

EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO: ALGUNAS VÍAS DE APLICACIÓN EN EL DERECHO PROBATORIO CHILENO

Rodolfo Herrera Bravo

Abogado

1999

1.- INTRODUCCIÓN

Toda pretensión jurídica invocada en juicio debe ser acreditada mediante las reglas dadas por el derecho probatorio de cada país, ya que de ello depende la efectiva titularidad sobre un derecho discutido o negado. Por ello, la prueba se constituye en la base fundamental del proceso y en una condición de seguridad jurídica esencial para el pronunciamiento de una sentencia justa y objetiva.

Ahora bien, el creciente empleo de las tecnologías de la información como soporte material en el cual se concretan hechos y actos jurídicos actualmente, nos ha motivado a dedicar unas palabras sobre el documento electrónico como un medio de prueba admisible, especialmente en caso de ausencia de consagración expresa en el ordenamiento jurídico.

Antes que todo advirtamos que nos referiremos al documento electrónico en su sentido estricto, es decir, entendiéndolo como una representación material, destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación de voluntad, materializada a través de las tecnologías de la información sobre soportes magnéticos, como un disquete, un CD-ROM, una tarjeta inteligente u otro, y que consisten en mensajes digitalizados que requieren de máquinas traductoras para ser percibidos y comprendidos por el hombre; como también, abordaremos a los documentos electrónicos en sentido amplio o documentos informáticos, caracterizados por la posibilidad de ser percibibles y legibles directamente por el hombre sin necesidad de la intervención de máquinas traductoras, como sería el caso de la boleta que emite un cajero automático o un correo electrónico impreso.

No obstante estar adquiriendo mayor habitualidad y trascendencia en la contratación moderna y en los medios de pago, los soportes informáticos no están ajenos a importantes críticas que cuestionan no sólo su valor probatorio sino que incluso su admisibilidad como medio de prueba. Las dudas que despierta parten por la estabilidad de su contenido, su originalidad y la identificación del autor por medio de la firma.

En primer lugar, la estabilidad del contenido de estos nuevos documentos aún no ha sido capaz de brindar garantías suficientes de confiabilidad al juez para que se forme convicción de los hechos, debido a que la inalterabilidad y el carácter indeleble de los elementos de registro empleados desaparece si éstos pueden ser sobrescritos o borrados.

Además, por lo general los documentos electrónicos son la transcripción de una escritura sobre papel que, con frecuencia, se destruye después de registrarse digitalmente, y además, las

copias digitales son idénticas a su matriz, por eso se duda sobre su carácter original. Este último punto suele depender principalmente del grado de inalterabilidad e integridad del contenido que presente el documento.

Finalmente, las críticas a la admisibilidad del documento electrónico se dirigen en contra de la validez de la firma electrónica. La firma manuscrita tradicional no es aplicable al documento electrónico; es más, hay una suerte de incompatibilidad de los medios informáticos con la exigencia de firma (por las trabas a la operabilidad y celeridad que implicaría), generándose un problema al no aceptarse métodos substitutivos de ella para comprobar la autoría de un documento e imputar responsabilidad por sus efectos.

Sin embargo, hoy existe un consenso sobre la necesidad de aceptar a la firma digital lo antes posible en las legislaciones, por ser el sustento que permitirá, por ejemplo el sano desarrollo del comercio electrónico. Por ello, en la práctica se han creado autoridades certificadoras, públicas y privadas, cuya función consiste en expedir certificados con los que se identifica a los usuarios, asignándoseles una clave pública para usarla en las comunicaciones electrónicas. El número de estas autoridades certificadoras ha crecido rápidamente. No obstante, visto que sus actividades se basan en una tecnología nueva, cuya eficiencia tendrá que probarse mediante un uso más prolongado, sigue existiendo cierta incertidumbre sobre si las autoridades certificadoras podrán satisfacer plenamente la necesidad de seguridad en las comunicaciones electrónicas.

Además, desde un punto de vista legal, se propone la homologación de la firma digital con la firma manuscrita, eso sí, determinando el campo de aplicación de aquélla, ya que hay actos jurídicos que no aconsejan su utilización.

