

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: SEGURIDAD JURIDICA DEL DOCUMENTO ELECTRONICO.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación contiene un estudio doctrinal acerca del tema de la seguridad jurídica del documento electrónico, el mismo contiene un artículo de lo que es la fuerza probatoria de los documentos electrónicos y lo que es el documento electrónico en el derecho civil chileno

SUMARIO

Índice de contenido

DOCTRINA.....	2
Fuerza Probatoria de los documentos electrónicos.....	2
El principio de prueba por escrito.	8
Principio de autenticidad.....	10
Principio de integridad.....	10
Principio de no repudio.....	11
El documento electrónico en el derecho civil chileno. Análisis de la Ley 19.799.....	12
Introducción	12
El documento electrónico desde la perspectiva teórica	13
Noción del documento electrónico en la 19.799.....	17
Efectos jurídicos asignados a los d.e en la ley 19.799	22
Conclusiones.....	38
FUENTES UTILIZADAS.....	39

DOCTRINA

Fuerza Probatoria de los documentos electrónicos¹

[Revista de Derecho Informático Alfa Redi]

Con el avance de la tecnología, el ordenamiento jurídico ha tomado en consideración la actividad de "documentación" a causa de su importancia social, y para ello, dicta a su respecto la disciplina bajo diversos perfiles. En este sentido, el Derecho, como ciencia, busca reglamentar las distintas clases o especies de documentos existentes, ya sea por su forma, su eficacia como medio de prueba y, a veces, como condición de validez de los actos jurídicos; mediante normas penales prevé y sanciona los delitos de adulteración y tutela la fe pública, es decir, la confianza de cada uno en la genuinidad, autenticidad y veracidad de los documentos y, por tanto, en su eficacia.

El documento per se es definido como una cosa que hace conocer un hecho, y es contrapuesto al testigo, que es una persona que narra, y no una cosa que representa. Es así, que a la amplitud de definiciones que se le puede dar a un documento, el legislador y la doctrina tienden a identificar el documento en general con el documento escrito. En este sentido, las nuevas tendencias del Derecho y la tecnología han identificado la existencia de una especie de documento: "el documento electrónico", la cual podría definirse como toda representación electrónica que da testimonio de un hecho, una imagen o una idea.

No obstante, diferentes autores del universo jurídico discuten día a día sobre el valor o fuerza probatoria de un documento electrónico, la cual se ha dado primordialmente por las responsabilidades contractuales de la transferencia internacional de fondos, contrataciones por medio de las redes (Internet), los actos de voluntad enmarcados a través de los medios telemáticos y en general, la mayoría de los documentos que se pueden generar en estas actividades tecnológicas de la vida cotidiana, en la que no gozan de la seguridad jurídica que la estructura de un Estado le ofrece al resto de las actividades ordinarias de menor tecnología.

Es conocido por la doctrina y por ejemplo en el caso de mi país (Panamá) que los documentos pueden ser públicos o privados, en que la mayoría son particulares por el simple hecho que registran mayor incidencia en la elaboración de los mismos, por lo que esos actos representados en un papel -tradicionalmente- ameritan ser

probados en un proceso, ya sea civil, comercial, penal, entre otros. Además, el documento privado requiere de un índice o grado mayor de elementos probatorios que los que pueden emitir las autoridades gubernamentales por razón de esa calidad que ostentan. La forma tradicional de documentación la podemos encontrar en la impresión de libros, folletos, fotocopias, entre otros; sin embargo, la Ley ha reconocido otros tipos de documentos, la cual encontramos en documentación de soportes magnéticos y microfichas electromagnéticas o "chips" de computadoras, las cuales cumplen igual rol de almacenamiento de información, pero es gracias a la tecnología, que los documentos sobre la base material de papel serán reemplazados por soportes electrónicos, por razón de que su existencia en el tiempo será más prolongada sin deteriorarse y pueden examinarse con mayor facilidad su contenido, pues, ha sido precisamente la preocupación del Derecho el reconocer la legitimidad de un documento antiguo y poder certificarlo con facilidad, sin que se desvirtúe por los años.

