Artículo: Principios que informan al derecho del comercio electrónico
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 210
Año LXIX
Julio-Diciembre 2001
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION[MR]

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

Artículo: Principios que informan al derecho del comercio electrónico
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

PRINCIPIOS QUE INFORMAN AL DERECHO DEL COMERCIO ELECTRONICO

RICARDO SANDOVAL LOPEZ
Profesor de Derecho Comercial
Universidad de Concepción

1. INTRODUCCION

El comercio electrónico es diferente del comercio tradicional, entendido este último como el intercambio de bienes y servicios con ánimo de lucro. A diferencia del comercio tradicional, que se realiza por lo general entre personas que están presentes y en un territorio, lugar y tiempo determinados, el que se lleva por medios electrónicos se caracteriza por ser un intercambio entre personas ausentes y carece del elemento territorialidad. Estos rasgos definitorios del comercio electrónico dan la pauta para admitir que el derecho lo que regule ha de estar sustentado en unos principios orientadores que recojan su especialidad. Las bases de sustento del derecho regulador del comercio electrónico no necesariamente serán las mismas que informan al comercio tradicional, aunque, como es una especie de comercio, nada se opone a que también haga suyos los principios del derecho mercantil en general.

Básicamente se han decantado como ideas orientadoras de la normativa que disciplina al comercio electrónico los principios de equivalencia funcional, de neutralidad tecnológica, la actuación de buena fe, libertad de prestación de servicios, libre competencia, compatibilidad o reconocimiento transfronterizo e inmutabilidad del derecho que rige las obligaciones y contratos.

En virtud del principio de equivalencia funcional, los documentos electrónicos cumplen las mismas funciones que los documentos con soporte material de papel, y la firma electrónica produce los mismos efectos que la firma manuscrita o autógrafa. Gracias al principio de la neutralidad tecnológica, las

Artículo: Principios que informan al derecho del comercio electrónico
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

disposiciones reguladoras del comercio electrónico deben ser elaboradas sin privilegiar en especial el empleo de una determinada tecnología. El principio de la actuación de buena fe se refiere a la observancia de esta conducta en las relaciones que se llevan a cabo a través de los medios electrónicos y en especial en la contratación electrónica. No es ni más ni menos que un traslado del principio de buena fe negocial que se aplica en la contratación en general al comercio electrónico.

Analizaremos a continuación cada uno de estos principios por separado.

2. PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL

Se trata de la idea básica, de la regla por excelencia, del núcleo o la esencia de la normativa aplicable en la materia, sin la cual ella difícilmente podría concebirse. En la doctrina de los autores, Rafael Illescas Ortiz[1], refiriéndose a esta idea dice: "...la función jurídica que cumple la instrumentación escrita y autógrafa respecto de todo acto jurídico, o su expresión oral, la cumple igualmente la instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, extensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado".

En otras palabras, este principio postula que no puede haber discriminación respecto a las declaraciones efectuadas en un medio electrónico, toda vez que el soporte que contiene la declaración de voluntad puede ser escrito o electrónico, pero su validez debe ser la misma. El principio de la equivalencia funcional se sustenta en la idea básica de que las nociones de "escrito", "firma" y "original" incluyen no sólo el soporte material de papel y la rúbrica manuscrita sino que comprenden también las tecnologías computarizadas. Siendo así, en aplicación de este principio no se puede negar efecto jurídico, validez ni obligatoriedad a los documentos, a las firmas ni a los actos y contratos electrónicos en general, por el solo hecho de que se encuentren en formato electrónico.

Si no se diera cabida a la equivalencia funcional en las relaciones que se establecen de empresa a empresa y de empresa a consumidor, en el hecho se estarían reduciendo los mecanismos de expresión de la voluntad al soporte oral, al escrito y al lenguaje de los gestos (facta concludendia), privando al Derecho del empleo de los nuevos soportes de la voluntad negocial y de las innovaciones relativas a los medios de comunicación. Así como se reconocen e incorporan al

[1] Illescas Ortiz, Rafael, Los fundamentos del derecho del comercio electrónico. Libro Homenaje a Luis Cova Arria. Escuela de Estudios Superiores de la Marina Mercante. Caracas, Venezuela. 1999.

Artículo: Principios que informan al derecho del comercio electrónico
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

derecho objetivo las nuevas figuras contractuales, es preciso admitir también las nuevas formas de generar y de expresar la voluntad.