Por último, agregaremos que para lograr autenticar la firma digital se recurre principalmente a técnicas criptográficas, junto con otras complementarias como los códigos secretos o la biometría, todo lo cual será un efectivo elemento de certeza una vez que puedan formar parte de tecnologías accesibles a la generalidad de la población, tanto en sus costos como en su utilización.

2.- LA VALORACIÓN DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

En un proceso civil inspirado por el principio dispositivo el juez asume un rol activo al valorar la prueba rendida por las partes, con el objeto de lograr el establecimiento material de los hechos, dándolos por probados o no luego de su análisis. Es decir, al valorar la prueba se busca determinar la eficacia de los diversos medios probatorios y la influencia que ejercen sobre la resolución.

Sin embargo, existen diversos sistemas de valoración, destacando aquellos de las pruebas legales y los de las pruebas libres o de libre convicción. En un sistema de prueba legal la ley le señala al tribunal, a priori, el grado de eficacia justificativa de determinados elementos probatorios que ella misma establece; son pruebas estrictas, por cuanto privan al tribunal de cualquiera intervención personal o subjetiva en la apreciación, y al efectuar ésta, debe sujetarse a normas preestablecidas por la propia ley. Por su parte, en un sistema de libre convicción se permite mayor discrecionalidad al juez, quien puede fallar incluso en contra de las pruebas rendidas y decidir en conciencia.

Entre ambos sistemas, surge el de la sana crítica que, al combinarlos y morigerarlos, conduce a un fallo justo y equitativo. Según este sistema, el tribunal debe asesorarse por sus conocimientos técnicos, su experiencia personal, la lógica, el sentido común, el buen juicio y la recta intención.

Lo anterior significa que en un ordenamiento jurídico que recoja el sistema de prueba legal, es necesario que la ley considere expresamente al documento electrónico como medio de prueba idóneo. En cambio, según el principio del libre convencimiento del juez, las partes podrán acompañar documentos electrónicos y el juez no tendrá obstáculos para admitirlos como medios de prueba, en la medida en que no exista norma alguna que lo inhiba para utilizar los documentos electrónicos como medios de prueba, admitiéndolos en subsidio de otros, imponiéndoles una determinada eficacia probatoria.

Pero esto no significa que el juez debe necesariamente atribuirle plena atendibilidad al documento electrónico, sin valorar antes su autenticidad y su seguridad. Así, el documento será auténtico cuando no haya sufrido alteraciones, cuando ha sido realmente otorgado y autorizado por la persona y de la manera que en él se expresa, y será tanto más seguro cuanto más difícil sea alterarlo y cuanto más fácil sea verificar la alteración y reconstruir el texto originario.

En Chile, las leyes reguladoras de la prueba han establecido un sistema legal de prueba tasada, es decir, es la ley la que establece los medios de prueba, la forma de rendirla en juicio y, en ciertos casos, la valoración que debe darle el juez, o sea las pruebas pueden llegar a tener un valor inalterable y constante, señalado en la ley, que fija 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. Las normas generales de tal sistema se recogen en el Código Civil, que se preocupa de reglamentar la admisibilidad de los medios de prueba y su valor probatorio, y además, en el Título XI del Libro II del Código de Procedimiento Civil, donde enumera los medios de prueba, reglamenta la manera de cómo se produce la prueba ante los tribunales, y en algunos casos su valor probatorio. Ello, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Procedimiento Penal cuando la materia sea criminal.

Sin embargo, en cuanto a la valoración de la prueba rendida, este sistema se aplica en forma limitada, resultando ser la excepción, admitida sólo cuando la ley la establece de modo expreso, como en el caso de la plena fe que atribuye al instrumento público, al instrumento privado reconocido, a la confesión judicial sobre un hecho personal y la limitación a la prueba de testigos. No obstante, estas reglas desaparecen en aquellos casos en que el juez está facultado para apreciarla en conciencia.

Es decir, la regla general aplicable en la legislación chilena para la apreciación de las pruebas rendidas es el sistema de la libre convicción, en donde el juez debe atenerse a los medios de prueba que señala la ley, pero valora esos elementos conforme a la convicción que se forme de los hechos, debiendo fundamentar la sentencia dando razón de la labor de crítica que le mueve a pensar en cierta forma.

