



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

**Facultad de Derecho**

**Departamento de Derecho Procesal**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES:  
LA PRUEBA ELECTRÓNICA Y SU VALOR PROBATORIO EN MATERIA  
CIVIL**

**Alumno: Jorge Sebastián Sepúlveda Guzmán.**

**Profesor Guía: Raúl Tavorari Oliveros.**

**Santiago, Chile**

**2008**

## TABLA DE CONTENIDOS

<b>INTRODUCCIÓN</b>	7
 <b>CAPÍTULO I: GENERALIDADES SOBRE LA PRUEBA ELECTRÓNICA.</b>	
<b>1. Noción de Prueba Electrónica y Documento Electrónico.</b>	11
<b>2.- Clasificación.</b>	13
2.1- Generalidades.	13
2.2- Documento electrónico formado por el computador y documento electrónico formado por medio del computador.	13
2.3- Documento electrónico en sentido estricto y documento electrónico en sentido amplio.	14
<b>3.-Documento Tradicional y Documento Electrónico.</b>	15
3.1- Generalidades.	15
3.2- Elementos del documento.	16
3.3- Elementos del documento electrónico.	16
3.4- Ventajas del documento electrónico.	18
3.5- Problemas o inconvenientes del documento electrónico.	19

## **CAPÍTULO II: SEGURIDAD Y GARANTÍAS DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA.**

<b>1.- Problemas.</b>	23
<b>2- Mecanismos de Solución.</b>	24
<b>3- La criptografía.</b>	27
3.1- Concepto.	27
3.2- Sistema de Clave Privada.	28
3.3 Sistema de Clave Pública.	28
<b>4.- Firma Manuscrita y Firma Electrónica.</b>	31
4.1- Concepto y Funciones de la Firma Manuscrita.	31
4.2- Concepto y Tipos de Firma Electrónica.	32
4.3- La Firma Digital.	34

## **CAPÍTULO III: EFICACIA DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA**

<b>1.- Planteamiento.</b>	38
<b>2.-Eficacia en cuanto a su admisibilidad.</b>	38
2.1-Regla general.	38
2.2- Primera excepción: Hearsay Rule.	39
2.3- Segunda excepción: Best Evidence Rule.	40

<b>3.-Eficacia en cuanto a través de que medio de prueba debe introducirse al proceso.</b>	41
3.1- Importancia.	41
3.2- Posibilidades de introducción al proceso: teoría y práctica.	41
<b>4.- Eficacia probatoria en cuanto al valor probatorio.</b>	44
4.1- Concepto de valoración de la prueba.	44
4.2- Sistemas de valoración de la Prueba.	45
4.2.1- Sistema de prueba legal.	47
4.2.2- Sistema de prueba libre o de libre convicción.	49
4.2.3- Sistema de la sana crítica.	51
4.2.4- Sistema de la apreciación en conciencia.	56
<b>4.3- Sistemas de valoración y su aplicación a la prueba electrónica.</b>	57
4.3.1- Libre convicción y prueba electrónica.	58
4.3.2- Prueba legal, sana crítica y la prueba electrónica.	58
4.3.2.1- El problema de la calificación como medio de prueba.	59
I. Primera posibilidad: exclusión.	59
II. Segunda posibilidad: remisión por ley como medio de prueba tradicional.	59
III. Tercera posibilidad: aplicación de la analogía.	61
IV. Cuarta posibilidad: medio específico de prueba.	63
4.3.2.2- El problema del valor probatorio.	64
I. En el sistema de la sana crítica.	64

II. En el sistema de la prueba legal o tasada.	67
--	----

#### **CAPÍTULO IV: SITUACIÓN EN CHILE ANTES DE LA LEY 19799.**

<b>1.- Sistema de valoración aplicable.</b>	69
---	----

<b>2.- El rol de la analogía.</b>	70
-----------------------------------	----

<b>3.- Leyes civiles especiales.</b>	75
--------------------------------------	----

#### **CAPÍTULO V: SITUACIÓN CHILENA ACTUAL**

<b>1.- Precisiones.</b>	78
-------------------------	----

<b>2.- Conceptos esenciales.</b>	78
----------------------------------	----

2.1- Documento electrónico.	78
-----------------------------	----

2.2- Firma electrónica.	79
-------------------------	----

<b>3.- Ámbito de aplicación.</b>	81
----------------------------------	----

3.1- Análisis del artículo 3º Ley 19.799.	81
---	----

3.2- Excepciones.	83
-------------------	----

<b>4.- Valor probatorio de los documentos electrónicos.</b>	86
---	----

4.1- Normas aplicables, aclaración.	86
-------------------------------------	----

4.2- Clases de documento electrónico.	89
4.2.1- Documento electrónico público.	89
4.2.2- Documento electrónico privado.	90
4.2.3- Documento electrónico no firmado electrónicamente.	91
<b>CONCLUSIONES.</b>	93
<b>BIBLIOGRAFÍA.</b>	99

## **INTRODUCCIÓN**

La prueba, entendida como aquella actividad necesaria para formar la convicción del juez y acreditar los hechos que en un proceso se controvierten, constituye un aspecto fundamental en el juicio civil. A través de ella el legislador permite a las partes convencer al juez que los hechos se han desarrollado de una determinada manera y en consecuencia obtener en último término la pretensión que han deducido en juicio. Tradicionalmente los medios de prueba se encuentran establecidos en los Códigos de Procedimiento de los distintos ordenamientos jurídicos de modo uniforme, es decir, se repiten constantemente, salvo diferencias menores en sus apelativos. De esta manera, sea en Argentina, Francia, Chile, Uruguay o México, si analizamos el cuerpo legal respectivo de cada cual, nos encontraremos con el instrumento, la confesión, la prueba testimonial, pericial, la inspección personal del Tribunal y las presunciones como principales medios probatorios.

Cada uno de ellos posee una larga tradición pues existen desde hace siglos y afortunadamente el desarrollo de la doctrina, jurisprudencia y por supuesto la ley han resuelto gran parte de los problemas que se han suscitado, pero al mismo tiempo han instaurado nociones que parecen invariables, por ejemplo el concepto de documento identificado con el soporte papel firmado manuscritamente o la confesión que debe provenir directamente de la persona, hasta que determinados fenómenos obligan a replantear los conceptos.

Para cumplir su objetivo, esto es, según la doctrina mayoritaria, formar la convicción del juez sobre los hechos, los medios de prueba requieren de otra institución procesal de la mayor importancia. Me refiero al sistema de valoración de la prueba que prevalezca en el ordenamiento jurídico en particular, puesto que puede adoptar diferentes variantes, desde el sistema de la íntima convicción hasta el de prueba legal o tasada que constituyen los extremos debido a sus opuestas características, sin omitir a aquellos sistemas mixtos como la sana crítica o la apreciación en conciencia. Estos intervienen, como ha de suponerse, en la fase de valoración de la prueba, es decir, cuando el juez debe atribuir a cada medio de prueba el valor o el peso que corresponda de acuerdo a sus propias convicciones, la ley, las máximas de experiencia y la lógica, dependiendo del sistema de valoración adoptado.

Tal como sucede con los medios probatorios, su desarrollo también es de larga data y va de la mano con los citados medios, sin embargo, su aplicación también debe ser reformulada cuando la realidad ha generado situaciones hasta el momento desconocidas.

En este sentido, hoy en día, producto del gran avance de la tecnología cuyo máximo exponente es Internet, la red que permite comunicarnos con cualquier parte del planeta en cuestión de segundos, cada vez es más frecuente que las empresas, los particulares e incluso los organismos públicos realicen sus actividades a través de mecanismos computacionales, sea para celebrar contratos, transacciones, enviar documentos, ofertas, captar clientes, transferencias de dinero y una serie interminable de acciones destinadas a mejorar la productividad, adquirir bienes o cumplir una gestión eficiente, entre otras finalidades.

Todas estas actividades involucran la existencia de datos o archivos informáticos soportados en una estructura distinta al papel, en cuya elaboración, registro y transmisión han participado medios electrónicos. En términos simples, se trata de información contenida, por ejemplo, en la memoria del computador, en un disquete o en un CD. Todos estos elementos rompen con la concepción tradicional que tenemos de la prueba y particularmente con la documental desde que en aquellos se prescinde del papel y de la firma manuscrita.

La prueba electrónica implica, por ende, un enorme cambio en cuanto a los medios de prueba que pueden utilizarse en el proceso civil ya que da paso a una situación absolutamente novedosa denominada por la doctrina como “desmaterialización”, es decir, el fenómeno mediante el cual se suprime el documento físico y se reemplaza por un registro contable, que en la mayoría de los casos por ser archivos de computador se les ha dado el calificativo de documentos informáticos. Y sin lugar a dudas, debido al tráfico electrónico de nuestros días, en muchas oportunidades resulta clave en la resolución de un conflicto sometido a la jurisdicción de los tribunales por más que el soporte, el lenguaje y la forma de presentación en juicio sean diferentes.

La prueba electrónica es una realidad innegable en la sociedad de la información y de las comunicaciones en la cual hoy desarrollamos nuestras actividades. El uso del computador, del e-mail, los cajeros automáticos y toda una serie



de medios o soportes electrónicos generan problemas, y por supuesto ventajas, que hasta hace un par de décadas no existían.

El punto es que no existe claridad en torno a su tratamiento, si debe ser considerada prueba documental, opinión mayoritaria atendida su similitud con ésta, objeto de prueba pericial, de la inspección personal del tribunal, base de una presunción e incluso si no debe tener valor alguno considerando los estándares de seguridad que debe cumplir.

Las dudas se generan porque pareciera ser que su especial composición la diferencia notablemente de los medios de prueba tradicional, debido a que se trata de una prueba intangible, originada a través de medios complejos basados en máquinas o computadores y cuya autenticidad o veracidad es, muchas veces, discutible.

Sin perjuicio de ello, la gran parte de los sistemas jurídicos la han acogido y aceptado como medio de prueba, aunque con distintas soluciones en cuanto a su admisión y su valor probatorio, según los niveles de seguridad que posea. La idea por ende consiste en analizar cual ha sido el tratamiento que la doctrina y jurisprudencia le han dado a la noción de prueba electrónica, con especial énfasis en el valor probatorio de ésta y cómo influyen en esta labor los distintos sistemas de valoración de la prueba que existen, desde la prueba legal o tasada hasta el de la prueba libre, sin olvidar la sana crítica y la apreciación en conciencia. Esto permitirá determinar las diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos en cuanto al tema, ya que algunos de ellos se inclinan porque la valoración de esta prueba deba regirse por las reglas generales, lo cual origina a su vez problemas de interpretación, mientras que en otros se ha optado por dictar leyes especiales con el objeto de acabar con la incertidumbre, aunque sea en parte. En ambas opciones su valor puede ir desde constituir plena prueba hasta sólo valer como un principio de prueba por escrito o una simple presunción.

Nuestro país también ha participado de esta situación y ha transitado por ambos caminos, atendido que en el año 2002 se promulgó y publicó la Ley 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, la cual no ha estado exenta de críticas a pesar de que ha venido a llenar un vacío en nuestra legislación. Lógicamente, en lo pertinente, será analizada bajo los

parámetros insinuados, con el objeto de dilucidar como opera la denominada prueba electrónica en nuestro país bajo el sistema de valoración de prueba legal o tarifada.

## **CAPÍTULO I: GENERALIDADES SOBRE LA PRUEBA ELECTRÓNICA**

### **1.- Noción de prueba electrónica y documento electrónico.**

Tal como se enunció en la introducción, con el objeto de evitar confusiones, es preciso recordar que el tema a tratar y, en consecuencia, todo lo que dice relación con él, debe entenderse referido al concepto de lo que se conoce como *prueba electrónica*. Si bien esta aclaración en principio puede resultar obvia o redundante, es absolutamente necesaria, por las consideraciones que a continuación se señalan.

En efecto, la doctrina en general al referirse al tema lo hace a través del concepto de *documento electrónico*<sup>1</sup>, sea para señalar en qué consiste, cuales son sus características o simplemente para dar un ejemplo de aquel; o bien utiliza ambos términos indistintamente.

Sin embargo, no significan lo mismo, puesto que el concepto de prueba es más amplio que el de documento, desde que éste último es un tipo o especie del primero. Por tanto, al referirnos a la prueba electrónica, debemos entender que en ésta se incluye, por cierto, al documento electrónico, pero también a todos aquellos medios probatorios que reúnan las características requeridas para configurar a un determinado medio de prueba como electrónico, a pesar de la dificultad que ello representa ya que es difícil imaginar, por ejemplo, a un testigo o perito electrónico.

Todo lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que el documento electrónico es, sin lugar a dudas, el medio de prueba emblemático que los diversos autores han utilizado y desarrollado con el objeto de explicar esta tremenda innovación que significa abandonar el mundo del papel manuscrito y trasladarse al mundo de la tecnología, lo cual constituye la principal razón para entender porqué se confunde terminológicamente ambos conceptos.

A mayor abundamiento, lo que realmente sucede es que la llamada prueba electrónica tiene normalmente características de documento (en su sentido tradicional),

---

<sup>1</sup> En este sentido, Colerio, Juan, “Prueba Electrónica” en “XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal”, Tomo I, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2003, pág. 317.

de manera que la mayor parte de la doctrina ha optado por designarla como documento electrónico considerándola un medio de prueba independiente.

Por tanto, siguiendo las ideas anteriores, en este trabajo se hablará indistintamente de prueba o documento electrónico, salvo indicación expresa del autor cuando no se desprenda del contexto.

Hecha la salvedad, prueba electrónica puede definirse como “todo hecho sobre el que la demostración de su existencia para formar la convicción del juez, esté asentado en un registro cuyo soporte no sea el papel y en su formación, archivo o registro haya intervenido un medio electrónico, entendido este término no en un sentido técnico científico, sino vulgar y abarcativo de todo supuesto de desmaterialización electrónica, de la declaración que tradicionalmente se vuelca y conserva en el tradicional soporte papel”.<sup>2</sup>

Otros se han referido a ella como “toda representación material, destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación de voluntad, materializada a través de las tecnologías de la información, requieran o no de máquinas traductoras para ser percibidos y comprendidos por el hombre, y que pueden consistir en mensajes digitalizados sobre soportes magnéticos o en documentos formados por el computador”.<sup>3</sup>

Incluso a nivel legal, en nuestro país existe una definición<sup>4</sup> del concepto de documento electrónico, la cual analizaremos con mayor profundidad en un capítulo posterior.

---

<sup>2</sup> Colerio, Juan, op. cit., pág. 318.

<sup>3</sup> Herrera Bravo, Rodolfo y Núñez, Alejandra, “Derecho Informático: Derecho chileno y comparado ante las nuevas tecnologías de la información”, Editoriales Jurídicas La Ley, 1999, pág. 100.

<sup>4</sup> Ley 19799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, Artículo 2º, letra 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 medio idóneo para permitir su uso posterior.

## **2.- Clasificación**

### **2.1- Generalidades**

Quien mejor explica el concepto de documento electrónico y que a la vez establece una clasificación de éste que ha servido de base para prácticamente la mayoría de los textos que se han escrito posteriormente, es el profesor italiano Ettore Giannantonio, quien hace más de dos décadas atrás, visionariamente, se refirió a los alcances que tendría el fenómeno de la irrupción de la tecnología en el desarrollo de las distintas actividades sociales, laborales, económicas y culturales. Plantea que no es posible señalar una noción única del concepto en cuestión, debido a las diversas realidades que existen y que es necesario distinguir.

### **2.2- Documento electrónico formado por el computador y documento electrónico formado por medio del computador**

En primer término, es documento electrónico aquel formado por el elaborador (computador), caso en el cual éste no se limita a materializar una voluntad o decisión ya formada, sino que conforme a una serie de datos y parámetros, sumado a un programa adecuado, decide el contenido de la regulación de intereses. El ejemplo típico es el de los contratos concluidos entre computadores respecto de la transferencia electrónica de fondos.

En segundo término, se entiende también por documento electrónico el formado por medio del computador, es decir, éste se limita a documentar o comprobar la regulación de intereses ya expresada en otras instancias o formas.<sup>5</sup>

Esta clasificación se basa principalmente en el criterio de la voluntad de las partes para definir los intereses o derechos que pretenden regular a través de un determinado contrato o documento.

---

<sup>5</sup> Giannantonio, Ettore, "El valor jurídico del documento electrónico" en "Informática y derecho. Aportes de doctrina internacional" Vol. I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1987, págs. 94-96.

### **2.3- Documento electrónico en sentido estricto y documento electrónico en sentido amplio**

Ahora bien, la citada labor de documentación puede asumir formas muy diversas, lo cual conduce a subdistinguir otra clasificación.<sup>6</sup>

Por un lado, los denominados documentos electrónicos en sentido estricto, cuya característica principal es que no pueden ser leídos por el hombre sin la intervención de máquinas traductoras que hagan perceptibles las señales digitales o magnéticas que los componen. Por ejemplo, aquellos documentos contenidos en disquete, CD-ROM o pendrive, que, como correctamente señala Giannantonio son soportes externos al elaborador, los contenidos en la memoria del computador o bien las tarjetas magnéticas que permiten acceder a una cuenta corriente bancaria, las de crédito o de casas comerciales, todas las cuales constituyen una categoría particular de documentos para el uso de terminales de un sistema.

A su vez, estos documentos se dividen atendiendo a su grado de conservabilidad, en aquellos de carácter volátil, es decir, que se cancelan automáticamente cuando se apaga el computador, como es el caso de los datos contenidos en la memoria RAM de éste; aquellos que permanecen memorizados hasta que se cancelan debido a la intervención humana, como es el caso de los datos contenidos en cintas o discos magnéticos, y finalmente aquellos que permanecen inalterablemente en el tiempo, como el caso de los datos contenidos en memoria ROM.<sup>7</sup>

Por otro lado, están los llamados documentos en sentido amplio, que se caracterizan porque son perceptibles y legibles, en el caso de textos alfanuméricos,

---

<sup>6</sup> Al respecto, Giannantonio, Ettore, op. cit., págs. 95-99.

<sup>7</sup> En torno a estos conceptos, explica un autor nacional que “en el sistema, la memoria proporciona almacenamiento temporal para programas y datos. El sistema tiene 2 tipos de memoria: memoria de acceso aleatorio o RAM (Random Acces Memory) y la memoria de sólo lectura o ROM (Read Only Memory). La memoria de RAM es como una pizarra; se graban, se borran y se vuelven a grabar datos en ella constantemente. En cambio, en la memoria ROM no se puede grabar y no se puede borrar. Ella proporciona las instrucciones que necesita el sistema para iniciarse cada vez que se enciende”. Herrera Bravo, Rodolfo y Núñez, Alejandra, op. cit., página 99, al pie.

directamente por el hombre sin necesidad de intervenciones por parte de máquinas traductoras. Se trata de documentos que generalmente no están en forma digital, pero sí pueden estar constituidos por un texto alfanumérico, un diseño o un gráfico estampados sobre un soporte de papel, por una tarjeta o una cinta perforada, un microfilm y, en general, por cualquier objeto material formado por una máquina conectada al computador (como señala Giannantonio, incluso el brazo de un “robot”).

### **3.- Documento tradicional y documento electrónico**

#### **3.1- Generalidades**

A la luz de los conceptos vertidos, que en el fondo identifican a la prueba electrónica con la noción de documento, pertinente es preguntarse si esta posición es correcta. Dicho de otro modo, si el llamado documento electrónico comparte las características esenciales del documento tradicional, entendido éste como aquel escrito sobre papel, lo cual tiene consecuencias importantes, por ejemplo, en relación a como debe regularse esta peculiar prueba, ya sea derechamente como documento, analógicamente o bien a través de un estatuto particular.

En este sentido, el documento clásico es aquel instrumento u objeto normalmente escrito, en cuyo texto se consigna o representa alguna cosa apta para esclarecer un hecho o se deja constancia de una manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos.<sup>8</sup>

O bien, es cualquier objeto que contiene una información, que narra, hace conocer o representa un hecho, cualquiera sea su naturaleza, su soporte o continente, su proceso de elaboración o su tipo de firma.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Couture, Eduardo, “Vocabulario Jurídico”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1976, pág.239, citado por Landoni Angel en “XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Uruguayas de Derecho Procesal”, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2002, pág. 684.

<sup>9</sup> Jijena Leiva, Renato, “Comercio electrónico, firma digital y derecho”, Editorial Jurídica de Chile, Chile, pág. 157.

### **3.2- Elementos del documento**

A partir de las definiciones señaladas se puede concluir que el documento posee los siguientes elementos fundamentales:

En primer término, es un objeto o cosa, razón por la cual necesariamente tiene un soporte material, el cual tradicionalmente se ha identificado con el papel, puesto que éste desde la antigüedad ha sido el medio por excelencia para fijar la escritura, costumbre que perdura hasta el día de hoy.

En segundo término, es representativo de un hecho o idea. Por ejemplo, un contrato representa los derechos y obligaciones de cada una de las partes, un cheque el hecho de que se adeuda una determinada suma de dinero, una cédula acredita la identidad de una persona, etc.

En tercer término, aunque no se desprende de las definiciones previas pero sí de otras otorgadas por la doctrina<sup>10</sup>, el documento es preexistente a su incorporación al proceso como medio de prueba.

Desde otra perspectiva, ligada a la finalidad que tiene el documento de conservar y transmitir informaciones, es posible señalar que son también elementos del documento: consta en un soporte material (papel), contiene un mensaje, está escrito en un lenguaje o idioma determinado (inglés, español, francés, etc.) y puede ser atribuido a una persona determinada en calidad de autor a través de la firma, en este caso manuscrita.<sup>11</sup>

### **3.3- Elementos del documento electrónico**

El tema entonces es establecer si los elementos mencionados, se presentan también en el caso de los documentos electrónicos.

---

<sup>10</sup> Viera, Luis Alberto, "Curso de derecho procesal", FCU, 1987, Tomo II, pág. 127, citado por Landoni Angel, op. cit., pág. 684.

<sup>11</sup> En este sentido, Herrera Bravo, Rodolfo y Núñez, Alejandra, op. cit. págs. 109-110.; Jijena Leiva, Renato, op. cit. pág. 160.