Es evidente que la admisión por el derecho del principio de equivalencia funcional trae aparejados ciertos problemas, pero ellos han de ser resueltos por los respectivos ordenamientos jurídicos. Así por ejemplo, aceptado el principio y como consecuencia del mismo, habrá que admitir a los documentos electrónicos como medios de prueba y asimismo, darle mérito probatorio a los documentos suscritos con firma electrónica, estableciendo en cada caso los requisitos que deben reunirse para ello.

El principio de equivalencia funcional se gestó en el seno de las deliberaciones del Grupo de Trabajo de Intercambio Electrónico de Datos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y plasmó en la Guía para la Incorporación al Derecho Interno de la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL sobre Comercio Electrónico (LMCNUCE), donde se hace referencia a ello largamente. Esta Guía de Incorporación es un texto complementario a la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL de Comercio Electrónico, aprobada por Resolución 51/162 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 85ª sesión plenaria, de 16 de diciembre de 1996. La Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL es el primer cuerpo jurídico uniforme, sistemático y completo, que regula en forma integral el comercio realizado a través de medios electrónicos.

Pero vamos a insistir en que la admisión del principio de equivalencia funcional no sólo se limita a la Guía de Incorporación sino que se recoge de manera inequívoca en el texto mismo de la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL sobre Comercio Electrónico, cuyo artículo 5º dispone textualmente: "No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos"[2].

En virtud del artículo recién transcrito los efectos jurídicos, la validez, la fuerza obligatoria de los contratos no pueden ser desconocidos por las leyes ni por los tribunales de un determinado país, por el solo hecho que han sido ofertados, negociados, convenidos y ejecutados en todo o en parte por medios electrónicos. El conjunto de contratos así celebrados constituyen la contratación

[2] La primera formulación positiva del principio de la equivalencia funcional tuvo lugar con anterioridad a la elaboración y aprobación de la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL sobre Comercio Electrónico, en el artículo 11. 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, de 1995, que alude al perfeccionamiento de estas garantías "en forma que no sea sobre papel", es decir, por medios electrónicos. Esta convención entró a regir el 1 de enero de 2000.

Artículo: Principios que informan al derecho del comercio electrónico
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

electrónica y el principio de la equivalencia funcional recogido en la regla transcrita exige que el ordenamiento jurídico, en su conjunto, no impida que ellos produzcan idénticas consecuencias que los contratos homólogos convenidos por vías no electrónicas. Esta es la esencia del principio de equivalencia funcional.

Antes que la LMCNUCE fuera aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el estado de Utah de los Estados Unidos de Norteamérica, en el año 1995, promulgó la primera ley sobre firma digital, donde se recoge el principio de la equivalencia funcional entre este tipo de firma y la firma manuscrita. Más tarde en este mismo país la Conferencia Nacional de Comisionados para Leyes Estatales Uniformes, conocida con la sigla NCCUSL de su denominación en idioma inglés (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws), cuya existencia data de 1892, aprobó la Ley Uniforme de Operaciones Electrónicas, conocida como UETA, por su sigla en inglés, recomendándola para su adopción por todos los estados.

El objetivo de esta ley es otorgar validez a los documentos, firmas y contratos electrónicos. Dicho propósito, que se hace efectivo en las disposiciones de la ley, pone en evidencia la recepción amplia del principio de la equivalencia funcional. De los cincuenta estados de Estados Unidos, más el distrito de Columbia, aproximadamente unos 30 estados han adoptado o han propuesto la adopción de leyes basadas en la UETA.

El 30 de junio de 2000, el Presidente Williams Clinton firmó la denominada "Ley de Firmas Electrónicas en el Comercio Nacional y Global" (Electronic Signatures in Global and National Commerce Act), conocida con la abreviatura E-Sign, que entró en vigencia el 1 de octubre de 2000. Este texto legal está inspirado en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico y en la UETA norteamericana.

Mariana C. Silveira señala al respecto: "E-Sign incorpora el principio de 'equivalencia funcional', que ha sido favorablemente acogido por la normativa legal nacional e internacional, cuya precursora fue la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL de 1996"[3].

Por su parte, la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL sobre Firma Electrónica, en el artículo 6° consagra el principio de equivalencia funcional, señalando que un documento firmado electrónicamente será tan fiable como

[3] Silveira, Mariana C. "Repercusiones internacionales del comercio electrónico: El marco legal del comercio electrónico en América Latina y la necesidad de armonizar la normativa aplicable" en Revista de la Contratación Electrónica. "II Jornadas sobre Derecho del Comercio Electrónico". N° 18, julio-agosto 2001, p. 21.