Hay ciertos casos en que la ley chilena expresamente señala que la prueba se apreciará en conciencia, lo que no difiere del sistema en estudio, constituyendo una contraexcepción a los casos en que el valor lo establece la ley. Ello ocurre, por ejemplo, en los juicios laborales regidos por el Título I del Libro IV del Código del Trabajo; en los juicios seguidos ante un Juez de Letras de Menores; o en los de

arrendamiento de bienes raíces urbanos, entre otros, pero esto no significa que la apreciación de la prueba quede entregada al libre arbitrio del juez, sin tener que formarse una entera convicción fundamentada.

En conclusión, en materia de valoración el sistema de persuasión racional o de la libre convicción es la regla general, con algunas manifestaciones de prueba legal, las que el legislador atenúa en muchos casos mediante la apreciación en conciencia.

Sin perjuicio de lo anterior, la determinación de los medios idóneos para acreditar un hecho en juicio y la forma en que esta prueba debe ser rendida, le corresponde señalarlo a la ley exclusivamente, ya que el sistema chileno no es de prueba libre sino que legal.

De lo anterior se podría pensar que la rigidez propia de un sistema legal de prueba, no admitiría estas nuevas tecnologías, pero la negación a aceptar a los documentos electrónicos como medios de prueba no se justifica suficientemente debido a la indefensión o la impunidad que acarrearía a quienes se desenvuelven en una sociedad tecnológica que contradictoriamente no le proporciona medios para acreditar sus pretensiones.

Es decir, en el sistema procesal reglado chileno, la admisibilidad de una prueba dependerá de aplicar un medio regulado en la ley. Esto nos lleva a distinguir entre aquellas situaciones en que el documento electrónico está expresamente considerado como medio de prueba y aquellas en que hay un vacío legal.

En Chile, el artículo 341 Código de Procedimiento Civil fija como los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio a los instrumentos, los testigos, la confesión de parte, la inspección personal del tribunal, el informe de peritos y las presunciones. Además, el ordenamiento jurídico civil en ninguna disposición ha incorporado expresamente y de un modo general a los documentos electrónicos dentro de los medios de prueba. Por lo tanto, ante esta situación hay que ver la forma de presentarlos en juicio.

No hay duda que en los casos en que la ley alude a ellos expresamente dándole el carácter de instrumento público o privado los tribunales deben reconocerles mérito probatorio. Así por ejemplo, en el artículo 913 del Código de Comercio señala que las anotaciones en el diario de navegación (un instrumento público) pueden estamparse por medios mecánicos o electrónicos que garanticen la fidelidad y permanencia de los datos. Más adelante, en el artículo 1014 señala que la firma en el conocimiento de embarque puede ser registrada por cualquier medio mecánico o electrónico. Por su parte, la Ley 19.052, de 14 de abril de 1991 consagró explícitamente el carácter de instrumento público de los certificados que el Servicio de Registro Civil e Identificación expide mecanizadamente, a través del procesamiento electrónico de datos, sin intervención del hombre y sin firma manuscrita. Ello, entre otros cuerpos legales.

Pero, sin duda, el problema se presenta cuando la ley nada dice respecto a la admisión y valor de los documentos electrónicos. Por tanto, veamos si es suficiente la legislación procesal civil y penal chilena actual para abordar la prueba mediante un documento electrónico.

El primer punto a considerar es asimilar el documento electrónico con algún medio de prueba legal. Ya lo sostenía de tal manera el profesor uruguayo Eduardo Couture al escribir: *“cuando se trata de fijar el régimen procesal de los diversos medios de prueba no especialmente previstos, se*

hace necesario asimilarlos a los especialmente previstos. Así, la impresión dactiloscópica, la fotografía y radiografía, se rige por los principios de la prueba documental; es asimismo, un documento en sentido amplio, el disco sensible en que se ha grabado una voz, un ruido o un período musical, la prueba hematológica, la autopsia y la misma radiografía caen directo del campo de la prueba pericial". Además, esta ha sido la tesis seguida por la jurisprudencia, como veremos más adelante.