Es muy importante señalar que en algunos países de Latinoamérica, incluyendo Panamá, con anterioridad al surgimiento de una ley regulatoria del denominado "comercio electrónico" y "firma digital", disponían de normas específicas para remediar el defecto de la veracidad o falsedad que pueden atribuirse a los documentos electrónicos. Así encontramos, en Panamá, la Ley N°11 de 22 de enero de 1998 "Por la cual se regula el almacenamiento tecnológico de documentos y se adoptan otras disposiciones", la cual establece ciertas presunciones y excepciones al momento de la valoración de un documento electrónico, pero con el surgimiento Ley 43 de 2001 (Sobre Comercio electrónico, firma digital y entidades de certificación), el juzgador tiene a su alcance otro método que brinda mayor certeza del contenido de un documento electrónico.

Los documentos electrónicos, los cuales podrían ser el almacenamiento tecnológico de documentos (ATD), son aquellos sistemas que permiten reducir grandes volúmenes de datos en espacios pequeños y que estando organizados, permiten su fácil ubicación y referencia. Estos incluyen tres sistemas técnicos existentes en la actualidad a disposición de las autoridades panameñas dentro del Órgano Ejecutivo, y que son: microfilmación, el sistema óptico y el sistema magnético. En este sentido, los medios de soporte aceptados legalmente por el Almacenamiento Tecnológico de Datos son los discos ópticos no regrabables en cualquiera de sus manifestaciones similares, ya sean CDs, DVDs y los WORM, imponiendo como condición para los mismos los registros de integridad y fidelidad de los datos originales registrados en

estos, como lo señalaremos más adelante, y que está establecido en la Ley 43 del 2001, que ya hemos hecho referencia.

Ya el artículo 3 de la Ley 11 de 1998, estableció como requisitos de los documentos tecnológicamente almacenados, que contengan: nitidez, conservación, la recuperación de documentos electrónicos, los procedimientos de verificación, registro del sistema de almacenamiento de documentos y los requisitos tecnológicos de los sistemas de almacenamiento de datos.

Así tenemos, que el legislador en su afán de equiparar los documentos almacenados tecnológicamente estableció en el artículo 2 de la Ley 11 de 1998 la sujeción de estos al régimen legal de los documentos originales y para ello introdujo modificaciones específicas dentro del Código Civil, el Código Judicial y tipificó penalmente la alteración de los documentos en general, entre ellos, el documento electrónico.

Dicho artículo 2 de la Ley 11 de 1998, reza así:

"Artículo 2: Los documentos almacenados tecnológicamente conforme esta Ley, las películas, reproducciones y certificaciones debidamente autenticadas, tendrán el mismo valor jurídico que los documentos originales, se someterán al régimen legal de los originales y podrán ser impugnados de la misma manera que estos."

El artículo 9 de la ley 11 de 1998, modifica el artículo 860 del Código Judicial, de la siguiente manera:

"Artículo 9: El segundo párrafo del artículo 860 del Código Judicial queda así:

Artículo 860:...

Si el juez o la parte contraria lo solicitare, deberá ser exhibido el documento original, siempre y cuando este no haya sido almacenado tecnológicamente conforme a la ley."

La norma transcrita es clara al señalar que si el documento omite cualquiera de los puntos anteriores no tiene valor jurídico como prueba original, salvo que sea reconocido por la parte, aún cuando puede ser complementada la prueba indiciaria mediante testimonios que aumenten su credibilidad; sin embargo, se señala una excepción de esta prueba complementada, en el aspecto contractual civil.

La disposición legal establece el deber de exhibir el documento

original en aquellos casos en que el mismo no se encuentra almacenado tecnológicamente, lo que da oportunidad de presentar copia o reproducción de los documentos electrónicos debidamente acompañados de certificaciones expedidas por el Jefe de Archivo de la entidad pública o privada que los custodia.

En materia civil, el artículo 8 de la Ley 22 de 1998, modificó el artículo 1103 de la siguiente manera:

“Artículo 1103: Deberá haber prueba por escrito para acreditar contratos y obligaciones que valgan más de cinco mil balboas, salvo que se trate de documentos almacenados tecnológicamente conforme a la ley. Si no hubiere prueba por escrito o prueba de documentos almacenados tecnológicamente, conforme a la ley, no se admitirá prueba de testigos.”

