

LA PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES Y LA FIRMA ELECTRÓNICA*

*Francisco González Hoch***
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Chile

SUMARIO.- Introducción.- I.- REGLAS TRADICIONALES DE PRUEBA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.- (a) Medios de prueba aceptados en juicio.- (b) Valor probatorio de instrumentos públicos y privados.- (c) Otros documentos o instrumentos que carecen de firma.- (d) Validez de contratos consensuales y limitación de prueba de testigos.- II.- MODIFICACIONES AL RÉGIMEN DE PRUEBA DE OBLIGACIONES.- (A) VALIDEZ DE CONTRATOS SUSCRITOS CON FIRMA ELECTRÓNICA.- (b) Contratos electrónicos como actos “escritos”.- (c) Excepciones a la validez de los contratos suscritos por firma electrónica.- (d) Valor probatorio de diversas clases de documentos electrónicos.- III.- CONFLICTO ENTRE EL PRINCIPIO GENERAL Y UNA REGLA PARTICULAR EN MATERIA PROBATORIA.- IV.- CONCLUSIONES: RIESGOS Y DESAFÍOS.

INTRODUCCIÓN

1. La Ley sobre Documentos y Firma Electrónica (Ley N°19.799,¹ en adelante la Ley), además de incentivar el uso de nuevas tecnologías por el Estado, reguló algunos aspectos considerados fundamentales para generar confianza y fomentar, en el ámbito privado, la contratación y el comercio electrónico.

Esta función no es ajena al derecho privado, desde la perspectiva de la prueba de las obligaciones el tema básico es la confiabilidad. Por esto, una de las tareas del dere-

* 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.

** Con la colaboración de don Javier Tapia Canales, ayudante del Departamento de Derecho Económico.

¹ Publicada en el Diario Oficial de fecha 12 de abril de 2002. En adelante, todas las referencias a artículos cuya fuente no se señale deberán entenderse referidas a la Ley.

cho civil desde sus inicios es crear un régimen legal que otorgue seguridad de que los contratos se cumplirán.²

Vinculando esta tradición a los nuevos desafíos que impone la tecnología, la Ley obliga a mantener un necesario equilibrio entre la seguridad demandada por quienes participan en el régimen de contratación y la maximización de la eficiencia en el uso de nuevas tecnologías de comunicación.

2. La tensión entre la seguridad y los avances tecnológicos, y la dificultad para enmarcar éstos en las categorías jurídicas tradicionales, es de antigua data. Ya GIORGI, en su clásico tratado de las obligaciones de 1906, cuestionaba el valor probatorio del teléfono y del fonógrafo y su equiparación a la prueba documental, señalando que *"son medios de comunicación que, recién nacidos escritores, al tratar de los medios de prueba, han colocado junto a los telegramas, porque tienen de común con éstos la novedad y la rapidez. Pero, verdaderamente, ni uno ni otro nos parecen medios de prueba documental. El teléfono es un medio de comunicación imperfectísimo, porque nos da una comunicación entre personas lejanas, de la que no queda rastro. Si los progresos de la electrotecnia llegan a producir el telefonógrafo entonces podrá hablarse, pudiéndose obtener la anotación de los dos discursos, lo que constituirá un principio de prueba"*.

Como se verá, las comunicaciones electrónicas de hoy son, de alguna forma, equivalentes funcionalmente al *telefonógrafo* al que se refería GIORGI hace casi 100 años, en cuanto permiten comunicarse a distancia dejando rastros o signos archivados en los documentos electrónicos que pueden servir de medio de prueba.

3. Las normas que nos rigen sobre prueba de obligaciones se originaron, hace 230 años, en el Tratado de las Obligaciones de Pothier, del cual pasaron al Código Civil Francés y luego al nuestro, con muy pocas variaciones.³ Esas normas, junto con las reglas del Código de Procedimiento Civil, han dado lugar a extensa jurisprudencia y múltiples obras de doctrina.

² Además de esta finalidad, es preciso destacar la importancia de las obligaciones en otros ámbitos. Así lo expresa DIEZ-PICAZO: *"Además de poner de relieve el perfil estrictamente jurídico del fenómeno de la obligación, conviene resaltar su función económica y el influjo que en ésta determinan las transformaciones del mundo moderno. En principio, parece claro que la obligación es el cauce jurídico o el instrumento para llevar a cabo la dinámica de la vida económica. A través de ella se cumple sustancialmente una función de intercambio de bienes y servicios"*. DIEZ-PICAZO, Luis: "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial", tomo II: Las relaciones obligatorias. Editorial Civitas. Madrid, 1993, p. 55.

Por esta razón, contemporáneamente se dirá que las reglas del derecho de contratos se asocian al funcionamiento eficiente del mercado.

³ BELLO sólo las incorporó al final, luego de la publicación de las Concordancias de GARCÍA GOYENA, en 1851.

Por ello, para cumplir los objetivos de eficiencia que deben imperar en la aplicación de la Ley, ésta debe integrarse cuidadosamente con las normas existentes, sin pretender que la sola novedad del soporte tecnológico conlleve dejar de lado reglas jurídicas de probada utilidad.

4. En esta exposición se examinan los artículos 3º, 4º y 5º de la Ley intentando precisar, desde la perspectiva del Derecho Civil, dos cuestiones fundamentales: (a) cuáles son las modificaciones que introducen esas normas al régimen vigente; y (b) cuál es el lugar que les corresponde en el contexto de las reglas de prueba de las obligaciones.