Respecto de los señalados en primer término, no resisten mayor análisis desde el momento que parece indiscutible afirmar que los datos contenidos en un CD-ROM o en la memoria de un computador, objetos, son representativos de hechos o ideas y que perfectamente pueden ser preexistentes a un determinado proceso. De hecho la tecnología actual, fuertemente influenciada por el tema de la globalización, permite informarse casi inmediatamente de lo sucedido en cualquier lugar del planeta, principalmente a través de los computadores gracias a Internet, lo cual denota que, sin duda, estos son medios para reproducir hechos o ideas.

Más discutibles son los elementos señalados en último término, debido a la complejidad que representan los documentos electrónicos, fundamentalmente en cuanto al lenguaje que utilizan.

En relación al soporte, no hay problemas, ya que tanto las cintas, disquetes, chips, CD-ROMS y en general cualquier dispositivo, no pueden ser desprovistos de aquella característica, porque todos ellos constituyen la base sobre la que se asientan los datos o declaración de que se trate, al igual que sucede con el papel.

En cuanto al mensaje tampoco los hay, ya que si bien éste puede no consistir en una frase o palabra, como normalmente acontece con el documento tradicional, puede adoptar otras formas, tales como un diseño, una imagen o un gráfico.

El problema se presenta con el tema del lenguaje o código que usan, ya que si bien es posible sostener que adoptan el idioma de los bits, por otro lado se puede controvertir aquello, ya que los bits no son más que entidades magnéticas no perceptibles por los sentidos humanos<sup>12</sup>, por ende, no pueden ser comprendidos por la generalidad de las personas, salvo con el auxilio de un computador. Sin embargo, lo mismo sucede en muchos casos cuando un determinado documento se encuentra escrito en un idioma extranjero, en cuyo caso se acude a un traductor, o se trata de un tema demasiado técnico para ser entendido por la mayoría.

El hecho de que en forma directa no se entienda el lenguaje de los documentos electrónicos, no significa que no sean tales, o ¿acaso un analfabeto no puede valerse de un contrato como medio de prueba documental? La pregunta me parece tan ridícula

---

<sup>12</sup> Herrera Bravo, Rodolfo y Núñez, Alejandra, op. cit., pág. 110.

como negar la noción de documento electrónico ya que la comunicación entre emisor y receptor igualmente se produce.

De manera que la gran diferencia existente entre el documento tradicional y el electrónico está dada por el tema del soporte, que no será ya el papel, sino que algún objeto de tipo magnético, como los citados a lo largo de este trabajo, abandonando de este modo la arcaica noción que ha predominado hasta nuestros días.

### **3.4- Ventajas del documento electrónico**

Al compartir entonces las características principales del documento, no en la forma pero sí en el fondo, ha de concluirse que la prueba documental electrónica posee las mismas ventajas que su par clásico, de manera tal que no necesariamente se halla en una posición desmejorada o inferior, por el contrario, en algunas oportunidades dichas ventajas son aun mayores.

Las ventajas a que me refiero son, principalmente, las siguientes:

- a) Quizás la más relevante de todas es la permanencia, es decir, el documento permite retener todas las características y elementos del acto de que se trate, por un lapso de tiempo si bien no indefinido, bastante extenso. De modo que para demostrar que dicho acto se ha desarrollado u ocurrido, no se depende ya de la memoria humana (siempre frágil) ni de los intereses o de los sentimientos para recordar en que condiciones se llevó a cabo.

Esta utilidad en el caso del documento electrónico se acrecienta aun más, ya que a diferencia del papel, que luego de un tiempo sufre alteraciones importantes, como rasgarse, arrugarse, cambiar de tono, borrarse los caracteres o simplemente perderse, es capaz de durar más en el tiempo desde que un computador es bastante más difícil que se rompa o pierda, e incluso si falla, es muy probable que se pueda rescatar la información contenida en él. Es un método de respaldo más seguro.

- b) Ligada a la anterior, el documento supone la representación de un hecho en la misma forma como se realizó, es decir, presentado nuevamente pero bajo forma escrita. Es también una ventaja importante ya que para demostrar lo contrario, o que al acto se desarrolló de manera distinta, será necesario demostrarlo a través de pruebas contundentes.
- c) Sirve como medio de prueba, en caso de desacuerdo entre las partes con relación al alcance y contenido del acto realizado, lo cual es muy importante dado el alto valor probatorio que tiene el documento bajo las condiciones establecidas por la ley.
- d) En último término, se dice que <sup>13</sup>“excita la prudencia y la reflexión antes de firmarlo”, puesto que lo plasmado en el documento no se puede modificar posteriormente, salvo acuerdo de las partes, de manera que antes de acordarlo y firmarlo, insta a que las personas se preocupen de su contenido y a lo que se encontrarán obligadas.

A todo lo anterior, debe agregarse que a través de los medios electrónicos e informáticos, es posible transmitir la información del caso con gran rapidez, ahorrando tiempo y dinero, entre personas que se hallan a grandes distancias y que no han tenido contacto personal en ningún momento, siendo posible incluso que jamás lleguen a conocerse de este modo.

### **3.5- Problemas o inconvenientes del documento electrónico**

Sin embargo, como normalmente sucede con todas las materias de la vida, la prueba documental electrónica presenta también una serie de inconvenientes, relacionados en su mayoría con el tema de la seguridad, que es preciso señalar debido a que son los

---

<sup>13</sup> Rengifo García, Ernesto, “El documento electrónico” en “XXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal”, Edición del Departamento de Publicación de la Universidad Libre, pág. 451.

responsables de impedir que este tema haya demorado tanto en desarrollarse y regularse legalmente, no sólo en Chile sino que también en el derecho comparado.

Al respecto, es posible determinar que los problemas<sup>14</sup> relacionados con la naturaleza del documento electrónico, son los siguientes:

- a) Se discute acerca de su estabilidad, ya que debido al modo en que se constituyen pueden ser reescritos o borrados con facilidad. Esta afirmación, que en principio pareciera ser categórica, no parece ser tan certera, ya que tal como se señaló a partir de las ventajas de este medio, con los actuales niveles de avance en materia digital, electrónica y computacional, cada vez con mayor frecuencia se desarrollan sistemas y técnicas de control que tienden a evitar que la información contenida pueda modificarse. Por lo demás, es una objeción que también puede plantearse frente al documento tradicional, el cual también se puede modificar con extrema facilidad y que, a pesar de todo, continúa siendo el principal medio probatorio en la mayoría de los sistemas legales, más aun en aquellos como el chileno que contemplan la prueba legal tasada.
  
- b) Se dice también que los documentos electrónicos difícilmente constituyen original, sino que en general, son la transcripción de una escritura sobre papel que posteriormente se destruye luego de registrarse digitalmente. Sin embargo, esta aseveración no toma en cuenta el hecho de que el valor del documento electrónico depende de una serie de factores establecidos por la legislación de cada país (por ejemplo la existencia de la firma digital), es decir, la idea es incentivar que estos documentos tengan valor por sí mismos, como originales. Lo que quiero plantear es que la crítica referida es sólo una de las opciones posibles de cómo se pueden constituir estos documentos tan particulares, e incluso en ese caso, como se tratará en el capítulo pertinente, podrían llegar a tener algún grado de valor.

---

<sup>14</sup> Herrera Bravo, Rodolfo y Núñez, Alejandra La Ley, op. cit., págs. 100-102.

c) Finalmente, también se argumenta que en un documento informático intervienen, en la gran mayoría de los casos, distintos sujetos que actúan en las diferentes fases de programación, toma e ingreso de datos y recuperación, a raíz de lo cual se genera un problema en torno a la identidad del autor, al haber varios candidatos para ello, lo cual a su vez impide determinar posteriores responsabilidades, así como también se crean dudas en torno a la integridad del documento.

Esta sí constituye una gran dificultad que presentan los documentos en cuestión, que debido a su importancia, será tratada en el capítulo siguiente dedicado a la seguridad de la documentación electrónica.

Adicionalmente, otro de los grandes inconvenientes que presenta la prueba electrónica está relacionado con el hecho de que hoy en día, más aun en la región de Latinoamérica, no todos los individuos se encuentran familiarizados con la computación, Internet y en general con el movimiento digital. Ello trae como consecuencia el desconocimiento de las ventajas que otorgan estos medios y su consecuente desuso.

En el fondo, para que el documento electrónico constituya un medio de prueba útil y decisivo en el proceso jurisdiccional, cualquiera sea el país, es preciso que exista un grado de desarrollo importante de la informática y las comunicaciones. Y además de ello, se necesita que dicho desarrollo, en lo posible, se extienda a toda la población de un determinado territorio, pues de lo contrario sucede que simplemente se concentra en segmentos sociales determinados y sólo en ciertas áreas geográficas.

De modo que es una tarea que requiere no sólo del grado de desarrollo mencionado, sino que también es indispensable que el gobierno de turno establezca políticas claras e incentive el uso de la tecnología, de otra manera, el valor de la prueba electrónica será mínimo. Al menos en Chile se ha dictado ya una ley que los contempla y reconoce, lo cual representa un paso importante, ya que antes de la promulgación de la ley 19.799 ni siquiera estaba claro que debía entenderse por documento electrónico, firma electrónica, cuáles eran los requisitos exigidos, su valor, etc., sin embargo, aquello no es suficiente si lo que se pretende es fortalecer el

comercio electrónico y otorgar seguridad a quienes actúen jurídicamente dentro de este sistema.

## **CAPÍTULO II: SEGURIDAD Y GARANTÍAS DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA.**

### **1.- Problemas**

Tal como se anticipó en el capítulo anterior, al tratar los problemas que representa la prueba electrónica, uno de los grandes inconvenientes de ésta se genera en torno al hecho de que en su elaboración pueden llegar a intervenir varios agentes, lo cual, ligado a que durante el proceso de envío de información las partes no tiene contacto físico alguno y a que en los soportes magnéticos o electrónicos puede resultar más simple la <sup>15</sup>suplantación del autor en la realización del signo material necesario para entender que el mismo asume una determinada declaración como propia debido a que no es necesario imitar la firma, sino que muchas veces basta el simple uso ilegítimo de la tarjeta con banda magnética o chip, correspondiente a un determinado titular de una cuenta bancaria, por ejemplo, genera razonables dudas en torno a la autoría o integridad del documento, entre otras.

Es decir, resumiendo, debido a la especial naturaleza de este tipo de documentos, existen básicamente cuatro problemas<sup>16</sup> que se plantean en torno a la seguridad de aquellos, afectando garantías esenciales:

En primer término, el secreto, que tiene que ver con mantener la información fuera de las manos de usuarios no autorizados. Se trata de garantizar la confidencialidad del documento electrónico, de manera que éste solamente pueda ser leído por su destinatario. Constituye un aspecto que debe ser tratado con delicadeza, ya que el campo de acción de los documentos electrónicos se relaciona en no pocos casos con transacciones bancarias y comerciales en las cuales se manejan

---

<sup>15</sup> Al respecto, Ortells Ramos, Manuel, "Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional, con especial análisis de las cuestiones referentes a la prueba, a las medidas cautelares y a las comunicaciones procesales" en "XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Uruguayas de Derecho Procesal", Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2002, pág. 648.

<sup>16</sup> Tanenbaum, Andrew, "Redes de computadoras", 3ª edición, Editorial Prentice Hall Hispanoamericana, México 1997, págs. 578-579, citado por Pintos, Alejandro y Valentín, Gabriel "La prueba documental frente a las nuevas tecnologías" en "XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Uruguayas de Derecho Procesal", Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2002, pág. 805.

importantes sumas de dinero, lo cual requiere por supuesto de un régimen que mantenga un mínimo de confidencialidad para que el negocio no se frustre o intervengan en él sujetos inescrupulosos.

En segundo término, la validación de identificación, que se encarga de determinar con quién se está hablando antes de revelar información delicada o hacer un trato de negocios, es decir, se trata de verificar si el remitente del mensaje es efectivamente quien dice ser.

En tercer término, el no repudio o impedimento del rechazo, que consiste en la condición de evitar la posibilidad de que una persona que efectuó el envío de archivos, datos u orden de compra, pretenda negar luego que lo ha hecho. Representa una garantía para quien tiene en su poder el documento, en el sentido que le permite probar que una comunicación efectivamente ha sido comunicada, que ha existido y lo protege de la eventual negativa. Por lo tanto, el no repudio tiene una doble dimensión, ya que se refiere tanto al envío del mensaje como a su recepción

En cuarto término, el control de integridad, se refiere a como asegurarse de que un mensaje recibido fue realmente el enviado y no algo que un tercero malicioso modificó en el camino o creó por su propia cuenta.

## **2- Mecanismos de solución**

Ante este panorama, que en principio pareciera ser bastante desalentador, ya que si uno se detiene en los mencionados problemas puede concluir que apuntan a aspectos jurídicos fundamentales, como son la confidencialidad, la autenticidad, el carácter declarativo y la inalterabilidad del documento o prueba electrónica, la doctrina



ha elaborado una serie de soluciones, unas más útiles y factibles que otras, para resolver la controversia.<sup>17</sup>

En este sentido, un primer sistema consiste en insertar la imagen de una firma manuscrita en un documento creado con un procesador de texto, en palabras simples, se intenta transportar la firma clásica al plano electrónico a través de una máquina que permite ingresar al computador documentos en papel, cual es el scanner. Este sistema ha sido bastante utilizado, sin embargo es el más débil de todos, ya que no resuelve ninguno de los problemas referidos. Ello porque cualquier persona que tenga a mano el documento puede cortar la imagen de la firma y pegarla en otro documento no emanado del autor de la misma o bien inventar una firma o utilizar la de otra persona, insertarla en algún documento y aprovecharse de ello. Tampoco se asegura cabalmente que el documento no haya sido alterado por un tercero en su contenido. De este modo no se asegura ninguna de las garantías, especialmente la de autenticidad y de integridad.

Un segundo sistema utilizado, aunque en menor medida, consiste en que el autor de un documento inserte un ejemplar facsímil electrónico de su propia firma creada a través de una pluma electrónica o de un lápiz óptico. Es un poco más eficaz que el primer sistema, ya que en cuanto a la autoría y al no repudio, dado que se trata de la propia firma, se puede presumir que las garantías de autenticidad y carácter declarativo del documento se cumplen, pero no sucede lo mismo respecto de la confidencialidad y especialmente respecto de la integridad, puesto que igualmente se puede modificar el contenido del documento en cuestión.

Otro mecanismo que la doctrina ha ideado para solucionar los inconvenientes emanados de la naturaleza de estos documentos, es el denominado sistema

---

<sup>17</sup> A nivel legal, la Ley Modelo para las Firmas Electrónicas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil contempla un artículo basado precisamente en la superación de estos problemas para que la firma electrónica sea eficaz.

Artículo 6º: “La firma electrónica se considerará fiable si: a) los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante; b) los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante; c) es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y d) cuando uno de los objetivos del requisito legal de la firma consiste en dar seguridades en cuanto a la integridad de la información a que corresponde, y sea posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma.”

biométrico. ¿A qué se refiere? Como su nombre lo dice, se basa en la ciencia de la <sup>18</sup>biometría que es aquella parte de la biología que estudia cuantitativamente la variabilidad individual de los seres vivos, utilizando términos estadísticos. Por medio de ella, se ha comprobado que existen ciertas características individuales de los seres humanos que son únicas, irrepetibles e irreproducibles por un tercero. Y a través de aquellas se han desarrollado técnicas de identificación, basándose por ejemplo, en las huellas dactilares, la retina, el iris, los registros de la voz o la palma de la mano.

Sin embargo, también presenta dificultades, relacionadas principalmente con el alto costo que significaría su empleo, sin perjuicio de que la tecnología si bien está desarrollada, no lo está al punto de crear instrumentos o herramientas masivas y fáciles de usar en la vida cotidiana, basadas en las citadas características. Es cosa de imaginar solamente el proceso previo a instaurar estas técnicas, lograr que todos los habitantes de un país registren su voz o retina, que ésta se conserve de manera indefinida en buen estado y que luego de ser utilizada en un acto con connotaciones jurídicas, se contraste adecuadamente con el registro existente. Es una tarea compleja, costosa y difícil.

Además, tampoco otorga certeza en cuanto a la integridad del documento de que se trate, puesto que su uso no se asocia a un determinado contenido de datos, o sea, igualmente se puede modificar por terceros o la contraparte dicho contenido.

Un cuarto sistema, que goza de una gran popularidad por su aplicación en las transacciones bancarias a través de los cajeros automáticos, es aquel consistente en la utilización de un código de ingreso secreto, comúnmente llamado PIN (Personal Identification Number). En este sistema se utiliza una tarjeta de plástico que posee una banda magnética en la cual a su vez se registran los datos principales del usuario y un algoritmo secreto que se vincula con el PIN.

Al igual que el caso anterior, presenta la dificultad de que no se garantiza la integridad del documento, puesto que el empleo del PIN tampoco se asocia a un contenido determinado. Por otro lado, respecto del resto de los aspectos de seguridad, funciona en la medida que se mantenga en secreto el número de identificación personal, sin embargo, si por alguna razón éste se hace público, el sistema se ve

---

<sup>18</sup> Pintos Alejandro y Valentín, Gabriel, op. cit., pág. 806.

seriamente afectado. Lamentablemente aquello no es tan extraño, en nuestro país en los últimos años se ha dado con frecuencia la práctica de clonar tarjetas de crédito, a través de grupos organizados para luego ser utilizadas con fines perjudiciales para el verdadero usuario.

Como se puede apreciar, los sistemas explicados no ofrecen las herramientas suficientes para proteger las garantías de confidencialidad, autenticidad, carácter declarativo e inalterabilidad del documento electrónico.

### **3.- La criptografía**

#### **3.1 Concepto.**

A pesar de lo anterior, existe un último sistema considerado por la doctrina y la práctica como el más efectivo para el desarrollo y protección de los documentos electrónicos, basados en las denominadas técnicas criptográficas. Es un mecanismo cuya comprensión en un principio puede resultar un poco complicada pero que a fin de cuentas no lo es tanto, si se explica de manera clara, cual es el propósito que pretendo en las siguientes líneas, y que en último término se traduce en la utilización de la firma digital.

Previo a señalar como opera este sistema, para un mejor entendimiento, es indispensable determinar qué se entiende por criptología.

Según Pintos y Valentín<sup>19</sup>, criptología es la ciencia del ocultamiento de la información mediante el diseño de cifradores y su descifrado mediante la utilización de técnicas al efecto.

O bien, de acuerdo a la doctrina nacional<sup>20</sup>, encriptación o criptografía es el arte de escribir enigmáticamente, es decir, la técnica basada en un algoritmo matemático

---

<sup>19</sup> Pintos, Alejandro y Valentín, Gabriel, op. cit., pág. 807.

<sup>20</sup> Herrera Bravo, Rodolfo y Núñez, Alejandra, op. cit., pág. 106.

que transforma un mensaje legible a su equivalente en un formato ilegible para cualquier usuario que no cuente con la clave secreta necesaria para descriptarlo.

En palabras simples, se trata de que un determinado mensaje sea ininteligible para cierto individuo, en la medida que no cuente con la clave precisa para transformarlo en un formato legible o entendible.

### **3.2- Sistema de clave privada**

Establecido el concepto de criptografía, existen básicamente 2 grandes aplicaciones o técnicas de ella: el de clave privada y el de clave pública.

El sistema de clave privada o simétrico supone que las partes deben compartir una clave común previamente acordada, de manera que tanto el emisor como el receptor usan exactamente la misma clave, la cual, por ende, necesariamente debe comunicarse de una parte a la otra. De esta forma, el emisor cifra el mensaje con una clave secreta y luego lo envía a otra persona. A su vez, el receptor descifra el mensaje aplicando la citada clave que es la misma que utilizó inicialmente el emisor.

Este sistema en principio parece cumplir las condiciones mínimas para operar adecuadamente, pero dado que los documentos electrónicos en general se envían a través de redes abiertas, existe el serio riesgo de que la clave sea conocida por un tercero, en cuyo caso la garantía del secreto queda en entredicho, así como también el peligro de que una de las partes olvide la clave o la niegue, caso en el cual tambalea la garantía de la autenticidad y del no repudio, puesto que no será posible atribuir con certeza la autoría del mensaje.

Finalmente, tampoco asegura la integridad del mismo ya que igualmente el contenido del documento puede ser modificado y además, en la hipótesis que se requiera participación de terceros en la elaboración, transmisión u otra fase del documento, estos no podrán participar dado que no conocerán la clave secreta, salvo que las partes hagan entrega de ella, lo cual puede generar los problemas señalados anteriormente.

### **3.3 Sistema de clave pública**

Frente a este sistema, se encuentra el de clave pública, denominado también criptografía asimétrico, inventado en el año 1976 por dos investigadores de la Universidad de Stanford, el cual es más complejo pero a la vez es también notoriamente más seguro que el anterior y que conduce, en último término, al uso de la llamada firma digital.

¿En qué consiste?

Este sistema se basa en el uso de dos claves, una privada y otra pública, que se encuentran matemáticamente asociadas, de modo tal que una de las partes encripta un mensaje utilizando su clave privada (la cual es conocida por éste, aunque también puede ser desconocida, por ejemplo si se mantiene en una tarjeta inteligente a la que se accede mediante un número de identificación personal o un dispositivo de identificación biométrica) bajo un criterio único y luego procede a transmitirlo a todas aquellas personas con quienes desea comunicarse. En esta fase interviene la clave pública, inicialmente en poder del titular de la clave privada, a través de la cual los receptores del mensaje en cuestión podrán descifrar su contenido así como también encriptar mensajes que sólo podrán ser leídos o descifrados por el usuario en cuyo poder se encuentra la clave privada.

Para entender adecuadamente el sistema, el siguiente ejemplo puede resultar útil:<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Una explicación más técnica otorgada por la doctrina señala: “Se parte del texto normal (plain text) y se le aplica una función llamada hash (huella). Esta función es un algoritmo que permite obtener un mensaje de longitud menor a a partir de un documento, siendo prácticamente imposible encontrar otro mensaje que genere el mismo resumen. Asimismo es imposible conocer el texto original a partir del texto resumido. De la aplicación de esta función se obtiene un digesto o resumen. Ese resumen es único de longitud fija, y su valor varía ante cualquier modificación del texto original.

