podemos quedar en el plano netamente teórico de lo que es el D.E. Es menester que profundicemos la importancia práctica que, en la actualidad, tiene en el mundo jurídico como también analizar los efectos jurídicos específicos, los cuales, permiten transformar al D.E. en una plataforma jurídicamente segura que genere la confianza necesaria requerida en la celebración de todo negocio jurídico. De ahí que ha surgido la regulación del D.E.

En efecto, nuestro Ordenamiento Jurídico, se ha encargado de regular primero por vía reglamentaria y luego por la vía legal a los D.E. El hito más importante en torno a la asignación de efectos jurídicos generales a los D.E. ha sido la entrada en vigencia de la Ley 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma. De ahí que se hace necesario hacer un análisis del D.E. en conformidad a lo prescrito por la ley señalada, la cual, además de sugerirnos una definición de D.E., asigna una serie de importantes efectos jurídicos que tienen incidencia en todo nuestro Derecho, particularmente en nuestro Derecho Civil.

El presente trabajo se centrará al análisis del D.E. desde la perspectiva de la regulación dada en la Ley 19.799. La estructura del trabajo que se presenta en tres capítulos:

El primero, presentará una aproximación general al concepto doctrinario de Documento Electrónico con sus características y particularidades.

El segundo, hará un análisis crítico del concepto de documento electrónico establecido en la Ley 19.799. Para ello, este concepto será contrastado con la noción doctrinariamente compartida por la doctrina más reciente.

Por último, el tercer capítulo analizará los efectos jurídicos asignados a los D.E. en la Ley reseñada. Ello nos obligará previamente a profundizar una noción de firma electrónica (F.E.) y la noción de firma electrónica avanzada (F.E.A.) para luego tratar pormenorizadamente sus efectos, tanto desde la perspectiva estrictamente teórica, como también a la hora de sugerir cuestiones que son netamente prácticas como lo es la presentación en juicio de tal clase de documento.

1. EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO DESDE LA PERSPECTIVA TEÓRICA

Creemos que previo al tratamiento en particular del tema en estudio, es menester referirse al concepto de documento. Ello porque es el presupuesto básico a la hora de hablar de D.E., por tratarse precisamente de una especie de documento.

El vocablo “documento” es de aquellos términos que para el mundo del Derecho constituye una “palabra técnica” la cual “se tomará en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte...” (art. 21 de Código Civil). Desde la perspectiva del Derecho, no existe una noción unívoca de documento ya que suele definirse generalmente en dos sentidos: una de ellas asociada a la teoría del escrito (concepto restringido) y otra a la teoría de la representación (concepto amplio)¹.

En sentido restringido, el documento se identifica con aquellos documentos escritos que suele generalmente identificarse con el documento con soporte papel. Un buen ejemplo de ello es Díez-Picazo que lo define como “*todo recipiente en el cual se vierten manifestaciones o*

¹ No nos extenderemos demasiado en la materia que es objeto de este capítulo. Solamente enmarcaremos el plano conceptual (qué entendemos por documento y por documento electrónico) en que se desenvuelve nuestro análisis.

Existe una nutrida bibliografía con definiciones y argumentos que nos llevan a arribar a las definiciones que se sostienen en este trabajo.

Recomiendo especialmente a fin de ilustrarse sobre esta discusión las siguientes obras: Pinochet Olave, Ruperto, “El Documento Electrónico y la prueba literal”, en Revista *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 8, N° 2, 2002, p. 379; Ruiz, Fernando, “El Documento Electrónico frente al Derecho Civil y Financiero”, en *Alfa-Redi*, N° 16, noviembre de 1999, <http://www.alfa-redi.org/upload/revista/102501-0-41-ruiz1.doc>, p. 20 y subsiguientes; Fernández Acevedo, Fernando. *El Documento Electrónico en la Ley 19.799*. 2003. Santiago de Chile: trabajo de seminario de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

*declaraciones. Estrictamente entendidos, los documentos son escritos o escrituras*²” (el énfasis es mío).

Por su parte, el documento en sentido amplio, pone su énfasis en el hecho de que se trata de una cosa que representa un hecho o idea. En este sentido destacan Carnelutti: quien lo define como “*una cosa representativa, o sea, capaz de representar un hecho*”³.

La doctrina nacional más reciente se inclina por adoptar la acepción amplia del concepto de Documento. Tal es el caso de autores como Jijena⁴, Gaete y Etcheberry⁵.

Pinochet con gran lucidez, sostiene el confrontar ambos conceptos de documento es inoficiosa dado que pensar la existencia de una discusión de esa naturaleza “...*parte de una premisa falsa, en cuanto a que se considera que existe una noción unívoca y verdadera de documento...*” toda vez que no existe tal noción sino que “*coexisten diversas acepciones que evidencian diversos aspectos, manifestaciones o puntos de vista de la misma realidad*”⁶. A esto es preciso sumarle un matiz: la impresión de que si bien el concepto restringido de documento efectivamente existe (en su vertiente más conservadora, que lo relaciona además con el soporte papel), es una concepción que tiende a desaparecer. Esto se debe a los progresos tecnológicos que el siglo pasado ha traído, en particular la irrupción de nuevos medios representativos como lo son los documentos electrónicos. Un buen ejemplo de esto es la misma definición del documento electrónico que incorpora la acepción amplia de documento (art. 2º, letra d, Ley 19.799).

Para efectos de esta obra, adoptaré la noción de Carnelutti. Ello porque admite la incorporación de nuevas manifestaciones documentarias las cuales, en mi opinión, representan un paso evolutivo inevitable de la noción de documento.

En atención al concepto de documento al que hemos adscrito, debemos convenir, como resulta evidente, que a la hora de hablar de los documentos electrónicos es perfectamente factible sostener de que se trata de una forma documentaria. Esto se debe a que es capaz de dar cuenta de una cierta voluntad o cierto hecho de la misma manera que las expresiones documentales más tradicionales.

² Citado en Pinochet Olave, Ruperto, Op. Cit., p. 380.

³ Citado en Pinochet Olave, Ruperto, p. 379; en Gaete González, Eugenio, Op. Cit., p. 80; en Ruiz, Fernando, Op. Cit., p. 18.

⁴ Jijena Leiva, Renato, “Naturaleza jurídica y valor probatorio del documento electrónico, el caso de la declaración de importación o mensaje CUSDEC”, en Asociación chilena de usuarios de Internet, 1999, <http://www.mass.co.cl/acui/leyes-jijena1.html>. Debemos consignar que es citado asimismo en Pinochet Olave, Ruperto, Op. Cit. p. 379.

⁵ Véase en Gaete González, Eugenio, Op. Cit. pp. 70 y 79, respectivamente.

⁶ Pinochet Olave, Ruperto, Op. Cit. p. 382.

Al igual que en el caso de los documentos en general, en la doctrina no existe un consenso claro en torno a un concepto uniforme del D.E. En buena medida, esta situación se debió básicamente a que los primeros autores que se pronunciaban sobre el tema, carecían de elementos suficientes como para el abordamiento disciplinario de tales categorías jurídicas de manera consistente. Sin embargo, en la actualidad esta noción ha ido madurando, convergiendo progresivamente en una noción unívoca, o que al menos, incorporan los mismos elementos.

De esta manera, sin que se pueda establecer una brecha absoluta, se puede clasificar en términos generales estas definiciones entre aquellas que ponen acento en el soporte electro-magnético en contraposición al soporte papel⁷. El otro grupo de definiciones prescinde del criterio del soporte, quedándose solamente con la mediación de ordenadores para la traducción del lenguaje binario a uno comprensible por el ser humano.

Concisamente, debemos descartar que los documentos electrónicos sean tales solamente por el hecho de que están almacenados en un soporte electrónico. Ello porque –en palabras de Ruiz– se trata de un error sostener ello “...ya que se están refiriendo a un tipo de soporte determinado, existiendo actualmente otros tipos que utilizan principios físicos distintos al electromagnetismo para almacenar y leer la información. Así por ejemplo, existen los CD-ROM (Compact Disc-Read Only Memory) que utilizan la refracción de la luz producida por un rayo láser, y no podemos dejar de pensar en aquellos que muy probablemente serán creados en el futuro y que tal vez utilicen otros principios físicos”⁸.

La segunda propuesta de definición, relaciona al D.E. con la mediación de sistemas computacionales para su creación, almacenamiento y recuperación. En este sentido podemos definir al D.E. como *aquella representación de un hecho, escrita en lenguaje binario que ha sido creado, almacenado y recuperado a través de medios computacionales*.

Esta definición prescinde del elemento “soporte” a la hora de conceptualizar tales documentos.

Existe consenso prácticamente en toda la doctrina más reciente que ha analizado el tema, que D.E. se relaciona con la mediación de sistemas computacionales para su creación, almacenamiento y recuperación⁹.

En consecuencia, podemos concluir que las características del D.E. son:

- i) Son una clase de documento que en su creación, almacenamiento y traducción media

⁷ Destacan dentro de éstas Díaz García que lo define como “un mensaje de datos en *soporte electrónico*, en donde se registra la voluntad humana” (el énfasis es mío).

⁸ Ruiz, Fernando, Op. Cit., p. 31.

⁹ Definiciones en este sentido podemos hallar la de Ruiz, que siguiendo a Mariñansky define al D.E. como “un conjunto de impulsos eléctricos que recaen en un soporte de computadora, y que sometidos a un adecuado proceso, a través del computador, permiten su traducción a lenguaje natural a través de una pantalla o de una

necesariamente un computador.

En cuanto al ciclo de vida del D.E., Pinochet nos explica que su *creación* se conforma por una traducción, efectuada mediante un programa, de una información expresada en un lenguaje humano a un binario. Por su parte, el que *el almacenamiento* consiste en el archivo de la secuencia binaria en un soporte material (disco duro, disquete, CD-ROM, etc.)¹⁰. La *recuperación* o *lectura* consiste en el proceso inverso al de la creación. Consiste en el acto de traducción del D.E. (la secuencia binaria) mediante un programa o *software* a un documento¹¹ cuyo lenguaje es perceptible por el hombre.

