

Los órganos del Estado como certificadores de firmas electrónicas avanzadas de sus autoridades y funcionarios

*Public Administration Certification of Advanced Electronic
Signatures for Authorities and Public Servants*

JORGE ALZAMORA CONTRERAS

*Jefe Unidad de Modernización de Modernización del Estado y Gobierno Digital,
Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Chile*

KARLA CID VILLALOBOS

*Abogada Unidad de Modernización del Estado y Gobierno Digital,
Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Chile*

RESUMEN El presente comentario de jurisprudencia analiza la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia ante el recurso de amparo económico interpuesto por una empresa prestadora de servicios de certificación acreditada en contra del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. El fallo establece que la certificación de la firma electrónica avanzada de una autoridad o funcionario de un órgano del Estado se podrá realizar por medio de sus respectivos ministros de fe, sin la necesidad de que los organismos públicos deban acreditarse ante alguna autoridad, debiendo cumplir los requisitos técnicos similares a los exigidos a los prestadores de servicios de certificación acreditados. Excepcionalmente, dicha certificación podrá ser realizada por un prestador de servicios de acreditación previa resolución fundada, siempre que sea conveniente técnica y económicamente para el órgano público.

PALABRAS CLAVE Ley de Firma Electrónica, firma electrónica avanzada, certificación firma electronica avanzada para órganos del Estado.

ABSTRACT This article analyzes the sentence dictated by the Supreme Court of Justice related to an economic action interposed by a certification services provider against the Ministry Secretary General of the Presidency. The Court ruled that certification of a public servant advanced electronic signature could be certified by the certifying officer of each public administration, without the need of being accredited before any authority, but fulfilling similar requirements to those required of certification service providers. Exceptionally, certificated service providers could perform such certification with a resolution based on technical and economic convenience for the public administration.

KEYWORDS Electronic Signature Law, advanced electronic signature, advanced electronic signature certification by public administration.

INTRODUCCIÓN

La incertidumbre que genera la opacidad de la red no es una buena aliada del comercio electrónico y determina severas limitaciones a sus posibilidades. Lo que se precisa para que esta actividad disminuya sus fricciones es algún mecanismo que satisfaga las funciones que hace siglos viene cumpliendo la firma autógrafa. Ese mecanismo es la firma electrónica, que conjuntamente con el sistema de confianza que genera, contribuyen a disminuir la incertidumbre que generan las plataformas electrónicas, promoviendo la confianza acerca de la identidad de quien envía el mensaje y sobre el contenido de éste. Para que esto suceda la firma electrónica debe asegurar: i) que el mensaje proviene de la persona que dice que lo envía; ii) que no ha sido alterado en el camino; iii) que el emisor del mensaje no podrá negar su envío, ni la persona destinataria su recepción. Para lograr estos objetivos, los requisitos que debe satisfacer la firma electrónica son los siguientes: i) autenticación: esto es que asegure la identidad del remitente; ii) integridad: esto es que asegure que el mensaje no ha sido alterado en el tránsito; (iii) no rechazo: esto es que la parte que lo ha enviado no pueda negar su actuación (De la Maza, 2002: III-126).

Para lograr este cometido se establece la Ley 19.799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de Dicha Firma, en adelante Ley de Firma Electrónica, la que entra en vigencia el año 2002 instaurando el principio de equivalencia funcional entre los documentos electrónicos y los documentos en papel, así como entre la firma manuscrita y la firma digital. Además, para cierto tipo de documentos, introdujo un sistema de acreditación de firma electrónica avanzada con el objeto de implementar una red de confianza, integrada por las entidades certificadoras y la autoridad pública acreditadora, de manera de brindar a los usuarios seguridad y certeza en transacciones a través de medios electrónicos de comunicación.

Dicha regulación tuvo como objetivo generar los incentivos para el desarrollo del comercio electrónico, el que es uno de los elementos principales de las operaciones a través de Internet. Sin embargo, también estableció las bases para el tráfico electrónico de los documentos electrónicos en general, ya sea entre privados o en relación con el sector público.

En este contexto, la ley de firma electrónica es parte de los progresos en materia de Gobierno Electrónico, lo que se ve reflejado en la Agenda Digital 2020 impulsada por la Presidenta Michelle Bachelet, la que fija la hoja de ruta para avanzar hacia un desarrollo digital del país, de manera inclusiva y sostenible a través de las tecnologías de la información y la comunicación, permitiendo difundir, dar coherencia y facilitar el seguimiento y medición de los avances de las medidas comprometidas. Dentro de los 5 ejes con los que cuenta esta Agenda, se encuentra el de Gobierno Digital donde el foco está en alcanzar un Estado que responda a las demandas ciudadanas en forma oportuna, eficiente, eficaz y en igualdad de condiciones. Específicamente, en relación a la firma electrónica, la medida 24 establece «incrementar el uso estandarizado de la firma electrónica en los servicios públicos, tanto en procesos internos de gestión, como para realizar acciones ante otras instituciones».¹

No obstante los avances anteriormente mencionados, y transcurrida más de una década desde la entrada en vigencia de la ley, el uso de la firma electrónica avanzada en la gestión pública no se ha aplicado de una manera que impacte la gestión, que aparejada al sostenido crecimiento en el uso de las comunicaciones electrónicas en el país, genera un desfase

1. Disponible en <http://www.agendadigital.gob.cl/#/seguimiento/medida/24>.

entre las posibilidades que la tecnología nos presenta, las expectativas ciudadanas y la gestión documental digital.