Una vez obtenido el resumen, se encripta el mismo con la clave privada del firmante y se adjunta el documento. Ambos documentos, el normal (plain text) y el resumido y cifrado (ciphertext) se envían al receptor. En general, con estos documentos se envía la clave pública del firmante, para que el receptor pueda acceder fácilmente a ella y verificar la firma digital.

El receptor aplica la clave pública del emisor y obtiene el texto resumido o digesto.

Posteriormente, aplica la misma función hash sobre el texto normal y obtiene un segundo resumen del mismo. Comparando ambos resúmenes puede verificar si el documento ha sido alterado: si el valor de los resúmenes coincide, es seguro que sólo el titular de la clave privada puede haber firmado el documento y que el mismo no ha sido alterado.”

Pintos Alejandro y Valentín, Gabriel, op. cit., pág. 810.

El usuario A desea enviar un determinado documento electrónico (por ejemplo una oferta) a B. Para ello, deberá introducir una clave privada X que será solicitada por el sistema mientras esté llevando a cabo el envío. Hecho esto, también deberá comunicarle a B la clave pública Y, para que éste pueda descifrar el contenido del mensaje, en este caso, de la oferta. Si B además decide enviar un mensaje al usuario A, requerirá también de la clave Y para hacerlo. Finalmente A, para descifrar ese mensaje hará uso de su clave privada X, y así sucesivamente para intercambiar más mensajes si lo estiman necesario para concluir el negocio.

Este sistema sí constituye una alternativa segura.

Por un lado, debido a que no es necesario compartir una misma clave entre las mismas partes, sino que el usuario interesado posee una clave privada que nadie más conoce, de manera que existe una doble protección, representada por las claves pública y privada. De esta manera se asegura en buena medida la autenticación (autoría) del mensaje, el no repudio, el secreto e incluso la integridad. Advertido que lo hace en buena medida porque no es un sistema perfecto, dado que nunca se debe descartar la posibilidad de que quien aparece encriptando un mensaje como titular de la clave privada, no sea quien efectivamente ha hecho uso de ella, a veces ni siquiera se puede estar seguro de que el titular de la clave sea tal. Es decir, puede ocurrir que alguien haga uso legítimo de una clave o bien que al momento de asignarse ésta, se haga pasar por otra persona.

Por otro, en virtud de que si bien ambas claves que constituyen la base del sistema asimétrico se encuentran matemáticamente relacionadas, ello no significa que a partir de la clave pública pueda descifrarse cual es la clave privada del titular de ésta; de hecho, para realizar dicha tarea, se precisarían millones de años, aun utilizando los ordenadores más modernos, porque el objetivo de la criptología hoy en día es desarrollar métodos tan complicados y rebuscados, que quien quisiera descifrar la clave no sería capaz de entender nada.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Pintos Alejandro y Valentín, Gabriel, op. cit., págs. 808-809.

## **4.- Firma manuscrita y firma electrónica**

### **4.1- Concepto y funciones de la firma manuscrita**

Lo expuesto conduce a un tema importantísimo, cual es la noción de firma electrónica y de firma digital, debido a que las técnicas desarrolladas constituyen, al fin y al cabo, manifestaciones de dichas firmas.

Para comprender en qué consisten los mencionados conceptos, previamente es preciso delimitar qué debe entenderse por firma en su sentido tradicional, en relación a lo cual se ha afirmado por un destacado autor uruguayo que aquella es el trazado gráfico, conteniendo habitualmente el nombre, apellido y rúbrica de una persona, con el cual se suscriben los documentos para darles autoría y obligarse con lo que en ellos se dice.<sup>23</sup>

Por ende, no es correcto identificar la firma manuscrita con aquel trazado gráfico que normalmente la mayoría de las personas utilizan y que se puede observar en cualquier cédula de identidad nacional. Sin perjuicio de que aquella sea la forma típica de firmar, ello no excluye otras manifestaciones como signos, símbolos, códigos, claves, sellos o algún gráfico ilegible. Lo importante es que cualquiera sea la forma de firmar, exista una habitualidad en su uso, o sea que se utilice de manera permanente por la persona cuando sea requerida.

Ahora bien, aclarado el concepto, es lógico preguntarse para qué sirve la firma, en otras palabras, cual es la utilidad que ella otorga en el mundo jurídico. La respuesta a dicha interrogante se relaciona íntimamente con las funciones que tiene la firma manuscrita, las cuales son principalmente tres:

En primer lugar, identifica al firmante, lo que se conoce como la función indicativa de la firma.

---

<sup>23</sup> Couture, Eduardo, "Vocabulario Jurídico", Editorial Desalma, Buenos Aires, 1976, pág.239, citado por Landoni Angel, op. cit., pág. 687.

En segundo lugar, da certeza sobre la real participación personal de un individuo al firmar un documento, es la denominada función probatoria de la firma, que permite vincular al autor del documento con el signatario.

En tercer lugar, asocia a las personas con los contenidos de los documentos que ellas firman, la llamada función declarativa de la firma.

En el fondo, la necesidad de firmar un documento tiene que ver con los problemas que eventualmente se pueden generar por el incumplimiento de una de las partes respecto del documento. La firma permite establecer y probar que una determinada persona firmó el documento, que se obligó a su contenido y que participó en este proceso.

Por estas razones, lo ideal es obtener un alto grado de certeza respecto de la firma, por ejemplo, no sólo exigir que la persona firme el documento corroborando con su cédula de identidad que efectivamente sea su firma o con otra estampada anteriormente, sino que se puede ir más allá y autorizarla ante notario, todo lo cual dependerá de la voluntad de las partes y del nivel de riesgo que cada una de ellas esté dispuesta a aceptar respecto de la identidad o autenticidad de las acciones de la contraria.

#### **4.2- Concepto y tipos de firma electrónica**

Históricamente el único tipo de firma que ha existido es la manuscrita, es decir, aquella de puño y letra del firmante, puesto que paralelamente el único tipo de documento que existía era el clásico, aquel soportado exclusivamente en papel, tal como se señaló al principio del presente trabajo.

Sin embargo, desde hace ya más de 20 años, lentamente comenzó a desarrollarse el tema del documento electrónico y actualmente ya es toda una realidad, atendido los increíbles adelantos tecnológicos que cada día se suceden en nuestra sociedad. Y junto con ello comenzó también el debate en torno a qué tipo de seguridad jurídica pueden ofrecer, ya que por ejemplo, muchas veces siquiera habrá contacto físico entre las partes o bien en el proceso de envío-recepción pueden ser modificados.



El modo de resolver esta inquietud, importante por cierto, fue trasladar la firma manuscrita al ámbito electrónico, de manera que las funciones de la primera se desarrollaran de manera similar en torno a los documentos electrónicos.

En este sentido, entonces, por firma electrónica debemos entender cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas funciones de la firma manuscrita.<sup>24</sup>

O bien, cualquier identificador electrónico, incluyendo la firma digital, que pertenece exclusivamente al signatario, vinculada de tal manera con los datos del documento electrónico que mediante su utilización se asegura la autenticidad e integridad del contenido de ese documento.<sup>25</sup>

En consecuencia, tal como se desprende de la amplitud de las definiciones, existe una multiplicidad de maneras de firmar electrónicamente, por ejemplo, utilizando un lápiz óptico, escaneando la firma manuscrita e insertándola en el documento contenido en el computador, asignando código, incluyendo el nombre del autor en un mensaje de correo electrónico o simplemente enviando un e-mail desde una cuenta de correo electrónica propia, muchas de las cuales ya han sido analizadas.

El punto es que tal como se ha reiterado a lo largo de esta memoria, no todas estas especies de firma electrónica son seguras empírica y jurídicamente, sino que para lograr que posean un grado de certeza mínimo o al menos comparable al de la firma manuscrita,<sup>26</sup> se requiere que sea única respecto del firmante, creada usando mecanismos o medios que estén bajo control exclusivo del firmante y que permita ser relacionada con un documento determinado de tal manera que cualquier cambio posterior a los documentos o a la información contenida en el mismo sea detectable. En suma, que asegure las garantías de integridad, no repudio, confidencialidad y validez de identificación de cualquier documento electrónico.

---

<sup>24</sup> Landoni Angel, op. cit., pág. 687.

<sup>25</sup> Pintos, Alejandro y Valentín, Gabriel, op. cit., pág. 808.

<sup>26</sup> Peña Valenzuela, Daniel, “El documento electrónico: ¿Revolución o cambio?” en “XXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal”, Edición del Departamento de Publicación de la Universidad Libre, pág. 488.

¿Cuál es, entonces, la firma electrónica que posee estas características?

### **4.3- La firma digital**

La respuesta debemos relacionarla con el tema de la criptografía, que, recordemos, ofrece dos sistemas: el simétrico y el asimétrico. Éste último se basa en la correlación de dos claves, una pública y otra privada que hacen posible su funcionamiento, y que no es otra cosa que la denominada por la doctrina como firma digital.

En consecuencia, por firma digital (o firma electrónica avanzada según algunas legislaciones, incluida la chilena) se entiende aquella que se crea usando un sistema de criptografía asimétrica o de clave pública.

Este sistema otorga una gran seguridad ya que para intentar descifrar la clave, habría que probar un número enorme de posibles combinaciones equivalente a 2 elevado a 128, es decir, existen 34028236692093846346337460743177 de opciones posibles.

En la práctica, para implementar la firma digital, las legislaciones han optado por la creación de las llamadas entidades de certificación, que son los entes encargados de la creación y distribución de las claves requeridas para el funcionamiento del sistema. La idea es que un tercero de confianza (trusted third parties), a través de la emisión de certificados electrónicos, cumpla la función de asociar directamente la identidad de una persona o empresa determinada a una clave pública concreta e indirectamente a una clave privada. De esta manera el receptor de un mensaje puede estar seguro de que quien lo firmó y emitió es a la vez el titular de la clave pública correspondiente, reduciéndose por tanto al mínimo la posibilidad de que ella se falsificada o creada por una persona que suplante a otra. No abundaré más en el tema de las entidades de certificación, basta con señalar la función que cumplen y su importancia ya que se trata de un área más técnica que jurídica y cuya explicación profunda excede los límites de este trabajo.

Ante el incremento constante del comercio electrónico y de los adelantos tecnológicos, fenómenos que comenzaron a fines de los años 80 y principios de la

década siguiente, se generó, según lo cataloga Bauzá, una verdadera “explosión legislativa” iniciada con la aparición de la Ley de Utha (USA) sobre firma digital en el año 1995, y que constituyó el punto de partida para que en los distintos países y sistemas jurídicos se adoptaran regulaciones al respecto.

Así, en Alemania, se encuentra regulada por la Ley de Firma Electrónica de 1997, que reconoce la firma electrónica simple, la firma electrónica avanzada y la firma electrónica avanzada cualificada.

En España se reguló por el Real Decreto-Ley 14 del año 1999, el cual distinguía entre firma electrónica avanzada, firma electrónica avanzada cualificada y firma electrónica simple. Posteriormente, el tema se ha regulado por la LCE española modificada en el año 2000 y por la Ley de Firma Electrónica y Documentos Firmados Electrónicamente, lo cual, a juicio de parte de la doctrina de ese país ha devenido en un confuso panorama jurídico.<sup>27</sup>

En Portugal, por el Decreto Ley 290 de 1999 que distingue entre firma digital certificada y firma no electrónica o diferente a la digital.

En Uruguay, por la Ley 16.736 del año 1996, el Decreto 65 de 1998 y la Ley 17.243 del año 2000, que regulan el tema tanto para la Administración Pública como para el ámbito de actuación de los particulares y distinguen entre firma electrónica y firma digital.

En Colombia por la Ley 527 de 1999 y el Decreto 1.747 del año 2000 que regulan lo que es la firma digital.

En Argentina por la Ley de Firma Digital número 25.506 del año 2001, la cual distingue entre firma electrónica simple y firma digital certificada

En Chile, por la Ley 19.799 del año 2002, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, que contempla la firma electrónica simple y la firma electrónica avanzada.

---

<sup>27</sup> Al respecto, consúltese la opinión de Pérez Gil, Julio, “Hacia una futura superación de la equivalencia funcional entre prueba por archivos electrónicos y prueba documental en el proceso civil”, en “XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Problemas actuales del proceso iberoamericano”, Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, 2006, págs., págs. 531-534.

La regulación se presenta no sólo a nivel nacional, sino que también a través de instrumentos internacionales, tal es el caso de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico del año 1997 y la Ley Modelo para las Firmas Electrónicas del año 1995, ambas llevadas a cabo por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, las cuales han inspirado fuertemente y servido de base a varias leyes dictadas, tanto en nuestro continente como en el resto del mundo.<sup>28</sup>

Como se aprecia, la firma digital constituye la variante de la firma electrónica más utilizada a nivel legislativo, es decir, cuando se decide regular el tema (pues hay innumerables países que no lo han hecho y resuelven el problema a través de sus Códigos sustantivos o de procedimiento, mediante la analogía principalmente, como sucede en México, Costa Rica y no hace mucho Chile) la mayoría se inclina por utilizar esta técnica como modo de seguridad respecto de los documentos electrónicos, sin perjuicio de que se permita otro tipo de firmas basadas en técnicas distintas, pero que no tendrán el mismo respaldo jurídico, principalmente en cuanto a su valor probatorio.

En el fondo, sucede que existen dos grandes sistemas sobre firma electrónica en cuanto a su regulación legal: el primero y más radical sólo reconoce validez a la firma digital, lo cual, dicho sea de paso, ha colaborado fuertemente a que los términos firma electrónica y firma digital se identifiquen. Es el caso, de la Ley de Utah y de Italia.

El segundo sistema se basa en el principio de la neutralidad tecnológica, es decir, no admite una tecnología determinada, como sí lo hace el primer sistema a través de la firma digital, y deja la puerta abierta a futuras tecnologías que puedan aplicarse, lo cual no impide que igualmente le otorgue gran valor a la firma digital porque es la única técnica disponible que otorga las garantías necesarias en el área

---

<sup>28</sup>El Artículo 7° Ley Modelo de CNUDMI sobre Comercio Electrónico establece que “Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: a) si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente”.

A su vez, el Artículo 6° de Ley Modelo de CNUDMI para Firmas Electrónicas señala que “ Cuando la ley exija la firma de una persona, ese requisito quedará cumplido en relación a un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea tan fiable como resulte apropiado a los fines para los cuales se generó o comunicó ese mensaje.”

del comercio electrónico. Es el caso de Chile, Uruguay, el Estado de Nueva York y las Leyes de las Naciones Unidas, entre otros.

A la luz del estado actual de la tecnología y del auge de los documentos electrónicos, parece ser que la solución adecuada es seguir el criterio de la neutralidad tecnológica, puesto que el sistema rígido de la firma digital como única posibilidad inmoviliza el tratamiento jurídico de una realidad que se encuentra en permanente evolución y movimiento. De esta manera, se otorga flexibilidad al tema en cuestión, lo cual no significa descuido, por el contrario, deben cumplirse los estándares de seguridad y jurídicos requeridos por la ley, sin excepción.

## **CAPÍTULO III: EFICACIA DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA.**

### **1.- Planteamiento.**

El documento electrónico y, en general, la prueba electrónica, son fenómenos recientes que aun se encuentran en pleno desarrollo, de manera que existen una gran cantidad de puntos a su respecto que aun no tienen una solución o postura definida otorgada por la doctrina, la ley o la jurisprudencia.

Uno de ellos, que inspira este capítulo y es absolutamente esencial, es aquel relativo a la eficacia de la prueba electrónica, término amplio que conduce a determinar dos aspectos importantes. Por un lado, a través de qué medios de prueba se desarrollan los soportes informáticos y, por otro, qué valor probatorio debe asignarse a dichos medios de prueba en el proceso. Ambos aspectos operan sobre la base, respecto de la cual no existe en general ninguna discusión, de que los medios electrónicos son elementos admisibles como medios de prueba.

### **2.-Eficacia en cuanto a su admisibilidad**

#### **2.1-Regla general**

La admisibilidad de los medios electrónicos como prueba es un hecho casi totalmente aceptado, sea en aquellos ordenamientos jurídicos en que existe una legislación específica para ellos, como sucede en Argentina, Colombia o USA, así como también en aquellos sistemas carentes de regulación pero en los cuales existe la idea de que un documento o grabación elaborado o transmitido por un computador, igualmente debe ser admitido en el proceso, sin perjuicio de que el modo de hacerlo y su posterior valoración será materia de discusión y que son los temas que, precisamente, pretendemos abarcar.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Al respecto, Ortells Ramos, Manuel, op. cit., pág. 658-662.

Sólo en contadas excepciones, ciertos sistemas jurídicos limitan la admisibilidad de la prueba electrónica en un litigio, pero no lo hacen de forma deliberada, sino solamente en el evento de que no se cumplan ciertos requisitos establecidos por alguna regla o principio jurídico. Es lo que sucede en el Derecho Anglosajón, el cual permite la posibilidad de utilizar documentos electrónicos siempre y cuando aquello no vaya en contradicción con la regla del oído decir y con la regla de la mejor evidencia.

## **2.2- Primera excepción: Hearsay Rule.**

La regla del oído decir (“Hearsay Rule”), supone que un documento no puede ser hecho valer en tribunales si su autor no está presente para prestar testimonio sobre su contenido, respecto del cual debe tener conocimiento personal. En principio pareciera no representar mayores problemas, ya que en teoría quien envía un mensaje supuestamente tiene conocimiento del contenido de éste, pero en realidad sucede que el comercio electrónico se desarrolla en la gran parte de los casos a través de las empresas, en cuyo caso a menudo intervienen varias personas en la producción de un documento, lo cual genera casos que se enmarcan dentro de la regla en comento. El profesor Hance, lo ilustra adecuadamente a través del siguiente ejemplo: “Si una secretaria captura y envía por correo electrónico un texto donde su empleador acepta una oferta contractual, entonces la secretaria es autora del documento electrónico, incluso si no tuviera conocimiento personal de su contenido, en este caso, la aceptación de la oferta contractual. Como consecuencia, la secretaria no puede testificar sobre su contenido; tampoco puede hacerlo el empleador, ya que a pesar de su conocimiento personal del contenido del documento, no es el autor en el sentido mecánico del término”<sup>30</sup>

El problema es que esto no sucede sólo a nivel de empresas, sino que también en las transacciones que diariamente se realizan a través de Internet, donde quien envía el mensaje probablemente no fue quien lo creó y puede no conocer su contenido.

---

<sup>30</sup> Hance, Oliver, “Leyes y negocios en Internet”, Editorial McGraw-Hill, México 1996, citado por Herrera Bravo, Rodolfo y Núñez, Alejandra, op. cit., pág. 121.

Sin embargo, esta regla tan rigurosa, tiene una importante contra excepción, que ha sido reconocida en la jurisprudencia norteamericana, conocida como “Business Records Exception”, en virtud de la cual, como su nombre lo indica, los documentos electrónicos se pueden hacer valer aun sin el testimonio de su autor si se refieren a operaciones desarrolladas en el curso normal y regular de los negocios y registradas en el momento de su conclusión o poco después.<sup>31</sup>

### **2.3- Segunda excepción: Best Evidence Rule.**

La regla de la mejor evidencia (Best Evidence Rule), señala que un documento puede ser hecho valer en tribunales sólo cuando es producido en su versión original, no se admiten copias. Es también una norma problemática, ya que tal como se señaló en capítulos anteriores, uno de las desventajas del documento electrónico es que muchas veces no se tiene acceso al original, por la complejidad del mismo. Entonces puede suceder que, por ejemplo, la impresión de un correo electrónico no sea aceptada en juicio, a pesar de que pueda ser determinante en la resolución de éste.

En la cultura anglosajona, esta regla afortunadamente ya fue superada en un triple sentido: primero, porque en USA las Federal Rules of Evidence estipulan que los registros electrónicos o cualquiera otra forma de compilación de datos constituyen documentos en papel y que los documentos impresos que reproduzcan fielmente una información electrónica forman un original<sup>32</sup>; segundo, porque la jurisprudencia (con el inmenso valor que tiene en el Common Law) ha establecido que la producción de una copia como prueba del contenido de su original es permitida si la parte que se vale de ello demuestra que no ha podido procurarse el original, siendo suficiente en materia informática demostrar que los originales han sido destruidos o no han existido nunca; y tercero, en virtud de la “Voluminous Exception” que permite exhibir un resumen en forma de documento informático en lugar de los originales, en el caso de que estos sean muy complejos o voluminosos.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Giannantonio, Ettore, op. cit., pág. 103.

<sup>32</sup> Herrera Bravo, Rodolfo y Núñez, Alejandra, op. cit., pág. 121.

<sup>33</sup> Giannantonio, Ettore, op. cit., pág. 103.



De manera que la prueba electrónica es admitida en la generalidad de los sistemas como tal e incluso aquellos modelos que poseen reglas que la limitan, como las mencionadas recientemente, con el paso del tiempo también se han alineado con la postura mayoritaria a través de la creación de excepciones a dichas reglas y que finalmente las dejan casi sin aplicación.

### **3.-Eficacia en cuanto a través de que medio de prueba debe introducirse al proceso**

#### **3.1- Importancia**

Establecida entonces la admisibilidad de los soportes informáticos como medios de prueba, es preciso determinar a través de cual de ellos puede ser introducido en el proceso, lo cual tiene importancia, dependiendo de la legislación de cada país, respecto de las cargas, deberes y derechos que tienen las partes y las atribuciones que tiene el juez del caso.

Este aspecto de la eficacia probatoria de los soportes electrónicos no es menor, ya que al ser una de las materias más novedosas del ámbito jurídico en los últimos años, sucede que en muchos ordenamientos no se encuentra regulada, mientras que aquellos que sí se han abocado a esta tarea, no siempre lo han hecho por medio de técnicas similares. Me refiero a que es un tema que admite variantes, en el cual no existe una respuesta única sino que dependerá en buena medida de cómo opera el resto de los medios de prueba.

#### **3.2- Posibilidades de introducción al proceso: teoría y práctica.**

En este sentido, la prueba electrónica, tal como puede concluirse a partir del derecho comparado (y también del chileno) puede regularse de las siguientes maneras:

Una primera posibilidad consiste en considerarla como un medio de prueba específico, es decir, dotarla de una regulación propia que incluso derogue disposiciones contradictorias e incluya disposiciones muy técnicas en cuanto a su

naturaleza, sin complementarse, o sólo de modo residual, con las normas generales ya sea documentales o periciales. Lógicamente, esta vía sólo puede llevarse a cabo a través del establecimiento de una ley especial sobre la materia.