Para estos efectos, en los capítulos siguientes se examinan someramente las reglas tradicionales sobre prueba de contratos y obligaciones (I); se describen las modificaciones que la Ley introduce al régimen tradicional (II); se analiza un caso particular de conflicto entre un principio y una regla surgido a propósito de esa modificación (III); y, en fin, se señalan algunas conclusiones respecto a los desafíos y riesgos que se presentan a futuro (IV).

I. REGLAS TRADICIONALES DE PRUEBA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

5. La prueba de las obligaciones está regulada en el Código Civil,⁴ por razones históricas,⁵ en los artículos 1698 a 1714, de los cuales los artículos 1699 a 1711 se dedican a la que se estima la más importante, la prueba instrumental.
6. En el derecho civil nacional y comparado se ha dado gran importancia a las normas sobre prueba de las obligaciones, al punto que -siguiendo a PLANIOL, a quien se debe la reforma en el estudio del Derecho Civil, pasando del análisis de los artículos del Código al examen de las instituciones- ya en 1943 la reforma a los planes de estudio de esta Facultad incorporó la "Teoría de la Prueba" como una materia a ser enseñada y estudiada en el primer año de pre-grado. Así se explica también que don Luis CLARO SOLAR haya tratado el tema en sus Explicaciones de Derecho Civil Chileno y

⁴ Una de las críticas fundamentales a la regulación del Código Civil apunta a la injustificada limitación del enunciado a una prueba de las "obligaciones" (en el sentido de derechos personales o créditos), sin extenderse a la prueba de los derechos reales. Cabe recordar, a este respecto, que las situaciones regidas por el derecho de familia están sujetas a normas probatorias especiales.

⁵ Así era tratada por POTHIER y el Código Civil francés.

Comparado,⁶ que esté recogido en el Manual de Derecho Civil de ALESSANDRI y SOMARRIVA; así como en un estudio jurisprudencial del mismo profesor SOMARRIVA sobre las Obligaciones y los Contratos y en la monografía de don Arturo ALESSANDRI dedicada a las obligaciones;⁷ en el libro de Daniel PEÑAILILLO sobre la Prueba en Materia Sustantiva Civil; y, finalmente, en el manual de don Carlos DUCCI sobre Parte General del Derecho Civil,⁸ por citar sólo algunos de los más tradicionales autores del derecho privado nacional.

7. En materia probatoria civil, existen tres temas que pueden ser calificados de claves: (i) la carga de la prueba; (ii) los medios de prueba admisibles en juicio; y, (iii) el valor probatorio de los medios de prueba.

Atendidos los objetivos de esta exposición no se tratará el tema de la carga de la prueba⁹ pues la Ley no le introdujo modificaciones, y el análisis se centrará en la prueba documental.

En lo pertinente a las materias que se tratarán, las principales reglas del Código Civil respecto a la prueba de obligaciones pueden ser sintéticamente ordenadas en cuatro grupos: (a) medios de prueba aceptados en juicio; (b) valor probatorio de instrumentos públicos y privados; (c) documentos o instrumentos (sin firma); (d) validez de contratos consensuales y limitación de prueba de testigos. En este orden serán analizados.

(a) Medios de prueba aceptados en juicio.

8. En el derecho civil chileno, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas jurídicos, los únicos medios de prueba admisibles están enumerados taxativamente en la ley, mediante normas de orden público que no son disponibles por los particulares.

De esta manera, el artículo 1698 inciso 2º del Código Civil dispone que *“las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido e inspección personal del juez”*. Por su parte, el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil reitera esos medios probatorios y agrega a los anteriores el informe de peritos.

⁶ CLARO SOLAR, Luis: “Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado”, volumen VII. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1950, pp. 656 y ss.

⁷ ALESSANDRI, Arturo: “Teoría de las Obligaciones”. Editorial Jurídica Ediar-Conosur Limitada. Santiago, 1988, pp. 492 y ss.

⁸ DUCCI, Carlos: “Derecho Civil, parte general”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1994, pp. 367 y ss.

⁹ Código Civil, artículo 1698.

Fuera de los mencionados, en materia de obligaciones y contratos no existen otros medios de prueba que puedan ser aceptados en los procesos civiles.¹⁰

(b) Valor probatorio de instrumentos públicos y privados.

9. El Código Civil define el instrumento público o auténtico como *“el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario”*, y agrega que si es *“otorgado ante escribano e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública”* (artículo 1699).

Por eso, la doctrina es pacífica respecto a los requisitos que deben cumplirse para que exista un instrumento público: (i) la presencia de un funcionario público; (ii) que ese funcionario actúe dentro de su competencia; y (iii) que el documento sea autorizado por el funcionario competente con las solemnidades legales. El propio Código Civil dispone que por autenticidad se entiende *“el hecho de haber sido otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los tales instrumentos se exprese”* (artículo 17).

10. Por el contrario, no existe definición legal del instrumento privado, sino que éste se define negativamente, por oposición al instrumento público. Por eso, se dice simplemente que instrumento privado es todo aquel que carece del carácter de público.¹¹

11. De este modo, la diferencia fundamental que existe entre los instrumentos públicos y los privados radica en la intervención del funcionario público, que le da su sello de autenticidad. De aquí que la persona que presenta un instrumento público en juicio no esté obligada a justificar su autenticidad, sino que incumbe a la parte que lo refuta acreditar los fundamentos de su impugnación.