Con estas modificaciones expuestas, percibimos que el legislador tuvo la intención de equiparar las pruebas que se encuentran almacenadas tecnológicamente con las que están escritas en un soporte tradicional (papel), dándole el carácter de originalidad diferida por ley y de prueba instrumental concluyente, atribuyéndole el principio de prueba por escrito, lo cual sucede cuando el contrato u obligación posee una cuantía superior a cinco mil balboas (B/.5,000.00), no admitiendo la prueba de testigos para acreditar los hechos jurídicos antes mencionados, siempre que no conste prueba en contrario que las desvirtúen.

Como consecuencia de esta modificación a la legislación civil de contratos, nos encontramos con tres efectos:

- 1) un aumento en la cuantía contractual para los documentos escritos;
- 2) la introducción de una excepción al incluirse los documentos almacenados tecnológicamente, con su consecuente homologación entre las pruebas por escrito, y
- 3) las pruebas de documentos almacenados tecnológicamente.

En el aumento de la cuantía contractual se establece la equiparación entre las pruebas escritas (tradicionales) y aquellos que estén almacenados tecnológicamente, cuando se trate de obligaciones que deban constar registradas permanentemente, o bien de contratos cuyo contenido, monto o cuantía debe ser igualmente guardado y preservado con el fin de ser exhibidos posteriormente para que se dé cumplimiento a lo pactado en el acuerdo de voluntades.

Referente a la homologación entre las pruebas por escrito y las pruebas de documentos almacenados electrónicamente, la norma adecua a la realidad económica la cuantía de todas aquellas transacciones, contrataciones, acuerdos y demás actos privados que se generen en el uso cotidiano de las redes informáticas, excluyendo de la necesidad de prueba escrita todas estas que siendo generadas de forma telemática tengan una cuantía superior a los B/.5,000.00.

En el aspecto procesal, al fijarse esta cuantía se puede presentar esta clase de prueba en los procesos ordinarios de mayor cuantía y a contrario sensu se permite la declaración de testigos en este tipo de procesos, cuando la cuantía es inferior a la cantidad señalada por la norma, es decir, si fuera un reclamo de capitales menores a cinco mil balboas (B/.5,000.00) y los intereses pendientes aumentaran la cuantía debe permitirse la práctica de testimonios que confirmen la existencia de la obligación principal.

Finalmente podemos decir que se establece una excepción de los documentos almacenados tecnológicamente, es decir, entre las pruebas que requieren subsidiariamente de otras, ya que se establecerá que es plena prueba tal como si fuera un documento escrito e igualmente prescinde de la prueba testimonial para dar una convicción del contenido ideológico de lo almacenado tecnológicamente.

La Ley 11 de 1998 tipifica la alteración o adulteración de los documentos electrónicos como una extensión del delito Contra la fe Pública, con la cual la dimensión de la información contenida en este tipo de documento se reviste del carácter de bien jurídico protegido, tal como preceptúa:

"Artículo 4: Las personas que incurran en cualquier alteración o adulteración de las películas, microfichas, discos o certificaciones, antes, durante o después de la fecha de reproducción del documento respectivo, responderá penalmente por su actuación y quedarán sujetos a las sanciones tipificadas en el Título VII, Libro II del Código Penal, relativo a los delitos contra la fe Pública sin perjuicio de la responsabilidad civil o administrativa que pudiera corresponderles."

El documento electrónico utilizado en sí como prueba, es muy compleja, ya que deben utilizarse otros medios probatorios, tal como hemos indicado con anterioridad, para acreditar en un proceso

aquellos actos instrumentales o privados que estando debidamente amparados bajo el régimen legal que los establece, y pueden ser objeto probatorio de hechos substanciales adecuados por las partes con el fin de producir la formación del juicio crítico de valor procesal en el juzgador.

La prueba del documento electrónico contiene una gama variada de medios probatorios de los cuales se pueden citar los documentos electrónicos en soporte óptico no regrabable, la presentación de copias de respaldo de estos documentos debidamente certificados y reproducidos a través de sistemas legalmente reconocidos, siendo ambas pruebas directas de los hechos con relevancia jurídica en un proceso.