No hay más que esto. El D.E. se adscribe a estas tres etapas. Lo que queda afuera, no es simplemente un documento de tal clase¹².

- ii) Están escritos en un lenguaje convencional, imperceptible e incomprensible al ser humano, lo que requiere ser traducido para su adecuado entendimiento: el lenguaje expresado en código binario que es una secuencia de unos y ceros. Al respecto, Laporta al explicar los *códigos* nos señala que se trata de “... un sistema de estructuración lógica, homogénea, que tiene por objeto poder entregar datos al computador de una manera ordenada previamente, que se expresa a través de signos debidamente reglados. En los sistemas computacionales digitales se utilizan los denominados *códigos binarios*, esto es, aquellos que permiten representar toda clase de información lingüística, matemática o gráfica, y relativa a cualquier materia. Estos *códigos binarios* se expresan a través de dígitos o símbolos denominados bits, y que permiten la expresión de todo tipo de

impresora”. (citado en Ruiz, Fernando, Op. Cit., p. 32)

Por su parte, Pinochet, adscribe a la definición de Simó quien lo define como “*aquellos que están escrito en lenguaje binario en un soporte adecuado para ser leído por un computador (magnético u óptico generalmente), por medio del cual son traducidos a lenguaje natural y así son hecho comprensibles*”. (Pinochet Olave, Ruperto, Op. Cit., 388.)

Gaete lo define como “*aquel que solamente puede ser percibido por el ser humano con la intervención de una máquina de traducción a un lenguaje natural entendible debido a que está elaborado en forma digital, a través de un sistema alfanumérico o similar y depositado en la memoria central del computador* (Gaete González, Eugenio, Op. Cit. 169).

¹⁰ Para ver cómo opera técnicamente el proceso de *creación* y *almacenamiento* véase Pinochet Olave, Ruperto, Op. Cit., pp. 385 y ss.

¹¹ Autores como Jijena y Ruiz sostienen que dichos documentos son *copias* del D.E. mismo. (Jijena Leiva, Renato. **Comercio electrónico, firma digital y derecho: análisis de la ley no. 19.799**, 2002. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, p. 159; Ruiz, Fernando, Op. Cit, p. 31). Compartimos tal apreciación. El D.E. se acota hasta el acto de la traducción y no al producto de la misma.

¹² En este mismo sentido, Ruiz, nos señala que “*técnicamente, el documento electrónico es un conjunto de impulsos eléctricos que recaen en un soporte de computadora, y que sometidos a un adecuado proceso, a través del computador, permiten su traducción a lenguaje natural a través de una pantalla o de una impresora*”.

*comunicación. Éste es propiamente el lenguaje computacional*¹³.

- iii) Se hallan en un soporte *material* diverso al soporte papel. En la actualidad, tal soporte se puede fundar básicamente en un soporte electromagnético o en un soporte óptico (sin perjuicio de que pudieran desarrollarse nuevos soportes a futuro).

Aparte de las características esenciales del D.E., hay una característica adicional que concurre generalmente en ellos, sin perjuicio de que no es esencial al momento de conceptualizarlo. Tal característica es *“...la capacidad de la información contenida en un D.E. para ser tratada informáticamente, lo que se ha denominado, ‘tratamiento automatizado de la información’, esto es la posibilidad que tal información sea copiada, modificada y transmitida por medios informáticos, entre otras posibilidades”*. *“Tal capacidad, puede estar en ciertas ocasiones limitada*¹⁴*”* por lo que no se puede *“incluir dentro de las características esenciales al concepto, sin perjuicio de que nos parece que tal propiedad distingue claramente esta clase de documentos de aquellos contenidos en soporte papel”*¹⁵. Ello permite que el D.E. sea interactivo *“los que permiten que a medida que ellos se vayan formando o desarrollando a través del tiempo, vayan agregando datos y otras informaciones no existentes al tiempo de dar origen al mismo; este fenómeno da origen al hipertexto, el cual no es más que una extensión de las capacidades interactivas de los sistemas multimedia; en segundo término, la interactividad permite que el texto sea dinámico en el sentido de que carece de importancia su principio y fin, no es lineal como el libro o el instrumento per cartam, ya que, dependiendo de lo que se desee conocer de él, se podrá acceder directamente, se podrá pasar de un lugar a otro, de su término, a su inicio o viceversa, calzando todo él, como compuesto de diversas piezas que se encajan perfectamente unas con otras*¹⁶”

Ruego al lector tener en cuenta esta propiedad del D.E. ya que nos obligará a referirnos a la Firma Electrónica (F.E.), la cual es fundamental para que los D.E. sean fiables.

Visto el concepto y características de los D.E. pasamos a analizar la Ley 19.799.

2. NOCIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN LA LEY 19.799

La legislación específica sobre los documentos electrónicos es somera¹⁷. Su regulación

¹³ Citado en Gaete González, Eugenio, Op. Cit., p. 120. Véase también Pinochet Olave, Ruperto, Op. Cit., p. 385.

¹⁴ Ello porque por ejemplo, hay documentos inalterables como aquellos suscritos con firma digital (aquella fundada en la P.K.I.) o documentos creados por programas que impiden tal función (por ejemplo el programa Acrobat Reader). Pinochet Olave, Ruperto, Op. Cit., p. 389.

¹⁵ Pinochet Olave, Ruperto, Ibídem.

¹⁶ Gaete González, Eugenio, Op. Cit., 182.

¹⁷ En particular los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 7 de la Ley 19.799.

se inserta marginalmente dentro de la Ley 19.799 ya que el grueso de la regulación contenida en ella apunta al uso de la Firma electrónica (en adelante F.E.), la firma electrónica avanzada (en adelante F.E.A.), el uso de la F.E por parte de la Administración y los prestadores de los servicios de certificación (P.S.C.). Todos estos aspectos se relacionan con el D.E. pero solamente en el sentido de que la presencia de la F.E. (tanto la “avanzada” y la F.E. “a secas”¹⁸) dota de ciertos efectos jurídicos al D.E. Sin embargo, aparte de dotarlo de validez jurídica nos señala un concepto de éste, el cual a continuación desentrañaremos.

La definición del D.E. se halla contenida en el art. 2, letra d) de la Ley 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y los servicios de certificación de dicha firma (D.O. 12.04.02).

Sin embargo, el concepto de D.E. se configura más precisamente en torno a dos definiciones: su definición propiamente tal (la consignada en la letra d)) y la contemplada en la letra a) del mismo artículo. Vamos primeramente a la definición propiamente tal del D.E.

“Artículo 2º.- Para los efectos de esta ley se entenderá por:

- d) Documento electrónico: 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;”

Se puede advertir inmediatamente que la teoría documental adoptada por el legislador es claramente aquella presentada por Cernelutti, al señalar que se trata de “toda representación de un hecho”. Sobra señalar posteriormente “imagen o idea” ya que son también representaciones de hechos.

Luego, la propia definición al señalar que dicha representación haya sido “creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y **almacenada** de un modo idóneo para permitir su uso posterior” (el énfasis es mío) está haciendo alusión a dos momentos precisos del ciclo de vida del documento: su *creación* y *almacenamiento*. No alude a la etapa de *traducción* del documento. Sin embargo es imposible que esta etapa no exista, porque es la que precisamente nos permite comprender y percibir los D.E. (por ejemplo, ver en el monitor de un computador un documento).

Pareciera que la “*creación* por medios electrónicos” es en la definición un elemento eventual producto del uso de la conjunción disyuntiva “o” en la definición. Pero ello no es así. Para que estemos hablando de un D.E., para que este pueda ser transmitido (o como dice la ley: “enviada, comunicada o recibida”) y para que éste pueda ser almacenado, debe haber sido previamente creado a través de medios electrónicos. Estamos frente a un elemento consustancial al concepto de D.E., no a un elemento eventual.

¹⁸ Uso esta expresión a fin de diferenciarla de la firma electrónica avanzada. Autores como Jijena, aluden a F.E. “simple”. Jijena Leiva, Renato, **Comercio electrónico, firma digital y derecho: análisis de la ley no. 19.799**, cit., p. 261.

La ley habla de documento '*electrónico*'. Esto nos obliga a precisar qué es lo que la ley comprende por "electrónico". Es la letra a) de mismo artículo la que se refiere a esta cuestión:

"Artículo 2º.- Para los efectos de esta ley se entenderá por:

- a) Electrónico: característica de la tecnología que tiene capacidades eléctricas, digitales, magnéticas, inalámbricas, ópticas, electromagnéticas u otras similares;"

Es posible observar que la definición en comento es más bien una enunciación de ciertas características que tiene aquello que la ley denomina como "electrónico". Algunas de ellas se relacionan con distintas fases del D.E.: la *creación*, *almacenamiento* y la *transmisión* del documento.

En efecto, características como las de "inalámbrica" dice relación exclusivamente con la *transmisión*. No existe un 'almacenamiento inalámbrico'.

Otras características, como "ópticas" o "electromagnética" dicen relación con el *almacenamiento* y la *transmisión*. En efecto, puede haber almacenamiento óptico¹⁹ (es el caso de los CD-ROM) como también transmisión óptica (por ejemplo, a través de fibra de vidrio). Otro tanto pasa con la transmisión electromagnética (por ejemplo, transmisión por ondas electromagnéticas) y el almacenamiento electromagnético. (por ejemplo, el almacenamiento en un Disco Duro).

Respecto de la característica de "digital" es menester hacer una mención especial. Esta característica alude, aunque no específicamente, al tema de la *creación*. "Digital" en este sentido, alude a "aquello expresado en dígitos binarios"²⁰. Y la creación, pasa necesariamente por la transformación de una información de un lenguaje comprensible a dígitos binarios.

Conjugando ambas definiciones, y desde la perspectiva estrictamente literal, se crea una especie de concepto de D.E. que intenta abarcar toda forma de transmisión de los D.E. y toda clase de tecnologías de almacenamiento. En efecto, si efectuamos una interpretación literal que considera que *eventualmente y no necesariamente la creación* del D.E. nos conduciría a sostener que es D.E. una conversación por radio grabada en una cinta magnetofónica²¹, cosa que, por cierto, no lo es²². De ahí que su tenor literal presta a confusión.