Artículo: Principios que informan al derecho del comercio electrónico
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

aquél suscrito por firma autógrafa, para cumplir los mismos fines para los cuales se emitió, con las excepciones que estudiaremos más adelante.

Otro tanto ocurre con la Ley 527 de 1999, de la República de Colombia, de fecha 18 de agosto, sobre "Acceso y Uso de los Mensajes de Datos, del Comercio Electrónico y de las Firmas Digitales". Este texto legal recoge el principio orientador que estamos analizando, en términos muy similares a la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL sobre la materia. En efecto, el artículo 5, relativo al reconocimiento jurídico de los mensajes de datos, dispone a la letra: "No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos".

Asimismo, la citada ley reitera la recepción del principio de equivalencia funcional, en el artículo 10, sobre la admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos, cuyo texto dice así: "Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos por el solo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original".

Con fecha 29 de mayo de 2000, el gobierno de México publicó en el Diario Oficial un decreto con las modificaciones y adiciones al Código Civil y al Código de Comercio, que contiene el marco regulatorio básico para la validez de los documentos, firmas, actos y contratos electrónicos en dicho país. Tal como ocurrió con la legislación norteamericana y con la colombiana que acabamos de mencionar, la nueva normativa mexicana sigue los principios y lineamientos básicos de la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL sobre Comercio Electrónico. Los cambios introducidos en el Código Civil recogen el principio de la equivalencia funcional, al darle validez al consentimiento cuando ha sido otorgado por medios electrónicos, como asimismo a las ofertas y aceptaciones intercambiadas por estos mismos medios. En el Código de Comercio se introduce un capítulo nuevo relativo al comercio electrónico, donde se confirma la validez y admisibilidad del empleo de los medios electrónicos en la celebración de los negocios propios de la actividad mercantil.

En España, el 18 septiembre de 1999, se publicó en el Boletín Oficial del Estado Nº 224, el Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, del mismo año, sobre firma electrónica. En el artículo 3, N° 1, el citado texto hace suyo el principio de la equivalencia funcional, al establecer que "la firma electrónica

Artículo: Principios que informan al derecho del comercio electrónico
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

avanzada, siempre que esté basada en un certificado reconocido y que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma, tendrá, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admisible como prueba en juicio, valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales".

Tratándose de la legislación francesa, que modificó el Código Civil, mediante la Ley de 13 de marzo de 2000, relativa a la adaptación del derecho probatorio a las tecnologías de la información y relativa a la firma electrónica (LOI N° 2000-230, du 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative a la signature éléctronique), el artículo 3° consagra el principio de la equivalencia funcional, al insertar en el Código Civil la siguiente disposición: "El escrito sobre soporte electrónico tiene la misma fuerza probatoria que el escrito sobre soporte de papel" (L' écrit sur support electronique a la même force probante que l'ecrit sur support papier). Puede advertirse que de una manera muy sucinta el derecho objetivo francés incorporó en el Código Civil el principio de la equivalencia funcional, para dar valor jurídico al empleo de estas nuevas tecnologías.

La Ley N° 19.799, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha Firma, publicada en el Diario Oficial de 12 de abril de 2002, de la República de Chile, consagra el principio en estudio en el artículo 3°, que dice: "Los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito".

En el Mensaje con que el Ejecutivo acompañó la aludida ley al Parlamento, dice que "es necesario un marco legal en que actos y contratos celebrados por medios electrónicos tengan la misma validez y protección ante la ley que los celebrados de manera convencional".

Como hemos podido apreciar existe una amplia recepción del principio de equivalencia funcional, en los textos legales que regulan los documentos, la firma electrónica y servicios de certificación de firma electrónica, pero esto no significa que tenga cabida en el derecho en general. Por el momento se ha seguido la tendencia de legislar sobre lo mínimo necesario y mantener vigente, en forma inmutable, el resto del derecho de la contratación y de la prueba.