Debido a este desafío pendiente, y con el objetivo de poner en práctica la medida 24 de la Agenda Digital, es que durante el año 2015 el Ministerio Secretaría General de la Presidencia comenzó a aplicar la facultad legal para los órganos del Estado de ejecutar o realizar actos, celebrar contratos y expedir cualquier documento, dentro de su ámbito de competencia, suscribiéndolos por medio de firma electrónica. De esta forma todos los órganos del Estado y no sólo aquellos de la Administración del Estado, pueden suscribir electrónicamente documentos y, a su vez, certificar las firmas electrónicas avanzadas de las autoridades o funcionarios de un servicio público, lo que podría ser efectuado por sus respectivos ministros de fe.

Dicha implementación, que implicaba la certificación propia de firmas de las autoridades y funcionarios, fue cuestionada por medio de un recurso de amparo económico en que una empresa privada de prestación de servicios de certificación señaló que el Ministerio Secretaría General de la Presidencia se encontraba infringiendo el Artículo 19 núm. 21 de la Constitución Política de la República,² ya que dicha Secretaría de Estado: (i) no se encontraba autorizada para prestar los servicios de certificación de firma electrónica y firma electrónica avanzada para funcionarios y autoridades de otros servicios públicos y órganos del Estado; y ii) no se encontraba autorizada para prestar los servicios de «banco de firmas electrónicas» a otros servicios públicos y órganos del Estado. Dicho recurso, finalmente fue rechazado por la Corte Suprema, viniendo a confirmar lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el sentido que el Ministerio Secretaría General de la Presidencia no habría vulnerado el derecho de la empresa al prestar los servicios de certificación de firma electrónica y firma electrónica avanzada para sus funcionarios y autoridades.

Antes de analizar el fallo antes mencionado, procederemos a revisar la legislación nacional actual en relación a la facultad de los órganos del Estado para certificar las firmas electrónicas avanzadas de sus autoridades o funcionarios a través de sus respectivos ministros de fe.

2. El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

DEFINICIONES PREVIAS Y LA FIRMA ELECTRÓNICA EN LA LEY

El artículo 2 de la Ley de Firma Electrónica contiene una serie de definiciones fundamentales para la comprensión, aplicación e interpretación de la norma, a saber:

- Certificado de firma electrónica: certificación electrónica que da fe del vínculo entre el firmante o titular del certificado y los datos de creación de la firma electrónica;
- Certificador o Prestador de Servicios de Certificación: entidad prestadora de servicios de certificación de firmas electrónicas;
- 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;
- Firma electrónica: cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor;³
- Firma electrónica avanzada: 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.

Tal y como se desprende de las definiciones del artículo segundo antes transcritas, la norma distingue entre firma electrónica y firma electrónica avanzada. Si bien se diferencian en los requisitos que deben cumplir

3. Cabe hacer notar que hay algunos autores que sostienen que el concepto de firma electrónica, debe entenderse en un sentido más restrictivo, en este sentido, Jijena sostiene que la firma estampada en un correo electrónico, un nombre estampado al final de un documento o una imagen gráfica representando una firma hológrafa no constituye una «firma» puesto que «no asegura la integridad o no alteración del documento, no produce autenticación de la identidad porque es fácilmente suplantable la persona o falsificable la firma, es definitivamente repudiable por el emisor y, por ende, no tiene nada de firma y no reporta utilidad alguna...» Véase Jijena (2005: 277-278).

las entidades que las acrediten y en cuanto al valor probatorio de cada una de ellas, ambas responden al principio antes mencionado de la equivalencia funcional, de manera tal que, los actos y contratos otorgados o celebrados por personales naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, sea o no avanzada, 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. La firma electrónica, cualquiera que sea su naturaleza, se mirará como manuscrita para todos los efectos legales, sin perjuicio de las excepciones que posteriormente se disponen.

Ahora bien, los elementos que pueden extraerse de la definición de firma electrónica avanzada en nuestra legislación son a saber:

- Que dicha firma se encuentre certificada por un Prestador de Servicios de Certificación acreditado (o un Ministro de Fe, en el caso de los órganos Estatales) conforme a las normas establecidas en la Ley de Firma Electrónica y su Reglamento⁴.
- Que dicha firma haya sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, vinculando la identidad del usuario con la firma.
- Que permita la detección posterior de cualquier modificación.
- Que impida el repudio de la integridad y autoría del documento

Por lo tanto, a diferencia del caso de las firmas electrónicas «simples», la firma electrónica avanzada es una firma que no sólo identifica «formalmente» y fehacientemente al titular sino que, además, asegura: (i) la *autenticidad* del mensaje; (ii) su *integridad* (esto es que el mensaje no ha sido alterado por terceros) y; (iii) como consecuencia de los puntos anteriores, que el autor del documento no pueda repudiar ni la autenticidad ni su integridad (*no repudio*).