Una segunda posibilidad, consiste en encuadrar la introducción de estas pruebas electrónicas en alguno o alguno de los medios tradicionales, es decir, aplicar las normas de la prueba documental y/o pericial que son los medios más adaptables de acuerdo a la naturaleza de los soportes informáticos.

Esta opción se puede implementar dictando una ley especial en la materia como ha sucedido en Chile y Argentina, las cuales si bien introducen elementos específicos derivados de la complejidad de la materia, igualmente han establecido normas generales que hacen posible la aplicación de las pruebas documental e incluso de la pericial.

También se puede llevar a cabo a través de la técnica de la analogía, en cuyo caso, la labor del juez resulta fundamental ya que será el encargado de señalar qué normas resultarán aplicables y cuales no, función que en el Derecho Continental resulta clave ya que cada juez está obligado a fallar el caso de que se trate pero no lo está a seguir resoluciones de otros Tribunales, de manera que cada caso podría ser fallado distinto según la interpretación de cada órgano jurisdiccional. Por medio de la analogía no será posible dotar a esta prueba de un carácter especial ya que deberá regirse por los medios de prueba típicos, en lo que sea posible.

Cualquiera sea la técnica empleada que defina a través de qué medio se incorporará la prueba electrónica al proceso, surge la dificultad de cómo opera esto en la práctica. Tratándose de la prueba tradicional el tema es simple, por ejemplo en la documental debe acompañarse el original de que se trate en la oportunidad procesal pertinente, ya sea en la demanda, en la contestación o en el término probatorio establecido en la ley. Pero en el caso de los documentos electrónicos, el tema no es tan sencillo ya que lo correcto, desde un punto de vista estrictamente jurídico sería acompañar el computador en el cual se encuentra contenido el referido documento, cosa que obviamente es bastante difícil y en algunos casos resultará impracticable, lo cual generaría el riesgo de impedir que la contraparte pueda oponerse e impugnar su

autenticidad, lo cual atentaría contra uno de los principios bases del debido proceso, cual es la bilateralidad de la audiencia, que toda parte tenga la posibilidad de defenderse en juicio.

Ante esta situación, hay quienes<sup>34</sup> señalan que lo correcto es incorporarlos al proceso mediante su impresión escrita en papel o bien acompañando el disquete que contiene la información ya que aquello es reflejo de lo que se ve en la pantalla del computador en que se creó el documento.

Otros<sup>35</sup>, críticos de la posición anterior, plantean que aquella no cumple con la carga ineludible de acompañar el original o copia auténtica del documento y por tanto concluyen que éste debe incorporarse por una de las siguientes vías:

i) A través de intervención notarial, caso en que el escribano debe comprobar por medio de un acta, que la copia impresa en papel o copiada en disquete es copia fiel del original almacenado en el disco duro o memoria RAM del computador.

ii) A través de la inspección judicial, aunque en este caso el medio de prueba no sería ya el documento sino precisamente, el resultado de la inspección judicial, aunque Devis Echandia plantea que tienen el mismo valor probatorio que el documento agregado por la vía normal.

Finalmente, hay también críticas a la idea de acudir a peritos o a la inspección, no tanto por un tema jurídico sino más bien porque se debe procurar un auxilio generalizado a la tarea del juzgador, por ejemplo, contando en sede judicial con procesadores de textos u otros elementos más técnicos.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Rengifo García, Ernesto, op. cit., pág. 464.

<sup>35</sup> Pintos, Alejandro y Valentín, Gabriel, op. cit., pág. 820.

<sup>36</sup> Bauzá, Marcelo, “Nuevas tecnologías y proceso jurisdiccional. Normas y experiencias en curso en Iberoamérica, con especial referencia al derecho probatorio” en “XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Uruguayas de Derecho Procesal”, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2002, pág. 713-714.

## **4.- Eficacia probatoria en cuanto al valor probatorio**

### **4.1- Concepto de valoración de la prueba**

El tema de la valoración de la prueba es sin lugar a dudas uno de los más relevantes en torno a ésta ya que se ocupa de determinar cuál es la eficacia concreta de la prueba, apunta a un aspecto de fondo y que finalmente es decisivo para la resolución que se adopte en el caso, cualquiera sea éste. Se trata de que el juez debe proceder a determinar el valor que debe atribuir a cada medio de prueba para formar su convicción acerca de los hechos que configuran el conflicto jurídico.

No debe confundirse este término con la apreciación de la prueba, a pesar de que gran parte de la doctrina a menudo los identifica, puesto que si bien ambos se encuentran estrechamente relacionados apuntan en distintas direcciones. Últimamente, parte de la doctrina ha establecido que el concepto de valoración, junto a la interpretación, se encuentra dentro de la noción de apreciación en una relación de género a especie, pero más bien lo que sucede es que la valoración es la fase o etapa final del proceso de apreciación<sup>37</sup>

De este modo, sucede que la apreciación de la prueba supone dos etapas:

En primer lugar la interpretación de la prueba, según la cual, el juez debe determinar cual es el resultado que se desprende de cada una de las pruebas rendidas pero de un modo aislado y de carácter formal. Se trata de que el juez establezca qué fue lo que el testigo realmente dijo, es decir, en que consistió su testimonio, de que logre determinar cuales fueron los aspectos relevantes de la prueba pericial o qué dice realmente el documento, por ejemplo. En esta etapa el juez actúa libremente de acuerdo a sus conocimientos jurídicos y a su experiencia porque no se pueden imponer reglas legales para llegar a saber qué dijo un testigo o qué dice un contrato, tiene que ver con la capacidad intelectual y la comprensión de las ideas. En palabras

---

<sup>37</sup> Maturana, Cristián, “Aspectos Generales de la Prueba”, Apuntes Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Departamento de Derecho Procesal, Julio 2003, pág. 182.

simples, lo que debe hacer el juez es descubrir la esencia de cada una de las pruebas en cuanto a su contenido pero sin asignarles ningún valor, es una actividad neutra.

La segunda fase es la valoración de la prueba propiamente tal en donde el juez debe adoptar un rol activo y en función de lo que previamente interpretó debe asignar valor a cada una de las pruebas para formar su convicción acerca de cómo efectivamente sucedieron los hechos.

La tarea de valorar los distintos medios de prueba es, como se puede apreciar, la clave de cómo finalmente el juez fallará ya que finalmente para probar los hechos<sup>38</sup>, aunque parezca redundante, hay que tener pruebas consistentes que formen la convicción suficiente del Tribunal. Nada se obtiene con entablar una demanda, a pesar de su verosimilitud y claridad, si no se aportan los medios de prueba que establece la ley ya que al juez no le constan los hechos que se relaten en ella, él es un tercero ajeno al que hay que demostrarle todo y, en palabras sencillas, convencerlo.

#### **4.2- Sistemas de Valoración de la Prueba**

Para esta importante función la doctrina ha establecido los llamados sistemas de valoración de la prueba, cuya principal tarea, como su nombre lo indica, es determinar cual es el valor probatorio que debe otorgarse a un determinado medio de prueba, aunque también se refieren a la disponibilidad de los medios de prueba (aspecto que se liga íntimamente con el apartado anterior y que se desarrollará en este), a la ordenación lógica de estos en el procedimiento y a las normas que regulan la prueba. En este trabajo me limitaré a desarrollar la valoración propiamente tal y los medios disponibles, el resto excede lo propuesto por mi tesis.

Los sistemas de valoración de la prueba se diferencian unos de otros básicamente en función de criterios ligados a la mayor o menor libertad que tiene el juez a lo largo del íter probatorio y a la manera en que la ley, fundamentalmente a través de los Códigos de Procedimiento, se manifiesta respecto del mismo.

---

<sup>38</sup> Aunque a decir verdad lo que se prueba realmente no son los hechos sino las afirmaciones sobre los hechos. En este sentido, la opinión del profesor Tavorari Oliveros, Raúl en sus clases de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2002.

Tomando en consideración dichos criterios junto a ciertos principios formativos del procedimiento que se mencionarán en su oportunidad, siguiendo a un destacado autor<sup>39</sup>, es posible establecer la existencia de los siguientes sistemas probatorios:

- 1.- Sistema de prueba legal, tasada o tarifaria.
- 2.- Sistema de prueba libre o de libre convicción.
- 3.- Sistema de la sana crítica (categoría intermedia).

Otro autor<sup>40</sup>, manteniendo similares sistemas, los ha clasificado con una pequeña modificación, señalando que en realidad solamente existen dos sistemas y que uno de ellos posee, a su vez, dos subsistemas. De este modo, el esquema sería el siguiente:

- 1- Sistema de prueba legal, tasada o tarifaria.
- 2- Sistema de la prueba racional o de libre apreciación de la prueba.
  - 2.1- Sistema de la íntima convicción
  - 2.2- Sistema de la sana crítica

La diferencia entre ambos planteamientos es meramente formal puesto que lo sustancial se mantiene, en ambos casos se hace referencia tanto a la prueba legal, a la de íntima o libre convicción y a la sana crítica. Para efectos del desarrollo de este tema seguiré la estructura indicada en primer término, basada en la opinión del destacado procesalista Eduardo Couture, la cual será levemente alterada con la inclusión de otro sistema probatorio de carácter intermedio o mixto, denominado apreciación en conciencia.

---

<sup>39</sup> Sistemas mencionados por Couture, Eduardo, "Fundamentos de derecho procesal civil", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1958, págs. 268-276.

<sup>40</sup> Maturana, Cristián, "Aspectos Generales de la Prueba", Apuntes Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Departamento de Derecho Procesal, Julio 2003, pág. 184.

#### **4.2.1- Sistema de prueba legal**

El origen de este sistema se halla en aquellos sistemas jurídicos en los cuales predominaba el principio inquisitivo y en cuyo nombre los jueces cometían grandes excesos y arbitrariedades en contra de las partes al interior del proceso, es decir, la prueba tarifada nació como una forma de controlar el actuar de los jueces motivada en una notoria desconfianza hacia ellos. La idea en último término era evitar que los jueces dictaran sentencias y resolvieran sin motivación alguna, puesto que la investidura y posición social que disfrutaban hacía muy difícil someterlos a control y responsabilizarlos por sus actos.

La característica principal de este sistema es que es el legislador y no el juez el que determina los medios de prueba disponibles, su producción en el proceso y la valoración que debe otorgárseles. Todo lo relativo a la prueba se encuentra predeterminado por el legislador de manera que el juez sólo se limita a aplicar la ley y no tiene la posibilidad de actuar fuera del ámbito de aquella. La ley fija, entonces, condiciones generales de hecho abstractamente preestablecidas que se aplican en todas las hipótesis que presentan aquellos caracteres y se prescinde del criterio o apreciación del juez respecto de los mismos hechos.<sup>41</sup>

La valoración de la prueba basada en un sistema legalista ofrece la ventaja de la seguridad jurídica, en el sentido de que al estar fijados de antemano los medios de prueba admisibles y su valoración, las partes pueden estar tranquilas de que no se cometerán abusos en el proceso o de que se dictarán resoluciones infundadas, y que de cometerse existen los recursos para remediar dichas situaciones conforme a derecho. Por otro lado, en virtud de esa misma seguridad, cada parte también se encuentra en perfecto conocimiento de qué medios de prueba necesita para que su pretensión sea acogida, es decir, es posible medir las probabilidades de éxito al iniciar un proceso en la medida que se cuente con los medios de prueba señalados en la ley. Finalmente, el mismo juez no tiene espacio para la duda respecto de la valoración y

---

<sup>41</sup> Paillás, Enrique, “Estudios de Derecho Probatorio”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pág. 21.

admisión de las pruebas, en consecuencia difícilmente o al menos en menor medida, fallará erróneamente, lo cual otorga garantías al sistema en general.

Sin embargo, el panorama jurídico actual refleja que este sistema se encuentra en retirada, sin ir más lejos, en nuestro país el nuevo sistema procesal penal lo abandonó completamente inclinándose por la sana crítica (aunque no lo diga expresamente) y en el derecho comparado los distintos códigos de procedimiento civil también han optado por otras soluciones, tal es el caso de Argentina, Colombia y Brasil. Esto se debe a que si bien el sistema de prueba tasado ofrece ventajas también presenta dificultades importantes que se han traducido en cuestionamientos al sistema analizado. En este sentido, se critica el hecho de que la figura del juez queda relegada a un papel sumamente secundario puesto que simplemente se debe limitar a aplicar la norma relativa al medio de prueba que se trate, por ejemplo, la prueba confesional. Esto trae como consecuencia una pasividad en el ejercicio de la jurisdicción que no genera incentivos para que los jueces se involucren de modo más cercano a la resolución de las causas que se someten a su competencia y continúe sucediendo en la práctica que sean los actuarios quienes en la mayoría de los casos fallen las causas. De hecho el sistema de prueba legal normalmente se vincula a principios formativos del procedimiento que van en el mismo sentido, como son los principios del orden consecutivo legal, de la mediación y de la protocolización o escrituración. Y por otro lado también se critica el hecho de que un sistema de esta naturaleza es demasiado rígido ya que muchas veces no permite que la realidad se adapte a las normas jurídicas debiendo recurrirse a fórmulas que no resultan satisfactorias, puesto que lógicamente el legislador de la época no puede imaginar el futuro y prever la invención de los computadores, el fax, los CD, etc., todos elementos que en un juicio pueden resultar fundamentales al momento de establecer como sucedieron los hechos. Es decir, no existe flexibilidad.

Casos emblemáticos de la aplicación de este modo de valoración, los cuales se encuentran también por cierto en Chile, son la confesión judicial sobre hechos personales, la plena fe del instrumento público, el valor de la prueba testimonial bajo ciertos requisitos, etc., en todos los cuales es el legislador quien fija el alcance probatorio de estos medios de prueba.



#### **4.2.2- Sistema de prueba libre o de libre convicción.**

Se halla en el extremo opuesto al sistema de prueba legal o tasada, puesto que si en aquel el rol preponderante es asumido por el legislador, en la prueba libre dicho rol se encuentra reservado para el juez. Se dice que a través de este sistema el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos e incluso contra la prueba de autos.<sup>42</sup>

En este caso el juez no se encuentra obligado por norma legal alguna, lo cual le permite fallar el proceso sometido a su conocimiento en virtud de las pruebas que él estime admisibles y convenientes (incluso contra o sin ellas, como se indicó) y respecto de las cuales puede omitir su pronunciamiento ya que tampoco se encuentra obligado a fundamentar su sentencia. Es decir, el fallo depende por entero de la conciencia del juez, del convencimiento que éste ha llegado a adquirir respecto de los hechos durante el curso de la investigación, sin encontrarse limitado por las afirmaciones que sobre lo fáctico hubieren realizado las partes o por normas legales preestablecidas acerca del valor que deberán tener los diversos medios de prueba. A fin de cuentas, el Tribunal se encuentra en la más absoluta libertad para ejercer la jurisdicción, de manera que puede basarse en normas legales, su intuición, su saber privado, prueba obtenida fuera del proceso, etc., estableciendo simplemente a través de su resolución lo que a cada uno le corresponde.

Las características de este sistema entregan importantes ventajas al momento de valorar la prueba. En primer término, otorga la posibilidad de que el juez asuma un papel activo en el conocimiento del asunto, lo cual determina que se involucre en el proceso e incluso llegue a obtener pruebas que bajo el sistema legalista jamás llegarían a producirse. También la propia naturaleza de la prueba libre permite la aplicación de principios formativos del procedimiento que a su vez agilizan los trámites para la resolución de la causa, otorgan mayor transparencia y, generalmente, dan mayores garantías a las partes, tales como el principio de la inmediación, del orden

---

<sup>42</sup> Couture, Eduardo, op. cit., pág. 273.

consecutivo discrecional y de la oralidad. Finalmente, el sistema en análisis es flexible, de manera que a través de él es posible incorporar nuevos medios de prueba que el normal desarrollo de nuestra sociedad va generando, lo cual transforma al derecho en una disciplina actual y en constante movimiento.

Sin embargo, este sistema lógicamente también presenta enormes problemas derivados de la discrecionalidad que posee el juez en su actuar. En este sentido, es criticado porque el fundamento del fallo, cualquiera sea el caso, se aparta de las pruebas aportadas al proceso y el juez a fin de cuentas realiza una apreciación subjetiva que muchas veces puede conducir a un total arbitrio. Además, el sistema carece de control puesto que no presenta parámetros objetivos bajo los cuales se deba producir, rendir y valorar la prueba, de manera que en un escenario de esta magnitud, la segunda instancia no tendría posibilidades de éxito o en el mejor de los casos, gozaría de la misma inestabilidad. Por otro lado, no existe seguridad jurídica suficiente, las partes no saben qué tipo de pruebas necesitan para formar la convicción del juez y casos absolutamente idénticos podrían ser fallados de manera opuesta. Aquello también puede suceder en el primer sistema pero es bastante más difícil que ocurra ya que la ley fija invariablemente el valor probatorio y no deja espacio a la duda, recordemos que en ese caso el juez es más bien un ejecutor de la norma jurídica. Finalmente, desde una perspectiva social, no parece deseable un sistema tan amplio puesto que los jueces pueden ser fácilmente corrompibles o sometidos a presiones por alguna de las partes, en especial de aquellas que se encuentran en posición ventajosa por su posición social, e incluso podrían ser utilizados como instrumentos del gobierno de turno para establecer una política determinada, ya que al no tener que fundamentar su fallo y carecer de control, fácilmente pueden dictar fallos arbitrarios. Esto también atentaría fuertemente contra el principio de la independencia de los poderes del Estado y podría generar una supremacía por parte del Ejecutivo en desmedro del Legislativo.

La manifestación típica de la libre convicción la encontramos en el caso de los jurados y los tribunales de honor, que integran personas no letrados que ponderan la prueba según su interno parecer, que no exteriorizan en un razonamiento sino en una conclusión. Es la impresión que se tiene inclusive dentro de esta nominada cultura

audiovisual, en que el espectador se da cuenta viendo la actuación de los jurados, que llegan a los extremos de “culpable” o “no culpable”, pero sin dar las razones de ello.<sup>43</sup>

En Chile este sistema prácticamente no ha sido acogido por el legislador, salvo el caso excepcional del artículo 49 de la Constitución de la República de 1980 según el cual el Senado, al conocer de las acusaciones que la Cámara de Diputados entable a propósito del artículo 48 del mismo cuerpo legal, resolverá como jurado y se limitará a declarar si el acusado es o no culpable del delito, infracción o abuso del poder que se le imputa.

Couture también nos ilustra con un ejemplo de la legislación uruguaya, distinto de los jurados, citando la ley 10.650 de 1945, que autoriza a un tribunal especial a apreciar por libre convicción los móviles políticos o no políticos de la destitución de determinados funcionarios públicos.<sup>44</sup>

#### **4.2.3- Sistema de la sana crítica**

Ante los extremos que suponen los dos sistemas anteriores y que claramente pueden conducir a excesos, ya sea limitando exageradamente al juez o por el contrario liberándolo al punto de llegar a la absoluta arbitrariedad y falta de fundamentación de la sentencia, la legislación junto a la doctrina, desarrolló un sistema de carácter mixto que pretende establecer un equilibrio al momento de valorar la prueba.

El sistema de la sana crítica fue recogido por primera vez en España en 1846 en el Reglamento para proceder el Consejo Real en los negocios contenciosos y tiempo después en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881, aplicándolo a la prueba de testigos y a la prueba pericial. Posteriormente ha sido extendido a la mayoría de los sistemas jurídicos, sino de manera principal, como una importante vía de escape al sistema legal tasado, como sucede en nuestro país.

Las reglas de la sana crítica son, como enseña Couture, reglas del correcto entendimiento humano y en ellas interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado

---

<sup>43</sup> Maturana, Cristián, op. cit., pág.186-187.

<sup>44</sup> Couture, Eduardo, op. cit., pág. 273.

pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos.<sup>45</sup>

De manera que el juez no es libre de formar su convicción de modo discrecional (en ese evento nos hallaríamos en el sistema de la íntima convicción) sino que, tal como fluye de la definición previa, debe basarse en dos elementos claves: la lógica y las denominadas máximas de experiencia. ¿En qué consisten una y otra?

La lógica alude a la capacidad de razonar, de establecer una relación natural entre los argumentos con el objeto de obtener una consecuencia a partir de una o más proposiciones, la cual no es objeto de contradicción alguna. Se caracteriza porque sus principios son universales, estables e invariables en el tiempo y espacio, es decir, cualquiera sea el lugar donde se apliquen siempre operan de la misma forma y conducen al mismo resultado. De manera que el juez conociendo de un determinado caso no puede desligarse de ellas debiendo siempre llevar a cabo una operación lógica para formar su convicción. Se relaciona fundamentalmente con cuatro principios lógicos básicos que el juzgador debe respetar, sin perjuicio de otros de carácter secundario, que son: el principio de identidad en virtud del cual una cosa solo puede ser igual a sí misma; de contradicción según el cual una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí; de razón suficiente, es decir, las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia; y del tercero excluido, esto es, si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes.

Para entender de manera más óptima, la doctrina pone el siguiente ejemplo: *nadie dudaría del error lógico de una sentencia en la cual se razonara de la siguiente manera: los testigos declaran que presenciaron un préstamo en monedas de oro; como las monedas de oro son iguales a las monedas de plata, condeno a devolver monedas de plata. Evidentemente, está infringido el principio lógico de identidad, según el cual una cosa solo es igual a sí misma. Las monedas de oro solo son iguales a las monedas de oro, y no a las monedas de plata.*<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Couture, Eduardo, op. cit., pág. 270.

<sup>46</sup> Couture, Eduardo, op. cit., pág. 271.

Sin embargo, estas reglas por sí solas son insuficientes ya que para su correcto funcionamiento se requiere que los hechos se encuadren correctamente dentro de ellas, la operación lógica puede estar correcta pero las premisas que la componen pueden fallar en función de lo que efectivamente sucede en la realidad. Un nuevo ejemplo otorga mayor claridad: *Dice el juez: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia es mentiroso. En este último supuesto los principios lógicos han sido respetados ya que el desenvolvimiento del silogismo ha sido correcto. Pero la sentencia sería injusta si hubiera fallado una de las premisas: si todos los hombres del pueblo no fueran mentirosos, o si el testigo no fuera hombre de ese pueblo.*<sup>47</sup>

Esta insuficiencia de las reglas de la lógica se equilibra con el segundo elemento del sistema en comento, las máximas de experiencia, que consisten en la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida. En el fondo se trata de que el juez aplique al momento de valorar la prueba aquellas circunstancias y conocimientos que ha adquirido a lo largo de su existencia.