En otras palabras, en la participación del funcionario competente en el otorgamiento del instrumento público está depositada la fe pública que garantiza la autenticidad de ciertos hechos. Por eso, el instrumento público tiene valor de plena

¹⁰ Otros ordenamientos jurídicos, como el español, otorgan un carácter enunciativo y no excluyente a las normas que enumeran los medios de prueba (artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 1215 del Código Civil). Por ello, en España se admiten en general como medio probatorio en juicio los mensajes de datos electrónicos. Por supuesto, un problema distinto es el de su valoración, pues -como se verá- el documento suscrito con firma electrónica avanzada otorga mayor seguridad lo que, en consecuencia, permite que sea considerado plena prueba respecto de ciertos aspectos.

¹¹ Respecto de los documentos privados, es posible dejar planteadas dos preguntas que adquieren especial relevancia a propósito de los documentos electrónicos: (a) ¿debe estar firmado el documento para constituir un “instrumento privado”?; y, (b) ¿debe provenir de una de las partes del contrato el instrumento privado, o puede provenir de un tercero?

prueba respecto a los otorgantes,¹² lo que no significa que no pueda ser impugnado, pues la parte contra quien se opone puede alegar nulidad o falsedad de ese documento.¹³

Por el contrario, la persona que invoca en su favor un instrumento privado está obligada a probar que es verdadero, si la otra parte le niega tal carácter.

En otros términos, esta clase de instrumentos no tiene por sí solo valor de plena prueba. Para que adquiera este valor es necesario el trámite del reconocimiento, esto es, que el instrumento sea reconocido por la parte contra quien se opone o que sea mandado tener por reconocido judicialmente.¹⁴

Durante el trámite del reconocimiento, el instrumento privado puede ser impugnado por falsedad o por falta de integridad; si la autenticidad es objetada, generalmente existe un peritaje caligráfico o un cotejo que sirve al juez para resolver.¹⁵

(c) Otros documentos o instrumentos que carecen de firma.

12. Sobre la base de lo expuesto, puede sostenerse que la lógica de las normas civiles y procesales está construida, en general, sobre el supuesto que los instrumentos privados son *firmados* por las partes y que, en consecuencia, la objeción que se formula en el juicio al instrumento, en el trámite del reconocimiento, recae precisamente sobre la firma, a fin de que se demuestre si ella pertenece o no a la persona a quien se atribuye.

Así, en el Código Civil, el artículo 1701 inciso final da valor de instrumento privado a un instrumento público defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, “*si estuviere firmado*” por las partes; el artículo 1702 da valor de escritura pública al instrumento privado reconocido o mandado tener por reconocido, respecto de los que aparecen o se reputan “*haberlo suscrito*”; el artículo 1703 dispone que la fecha de un instrumento privado no se cuenta respecto de terceros sino desde el fallecimiento de alguno de los que lo han *firmado*. Por su parte, también la regla del artículo 352 N°3 del CPC parece fundarse en ese supuesto, porque dispone que se considerarán indubitados para el cotejo “*los ins-*

trumentos privados cuya letra o firma haya sido reconocida de conformidad a los números 1° y 2° del artículo 346”.

La jurisprudencia ha ratificado que el instrumento privado, para ser calificado de tal, debe encontrarse firmado, sin que pueda darse dicha calificación a cualquier documento.¹⁶

13. Con todo, a pesar de que las reglas expuestas mostrarían que todos los instrumentos privados deben tener firma, otras reglas permiten argumentar en sentido opuesto.

Así, por ejemplo, se regulan los “*asientos, registros y papeles domésticos escritos o firmados*” (artículo 1704), la “*nota escrita o firmada por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de una escritura que siempre ha estado en su poder*” (artículo 1705), y el principio de prueba por escrito, esto es, “*un acto escrito del demandado que haga verosímil el hecho litigioso*” (artículo 1711). En todos estos casos se trata de documentos cuya mera escrituración es suficiente para que constituyan prueba instrumental, sin necesidad de que estén, a la vez, firmados. Algo semejante ocurre en el Código de Procedimiento Civil, en que puede decretarse la “*exhibición de instrumentos*” en poder de la parte o de un tercero, siempre que “*engañen relación directa con la cuestión debatida y no revistan el carácter de secretos o confidenciales*” (artículo 346), sin que la norma exija que esos documentos estén firmados.

En cuanto a su valor probatorio, si estos instrumentos privados especiales emanan de terceros carecen de todo valor si el tercero no comparece como testigo en el proceso; en caso contrario, constituyen base de presunción judicial.

Del valor probatorio de los documentos no firmados emanados de las partes se tratará en el capítulo II.

(d) Validez de contratos consensuales y limitación de prueba de testigos.

14. El principio general en materia de contratos es el consensualismo, según el cual la voluntad puede manifestarse de cualquier forma, aún verbalmente, con carácter

¹² Código Civil, artículo 1700.

¹³ Por ejemplo, véase el artículo 704 N°1 del Código Civil, que establece los casos en que no existe un justo título que de lugar a posesión regular. En el mismo sentido, véanse el artículo 426 del Código Orgánico de Tribunales.