4. Decreto 181, de 2002, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que aprueba el Reglamento de la Ley 19.799.

CERTIFICACIÓN DE LA FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA POR PRESTADORES ACREDITADOS

La certificación de las firmas electrónicas buscan generar seguridad para los usuarios, para ello actúan terceras partes en la suscripción de un documento electrónico, firmado por medio de una firma electrónica avanzada, por medio del cual se garantiza que quien hizo uso de los datos de creación de firma, realmente es la persona que se está identificando. En resumen, su labor consiste en actuar asociando datos de creación de firma de una persona a los antecedentes que recopilaron al momento de registrar al solicitante y, de esta manera, poder permitir a quien recibe un documento electrónico firmado, tener la certeza de quien dice ser realmente es, en forma fehaciente, dependiendo de la naturaleza de la firma (Arrieta, 2003: 109-129).

Para garantizar la seguridad de los puntos indicados anteriormente, la norma exige que sea certificada por un prestador acreditado, esto es, aquel que ha certificado y demostrado a la autoridad, en este caso a la Subsecretaría de Economía, que cuenta con las instalaciones, sistemas, programas informáticos y recursos humanos necesarios para otorgar certificados en los términos establecidos en la Ley de Firma Electrónica y su Reglamento.

Como consecuencia de la certificación que logra garantizar la firma electrónica avanzada la Ley de Firma Electrónica le asigna efectos especiales a ésta si se contrasta con las firmas electrónicas «simples». En efecto, la ley (i) le asigna un mayor valor probatorio a los documentos firmados a través de firma electrónica avanzada y (ii) requiere que ciertos actos y contratos sólo puedan firmarse con esta clase de firmas electrónicas.⁵

Es importante recordar que, certificado de firma electrónica es aquella certificación electrónica que da fe del vínculo entre el firmante o el titular del certificado y los datos de creación de la firma electrónica. Este certificado es un elemento esencial de la firma electrónica, especialmente de la avanzada, por cuanto es lo que permite dar fe de la integridad del documento suscrito por vía electrónica, de la identificación de su autor y

5. Los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento público, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada (artículo 4 Ley 19.799).

permite asegurar la no repudiación del documento por parte de su autor. Este certificado de firma electrónica, deberá contener los siguientes elementos mínimos: a) un código de identificación único del certificado; b) identificación del prestador del servicio de certificación, con indicación de su nombre o razón social, rol único tributario, dirección de correo electrónico, y, en su caso, los antecedentes de su acreditación y su propia firma electrónica avanzada; c) los datos de la identidad del titular, entre los cuales deben necesariamente incluirse su nombre, dirección de correo electrónico y su rol único tributario, y; d) su plazo de vigencia.⁶

De esta forma, y dadas las exigencias de los señalados certificados, la firma electrónica avanzada se basa en un sistema de claves asimétricas o sistema de criptografía asimétrica, que consiste en un par de claves, una pública y una privada, que son proveídas por los certificadores, que las crea a través de un determinado software computacional a solicitud del usuario. Una de esas claves es privada y sólo podrá ser utilizada por el titular de la firma. Sólo utilizando la clave pública asociada a una persona determinada será posible descifrar un documento que haya sido firmado con la clave privada de su autor, esto quiere decir que ambas claves se encuentran asociadas.

REGULACIÓN DEL USO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA EN LOS ÓRGANOS DEL ESTADO

En primer lugar, se debe tener presente que la Ley de Firma Electrónica señala en sus artículos 6 inciso primero y 7, que los órganos del Estado podrán ejecutar o realizar actos, celebrar contratos o expedir cualquier documento, dentro de su ámbito de competencia, suscribiéndolos por medio de firma electrónica. Estos documentos serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los expedidos por escrito y en soporte de papel. Sin embargo, en el caso que los documentos sean instrumentos públicos, estos deberán ser suscritos por medio de firma electrónica avanzada.

6. Artículo 15 de la Ley 19.799.

CERTIFICACIÓN DE LAS FIRMAS ELECTRÓNICAS AVANZADAS EMITIDAS POR LOS ÓRGANOS DEL ESTADO

Tal como indicamos anteriormente la firma electrónica avanzada requiere estar certificada por un tercero. En el caso de los órganos del Estado puede estar certificada por un ministro de fe del mismo y, en su defecto, de un prestador de servicios de certificación, lo que se detallará a continuación:

a) Prestadores de Servicios de Certificación Acreditados

De acuerdo con el artículo 11 de la Ley de Firma Electrónica, son prestadores de servicios de certificación las personas jurídicas nacionales o extranjeras, públicas o privadas, que otorguen certificados de firma electrónica, sin perjuicio de los demás servicios que puedan realizar. Se trata de una tercera parte de confianza en las transacciones electrónicas, que certifica la identidad de los participantes de un negocio o los autores de un acto o documento, emitiendo el correspondiente certificado y asumiendo la responsabilidad por la corrección del procedimiento empleado. Para que una empresa pueda otorgar certificados de firma electrónica avanzada, es necesario que se acredite previamente ante la Subsecretaría de Economía, de manera tal que una firma electrónica avanzada sólo podrá ser certificada por un prestador acreditado.