Una aproximación más completa indica que dichas máximas son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos.<sup>48</sup>

Al contrario de las reglas de la lógica se trata de un concepto inestable y esencialmente variable con relación al tiempo y al lugar en que se desarrolla, obviamente el hombre de principios del siglo XX tenía una forma absolutamente diferente de vivir y pensar al actual ya que el pensamiento humano constantemente evoluciona en su manera de razonar dependiendo del medio social en que se encuentre. En consecuencia, las máximas de experiencia permiten agregar hechos

---

<sup>47</sup> Couture, Eduardo, op. cit., pág. 271-272.

<sup>48</sup> Stein, Friedrich, citado por González, Castillo, Joel en “La Fundamentación de las sentencias y la sana crítica” Rev. Chilena de derecho. [online]. abr. 2006, vol.33, no.1 [citado 2 Junio 2007], p.93-107. Disponible en la World Wide Web: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372006000100006&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100006&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-3437.

distintos a aquellos acreditados en el juicio ya que lo contrario implicaría rechazar juicios o razones que por su generalidad, notoriedad, reiteración y permanencia en el tiempo se tienen generalmente por aceptados por la sociedad.

El sistema de la sana crítica es entonces mixto ya que, por un lado, posee características que lo acercan a la prueba legal tasada y, por otro, elementos que se identifican más con la prueba libre.

En este sentido, debe quedar claro que en este sistema es la ley quien fija cuáles son los medios de prueba, establece su admisibilidad y la forma de rendir la prueba, en otras palabras es el propio legislador quien establece las llamadas leyes reguladoras de la prueba. Este aspecto sin duda coincide en buena medida con la prueba tarifada pues el juez se encuentra limitado a diferencia de lo que sucede en el sistema de prueba libre donde él determina que medios de prueba acoger e incluso puede prescindir de ellos. Sin embargo, la gran diferencia está en el hecho de que la valoración de la prueba se realiza bajo los parámetros de la lógica y máximas de experiencia, es decir, el legislador ya no determina el peso de los medios de prueba sino que esta tarea descansa en el juez. Esta característica inclina la balanza hacia el sistema de la libre convicción pero con una enorme distinción: al momento de valorar la prueba el juez no puede actuar arbitrariamente, debe ceñirse a los parámetros de la sana crítica y, lo que es clave, tiene el deber inexcusable de fundamentar la sentencia, se encuentra obligado a estudiar y ponderar adecuadamente la prueba, no bastando meras estimaciones respecto de ella o una simple enumeración, no pudiendo basar su convicción en un juicio dudoso. Como ha señalado la jurisprudencia nacional, “La apreciación de la prueba en conciencia no autoriza a hacer simples estimaciones, por cuanto la conciencia debe formarse de conformidad con las normas que establecen la lógica y las leyes para dar conocimiento exacto y reflexivo de las cosas, y la sentencia debe explicar las normas a que se sujeta para dar la razón de su final veredicto”<sup>49</sup>, o bien “...el fallo en conciencia no significa autorizar la arbitrariedad (del árbitro arbitrador), ni permitir las afirmaciones sin fundamentos, para resolver la contienda”<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, t. 52 (1955), secc. 3ª, pág. 41.

<sup>50</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, t. 69 (1972), secc. 1ª, pág. 131.

Por tanto, la gran fortaleza de la sana crítica es que equilibra adecuadamente los sistemas de la prueba legal y de la íntima convicción, rescatando de cada uno de ellos sus ventajas y disminuyendo sus debilidades, evitando fundamentalmente los excesos y arbitrariedades que resultan de su aplicación, de manera tal que existe la posibilidad de controlar la labor del juez tanto en lo que dice relación con las leyes reguladoras de la prueba, fijadas por la ley, como en lo relacionado a la valoración de los medios de prueba puesto que es su deber ceñirse a la lógica y experiencia fundamentando el fallo sobre argumentos convincentes. Tal es la situación, que actualmente en la gran mayoría de los sistemas jurídicos la sana crítica se encuentra presente, sino como principal método de valoración al menos con presencia importante, e incluso su eficacia es reconocida y preferida por prestigiosa doctrina.<sup>51</sup>

A pesar de lo anterior, el sistema es igualmente criticable, no debido a un aspecto sustancial sino más bien ligado al modo como los jueces lo han hecho efectivo en la práctica judicial. Esto porque analizando las sentencias de nuestros tribunales parece ser que estos no están cumpliendo con su deber de fundamentar los fallos, simplemente se limitan a hacer una relación de la prueba rendida, enumerarla o hacer un resumen de ella y a señalar genéricamente que la prueba se ha apreciado conforme a las reglas de la sana crítica (o en conciencia, expresión utilizada como sinónimo pero que técnicamente es un concepto distinto).

Lamentablemente, a la hora de dictar los fallos, se utiliza una fórmula meramente gramatical obviando la fundamentación exigida por la sana crítica con el riesgo de la arbitrariedad que ello implica, lo cual se agrava aun más si consideramos que este sistema en muchos ordenamientos es la regla general y en otros pretende serlo.

En Chile existen varios ejemplos de la aplicación de la sana crítica, no sólo en materia procesal penal<sup>52</sup>, sino también en sede civil, en materias tan distintas como el

---

<sup>51</sup> Couture, Eduardo, op. cit., pág. 270-273, 275-276.

<sup>52</sup> Código Procesal Penal, Artículo 297: "Valoración de la Prueba: "Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados"

procedimiento de los Juzgados de Policía Local<sup>53</sup>, procedimiento laboral<sup>54</sup>, el establecido a propósito de los nuevos tribunales de familia<sup>55</sup> y un par de artículos consagrados en el Código de Procedimiento Civil a propósito de las presunciones y de la apreciación comparativa de los medios de prueba.<sup>56</sup>

#### **4.2.4- Sistema de la apreciación en conciencia**

Es también de carácter mixto ya que otorga mayor flexibilidad al juez al momento de valorar la prueba pero igualmente le impone el deber de fundamentar su sentencia. La mayor parte de los autores generalmente no reconocen este sistema como autónomo y consideran que es lo mismo que la sana crítica, serían términos distintos que utiliza la ley para referirse a un mismo sistema.

Sin embargo, siguiendo la opinión de un destacado profesor<sup>57</sup>, ambos se distinguen claramente, en primer término porque hay ciertas materias que se rigen expresamente por la sana crítica y otras que lo hacen por el sistema en comento. Por ejemplo en Chile, el juicio ordinario laboral se rige por la sana crítica (artículo 456 Código del Trabajo ya citado) mientras que en el juicio civil de mínima cuantía el

---

<sup>53</sup> Ley 18.287 sobre procedimiento ante juzgados de policía local, Artículo 14: "Al apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas o técnicas en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas y antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador".

<sup>54</sup> Código del Trabajo, Artículo 456: "Al apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas o técnicas en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas y antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador".

<sup>55</sup> Ley 19.968 sobre nuevos tribunales de familia, Artículo 32: "Valoración de la prueba. Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia".

<sup>56</sup> Código de Procedimiento Civil, Artículo 425: "Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica".

Artículo 429: "Esta prueba, sin embargo, queda sujeta a la calificación del tribunal, quien la apreciará según las reglas de la sana crítica".

<sup>57</sup> Tavolari Oliveros, Raúl, op. cit.



artículo 724 del Código de procedimiento Civil señala que la prueba se apreciará en forma ordinaria pero podrá el Tribunal, en casos calificados, estimarla conforme a conciencia. A su vez, el artículo 459 letra d) del Código del Trabajo también se refiere a este modo de valorar la prueba a propósito del juicio laboral de menor cuantía.<sup>58</sup>

Y en segundo término porque el contenido de la apreciación en conciencia es radicalmente distinto, se refiere a una escala de valores, en términos simples se trata de hacer el bien por sobre el mal. Es por ende un concepto abstracto que se caracteriza por su no neutralidad ya que cada juez tiene una concepción distinta de lo que es el bien y el mal, cada cual aplicará sus propias categorías. Supone además un conocimiento reflexivo y acotado que en último término conduce a emitir un juicio moral sobre un determinado caso pero que no implica arbitrariedad ya que el juez, al igual que en la sana crítica tiene el deber de fundamentar su sentencia y señalar como llegó a ella lo que determina que debe señalar como valoró los medios de prueba. El mismo artículo 724 del Código de procedimiento Civil consagra esta noción al prescribir que cuando el tribunal aprecie en conciencia debe estimarla según la impresión que le haya merecido la conducta de las partes durante el juicio y la buena o mala fe con que hayan litigado en él.

#### **4.3- Sistemas de valoración y su aplicación a la prueba electrónica**

Aclarada en los apartados anteriores la importancia capital que suponen los distintos sistemas probatorios, especialmente en cuanto a qué medios de prueba se admiten y cuál es el valor que ha de atribuírseles, sea por la ley o el juez, es preciso explicar de qué modo operan estos sistemas en relación a la denominada prueba electrónica, generalmente identificada con la prueba documental. Es decir, determinar si la prueba electrónica es admitida como medio de prueba en la legislación, de qué manera y qué valor debe otorgársele.

La respuesta depende de cada uno de los sistemas y no siempre es sencilla, fundamentalmente por la naturaleza de esta especie de prueba y las características que posee, analizadas largamente en los capítulos anteriores. No existe una respuesta única, de hecho, en el derecho comparado existen soluciones diversas para este

---

<sup>58</sup> Código del Trabajo, Artículo 459 letra d): La prueba se apreciará en conciencia.

problema incluso bajo un mismo sistema de valoración de la prueba. De manera que el objetivo es entregar una visión amplia en torno a esta temática, aun en desarrollo, y establecer cual es la fórmula más adecuada, sin perjuicio de que puedan ser varias.

#### **4.3.1- Libre convicción y prueba electrónica**

La hipótesis más sencilla y que menos dificultades presenta es la valoración de la prueba electrónica bajo el sistema de la libre convicción ya que en éste el juez tiene tal grado de discreción en su actuar que no tiene impedimento legal alguno para admitir las pruebas acompañadas por las partes, cualquiera sea la naturaleza de ellas. En este sentido, un CD, una cinta, un disquete o los datos contenidos en la memoria de un computador, todos casos de hechos asentados en un registro electrónico distinto al clásico papel, pueden ser admitidos por el juez como medios probatorios en un determinado proceso, ya sea como prueba documental (pública o privada), presunción o incluso como uno particular, específico.

Al momento de valorarlos también podrá hacerlo de la manera que él lo estime conveniente, ya sea considerarlos como plena prueba, principio de prueba por escrito, negarle valor, etc. Por lo demás, este aspecto tampoco representa un problema ya que la característica de la íntima convicción es que el sentenciador no se encuentra obligado a fundamentar su fallo, de manera que las partes por regla general nunca sabrán cual es el valor atribuido a la prueba electrónica, de hecho el sistema es tan arbitrario que siquiera sabrán si dicha prueba fue admitida o no por el juez al inicio del litigio.

#### **4.3.2- Prueba legal, sana crítica y la prueba electrónica**

El asunto se complica cuando se analiza bajo el prisma de los otros sistemas de valoración, prueba legal o sana crítica, especialmente el primero de ellos por su falta de flexibilidad en cuanto a los medios de prueba admitidos y su posterior valoración aparentemente realizada por el juez pero a fin de cuentas fijada por el legislador.

#### **4.3.2.1- El problema de la calificación como medio de prueba**

El primer inconveniente es resolver bajo qué medio de prueba ha de admitirse la prueba electrónica, tanto en el sistema de prueba legal tasada como en el de la sana crítica. Las conclusiones y argumentos que se expondrán a continuación, respecto de este punto, no pierden de vista el hecho de que en el sistema de la sana crítica es la ley quien fija cuáles son los medios de prueba, establece su admisibilidad y la forma de rendir la prueba, tal como sucede en la denominada prueba legal, de manera que existen ciertos puntos en común.

El sistema de prueba legal supone que no existen más medios de pruebas que los señalados taxativamente por la ley, las partes sólo pueden utilizar aquellos y ninguno más. Obviamente, debido a que la prueba electrónica es un tema reciente, la mayoría de los Códigos, o mejor dicho todos, no contemplaron dicha prueba dentro de su enumeración ya que los computadores, CD, lápices ópticos, etc., no existían siquiera.

#### **I. Primera posibilidad: exclusión**

Una opción, bastante estricta, es plantear que los soportes electrónicos o digitales no constituyen medios de prueba puesto que no se encuentran contemplados como tales en la ley, en consecuencia, no deben admitirse. Sin embargo, el derecho es una ciencia en constante movimiento que no puede adoptar una posición de tal magnitud, lo contrario significaría cerrar la puerta al desarrollo de la sociedad y, de paso, a una enorme cantidad de elementos que sin lugar a dudas colaboran en el esclarecimiento de los hechos y en la noción de entregar una justicia que se precie de tal.

#### **II. Segunda posibilidad: remisión por ley como medio de prueba tradicional**

Una segunda posibilidad, consiste en considerar derechamente a los soportes electrónicos como uno de los medios de prueba que el ordenamiento jurídico admite, a través de una ley, aplicando entonces todas las normas relativas al medio por el cual

se opta. De esta forma, la prueba electrónica puede ser considerada como prueba documental ya que comparte los elementos esenciales de esta (objeto normalmente escrito representativo de un hecho).

En este sentido, la doctrina a propósito del sistema uruguayo, ha señalado que “no existe ninguna disposición normativa que exija que el instrumento deba constar en soporte papel. Si acudimos a cualquier diccionario de la lengua escribir es representar las palabras o ideas con letras u otros signos trazados sobre una superficie; con lo cual se admite que para que exista escritura basta la representación mediante signos en cualquier superficie, esto es con independencia del soporte utilizado. Por lo que en nuestra opinión cualquier documento electrónico con signos gráficos es un instrumento electrónico”.<sup>59</sup> Es decir, de acuerdo a esta opinión, como el documento electrónico es también escrito, en consecuencia se le aplican las mismas normas que a los instrumentos escritos contemplados en la legislación.

En Colombia, a partir de la Ley 527 de 1999 que regula la firma digital, la doctrina<sup>60</sup> también ha llegado a similar conclusión, basándose en el artículo 5º y 6º que conducen a aplicar las normas tradicionales a los mensajes de datos ya que ambos deben considerarse igualmente como pruebas escritas. Dichos artículos señalan: “Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.” (artículo 5º) y “Escrito. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información, que éste contiene es accesible para su posterior consulta. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.” (artículo 6º)

Sin embargo, dicha interpretación no parece ser la postura adecuada ya que esto obliga a aplicar todas y cada una de las normas que regulan a la prueba instrumental, como también se denomina, lo cual no es posible ya que muchas de ellas están redactadas en función del soporte papel y resultan absolutamente inaplicables,

---

<sup>59</sup> Pintos, Alejandro y Valentín, Gabriel, op. cit., pág. 815.

<sup>60</sup> En este sentido, Rengifo García, Ernesto, op. cit., pág. 454-464.

fueron pensadas bajo una noción totalmente diferente. Por ejemplo cuando la ley alude a que el documento debe estar firmado de puño y letra, o cerrado con firma manuscrita, o simplemente resolver como debe acompañarse en juicio.

Otra opción dentro de esta misma posibilidad es que los soportes electrónicos sean siempre objeto de la prueba pericial, es decir, considerar que se trata de hechos discutidos para cuya apreciación se requieren conocimientos especiales de alguna ciencia o arte y sobre los cuales se debe elaborar un dictamen u opinión.

O bien considerarlos como presunción.

### **III. Tercera posibilidad: aplicación de la analogía**

Un tercer camino es acudir a la técnica de la analogía, es decir, transponer una solución jurídica a una hipótesis semejante que no se encuentra cubierta por la ley.<sup>61</sup> En el fondo, se trata de asumir que no existe regulación legal en torno a los medios magnéticos o electrónicos dado que no se encuadran absolutamente dentro de alguno de los medios establecidos por el legislador y entonces se opta por aplicar las normas del medio de prueba que más se asimile en cuanto las características de los medios electrónicos lo permitan. Una vez más, las normas aplicables serán las de la prueba documental y en menor medida la prueba pericial dejando lugar incluso para la inspección personal del tribunal si el juez lo estima conveniente. La analogía presenta la ventaja de que permite aplicar sólo aquellas normas que resultan aplicables de acuerdo a la calidad del soporte que se pretende introducir, pero el problema muchas veces está en el punto de partida, es decir, resolver si es procedente o no la analogía. Sin embargo, en ocasiones la propia ley se inclina por esta solución. Así por ejemplo, el Código General del Proceso de Uruguay dispone en su artículo 146.2 que “También podrán utilizarse *otros medios probatorios* no prohibidos por la regla de derecho, aplicando *analógicamente* las normas que disciplinan a los expresamente previstos por ley”.

Una norma como la anterior, que se refiera expresamente a la analogía, si bien no es imposible que se encuentre en un sistema de prueba legal, es más bien propia de aquellos sistemas jurídicos que optan por la sana crítica pues está en concordancia

---

<sup>61</sup> Ducci, Carlos, “Derecho Civil Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, pág. 80.

con la libertad que el juez posee al momento de valorar la prueba. Además, la norma no sólo hace aplicable la analogía, también permite expresamente la utilización de otros medios probatorios, cosa que también es signo distintivo de sistemas de valoración libre, en oposición a la prueba tarifada que impone taxativamente los medios de prueba que pueden utilizarse, como sucede en el ordenamiento jurídico civil chileno. Distinto es que para suplir los vacíos que se producen por la rigidez de las pruebas se acuda a la analogía, pero no por ello el sistema tasado deja ser tal, lo que sucede es que en principio dicha técnica no es aplicable sino que es preciso ceñirse estrictamente a lo dispuesto por la ley.

De manera que existe una lógica congruencia entre la libertad probatoria y la sana crítica, puesto que la libre formación del convencimiento del juez tiene como presupuesto la libertad en cuanto a la selección de los diferentes medios de prueba. Esto queda demostrado cuando se analizan las reglas en el derecho comparado, pues no sólo en el caso de Uruguay se da esta situación, también sucede en Colombia cuyo Código de Procedimiento Civil dispone en su artículo 175: “Medios de Prueba. Sirven como pruebas la declaración de parte, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y *cualesquiera otros medios* que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”. En virtud de la redacción no taxativa o simplemente ejemplificativa de esta norma era posible reconocer a los soportes electrónicos como medios de prueba admisibles en un proceso, aplicándoles en lo posible las normas de la prueba documental. Actualmente existe una ley especial que los regula y solucionó el problema, fundamentalmente en cuanto a su valor probatorio, materia que se analizará en breve. Similar situación se da en Argentina, cuyo Código Procesal Civil y Comercial dispone en su artículo 378 que “La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley o por *los que el juez disponga*, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no esté expresamente prohibidos para el caso. Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por *analogía* las disposiciones de los que sean semejantes o en su defecto, en la forma que establezca el juez.”

#### **IV. Cuarta posibilidad: medio específico de prueba**

Finalmente, la cuarta posibilidad de admitir la prueba electrónica es hacerlo como medio específico, es decir, crear un estatuto particular que establezca las normas aplicables en cuanto a su naturaleza jurídica, requisitos, formalidades, formas de impugnación, valor probatorio, etc. Se trata de que sea un medio de prueba nuevo, distinto de los ya establecidos en el respectivo Código de Procedimiento, atendido las complejidades que representa estos medios de prueba electrónicos. Esta opción, a diferencia de las restantes, sólo puede llevarse a cabo a través de una ley especial; a la inversa el hecho de que se dicte una ley de esa naturaleza no siempre significa que se considere a la prueba electrónica como un medio de prueba independiente, ya que en la mayoría de los casos esas leyes si bien regulan requisitos también se remiten a las reglas generales o presentan vacíos que igualmente serán llenados a través de la analogía. Tal como lo señala un autor, por lo regular no es que se originen nuevos medios o instrumentos de prueba, sino que a los tradicionales se les aplica los esos sí nuevos métodos técnicos y científicos, siendo el mundo de los registros el más revolucionario de todos.<sup>62</sup>

Las cuatro posibilidades mencionadas a propósito de la admisibilidad de los elementos electrónicos como medios de prueba son susceptibles de aplicarse tanto al sistema de prueba legal como a la sana crítica, pero debe tenerse presente que la analogía tiene una conexión mayor con ésta última dada la mayor libertad que existe como trasfondo de ambas instituciones. Sin embargo, nada obsta a que también se recurra a la analogía en sistemas tarifados, como efectivamente sucede en el ordenamiento chileno, a fin de evitar lagunas jurídicas. Por otro lado, la existencia de una ley especial que regulara todos y cada uno de los ámbitos de la prueba electrónica parece ir más de la mano con la prueba legal, pero usualmente dichas leyes no son de tal calibre sino que pretenden regular sólo ciertos aspectos de dicha prueba (requisitos, firma digital, certificaciones, valor probatorio, etc.) que normalmente no son suficientes y obligan a acudir a las leyes de procedimiento o sustanciales más acordes e incluso la

---

<sup>62</sup> Rengifo García, Ernesto, op. cit., pág. 456.

misma ley especial a veces lo hace expresamente, como sucede en Chile respecto del valor probatorio de los documentos electrónicos.

#### **4.3.2.2- El problema del valor probatorio**

El segundo inconveniente de la prueba electrónica, establecido que hay distintas formas de admitirla como medio de prueba, es aquel referido al valor probatorio que tiene en el proceso. En este punto sí que existe una notable diferencia según se trate de un sistema regido absolutamente por el legislador o en el cual sea el juez quien tenga la libertad necesaria para determinar su fuerza probatoria en base a la lógica y las máximas de experiencia.