Artículo: Principios que informan al derecho del comercio electrónico
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Claro está existen materias en las cuales no tiene aplicación el principio de equivalencia funcional, por tratarse del cumplimiento de formalidades especiales. La doctrina ha establecido ciertas excepciones en las que no tiene acogida el principio que estudiamos, como ocurre con los actos o contratos en los que, aparte de la escrituración, requieren de la observancia de otras formalidades establecidas por vía de solemnidad o con ciertos documentos públicos y actos notariales. En ellos no hay equivalencia funcional, salvo disposición expresa en este sentido, contenida en la legislación nacional del país de que se trate[4].

La Ley N° 19.799, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha Firma, que como ya dijimos consagra el principio en el artículo 3º, inciso 1º, en el inciso 2º, del mismo precepto, contempla las excepciones, en los siguientes términos: "Lo dispuesto en el inciso anterior no será aplicable a los actos y contratos otorgados o celebrados en los casos siguientes:

a) Aquellos a que la ley exige 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".

Finalmente, dejamos constancia que en la doctrina está meridianamente claro que el hecho de darle soporte electrónico a una declaración o a un acto viciados no origina el saneamiento de ellos.

3. PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD TECNOLOGICA DE LAS DISPOSICIONES REGULADORAS DEL COMERCIO ELECTRONICO

Uno de los aspectos claves que han de ser considerados a la hora de elaborar el marco regulatorio del comercio electrónico es el de la neutralidad tecnológica, para que las normas puedan tener una cierta permanencia, evitando la obsolescencia, ante los incesantes cambios que trae aparejados el progreso.

[4] Cabe hacer notar que existen áreas donde el paso hacia los documentos y firmas electrónicas está lejos de ser realidad, como sucede con la tradición y los gravámenes relativos a bienes raíces, el otorgamiento y revocación de testamentos, las capitulaciones matrimoniales, la celebración de matrimonios, las adopciones, las legitimaciones y, en general, los actos propios del derecho de familia.

Artículo: Principios que informan al derecho del comercio electrónico
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Este derecho debe sustentarse en un principio según el cual no debe preconizarse ni exigirse el empleo de una tecnología en particular, de manera que si el progreso origina variaciones en los sistemas tecnológicos, sus reglas puedan ser aplicadas adecuadamente, no obstante dichos cambios. En la medida en que las reglas e instituciones jurídicas que disciplinan al comercio electrónico no dependan de ciertos medios tecnológicos en especial, se asegura su estabilidad e imparcialidad frente a ellos. Este es el principio de la neutralidad tecnológica.

Así, por ejemplo, en la actualidad se estima que uno de los mejores mecanismos para idear firmas seguras es el de las firmas digitales, a través de la criptografía asimétrica, y el P.K.I. (Public Key Infrastructure). Entre los elementos favorables de este tipo de tecnología se señalan la confidencialidad e integridad de los datos, el control de quienes tienen acceso a la información, la autenticación de los mensajes y de la identidad del o de los remitentes y la no repudiación de la información enviada o recibida por medios electrónicos.

Pero, debido al constante progreso científico y tecnológico, están surgiendo otros sistemas que pueden superar la eficacia, fiabilidad y seguridad del mencionado precedentemente. Siendo esto así, los esfuerzos legislativos no pueden circunscribirse, en este caso, a las firmas digitales, sino que, por el contrario, deben comprender la más amplia gama posible de tecnologías, presentes y futuras. El derecho marco del comercio electrónico tiene que concebirse con una natural tendencia a la uniformidad y con vocación internacional, por lo que no puede correr el riesgo de limitar el uso o el desarrollo de ciertas tecnologías, privilegiando a través de sus normas la aplicación de una de ellas.

El principio de la neutralidad tecnológica surgió cuando se elaboró la primera ley modelo sobre comercio electrónico y sigue siendo respetado por los Estados, al momento de promulgar el derecho aplicable en esta materia. En efecto, el artículo 7º de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico establece una idea amplia y genérica de firma electrónica, que concuerda con el principio básico de equivalencia funcional con la firma manuscrita.

La aludida disposición previene a la letra: "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".

Artículo: Principios que informan al derecho del comercio electrónico
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La idea de firma electrónica así definida se sitúa en el ámbito de las nuevas tecnologías, porque el concepto lo está refiriendo en relación con un mensaje de datos, que según el artículo 2, letra a) de la cita Ley Modelo, es "la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (E.D.I.), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax". Por intercambio electrónico de datos se "entenderá la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto" (art. 2, letra b) LMUCE).