En cuanto a la certificación de las firmas electrónicas avanzadas emitidas por los órganos del Estado, la Ley de Firma Electrónica, permite que los prestadores de servicios de certificación acreditados, certifiquen las firmas electrónicas avanzadas de sus autoridades o funcionarios de manera excepcional, ya que indica que los órganos del Estado pueden contratar, de acuerdo con las normas que rigen la contratación administrativa, los servicios de certificación de firmas electrónicas con entidades certificadoras acreditadas, si ello resultare más conveniente, técnica o económicamente.⁷ Para ello el jefe de dicho servicio deberá dictar una resolución fundada que constate dicha conveniencia, basándose en criterios de calidad de servicio y precio de éste.

Debe subrayarse que, por regla general, no se deberá acudir a una

7. Artículo 9, inciso final, Ley 19.799.

entidad externa del respectivo servicio para llevar a cabo la certificación de la firma electrónica avanzada. Por el contrario, dentro de éste se certificará la firma por parte de quien señale la respectiva ley o, en su defecto, el funcionario público de planta que designe el jefe superior del servicio, mediante resolución.⁸

b) Ministros de Fe

La norma en comento establece que por regla general la certificación de las firmas electrónicas avanzadas de las autoridades o funcionarios de los órganos del Estado debe realizarse por los ministros de fe que, por ley, tenga dicha institución.

Si dicho ministro de fe no se encontrare establecido en la ley del órgano en particular, el jefe superior del servicio deberá designar un funcionario público de planta, por resolución, para que actúe como certificador.⁹

El Estado como ente certificador de firmas electrónicas avanzadas. Como lo mencionamos anteriormente el artículo 9 de la Ley de Firma Electrónica y el artículo 40 de su Reglamento, establece que la certificación de las firmas electrónicas avanzadas de las autoridades o funcionarios de los órganos del Estado se puede realizar por los respectivos ministros de fe.

La idea detrás de esto es que los órganos del Estado establezcan sus propios medios de emisión y certificación de firma electrónica avanzada, sin que sea necesario contratar los servicios de un prestador de servicios de certificación privado.

Así también, lo ha señalado la Contraloría General de la República, al indicar que cada servicio público al que se le aplique la Ley 19.799, deberá certificar internamente las firmas electrónicas avanzadas de sus autoridades y funcionarios, a través de los ministros de fe dispuestos en la ley o designados por resolución, según corresponda, sin necesidad de acudir a prestadores de servicios de certificación externos, públicos o

8. Artículo 9, inciso primero, Ley 19.799, en relación al artículo 40 del Reglamento de dicha ley.

9. Artículo 40, decreto 181, de 2002, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que aprueba el Reglamento de la Ley 19.799.

privados, y sin sujeción al procedimiento de acreditación establecido en el Título V de la señalada ley.¹⁰

Sólo excepcionalmente los órganos del Estado podrán contratar los servicios de certificación con entidades certificadoras acreditadas externas, conforme a las reglas que rigen la contratación administrativa¹¹ y mediante resolución fundada,¹² en la medida que ello sea más conveniente, técnica o económicamente,¹³ basándose en criterios de calidad de servicio y precio de éste.

Esta excepcionalidad, también se desprende el Mensaje Presidencial que inició la tramitación de la Ley 19.799, el cual puntualiza que respecto del Estado debían establecerse reglas especiales, de modo que no se desconociera el especial carácter de sus ministros de fe y no se cayera en el absurdo de obligar al Estado a recurrir a certificadores privados.

En este sentido el Mensaje señaló: «La intencionalidad del proyecto es reproducir en el ámbito público el sistema privado de confianza en torno a las firmas electrónicas. Esto quiere decir que deben existir en el sector público instancias certificadoras que cumplan las mismas funciones que las privadas, es decir, instancias cuya actividad consista en la emisión y verificación de certificados electrónicos para dispositivos de firma. No se consideró al respecto que el Estado acudiera a los certificadores privados, por una parte, porque ello encarecería la operación estatal, de una manera injustificada, toda vez que en el mismo Estado estamos radicando simultáneamente la competencia acreditadora de los mismos entes privados. Por la otra, el Estado puede tener la capacidad técnica para tal efecto, además de su potestad de autoorganización para ordenar dicha actividad. Se optó, entonces, porque el Estado funcionara como certificador de sus propios actos, a través de los ministros de fe de cada órgano respectivo o bien a través del funcionario designado para tales efectos, de una manera equivalente a la de los certificadores privados. Por cierto, esta ley no autoriza a los órganos del Estado a emitir certificados para uso de los ciudadanos más allá del marco de la interac-