Frente a este tema nos interesa específicamente referirnos a la prueba documental, debido a que el fenómeno probatorio, principalmente respecto a la prueba instrumental, ha encontrado en las tecnologías de la información importantes cambios. Aunque en nuestra legislación se emplean confusa e indistintamente las voces documento e instrumento, somos de la idea de considerar al primero como el género, más amplio porque abarca cualquier medio de expresión del pensamiento, y limitar el segundo a los documentos que se concretan en la escritura.

Ello nos lleva a responder si los documentos electrónicos pueden o no ser considerados documentos escritos, y luego, si se encuadran en la clasificación entre instrumentos públicos o privados.

La comunicación escrita requiere la fijación de un mensaje sobre un soporte material y a través de un lenguaje. Como el documento electrónico contiene un mensaje (desde un texto alfanumérico hasta un diseño o un gráfico), escrito en un lenguaje de dígitos binarios (bits), sobre el soporte material que le brindan los dispositivos de memoria secundaria (por ejemplo, los discos magnéticos), y además, supera las limitaciones temporales y espaciales de la comunicación oral al no necesitar que emisor y receptor se encuentren físicamente presentes el uno del otro, no hay duda que nos permite concluir afirmativamente sobre el valor de acto escrito del documento electrónico.

No creemos suficientemente sólida la crítica que reciben los documentos electrónicos en sentido estricto, a los cuales se les pretende negar el carácter de acto escrito por no ser perceptibles y comprensibles directamente por el hombre, ya que no hay duda que un mensaje redactado en un lenguaje convencional pero secreto puede ser considerado escrito.

Sin embargo, existen dudas más importantes en relación al carácter de instrumento público o privado que pueda tener un documento electrónico.

El artículo 1699 del Código Civil define al instrumento público o auténtico como el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario. Esto implica que para que el documento electrónico sea considerado como tal requiere los siguientes requisitos:

- 1.- ser autorizado por un funcionario público competente. Dicho funcionario debe haber sido investido en su cargo previamente en forma legal, y estar actuando dentro del ámbito de sus atribuciones, tanto en la materia como en el territorio. Por ejemplo, un Oficial del Registro Civil que emite electrónicamente un certificado de nacimiento.

- 2.- debe otorgarse con las formalidades que la ley señala, las cuales variarán en cada caso.

Ahora bien, complementariamente, el artículo 342 del Código de Procedimiento Civil señala que se considerarán como instrumentos públicos en juicio a los documentos originales. Este punto nos remite a lo dicho sobre la originalidad del documento electrónico y a la necesidad de que el legislador aclare esta situación. Finalmente, también serán instrumentos públicos en juicio ciertas copias de los documentos originales, a saber, las copias autorizadas conforme a las formalidades que las leyes exigen sobre este particular; las copias simples (que no cumplen los requisitos anteriores) pero que no se objetan como inexactas dentro del plazo legal; las copias simples objetadas como inexactas por la parte contraria, pero que se comparan o cotejan con el original y se hallan conforme a éste; y finalmente, las copias que el tribunal mande agregar durante el juicio, incluso las incompletas aunque no inexactas.

En conclusión, pensamos que es perfectamente posible que un documento electrónico pueda ser considerado como un instrumento público si se adecua a las reglas generales.

En cambio, creemos que la naturaleza de los documentos electrónicos en sentido estricto riñe con la del instrumento privado. En un sentido amplio, el instrumento privado es todo escrito que da constancia de un hecho y que ha sido otorgado por los particulares sin intervención de funcionario público competente u otros requisitos o formalidades, salvo por la firma.

Creemos que un requisito esencial de la escritura privada es la firma, esto es, la imposición del nombre propio y el apellido por parte de la persona de la cual resultan provenir las declaraciones y que representa la conformidad de la voluntad con aquello que aparece escrito precedentemente. Sin embargo, hacemos presente que existe un divorcio en la doctrina sobre este punto. Para algunos autores, los instrumentos privados pueden o no estar firmados por las partes; y pueden, incluso, hasta omitir la fecha y el lugar en que han sido otorgados, porque en el derecho positivo no se exige ningún requisito o solemnidad para conformarlos. Esta posición doctrinal no encontraría ningún inconveniente para admitir como instrumento privado a un documento electrónico en sentido amplio o estricto, sin perjuicio de tener que ceñirse a las reglas generales para su admisión en juicio, esto es, ser reconocido por la parte a quien se opone o ser mandado tener por reconocido en los casos prevenidos por ley.