¹⁹ El cual no es en estricto sentido electrónico. Sin embargo, por la amplitud que da la ley a lo "electrónico", logra comprenderse dentro de la definición.

²⁰ Jijena Leiva, Renato, *Comercio electrónico, firma digital y derecho: análisis de la ley no. 19.799*, cit., p. 159.

²¹ Sería "documento" porque es la representación de un hecho (letra d)); sería electrónica "electrónica" porque se transmite por medios inalámbricos, opera por medios electrónicos (letra a)); y es almacenable en un modo idóneo para su uso posterior (es grabada en una cinta magnética) (letra a)).

²² En efecto, el mensaje no ha sido creado electrónicamente sino que transmitido de esa forma. Además no se halla escrito en lenguaje binario. Se trata de una comunicación que no ha sido creada a través de medios digitales y que es *análoga*.

Esto se explica por el hecho de que el legislador se basó en la definición de “mensaje de datos” dada en Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Comercio Electrónico²³ siendo que, los mensajes de datos son de características y naturaleza distinta. Una interpretación literal de este concepto excede lo que entendemos por documento electrónico sin que se haya deseado hacerlo, sobrepasando en principio, lo que el espíritu de la ley quería²⁴.

Con todo, la interpretación de la ley está dotada con otros elementos a fin de precisar una norma jurídica (arts. 19 a 24 C.C.). Creo que haciendo uso de ellos podremos rescatar el sentido verdadero de la definición del art. 2º, letra a) y que esa definición concuerda con la noción de documento electrónico que hemos señalado y con las características que hemos precisado.

El art. 1º de la Ley 19.799, nos enuncia una serie de principios que se establecen y los cuales implican sumar un criterio adicional de interpretación. Así lo señala el art. 1º, inc. 3º: *“toda interpretación de los preceptos de esta ley deberá guardar armonía con estos principios...”*. De hecho el Mensaje de la ley en comento, señala expresamente que estos principios *“...han de tener prioridad sobre las reglas comunes de interpretación, para evitar que cualquier interpretación demasiado literal perjudique el sentido de fomento que tiene este proyecto”*²⁵...

Uno de ellos es el denominado *principio de equivalencia del soporte electrónico al soporte papel* el cual se presenta dentro del contexto *homologación del D.E. y el documento tradicional*. La ley en sí, no se avoca a conceptuar este principio. Sin embargo, el Mensaje de la ley nos da ciertos indicios de ya que al explicarlo nos dice:

“...todos los actos y contratos celebrados por medios electrónicos, estén o no firmados electrónicamente²⁶, y, en este último caso, esté la firma electrónica certificada por un certificador acreditado o no, son válidos. De esta manera estos actos y contratos *se reputan como escritos*, de la misma manera que si lo fueran en soporte de papel.

La equivalencia también está presente al momento de definir la admisibilidad como prueba en juicio y el valor probatorio de los documentos electrónicos, donde se les sujeta, en el caso de

²³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI - UNCITRAL), *“Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (con la guía para su incorporación al Derecho Interno)”*, 1996.

²⁴ Para mayor detalle de este punto, véase Fernández Acevedo, Fernando, Op. Cit. pp. 24 y siguientes.

²⁵ Mensaje boletín 158-342, Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley sobre firma electrónica y los servicios de certificación de firma electrónica, Santiago, 9 de agosto de 2000.

²⁶ El antiguo proyecto de ley contemplaba la posibilidad de que los D.E. no estuvieran firmados electrónicamente y tuvieran cierto valor probatorio. Sin embargo, esta posibilidad fue descartada en el texto definitivo de la Ley 19.799. Volveremos sobre este punto más adelante.

aquellos firmados electrónicamente y certificados por certificadores acreditados, al *mismo régimen de los instrumentos escritos en soporte de papel*". (el énfasis es mío)

En otra parte, el Mensaje es más específico. Lo que se pretende es "*asimilar los actos y contratos celebrados por estos documentos D.E. a los celebrados por escrito y en soporte de papel*"²⁷.

Lo anterior se ratifica con lo expuesto por el art. 3° de la Ley 19.799:

"Artículo 3°.- 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*" (el énfasis es mío).

El principio de equivalencia apunta a un ámbito acotado. Habla de ciertos documentos que están escritos pero que se hallan almacenados en un soporte electrónico²⁸ y en los cuales se contienen ciertos actos o contratos. Y solamente podemos *escribir* en esta clase de soportes a través de pulsos electromagnéticos u ópticos que representen unos y ceros, que establecidos en una secuencia lógica, podrá ser traducida por un ordenador por medio de un *software* para ser entendido por el ser humano y en el cual se contiene una información. De ahí que lo que se homologa es un documento escrito (mediante un ordenador) electrónicamente a otro escrito en un soporte papel. A ello debemos sumarle el carácter de "digital", el cual alude precisamente al lenguaje binario y que se relaciona íntimamente con el proceso de *creación*, proceso que, como hemos señalado, es necesario.

A mayor abundamiento, podemos señalar que nuestro Ordenamiento Jurídico contempla definiciones relacionadas con el D.E. en diversas normas administrativas que resaltan el carácter necesario de la mediación computacional en la creación, almacenamiento y traducción del D.E.. Es el caso del Decreto de Hacienda 1015 de 1995²⁹ y de la Resolución Exenta

²⁷ Mensaje boletín 158-342, Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley sobre firma electrónica y los servicios de certificación de firma electrónica, Santiago, 9 de agosto de 2000.

²⁸ En el sentido que da la propia ley, comprendiendo también el soporte óptico.

²⁹ Decreto de Hacienda 1015 de 1995, establece las normas en virtud de las cuales el Director Nacional de Aduanas podrá autorizar a los despachadores de aduanas para formalizar sus declaraciones mediante un sistema de transmisión electrónica de datos, Santiago, Chile, D.O. 11 de febrero de 1995.

Este en su art. 2, a) define:

"Art. 2, a) Archivo Magnético: Conjunto de datos almacenados o enviados en algún medio magnético tal como cinta, diskette, disco duro o sistema de transmisión electrónica de datos, para su *procesamiento computacional*. (el énfasis es mío)".

Sin perjuicio de que es una definición que adolece de ser anacrónica (por no contemplar el almacenamiento óptico) y técnicamente defectuosa, establece como requerimiento necesario el procesamiento computacional, es decir, que se trate de una especie de documento que esté escrita en lenguaje binario (por ende creado de esa manera).

del SII N° 1515³⁰. Lo mismo acontecía con el derogado DS N° 81 de 1999³¹. Así, el contexto dentro del que se desenvuelve el concepto de la Ley 19.799 apunta a relacionarlo con el concepto teórico sugerido. Es más, la misma historia de la ley, representado en la Moción Boletín N° 2348-07³² y el Mensaje boletín 2571-19³³ definían el D.E. de manera en un sentido análogo. Si bien no fueron adoptados, en cierta medida fueron incorporados a la definición final como hemos señalado.

Por otra parte, la legislación comparada, la cual sirvió de inspiración para la chilena apunta precisamente a acotar al D.E. en el sentido que hemos venido señalando³⁴. Por último, en la doctrina reciente no parece haber mayor discusión en torno a considerar el D.E. como escrito a través de un lenguaje binario, con un soporte electromagnético u óptico y que en él median mecanismos computacionales.

Por las razones expuestas, es decir, la concurrencia necesaria de la *creación* por medios electrónicos (íntimamente relacionado con el carácter de *digital*), la incorporación del *principio de la equivalencia de soporte*, las normas administrativas de nuestro Ordenamiento Jurídico, la propia historia de la ley, la legislación comparada, doctrina, etc, es factible sostener que el concepto de D.E. contenido en el art. 2°, letra d) de la Ley 19.799 apunta a que

³⁰ Resolución Exenta del SII N° 1515, que establece normas que regulan el uso de la firma electrónica en el ámbito tributario, 15 de febrero de 2001.

Este en su art. 1, a) define:

“1° Para los efectos de la presente resolución y las que se dicten en virtud de ella, los siguientes términos tendrán el significado que a continuación se indica:

a) Representación Digital: Es un *documento representado en forma binaria*, sin hacer referencia a su medio de almacenamiento o soporte, susceptible de ser firmado electrónicamente” (el énfasis es mío).

No parece preciso mayor comentario.

³¹ Decreto Supremo N° 81 que regula el uso de la firma digital y los documentos electrónicos en la administración del Estado, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, 26 de junio de 1999, que fue derogado el año 2002, por el Decreto 181 del Ministerio de Economía, Reglamento de la Ley 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, D.O. 17.08.02.

Dicho D.S. prescribía:

“Art. 2°: Para efectos de este decreto se entenderá por:

a) Documento electrónico: Toda representación informática que da testimonio de un hecho”

Al igual que el caso anterior, no parece preciso mayor comentario.

³² Boletín N° 2348-07, “Proyecto de ley sobre documentos electrónicos” de los Senadores señores Boeninger, Hamilton, Larraín, Romero y Viera-Gallo, 9 de junio de 1999.

³³ Mensaje boletín 2571-19, Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley sobre firma electrónica y los servicios de certificación de firma electrónica, Santiago, 29 de agosto de 2000.

³⁴ Véase la “Electronic Signatures in Global and National Commerce Act” de los EEUU, (título primero, letra a), N° 1), Código Civil Francés (arts. 1316 y 1361-1).

se comprende por “documento electrónico”. Es decir, un documento que ha sido creado, almacenado y recuperado mediante un computador, escrito en un lenguaje binario y que se halla almacenado en un soporte electromagnético, óptico u otro en el cual se contiene la representación de un hecho³⁵.

Nos corresponde a continuación estudiar los efectos adscritos a los D.E. en la Ley 19.799. La existencia de tales efectos pasa necesariamente por la existencia de una F.E. Ello nos obliga a analizar previamente la firma electrónica.