¹⁴ Código Civil, artículo 1701, y Código de Procedimiento Civil, artículo 346. La jurisprudencia ha ratificado que “*colocar una firma en un documento significa que el suscriptor acepta su contenido y, por tanto, reconocida aquella, absolviendo posiciones, constituye una confesión prestada en juicio que no puede el confesante revocar, a no probarse que ha sido el resultado de un error de hecho*” (Corte Suprema, sentencia de 29 de noviembre de 1937).

¹⁵ Código de Procedimiento Civil, artículos 346 N°3 y 354.

¹⁶ En este sentido: (i) Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de octubre de 1980: “*El instrumento privado que no aparece firmado por quien en contra se opone, carece de relevancia probatoria, puesto que no está amparado por la presunción de autenticidad propia de los instrumentos públicos y se aplican a su respecto las reglas generales en materia de prueba, especialmente el artículo 1698 del Código Civil, en cuanto debe probar la situación jurídica alegada quien la pretende para sí*”; (ii) Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de diciembre de 1962: “*No puede darse valor probatorio a un ejemplar de los Anales de la Universidad de Chile, que contiene copias de cartas del actor, por no ser medio legal de prueba*”; y, (iii) Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de agosto de 1942: “*Un instrumento privado para que sea tal debe, por lo menos, ser firmado por el otorgante*”.

Los fallos citados pueden verse también en RUISECO ENRIQUÉZ, Emilio: “La prueba ante la jurisprudencia”, tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1995, pp. 259 y ss.

vinculante.¹⁷ Sólo excepcionalmente se exige por razones de validez que la voluntad se manifieste a través de alguna formalidad específica, por ejemplo, que se exprese por escrito.

El Código Civil dispone que las obligaciones cuyo valor sea superior a cierto monto deben constar por escrito, so pena de no admitirse la prueba de testigos.¹⁸ Esta norma establece un fuerte incentivo a las partes para que en los contratos de mayor valor preconstituyan un medio de prueba, disminuyéndose así los costos y problemas derivados de la falta de prueba disponible en forma sencilla. La sanción por el incumplimiento no es la nulidad del contrato, sino la imposibilidad de utilizar la prueba de testigos, cuestión que no impide que el contrato pueda probarse por otros medios tales como la confesión, las presunciones, etc.

II.- MODIFICACIONES AL RÉGIMEN DE PRUEBA DE OBLIGACIONES.

15. De acuerdo a su epígrafe, la Ley regula los «documentos electrónicos» y la «firma electrónica».

Para tales efectos, comienza por consagrar un principio básico: la total equivalencia entre el «soporte papel» y el «soporte electrónico» de los documentos firmados.¹⁹

En consecuencia, al tratarse de un principio que orienta la interpretación, las reglas de la Ley deben interpretarse armónicamente con este principio, sin perjuicio que, como se adelantara, son plenamente aplicables los demás principios sentados por la jurisprudencia existente relativa a la prueba instrumental, salvo en aquello que esté modificado por la Ley.

(a) Validez de contratos suscritos con firma electrónica.

16. El artículo 3º de la Ley dispone que *“Los actos y contratos [otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas] suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de*

¹⁷ Así se desprende del artículo 1445 del Código Civil, que habla de *“consentir en el acto o contrato”*; y del artículo 1443 que señala que el contrato es consensual *“cuando se perfecciona por el solo consentimiento”*.

En el derecho comparado, la libertad de forma es también el criterio base. A título ejemplar, véase el artículo 1278 del Código Civil español.

¹⁸ Código Civil, artículos 1709 y 1708, los cuales parecen estar fundados en la desconfianza, costos y dificultades que conlleva la prueba testimonial. El monto mínimo es de 2 UTM, esto es, cerca de \$60.000.

¹⁹ *“La equiparación legal con la firma manuscrita de la firma electrónica que satisface los requisitos exigidos, representa una evolución significativa del ordenamiento jurídico. En particular, es determinante de la superación de la incertidumbre -que representa un obstáculo al desarrollo del comercio electrónico en redes abiertas- acerca de la posibilidad de concluir por vía electrónica aquellos contratos para los que el ordenamiento, marginando el criterio de libertad de forma, impone la forma escrita como presupuesto de su validez”*. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto: *“Derecho Privado de Internet”*. Editorial Civitas. Madrid, 2ª edición, 2001, pp. 369-370.

la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel”.

7. La primera parte es innecesaria, puesto que al declarar “válidos” los contratos suscritos con firma electrónica, confunde la “validez” del contrato con su “prueba”. En efecto, los contratos celebrados por medios electrónicos, antes aún de la Ley, son plenamente válidos, porque se rigen por la regla general de validez de los actos jurídicos del artículo 1445 del Código Civil, constituyendo el medio electrónico simplemente una forma más de manifestar la voluntad con carácter obligatorio.²⁰

8. Por otra parte, la función de la regla (hacer equivalente soporte de papel y soporte electrónico) se repite al final del artículo 3º, que dispone que *“la firma electrónica, cualquiera sea su naturaleza, se mirará como firma manuscrita para todos los efectos legales”*.

(b) Contratos electrónicos como actos “escritos”.