Nosotros pensamos que el instrumento privado debe estar firmado por los otorgantes, porque la firma es el signo que demuestra que se aprueba y hace propio lo escrito. Sin la firma, el documento no pasa de ser un borrador. Nos apoyamos en el propio Código Civil, por ejemplo en el artículo 1701 inciso 2°, que sostiene que el instrumento público defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes; en el artículo 1702, que le reconoce valor de escritura pública al instrumento privado, respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito; el artículo 1703, que dice que la fecha de un instrumento privado no se cuenta respecto de terceros sino, entre otros casos, desde el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado.

También la Corte Suprema ha considerado esencial la firma por estar en ella la garantía de autenticidad, debido a que significa la aprobación o aceptación de lo que en ellos está consignado. Sin embargo, no ha sido suficientemente clara la respuesta de la jurisprudencia ya que en una sentencia posterior señaló que no es necesaria la firma en esta clase de documentos, pues no tiene más significación que la meramente formal de un elemento testificativo, que se requiere no para la validez del documento sino para que haga fe en relación con las declaraciones que emiten en él las partes que se obligan.

Por lo tanto, creemos que un documento electrónico en sentido estricto no puede ser considerado un instrumento privado mientras no se homologue la firma electrónica con la firma manuscrita. Ello se justifica, entre otros argumentos, porque la función que presenta el acto de la suscripción se puede obtener tanto en una firma electrónica como en una manuscrita. En ambas se apreciaría una función indicativa, ya que sirven para señalar al autor del documento; una función declarativa de asunción de la paternidad del documento; y una función probatoria que permite verificar si el autor de la firma es efectivamente aquel que ha sido indicado en la suscripción misma.

Lamentablemente, el desconocimiento sobre las firmas electrónicas y el apego absoluto a la no siempre precisa presunción de que cada individuo tiene un modo particular de firmar nunca perfectamente reproducible, ha llevado a requerir únicamente la rúbrica autógrafa, o sea, impuesta de puño y letra por parte del firmante, aunque sea extendida con letra de imprenta, pero no con medios mecánicos.

Por lo tanto, debemos reconocer al documento electrónico en sentido estricto valor de documento escrito, eventualmente de instrumento público, pero no de instrumento privado por la imposibilidad del acto de suscripción personal.

En otro sentido, y como señalamos anteriormente, la idea de admitir analógicamente documentos no contemplados dentro de los medios de prueba, ha sido avalada por nuestros Tribunales. Por ello, en los casos en que se presentaban esos documentos, por ejemplo, una fotografía, se les regulaba como instrumentos, y así, en el proceso civil se les aplicaban las disposiciones de los artículos 342 a 355 del Código de Procedimiento Civil, y en el proceso penal, los artículos 184 a 188 del Código de Procedimiento Penal. Todo esto producía dificultades especialmente cuando se objetaban los documentos. Imperaban, entonces, las pruebas periciales y de presunciones.

Sin embargo, con la Ley N°18.857, que reformó el Código de Procedimiento Penal en 1989, se mejoró esta situación en el proceso penal, especialmente en lo que se refiere a los documentos, admitiendo como elementos de prueba *“las películas cinematográficas, fotografías, fonografías, y otros sistemas de reproducción de la imagen y del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe”* (artículo 113 bis).

A su vez, la reforma al artículo 113 permite al juez, para el esclarecimiento de los hechos, disponer de *“la fotografía, filmación o grabación y, en general, la reproducción de imágenes, voces o sonidos por los medios técnicos que estime convenientes. Asimismo, podrá valerse de resultados obtenidos por la utilización de aparatos destinados a desarrollar exámenes o demostraciones científicas o por medio de la computación”*.