En nuestro ordenamiento, en el cual rige el principio de la sana crítica y la experiencia, no hay ningún obstáculo a la posibilidad de las partes de producir y para el juez de admitir como medios de prueba los documentos electrónicos, ya sea en un proceso civil, comercial, penal o administrativo.

La posibilidad de producir o de admitir los documentos electrónicos como medio de prueba, significa que no hay norma alguna que inhíba al juez para utilizar los documentos electrónicos como medios de prueba, que prevea la admisibilidad sólo en el caso de falta de otros medios de prueba o que imponga una determinada eficacia probatoria de ellos. Esto, por lo demás, no significa que al documento electrónico el juzgador deba, en todos los casos, atribuirle plena admisibilidad sino después de una adecuada valoración de la autenticidad y de la seguridad del documento electrónico.

Esta clase de prueba acoge el principio de "prueba por escrito" la cual admite complementarse mediante el testimonio de los partícipes en aquellos actos de formación del documento almacenado tecnológicamente lo cual permite aducir presunciones jurídicas en cuanto a la certeza del contenido de las certificaciones que se hacen de los documentos en copia o de respaldo y cuyos originales se hayan depurado o destruido, siendo considerado este tipo de prueba de documento electrónico como una prueba indirecta pero legítima de los mismos hechos substanciales dentro de un proceso.

En esencia, toda prueba debe cumplir con elementos que obedecen a principios jurídicos generales de los cuales se sustente su legitimidad, lo que para la doctrina pueden presentarse según la normativa que los establece.

Los documentos electrónicos como prueba pueden señalarse bajo los siguientes principios: el principio de prueba por escrito, el principio de autenticidad, el principio de integridad y el principio de no repudio.

Estos tres últimos principios son aportes comunes de la doctrina dentro del Derecho Informático aplicables tanto al documento electrónico como a la firma electrónica.

El principio de prueba por escrito.

Este principio es parte de las reglas probatorias revestidas de formalidades y/o solemnidades para las instituciones públicas, escritos públicos y documentos públicos, que al estar sometidos al almacenamiento tecnológico en soportes autorizados por ley, levantan o relevan las exigencias judiciales del escrito tradicionalmente contenido en forma impresa o analógica.

Así, el autor ETTORE GIANNANTONIO señala que "el principio de libre valoración de las pruebas por parte del juez no excluye que en nuestro ordenamiento jurídico hayan permanecido numerosas huellas del originario sistema de valoración legal de las pruebas."

La norma nacional sienta un precedente en materia de prueba sustancial, pues, la Ley 11 de 1998, en su artículo 7 crea una superación a los límites anteriores que el ordenamiento civil daba a las pruebas escritas estableciendo a esta nueva categoría de documento electrónico la posibilidad de acreditar mediante prueba de testigos, contratos y obligaciones superiores a la cuantía legal como cualquier obligación o hecho jurídico que surge como causa probable en cualquier proceso.

En el caso de instrumentos públicos, el principio de prueba por escrito conviene solamente a los actos jurídicos en donde existe la obligación para los intervinientes excluyendo a terceros. En los casos de documentos públicos no instrumentales, la copia autenticada mejorada por medios tecnológicos de almacenamiento documental y su correspondiente certificación del mismo produce el mismo efecto que si el original se hubiese presentado, pues son escritos bajo las mismas condiciones antes señaladas.

Cuando se dice que este principio de prueba por escrito está complementado, se debe entender que es una prueba iuris tantum, es decir, permite prueba en contrario, ya que se reputa falso el documento o se da la tacha de un testigo que participa en

confirmar la veracidad o no del documento.

Esto último no cumple con la premisa de que está prohibido probar por otro medio diferente del escrito contra otro escrito que por su contenido tal como quedó redactado en el artículo 1103 del Código Civil, reformado por el artículo 8 de la Ley 11 de 1998.