##### **I. En el sistema de la sana crítica**

Desde el punto de vista de la sana crítica, al tener el juez un grado de discrecionalidad mayor, éste puede otorgar a la prueba electrónica el valor probatorio que estime conveniente, siempre rigiéndose por los parámetros de dicho sistema. En consecuencia, no existe una valoración única e invariable como sucede en los sistemas tarifados, donde basta acudir al Código del ramo para determinar el valor de la prueba en cuestión. La sana crítica requiere además la fundamentación del fallo, de manera que tratándose de la prueba electrónica, como cualquier otro medio, el juez deberá señalar qué valor le otorgó.

En dicho sistema existe un amplio abanico de posibilidades para definir el valor de los soportes electrónicos que dependerá de la autenticidad, confiabilidad y seguridad que éste presente. No tendrá el mismo valor un mensaje de datos firmado digitalmente que uno firmado electrónicamente o no firmado, así como tampoco un computador o CD en perfectas condiciones que uno a todas luces deteriorado o que permita presumir ha sido modificado. También influirá el medio de prueba al cual lo asimile el juez o en ocasiones la ley, es decir, si decide que se asemeja a la documental, lógicamente el resultado será diferente a si lo considera más cercano a una presunción o a un hecho que requiere de la opinión de una persona especializada o experta en el tema como puede ser un técnico o ingeniero informático.



Tomando en cuenta dichos factores, la doctrina ha establecido que el alcance probatorio de la prueba electrónica valorada según las reglas de la sana crítica, puede ser:

- El de una presunción judicial, esto es, que de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas se infiere o deduce un hecho desconocido.
- Entenderla como complemento de una prueba escrita.
- Constituir el comienzo de una prueba por escrito, esto es, documento proveniente de un tercero que hace verosímil un hecho.
- Instrumento sin firma, caso en el que requeriría la aceptación expresa de la parte contra la cual se oponen o sus causahabientes.
- El equivalente a un Instrumento Público.
- El equivalente a un Instrumento Privado.
- Similar al valor de la inspección personal del Tribunal.
- El de la prueba pericial.

En último término el valor probatorio exacto dependerá de las leyes propias de cada sistema, es decir, si se le considera un instrumento público por regla general constituirá plena prueba, si es privado sólo hará prueba en ciertos aspectos sin perjuicio de que llegue a constituir plena prueba si es reconocido, etc. Transcribir los artículos de cada uno de los Códigos de los distintos ordenamientos relativos al alcance probatorio aplicable a la prueba electrónica excede el propósito del autor y por lo demás supone en muchos casos una repetición inútil. Basta citar un par de ejemplos para entender más adecuadamente.

En Colombia, la conclusión de parte de la doctrina<sup>63</sup> ha sido que la forma electrónica debe ser asimilada a la forma escrita, de manera que la prueba electrónica es considerada un documento electrónico que constituiría plena prueba de lo que está representando, si la persona contra quien se dirige o esgrime, no lo controvierte. De lo contrario sólo tendrá el valor de una prueba sumaria.

Así se desprende del artículo 279 del CPC Colombiano según el cual “Los documentos privados o auténticos tienen el mismo valor que los públicos, tanto entre

---

<sup>63</sup> Rengifo García, Ernesto, op. cit., pág. 462-463.

quienes los suscribieron o crearon y sus causahabientes, como respecto de terceros. Los documentos privados desprovistos de autenticidad tendrán el carácter de prueba sumaria, si han sido suscritos ante dos testigos.” Dicho precepto debe concordarse con el artículo 11 de la Ley 527 que dispone: “Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos. Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado, la forma en la que se identifique a su iniciador u cualquier otro factor pertinente”

En Francia, la jurisprudencia a propósito de un caso en el cual una de las partes acompañó una grabación en cinta magnetofónica, señaló que “conviene, sin embargo, examinar si este medio puesto a disposición de los jueces y de las partes por el progreso de la ciencia moderna puede ser utilizado por la justicia y asimilado a un escrito...; que el legislador ha buscado la certeza que puede dar un escrito y si ella puede resultar de otro medio de prueba, admitirlo es permanecer en el espíritu de la ley; que si puede demostrarse que el registro por magnetófono da la certidumbre de las declaraciones hechas por el interesado, no aparece que haya un motivo serio y valedero para que se rechace como medio de prueba y, sobre todo, como un principio de prueba”<sup>64</sup>

De esta forma, la Corte de Apelaciones de Dijon establece que lo importante no es tanto que el documento sea un papel escrito, sino que es un medio para fijar el pensamiento de modo indeleble y dar la seguridad que la ley busca en él, por tanto si dicho objetivo se consigue con una grabación sonora, no se ve la razón para negarle la calidad de medio documental. Incluso se puede pensar que una grabación es aun más fiel que el papel ya que consigna las palabras tal cual fueron pronunciadas. Obviamente todo lo anterior opera sobre la base de corroborar la autenticidad y veracidad de la grabación, circunstancias que la Corte estimó se cumplían en el caso

---

<sup>64</sup> Paillás, Enrique, op. cit., pág. 128.

porque “las conversaciones grabadas tuvieron largos intervalos espaciales, fueron particularmente largas y detalladas puesto que su texto ocupó varias hojas dactilografiadas, las conversaciones tenían una naturalidad y un realismo tan impresionantes y contenían tantos detalles, que no dejaban ninguna duda en cuanto a su autenticidad.”<sup>65</sup>

Como se aprecia, la valoración de los soportes o archivos electrónicos como medios de prueba admite varias posibilidades bajo un sistema mixto como lo es la sana crítica.

## **II. En el sistema de la prueba legal o tasada**

A su vez, en un sistema de prueba legal su valor será única y exclusivamente el que le otorgue la ley, siempre y cuando se cumplan las condiciones que se impongan para su autenticidad, ligadas a la existencia de la denominada firma electrónica; de lo contrario se le otorgará valor de acuerdo a las reglas generales, el cual será inferior. Es lo que ocurre en nuestro país, lo cual será tratado en un apartado especial y que servirá además como ejemplo, ya que es uno de los pocos ordenamientos que conserva este régimen de valoración.

El problema de la prueba electrónica, en uno y otro sistema, es que se desarrolla bajo niveles técnicos y tecnológicos que en muchas oportunidades son ignorados por alguna de las partes, lo cual puede derivar en que la actividad probatoria no sea plenamente verificable. Es decir, una vez que se cumplen las condiciones requeridas para la configuración de la prueba electrónica, el juez tiene que necesariamente formar su convicción en ella puesto que carecerá de los conocimientos técnicos para apartarse de ella. Como señala un autor, podríamos estar asumiendo nuestro ingreso en un ámbito de pruebas tasadas de facto y convertir al juez en un instrumento de mera convalidación de lo fáctico, en un homologador formal de decisiones de las que muy difícilmente puede apartarse, lo cual podría entenderse

---

<sup>65</sup> Paillás, Enrique, op. cit., pág. 128-129.

como una de las formas de socavar su misión en un Estado de Derecho.<sup>66</sup> En otras palabras, si la contraparte se encuentra imposibilitada de contradecir la prueba electrónica presentada en su contra, esta herramienta tan útil y ventajosa en nuestros tiempos, podría transformarse en un elemento peligroso que atente contra principios básicos del proceso como la bilateralidad de la audiencia, y no solamente por razones técnicas como por ejemplo desconocer el funcionamiento de un software o programa, sino también por razones meramente fácticas derivadas de la mejor posición económica de una de las partes que dispone de los recursos para acceder a tecnologías que el resto no puede utilizar. Con esto no pretendo desincentivar el uso de la prueba electrónica, por el contrario, debe ser usada por las partes y sus abogados en la medida que colabore con el esclarecimiento de los hechos, pero no debe perderse de vista el hecho de otorgar plenas garantías para verificar como operan estos mecanismos electrónicos, de manera que la actividad jurisdiccional sea lo más transparente posible.

---

<sup>66</sup> Pérez Gil, Julio, op. cit., pág. 538.

## **CAPÍTULO IV: SITUACIÓN EN CHILE ANTES DE LA LEY 19799.**

### **1.- Sistema de valoración aplicable**

El sistema chileno en materia probatoria civil, de acuerdo a la doctrina mayoritaria, es el de la prueba legal, tasada o tarifada, con algunas atenuaciones o “vías de escape” como también se les ha denominado.<sup>67</sup> En consecuencia se trata de un sistema probatorio imperfecto, en el sentido de que su base es la prueba legal pero complementada con situaciones en que el legislador permite la aplicación de sistemas más libres como una manera de evitar la absoluta rigidez que de otro modo se generaría. Esto significa que es la ley la encargada de fijar los medios de prueba admisibles, el procedimiento, la oportunidad y su valor probatorio, en un determinado proceso. Tal como se señaló anteriormente, lo fundamental es analizar lo relativo a los medios admitidos y el valor atribuido por el legislador a través de los distintos artículos recogidos en los códigos pertinentes, en relación a la prueba electrónica.

El Código de Procedimiento Civil chileno establece taxativamente cuales son los medios de prueba que las partes pueden emplear para formar la convicción del juez, disponiendo al efecto el artículo 341 que:

“Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son:

Instrumentos;

Testigos;

Confesión de parte;

Inspección personal del tribunal;

---

<sup>67</sup> Sin perjuicio de ello, hay autores que postulan una situación inversa, es decir, que en nuestro país la norma general es el sistema de la persuasión racional (sana crítica o en conciencia) y que la ley sólo contempla algunas manifestaciones de prueba legal, que son: la plena fe que atribuye al instrumento público, al instrumento privado reconocido, a la confesión judicial sobre un hecho personal y la limitación de la prueba de testigos. En este orden de ideas, Paillás, Enrique, op. cit., pág. 29-31.

Informes de peritos; y  
Presunciones”

A similar conclusión conduce la redacción del artículo 1698 del Código Civil chileno, cuyo inciso segundo prescribe: “Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez”

Tal como se aprecia, lógicamente los soportes, archivos o datos electrónicos no figuran en los artículos citados porque a la época de dictación de los cuerpos legales que los contienen aquellos eventuales medios de prueba no existían, de manera que en principio la situación era que no debían ser admitidos en nuestro ordenamiento jurídico porque el legislador no los había contemplado. Sin embargo, en nombre de los principios generales del derecho, aquello no sucedió puesto que era indudable que eran elementos que las partes perfectamente podían hacer valer sus pretensiones. La manera de resolver el tema por parte de los Tribunales fue determinar cual era el medio de prueba más acorde con la naturaleza de estos soportes y aplicar las normas que resultan compatibles, es decir, utilizar la analogía.

## **2.- El rol de la analogía**

El medio de prueba que más se asimila a la prueba electrónica, por su amplitud, es la instrumental, ya que ella es equivalente al concepto de objeto, sería toda cosa mueble, material, corporal, inmaterial o magnética capaz de representar un hecho. Y documento, a su vez, sería todo escrito que dejara constancia de un hecho sin que sea necesaria una firma manuscrita. Sin embargo, a pesar de que los términos "instrumento" y "documento", se encuentran en relación de género a especie, la legislación chilena los confunde a menudo porque en último término, la mayor parte de los artículos de nuestros códigos están basados en la noción del soporte papel firmado de modo manuscrito. Así sucede por ejemplo con los artículos 1701, 1702, 1703, 1704, 1705, 1708, 1709 y 1710 del Código Civil, que utilizan vocablos tales como “subscrito”, “firmado” o “escrito” En consecuencia, a un documento enviado por fax o un e-mail, a

pesar de que estuvieran firmados, no era posible aplicarles en toda su magnitud las disposiciones relativas a la prueba documental porque no se consideraban “escritura” desde que su soporte no era el papel y no estaban “firmados” de puño y letra de su autor, salvo que algún juez interpretara de manera amplia dichos conceptos.

Por lo tanto, analógicamente, el documento electrónico podía tener el valor probatorio de instrumento privado, es decir de un simple escrito firmado por las partes, siempre que fuera reconocido por la parte contra quien se opone o mandado tener por reconocido, caso en el cual tiene el mismo valor que la escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito y de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de éstos. Lo cual se traduce en que respecto de las partes hace plena fe en cuanto a su fecha, al hecho de haberse otorgado, al hecho de haber efectuado las partes las declaraciones que allí se contienen y en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. Así se desprende del artículo 1702 y 1700 del Código Civil. Respecto de terceros, en cambio, no tiene valor alguno ya que de lo contrario podría prestarse para abusos con el fin de perjudicarlos, salvo en cuanto a que pueden adquirir fecha cierta desde el momento señalado por el artículo 1703 y no desde aquel en que se otorgó.

La jurisprudencia ha reconocido esta asimilación, señalando que “si bien es cierto que nuestra legislación no contempla las grabaciones en forma específica como medio de prueba, pueden ser *asimiladas a la instrumental* por registrar hechos tales como estos...”<sup>68</sup>

Cierta jurisprudencia incluso se inclinó por otorgar valor probatorio al documento privado no reconocido planteando que “la resolución que acepta tener por reconocido un documento privado no suscrito por la parte contraria, o que acepta una objeción por tal motivo, debe ser entendida que es sin perjuicio del valor probatorio que, en definitiva, puede darse al documento así reconocido u objetado, sin que sea dable sostener a priori que carece de todo mérito de prueba”<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Sentencia citada por Paillás, Enrique, op. cit., pág. 152.

<sup>69</sup> Sentencia citada por Riofrío Juan Carlos en “La prueba electrónica”, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2004, pág. 83.

Respecto a otorgarle el valor probatorio de un instrumento público, no era una solución plausible, puesto que estos soportes electrónicos no cumplían con los requisitos establecidos por la ley<sup>70</sup>, esto es, solemnidades legales y autorización por el funcionario competente, por ejemplo un Notario en el caso de la escritura pública o un juez en el caso de una sentencia judicial. Sólo podría hacerse en casos especiales, con ley de por medio, como sucede con los certificados que emanan de los sistemas del Servicio de Registro Civil y que son firmados mecánicamente o mediante firmas impresas sin que intervengan personalmente los funcionarios, para lo cual fue necesario dictar la Ley 19.052 de 1991, mediante la cual se consagró expresamente su carácter de instrumentos públicos.<sup>71</sup>

Otra posibilidad de valorar la prueba electrónica era aplicar las normas de la prueba pericial como consecuencia de que es una materia normalmente desconocida por el juez debido a la insuficiencia de conocimientos técnicos que posee. En este caso, el juez, al tenor de lo establecido expresamente por el Código de Procedimiento Civil chileno, debía fallar conforme a las normas de la sana crítica. De manera que el CD o disquete era utilizado como objeto de prueba sometido al análisis de un perito, es decir, un técnico que auxilia al juez en la constatación de los hechos y en la determinación de sus causas y efectos cuando media una imposibilidad física o se requieren conocimientos especiales en la materia.<sup>72</sup>

Otra opción, en base al artículo 426 del CPC chileno, era considerar estos soportes magnéticos o electrónicos como presunciones judiciales, esto es, como una circunstancia u objeto conocido debidamente comprobado susceptible de llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido. En este caso, su valor probatorio quedaba entregado por entero a la prudencia del juez y podía llegar incluso a constituir plena prueba si se reunían los caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento, aunque se tratara de una sola

---

<sup>70</sup> Ducci, Carlos, op. cit., pág. 409.

<sup>71</sup> Jijena Leiva, Renato op. cit., pág. 161-162.

<sup>72</sup> Rodríguez, Papic, "Procedimiento Civil. Juicio Ordinario de Mayor Cuantía", Editorial Jurídica, Chile, 2003, pág. 234.



presunción.<sup>73</sup> Es decir, a partir de un documento o mensaje almacenado en la memoria del computador, en un chip, disquete o cualquier otro elemento similar, el juez podía llegar a considerar, por ejemplo, la existencia de una obligación, su incumplimiento o alguna otra consecuencia jurídica. Para ser más exactos, el valor de la prueba electrónica correspondería a la base de una presunción judicial y a partir de ella pasar a tener el más alto grado probatorio recién mencionado.

Finalmente, una última posibilidad, aunque más compleja y que requería una mirada amplia de los jueces, insinuada por la doctrina chilena, era considerar cuando se tratara de grabaciones en una cinta, CD u otro soporte, que a dichos medios no se les debía dar el valor de un instrumento privado, (como de hecho lo hizo la jurisprudencia), sino que otorgarle el valor de un principio de prueba por escrito o incluso el de una confesión extrajudicial que no es puramente verbal.

En consecuencia, si se opta por dar el valor de un principio de prueba por escrito, en conformidad al artículo 1711 del Código Civil, la parte que haga valer esta circunstancia obtendrá una importante ventaja si se trata de un acto o contrato que debió constar por escrito, en el sentido que respecto de ella no regirá la limitación legal en cuanto a la prohibición de la prueba testimonial, establecida en los artículos inmediatamente anteriores. Por ende, al considerar la prueba electrónica como un acto escrito del demandado o de su representante que haga verosímil el hecho litigioso, que es lo que implica el concepto de principio de prueba por escrito, el actor tiene a su disposición la prueba de testigos para probar su pretensión.

En cambio, si la decisión es otorgarle el valor de una confesión extrajudicial que no es puramente verbal, es decir, de aquella que se produce fuera del juicio ante otra persona, o ante juez incompetente o en juicio diverso al que litigan las partes (artículo 398 CPC) la situación es radicalmente diferente. En efecto, de acuerdo a dicha norma las posibilidades de valoración de la prueba electrónica serían varias.

En primer término, considerando que existe un tipo de escritura diferente al tradicional, pero escritura al fin al cabo, se aplicarían las normas de la prueba instrumental, para lo cual me remito a lo ya explicado precedentemente.

---

<sup>73</sup> Rodríguez, Papic, op. cit., págs. 249 y 257.

En segundo término, considerando que obviamente existe un elemento verbal aunque sea indirectamente (porque está registrado en un soporte y no se percibe la voz de la persona en directo), hay que distinguir. Por un lado, si la confesión grabada se prestó ante la parte interesada en presencia de terceros, se estimará siempre como presunción grave para acreditar los hechos confesados. Esto tiene una importancia tremenda porque incluso podría llegar a constituir plena prueba si reúne los requisitos del artículo 426 CPC (gravedad y precisión suficientes), de manera que por esta vía la prueba electrónica tendría una importancia tremenda, en casos verbales como el que estoy analizando. Por otro lado, si la grabación se efectuó solamente en presencia de terceros, la confesión extrajudicial únicamente constituye base de presunción judicial siempre y en los casos en que la prueba de testigos sería admisible.

En tercer término, y final, si la confesión verbal manifestada a través de una grabación se presta ante juez incompetente pero que ejerza jurisdicción o en otro juicio, se estimará siempre como presunción grave para acreditar los hechos confesados con la posibilidad de constituir plena prueba. Pero si se presta en otro juicio ante las mismas partes que actualmente litigan, podrá dársele, una vez más, el mérito de prueba completa, si existen a criterio del Tribunal motivos poderosos para estimarlo así.<sup>74</sup>

Tal como puede apreciarse, el sistema jurídico nacional ofrecía una importante gama de opciones para valorar la prueba, no existiendo una postura única ni definida, dependía del criterio de cada juez según como interpretara la naturaleza jurídica de los soportes electrónicos y la convicción que le generaba, fallando en algunas oportunidades expresamente conforme a la sana crítica por mandato del legislador, si consideraba aplicable la prueba pericial por ejemplo, o bien conforme a dicho sistema

---

<sup>74</sup> Dada las múltiples posibilidades de valoración que ofrece la confesión extrajudicial, estimo conveniente transcribir el artículo pertinente para mayor claridad del lector.

Código Procedimiento Civil, artículo 398: “La confesión extrajudicial es sólo base de presunción judicial, y no se tomará en cuenta si es puramente verbal, sino en los casos en que sería admisible la prueba de testigos.”

“La confesión extrajudicial que se haya prestado a presencia de la parte que la invoca, o ante el juez incompetente, pero que ejerza jurisdicción, se estimará siempre como presunción grave para acreditar los hechos confesados. La misma regla se aplicará a la confesión prestada en otro juicio diverso; pero si éste se ha seguido entre las mismas partes que actualmente litigan, podrá dársele el mérito de prueba completa, habiendo motivos poderosos para estimarlo así”

supletorio pero aplicando analógicamente disposiciones emblemáticas del sistema de prueba legal como la instrumental o la confesional. El panorama no ofrecía garantías para nadie, ni para quienes pretendían hacer valer la prueba electrónica en su favor como tampoco para aquellos en contra de los cuales se oponía, más aun considerando que en nuestro ordenamiento, de acuerdo al artículo 3º del Código Civil, las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren, de manera que se hacía urgente la regulación de estos medios de prueba a través de una ley especial.

### **3.- Leyes civiles especiales**

Sin perjuicio de esta incierta situación que no contemplaba expresamente a la prueba electrónica como tal en sede civil, existían ciertas materias también civiles (bajo el criterio de considerar como tal a todo lo no penal) reguladas por ley en las cuales efectivamente se admitían estos registros magnéticos, digitales y electrónicos como medios de prueba, que hasta el día de hoy se encuentran vigentes, pero eran ámbitos específicos no susceptibles de ser ampliados a los casos más ordinarios. A modo de ejemplo se encontraban entre aquellos casos<sup>75</sup>:

- La ley 18.680 del 11 de enero de 1988 que sustituyó el Libro III del Código de Comercio, relativo al comercio marítimo. En el Título IV sobre los sujetos de la navegación y el comercio, el inciso segundo del artículo 913 establece que las anotaciones que deben estamparse en el diario de navegación o libro bitácora pueden realizarse por medios mecánicos o electrónicos, siempre que éstos garanticen la fidelidad y permanencia de los datos consignados.

- El Título V del Código de Comercio, sobre los contratos para la explotación comercial de las naves, regula en el párrafo tercero el contrato de transporte marítimo. El artículo 1014, sobre la documentación del transporte, señala que la firma en el conocimiento de

---

<sup>75</sup> Jijena Leiva, Renato op. cit., pág. 167-168.

embarque -documento que acredita la recepción por el transportador de las mercancías- puede ser registrada por cualquier medio mecánico o electrónico.

- El Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores Número 380, del 4 de agosto de 1982, promulgó el Convenio sobre Transporte Multimodal de Mercancías y su Anexo, adoptado por las Naciones Unidas el 24 de mayo de 1980. El artículo 5º y a propósito de la emisión de los documentos de transporte multimodal, señala en su numeral 3 que la firma en ellos podrá ser registrada por cualquier medio mecánico o electrónico, siempre que ello no sea incompatible con las leyes del país en que se emitan.

