

LA EFICACIA PROBATORIA Y LA LEY DE FIRMA ELECTRÓNICA*

Carola Canelo Figueroa

Abogado

Profesor Instructor Derecho Procesal

Universidad de Chile

SUMARIO: I.- IMPORTANCIA DE LA LEY N° 19.799 EN RELACIÓN A LA EFICACIA PROBATORIA DEL INSTRUMENTO ELECTRÓNICO.- II.- EFICACIA PROBATORIA DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO.- a) Instrumento público electrónico.- b) Instrumento privado electrónico.- c) Implicancias con respecto a la aplicación de los artículos 1708 y 1709 del Código Civil.- III.- ¿CÓMO SE ACOMPAÑAN LOS INSTRUMENTOS ELECTRÓNICOS EN JUICIO?.- IV.- IMPUGNACIÓN DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.- V.- VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO.- VI.- EXPERIENCIA INTERNACIONAL.- VII.- CONCLUSIONES.-

I.- IMPORTANCIA DE LA LEY N° 19.799 EN RELACIÓN A LA EFICACIA PROBATORIA DEL INSTRUMENTO ELECTRÓNICO.

La Ley N° 19.799 sobre firma electrónica, publicada en el Diario Oficial el 12 de abril de 2002, (en adelante la «Ley») admite la presentación en juicio de documentos electrónicos y regula su eficacia probatoria.¹ La Ley permite que los documentos electrónicos sean presentados en juicio no sólo como medios de prueba sino también para otros efectos, como por ejemplo, para acreditar personería o como instrumentos fundantes de la demanda.

Cabe preguntarse, *¿era necesario que una ley especial reconociese la posibilidad de presentar documentos electrónicos en juicio y particularmente regular su valor probatorio?* Tratándose de estos documentos que son creados, transmitidos, almacenados y comunica-

* Ponencia pronunciada en el "Seminario Firma Electrónica en Chile. Ley 19.799", organizado por el Centro de Estudios en Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, entre los días 24 de junio y 22 de julio de 2002.

¹ El artículo 5 de la Ley prescribe: «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».

dos por medios electrónicos, ¿era necesario una norma diversa a la ya señalada por ley para los instrumentos manuscritos en soporte de papel?

Sobre la base de que en Chile el sistema probatorio es regulado por ley, podemos argumentar que era necesario que mediante un acto legislativo se reconociese que los documentos electrónicos pueden ser presentados en juicio y tener valor o eficacia probatoria.

En efecto, en Chile la ley se ha encargado de enumerar en forma taxativa los medios de prueba legal que el juez debe admitir, la ley señala su valor probatorio, quién tiene la carga de la prueba² y la forma de rendirla.

El artículo 1698 inciso 2 del Código Civil señala cuáles son los medios probatorios, el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil enumera a su vez los medios de prueba legal y lo propio hace el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal. También hay ciertas normas dispersas en la legislación que enumeran otros medios de prueba legal, como por ejemplo, el certificado emitido por ministro de fe en virtud de orden del tribunal competente³ y los libros de comercio regulados por el Código del ramo.

Ya el legislador tuvo que reconocer la posibilidad de presentar los llamados «modernos medios de prueba» en el juicio penal. En efecto, el artículo 113 bis del Código de Procedimiento Penal estableció la posibilidad de presentar en juicio películas cinematográficas, fotografías, y otros sistemas de reproducción de la imagen y del sonido, versiones taquigráficas y en general, cualquier medio apto para producir fe, a los que señaló, el juez puede atribuir el valor de base de presunción judicial o indicio.

Desde este punto de vista, resulta lógico pensar que era necesario que una ley prescribiera expresamente la admisibilidad de los documentos electrónicos en juicio y regulara su valor probatorio. Además, y en este mismo sentido, no debemos olvidar que la omisión de trámites declarados esenciales por la ley, tales como, la agregación de los instrumentos oportunamente presentados por las partes y la práctica de diligencias probatorias que podrían producir indefensión a alguna de las partes, es causal suficiente para interponer el recurso de casación en la forma.⁴ De esta manera resultaba crucial que el legislador reconociese el documento electrónico y su eficacia probatoria en forma expresa, a fin de evitar todo tipo de confusiones y vicios de nulidad en juicio en caso que alguna de los litigantes presentare este tipo de medio probatorio.

² El artículo 1698 del Código Civil dispone: «Incumbe probar las obligaciones o su extinción, al que alega aquellas o ésta». Esta norma se estima que es de aplicación general en nuestra legislación.

³ Artículo 427 inciso 1 del Código de Procedimiento Civil.

⁴ Artículo 768 regla 9 del Código de Procedimiento Civil, en relación a los artículos 795 N°s 4 y 5 y 800 N°s 2 y 5 del mismo Código.