Lo interesante de la norma del artículo 7º, de la Ley Modelo, es que al definir la firma electrónica, ella no quiere hacer una opción por un método o por una técnica para lograr la identificación del autor de un mensaje electrónico, sino que adopta una posición de neutralidad respecto de la tecnología.

La Guía de Incorporación de la Ley Modelo de UNCITRAL de Comercio Electrónico al derecho interno de los países señala en el párrafo 8 lo siguiente: "Conviene tener presente que si bien es cierto que al redactarse la Ley Modelo se tuvo siempre presente las técnicas más modernas de comunicación, tales como el E.D.I. y el correo electrónico, los principios en los que se inspira, así como sus disposiciones, son igualmente aplicables a otras técnicas de comunicación menos avanzadas, como el fax". Más adelante este mismo párrafo de la Guía dice textualmente: "Cabe señalar que, en principio, no se excluye ninguna técnica de comunicación del ámbito de la Ley Modelo, que debe acoger en su régimen toda eventual innovación técnica en este campo".

Algunas legislaciones de ciertos estados de los Estados Unidos de Norteamérica, como las de Utah, Washington y Minnesota, se han inclinado por una determinada tecnología, prefiriendo concretamente las firmas digitales basadas en la doble encriptación, llaves privadas y públicas, como la certificación de un tercero. Otros estados como Illinois, respetando el principio de la neutralidad tecnológica, admiten en su legislación las firmas electrónicas en general, pero reconocen la existencia de "firmas seguras", a las que se les otorga mayor eficacia legal. Pero el principio de la neutralidad tecnológica fue, en opinión de Mariana Silveira, "uno de los grandes motores que impulsó la adopción de E-Sing"[5], que es legislación federal de Estados Unidos sobre la materia conocida como la Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, del año 2000. La

[5] Silveira, Mariana C. Ob. cit. p. 21.

Artículo: Principios que informan al derecho del comercio electrónico
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

autora citada agrega: "La ley se originó en gran medida debido a la preocupación de que la proliferación de leyes estatales sobre firmas digitales constituiría una barrera, y no un aliciente, al comercio electrónico. A partir del 1 de octubre de 2000 y con la entrada en vigor de E-Sign, las leyes estatales que regulaban el uso de tecnologías específicas, como las firmas digitales, han dejado de ser válidas. Tal es el caso, por ejemplo, de la ley de Utah que, como se mencionaba inicialmente, fue una de las precursoras en este campo".

La Directiva 1999/93/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999, por la cual se establece un marco comunitario para la firma electrónica, también consagra en el considerando 8 de su Preámbulo el principio de la neutralidad tecnológica, en los siguientes términos: "Los rápidos avances tecnológicos y la dimensión mundial de Internet hace necesario un planteamiento abierto a diferentes tecnologías y servicios de autenticación electrónica de datos".

Asimismo, en el contexto de la realidad latinoamericana, durante la tramitación de la Ley argentina de Firma Electrónica, en el informe dirigido a la Honorable Cámara de Diputados, se dijo: "El dictamen de firma digital intenta legislar para el presente y para el futuro, evitando el condicionamiento a la tecnología que se utiliza hoy en día, pues ello llevaría a tener que modificarla a quizás breve plazo atento que la rama de la ciencia que estudia estos temas es la criptografía y, contra lo que habitualmente se supone, existe un marco teórico muy desarrollado con respecto a los esquemas de firma digital no relacionados a un caso particular que es el de la tecnología actualmente vigente".

En Chile, el Mensaje de la Ley N° 19.799, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha Firma, publicada en el Diario Oficial de 12 de abril de 2002, hace expresa mención al principio de la neutralidad tecnológica, destacando su importancia al señalar que "es uno de los pilares de esta legislación".

En el texto mismo de la ley ya aprobada pero aún no promulgada, se recoge expresamente este principio en el artículo 1°, inciso 2°, cuando dispone que "las actividades reguladas por esta ley se someterán a los principios de la libertad de prestación de servicios, libre competencia, neutralidad tecnológica, compatibilidad internacional y equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel". La disposición transcrita no deja duda alguna del compromiso del legislador chileno con la idea orientadora que hemos analizado, al punto de convertirla en una de las bases sobre las que edifica la regulación del comercio electrónico.