- El Decreto Supremo Número 114, del 19 de abril de 1989, es el texto legal que fijó el Reglamento del Sistema de Pronósticos Deportivos de Polla Chilena de Beneficencia, en consideración a la captación mecanizada de apuestas.

La norma que regula el registro computacional es el artículo 9, y señala que los pronósticos efectuados por el apostador en el volante serán leídos o captados por medio de los equipos que Polla determine, generándose inmediatamente un registro computacional de la información. De la apuesta realizada quedará constancia en un documento impreso denominado recibo, el que constituye el comprobante y el medio de prueba de la participación del apostador en el concurso. El inciso final del artículo establece que los registros computacionales de las apuestas son el medio válido para acreditar los pronósticos realizados por el apostador, y que toda anotación o señal que aparezca en el recibo y que difiera de las asentadas en los registros computacionales es nula y de ningún valor.

- Algunas transferencias de valores pueden hacerse mediante comunicaciones (o documentos) digitales o electrónicos, las que, legalmente, constituyen un título suficiente para hacerlo. Así lo establece la Ley Nº 18876, del 21 de Diciembre de 1989, que definió el marco legal para la constitución y operación de entidades privadas de depósito y custodia de valores.

- Aunque aludiendo en definitiva a documentos impresos en soporte papel y no a uno electrónico, la ley 19.052 del 14 de abril de 1991 consagró explícitamente el carácter de instrumentos públicos de los certificados que el Servicio de Registro Civil expide en forma mecanizada, por medio del procesamiento electrónico de datos, sin intervención del hombre y sin firma manuscrita.

## **CAPÍTULO V: SITUACIÓN CHILENA ACTUAL**

### **1.- Precisiones**

La inseguridad jurídica que provocaba la falta de regulación legal en torno al tema de la información contenida en soportes electrónicos, magnéticos u ópticos en nuestro país hacía cada vez más urgente fijar un marco que resolviera la gran cantidad de problemas que se generaban, entre otros, qué debe entenderse por prueba o documento electrónico, cuándo debe ser admitido, bajo qué requisitos, cuál es su valor probatorio, etc.

La Ley 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, publicada en el Diario Oficial con fecha 12 de abril del año 2004, vino a asumir la difícil tarea de regular el tema en cuestión. A continuación, sin ánimo de analizar la ley en su totalidad ya que no es fin de esta memoria, me detendré en aquellos aspectos esenciales de dicha normativa, con especial énfasis en el valor probatorio que actualmente poseen los documentos electrónicos.

### **2.- Conceptos esenciales**

En primer lugar, la citada ley define, entre otros, dos conceptos fundamentales, cuales son qué debe entenderse por documento electrónico y qué es la firma electrónica, elementos en torno a los cuales se desarrollan todo el resto de las disposiciones contenidas en el texto legal.

#### **2.1- Documento electrónico**

De esta forma en su artículo 2º, letra d), señala: “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” .

Para entender cabalmente a qué se refiere el legislador, es preciso remitirse a la letra a) del mismo artículo que señala qué debe entenderse por “electrónico”, prescribiendo al respecto: “Electrónico: característica de la tecnología que tiene capacidades eléctricas, digitales, magnéticas, inalámbricas, ópticas, electromagnéticas u otras similares.”

Conjugando ambos elementos, la conclusión es que la ley adoptó un criterio amplio para definir al documento electrónico de manera de permitir la inclusión como medio de prueba de una gran cantidad de elementos o soportes, ya sean eléctricos, magnéticos u ópticos, dejando la puerta abierta a futuras creaciones tecnológicas. La amplitud también se manifiesta al entender al documento electrónico como “toda representación”, poniendo énfasis en dicha idea, de manera de no limitar la incorporación de algún medio de prueba en la medida que constituya, efectivamente, la representación de un hecho, imagen o idea. En este sentido, la ley no utiliza la palabra escritura para definir al documento electrónico (y obviamente tampoco la palabra papel), lo cual evita una interpretación restringida que genere otro problema adicional, cual sería desentrañar qué debe entenderse por escritura. Finalmente, el concepto legal se preocupa de abarcar todos los momentos o etapas que un documento electrónico atraviesa, es decir, no sólo su creación, comunicación y almacenamiento, que parecen ser los más básicos, sino también su uso posterior. Esto fue fruto de la discusión parlamentaria<sup>76</sup>, en la cual se planteó que tal como sucede a nivel internacional, el documento electrónico debe ser algo más que una representación fugaz y esporádica, imposible de reflejar en un modo tangible, de manera que debe permitir posteriores consultas. En último término se optó, una vez más, por una posición abierta, ya que se estableció la noción de uso posterior que indudablemente contiene a aquella de consulta posterior.

## **2.2- Firma electrónica**

Por otro lado, la ley 19.799 define qué debe entenderse por firma electrónica, concepto que tal como hemos analizado, es fundamental para que la noción de documento electrónico prospere, dado que sin ella es imposible dotarlo de algún grado de

---

<sup>76</sup> Al respecto, Jijena Leiva, Renato, op. cit., pág. 260.

seguridad razonable en el tráfico jurídico, ya que de otra manera no existe suficiente confianza en torno al contenido y al autor del documento de que se trate.

En este sentido, el artículo 2º en su letra f) indica: “Firma Electrónica: cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor.” Adicionalmente, el mismo precepto en su letra g) agrega qué debe entenderse por firma electrónica avanzada prescribiendo que 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.”

En consecuencia, la ley chilena consagra dos tipos de firmas en relación a los documentos electrónicos.

Por un lado, la firma electrónica a secas (o simple aunque la ley no la llama así), cuyo concepto permite reunir una multiplicidad de modos de firmas, desde algunas bastante sencillas a otras más complejas, por ejemplo una firma manuscrita escaneada, el remitente de un correo electrónico, firmas derivadas de la criptografía simétrica y técnicas biométricas basadas en la huella digital o la voz de la persona. La particularidad de esta firme simple es que se encuentra en una posición bastante desmejorada si la comparamos con la firma avanzada, ya que tal como se desprende del artículo 2º, se basa en un nivel de seguridad mínimo que sólo exige se permita al receptor de un documento electrónico *identificar al menos formalmente a su autor*, lo cual trae consecuencias importantes, fundamentalmente en el aspecto probatorio.

Por otro lado, la firma electrónica avanzada se basa en un procedimiento bastante más riguroso que se traduce en una serie de exigencias necesarias para que el documento electrónico goce de pleno valor, entre ellas que se encuentre certificada por un prestador acreditado, haya sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control vinculando la identidad del usuario con la firma, permita la detección posterior de cualquier modificación e impida el repudio de la integridad y



autoría del documento.<sup>77</sup> Con ello se permite establecer un sistema de seguridad estandarizado, excluyendo la necesidad de determinar caso a caso la fiabilidad de la firma. Este tipo de firma se basa en la técnica de la criptografía de clave asimétrica, que en la actualidad otorga los mayores niveles de seguridad, fiabilidad y confianza.

Es importante destacar que la ley 19.799 no se adhiere a una tecnología específica ya que si bien se inclina por la criptografía asimétrica (firma digital), no impide la utilización de otras manifestaciones, de manera que la legislación se encuentra abierta al progreso técnico, puesto que siempre se tuvo presente la idea de que se trata de objetos que están en constante y rápida mutabilidad, derivada del alcance tecnológico, por lo que era necesario no depender de técnicas y medios tecnológicos susceptibles de quedar superados<sup>78</sup>. Esto no es más que una manifestación, la principal, del denominado principio de la neutralidad tecnológica, consagrado en el artículo primero de la ley y en el Mensaje de la misma.<sup>79</sup>

### **3.- Ámbito de aplicación**

#### **3.1- Análisis del artículo 3º Ley 19.799**

En segundo lugar, la ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, se preocupa de regular cual es el ámbito de aplicación, cosa absolutamente relevante, atendida la hasta entonces inexistente legislación sobre el tema en materia civil, sin perjuicio de casos específicos de nula aplicación general.

En este sentido, el inciso primero artículo 3º dispone que “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

---

<sup>77</sup> Fernández Acevedo, Fernando J. El documento electrónico en el derecho civil chileno: Análisis de la Ley 19.799. *Ius et Praxis*. [online]. 2004, vol.10, no.2 [citado 15 Junio 2007], p.137-167. Disponible en la World Wide Web: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122004000200005&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122004000200005&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0012.

<sup>78</sup> Jijena Leiva, Renato, op. cit., págs. 255-256.

<sup>79</sup>. El Mensaje señala que “En consecuencia, el principio de la neutralidad tecnológica de la regulación supone no regular explícitamente el uso de ciertas tecnologías determinadas, sino que regular sus efectos, como se hace en este proyecto, con lo cual, si cambia la tecnología, en la medida en que sean equivalentes funcionales de las técnicas anteriores, sus efectos todavía quedarán sujetos a esta regulación.” Así lo expone Jijena Leiva, Renato, op. cit., pág. 256.

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.”

Esta norma es de una gran importancia ya que consagra el denominado principio de la equivalencia del soporte electrónico al soporte papel, es decir, homologa de manera general y amplia a los actos y contratos soportados electrónicamente suscritos por firma electrónica con los firmados manuscritamente soportados en papel, evitando de esta manera la enorme tarea que supondría modificar los códigos leyes que se refieren al valor probatorio de la prueba instrumental o documental. Tal como señala un autor nacional, esta norma tiene particular relevancia en cuanto a los actos y contratos solemnes, pues tal como se desprende de la primera parte del inciso primero, el artículo 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.<sup>80</sup>

Sin perjuicio de aquella afirmación, la relevancia del precepto a mi juicio no sólo alcanza a los actos o contratos solemnes sino también a todo el resto, puesto que la ley no hace distinciones de ninguna especie y se preocupa también de los efectos o consecuencias jurídicas que se generan cuando un acto o contrato consta por escrito, sin tener en cuenta el modo en que se perfeccionan. En este sentido, sucede que en la práctica la gran mayoría de los contratos consensuales (mandato, fianza, transacción, compraventa de bienes muebles, arrendamiento, entre otros), se celebran por escrito debido a la limitación establecida en los artículos 1708 y 1709 del Código Civil que impiden rendir prueba testimonial cuando se trate de un acto o contrato que contenga la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos UTM y no conste por escrito.

---

<sup>80</sup> Fernández Acevedo, Fernando, op. cit.

Se trata también de una solemnidad, pero no propiamente tal, sino por vía de prueba. De manera que si dichos actos o contratos consensuales se celebran electrónicamente y se firman de esa misma manera, serán admitidos directamente como documentos electrónicos en un determinado proceso y no ya como prueba pericial, presunción o documento a través de la analogía.

La homologación entre soporte electrónico y soporte papel lógicamente por sí sola no es suficiente para lograr la equivalencia requerida puesto que también es necesario que la firma manuscrita se equipare a la firma electrónica, lo cual también es consagrado por el artículo 3º inciso final disponiendo que “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.”, con lo cual se cierra el círculo de manera perfecta.

### **3.2- Excepciones**

En principio, da la impresión que el artículo tercero constituye toda una revolución puesto que permitiría la posibilidad de recurrir al documento electrónico como medio de prueba prácticamente en todas las áreas del ordenamiento jurídico civil, lo cual representaría un cambio radical. Sin embargo, ello no es así, puesto que el legislador consideró que existen ciertas materias y casos en los cuales la citada equivalencia de soporte y firma no puede ser posible, lo cual quedó establecido en el inciso segundo del artículo 3º:

“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.”

El fundamento de estas excepciones es que se trata de ámbitos respecto de los cuales sería muy peligroso celebrar actos y contratos vía documento electrónico ya que ello podría afectar la seguridad y certeza que requieren los derechos involucrados en dichos ámbitos. Es decir, se trata de proteger la estabilidad de actos jurídicos respecto de los cuales, en razón del estado actual del desarrollo tecnológico y por las características que le son inherentes, el admitir la posibilidad de realizarlos mediante documentos electrónicos no vendría sino a transformarlos en inestables. Como señala Jijena, pensemos sólo a título de ejemplo, en los riesgos involucrados en la posibilidad de que el reconocimiento de un hijo pudiera realizarse mandando un correo electrónico al Servicio de Registro Civil.<sup>81</sup>

De este modo, la letra a) del artículo 3º excluye todos aquellos actos y contratos que además de exigírseles el requerimiento de constar por escrito, deben almacenarse en ciertos registros como los existentes en el Registro Civil, Registro de Comercio, Registro de Propiedad, de Hipotecas y Gravámenes y de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar del Conservador de Bienes Raíces, los registros de los Archiveros Judiciales, los Protocolos que deben llevar los Notarios, etc. Ello se debe a que las normas que regulan tales registros no contemplan en caso alguno la posibilidad de que estos tengan formato electrónico.<sup>82</sup> Concretamente, deja fuera del ámbito de aplicación de la ley, por ejemplo, la compraventa sobre bienes raíces, la permuta respecto de bienes raíces, la hipoteca, la constitución de un usufructo sobre inmueble por acto entre vivos y la constitución de un derecho de uso o habitación sobre inmueble. Todos ellos constituyen casos en los cuales la ley exige su inscripción en algún registro, ya sea por razones de publicidad o para llevar a cabo la tradición y adquirir el dominio de la cosa.

---

<sup>81</sup> Jijena Leiva, Renato, op. cit, pág. 267.

<sup>82</sup> Fernández Acevedo, Fernando, op. cit.

Por su parte, la letra b) al establecer 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, excluye también un número importante de casos, por ejemplo el testamento solemne y en general el de las escrituras públicas.<sup>83</sup>

Finalmente, la letra c) establece que no se pueden celebrar por medios electrónicos los actos y contratos relativos al derecho de familia, con lo cual excluye nuevamente un grupo importante de casos. A modo de referencia, se encuentran entre ellos el reconocimiento de un hijo, el acuerdo sobre la patria potestad, la constitución de capitulaciones matrimoniales, el mandato especial para celebrar matrimonio y la autorización de la mujer casada en sociedad conyugal para que el marido administrador de ésta pueda disponer de ciertos bienes.<sup>84</sup>

En consecuencia, en virtud de la redacción del artículo 3º de la Ley 19.799, existe un número de casos bastante reducido susceptible de regirse por la citada ley, ya que si bien las excepciones aparentemente son sólo tres, cada una de ellas engloba una cantidad de situaciones tal que limita enormemente la aplicación práctica de este cuerpo legal. Entre los pocos casos que es posible imaginar se halla la promesa de compraventa cuya solemnidad de constar por escrito puede realizarse vía documento electrónico y aquellos actos o contratos no solemnes en cuanto a su perfeccionamiento como el mandato, la fianza o la compraventa de bienes muebles, ninguno de los cuales requiere la comparecencia personal de las partes, es un acto de familia o exige solemnidades de inscripción en un registro.

---

<sup>83</sup> El artículo 405 del Código Orgánico de Tribunales dispone: Las escrituras públicas deberán otorgarse ante notario y podrán ser extendidas manuscritas, mecanografiadas o en otra forma que leyes especiales autoricen. Deberán indicar el lugar y fecha de su otorgamiento, la individualización del notario autorizante y el nombre de los comparecientes, con expresión de su nacionalidad, estado civil, profesión, domicilio y cédula de identidad, salvo en el caso de extranjeros y chilenos radicados en el extranjero, quienes podrán acreditar su identidad con el pasaporte o con el documento de identificación con que se les permitió su ingreso al país. Además, el notario al autorizar la escritura indicará el número de anotación que tenga en el repertorio, la que se hará el día en que sea firmada por el primero de los otorgantes. El reglamento fijará la forma y demás características que deben tener los originales de escritura pública y sus copias.

<sup>84</sup> Ejemplos citados por Fernández Acevedo, Fernando, op. cit.

## **4.- Valor probatorio de los documentos electrónicos**

### **4.1- Normas aplicables, aclaración**

Establecido el ámbito de aplicación de la ley, el paso siguiente es determinar cuál es el valor probatorio que ésta le asigna a los documentos electrónicos. En este orden de ideas, dos son los artículos fundamentales, el cuarto y el quinto.

El artículo 4º señala: “Los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento público, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada.”

Mientras que el artículo 5º dispone: “Los documentos electrónicos podrán presentarse en juicio y, en el evento de que se hagan valer como medio de prueba, habrán de seguirse las reglas siguientes:

1.- Los señalados en el artículo anterior, harán plena prueba de acuerdo con las reglas generales, y

2.- Los que posean la calidad de instrumento privado, en cuanto hayan sido suscritos con firma electrónica avanzada, tendrán el mismo valor probatorio señalado en el número anterior. Sin embargo, no harán fe respecto de su fecha, a menos que ésta conste a través de un fechado electrónico otorgado por un prestador acreditado. En el caso de documentos electrónicos que posean la calidad de instrumento privado y estén suscritos mediante firma electrónica, tendrán el valor probatorio que corresponda, de acuerdo a las reglas generales.”<sup>85</sup>

Antes de entrar al tema del valor probatorio, con el objeto de complementar lo dicho a propósito del ámbito de aplicación de la ley debe destacarse que el artículo quinto explícitamente señala que los documentos electrónicos pueden presentarse en juicio, a pesar de que aquello quedaba tácitamente asumido por la existencia misma de la ley, es decir, no tendría sentido dictar una ley de esta naturaleza si no se pudiera llevar a la práctica. Es preciso agregar que, tal como lo señala la doctrina nacional

---

<sup>85</sup> El número 2 del artículo 5º fue modificado por Ley 20217 publicada en el Diario Oficial el 12 de Noviembre del presente año, su redacción anterior era diferente.

mayoritaria, se refiere sólo a los documentos firmados electrónicamente, que son los regulados por la ley 19.799 y de cuyo contexto fluye claramente dicha conclusión.<sup>86</sup> No debe haber confusión al respecto, los documentos sin firma electrónica no pueden ser presentados en juicio de acuerdo a lo establecido por esta ley (sí podrán hacerlo bajo el rótulo de otros medios de prueba por analogía) porque el artículo 5º no lo permite y porque dicha conclusión fluye también de la concordancia que debe realizarse con el artículo 3º ya analizado. A pesar de ello, cierta opinión minoritaria postula que 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 medio de prueba aún cuando carezcan de firma electrónica.<sup>87</sup>

Ligado a lo anterior, es preciso y pertinente destacar que la Ley 19799 no contempló la forma de acompañar los documentos electrónicos que ella regula, probablemente con el ánimo de flexibilizar su introducción a los juicios. Es decir, evitó fijar una fórmula sacramental, puesto que, dada la multiplicidad de documentos electrónicos que existen y que a futuro se generarán, para determinadas hipótesis la eventual norma legal pudiera no ser lo suficientemente amplia, ya sea por la avanzada composición del documento electrónico en cuestión, su tamaño, su fragilidad o incluso su posibilidad de ser trasladado de un lugar a otro. Sin embargo, esa decisión al mismo tiempo generó confusión respecto al punto e incluso los mismos Tribunales y por supuesto la doctrina, adoptaron soluciones distintas ante casos similares pero también frente a supuestos idénticos. Ante este escenario el 12 de Noviembre del año 2007 se publicó en el Diario Oficial la Ley número 20217, que modificó el Código de Procedimiento Civil y la Ley 19799, a través de la cual se agregó un nuevo artículo al

---

<sup>86</sup> En este sentido, Jijena Leiva, Renato, op. cit, pág. 272 y Fernández Acevedo, Fernando, op. cit.

<sup>87</sup> González Hoch, Francisco citado por Fernández Acevedo, Fernando, op. cit.

Código de Procedimiento Civil que reguló el modo de acompañar estos documentos al juicio<sup>88</sup>.

Por otro lado, también debe quedar claro que cuando la ley habla de instrumento público se refiere a aquel contemplado en el Código Civil y al cual aluden varias normas del Código de Procedimiento Civil, es decir, al cual normalmente imaginamos, no cabe otra interpretación, a pesar de que en la actualidad sea difícil aplicarles las normas de la presente ley. Esto que parece tan obvio y postulado expresa o tácitamente por la mayoría de la doctrina nacional, lo recalco a fin de evitar interpretaciones que pueden llevar a confusiones como la de cierto autor que señala que los artículos 4º y 5º se refieren a documentos oficiales, como son los que contienen resoluciones de la autoridad, transcripciones o copias de ellas, los oficios dirigidos por funcionarios públicos a otros, los informes de organismos públicos y muchos otros, pero no al instrumento público consagrado en el artículo 1699 del Código Civil, agregando que en forma expresa ha quedado excluida la posibilidad de otorgar instrumentos auténticos mediante firma electrónica.<sup>89</sup> Sin embargo, esta posición minoritaria se encuentra totalmente superada en la actualidad, desde que la Ley 20217 ordenó la agregación al artículo 342 del Código de Procedimiento Civil, que establece cuáles son los instrumentos públicos en el ordenamiento chileno, de un

---

<sup>88</sup> Ley 20217 modifica el Código de Procedimiento Civil y la Ley 19799 sobre documento electrónico, firma electrónica y servicios de certificación de dichas firmas.

Artículo 1º.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código de Procedimiento Civil.

2) Agrégase el siguiente artículo 348 bis nuevo:

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

En el caso de documentos electrónicos privados, para los efectos del artículo 346, N°3, se entenderá que han sido puestos en conocimiento de la parte contraria en la audiencia de percepción.”

<sup>89</sup> Paillás, Enrique, op. cit., págs. 139-141.



nuevo numeral, el cual disipa cualquier tipo de dudas en cuanto a la naturaleza jurídica de aquellos documentos electrónicos.<sup>90</sup>

## **4.2- Clases de documento electrónico**

Continuando con el análisis del valor probatorio, relacionando ambos artículos transcritos, complementados con la modificación citada en el párrafo anterior, se concluye que la Ley 19799 contempla tres tipos de documentos electrónicos: públicos, privados suscritos con firma electrónica avanzada y, por exclusión, aquellos no suscritos por medio de firma electrónica avanzada (firmados de manera simple o derechamente no firmados). Analicemos cada uno de ellos.