Es decir, la ley procesal penal, en su artículo 113 bis, no asimila estos nuevos elementos de prueba a los instrumentos, sino que los considera como documentos y los estima como base de presunciones o indicios, según exista o no una relación precisa y directa entre el hecho acreditado y el que se trata de probar.

En caso que haya objeciones o impugnaciones a las reproducciones acompañadas al proceso, entra en juego la prueba pericial o de técnicos, algunas de las cuales se han reglamentado especialmente por su importancia, como las de los marcadores genéticos sanguíneos en la

investigación biológica de la paternidad o la fotografía dactiloscópica como medio de autenticación documental infalible.

En síntesis, la jurisprudencia ha aceptado desde antes de la reforma de la Ley N°18.857 el concepto amplio de prueba documental para comprender las modalidades de prueba que se mencionan en los artículos 113 y 113 bis del Código de Procedimiento Penal. Con las modificaciones de la ley mencionada no hay problemas en el proceso penal para admitir como elementos de prueba a los documentos electrónicos.

Sin embargo, la cuestión subsiste en el proceso civil donde hay que auxiliarse más que del concepto amplio de documento, en la prueba pericial y de presunciones. Veamos. La revolución en las comunicaciones que ha generado la telemática explica el empleo cada vez más común del correo electrónico por ejemplo, un medio mucho más rápido e interactivo que una carta tradicional, aunque opera de manera similar. Para analizar el valor probatorio que puede tener este tipo de correo, tenemos que asimilarlo al de las cartas y los telegramas. No obstante, el Código Civil chileno no señala expresamente el valor probatorio de éstos, pero entendemos que el destinatario de una carta puede invocarla como prueba contra el que la ha escrito; puede utilizarla para establecer una obligación contraída a su favor por el remitente; para probar un perjuicio que éste le ha causado o una injuria en su contra que dé motivo a una demanda de indemnización. Además, si la carta no es confidencial, el destinatario puede hacerla valer en juicio contra una persona distinta del remitente; pero si la carta tiene el carácter de confidencial o íntimo, no puede utilizarse contra un tercero sino con autorización del que la envió.

El artículo 349 del Código de Procedimiento Civil es atinente a esta materia al referirse a los documentos que existan en poder de la otra parte o de un tercero y tengan relación directa con la cuestión debatida; puede decretarse su exhibición a petición de parte, siempre que no revistan el carácter de secretos o confidenciales.

Si las cartas están firmadas pueden constituir verdaderos instrumentos privados, por el contrario si no lo estuvieran o sí en ellas no hay explícitamente una declaración de voluntad, pueden tener el mérito de una confesión extrajudicial escrita o de un principio de prueba por escrito, conforme al valor que el juez les atribuya, si están reconocidas.

En definitiva, como la ley chilena no ha reglamentado el valor probatorio de estos documentos, queda entregada a la apreciación del tribunal. Por eso, no puede entenderse que estas comunicaciones privadas carecen de todo valor probatorio.

Si el documento es objetado, los interesados pedirán lo que corresponda para ofrecer la prueba necesaria. Pero, si no se desconoce el hecho de que emana realmente de la persona que lo firma, y aún no se impugnan los datos allí indicados, no se ve la conveniencia de negarle todo valor; puede el juez apreciarlo libremente, conforme a la persuasión racional.

Incluso si carece de firma o ésta no es reconocida por la ley, como el caso de la firma electrónica, la por sello o la calcada, esto sólo significa que en estos casos la firma no basta por sí sola para dar pleno valor al instrumento público o privado. El valor de este documento lo determinará el juez, ya que servirá de base para una presunción judicial. Piénsese en los documentos normalizados, que están

preredactados y que sólo hay que rellenar los espacios en blanco, generalmente con un signo convencional, para manifestar la voluntad o intención de una persona. Aunque no está firmado puede servir de base para un reconocimiento, por aplicación, en la vía civil, del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.