19. Aunque no presentan problemas de validez, los contratos suscritos con firma electrónica tenían la dificultad que, al aplicarse el requisito de escrituración de los artículos 1708 y 1709 del Código Civil, podría entenderse que no constaban por escrito y, en consecuencia, no podrían probarse ni por escrito ni por testigos.

La Ley puso fin al problema y, en aplicación del principio de equiparación del soporte electrónico al soporte de papel, declaró que los contratos electrónicos suscritos con firma electrónica se *“reputan como escritos”* en todos los casos que alguna disposición exija la escrituración de un acto o contrato.²¹

(c) Excepciones a la validez de los contratos suscritos por firma electrónica.

20. No obstante que la Ley declaró la validez de los contratos suscritos por medio de firma electrónica *“de la misma manera y con los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte papel”*, ella misma estableció tres grupos de excepciones:

²⁰ La Directiva 1999/93/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999, por la que se estableció un marco comunitario para la firma electrónica, establece que (21) *“para contribuir a la aceptación general de los métodos de autenticación electrónica, debe garantizarse la admisibilidad de la firma electrónica como prueba en procedimientos judiciales en todos los Estados miembros. El reconocimiento legal de la firma electrónica debe basarse en criterios objetivos y no estar supeditado a la autorización del proveedor de servicios de certificación de que se trate [...]”*

²¹ Los casos más importantes de escrituración, en el Derecho Civil, son la regla ya analizada de los artículos 1708-1709, así como la regla del contrato de promesa que exige *“que la promesa conste por escrito”* (artículo 1554 N°1 del Código Civil).

- Exigencia legal de solemnidad no susceptible de cumplirse mediante documento electrónico: en el proyecto de ley se consideró especialmente actos que requieren escritura pública o inscripción en un registro especial, lo que se dejó de lado porque su reconocimiento legal implicaría reformas más profundas al ordenamiento jurídico, finalidad ajena al proyecto.
- Exigencia legal de concurrencia personal de alguna de las partes.
- Actos del derecho de familia: el proyecto de ley mencionó a título ejemplar actos como el reconocimiento de hijos, la adopción, el acuerdo sobre patria potestad, la mayoría de los cuales son solemnnes y de carácter personalísimo.

(d) Valor probatorio de diversas clases de documentos electrónicos.

21. La Ley define el documento electrónico en forma amplia como “*toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior*” (artículo 2 letra d).
22. Por su parte, los artículos 4º y 5º regulan el valor probatorio de cada clase de documentos electrónicos. A efectos de analizar su valor probatorio en juicio, esas regulaciones pueden ser ordenadas en cuatro grupos: (i) documentos electrónicos que constituyen instrumentos públicos; (ii) documentos electrónicos que constituyen instrumentos privados suscritos con firma electrónica avanzada; (iii) documentos electrónicos que constituyen instrumentos privados suscritos con firma electrónica simple; y (iv) documentos electrónicos residuales.²²

(i) Documentos electrónicos que constituyen instrumentos públicos.

23. La Ley dispone que los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumentos públicos deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada (artículo 4º), por consiguiente, si son presentados en juicio harán plena prueba.

De esta forma, esta regla reproduce, en lo sustancial, el artículo 1700 del Código Civil, que da valor de plena prueba a los instrumentos públicos.

24. Con todo, cabe señalar que esta norma será de muy excepcional aplicación en materia de obligaciones contractuales mientras no se reforme el régimen legal de los

Notarios pues, por regla general, las solemnidades en contratos tales como compra-venta, hipoteca, servidumbre o sociedad, entre otros, consisten en escrituras públicas que hasta ahora no pueden realizarse electrónicamente.

(ii) Documentos electrónicos que constituyan instrumentos privados suscritos con firma electrónica avanzada.

25. La Ley también confiere el valor de plena prueba a estos instrumentos (artículo 5º N°2 en relación al N°1).

Esta es probablemente la reforma más importante de la Ley respecto a prueba de las obligaciones civiles, pues nunca antes el legislador había dado directamente el valor de plena prueba a un instrumento privado, porque se entendía que éstos no estaban amparados por la fe pública garantizada por un funcionario estatal.²³

En consecuencia, cuando se haga valer en juicio un documento electrónico privado con firma electrónica avanzada, se acompañará “con citación”, a la manera de los instrumentos públicos, sin que sea necesario el trámite de reconocimiento. Asimismo, corresponderá a quien pretenda impugnarlo por nulidad o falsedad probar los fundamentos de su impugnación.

26. No obstante, la Ley no especifica qué es lo que debe acompañarse materialmente al expediente. Demás está señalar que los originales de los “documentos electrónicos privados firmados” quedan en los computadores que envían y reciben las comunicaciones. Por ello, la interpretación más razonable y acorde a las necesidades de seguridad jurídica de las partes que intervienen en el proceso señala que debe entenderse que lo que se acompaña materialmente es una copia impresa del documento electrónico junto con un diskette que contenga el documento electrónico y el certificado respecto a la firma electrónica avanzada.

(iii) Documentos electrónicos que constituyan instrumentos privados suscritos con firma electrónica simple

27. La Ley dispone que los documentos electrónicos que constituyan instrumentos privados y que no estén suscritos con firma electrónica avanzada (“*en caso contrario*”), “*tendrán el valor probatorio que corresponda, de acuerdo a las reglas generales*” (artículo 5º N°2).