3. EFECTOS JURÍDICOS ASIGNADOS A LOS D.E EN LA LEY 19.799

3.1. Firma Electrónica (F.E.)³⁶

Es menester aclarar un punto que se puede prestar a confusión terminológica: que por el hecho de usarse la voz “firma” no se sigue que la F.E. sea una “firma” en el sentido tradicional de la palabra³⁷. Bien mirado, se trata de un modo de suscripción que cumple de igual e incluso de mejor manera la autenticación de las partes. Y esto acontece, señala Ruiz, por la imposibilidad de efectuar un trazado gráfico³⁸. En efecto, la única manera de escribir sobre un D.E. es a través de una secuencia lógica de unos y ceros, lo que ciertamente descarta a un trazado gráfico.

Señalábamos anteriormente, que el principio de la equivalencia del soporte papel al soporte electrónico es una perspectiva de la homologación del D.E. y el documento tradicional. A fin de otorgar validez jurídica en el Ordenamiento Jurídico a los D.E. fue preciso también establecer una *equivalencia entre la F.E. y la firma ológrafa*, es decir, otorgar los mismos efectos jurídicos a ambas clases de suscripción. La propia ley en su art. 3º, inc. final consagra esta homologación:

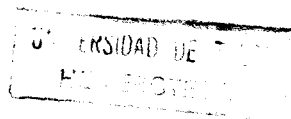
Art. 3º, inc. final: “La firma electrónica, cualquiera sea su naturaleza, *se mirará como firma manuscrita para todos los efectos legales*, sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes”. (el énfasis es mío)

³⁵ Sin perjuicio de que tal representación se traduzca en una representación escrita, de una imagen o sonido.

³⁶ El presente se funda en términos generales en lo expuesto en una publicación previa. Véase Fernández Acevedo, Fernando, “Responsabilidad Civil de los Prestadores de Servicios de Certificación”, en *Revista Alfa-Redi*, N° 109, octubre de 2002, <http://www.alfa-redi.org/upload/revista/101502—19-51-Publicación.doc>

³⁷ Couture define a la firma como un “trazado gráfico, conteniendo habitualmente el nombre, apellido y rúbrica de una persona, con el cual se suscriben los documentos para darles autoría y obligarse con lo que en ellos se dice”. Citado en Ruiz, Fernando, Op. Cit., p. 38.

³⁸ Ruiz, Fernando, Op. Cit., p. 51.



La homologación del D.E. y del documento tradicional se compone del juego de establecer una equivalencia tanto en el soporte en donde se contiene el documento mismo y del modo en que se suscribe para que esta clase de documentos tengan los mismos efectos jurídicos que los actos o contratos contenidos en los documentos tradicionales.

Teniendo una noción clara de la homologación nos percatamos que se hizo necesaria debido a que al menos en la perspectiva probatoria civil, en nuestro derecho predomina una noción restrictiva del documento que, si bien no en términos explícitos, tiende a no solamente relacionarlo con la idea de la presencia de un escrito sino que además existe una predisposición cultural a relacionarlo con un documento escrito en un soporte de papel. Por citar solamente un ejemplo de aquello, podemos señalar el predominio de la idea de la necesidad de la firma ológrafa en los documentos privados. Quienes sostienen aquello, afirman que un documento sin estar firmado es un mero borrador³⁹ Y ello por cierto, presupone un soporte papel. Así las cosas, se hacía necesario una previa modificación normativa que homologara la F.E.

La consecuencia de que F.E. otorgue efectos jurídicos al D.E. se debe a que la F.E. permite que éstos sean “fiables”. En efecto, la F.E. soluciona los problemas que se derivan del tratamiento electrónico de datos, en particular, la facilidad con el cual pueden ser adulterados, copiados, y, la imposibilidad que se tiene de conocer con cierta seguridad de la autoría del contenido de tal documento. Este fue uno de los grandes frenos para el reconocimiento jurídico del D.E.

La necesidad de dar tal reconocimiento se hizo más patente frente al progreso del comercio electrónico. Esto evidenció la necesidad de crear una serie de requisitos que permitieran que el D.E. fuera una plataforma segura para la celebración de negocios por medios electrónicos. A ello luego se sumó la idea de implementar una serie de actuaciones ante las administraciones (Gobierno Electrónico) lo que aumentó la presión por dar validez jurídica y seguridad a tales documentos.

Surgen, en consecuencia, principios que deben cumplir una F.E. a fin de estar frente a un D.E. que pudiéramos denominar “fiable”. Primero, la F.E. debe garantizar la *Autenticidad*, es decir, la identidad de las partes que intervienen en una transacción y por ende la autoría del documento en referencia. Por otra parte, es preciso que la F.E. tutele la *Integridad* del D.E., es decir, que el contenido de éste no sea alterado por terceros. Como consecuencia de lo anterior, el autor de un D.E. luego de emitir tal documento a un tercero o contraparte no pueda negar su envío y contenido (*No repudio o no rechazo*). Un cuarto requerimiento que generalmente acontece es la *Confidencialidad*. Ella, desde la perspectiva de las comunicaciones asegura que un D.E. remitido por medios electrónicos pueda ser leído o utilizada por quien

³⁹ Ello sin perjuicio de que el propio Código Civil contempla una serie de documentos privados no firmados. Por ejemplo, los contemplados en el art. 1704 y 1705 C.C.

esté autorizada para ello.

Nuestra legislación contempla dos clases de firma, las cuales a continuación pasamos a ver.

a) Firma electrónica “a secas”:

La firma electrónica se define, de manera genérica, como “*cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor*” (art. 2, letra f de la Ley. 19.799).

Esta definición, de carácter amplio, concuerda en el contexto de la definición del D.E. la cual apunta a la misma amplitud. Se contienen en un solo concepto una multiplicidad de manifestaciones las cuales pueden tener distintos niveles de seguridad. De ahí que esta definición, no necesariamente cumple con los requerimientos para de autenticidad, integridad, no repudio y, eventualmente, la confidencialidad. Bajo esta definición es F.E., por ejemplo, una firma electrónica certificada por un P.S.C. no acreditado, el remitente de un correo electrónico, firmas derivadas de la criptografía simétrica como el PIN (*Personal Identification Number*) que se utiliza para el ingreso a un determinado sitio o en los Cajeros Automáticos, la firma holográfica escaneada del supuesto autor y pegada como imagen el documento mismo, el nombre del autor dentro del documento, el uso de medios biométricos (por ejemplo, la huella digital, el iris del ojo, la voz y facciones de la cara por señalar algunas), etc.

Cada una de estas modalidades entregan distintos niveles de seguridad, pasando desde un simple correo electrónico con el remitente que identifica al autor (un método por cierto bastante inseguro) o, al otro extremo, a firmas derivadas del uso de la biometría (que son casi infalibles).

Ahora bien, el sistema que gira en torno la Firma Electrónica Avanzada aparece en nuestra legislación en una posición favorecida. Esto se funda en el amplio consenso existente en torno a su validez para asegurar los requerimientos dando fiabilidad tanto a los documentos como a las comunicaciones electrónicas. Esto, porque se halla basado en una infraestructura que cumple exigentes estándares de seguridad, con la participación de entidades altamente tecnificadas y fiscalizadas. Con ello se permite establecer un sistema de seguridad estandarizado, excluyendo la necesidad de determinar caso a caso la fiabilidad de la firma. Lo anterior se traduce en el otorgamiento de un tratamiento privilegiado a los D.E. que se hayan firmados mediante F.E.A. Pasamos a analizar tal clase de firma.

b) La firma electrónica avanzada (F.E.A.).

Conforme al art. 2, letra g) de la Ley 19.799, se establece esta especie de firma electrónica que cumple con estándares adicionales y que se define como “*aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo 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”.

Los *elementos* que pueden extraerse de la definición de firma electrónica avanzada en nuestra legislación son a saber:

- i) Que dicha firma se halle certificada por un P.S.C. acreditado conforme a las normas establecidas en los arts. 17 y subsiguientes de la Ley 19.799 y su Reglamento⁴⁰.
- ii) Que dicha firma haya sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, vinculando la identidad del usuario con la firma.
- iii) Que permita la detección posterior de cualquier modificación.
- iv) Que impida el repudio de la integridad y autoría del documento.

La F.E.A. es una especie de firma electrónica fundada en una especial clase de criptografía (criptografía asimétrica) y que se enmarca dentro de la denominada “Infraestructura de Clave Pública”. No nos corresponde en este trabajo detallar la forma en que esta infraestructura opera ni señalar los detalles técnicos a través de los cuales opera la Firma Electrónica Avanzada. Sería sumar una serie de complejidades que no van al caso de una manera directa al tema que nos ocupa. Basta con la breve descripción efectuada⁴¹.

3.2. Efectos jurídicos del D.E. conforme a la Ley 19.799

El reconocimiento jurídico del D.E. se traduce en el otorgamiento de determinados efectos de la misma naturaleza. Ese es el propósito de la Ley 19.799. Y lo hace en los artículos 3°, 4°, 5° respecto de la emisión de documentos y firmas electrónicas por particulares y en los artículos 6° y 7° respecto de los Órganos del Estado.

En términos generales, podemos decir que estos efectos apuntan a dos aspectos: un aspecto probatorio, en particular, su factibilidad de presentarse en juicio y con un determinado valor probatorio, y, otro aspecto que dice relación con las solemnidades que requieren ciertos actos o contratos. Ahora, debemos sentar claramente que para que tales D.E. produzcan los efectos jurídicos señalados es preciso necesariamente la concurrencia de F.E. Aquellos D.E.

⁴⁰ Decreto 181 del Ministerio de Economía, Reglamento de la Ley 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, D.O. 17.08.02.

⁴¹ Sobre una descripción detallada de estos requerimientos como y el detalle de la forma técnica de cómo funciona la F.E.A., la Infraestructura de Clave Pública y los Prestadores de Servicios de Certificación véase Fernández Acevedo, Fernando, “Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de certificación” Cit., p. 9 y siguientes.

que sin estar firmados electrónicamente no son considerados como “escritos” para efectos legales⁴².

Primeramente estudiaremos los efectos jurídicos contemplados en los artículos 3°, 4° y 5°, es decir, respecto de la emisión de documentos y firmas electrónicas por particulares. Nos referiremos a aquellos emitidos por los Órganos del Estado de manera incidental ya que los artículos 6° y 7° siguen la misma línea, lo que nos permitirá referirnos solamente a sus aspectos particulares. Primeramente, nos centraremos en el D.E. otorgado por vía de solemnidad para luego analizar a los D.E. desde la perspectiva probatoria.

a) El D.E. otorgado por vía de solemnidad.