10. Dictamen 4.941-2004, de la Contraloría General de la República.

11. Dictamen 4.941-2004, de la Contraloría General de la República.

12. Dictámenes 4.941-2004 y 75.481-2010, de la Contraloría General de la República.

13. Artículo 9°, inciso 4°, Ley 19.799, en relación al artículo 41 del Reglamento de dicha ley.

ción con aquellos. Por una parte, porque no se considera necesario que el Estado realice esta actividad que perfectamente la pueden desenvolver los privados; por la otra, podría llegar a ser pernicioso para el mercado, pues el Estado podría desplazar fácilmente a los particulares del negocio de certificación. Por otra parte, el proyecto establece ciertos límites a la actividad de certificación del Estado. Estos se refieren a los derechos de las personas, naturales y jurídicas, con énfasis en el principio de no discriminación en el acceso a las prestaciones de los servicios públicos y actuaciones administrativas». ¹⁴

De este modo, es claro que los órganos del Estado, mediante sus respectivos ministros de fe se encuentran no solo autorizados legalmente para certificar las firmas electrónicas avanzadas de sus autoridades y funcionarios, sino que además, deben hacerlo de esa manera sin recurrir a particulares a menos que se verifiquen las condiciones excepcionales de mayor conveniencia que ha desarrollado la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República.

Rol del Ministro de fe como certificador. En la infraestructura de emisión de un certificado de firma electrónica o clave pública se relacionan distintos actores con roles y actividades bien definidas, los cuales son: titulares, suscriptores de certificados de firma electrónica avanzada, Autoridad Certificadora, Autoridades de Registro, terceras partes que confían en los certificados de firma electrónica avanzada emitidos por la Autoridad Certificadora y en el caso del Estado, los ministros de fe de cada órgano del Estado, los que certifican la información de la firma electrónica avanzada de los solicitantes, en este caso de las autoridades y funcionarios de los mismos órganos del Estado.

Una vez que el solicitante haya ingresado la solicitud de certificado de firma electrónica avanzada, el ministro de fe del órgano del Estado certificará la siguiente información:

- Nombres, apellido paterno, apellido materno, rol único tributario, del solicitante, información verificada por el Registro Civil.
- Verificar que el solicitante pertenezca al mismo órgano del Estado

14. Biblioteca del Congreso Nacional (2002). Historia de la Ley 19.799 Documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, p. 20.

en que el ministro de fe ejerce su función.

- El cargo funcionario y/o autoridad que ejerce.
- Fecha de inicio y fin de vigencia del certificado de firma electrónica.

Una vez realizada la certificación del ministro de fe, se emitirá por la respectiva Autoridad Certificadora el certificado de firma electrónica avanzada a las autoridades o funcionarios de los órganos del Estado.

Fallo E-Sign contra Ministerio Secretaría General de la Presidencia

La empresa E-sign, es una empresa que presta los servicios de certificación de firmas electrónicas avanzadas y se encuentra acreditada por la Subsecretaría de Economía.

Durante el año 2016, la mencionada empresa presentó un recurso de amparo económico en contra del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (Segpres),¹⁵ en el que señalaba que se habría vulnerado por este Ministerio, su derecho a desarrollar una actividad económica lícita, al prestar los servicios de certificación de firma electrónica y firma electrónica avanzada para sus funcionarios y autoridades.

La demandante sostenía que la Segpres había incurrido en actos ilegales, sosteniendo que esa Secretaría de Estado:

1. No se encontraba autorizada para prestar los servicios de certificación de Firma Electrónica y Firma Electrónica Avanzada para funcionarios y autoridades de otros servicios públicos y órganos del Estado; y
2. No se encontraba autorizada para prestar los servicios de «Banco de Firmas Electrónicas» a otros servicios públicos y órganos del Estado.

Respecto al primer punto la empresa sostiene que un ministro de fe de un servicio público no puede entregar y gestionar la firma electrónica avanzada de funcionarios o autoridades de otros órganos del Estado, ni tampoco gestionar la firma electrónica avanzada de personas particulares; sostiene que al proveer y administrar la firma electrónica avanzada

15. Rol 180-2016 Corte de Apelaciones de Santiago y Rol 40621-2016 Corte Suprema.

de otros servicios públicos, la Segpres se encontraría realizando una actividad empresarial para la cual no ha sido autorizada por ley.

Sobre este punto, la Segpres en su informe evacuado, señaló que en sus afirmaciones el actor incurría en un error de conceptos, ya que Segpres, sólo se encontraba facilitando que los órganos del Estado utilizaran una plataforma que puso a disposición de otros servicios para que éstos emitieran sus certificados de firma electrónica avanzada, firmas que serían certificadas por sus propios ministros de fe, tal como lo permite y mandata la ley, pero que de este acto de «disponibilización» no se deducía, que la Segpres se convierta en una entidad certificadora. Por otra parte, sostuvo que la ley de firma electrónica distingue claramente en la forma de certificación de firma para los órganos del Estado y privados, cuestión que omitiría por completo la recurrente.