Artículo: Principios que informan al derecho del comercio electrónico
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

4. PRINCIPIO DE LA ACTUACION DE BUENA FE

En general todas las leyes modelo y convenciones internacionales que se han elaborado en el contexto del Derecho Uniforme del Comercio Internacional, por entidades como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL), el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Cámara Internacional de Comercio (I.C.C.), establecen un precepto para reiterar la vigencia de la buena fe en el comercio internacional. Así ha ocurrido con la Ley Modelo de Transferencias Internacionales de Crédito, con el Convenio de Naciones Unidas sobre Transporte Internacional de Mercancías por Mar (Reglas de Hamburgo), con las Convenciones de UNIDROIT sobre Leasing y sobre Factoring Internacionales, con los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Internacionales, con la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico, con la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Quiebra Transfronteriza y con el Proyecto de Ley Modelo sobre Firma Electrónica.

De manera que la normativa legal que se establezca en los diversos países para regular los principales aspectos del comercio electrónico debe basarse también en el principio orientador de la actuación de buena fe y contener disposiciones que tiendan a asegurar su observancia.

Este principio cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que los operadores del comercio electrónico son personas de entidades que por lo general tienen escasas posibilidades de conocerse, que se encuentran situados en diversos países o en distintos lugares dentro de un mismo país, comunicados solamente por medios electrónicos.

Una manera de reafirmar la actuación de buena fe en el comercio electrónico está constituida por la necesidad que tienen los sujetos que intervienen en él, de recurrir a los prestadores de servicios de certificación de firmas electrónicas, a quienes se les facilitarán la identificación de las personas y empresas con las cuales se pretende realizar los intercambios. No obstante que predomina el principio de libre competencia en la prestación de estos servicios, se contempla la posibilidad que algunos de ellos sean acreditados por una entidad administrativa, para lo cual se exige el cumplimiento de ciertos requisitos, dándoles mayor fuerza jurídica a los certificados que ellos emiten, todo lo cual redunda en mayor seguridad y preconiza la actuación de buena fe en las relaciones establecidas a través de medios electrónicos.

Artículo: Principios que informan al derecho del comercio electrónico
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

5. PRINCIPIOS DE LIBRE PRESTACION DE SERVICIOS Y DE LIBRE COMPETENCIA

Esta idea básica tiene aplicación especialmente en lo relativo a los servicios de certificación de firmas electrónicas.

En efecto, tratándose de la actividad privada mercantil, se extiende cada día más el uso de identificación por medio de firmas electrónicas sobre la base del sistema de doble clave, que supone la participación de terceros que certifican la identidad de quienes utilizan dichas firmas. Estos terceros certificadores no necesitan estar dotados de atributos legales para otorgar fe pública, sino que basta con el crédito adquirido por ellos en el desempeño de sus negocios, donde se han ganado la confianza de los demás. La mayor parte de los países que han legislado sobre la materia han dejado libertad para acceder a la prestación de esta clase de servicios, tanto a personas físicas como jurídicas, públicas o privadas, sin exigir una autorización o una licencia previa.

En los Estados Unidos de Norteamérica donde la legislación del estado de Utah, de 1995, trató por primer vez de las llamadas "autoridades de certificación", en hecho no eran entidades pertenecientes a la administración pública, sino empresas calificadas por el conocimiento de esta actividad, que certificaban la identidad de los usuarios de firmas electrónicas.

Las entidades privadas de certificación actúan en el campo del comercio electrónico como cualquier otro operador económico, sin ninguna limitación. Cuando se hizo necesaria la regulación de algunos aspectos del comercio electrónico, particularmente la seguridad del mismo a través de la firma electrónica y su certificación, no se exigió por los operadores económicos que reclamaban esta normativa, la intervención de los poderes públicos, para actuar como terceros supervisores o certificadores de las firmas electrónicas, sino que se entendió que esta tarea quedaría entregada a los particulares, como ocurre con las demás actividades.

La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico evitó seguir el modelo del otorgamiento de licencias o autorizaciones, para la prestación de los servicios de certificación de firmas electrónicas. Este mismo criterio ha adoptado en la Unión Europea la Directiva 1999/93, que en su artículo 3.1 dispone textualmente: "Los Estados miembros no condicionarán la prestación de servicios de certificación a la obtención de autorización previa". Otro tanto ocurre con el Real Decreto de España Nº 14/1999, sobre Firma Electrónica, cuyo artículo 4.1 recoge íntegramente el principio de libre competencia, en los términos siguientes:

Artículo: Principios que informan al derecho del comercio electrónico
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

"La prestación de servicios de certificación no está sujeta a autorización previa y se realiza en régimen de libre competencia, sin establecer restricciones para los servicios de certificación que procedan de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea".