El art. 3° prescribe:

“Artículo 3°.- 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 en 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.

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”.

Como se desprende de la primera parte del inciso primero, apunta a los actos o contratos solemnes que requieren para su perfeccionamiento el hecho de estar escritos. Por lo mismo, la ley habla de que los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos. Pero esa “validez” se refiere solamente a los actos o contratos solemnes, no al caso de los consensuales ya que estos se perfeccionan (y a partir de ese momento válidos) a través del consentimiento de las partes⁴³.

⁴² En este mismo sentido se pronuncia Jijena. Jijena Leiva, Renato, **Comercio electrónico, firma digital y derecho: análisis de la ley no. 19.799**, cit., p. 266.

⁴³ No piensa en el mismo sentido el profesor Francisco González Hoch. Este señala que el inciso primero confunde la “validez” con la “prueba” lo que haría de esta primera parte del inciso como *innecesaria*. Lo que pasa es que el autor en cuestión no logra percibir el efecto asignado al D.E. como solemnidad. Este enfoca su análisis desde la perspectiva estrictamente probatoria los arts. 3°, 4° y 5°. Véase González Hoch, Francisco. “La prueba de las obligaciones y la firma electrónica”. *Revista Chilena de Derecho Informático*, Universidad de Chile, N° 2, mayo de 2003, p. 79.

La Ley 19.799 incorpora este efecto sin lugar a dudas. El propio Mensaje así lo señala diciendo que "...es perfectamente posible, sin alterar las normas del ordenamiento jurídico, que los actos y contratos *cuya solemnidad consiste solamente en su constancia por escrito*, puedan celebrarse por medio de documentos electrónicos, los que además son documentos escritos⁴⁴". (el énfasis es mío).

En este artículo se ve con claridad la aplicación práctica del principio de equivalencia del soporte papel con el soporte electrónico, dándole los mismos efectos jurídicos al D.E. que al documento en soporte tradicional. Para ello, la ley establece que se mirará como escrito y en soporte papel al D.E. que esté firmado electrónicamente cualquiera sea la clase de F.E. que se utilice. Pues bien, para darle tal carácter se hace necesario igualmente homologar la F.E. con la hológrafa, lo que efectivamente ocurre conforme a lo señalado por el inciso 3° del mismo artículo.

Hay casos conocidos en que la presencia de un documento es una solemnidad de un acto o contrato. Ejemplos de ellos son: la constitución de un fideicomiso sobre un inmueble (art. 735 inc. 2° C.C.), la constitución de un usufructo sobre inmueble por acto entre vivos (art. 767 C.C.), la constitución de un derecho de uso o habitación sobre inmueble por acto entre vivos (art. 812 C.C.), la donación de bienes raíces y la remisión de la deuda relativa a los mismos bienes (art. 1400 C.C.), venta sobre bienes raíces (art. 1801 C.C.), la permuta respecto de bienes raíces (art. 1898 C.C.), constitución del censo (art. 2027 C.C.), contrato de renta vitalicia (art. 2269 C.C.), promesa de compraventa (art. 1554 n° 1 C.C.), constitución de testamento solemne (art. 1014 y art. 1021 C.C.), capitulaciones matrimoniales (art. 1716 C.C.), pacto de no mejorar (art. 1204 C.C.), pago con subrogación (art. 1610, n° 6 C.C.). Citando otros cuerpos jurídicos, es preciso la existencia del otorgamiento de alguna clase de documento en la constitución del mandato para la representación en juicio (art. 6 CPC), la constitución de una sociedad mercantil (art. 350 C de Comercio), la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada (art. 2°, Ley 3.918 sobre sociedades de responsabilidad limitada), la constitución de una sociedad anónima (art. 3, Ley 18.046 sobre sociedades anónimas) o la constitución de la prenda agraria (art. 5° Ley 4.097 sobre prenda agraria).

Como sabemos, la ausencia de tales solemnidades produce la nulidad del acto o contrato (art. 1.682 C.C.). Con el inciso 1° del art. 3 se permite que dichos actos y contratos solemnes puedan efectuarse por medios computacionales. He aquí el aspecto central de tal artículo.

Sin embargo, en el inciso 2° del mismo artículo hay un importante filtro que reduce notoriamente el alcance de el inciso 1°. Este prescribe que lo dispuesto en el inc. 1° no será aplicable a los actos o contratos otorgados o celebrados en los casos siguientes:

⁴⁴ Mensaje boletín 158-342, Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley sobre firma electrónica y los servicios de certificación de firma electrónica, Santiago, 9 de agosto de 2000, p. 17.

- 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”.

Respecto de los casos consignados en la letra a) podemos concluir que es dable excluir todos aquellos actos y contratos que además de exigírseles el requerimiento de constar por escrito, deben éstos almacenarse en ciertos registros tales como por ejemplo, los existentes en el Registro Civil, Registro de Comercio, Registro de propiedad, hipotecas y gravámenes y de interdicciones y prohibiciones de enajenar del Conservador de Bienes Raíces, los registros de los Archiveros, los protocolos de Notarios, etc. Ello porque las normas que regulan tales registros no contemplan en caso alguno la posibilidad de que estos tengan formato electrónico⁴⁵. Se pudiera sostener que el mismo art. 3° y el art. 7° de la Ley 19.799 abriría la posibilidad de que tales registros tuviesen formato electrónico. Sin embargo, por tratarse de normas de orden público y de órganos públicos –aún en el caso de los órganos auxiliares de la administración de justicia–, están sometidos al art. 6° y 7° de la CPR. De ahí que sea necesario normas jurídicas explícitas que consagren tal posibilidad⁴⁶.

La letra b) del inc. 2° del art. 3 del la Ley 19.799, establece que no se pueden celebrar por medios electrónicos los actos y contratos que contemplen además como solemnidad el que se requiera la concurrencia personal de alguna de las partes. Tal es el caso por ejemplo del testamento solemne (art. 1014 y art. 1021 C.C.) o en general en el caso de las escrituras públicas⁴⁷ (art. 405 C.O.T.).

⁴⁵ Podemos citar algunos artículos que con elocuencia confirman lo señalado. Tal es el caso del art. 2° del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, el art. 11 del Reglamento para el Registro de Comercio.

⁴⁶ En igual sentido se pronuncia González Hoch, Francisco, Op. Cit, p. 81.
Como bien resalta Jijena, que el establecimiento de esta excepción hubiera implicado haber realizado profundas reformas al Ordenamiento Jurídico. Jijena Leiva, Renato, **Comercio electrónico, firma digital y derecho: análisis de la ley no. 19.799**, cit., p. 267.
En efecto, el Mensaje de la Ley señala: “La primera en alusión a la letra a) del art. 3° se fundamenta en que, si bien desde el punto de vista estrictamente técnico, es posible celebrar por medio de documentos electrónicos algunos actos y contratos solemnes, como por ejemplo los que requieren escritura pública o inscripción en un registro especial, su reconocimiento legal implicaría reformas más profundas al ordenamiento jurídico, finalidad que es ajena a este proyecto de ley”.
Igual situación se suscitó en España, en donde fue preciso establecer normas modificatorias a la Ley del Notariado para posibilitar la incorporación del D.E. dentro del sistema notarial, a fin de poder registrar y autorizar D.E.. Véase la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, a fin de poder registrar y autorizar D.E.

⁴⁷ Son una clase de instrumento público definido en el art. 403 C.O.T. como “el instrumento público o auténtico otorgado con las solemnidades que fija esta ley, por competente notario, e incorporado en su protocolo o registro público”. Lo anterior es sin perjuicio de que además, caen dentro de la hipótesis señalada en la letra a) del inc. 2° del art. 3 del la Ley 19.799.

Por último, la letra c) del inc. 2º del art. 3 de la Ley 19.799, establece que no se pueden celebrar por medios electrónicos los actos y contratos relativos al derecho de familia. Indudablemente cae dentro de este ámbito por ejemplo, el reconocimiento de hijo (art. 187 C.C.), el acuerdo sobre la patria potestad (art. 244 C.C.), la constitución de capitulaciones matrimoniales (art. 1716 C.C.), el mandato especial para celebrar matrimonio (art. 103 C.C.), la autorización de la mujer casada en sociedad conyugal para que el marido administrador de ésta pueda disponer de ciertos bienes (art. 1749 C.C.). Esta excepción se encuentra justificada por "...el carácter solemne de dichos actos, por una parte, y, por la otra, en que la mayoría de ellos, por su importancia, son personalísimos⁴⁸".

Como vemos, pasado por el filtro del inc. 2º del art. 3 de la Ley 19.799, tenemos un número muy reducido de actos y contratos solemnes en que pudiéramos homologar en la actualidad el documento tradicional al D.E. como solemnidad. Así las cosas, prácticamente todos los actos o contratos que hemos visto no pueden ser celebrados sobre un formato electrónico. La promesa de compraventa es uno de los pocos casos en que pudiéramos sostener que la solemnidad de escritura se cumple por medio de un D.E.⁴⁹.

En términos similares aunque menos explícitos del art. 3, el art. 6 y 7 de la Ley 19.799 alude a la emisión de documentos y firmas electrónicas por Órganos del Estado, permite que los documentos electrónicos constituyan solemnidades de la misma manera que los documentos en soporte papel. Ello sin perjuicio de que es el mismo articulado el que admite asimismo en términos implícitos su admisibilidad como medio de prueba. En efecto, tales artículos consignan:

"Artículo 6°.- Los órganos del Estado podrán ejecutar o realizar actos, celebrar contratos y expedir cualquier documento, dentro de su ámbito de competencia, suscribiéndolos por medio de firma electrónica.

Se exceptúan aquellas actuaciones para las cuales la Constitución Política o la ley exija una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico, o requiera la concurrencia personal de la autoridad o funcionario que deba intervenir en ellas.

Lo dispuesto en este Título no se aplicará a las empresas públicas creadas por ley, las que se regirán por las normas previstas para la emisión de documentos y firmas electrónicas por particulares.