Agrega que, ese proyecto fue creado para dar solución interna a la necesidad de Segpres de utilizar documentos electrónicos y suscribirlos mediante firma electrónica avanzada cuando estos tengan la calidad de instrumento público o surtan los efectos propios de éste, y que como esta es una necesidad transversal de los órganos del Estado, la Segpres pondrá a disposición de otras instituciones que lo requieran, la utilización del sistema que se encuentra desarrollando, con el propósito de mitigar los costos en que puedan incurrir dichas instituciones al desarrollarlo de manera independiente, optimizando así los recursos del Estado.

Por lo tanto, concluye que el actor confunde, o pretende inducir a error, respecto de que la habilitación de la plataforma digital implementada por Segpres cumple la función de certificar las firmas electrónicas avanzadas de las respectivas autoridades y funcionarios, en circunstancias que su verdadera función es facilitar que los respectivos ministros de fe certifiquen dichas firmas.

Respecto sobre el segundo punto la empresa señala que la Segpres habría implementado un «Banco de Firmas Electrónicas», y una Certificadora de Firmas Electrónicas Avanzadas, para que pudiese ser utilizada por otros servicios públicos, sostiene que Segpres no tiene autorización legal para prestar dichos servicios, por lo que existiría una transgresión manifiesta del inciso segundo del núm. 21 del artículo 19 de nuestra Constitución.

La Segpres, en su informe argumenta que en relación al banco de firmas electrónicas, la acción deducida adolece de los mismos errores

de comprensión de la actividad realizada señalados a propósito de las firmas electrónicas. En primer lugar, la empresa omitiría el hecho de que para generar y almacenar las firmas electrónicas avanzadas, las autoridades o funcionarios, titulares del certificado de firma, deben disponer de un dispositivo seguro, en este caso un «HSM» (*Hardware Security Module*), para almacenar y proteger los mencionados certificados. Por ello, el mantener un banco de firmas no es *per se* un acto que contraría el espíritu de la ley, sino que es uno necesario para poder cumplir con los requisitos técnicos establecidos en el Reglamento de la Ley 19.799 y las normas técnicas respectivas. Y finalmente, reitera que, no es el servicio de certificación de firmas lo que se encuentran prestando, sino el de facilitación de medios para que cada organismo certifique sus firmas electrónicas avanzadas mediante su respectivo ministro de fe.

Sobre la actividad empresarial señala que la iniciativa tecnológica que desarrolla la Segpres no persigue lucro ni contraprestación, por lo que su actuación corresponde al ejercicio de una facultad del órgano público que ha sido otorgada por la ley. La actividad empresarial o económica exige la existencia de un ánimo de lucro y de la búsqueda de contraprestación económica por la prestación que se realiza. No pueden considerarse actividades empresariales aquellas que son de la esencia de las funciones de un órgano y para las cuales éste se encuentra facultado.

El recurso fue rechazado en primera instancia por la Corte de Apelaciones por los siguientes considerandos:

Que, del análisis de la normativa transcrita y los antecedentes de autos, se colige que los Órganos de la Administración del Estado están facultados por la Ley 19.799 para expedir documentos electrónicos suscritos mediante firma electrónica. Cuando se trata de documentos que poseen la calidad de instrumento público, deberá emitirlo mediante firma electrónica avanzada.

Por otro lado, la certificación de la firma electrónica en documentos suscritos por privados, debe efectuarla un prestador de servicios acreditado y en el caso de los órganos de la Administración del Estado, éstos están habilitados para realizar la certificación, por intermedio de sus ministros de fe.

La certificación de la firma electrónica avanzada de una autoridad o funcionario de un órgano del Estado, admite, excepcionalmente, su realización por parte de un tercero ajeno al mismo, mediante resolución

fundada, en la medida que ello sea conveniente, técnica o económicamente, basándose en criterios de calidad de servicio y precio de éste, como lo ha establecido la Contraloría General de la República en Dictamen 4941-2004 y 75.481-2010.¹⁶

Que, conforme lo que se viene señalando, no resulta acreditado en autos que la recurrida certifique firmas electrónicas avanzadas de otros órganos del Estado. La actividad desplegada por la recurrida en esta materia, conforme los antecedentes de autos, se enmarca en el desarrollo para ella de un sistema electrónico de información, a fin de facilitar la emisión de certificados de firma electrónica avanzada, pudiendo los ministros de fe respectivos certificar las firmas de los que los suscriban, para otorgarle el carácter de firma electrónica avanzada.¹⁷

[Y añade que] estos sentenciadores no advierten la existencia de un actuar contrario a derecho de la recurrida, en los hechos que se denuncian, desde que los mismos se enmarcan en la normativa transcrita, como en el Decreto 181 de 2002, del Ministerio de Economía Fomento y Turismo, que aprueba el Reglamento de la Ley 18.799, que rige la materia, no vislumbrándose la existencia de una actividad empresarial como aquella que establece el inciso segundo del 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.¹⁸