En esta misma línea argumentativa, debemos recordar que la infracción de las leyes reguladoras de la prueba, que son aquellas que enumeran los medios probatorios, determina su eficacia o mérito y resuelven cuál de ellos debe primar en caso de contradicción, hace procedente el recurso de casación en el fondo cuando tal infracción ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

No hay duda entonces, que era necesario que el legislador reconociese el documento electrónico como medio probatorio, de lo contrario, el juez se habría visto con reales dificultades a la hora de apreciar la admisibilidad de la prueba electrónica y de apreciar su valor probatorio y más aún de poder compararlo con otros medios de prueba. Desde este punto de vista, podemos argumentar que el legislador incurrió en una grave omisión al dictar la Ley N° 19.223 sobre delitos informáticos sin haber reconocido en texto legal expreso la admisibilidad de los documentos electrónicos como medios de prueba en juicio, especialmente si se considera que la forma lógica de acreditar tales delitos es mediante el uso de los instrumentos electrónicos e información almacenada en computadores y programas computacionales. A falta de dicha norma legal expresa, los instrumentos electrónicos sólo podían llegar a tener el valor de base de presunción judicial o indicio en conformidad al artículo 113 bis del Código de Procedimiento Penal ya mencionado.

II.- EFICACIA PROBATORIA DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Ahora bien, veamos cómo la Ley de Firma Electrónica regula el valor probatorio de los documentos electrónicos.

La Ley se inspira en el principio de la equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel.⁵ Este reconocimiento legal es fundamental para otorgar a los sujetos la seguridad de que las declaraciones, los actos y contratos que se celebren electrónicamente podrán ser probados en juicio con posterioridad, así como los derechos y las obligaciones que de ellos surjan para las partes. De nada habría servido la Ley si ésta sólo se hubiese limitado a reconocer validez a los actos electrónicos y no hubiese regulado también su valor probatorio en juicio.

Además, de la definición legal de documento electrónico que incluye el almacenamiento del documento para su uso posterior, se puede deducir que una de sus funciones será justamente la de servir con posterioridad como prueba instrumental.

⁵ Artículo 1 inciso 2 de la Ley.

a) Instrumento público electrónico⁶

El artículo 5 de la Ley prescribe que los instrumentos públicos electrónicos harán plena prueba de acuerdo con las reglas generales. Sin embargo, el artículo 4 de la Ley señala que los instrumentos públicos electrónicos deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada para tener la calidad de tales.

Como es de nuestro conocimiento, el instrumento público se caracteriza por estar revestido de autenticidad, esto es, que hace plena prueba en cuanto al hecho de haberse otorgado, la fecha de su otorgamiento, y que las declaraciones que en él se contienen fueron las declaraciones que hicieron las partes.⁷ Para este tipo de instrumentos, la Ley exige que se use la firma electrónica avanzada, esto es, aquella firma que la Ley estima asegura la integridad, autoría, no-repudiación y confidencialidad del mensaje.⁸

Desde un punto de vista doctrinario podemos decir que se equipara la función que cumple el competente funcionario en la autenticidad de los instrumentos públicos manuscritos con la función que cumple el prestador acreditado en la autenticidad de los instrumentos públicos electrónicos.

En efecto, es la intervención del competente funcionario la que hace que el instrumento público esté revestido de autenticidad. Se estima que el funcionario representa al Estado y la fe pública y por ello el instrumento público es auténtico. En el caso del instrumento público electrónico, la Ley estima que la firma electrónica avanzada y su certificación por prestador acreditado son capaces de otorgar al instrumento la autenticidad que caracteriza al instrumento público. Esto es bastante lógico si se considera que en nuestra legislación la firma electrónica avanzada garantiza de mejor forma la integridad, confidencialidad, autoría y no repudiación del mensaje electrónico, y que los prestadores acreditados deben cumplir mayores requisitos que los prestadores que no gozan de acreditación. Sin embargo, al mismo tiempo esta normativa es nueva ya que el legislador le otorga una función similar a la del funcionario público a los prestadores acreditados, quienes pueden ser personas de Derecho Público o Derecho Privado, existiendo a ese respecto libertad de prestación de servicios.

No obstante todo lo anterior, no hay que perder de vista que nada impide que la parte en juicio contra la cual se hace valer el instrumento público electrónico pueda objetarlo o

impugnarlo por nulidad, falta de autenticidad o falsedad en las declaraciones, según las reglas generales.

b) Instrumento privado electrónico

A su vez, el mismo artículo 5 de la Ley dispone que los instrumentos privados electrónicos tendrán el mismo valor probatorio que el instrumento público si han sido suscritos por medio de firma electrónica avanzada. La finalidad de esta norma es incentivar el uso de los documentos privados electrónicos con firma electrónica avanzada a la que se le asigna un privilegio procesal que el documento privado manuscrito no tiene, esto es, darle el valor de instrumento público sin necesidad de reconocimiento previo.