Artículo 7°.- Los actos, contratos y documentos de los órganos del Estado, suscritos mediante firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los expedidos por escrito y en soporte de papel.

⁴⁸ Mensaje boletín 158-342, Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley sobre firma electrónica y los servicios de certificación de firma electrónica, Santiago, 9 de agosto de 2000, p. 17.

⁴⁹ Ello no obstante de la discusión en torno a si acaso la promesa de compraventa sobre un bien inmueble debiera hacerse o no a través de instrumento público.

Con todo, para que tengan la calidad de instrumento público o surtan los efectos propios de éste, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada”.

Si bien la similitud con el art. 3º el alcance de ambos artículos es diverso dado que apunta, aparte de actos y contratos del ámbito del derecho privado, a los actos administrativos tanto dentro del mismo Estado, como asimismo de los Órganos del Estado con los ciudadanos.

Los documentos electrónicos emitidos por los Órganos del Estado que se hallen firmados electrónicamente, tales como páginas web informativas, correos electrónicos que los funcionarios de las reparticiones públicas expidan y toda clase de documentos emitidos por ellos, son reconocidos jurídicamente de la misma manera de que si se hubiesen emitido por medios tradicionales.. Para ello el artículo 6 los faculta expresamente para expedir tales documentos.

Se sujeta a limitaciones análogas a las consignadas en el artículo 3, inc. 2º, como aquellos documento que deban sujetarse a solemnidades que no sean factibles a través de medios electrónicos o en aquellos que se requiera la intervención personal, no de las partes, sino que de la autoridad o funcionario público que deba intervenir en ellas.

Por otra parte, el art. 7 inc. 2º repite lo consignado en el art. 4º de la misma en torno a señalar que los instrumentos públicos deberán expedirse por medio de F.E.A. En este caso, se presenta una particularidad: la F.E.A. utilizada por los Órganos del Estado además deberá estar sellada temporalmente⁵⁰.

Todo lo anterior, permite que las personas puedan relacionarse a distancia con el Estado conforme a la forma que establezca la ley (art. 8, Ley 19.799).

Nos corresponde a continuación analizar los efectos probatorios asignados al D.E.

b) El D.E. desde la perspectiva probatoria.

Podemos señalar que es el art. 5 aquel que regula en términos explícitos el efecto probatorio de los D.E. Sin embargo, en el art. 3 de manera oblicua, también se asignan efectos jurídico- probatorios a los D.E. En efecto, el art. 3 establece que se reputará como escrito no solamente para dar cumplimiento a esta como solemnidad de existencia sino que también “en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente

⁵⁰ El Sellado de Tiempo o *Time Stamping* consiste en la autenticación de la fecha y hora en que se realiza una determinada transacción o comunicación. Asimismo, “...vinculan un instante de tiempo a un documento electrónico avalado con su firma la existencia del documento en el instante referenciado”. Véase Font, Andrés. **Seguridad y Certificación en el Comercio Electrónico: Aspectos generales y consideraciones estratégicas**. 2000. Madrid: Ed. Biblioteca Fundación Retevisión.
Esta se realiza eventualmente por un P.S.C. u otro tercero de confianza, los denominados *Times Stamping Authorities*. Sobre su descripción véase Fernández Acevedo, Fernando, “Responsabilidad Civil de los Prestadores de Servicios de Certificación” cit., p. 13.

por escrito". Es el caso del uso del D.E. como solemnidad por vía de prueba. Es el caso de lo prescrito en el art. 1709 C.C., conforme al cual, "*deberá constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias*", no siendo admisible la prueba testimonial en aquellos casos en que las obligaciones deban consignarse por escrito (art. 1.708 C.C.). En efecto, el Mensaje de la Ley 19.799 es explícito en torno a que es éste uno de los propósitos de la Ley en comentario:

"El proyecto asimila los actos y contratos celebrados por estos documentos D.E. a los celebrados por escrito y en soporte de papel. Esta asimilación es del todo relevante, dado que la gran mayoría de los contratos consensuales se celebran por escrito por la exigencia probatoria señalada en los artículos 1708 y 1709 del Código Civil. Omitir esta precisión, por lo tanto, habría significado que, no obstante la plena validez y eficacia del respectivo acto y contrato, éste no habría podido probarse si contenía la entrega o promesa de entrega de una cosa que valiera más de 2 unidades tributarias mensuales⁵¹".

Ahora, el efecto probatorio consignado en la Ley 19.799 apunta a **su admisibilidad como prueba documental en juicio**. Ello porque en sí, tales documentos serían igualmente admisibles como medio de prueba si no existiera esta norma, pero ya no como documento, sino que por la base de las presunciones y prueba pericial^{52, 53}. Como bien señala el Mensaje, en actos o contratos consensuales en donde la falta de la solemnidad de constar por escrito no acarrea la nulidad del acto o contrato, sino su imposibilidad de acreditarlo ante la justicia por vía testimonial⁵⁴.

Por su parte, el art. 5° en términos explícitos establece la posibilidad de que los D.E. se presenten a juicio. También, el art. 5° regula la valoración de la prueba de los D.E. Previo a su análisis, es preciso insistir que este artículo debe interpretarse en consonancia con el art. 3°, en cuanto a que, solo podrán presentarse en juicio como prueba documental los documentos electrónicos que se hallen *firmados electrónicamente*⁵⁵. En caso contrario, no pueden presentarse como prueba documental. Me refiero a este tema, porque la interpretación descontextualizada del art. 3° y estrictamente gramatical lleva a la confusión de que los D.E. no firmados electrónicamente son presentables en juicio. Así lo hace González sosteniendo que:

⁵¹ Mensaje boletín 158-342, Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley sobre firma electrónica y los servicios de certificación de firma electrónica, Santiago, 9 de agosto de 2000.

⁵² Herrera Bravo, Rodolfo, "El documento electrónico: algunas vías de aplicación en el derecho probatorio chileno", en *Revista Electrónica de Derecho Informático (REDI)*, N° 7, Febrero de 1999, http://v2.vlex.com/es/ppv/doctrina/resultados.asp?query_doc=107091&n_orden=0&.

⁵³ De hecho, y como veremos, así acontece con los D.E. que no se hallen firmados electrónicamente.

⁵⁴ Ahora, sabemos que esto se acota a aspectos netamente civiles dado que desde la perspectiva mercantil, "la prueba de testigos es admisible en negocios mercantiles, cualquiera sea la cantidad que importe la obligación que se trate de probar, salvo en los casos en que la Ley exija escritura pública" (art. 128 del Código de Comercio)

⁵⁵ En el mismo sentido Jijena. Véase Jijena Leiva, Renato, **Comercio electrónico, firma digital y derecho : análisis de la ley no. 19.799**, cit., p. 270 y subsiguientes.

“Esos documentos son admisibles en juicio por expresa disposición de la Ley alude a la Ley 19.799, la que pretendió regular en la forma más extensa posible los documentos electrónicos, según se desprende de su título y de las numerosas reglas que hacen referencia al concepto. En efecto, ella dispone que todos los documentos electrónicos ‘podrán presentarse en juicio’ (artículo 5°), con lo que los reconoce explícitamente como medio de prueba aún cuando carezcan de firma electrónica”⁵⁶.

Ahora, aquí hay un par de cuestiones que merecen se rebatidas. Primero, como se señaló que no fue preciso la dictación de la Ley 19.799 para que los D.E. se pudieran presentar en juicio. Lo que hace esta ley es que los D.E. pudiesen presentarse como prueba documental y no a través de peritajes o presunciones como anteriormente acontecía. Segundo, que el autor elabora una exégesis estrictamente gramatical obviando lo prescrito en la segunda parte del inciso 1° del art. 3 de la Ley 19.799 ya comentado y el art. 22 inc. 1° del C.C.⁵⁷.

Decíamos que el art. 5° regula pormenorizadamente el sistema de la apreciación de la prueba de los D.E. Podemos señalar el artículo en comento se distinguen diversas clases de D.E. a la hora de asignar distintos efectos jurídicos: los D.E. públicos (art. 5, n° 1), los D.E. privados suscritos por medio de F.E.A. (art. 5, n° 2) y por descarte, los D.E. privados que no se hallen suscritos mediante F.E.A. (art. 5, inc. final).

Previamente es preciso advertir que respecto de cada uno de ellos, se analizarán las particularidades que tienen y se harán propuestas prácticas para su efectiva presentación a juicio. Por otra parte, se hará referencia a cada clase de D.E. solamente en aquellos puntos en que tengan particularidades distintas a la prueba documental en soporte papel. En lo no tratado, los procesalistas ciertamente tienen mucho más que decir.

Pasemos pues al análisis del art. 5°: .

“Artículo 5°.- 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 tendrán el mismo valor probatorio señalado en el número anterior, en cuanto hayan sido suscritos mediante firma electrónica avanzada.*

En caso contrario, tendrán el valor probatorio que corresponda, de acuerdo a las reglas generales”.

Como he insinuado, el artículo en análisis distingue entre tres clases de documentos. Pasemos a ver cada clase:

⁵⁶ González Hoch, Francisco, Op. Cit, p. 83.

⁵⁷ Art. 22, inc. 1° C.C.: “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”

i) *D.E. públicos* (art. 5, n° 1).

Respecto de estos, debemos reiterar, que conforme a lo establecido por el art. 4 de la misma Ley, dichos documentos deberán estar firmados mediante una firma electrónica avanzada. Ello, implica la certificación previa de un P.S.C. acreditado (art. 2, g)) o en el caso de los Órganos del Estado que se halle acreditado por el respectivo ministro de fe que al efecto establezca el Reglamento sin perjuicio de que pueda contratar los servicios de certificación con privados (art. 9 y 10).