Posteriormente la demandante interpuso un recurso de apelación ante la Corte Suprema en contra de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago. La Corte Suprema, resolvió confirmando la mencionada sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, basándose en los siguientes considerandos:

Que, tal como lo refieren los sentenciadores, de la normativa expuesta en el fundamento duodécimo del fallo en alzada, fluye que los órganos de la Administración del Estado están facultados por la Ley 19.799 para expedir documentos electrónicos suscritos mediante firma electrónica (artículo 6) y que cuando se trate de instrumentos públicos, estos deberán ser emitidos mediante firma electrónica avanzada (artículo 7). Ahora bien, la certificación de la firma electrónica avanzada de la autoridad o funcionarios de un órgano del Estado, se realizará por los respectivos ministros de fe.

16. Considerando décimo tercero sentencia Corte Apelaciones Rol N° 180-2016.

17. Considerando décimo cuarto sentencia Corte de Apelaciones Rol N° 180-2016.

18. Considerando décimo quinto sentencia Corte de Apelaciones Rol N° 180-2016.

Excepcionalmente, la Administración podrá contratar el servicio de certificación de firma electrónica avanzada con entidades certificadoras acreditadas, sólo si ello resulta más conveniente técnica y económicamente.

Que el marco normativo expuesto permite concluir que, tal como lo señala la recurrida, en el caso de los órganos del Estado, lo trascendente de la regulación normativa se relaciona con la certificación de firma electrónica avanzada que resulta obligatoria en el caso de emisión digital de los instrumentos públicos o de los que tengan tal valor, estableciendo la ley que la certificación estará a cargo de la propia Administración a través del ministro de fe del respectivo órgano, pues solo excepcionalmente se permite la contratación de servicio de empresas certificadoras autorizadas, si existen razones de conveniencia técnica y económica. Lo anterior permite descartar la idea que subyace en la acción incoada, esto es que el Estado empresario esté invadiendo un ámbito reservado a los privados, toda vez que, por el contrario, la actuación de los privados en el ámbito de certificación de firma electrónica de los órganos de la Administración está prevista de una manera subsidiaria, sólo si se dan los requisitos previstos en la ley, esto es que exista una conveniencia técnica o económica.

Por otro lado, tal como lo concluyen los jueces de primera instancia, en estos autos no está acreditado que la recurrida esté prestando un servicio de certificación de firma electrónica a otros órganos del Estado, toda vez que su actividad se limita a poner a disposición de aquellos el acceso a una plataforma web a la que el respectivo ministro de fe de cada servicio podrá acceder, certificando la firma del documento, otorgándole el carácter de firma electrónica avanzada. Así, se desvanece la idea expuesta en el arbitrio en el que se acusa que es la Secretaría General de la Presidencia quien actuará como ministro de fe, pues, como se señaló, ésta solo pone a disposición del órgano de la administración que suscriba el convenio interadministrativo el acceso al sistema electrónico de información para que éste pueda certificar a través de su respectivo ministro de fe la firma electrónica, por lo que no existe contravención a lo dispuesto en la Ley 19.799.¹⁹

Y termina señalando que:

En consecuencia, ningún reproche merece la actividad desplegada por

19. Considerando octavo sentencia Corte Suprema rol 40621-2016.

la Secretaría General de la Presidencia, pues la actividad desarrollada por este órgano en relación al acceso al sistema de información para que los órganos de la Administración, a través de sus respectivos ministros de fe, certifiquen las firmas de los documentos digitales que emiten, otorgándole el carácter de firma electrónica avanzada, no sólo se enmarca en el cumplimiento de sus funciones y fines, sino que además busca hacer realidad el anhelo de unidad de acción que debe regir la actividad de los distintos órganos del Estado, como asimismo constituyen una concreción de los principios de coordinación y eficiencia consagrados en la ley en relación al ejercicio de la actividad estatal.²⁰

CONCLUSIONES DEL FALLO Y DEL PRESENTE ARTÍCULO

Según lo expuesto en el presente artículo y lo fallado por nuestros tribunales de justicia, ha quedado claramente constatado que la certificación de la firma electrónica avanzada de una autoridad o funcionario de un órgano del Estado resultaría obligatoria en el caso de emisión digital de los instrumentos públicos o de los que tengan tal valor, estableciendo la ley que la certificación estará a cargo de la propia Administración a través del ministro de fe del respectivo órgano. Por lo tanto, sólo de manera excepcional se admitiría su realización por parte de un tercero externo al órgano, debido a que la contratación de este servicio deberá justificarse mediante resolución fundada, siempre que sea conveniente técnica y económicamente para el mismo, donde se requerirá cumplir con acreditar dichas condiciones de conveniencia. De esta manera, la contratación de servicios externos de certificación será más conveniente técnicamente en cuanto las propiedades inherentes al servicio a contratar le otorgan a éste un valor superior a la tarea que podría realizar el propio órgano del Estado a través de su ministro de fe. Del mismo modo, la contratación será más conveniente económicamente en la medida que el servicio ofertado por el proveedor externo tenga un valor pecuniario inferior al costo que tendría para el órgano del Estado certificar internamente sus firmas electrónicas avanzadas. Dichas circunstancias deberán demostrarse.