Por último, en el caso de la legislación chilena, la Ley N° 19.799, sobre la materia, hace suyo el principio de libre prestación de servicios de certificación de firmas electrónicas, en el artículo 1º, inciso 2º, donde lo menciona expresamente: "Las actividades reguladas en esta ley se someterán a los principios de libertad de prestación de servicios, libre competencia, neutralidad tecnológica, compatibilidad internacional y equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel". Y agrega que "toda interpretación de los preceptos de esta ley deberá guardar armonía con los principios señalados".

El principio de la libre prestación de servicios de certificación de firmas electrónicas impera en forma generalizada, con excepción de las firmas electrónicas de la Administración Pública, respecto de las cuales la normativa específica que las regula faculta a un organismo público, por ejemplo, a un determinado Ministerio, para hacerlo.

En virtud del principio de libre competencia, el derecho que disciplina el comercio electrónico ha dejado entregada a la libre concurrencia de los operadores económicos la prestación de los servicios de certificación de firmas electrónicas, sin crear restricciones de ninguna naturaleza ni privilegios a favor de ningún sector de actividad en especial[6].

6. PRINCIPIO DE COMPATIBILIDAD INTERNACIONAL

El comercio electrónico se caracteriza porque adquiere una marcada dimensión internacional, dentro del contexto de una economía globalizada que impera en los finales del siglo XX y en los inicios del siglo XXI, sin que ello impida su desarrollo a nivel nacional o local.

El empleo de las nuevas tecnologías facilita la contratación que trasciende las fronteras de los países, con lo cual se logra un mayor desarrollo del comercio internacional. Se hace necesario entonces que se reconozcan internacionalmente los efectos jurídicos de los documentos, actos, contratos y firmas electrónicas,

[6] Véase: Alamillo Domingo, Ignacio, "Los prestadores de servicios de certificación", en Derecho del Comercio Electrónico. Director Rafael Illescas Ortiz. Coordinadora Isabel Ramos Herranaz. Biblioteca Derecho de los Negocios. La Ley. Madrid. España. 2001, p. 119. En la misma obra véase también: Madrid Parra, Agustín, "Aspectos jurídicos de la identificación en el comercio electrónico", p. 185.

Artículo: Principios que informan al derecho del comercio electrónico
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sin perjuicio del valor que las partes puedan darles en virtud de la automonía de voluntad o libertad contractual y lo previsto en el derecho interno, si lo hubiere.

En el caso específico de la firma electrónica se requiere una normativa que le confiera eficacia transfronteriza. Este propósito se puede lograr por la vía de la normativa internacional o por medio de la legislación interna.

La vía internacional puede consistir en la celebración de convenciones internacionales entre los estados o en la de leyes modelo por organismos internacionales. A diferencia de lo que ocurrió con la compraventa internacional de mercaderías, la firma electrónica presenta complejidades que no han permitido la celebración de convenciones internacionales, sino que se ha optado por la vía de establecer una Ley Modelo, cuya elaboración ha correspondido a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL). El proyecto de este régimen uniforme se ocupa del reconocimiento de certificados y de firmas electrónicas basado en la proclamación de un principio de no discriminación de las firmas electrónicas o de los certificados por el hecho de ser extranjeros. El reconocimiento de la firma electrónica y de los certificados extranjeros se hace sobre la base de que los certificadores extranjeros sigan unas prácticas que ofrezcan un grado de fiabilidad equivalente al requerido a los nacionales. El reconocimiento se puede hacer mediante acuerdo bilateral o multilateral, pero también mediante la determinación publicada por el propio Estado. En el ámbito de las relaciones comerciales, cualquier pacto entre partes aceptando una determinada firma electrónica o certificado debe ser reconocido con efectos transfronterizos, siempre que no contradiga el derecho aplicable.

En el derecho interno europeo puede citarse el artículo 7, de la Directiva 1999/93, que se ocupa de ello bajo el título "Aspectos internacionales". La Directiva no limita ninguna posibilidad de reconocimiento y señala supuestos bajo los cuales los Estados miembros deben reconocer los certificados de firmas electrónicas emitidos por un prestador de servicios establecido en un tercer país: cuando el proveedor de servicios esté acreditado en algún Estado miembros de la Unión Europea; cuando le avale un proveedor establecido en un Estado miembro y cuando el proveedor y el certificado estén reconocidos en virtud de un acuerdo bilateral o multilateral entre la Unión Europea y terceros países u organizaciones internacionales.