Debemos recordar, que en razón a lo prescrito en los artículos 3 y 6 (ámbito privado y público, respectivamente), establecen una serie de limitaciones para aquellos actos o contratos que aparte de requerir la solemnidad de escrituración contiene otras solemnidades que de momento reduce las posibilidades de emitir tales documentos dado que una buena parte de ellos. Es el caso aquellos actos o contratos que deben almacenarse en ciertos registros o requieren para su constitución de la presencia personal de las partes o del funcionario que lo otorga. Tales D.E. al no ser aptos para ser considerados como solemnidad de escritura, no surten efecto jurídico alguno, por lo que tampoco pueden ser considerados como medio probatorio, ni probar tal acto o contrato por otro medio probatorio (art. 1.701 C.C.). Además, como hemos señalado, el art. 3 y 6 no solamente se refieren a los D.E. como solemnidad de existencia sino que también aluden a los D.E. como medio probatorio. La exclusión del efecto de considerarlos como “escritos” en soporte papel los alcanza también a los D.E. desde la perspectiva probatoria.

Con todo, es factible en la actualidad que los D.E. públicos, que no posean tales solemnidades, tengan plena validez jurídica y que sean presentables en juicio. En este caso, el valor probatorio asignado, al igual que en el caso de los instrumentos en soporte papel, es el de hacer plena conforme a las normas generales (arts. 1.700 y 1.706 C.C.).

Como sabemos, de una de las cosas de que hace plena fe el instrumento público es respecto de su fecha. Respecto del certificado de la F.E.A. emitido por un Órgano del Estado, se requiere que éste además esté sellado temporalmente (*time stamping*) (art. 9). Ello está en absoluta consonancia con el hecho de dar plena fe en cuanto a su fecha.

Por otra parte, en cuanto a la causal de impugnación del D.E. público, creemos que la falta de F.E.A. es causal de nulidad ya que se trata de una solemnidad que permite la existencia misma del D.E. (art. 4, Ley 19.799, art. 1.682 y 1.699 C.C.). En cuanto al resto de las causales de impugnación, se aplican las normas de derecho común, teniendo en cuenta, claro está, de los altísimos niveles de seguridad.

La última particularidad que presenta esta clase de D.E. es el tema de la presentación práctica como prueba, es decir, el cómo efectivamente el juez recibe esta prueba electrónica. Somos de la idea de que puede ser de diversas maneras, tantas sean las formas en que se puede

almacenar un D.E. Por citar solo los ejemplos más conocidos: entregando al tribunal un disquete, un CD-ROM o incluso traer el computador mismo donde se contiene el disco duro⁵⁸. Pero ello es solamente una parte de la presentación de la prueba documental electrónica. En efecto, se presenta la duda de cómo acreditar que tal o cual documento se halla firmado por medio de F.E.A. (y que por ende es auténtico e íntegro). En un estado ideal de cosas, el juez, habiendo recibido el D.E. como medio probatorio, debiera verificar *on line* en el directorio establecido especialmente en la página web del P.S.C. si acaso la F.E.A. se condice con la identidad del signatario⁵⁹. Sin embargo, por el escaso conocimiento –comprensible por lo demás– que se tiene sobre el funcionamiento del sistema PKI es de prever que los Juzgados pidan informes a los P.S.C. a fin de que mediante éste den fe de que la Firma Electrónica Avanzada se ajusta al proceso de elaboración de firma (siendo por ende el D.E. íntegro) y al certificado que establece el correlato entre la F.E.A. y la identidad del suscriptor (siendo por ende auténtico)⁶⁰. Como se ve la presentación en sí del D.E. no tiene mayores complicaciones.

ii) *D.E. privados suscritos por medio de F.E.A.* (art. 5, n° 2).

Quizás dentro de las particularidades e innovación a la vez más notables de la ley en estudio es la consignada en el numeral segundo del art. 5°. Ello, porque por el mero hecho de estar un D.E. privado firmado por medio de una F.E.A. se asigna inmediatamente el carácter

⁵⁸ El profesor Francisco González Hoch, señala que en razón a criterios de seguridad jurídica debiera además del D.E. (almacenado en un disquete) presentarse una copia impresa de un D.E. González Hoch, Francisco, *Op. Cit.*, p. 81.

Sin embargo, disintimos nuevamente del profesor González.

En efecto, ¿qué seguridad jurídica adicional presenta esa copia?. Debemos recordar que la copia impresa *pierde* la firma electrónica (como no es factible firma hológrafa sobre un D.E. tampoco lo es la F.E. sobre el soporte papel). Entonces –sofisticando la pregunta– ¿qué seguridad jurídica adicional presenta esa copia que carece de firma alguna (ni de firma electrónica, ni de firma hológrafa)?. ¿acaso, por el contrario, no estará atentando contra el principio de seguridad jurídica?. Por lo demás, se establece aquí un requerimiento que el legislador no coloca.

⁵⁹ El establecimiento de un directorio de certificados es un modo de distribución de los mismos que permiten de esta manera que esta lista sea pública y asequible a todas las personas. Sin perjuicio de existir otros modos de distribución de los certificados es éste el usado por nuestra legislación. Este servicio es de vital trascendencia para los terceros al momento de confiar en un determinado certificado, con el cual podrán verificar la autenticación de quien emite el mensaje suscrito electrónicamente. Este registro deberá mantener los certificados con los datos requeridos en el art. 15. Asimismo, dicho servicio tendrá que ser proporcionado de forma continua y regular, y los datos contenidos en ella, deberán ser conservados a lo menos durante seis años (art. 12, letra b)).

⁶⁰ No siendo en lo específico un tema propio de este trabajo, debemos señalar que la seguridad de la F.E.A. se halla en último término dada por el hecho de que el suscriptor mantenga siempre bajo su exclusivo control la clave privada que lo identifica. En caso de comprometerla sea dolosa o culposamente y el D.E. es suscrito por un tercero que tuvo conocimiento de la clave privada, en principio, el acto o contrato contenido en el D.E. es nulo (o inexistente para otros) por faltar en él la manifestación de voluntad del verdadero titular de la firma. Sin embargo, ello no obsta a que el titular se hace deudor por los perjuicios que irroge al haber comprometido su clave privada estando obligado por ley a resguardarla con la debida diligencia (art. 24, Ley 19.799)

de plena prueba de la misma forma que los instrumentos públicos. Asistimos de esta manera a una alteración sustancial de cómo veníamos entendiendo la dicotomía entre documento público y privado desde la perspectiva probatoria. En efecto, estamos aquí en presencia de una verdadera homologación de ambos documentos en cuanto a los efectos probatorios. Ya se hace innecesario el trámite del “reconocimiento” (art. 346 CPC)⁶¹, porque el D.E. por el mero hecho de estar suscrito por F.E.A. hace que en nuestra opinión sea reconocido automáticamente por el solo ministerio de la ley. El art. 5, n° 2 de la Ley 19.799 presupone este hecho. Ello porque no es posible alegar la falsedad material o falta de integridad del documento, tampoco su autoría (art. 2°, g)).

Y ello se funda en la posición privilegiada en que se sitúa el uso F.E.A. a fin de establecer una estructura que cumple en mejor medida los requerimientos de integridad e identidad de los documentos que todos los medios que con anterioridad habíamos creado, incluso en aquellos fundados en la firma hológrafa y el soporte papel. El tema es que con esto se generan serios incentivos para el uso de esta infraestructura, para su uso tanto a nivel público como privado. A ello se añade la insospechada posibilidad de cifrar los D.E. a fin de que sea virtualmente imposible o muy difícil que tales documentos puedan ser vistos por terceros⁶².

Ahora, el hecho de que se hayan alterado de tal manera las normas tradicionales en materia probatoria, en particular, esta suerte de reconocimiento automático de pleno derecho nos lleva a sostener que en cuanto a la apreciación misma de la prueba, como las causales de impugnación misma se siguen las normas relativas a los documentos que revisten el carácter de públicos. Ello por expresa disposición de lo establecido por el art. 1.702 del C.C. el que prescribe:

“**Art. 1.702 C.C.** 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 haberlos suscrito, y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos”.

Una última particularidad: en el caso de D.E. privados suscritos por F.E.A. existe una diferencia en el certificado digital respecto del certificado de la FEA los D.E. públicos. Es que en el caso de D.E. privados, el certificado de la F.E.A. que da cuenta de la correlación entre la firma y la identidad del titular de la firma no tiene necesariamente un sellado temporal o *time stamping*. Ello porque la obligación de sellar temporalmente el certificado es vinculante únicamente a los Órganos del Estado (art. 9). Sin embargo, si queremos que el D.E. privado se ciña a las mismas consecuencias probatorias

⁶¹ Con esto no señalamos que se homologa la naturaleza misma de los documentos. Eso obviamente no sería cierto.

⁶² Incluso esto podría ser un problema para la seguridad pública. Piénsese el uso que pudieren darle organizaciones criminales a estos seguros medios de comunicación.

que el D.E. público, en particular, dar fe respecto de la fecha de su otorgamiento, es forzoso concluir que el requerimiento del sellado de tiempo es imprescindible para el caso de los D.E. privados. Es perfectamente factible un documento privado que no señale la fecha de su otorgamiento. No afecta su validez. De ahí la necesidad de aplicar el mismo criterio del sellado de tiempo porque en caso contrario no habría certeza de la fecha de otorgamiento.

En torno a la presentación misma del documento creemos que se ajusta a los mismos términos que hemos aludido a raíz de los D.E. públicos. Nos remitimos a ello.

iii) *D.E. privados que no se hallen suscritos mediante F.E.A.* (art. 5, inc. final).

Indudablemente esta es la clase de D.E. más común de todos y probablemente es aquel documento que tendrá mayor incidencia en el futuro cercano⁶³. De hecho, serán estos los que usualmente serán presentados en juicio. Dentro de ellos se encuentran los D.E. privados que se hallen firmado electrónicamente mas no por medio de F.E.A..

Previamente, es menester señalar que la presentación práctica del D.E. sigue los mismos parámetros sugeridos a raíz de los D.E. públicos por lo que nos remitimos a ello⁶⁴.