Otro caso es el de los documentos electrónicos en sentido amplio, que podemos asemejar al de las fotocopias. En el Código de Procedimiento Civil se habla de copias al referirse el artículo 342 a los instrumentos públicos. Naturalmente, en la época de su dictación (1893) no se aludió a las fotocopias, ya que eran desconocidas. Con posterioridad, el Decreto Ley 407, de 19 de marzo de 1925, creó una norma que después fue incorporada al artículo 422 del Código Orgánico de Tribunales: *“las copias (de escrituras públicas) podrán ser manuscritas, dactilografiadas, impresas, litografiadas, fotografiadas o fotograbadas; en ellas deberá expresarse si son primeras o segundas copias, y se estampará el signo o sello del notario autorizante”*. Esta disposición autoriza el uso de la fotocopia en los instrumentos notariales. Los jueces las aceptan, y a diario se ve como se otorgan fotocopias de sentencias u otras actuaciones. Si éstas son objetadas, entonces deben ser cotejadas con su original o con otras copias que hagan fe respecto de la parte contraria, a fin de que el tribunal resuelva si se hallan conformes.

En relación al valor como instrumento privado, la jurisprudencia y la doctrina han señalado que la fotocopia no valdría como tal porque en ellos falta la firma. Sin embargo, si existe el original y es posible hacer el cotejo en caso de impugnación, no se ve el inconveniente para aceptarlas, igualmente si la fotocopia lleva la autorización de un notario que certifique haber tenido a la vista el original y que las partes otorgantes reconocieron su firma ante él.

Finalmente, hoy las técnicas de multimedios permiten integrar imagen, video, texto y sonido en algunos documentos. Los tribunales franceses han concluido que las grabaciones sonoras pueden ser consideradas documentos sin que halla un texto expreso que así lo diga. Ahora, en cuanto a su valor probatorio, no pueden asimilarse al valor del instrumento privado, ya que un requisito esencial de éste, es que esté firmado, pero sí puede dársele el valor de un principio de prueba por escrito o de una confesión. Es importante en este punto tener en consideración que el valor probatorio de las grabaciones sonoras tiene un límite, que es el derecho de las personas a que se respete el secreto de sus conversaciones privadas.

Acerca de lo dicho, hay un fallo muy importante de la Corte de Apelaciones de Santiago, que declara que *“una grabación original, efectuada en cassette, que no se encuentra contemplada en nuestra legislación en forma específica como medio de prueba, puede ser asimilada a la instrumental por registrar hechos o a las confesiones extrajudiciales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil y atribuirle valor en conciencia, acreditado, mediante peritaje, que las voces registradas en la grabación corresponden a las partes del juicio, que la transcripción que rola en autos corresponde a lo grabado y que su tenor guarda armonía con las demás probanzas del proceso, lo que hace presumir su veracidad, particularmente como confesión extrajudicial del demandado*.

No obsta a la conclusión anterior que la grabación haya sido efectuada sin conocimiento del demandado y que éste haya negado haber sostenido la conversación de que se trata con el demandante y que una de las voces le pertenezca, ya que tales negativas aparecen desmentidas por el informe pericial inobjeto”.

Ésta sería la primera sentencia que se dicta en materia no penal, dando por acreditados los hechos a través de un medio de prueba distinto de los tradicionales, en este caso, de una grabación magnetofónica.

Por su parte, la doctrina chilena ya se ha pronunciado sobre el valor de estos nuevos medios de prueba. Por ejemplo, don Enrique Paillás en su obra "Estudios de derecho probatorio", estima que a la grabación no puede dársele el mérito de un instrumento privado en sentido propio, pero sí puede dársele el valor de un principio de prueba por escrito o de una confesión judicial. El profesor Carlos Ducci en su obra "Derecho Civil. Parte General", y al tratar los nuevos medios de prueba, contempla la posibilidad de asimilar las grabaciones a los instrumentos privados y señala que, en todo caso, pueden tener valor como elemento probatorio sirviendo de base a una presunción judicial. Finalmente, don Juan Agustín Figueroa en sus trabajos que aparecen en "Nuevas orientaciones de la prueba", analiza la grabación mecánica de la voz como eventual medio probatorio, sosteniendo que la propia voz puede ser considerada como una "firma" en la grabación magnetofónica pues contiene los tres elementos de la esencia de la firma: la intencionalidad, la personalidad y la inimitabilidad.