²² “[...] el interés básico de la firma electrónica de cara al empleo como prueba de mensajes de datos electrónicos radica en que su presencia con determinadas garantías resulta determinante de la apreciación del valor probatorio del mensaje. En esta línea, en algunas legislaciones se atribuye una específica eficacia probatoria al documento informático que incorpora una firma electrónica con las especificaciones previstas en la normativa [...]”. DE MIGUEL ASENSIO: “Derecho...”, cit. en nota 20, p. 373.

²³ Debe destacarse que el Proyecto de Ley, siguiendo modelos comparados, equiparaba el valor probatorio del documento electrónico privado con firma electrónica avanzada al valor probatorio del instrumento privado de papel. Sin embargo, en la discusión en el Senado se avanzó un paso más y se optó por otorgar a esta clase de documento el status probatorio privilegiado del instrumento público. Esa decisión estuvo acompañada de la decisión de establecer entidades certificadoras con carácter obligatorio para la suscripción de este tipo de documentos y con exigentes requisitos en la tecnología utilizada para efectos de firmar.

La redacción de la última frase del artículo 5° obliga a determinar cuál es el “valor probatorio que corresponda” a esta clase de documentos.

28. En mi opinión, es razonable sostener que el valor probatorio de los documentos electrónicos suscritos con firma electrónica simple es el de los instrumentos privados; aplicando, en todo caso, la regla general del artículo 1702 del Código Civil, esto es, sólo en el caso que sean reconocidos o mandados tener por reconocidos judicialmente tendrán valor de escritura pública respecto de quienes los hayan suscrito.

Ratifica lo expuesto el principio de equivalencia del soporte electrónico al soporte papel y la equiparación entre la firma electrónica a la firma manuscrita para todos los efectos legales (artículo 3° inciso final).

29. En consecuencia, por tener el mismo valor probatorio de los instrumentos privados, si se quiere hacerlos valer como medios de prueba, los documentos electrónicos con firma electrónica simple deberán ser acompañados al juicio bajo el apercibimiento del artículo 346 N°3 del Código de Procedimiento Civil y tendrán valor de escritura pública únicamente si no son impugnados, por la parte que los firmó, dentro de sexto día por falta de autenticidad o de integridad. Por el contrario, si son impugnados, quien acompañó el documento electrónico con firma electrónica simple estará obligado a probar que es verdadero, de conformidad a las reglas generales.

Debe destacarse que las comunicaciones a través de correo electrónico (e-mail) en que se identifica su emisor por cualquier medio constituyen documentos electrónicos con firma electrónica simple, pero lo que es previsible que estas comunicaciones sean medios de prueba usuales en el futuro.²⁴

(iv) Otros documentos electrónicos (instrumentos privados no suscritos, fotografías digitales, sonidos, grabaciones, videos, etc.).

30. Ante la definición legal amplia de lo que se entiende por firma electrónica, basta un nombre al final de un mensaje de correo, o la identificación adjunta al mensaje en forma automática por el computador que lo envía (el “de:” en cualquier e-mail), o incluso el uso de algún signo distintivo, para que se considere que tal documento está respaldado por una firma electrónica simple y, como tal, sea susceptible de presentarse en juicio como instrumento privado, ya que se cumple el requisito de “identificar al menos formalmente al autor” (artículo 2° f).

²⁴ Queda entregado a la jurisprudencia y a la doctrina penalista determinar la forma material de acompañar estas comunicaciones en juicio.

31. Por el contrario, no es claro qué ocurrirá respecto de aquellos documentos electrónicos que carezcan de algún signo que permita su adjudicación a una persona determinada, tales como textos archivados en un diskette, fotografías digitales, grabaciones.

Esos documentos son admisibles en juicio por expresa disposición de la Ley, 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 medios de prueba aun cuando carezcan de firma electrónica; en consecuencia, deberán entenderse agregados a la enumeración que hace el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil en caso de ser necesario, salvo en cuanto se estime que los documentos electrónicos están incluidos en la categoría de “instrumentos”, regulados en los artículos 342 a 355 del mismo cuerpo legal.

Al no existir norma alguna que regule el valor probatorio que debe asignárseles, y considerando la inconveniencia de calificarlos de instrumentos privados, pues como se ha visto el valor de éstos siempre ha radicado en su autoría mediante el reconocimiento, la determinación de su valor probatorio en el juicio quedó entregada por completo a las reglas que se establezcan jurisprudencialmente.

Podría parecer que los documentos electrónicos residuales, en cuanto no den cuenta de declaraciones de voluntad o de textos firmados por las partes podrían no tener mayor trascendencia en materia civil. Sin embargo, áreas enteras y de importancia trascendental en el mundo moderno, como la responsabilidad por negociaciones pre-contractuales o la aplicación de ciertos modos de extinguir, pueden depender de comunicaciones electrónicas en las cuales no existan “instrumentos firmados” y que, por lo tanto, sea necesario tener seguridad respecto a su valor probatorio.

32. El Proyecto de Ley establecía que los “documentos electrónicos residuales” tendrían el valor probatorio de un indicio o base de presunción judicial, porque se estimaba que correspondía al juez velar e indagar respecto a “las cualidades técnicas que tenga el documento”. Sin embargo, posteriormente esa norma fue suprimida, con lo cual se creó un área de incertidumbre.

33. Para intentar dar una respuesta al problema, resulta prudente recurrir a los criterios emanados de la doctrina y jurisprudencia, nacional y comparada, de los últimos años.