En los primeros proyectos de la Ley 19.799, se asignaba un valor probatorio concreto a los D.E. *que no tuviesen F.E. alguna*⁶⁵. Ya hemos hablado sobre el tema. Deseo insistir en que el art. 3 de la ley es elocuente al señalar que se homologan los efectos jurídicos de aquellos D.E. que se hallen firmados electrónicamente. *A contrario sensu*, no es considerado como “escrito” (a efectos de asignarles efectos jurídicos) el D.E. no firmado electrónicamente, sin perjuicio de que en estricto rigor, son D.E., pero que sin embargo se les niega efectos jurídicos desde la perspectiva documental. Creemos que sobre ellos se debiera aplicar lo que sostenía Herrera antes de la dictación de la Ley 19.799, en torno que se podrá adosar a esta clase de D.E. en la prueba pericial y en las presunciones⁶⁶ (sin perjuicio de la limitación que opera en los arts. 1.708 y 1.709 C.C). El alcance probatorio es así sumamente limitado. Sin embargo, la definición de F.E. es tan omnicomprendensiva que no es de sorprender que en muchos casos se suscitarán incidentes en torno a declarar determinado dato es o no una F.E.

Volviendo a los D.E. privados firmados por una F.E. “a secas”, podemos señalar que mediando “reconocimiento” por parte del autor harán plena prueba conforme a las reglas

⁶³ En este momento ya se presentan casos de presentación de correos electrónicos los que ciertamente caen en esta clase de categorías.

⁶⁴ Excluyendo evidentemente el procedimiento de verificación de la F.E.A.

⁶⁵ Mensaje boletín 158-342, Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley sobre firma electrónica y los servicios de certificación de firma electrónica, Santiago, 9 de agosto de 2000.

⁶⁶ Herrera Bravo, Rodolfo, *ibidem*.

generales. Sin embargo, el tema es más dificultoso si se impugna el D.E. Y ello porque los mecanismos de creación de firma son extremadamente heterogéneos. Puede ser desde un documento firmado producto del uso de medios biométricos como simplemente un documento “Microsoft Word” con un nombre escrito al final de éste. En mucho de esos casos pueden los D.E. ser impugnables por falta de integridad y/o de autenticación de las partes.

Por lo mismo, siendo un instrumento de tal naturaleza impugnado, estamos en presencia de un “...hecho que para cuya apreciación se necesitan conocimientos especiales de una ciencia o arte” (art. 411 CPC). En efecto, la prueba en torno a la integridad y autenticidad del D.E. aparece el perito en un rol preponderante a fin de señalar la fiabilidad del D.E., sin perjuicio de que es el juez, en última instancia, quien aprecia conforme a la sana crítica el dictamen del perito (art. 425 CPC). En caso de que el fallo del o los perito(s) no sea del todo elocuente, es factible que éste sea base de una presunción judicial. Pues bien, la apreciación de la veracidad del D.E. dependerá del caso a caso ya que la heterogeneidad a que hemos hecho mención impide establecer un criterio general.

Asimismo, serán relevantes las informaciones que provean los prestadores de servicios de F.E., desde un ISP, un proveedor de servicios de correo electrónico, un determinado portal que controle claves simétricas, etc., que posean datos identificativos de las personas que a través de esos medios firmen electrónicamente⁶⁷. Sin embargo, se presentan aquí ciertas tensiones con el derecho a la privacidad cuestión que no es asunto de este trabajo.

CONCLUSIONES

Como hemos visto, el uso del D.E. en nuestro contexto sigue siendo pobre. La aplicación práctica del D.E. producto del filtro establecido en el propio art. 3 de la ley es aún limitado. Sin embargo, por más críticas que se le pudieran hacer a la ley y a las cuales ya he hecho mención en este trabajo, es forzoso asignarle su justo valor. Es una ley que se erige como una piedra angular, como una base sobre la cual se debiera construir toda una infraestructura tanto legal, consuetudinaria y técnica que permita el reemplazo definitivo del documento tradicional. Y en este sentido, es imposible desconocer su mérito. Lo hace bien. Si bien vamos a tener problemas y complejidades a la hora de presentar un D.E. se puede hacer algo que con anterioridad no era factible: presentarlos en juicio como prueba documental. Este es quizás el avance menos fascinante de la ley, pero sí el más significativo.

Pero el problema de la generalización del uso de las plataformas electrónicas no solamente pasa por ahí. Pasa por un tema de acceso a las tecnologías de la información, por el nivel de conocimiento del uso de las mismas. Pero también lo es el nivel de conocimiento cultural que tengan los actores primordiales en un proceso en torno al fenómeno que hemos

⁶⁷ Ello no obstante de que pueda a su vez reeditarse el problema de la fiabilidad, pero ahora respecto de la veracidad de los datos identificativos.

analizado: el juez, los abogados, peritos, receptores, notarios, conservadores, administradores, comerciantes, etc. De ahí que no haya sido inoficioso partir por lo que es obvio: definir *qué* es un D.E. No entender el problema, es no entender absolutamente nada. Y no entender absolutamente nada es aplicar esta ley de forma errada.

Sin embargo, los términos en que se halla definido el D.E. en la ley es defectuoso. Más aún si se considera que probablemente tal definición fue con fines pedagógicos. Cuestión por lo demás apremiante en este caso, donde la cultura del uso de la terminología relacionada a las tecnologías de la información es generalmente muy baja. Y si es así, lo único que hace es confundir aún más las cosas.

Por otra parte, falta una regulación en torno a los D.E. no firmados electrónicamente. Ello, porque estrictamente son D.E, pero sin embargo no son regulados de manera alguna. Creemos que desde la perspectiva probatoria son presentables en juicio como lo propuso Herrera antes de la dictación de la Ley 19.799, es decir, a través de los peritos y de las presunciones.

Por último, hace falta una regulación en el caso de los D.E que están configurados en archivos multimedia (sonidos e imágenes). Si bien somos de la idea de que en la medida de que estén firmados electrónicamente, son considerables como '*escrito*' para efectos legales, creemos que debió haber un pronunciamiento expreso en torno a la materia. Más aún, si la propia definición de D.E. adopta el criterio amplio de documento.

BIBLIOGRAFÍA

1. Constitución Política de la República de Chile.
2. Código Civil.
3. Código de Comercio.
4. Código de Procedimiento Civil.
5. Código Orgánico de Tribunales.
6. Ley N° 19.799. sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, D.O. 12.04.02
7. Ley 18.046 sobre sociedades anónimas, D.O. 22.10.81.
8. Ley 4.097 sobre contrato de prenda agraria, D.O. 25.10.26.
9. Ley 3.918 sobre sociedades de responsabilidad limitada, D.O. 14.03.23.
10. Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, 24 de junio de 1857.
11. Reglamento para el Registro de Comercio, 1 de agosto 1866.
12. Decreto 181 del Ministerio de Economía, Reglamento de la Ley 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, D.O. 17.08.02.
13. Historia de la Ley, Compilación de textos oficiales del debate parlamentario de la Ley 19.799 sobre documento electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, 2001.

14. Moción presentada por los Diputados Patricio Walker y Alberto Espina sobre un Proyecto de Ley sobre comunicaciones electrónicas.
15. Boletín N° 2348-07, "Proyecto de ley sobre documentos electrónicos" de los Senadores señores Boeninger, Hamilton, Larraín, Romero y Viera-Gallo, 9 de junio de 1999.
16. Mensaje boletín 158-342, Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley sobre firma electrónica y los servicios de certificación de firma electrónica, Santiago, 9 de agosto de 2000.
17. Mensaje boletín 2571-19, Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley sobre firma electrónica y los servicios de certificación de firma electrónica, Santiago, 29 de agosto de 2000.
18. Decreto de Hacienda 1015 de 1995, establece las normas en virtud de las cuales el Director Nacional de Aduanas podrá autorizar a los despachadores de aduanas para formalizar sus declaraciones mediante un sistema de transmisión electrónica de datos, Santiago, Chile, D.O.11 de febrero de 1995
19. Resolución Exenta del SII N° 1515, que establece normas que regulan el uso de la firma electrónica en el ámbito tributario, 15 de febrero de 2001.
20. Decreto Supremo N° 81 que regula el uso de la firma digital y los documentos electrónicos en la administración del Estado, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, 26 de junio de 1999.
21. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI - UNCITRAL), "*Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (con la guía para su incorporación al Derecho Interno)*", 1996,
22. Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, España, .
23. Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (Ley Federal de Firma Electrónica de los EEUU), del 8 de junio de 2000.
24. Directiva 1999/93/CE del Parlamento europeo y del Consejo del 13 de diciembre de 1999 por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica,
25. Ley N° 2000-230 de 13 de marzo de 2000, (J.O. Num. 62 du 14 Mars 2000 page 3968), Ley de la República de Francia que modifica el Código Civil sobre adaptación del derecho de prueba a las nuevas tecnologías de la información y relativa a la firma electrónica.
26. Fernández Acevedo, Fernando, "Responsabilidad Civil de los Prestadores de Servicios de Certificación", en *Revista Alfa-Redi*, N° 109, octubre de 2002,
27. Fernández Acevedo, Fernando. *El Documento Electrónico en la Ley 19.799*. 2003. Santiago de Chile: trabajo de seminario de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.
28. Font, Andrés. **Seguridad y Certificación en el Comercio Electrónico: Aspectos generales y consideraciones estratégicas**. 2000. Madrid: Ed. Biblioteca Fundación

Retevisión.

29. Gaete González, Eugenio. **Instrumento Público Electrónico**. 2000. Barcelona, España: Ed. Bosch.
30. González Hoch, Francisco. “La prueba de las obligaciones y la firma electrónica”. *Revista Chilena de Derecho Informático*, Universidad de Chile, N° 2, mayo de 2003
31. Herrera Bravo, Rodolfo, “El documento electrónico: algunas vías de aplicación en el derecho probatorio chileno”, en *Revista Electrónica de Derecho Informático (REDI)*, N° 7, Febrero de 1999,
32. Jijena Leiva, Renato, “Naturaleza jurídica y valor probatorio del documento electrónico, el caso de la declaración de importación o mensaje CUSDEC”, en Asociación chilena de usuarios de Internet, 1999, .
33. Jijena Leiva, Renato. **Comercio electrónico, firma digital y derecho: análisis de la ley no. 19.799**. 2002. Santiago: Ed. Jurídica de Chile.
34. Pinochet Olave, Ruperto, “El Documento Electrónico y la prueba literal”, en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 8, N° 2, 2002.
35. Ruiz, Fernando, “El Documento Electrónico frente al Derecho Civil y Financiero”, en *Alfa-Redi*, N° 16, noviembre de 1999, .