Es preciso señalar que si ante la pérdida de copias de respaldo y después de destruido los originales, no se pudiera acreditar actos contractuales o hechos documentarios públicos, basta indicar que el principio de prueba por escrito permite que todo acto que debió contar por escrito y que procede del demandante contra el demandado hace verdadero el hecho alegado, lo cual produce que procesalmente en materia civil como en materia mercantil o derecho penal se necesite complementar la prueba de documento electrónico, a fin de aplicar el principio de prueba por escrito, ya que sin esta aplicación preventiva no puede declararse una plena prueba de los hechos alegados, siendo perfeccionable cuando es complementada mediante testimonios, indicios u otras presunciones legales.

En similar criterio, dispuso el mencionado autor ETTORE GIANNATONIO al señalar que "el legislador en algunos casos limita la admisibilidad de determinados medios de prueba, en otros les determina a priori la eficacia, y en otros aún recurre sin vacilar a las presunciones legales".[2]

El artículo 6 de la Ley 43 del 2001, dentro del Capítulo II (Aplicación de los Requisitos Jurídicos a los Mensajes de Datos), Título I (Comercio Electrónico y Documentos Electrónicos en General) establece taxativamente que cuando la ley requiera que la información conste por escrito, los actos y contratos otorgados o celebrados, por medio de documento electrónico, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito en soporte de papel.

Sin embargo, dichos actos y contratos celebrados mediante documentos electrónicos deben cumplir con una serie de requisitos, conforme la Ley 43:

1. Que la información que éste contiene sea accesible para su posterior consulta.
2. Que el mensaje de datos sea conservado con el formato original en que se haya generado, enviado o recibido o con algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida.

3. Que se conserve, de haber alguno, todo dato que permita determinar el origen y el destino del mensaje, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido.

En este punto de prueba por escrito, la Ley 43 hace una excepción en el sentido de que nos e aplicará la disposición legal referida en cuanto a los actos para los cuales la ley exige una solemnidad que no sea verificable mediante documento electrónico; los actos jurídicos para los cuales la ley requiera la concurrencia personal de alguna de las partes; y, los actos jurídicos relativos al Derecho de Familia.

Principio de autenticidad.

Este principio está vinculado, como se dijo anteriormente, a la doctrina, específicamente al Derecho Informático, así como a la Ley 11 de 1998, que dispuso que las certificaciones hechas por los jefes de archivo tienen el mismo valor que los documentos originales, por ello, se presumen auténticos todos los documentos almacenados tecnológicamente que son generados por sistemas tecnológicos debidamente registrados y que está verificado si el jefe de Archivo es idóneo por ley. En la actualidad, este principio se cumple fielmente con las llamadas "Entidades de Certificación" que regula la Ley 43 del 2001.

Principio de integridad.

Este principio se deriva de que los documentos electrónicos, así como la firma digital y el mensaje de datos, tal como lo establece la Ley 43 del 2001, sean fielmente reproducidos en los sistemas ópticos y su contenido en los documentos originales ha cumplido con las formalidades ordinarias requeridas por la ley y que no adolecen de defectos en sus requisitos de validez y forma, teniendo originalmente registrado y aprobados tales sistemas tecnológicos por el Departamento de Archivo, que podría ser a manera de ejemplo, el Registro Público.

A tenor de este principio surge la exigencia reglamentaria y técnica de utilizar medios de digitalización ópticos que permitan almacenar documentos sin edición alguna en forma íntegra y con fidelidad, igual que el documento original y manteniendo el orden consecutivo en el que se creó, tal como se desprende del artículo

4 del Decreto Ejecutivo N°57 de 1999.

Es en atención a este principio de integridad que se asigna la carga de la prueba a la parte que mantenga que los datos han sido alterados, demostrándose la insuficiencia del procedimiento de seguridad empleado.

Así, pues, los documentos electrónicos gozan de la presunción de que los datos no han sido alterados, garantizándose que los elementos contractuales son válidos, hasta que se demuestre lo contrario por vía de los fallos en los procesos de seguridad, o bien por la manifiesta alteración de los documentos electrónicos al ser cotejados con los originales si existiere con copia de respaldo, por la parte que los refuta de falso.

Principio de no repudio.

Este principio también es conocido como fidelidad.

Señala CARLOS BARRIUSO RUÍZ en su obra "La Contratación Electrónica", que la no repudiación o fidelidad previene a los clientes y a los comerciantes de negar que ellos han recibido o enviado un mensaje en particular.