34. En el derecho comparado, se ha regulado la prueba de estos documentos electrónicos residuales mediante alguna exigencia de autenticación para darles valor en juicio.²⁵

Así ocurre en Inglaterra, a través de un certificado de parte de quien lo otorga, esto es, una declaración del responsable de los registros de donde proviene el documento, o en algunos estados de Estados Unidos, en que se exige la comprobación de su autenticidad por cualquier medio de prueba legal.

Un camino usado en otras jurisdicciones ha sido entender el concepto de *documento* en forma amplia, como cualquier representación material idónea para reproducir una cierta manifestación del pensamiento (CHIOVENDA), permitiendo por esta vía la integración en el sistema procesal de nuevos medios de prueba no contemplados por las legislaciones.

35. Sin embargo, la jurisprudencia nacional ha sido reacia a esta idea, principalmente por un apego demasiado fuerte al texto legal, que asocia los conceptos de instrumento o documento al de escrito. Por ello, el reconocimiento del valor probatorio de estos medios modernos ha tenido que ser consagrado expresamente por el legislador, como ha ocurrido con las fotocopias (artículo 422 del Código Orgánico de Tribunales) y las microcopias (Ley N° 18.845). Lo mismo puede decirse de ciertos registros computacionales que han sido valorados como medios de prueba idóneos en el caso del juego de azar "Loto";²⁶ o incluso por sobre las anotaciones de los recibos del mismo juego.²⁷

No obstante lo anterior, en materia laboral existen algunos fallos que muestran un criterio más abierto teniendo en consideración la mayor flexibilidad de las normas de prueba que rigen allí. Es así como hay un fallo que reconoce valor probatorio a una grabación de voz, considerándola como una confesión extrajudicial, base de una presunción judicial;²⁸ mientras que otro otorga valor a un instrumento emitido

²⁵ El marco general lo da el artículo 9° de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI - UNCITRAL), el que, luego de proclamar con carácter general la admisibilidad como prueba de los mensajes de datos en soporte electrónico, establece que toda la información presentada en esta forma gozará de la debida fuerza probatoria, la cual debe valorarse, entre otros factores, atendiendo a : (i) la fiabilidad de la forma en que el mensaje se haya generado, archivado o comunicado; (ii) la fiabilidad de la forma en que se haya conservado la integridad de la información; y (iii) la forma en que se identifique a su iniciador.

²⁶ D.S. 846 de Hacienda de 1989.

²⁷ Corte Suprema, 15 de abril de 1992. Fallos del Mes 401, Abril 1992, p. 144.

Incluso, en el Código de Procedimiento Penal, en el artículo 113 bis, los documentos consistentes en representaciones no escritas no se regulan dentro de la prueba instrumental, sino que como medios de prueba no contemplados en la ley.

²⁸ Esta es la primera sentencia que se dictó en materia no penal sobre grabaciones de voz. Corte Suprema, 23 de junio de 1982. RDJ, t. 79, 3ª, p. 88, suscrita, entre otros, por los profesores de Derecho Civil don Hugo ROSENDE y don Avelino LEÓN HURTADO.

por un sistema computacional donde constaba la liquidación de remuneraciones de un trabajador, porque en él aparecían los nombres del empleador y del trabajador y porque era el único medio de prueba existente.²⁹

36. A este panorama restrictivo en la jurisprudencia se sumó el escaso aporte de la doctrina. Así, PAILLÁS, partidario de la aceptación de medios modernos de prueba, sin pronunciarse directamente, señala respecto a un fallo francés de 1955 sobre una grabación sonora, que lo que el legislador ha buscado es la certidumbre acerca de los hechos, y si ese objetivo puede conseguirse por medio de la grabación, admitirla como medio probatorio es permanecer en el espíritu de la ley, ya que lo que se busca es fijar el pensamiento de modo indeleble y dar la seguridad que la ley busca.³⁰

FIGUEROA, por su parte, señala que la voz humana puede considerarse como una firma, pues contiene los requisitos de intencionalidad, personalidad e inimitabilidad.³¹

Por último, DUCCI señala que todos los medios de prueba modernos pueden ser considerados como una base para una presunción judicial, toda vez que el artículo 427 del Código de Procedimiento Civil está redactado en términos lo suficientemente amplios como para admitirlo, y porque, en la práctica, muchas veces los tribunales admiten estas pruebas, como lo son las fotografías en los casos de accidentes de tránsito.³²

37. De esta breve revisión de los criterios doctrinarios y jurisprudenciales relativos a los nuevos medios de prueba, puede concluirse que los documentos electrónicos residuales podrían valorarse en juicio de tres formas distintas: (i) como instrumentos privados, en caso de ser reconocidos; (ii) como principio de prueba por escrito³³; o (iii) como base de una presunción judicial, sea como antecedente valorado por el tribunal o bien como confesión extrajudicial, por cuanto éstas tienen ese valor.

Para determinar la respuesta más idónea, una perspectiva posible es abordar el problema desde la perspectiva de los conflictos entre principios y reglas en el derecho.

²⁹ Corte Suprema, 7 de octubre de 1991. Fallos del Mes 395, p. 602.

³⁰ PAILLÁS, Enrique. *Estudios de Derecho Probatorio*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 145-146.