### **4.2.1- Documento electrónico público**

En primer término la ley señala expresamente (artículos 4º y 5º número 1) que los documentos electrónicos públicos harán plena prueba de acuerdo a las reglas generales, lo cual nos remite a las normas del Código Civil, particularmente al artículo 1700.<sup>91</sup> De acuerdo a lo dispuesto por éste, es necesario distinguir entre el valor probatorio respecto de las partes y de terceros.<sup>92</sup>

Respecto de las partes, el documento electrónico público que recordemos siempre debe ser suscrito por firma electrónica avanzada para ser considerado tal, hace plena fe en cuanto a su fecha, al hecho de haberse otorgado, al hecho de haber efectuado las partes las declaraciones que allí se contienen y en cuanto a la verdad de

---

<sup>90</sup> Ley 20217, op. cit.

Artículo 1º.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código de Procedimiento Civil.

1) Agrégase el siguiente número 6, nuevo, en el artículo 342:

“6. Los documentos electrónicos suscritos mediante firma electrónica avanzada.”

<sup>91</sup> Código Civil, Artículo 1700: “El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes. Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones y descargos por título universal o singular.

<sup>92</sup> De este modo lo explica Rodríguez Papic, Ignacio, op. cit., págs. 140-143.

las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En cuanto a las declaraciones es preciso hacer una distinción entre las dispositivas, es decir, las que se hacen con el fin de expresar el consentimiento y de manifestar la voluntad necesaria para dar vida a un acto jurídico, las cuales hacen plena fe entre las partes; y las enunciativas, que constituyen una simple relación de hechos y no crean acto alguno, las cuales por regla general no hacen plena fe entre las partes, pero se presumen verdaderas en atención al principio del onus probandi que rige nuestra legislación en virtud del cual lo anormal o excepcional debe probarse y lo normal (en este caso la veracidad de las declaraciones sobre los hechos) presumirse. Sin embargo, cuando tengan relación directa con lo dispositivo del acto o contrato, harán plena fe entre las partes a pesar de su carácter enunciativo, de acuerdo al artículo 1706 del Código Civil.<sup>93</sup>

Respecto de terceros hace plena prueba en cuanto al hecho de haberse otorgado, a su fecha y al hecho de haberse efectuado las declaraciones en él contenidas, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados, sin perjuicio de la presunción recién mencionada que también opera en este caso respecto de las declaraciones dispositivas. En cuanto a las enunciativas, la parte que las formula no puede invocarlas contra terceros desde que nadie puede constituir en medio de prueba sus propias declaraciones, pero este tercero sí puede hacerlo en cuyo caso tendrá el mérito una confesión extrajudicial.

#### **4.2.2- Documento electrónico privado**

En segundo término la ley se refiere en su artículo 5º nº 2 a los documentos electrónicos privados suscritos mediante firma electrónica avanzada señalando que tendrán el mismo valor probatorio que el número anterior, es decir, de instrumento público. Este es sin duda uno de los aportes más revolucionarios e innovadores de la Ley 19.799 desde que rompe con la clásica concepción que existe en torno a los documentos públicos y privados, equiparándolos desde el punto de vista probatorio. Como señala Fernández, en efecto, estamos aquí en presencia de una verdadera

---

<sup>93</sup> Código Civil, Artículo 1706: “El instrumento público o privado hace fe entre las partes aun en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación con lo dispositivo del acto o contrato.”

homologación de ambos documentos en cuanto a los efectos probatorios. Ya se hace innecesario el trámite del reconocimiento, porque el documento electrónico por el mero hecho de estar suscrito por firma electrónica avanzada 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.<sup>94</sup>

Tal como lo insinúa el citado autor, esta homologación no fue hecha por mero capricho o un afán meramente innovador, tiene a mi juicio un fundamento bastante lógico ligado a las ventajas que representa la firma electrónica avanzada. Y es que a partir de la técnica criptográfica que se emplea en su uso ofrece una enorme seguridad que permite identificar fehacientemente al autor de un documento, evitando su repudio y garantizando la integridad del mismo de manera que su contenido no pueda ser alterado ni conocido por terceros otorgando también por esta vía la garantía de la confidencialidad. Por lo tanto, debido al alto grado de certeza que posee esta firma, igual o incluso superior a la manuscrita, es deseable que consecuentemente posea también el máximo grado probatorio que pueda existir.

#### **4.2.3- Documento electrónico no firmado electrónicamente**

En tercer término, la ley se refiere en el mismo numeral del artículo 5º de manera residual a todos aquellos documentos que no sean suscritos mediante firma electrónica avanzada señalando que tendrán el valor probatorio que corresponda de acuerdo a las reglas generales. Estos documentos, que sin lugar a duda constituyen la mayoría, no gozan del reconocimiento que la ley otorga al resto de los documentos señalados anteriormente y no se encuentran dentro de su regulación. El valor probatorio que habrá de asignárseles será el de una presunción o de prueba pericial, para lo cual me remitiré a lo señalado a propósito de la situación chilena antes de la vigencia de la Ley 19.799, con la salvedad que ya no parece acertado aplicar las normas instrumentales por analogía ya que la propia ley especial relativa al tema está excluyendo dicha posibilidad, lo contrario supondría una contradicción considerando al ordenamiento

---

<sup>94</sup> Fernández Acevedo, Fernando, op. cit.

jurídico nacional como un conjunto armónico de normas que deben interpretarse en concordancia.

## **CONCLUSION**

Previo a señalar las conclusiones de este trabajo, he de advertir al lector que la posición del autor respecto de éstas no es hacer un resumen de lo expuesto repitiendo largos pasajes ya desarrollados, como sucede en ciertos textos. La idea entonces es sólo referirse a aquellos puntos esenciales sobre la prueba electrónica respecto de los cuales es indispensable tomar una decisión y fijar una postura, dando por sentado su desarrollo el cual ha sido ya explicado en las páginas que le anteceden.

El tema de la prueba electrónica, al contrario de lo que pueda pensarse en un principio, no es para nada sencillo sino que presenta una serie de particularidades que dan lugar a distintas interpretaciones sobre la materia.

En efecto, dado que su existencia deriva del avance incesante y complejo de la tecnología que cada cierto tiempo nos sorprende con nuevas aplicaciones en el mundo de la computación y la electrónica, hasta el mismo concepto de esta prueba debe ser delimitado con el objeto de que no se desvirtúe. En este sentido, lo fundamental, a partir de la multitud de definiciones elaboradas, es comprender que por prueba electrónica debemos entender toda representación material de un hecho o idea asentada en un registro cuyo soporte no sea el papel y en cuya creación, comunicación, envío y almacenamiento haya intervenido un medio electrónico o magnético. Esto no significa otra cosa que en su elaboración debe participar un computador que forme la prueba electrónica o bien que por medio de él se llegue a su establecimiento, tal como acertadamente lo ha señalado destacada doctrina europea.<sup>95</sup> De este modo constituye prueba electrónica el contenido de la memoria de un computador, de un CD, un disquete o una grabación en alguno de estos soportes. Y no lo sería, por ejemplo, una conversación por radio grabada en una cinta magnetofónica, puesto que en su elaboración no ha intervenido un computador.<sup>96</sup>

Establecido el concepto, también es preciso determinar, ya sea al momento de dictar una ley que regule el tema o bien a falta de esta, cuál es la naturaleza jurídica de la prueba electrónica. En otras palabras, a partir de sus características, resolver si ella

---

<sup>95</sup> Giannantonio, Ettore, op. cit., págs. 94-95.

<sup>96</sup> Fernández Acevedo, Fernando, op. cit.

constituye un documento, una presunción o algún otro medio de prueba e incluso si debe ser considerada una prueba nueva con su propia regulación. Existen fundamentos para cada uno de los posibles casos, sin embargo, lo más razonable es identificar a la prueba electrónica con el documento ya que si bien presentan diferencias en la forma, en el fondo comparten su esencia. En efecto, ambas constituyen una representación de un hecho o idea, en un soporte material, transmiten un mensaje y poseen un lenguaje que hace posible aquello. Lógicamente la diferencia principal está en el carácter magnético o electrónico, pero aquello no es obstáculo para equipararlas. Tan cierto es esto, que aquellas legislaciones que han optado por regular el tema, derechamente se refieren al documento electrónico y consagran el principio de equivalencia de soportes que apunta precisamente a equilibrar soporte papel con su símil electrónico.

Otro tema de la mayor importancia es aquel relativo al valor probatorio de la prueba electrónica, respecto del cual también existe un amplio abanico de posibilidades, sin perjuicio de lo cual y con el objeto de establecer una coherencia es preciso señalar que lo más apropiado es otorgarle el valor correspondiente al documento o instrumento, ya sea público o privado, dependiendo de las condiciones de seguridad que ofrezca, exista o no una ley al respecto. Lo anterior se ratifica con la situación chilena que opta por otorgarle el valor correspondiente a la prueba documental del Código de Procedimiento Civil, siempre y cuando se reúnan los requisitos que establece. El tema es más sencillo cuando existe una ley ya que ésta misma determina los presupuestos que debe cumplir el documento electrónico, el más importante la existencia de la firma electrónica avanzada, que otorga las mayores garantías en cuanto a fijar la autoría, la integridad, la confidencialidad y el no repudio del documento e cuestión. Sin embargo, cuando no existe una norma particular, el juez también ha de reparar en este nivel de seguridad que otorgue la prueba y fijar su valor ya que no puede excusarse de la labor de fundamentar su fallo.

Sin embargo, al momento de valorar la prueba no es este el único factor que ha de considerarse, ya que el sistema de valoración de cada sistema jurídico es también clave para este objetivo. En este sentido, tal como se analizó, el juez posee un grado distinto de libertad en función del sistema existente, de manera que en aquel denominado de prueba legal o tasada simplemente se remitirá a lo que dice la ley

absolutamente limitado en cuanto a su rol, mientras que en aquel de la íntima convicción la situación es justamente la opuesta gravemente influida por la arbitrariedad. Distinta es la situación cuando el ordenamiento jurídico se rige por las máximas de experiencia y la lógica, bases de la sana crítica, donde posee una mayor flexibilidad en su actuar. En función de lo anterior, el sistema más adecuado para valorar la prueba electrónica es este último ya que evita la excesiva rigurosidad de la prueba legal que incluso en algunas oportunidades conduce a aplicar soluciones con las cuales el juez no está de acuerdo, es decir, va en contra de su propia convicción, y al mismo tiempo elimina el enorme riesgo de la arbitrariedad presente en la íntima convicción, puesto que las reglas de la sana crítica obligan al juez a fundar su sentencia y hacerse cargo de la prueba, cosa que no sucede en el sistema de la libre convicción que permite incluso fallar sin pruebas de por medio. No es casualidad que la tendencia actual sea consagrar el sistema de la sana crítica siendo Chile uno de los excepcionalísimos casos en que la prueba tarifada aun despliega toda su fuerza, evitando desde mi perspectiva el progreso en la labor de los jueces que pasan de alguna manera a ser meros aplicadores del derecho y de los abogados que tampoco necesitan, por regla general, argumentar o explicar tan profundamente sus pretensiones desde que las pruebas hablan por sí solas.

De modo que un documento electrónico firmado electrónicamente, puede valorarse de distintos modos, respecto de lo cual cabe preguntarse si aquellos elementos (documento y firma) bastan para que el juez forme su convicción. En este sentido, creo que la sola prueba electrónica no permite siempre por sí misma dotar al juez de una herramienta auténtica y confiable para tomar una decisión, lo cual es particularmente notorio en aquellos ordenamientos donde no existe ley al respecto y, en consecuencia, tampoco la firma electrónica basada en entes certificadores que sí goza de un apreciable grado de seguridad. Es decir, cuando nos hallemos en presencia de la prueba electrónica, la firma electrónica debe ser considerada como uno de los elementos que componen el objeto de la prueba porque ella es la que permite fijar la autenticidad de la primera. Esta situación también se da respecto de las pruebas tradicionales que pueden ser impugnadas por la contraparte, pero probablemente con una frecuencia bastante menor, atendido las dudas que generan en muchas ocasiones estos documentos electrónicos. Cuando existe ley que regula el tema de la firma,

bastará con acompañar el certificado digital correspondiente, pero cuando no la hay o se trata de firmas electrónicas simples el tema se agudiza y en aquellos casos será necesario acudir a otros medios de prueba (peritos, testigos, inspección tribunal) cuyo objeto de prueba será precisamente la firma electrónica. El tema no es menor e incluso la firma puede estar ligada físicamente al propio objeto intercambiado, por ejemplo, si se trata de música o videos de Internet o transferencias de dinero que pueden contener la firma electrónica, cosa que difícilmente sucede con la firma manuscrita ya que normalmente ella va suscrita en un documento que no es el propio objeto intercambiado.<sup>97</sup>

Nuestra legislación, demostrando la importancia que esta prueba representa en la actualidad para el tráfico jurídico en materia civil, ya sea en el ámbito contractual, comercial, financiero o laboral, y asumiendo que ella es una realidad innegable reguló el tema a través de la Ley 19.799 denominada ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma. Su principal fortaleza es que definió lo que debe entenderse por documento electrónico (siguiendo la tendencia de identificar prueba electrónica con la documental), firma electrónica y firma electrónica avanzada, todos conceptos fundamentales para entender en qué casos nos hallamos ante una prueba de esta naturaleza. También se preocupó con bastante detalle de establecer un sistema seguro de certificación que respalde a la citada firma, el cual escapa a las pretensiones del autor.

Especial atención merece el artículo 3º que consagra la equivalencia de los actos y contratos suscritos electrónicamente con aquellos suscritos manuscritamente y soportados en papel, que permite aplicar a los primeros una serie de normas de manera general, evitando realizar una cantidad enorme de modificaciones parciales a cada uno de los Códigos o Leyes que se refieran a los instrumentos o documentos, principalmente en cuanto a su valor probatorio.<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> Como señala Gil, vendemos una casa y lo reflejamos en el papel, pero no firmamos indeleblemente en una de sus paredes. Gil Pérez, Julio, op. cit., pág. 534.

<sup>98</sup> Cierta doctrina minimiza el valor de este artículo planteando que su importancia es sólo formal ya que eventuales discrepancias en torno al tema nunca han llegado ni llegarán a tribunales de justicia toda vez que siempre se recurre a la instancia de un juez árbitro. Al respecto Jijena Leiva, Renato, op. cit. págs. 155 y 266.



Sin embargo, el gran aporte que realiza esta ley y que constituye su principal originalidad es el alcance probatorio que se debe otorgar a los soportes electrónicos; estableciendo que aquellos documentos electrónicos, a pesar de su naturaleza privada, suscritos con firma electrónica avanzada, es decir aquella basada en certificados entregados por prestadores de servicios acreditados, harán plena prueba conforme a las reglas generales, es decir, conforme al Código de Procedimiento Civil y el Código Civil. Desde luego, aquellos que constituyan instrumento público deben también suscribirse con dicha firma para constituir también plena prueba. En el fondo, cualquier documento que se suscriba con firma electrónica avanzada pasará a tener el máximo valor probatorio que nuestro ordenamiento regula, esto es, plena prueba o plena fe como también se conoce.

Como se aprecia, la ley representa un importante avance en la materia ya que termina con el estado de incertidumbre que hasta el momento existía y que conducía a la aplicación de la analogía para resolver principalmente el valor probatorio que se planteaba, aunque no existía claridad en torno a respecto de a qué medio de prueba debía asimilarse.

Aquel es el aspecto positivo de la ley, pero por otro lado también presenta deficiencias que deben ser resueltas a medida que la práctica lo vaya requiriendo. En este sentido, la principal crítica que es posible realizar a esta ley es que el ámbito de aplicación establecido no es lo suficientemente generoso en relación a las situaciones existentes, ya que si bien es cierto se refiere a los documentos públicos y privados, también lo es que su artículo 3º establece una serie de situaciones que deben ser eximidas de la ley. A lo cual se suma el hecho de que la ley en comento no define el valor probatorio de aquellos documentos electrónicos que no poseen firma electrónica, ya sea simple o avanzada, lo cual genera el mismo problema que existía antes de su publicación, es decir, qué normas aplicar. Y sucede que gran parte de los casos se refiere a documentos que efectivamente no fueron firmados con el respaldo de un ente certificador, sino que se envió la información del computador con el solo nombre del remitente, o bien de un mail a otro contando sólo con la dirección de correo electrónico, los cuales son considerados, al tenor de la ley, como casos de documentos electrónicos no firmados electrónicamente. De manera que si ella no puede ser aplicada a los casos más ordinarios o generales finalmente carecerá de toda

trascendencia y la prueba electrónica, que cada vez será más abundante y determinante, continuará situada en un vacío legal a pesar de que, paradójicamente, exista una ley.

Sin embargo, no debe desconocerse que el tema es complicado y es difícil regularlo inmediatamente de forma completa y suficiente, fundamentalmente debido al permanente progreso y cambio de la materia que constantemente obliga a incorporar nuevos elementos en las distintas fases que supone la prueba electrónica. En consecuencia, el aporte de nuestro legislador supone un valioso avance, ya que regula en un solo cuerpo legal la prueba electrónica, el cual debe ser considerado como una base sólida sobre la cual posteriormente se establezca un sistema legal acorde a las necesidades que la práctica requiere. Es decir, lo esencial está, actualmente es posible saber qué debemos entender por documento electrónico, cómo se configura, cuál es su valor probatorio y cómo se relaciona con la firma electrónica y los servicios de certificación y sobre estos conceptos debe perfeccionarse la ley. Y aunque parezca una obviedad, la gran ventaja es que es posible acudir a la prueba electrónica como tal en el proceso civil sin que se generen dudas respecto de su admisibilidad, cosa que antes de la ley no siempre era posible ya que los tribunales podían estimar que no constituían un medio probatorio y, de hacerlo, tampoco era claro su valor probatorio. Es de esperar que en los siguientes años no se detenga el desarrollo de esta particular prueba, no sólo en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, sino fundamentalmente en el legislativo con el objeto de que finalmente se instaure un sistema coherente y completo capaz de cumplir todas las posibilidades que día a día la tecnología va generando, lo cual debe ir de la mano con un nivel de acceso y conocimiento de ella mínimo por parte de todos aquellos que participan en nuestro ordenamiento jurídico civil, es decir, no sólo abogados y jueces, sino también los auxiliares de administración de justicia, pues sólo de esta manera el sistema funcionará adecuadamente.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **AUTORES**

1.-BAUZÁ, MARCELO, “Nuevas tecnologías y proceso jurisdiccional. Normas y experiencias en curso en Iberoamérica, con especial referencia al derecho probatorio” en “XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Uruguayas de Derecho Procesal”, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2002.

2.-COLERIO, JUAN, “Prueba electrónica” en “XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal”, tomo I, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2003.

3.-COUTURE, EDUARDO, “Fundamentos de derecho procesal civil”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1958.

4.-DUCCI, CARLOS, “Derecho civil parte general”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988.

5.-GIANNANTONIO, ETTORE, “El valor jurídico del documento electrónico” en “Informática y derecho. Aportes de doctrina internacional” Vol. I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1987.

6.-HERRERA BRAVO, RODOLFO Y NÚÑEZ, ALEJANDRA, “Derecho informático: derecho chileno y comparado ante las nuevas tecnologías de la información”, Editoriales Jurídicas La Ley.

7.-JIJENA LEIVA, RENATO, “Comercio electrónico, firma digital y derecho”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

8.-LANDONI ANGEL, en “XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Uruguayas de Derecho Procesal”, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2002.

9.-MATURANA, CRISTIÁN, “Aspectos generales de la prueba”, Apuntes Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Departamento de Derecho Procesal, julio 2003.

10.-ORTELLS RAMOS, MANUEL, “Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional, con especial análisis de las cuestiones referentes a la prueba, a las medidas cautelares y a las comunicaciones procesales” en “XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Uruguayas de Derecho Procesal”, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2002.

11.-PAILLÁS, ENRIQUE, “Estudios de derecho probatorio”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

12.-PEÑA VALENZUELA, DANIEL, “El documento electrónico: ¿revolución o cambio?” en “XXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal”, Edición del Departamento de Publicación de la Universidad Libre.

13.-PÉREZ GIL, JULIO, “Hacia una futura superación de la equivalencia funcional entre prueba por archivos electrónicos y prueba documental en el proceso civil”, en “XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Problemas actuales del proceso iberoamericano”, Centro de Ediciones de la diputación provincial de Málaga, 2006.

14.-PINTOS, ALEJANDRO Y VALENTÍN, GABRIEL “La prueba documental frente a las nuevas tecnologías” en “XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Uruguayas de Derecho Procesal”, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2002.

15.-RENGIFO GARCÍA, ERNESTO, “El documento electrónico” en “XXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal”, Edición del Departamento de Publicación de la Universidad Libre.

16.- RIOFRÍO JUAN CARLOS EN “La prueba electrónica”, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2004.

17.- RODRÍGUEZ, PAPIC, “Procedimiento civil. Juicio ordinario de mayor cuantía”, Editorial Jurídica, Chile, 2003.

### **LEGISLACIÓN**

1. -Ley 19799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha Firma, Chile.

2.-Ley Modelo para las Firmas Electrónicas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil.

3.- Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil.

4.-Código Civil, Chile.

5.-Código de Procedimiento Civil, Chile

6.- Código Procesal Penal, Chile.

7.-Código del Trabajo, Chile.

8.- Ley 18.287 establece Procedimiento ante Juzgados de Policía Local, Chile.

9.- Ley 19.968 crea los Tribunales de Familia, Chile.

10.- Ley 20217 modifica el Código de Procedimiento Civil y la Ley 19799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha Firma, Chile.

### **JURISPRUDENCIA**

1.-Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, t. 52 (1955), sección. 3ª.

2.- Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, t. 69 (1972), sección. 1º.

### **PÁGINAS Y ARTÍCULOS WEB**

1.-González, Castillo, Joel, en “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica” Rev. chilena de Derecho. [online]. abr. 2006, vol.33, no.1 p.93-107. Disponible en la World Wide Web: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=s0718-34372006000100006&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0718-34372006000100006&lng=es&nrm=iso)>. issn 0718-3437.

2.- Fernández Acevedo, Fernando, “El documento electrónico en el derecho civil chileno: análisis de la ley 19.799. Ius Et Praxis. [online]. 2004, vol.10, no.2 p.137-167. Disponible en la World Wide Web:<[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=s071800122004000200005&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s071800122004000200005&lng=es&nrm=iso)>. issn 0718-0012.