En nuestro caso de documento electrónico, el no repudio se refiere a que ninguna de las partes puede negar la falsedad del documento.

En conclusión, la propia Ley 43 del 2001 ha establecido que las actividades reguladas por esta Ley se someterán a una serie de principios, siendo los más importantes para el caso que nos ocupa, el principio de equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel y equivalencia funcional del comercio tradicional con el comercio electrónico. En cuanto a la admisibilidad de los documentos electrónicos como prueba, al igual que las firmas electrónicas y mensajes de datos, el juzgador tomará en cuenta las disposiciones contenidas en el Capítulo III (Documentos), del Título VII (Pruebas) del Libro II (Procedimiento Civil) del Código Judicial, y al momento de valorarlas tomará en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas, teniendo en cuenta la confiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información y la forma en la que se identifiquen a su iniciador y a cualquier otro factor pertinente.

El documento electrónico en el derecho civil chileno. Análisis de la Ley 19.799²

[Biblioteca científica Scielo]

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.

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) .

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 declaraciones. Estrictamente entendidos, los documentos son escritos o escrituras" (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".

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

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". 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. 2, letra d, Ley 19.799).

Para efectos de esta obra, adoptaré la noción de Carnelluti. 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.

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 electromagnético en contraposición al soporte papel. 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".

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 conceptuar 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 recuperación.

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 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.). 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 documento 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 clase.

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 comunicación. Éste es propiamente el lenguaje computacional".

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" 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". 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 multimedios; 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"

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.

Noción del documento electrónico en la 19.799

La legislación específica sobre los documentos electrónicos es somera. Su regulación 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") 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 2.- 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 Carnelutti, 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.

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 2.- 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 óptico (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". 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 magnetofónica, cosa que, por cierto, no lo es. De ahí que su tenor literal presta a confusión.

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 Electrónico 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 quería.

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. 2, 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. 1 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. 1, inc. 3: "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..."

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 electrónicamente, 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 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".

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 electrónico 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 del SII N 151530. Lo mismo acontecía con el derogado DS N 81 de 1999. 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° 2348-07 y el Mensaje boletín 2571-19 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 señalando. 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 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 hecho.

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.

Efectos jurídicos asignados a los d.e en la ley 19.799

Firma Electrónica (F.E.)

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 palabra. 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 gráfico. 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. 3, inc. final consagra esta homologación:

Art. 3, 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)

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 borrador 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 leída o utilizada por quien 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 Reglamento.

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 efectuada.

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. que sin estar firmados electrónicamente no son considerados como "escritos" para efectos legales.

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 partes.

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 escritos". (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:

- 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 electrónico.

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 posibilidad.

La letra b) del inc. 2 del art. 3 de 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 públicas (art. 405 C.O.T.).

Por último, la letra c) del inc. 2 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 personalísimos".

Como vemos, pasado por el filtro del inc. 2 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.

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 registrarán 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.

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. 3 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. 2, 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. 2 repite lo consignado en el art. 4 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 temporalmente.

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 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 comento:

"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 mensuales".

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. 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 testimonial.

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. 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:

"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 ".

Ahora, aquí hay un par de cuestiones que merecen ser 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.

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:

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 duro. 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 signatario. 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). 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 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), 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 terceros.

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 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 cercano. 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 ello.

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. 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 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 electrónicamente. 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 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.

Abreviaciones:

D.E.: Documento Electrónico.

F.E.: Firma Electrónica.

F.E.A.: Firma Electrónica Avanzada.

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

FUENTES UTILIZADAS

1 REVISTA DE DERECHO INFORMÁTICO ALFA REDI. Derecho y nuevas tecnologías. Fuerza probatoria de los documentos electrónicos.[en linea] Sitio web consultado el 11 de abril del 2007 en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1064>
ISSN 1681-5726

2 BIBLIOTECA CIENTÍFICA SCIELO. El documento electrónico en el derecho civil chileno. Análisis de la Ley 19.799. [en linea]. Sitio web consultado el 11 de abril del 2007 en:
http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122004000200005&script=sci_art_text