Tratándose de los demás instrumentos privados (aquellos suscritos con firma electrónica simple), tendrán el mismo valor probatorio de los instrumentos privados según las reglas generales.⁹

c) Implicancias con respecto a la aplicación de los artículos 1708 y 1709 del Código Civil

Como es de nuestro conocimiento, estas normas declaran la inadmisibilidad de la prueba de testigos para acreditar aquellos actos o contratos que deben constar por escrito, debiendo constar por escrito aquellos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias mensuales. Algunos creen erradamente que esta norma exige como requisito de validez de estos actos el que consten por escrito y otros se confunden pensando que esta norma exige probar estos actos únicamente mediante documento escrito. Lo primero que hay que aclarar es que esta norma es sobre inadmisibilidad de la prueba de testigos y, como bien lo ha declarado nuestra jurisprudencia, bien pueden ser acreditados estos actos mediante otros medios de prueba legal distintos a la prueba testimonial.

El punto es que en virtud de la nueva Ley, los actos y contratos otorgados por medios electrónicos 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.¹⁰ En consecuencia, el documento electrónico será mirado como documento escrito para todos los efectos legales, incluyendo su calidad de escrito como requisito de validez o como medio de prueba de un acto o contrato, y para todos los efectos legales incluyendo para efectos de los referidos artículos 1708 y 1709 del Código Civil.

⁹ En conformidad al artículo 1702 del Código Civil, 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 la ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen en él o se reputan haberlo suscrito y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos.

¹⁰ Artículo 3 inciso primero de la Ley.

⁶ El instrumento público es aquel autorizado por el competente funcionario con las solemnidades legales.

⁷ Artículos 1700 y 1706 del Código Civil.

⁸ En conformidad al artículo 2 letra g) de la Ley, la firma electrónica avanzada es 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.

III.- ¿CÓMO SE ACOMPAÑAN LOS INSTRUMENTOS ELECTRÓNICOS EN JUICIO?

La Ley no tiene norma especial diversa en esta materia. En consecuencia, podemos argumentar que las normas generales del Código de Procedimiento Civil (en adelante el "CPC") son aplicables.

En consecuencia, los instrumentos públicos electrónicos deberán ser acompañados en juicio con citación de la parte contra la cual se hacen valer.¹¹ A su vez el artículo 69 del CPC nos señala que con citación significa que la contraparte tiene el plazo de 3 días para impugnar el documento. La omisión de este trámite da lugar al recurso de casación en la forma.

En el caso de los instrumentos privados electrónicos, hay que distinguir si el instrumento emana de la parte en contra de la cual se hace valer o si emana de un tercero.

Si el instrumento privado emana de la parte contra la cual se hace valer, éste deberá acompañarse con citación de la contraria, pero el plazo de citación en este caso es de 6 días, según el artículo 346 N° 3 del CPC y se tiene por acompañado bajo el apercibimiento legal de tenerse por reconocido si éste no es objetado dentro de ese plazo.

Por el contrario, si el instrumento privado emana de un tercero el instrumento se deberá acompañar con citación otorgándosele el plazo de citación común de 3 días. Pero en este caso no hay apercibimiento de tenerse por reconocido el instrumento, ya que éste no emanó de la contraparte. La forma de obtener tal reconocimiento es que ese tercero declare en juicio sobre la autenticidad e integridad del documento. En tal caso tal declaración tendrá el valor de prueba testimonial.

Pero *¿cómo se acompañan los instrumentos privados electrónicos con firma electrónica avanzada? ¿con citación o bajo el apercibimiento del artículo 346 N° 3 del CPC?*. La Ley no se pronuncia a este respecto. Por una parte podríamos argumentar que debiesen acompañarse bajo el apercibimiento del artículo 346 N° 3 del CPC si el instrumento emana de la parte contra la cual se hace valer. Pero, por otra parte, resulta del todo confuso aplicar tal norma cuyo efecto es tener por reconocido el instrumento privado y reconocerle valor probatorio en el evento de que éste no sea objetado. En circunstancias que de acuerdo a la Ley el instrumento privado con firma electrónica avanzada tiene *per se* el mismo valor probatorio del instrumento público, sin necesidad de apercibimiento legal alguno. Entonces ¿qué norma aplicar?

¹¹ Artículos 795 y 800 del CPC.

IV. IMPUGNACIÓN DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

A este respecto, estimo que deberán aplicarse las reglas generales. Es decir, la parte contra la cual se hace valer un instrumento, dentro del plazo legal podrá impugnar u objetar el valor probatorio del mismo.