³¹ FIGUEROA, Juan A. *Nuevas Orientaciones de la Prueba*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981, pp. 99 y ss., citado por DUCCI, Carlos. *Derecho Civil. Parte General*. Tercera Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988, p. 411.

³² DUCCI, ob. cit., p. 412.

³³ Tratamiento que se les ha dado en países como Francia, cuando el documento proveniente de medios computacionales puede ser impreso (que es la situación del fallo laboral a que se hizo mención).

III.- CONFLICTO ENTRE EL PRINCIPIO GENERAL Y UNA REGLA PARTICULAR EN MATERIA PROBATORIA.

38. Como se ha señalado, un problema en la Ley es la existencia de una cierta tensión entre el principio general de “equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel” y la regla particular que admite todos los “documentos electrónicos”, incluso los residuales, como medios de prueba en juicio.³⁴

En efecto, el principio y la regla expuestos apuntan en sentidos contrarios³⁵: mientras el *principio de equivalencia* postula el *trato igualitario* que debe reconocerse al soporte electrónico respecto al de papel, la *regla de admisibilidad* establece un *trato privilegiado* para el documento electrónico (especialmente el “residual”, cuya autoría puede desconocerse) respecto al documento de papel.

Lo anterior porque el Código Civil y del Código de Procedimiento Civil no permiten que se utilicen como medios de prueba “documentos de papel” en general, sino únicamente instrumentos que contengan un texto y esté firmado (salvo las excepciones expresamente autorizadas por la ley). En cambio, en la Ley se permite como medio de prueba cualquier “documento electrónico”, esté o no firmado.

39. En mi opinión, la solución más acorde con la práctica y la jurisprudencia para conciliar la tensión entre el principio de equivalencia y la regla de admisibilidad es considerar que si bien el legislador dispuso que se admitieran como pruebas los documentos electrónicos residuales, no pretendió otorgarles a éstos siempre el mismo valor probatorio de los instrumentos privados firmados, pues ambas clases de documentos no son directamente equivalentes en especial en cuanto a su autoría conocida.

³⁴ Como pone de manifiesto ALEXY, las reglas poseen un carácter doble: por un parte, positivizan principios; por otra, contienen determinaciones con respecto a las exigencias de principios contrapuestos. ALEXY, Robert: “teoría de los derechos fundamentales”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993, p. 134.

³⁵ Desde la perspectiva del derecho civil, la solución frente a los conflictos entre reglas y principios no se determina por la preeminencia automática de la regla. A diferencia de otros ámbitos del derecho, donde existen reglas rígidas, formales y substantivas, respecto de las cuales ni siquiera es posible discurrir acerca de los objetivos de quien las dictó, la parte medular del derecho (el civil y constitucional) se compone más bien de reglas conectadas entre sí y que responden a ciertas orientaciones comunes (como la libertad contractual o la buena fe, por citar dos ejemplos).

A pesar que las reglas pueden ser aplicadas usualmente sin necesidad de recurrir a su fundamento práctico o de principio, existen al menos tres situaciones en que es necesario recurrir a ellos: (i) vaguedad en la formulación de la regla; (ii) imprevisibilidad del caso; y (iii) iniquidad manifiesta de la interpretación más obvia.

Véase BARROS BOURIE, Enrique: “Reglas y Principios en el Derecho”. En: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 2. Santiago, 1984, pp. 269-281.

En consecuencia, reconociéndoles su aptitud probatoria como medios de prueba en juicio, no cabe otorgarles el mismo valor probatorio de los instrumentos privados (porque con ello se rompería el principio de equivalencia de los soportes), sino que un valor probatorio inferior, de base de presunción judicial, de la misma forma que lo hacía el proyecto de ley original enviado al Congreso.

La supresión de la norma durante el trámite legislativo no debiera tener incidencia en la solución a que se llegue, por cuanto el artículo 427 del Código de Procedimiento Civil es suficientemente amplio para considerar a estos elementos dentro de sus supuestos de hecho: “Sin perjuicio de las demás circunstancias que, en concepto del tribunal o por disposición de la ley, deban estimarse como base de una presunción [...]”.

IV.- CONCLUSIONES: RIESGOS Y DESAFÍOS

40. La Ley es un buen avance normativo que debería fortalecer el comercio electrónico al dar seguridad a las transacciones electrónicas y otorgarles el mismo respaldo que a los contratos que constan en medios escritos de papel.

Los mayores avances de la Ley, en materia de prueba de las obligaciones, son en primer lugar haber dado pleno reconocimiento a los actos y contratos celebrados por medios electrónicos, tal como a aquellos celebrados mediante instrumentos que constan en un soporte de papel. Por otra parte, haber ido más allá que sus modelos comparados, al dar valor de “plena prueba” a los documentos electrónicos privados suscritos con firma electrónica avanzada. Por último, haber admitido como prueba en juicio todos los “documentos electrónicos”, sin excepción, aún los residuales, lo que es una fuerte modificación a los artículos 1699 del Código Civil y 341 del Código de Procedimiento Civil.

Con todo, la Ley deja importantes preguntas abiertas, que deberán ser resueltas por la jurisprudencia con ayuda de la doctrina, en especial respecto al valor probatorio que corresponda asignar en juicio a los “documentos electrónicos residuales” y, la forma material en que deberán agregarse los distintos “documentos electrónicos” al expediente.