Por su parte el artículo 10 del Real Decreto Ley de España N° 14/1999, sobre Firma Electrónica, señala los requisitos bajo los cuales se otorga el reconocimiento de certificados de firmas electrónicas.

En el caso de Chile, la Ley N° 19.799, sobre Documentos Electrónicos,

Artículo: Principios que informan al derecho del comercio electrónico
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha Firma, publicada en el Diario Oficial de 12 de abril de 2002, menciona en su artículo 1º, inciso 2º, el principio de la compatibilidad internacional y en el artículo 15, inciso 2º dispone concretamente: "Los certificados de firma electrónica avanzada podrán ser emitidos por entidades no establecidas en Chile y serán equivalentes a los otorgados por prestadores establecidos en el país, cuando fueren homologados por estos últimos, bajo su responsabilidad, y cumpliendo los requisitos fijados en esta ley y su reglamento, o en virtud de convenio internacional ratificado por Chile y que se encuentre vigente".

El reconocimiento transfronterizo es un principio clave en la realidad actual de las relaciones económicas, porque incluso en materias tan específicas como los procedimientos colectivos, quiebras, suspensiones de pagos, derecho de las empresas en dificultades económicas, se ha ideado por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, un texto de derecho uniforme, es decir, una Ley Modelo de Quiebra Transfronteriza, donde se reconocen los efectos jurídicos de estos procedimientos llevados a cabo por tribunales de otros países.

7. PRINCIPIO DE INMUTABILIDAD DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Esta idea orientadora consiste en postular la inalterabilidad de la normativa que rige las obligaciones y los contratos dentro de los ordenamientos jurídicos de los diferentes estados.

La circunstancia que se regulen los aspectos más esenciales del comercio electrónico, como los documentos electrónicos, las firmas electrónicas y los servicios de certificación de dichas firmas, no trae aparejado necesariamente una reforma de las materias indicadas, puesto que en el hecho sólo se trata de dar cabida y eficacia jurídica a un nuevo soporte para expresar la voluntad negocial que permite convenir actos y contratos de los cuales emanan derechos y obligaciones para las partes, esto es, el soporte electrónico.

En la mayor parte de los países en que se ha regulado el comercio electrónico no ha sido necesario reformar el derecho existente de obligaciones y contratos, toda vez que los legisladores han actuado inspirados en esta idea minimalista de regular lo esencial y procurar la inmutabilidad de las reglas ya existentes sobre la materia.

Tratándose de la Ley Nº 19.799, de 12 de abril de 2002 que regula en

Artículo: Principios que informan al derecho del comercio electrónico
Revista: Nº210, año LXIX (Jul-Dic, 2001)
Autor: Ricardo Sandoval López

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Chile los documentos electrónicos, las firmas electrónicas y los servicios de certificación de dichas firmas, en el Mensaje con que se acompañó este texto al Congreso Nacional, el Presidente de la República expresó que se trataba de "un proyecto acotado", para evidenciar que se inspiraba en la idea básica de no modificar la normativa ya existe en el Código Civil y en el Código de Comercio sobre las obligaciones y los contratos.

Cuando tratamos de la recepción legislativa del principio de equivalencia funcional pudimos constatar que al legislador francés le bastó introducir una frase de modificación en un artículo del Código Civil, para incorporar las nuevas tecnologías de expresión de la voluntad, manteniendo indemne el resto del articulado del referido cuerpo legal.

Creemos que las instituciones jurídicas conviven unas con otras sin tener que desplazarse necesariamente, como no sea cuando unas se revelan más eficaces que otras, de manera que la contratación por medios tradicionales se mantendrá vigente junto a la celebración de actos y contratos por medios electrónicos, de ahí que no haya urgencia en reformar ni sustituir la normativas existentes sobre esta materia.

8. CONCLUSION

El derecho destinado a regular el comercio que se lleva a cabo a través de medios electrónicos ha nacido con una base doctrinaria importante integrada por los principios básicos que hemos descrito precedentemente.

Sin duda que estos principios han ser considerados por los abogados, por los jueces y por los académicos al tiempo de determinar el contenido y alcance de las reglas que el legislador ha dictado en este dominio.