La parte que impugna un documento electrónico puede pedir el cotejo de letras¹² que consiste en la comparación de un documento indubitado con el documento que se presenta como prueba. El tribunal ordenará el peritaje respectivo y apreciará la fuerza probatoria del peritaje de acuerdo a las reglas generales.

La regulación que el CPC hace del cotejo de letras supone que los documentos en comparación son manuscritos en soporte de papel, sin embargo estimo que el juez podrá hacer aplicable esta normativa a los documentos electrónicos si aplica el principio de equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel. En todo caso el juez, en conformidad al artículo 355 del CPC, puede admitir como medio de prueba en la objeción o impugnación de documentos no sólo el cotejo de letras sino también todos los demás medios de prueba legal que la ley autorice para acreditar el fraude.

En consecuencia, es posible argumentar que en caso de incidentes entre las partes por supuesta falsedad o falta de integridad de documentos electrónicos, el juez podrá ordenar la prueba de peritos al igual que hoy lo puede hacer para las impugnaciones de los instrumentos manuscritos.

V.- VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO.

En conformidad al título II de la Ley,¹³ los órganos del Estado también pueden suscribir y ejecutar actos, declaraciones, decretos y expedir documentos dentro de su competencia por medio de firma electrónica. En tal caso estos documentos son públicos y por consiguiente de acuerdo a la Ley deben ser suscritos con firma electrónica avanzada. En tal caso tendrán el mismo valor que el instrumento público manuscrito. Se exceptúan aquellas actuaciones en las que la Constitución o la ley exige una solemnidad no susceptible de cumplirse por medios electrónicos o requieran la concurrencia personal de la autoridad o funcionario que debe intervenir en ellas.

¹² Artículos 350 y siguientes del CPC.

¹³ Artículos 6 a 10 inclusive de la Ley.

Cabe preguntarse, *¿es posible que los juicios sean electrónicos?, ¿podrán nuestros tribunales implementar juicios que se tramiten electrónicamente?* Sería un gran avance para nuestro sistema judicial tal implementación, se disminuirían los gastos de tramitación, habría mayor transparencia e igualdad de acceso al expediente electrónico, se disminuirían quizás los niveles de corrupción que a veces afectan la labor de los tribunales de justicia y se agilizarían los procesos judiciales.

Esto obviamente requerirá igualdad de acceso de la población a las tecnologías de la información. Quizás se podría comenzar a aplicar esta idea en los juicios ejecutivos donde al existir una presunción de que el ejecutante tiene razones fundadas en un título indubitado e indubitable no existe por regla general mayor discusión jurídica entre las partes, especialmente cuando no existen oposiciones a la ejecución.

Cabría preguntarse ¿qué actos procesales no admitirán el uso de medios electrónicos? ¿Será necesario modificar la normativa procesal?

A mi juicio, la Ley deja abierta la posibilidad de mayores avances, las que requerirán algunas modificaciones a otros cuerpos legales, tales como el Código Orgánico de Tribunales y los Códigos de Procedimiento.

VI. EXPERIENCIA INTERNACIONAL

La experiencia internacional nos indica que la implementación de juicios electrónicos no es ni será un lujo sino una necesidad en un mundo globalizado en que parte importante de las transacciones son vía Internet y, en consecuencia, de carácter esencialmente internacional. Basta revisar los juicios de nombres de dominio «.biz» que se tramitan ante la Organización Mundial de Propiedad Intelectual como un buen ejemplo del uso de medios electrónicos para iniciar, tramitar y resolver un juicio sobre nombres de dominio.

A su vez, la experiencia internacional nos indica que el uso de los documentos almacenados en computadores no sólo servirán como medios de prueba para transacciones electrónicas sino también para acreditar un sinnúmero de conductas y declaraciones en los más variados ámbitos. Teniendo los documentos electrónicos ventajas comparativas con respecto a los documentos manuscritos, ya que su almacenamiento es más seguro y las posibilidades de conocer todas sus modificaciones, copia, impresión, transmisión, lo transforman en una muy buena evidencia en juicio.

VII. CONCLUSIONES

La Ley en sí misma no es fuente de negocios ni transacciones electrónicas, sin embargo es una plataforma que busca dar seguridad jurídica a las partes en el sentido de que tendrán valor legal y probatorio sus actos y declaraciones de voluntad por medios electrónicos.

La aplicación del Reglamento de esta Ley y el uso práctico que se haga de ésta permitirá tener una opinión más acabada sobre la misma y sobre el alcance real de sus efectos jurídicos.

Es de esperar que los abogados, las partes y nuestros jueces apliquen esta Ley en toda su integridad y la usen eficientemente en beneficio de la sociedad.