La presente sentencia estima la grabación, cuya autenticidad se ha probado, como una confesión extrajudicial. De acuerdo con el artículo 398 del Código de Procedimiento Civil, *"la confesión extrajudicial es sólo base de una presunción judicial, y no se tomará en cuenta, si es puramente verbal, sino en los casos en que sería admisible la prueba de testigos"*.

Es decir, existe reconocimiento jurisprudencial que avala nuestra postura y que permitiría admitir y valorar, si aplicamos la analogía, un documento electrónico en sentido estricto.

3.- CONCLUSIÓN

La problemática que se presenta con la admisibilidad y valoración de los documentos electrónicos en juicio en los casos en que la ley nada dice, debe ser resuelta decididamente, pero con prudencia. Abordar en forma directa el tema del documento electrónico como medio de prueba, su valor y la validez de las firmas digitales y electrónicas, permitiría que el juez adopte una actitud distinta frente a su presentación en juicio, al sentirse respaldado para admitirlo y valorarlo, ya que estaría tratando con un medio de prueba legal expreso. Creemos necesaria una reforma a la legislación civil que admita las modalidades de prueba que se citan en la actual ley procesal penal, más todos aquellos medios técnicos que correspondan al concepto amplio de documento.

Sin embargo, previamente conviene analizar la naturaleza, características, ámbito de operación y las realidades propias de cada uno de los documentos en soporte de papel que se reemplacen por uno magnético, al momento de adoptar modificaciones. Pensamos adecuado, para no desperdigar normas reguladoras de la prueba en distintas leyes especiales, el establecer de modo general este medio probatorio en el Código de Procedimiento Civil, y limitar la prueba en ciertos casos.

Sin perjuicio de lo anterior, mientras estas respuestas no lleguen, creemos que existen vías procesales para hacer valer en juicio los documentos electrónicos.

4.- BIBLIOGRAFÍA

- Herrera Bravo, Rodolfo; Núñez Romero, Alejandra.
"Derecho Informático".
Editorial La Ley, Chile. 1999.
- Arburo Chacoff, Juan.
"La firma en los instrumentos privados".
Universidad Central de Chile, 1994.
- Couture, Eduardo.
"Fundamentos del Derecho Procesal Civil".
Editorial Depalma, Argentina. 1993.
- Casarino, Mario.
"Manual de Derecho Procesal". Tomo IV.
Editorial Jurídica de Chile, 1984.
- Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel; Vodanovic, Antonio.
"Derecho Civil". Tomo II.
Editorial Ediar-Conosur Ltda, Chile. 1991.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
"Ley modelo sobre Intercambio Electrónico de Datos y otros Medios de Comunicación":
- Código Civil chileno.
- Código de Procedimiento Civil chileno.
- Código de Procedimiento Penal chileno.
- Código de Comercio chileno.
- Código Orgánico de Tribunales chileno.
- Giannantonio, Ettore.
"El valor jurídico del documento electrónico".
Informática y Derecho, volumen 1. Editorial Depalma, Argentina. 1987.
- Guastavino, Elías.
"Responsabilidad civil y otros problemas jurídicos en computación".
Editorial La Rocca, Argentina. 1987.

- Hajna, Eduardo.
"Algunas reflexiones en torno a la prueba informática".
Revista Trilogía n°6. 1986.

- Jijena, Renato.
"Naturaleza jurídica y valor probatorio del documento electrónico. El caso de la declaración de importación electrónica o mensaje CUSDEC".
Revista Derecho de la Alta Tecnología, año IX, n°106. 1997.

- Paillás, Enrique.
"Estudios de Derecho Probatorio".
Editorial Jurídica de Chile. 1979.

- Palazzi, Pablo.
"Firma digital y comercio electrónico en Internet".
Ponencia presentada en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática.
Uruguay, 1998.

- Quezada, José.
"Tratado de Derecho Procesal Penal".
Editorial Conosur Ltda, Chile. 1994.

- Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales.
1982. Sección tercera.

- Salgado, Liliana.
"La prueba: objeto, carga y apreciación".
Editorial Jurídica de Chile. 1979.