Es importante distinguir, los regímenes que se aplican para cada caso, esto es para el caso de documentos suscritos con firma electrónica avan-

20. Considerando décimo sentencia Corte Suprema rol 4062I-2016.

zada por parte de privados, la certificación de la firma electrónica la debe efectuar un prestador de servicios acreditado, es decir, un particular que cumpla con determinadas condiciones, que deben ser constatadas por una autoridad designada para ello, como es la Entidad Acreditadora radicada en la Subsecretaría de Economía. En cambio, para el caso de los órganos del Estados son éstos mismos los habilitados para efectuar dicha certificación por intermedio de sus respectivos ministros de fe, sin la necesidad que los organismos públicos deban acreditarse con ninguna autoridad, simplemente debiendo cumplir los requisitos técnicos similares a los exigidos a los prestadores de servicios de certificación particulares.

Ahora bien, otro punto a destacar del fallo en comento es que se concluye que no se hace necesario que cada servicio público implemente un sistema tecnológico para la emisión de sus certificados de firma electrónica para sus autoridades o funcionarios, sino que es perfectamente posible la utilización de un sistema puesto a disposición por otro organismo público para cumplir los fines que mandata la ley, manteniendo la certificación radicada en cada uno de los ministros de fe de los órganos del Estado, pudiendo así utilizar la infraestructura tecnológica de otro servicio. Todo esto pone en aplicación los principios que rigen la administración del Estado, como el deber de los órganos, autoridades y funcionarios de la Administración del Estado de velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública, cumpliendo sus cometidos coordinadamente y propendiendo a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones.

Asimismo, permite poner en práctica los principios que se destacan en el gobierno electrónico o digital y modernización del Estado, en donde uno de los principales desafíos en esta materia es alcanzar un tipo de Estado distintivo, que responda a las demandas ciudadanas en forma oportuna, eficiente, eficaz y en igualdad de condiciones, sin importar la ubicación geográfica en el territorio, mejorando sustantivamente la calidad de vida de las personas y fortaleciendo nuestra democracia.

Este desafío resulta relevante si se considera que fenómenos como la globalización, y el desarrollo acelerado de las tecnologías de información y comunicación han impulsado cambios a nivel mundial, donde la sociedad chilena no ha estado ajena. Es así, como en los últimos años se

ha observado una ciudadanía más conectada,²¹ informada, empoderada e interesada en participar en la definición de las políticas públicas que los involucran, relevando aún más, la necesidad de contar con un Estado más dinámico, flexible, proactivo e innovador capaz de adaptarse y responder en forma más rápida y eficaz a sus necesidades.

En este contexto, impulsar el uso estratégico y coordinado de herramientas como las tecnologías de información y comunicación (TIC) y la innovación en el Estado es clave para mejorar la experiencia ciudadana con los servicios públicos en todas sus dimensiones, teniendo principal protagonismo el uso de la firma electrónica, ya que ésta permite que los procesos internos del Estado sean más eficientes y ágiles, habilita mejoras en la gestión pública, disminuye el tiempo de tramitación, pues no se requiere la concurrencia presencial de los firmantes y otros costos operativos asociados a la gestión en papel, promueve la generación y conservación en medios digitales de documentos con el objeto de propender a un Estado digital.

REFERENCIAS

- ARRIETA CORTÉS, Raúl (2003). «Los prestadores de servicios de certificación de firma electrónica en el derecho chileno». *Revista Chilena de Derecho Informático*, 2: 109-129. Disponible en <http://bit.ly/QoeRmg>.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2002). Historia de la Ley 19.799. Documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (2002). «Una primera mirada a la Ley 19.799». *Anuario Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad de Antofagasta*, 8: 111-126. Disponible en <http://bit.ly/UkhWoN>.
- IJENA LEIVA, Renato (2005). *Comercio electrónico, firma digital y derecho. Análisis de la Ley 19.799*. Santiago: Jurídica.
- SEGPRES, Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Agenda Digital. Disponible en: www.agendadigital.gob.cl.

21. Véase Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (2006). Séptima Encuesta de Acceso, Uso y Usuarios de Internet. El 71,6% de los hogares cuenta con acceso a Internet y sólo un 17,3% de las personas declara nunca haber utilizado internet.

MINISTERIO DE TRANSPORTE Y TELECOMUNICACIONES (2006). Séptima encuesta de acceso, uso y usuarios de Internet. Disponible en http://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2015/04/Informe-VII-Encuesta-de-Acceso-Usos-y-Usuarios-de-Internet_VF.pdf.

SOBRE LOS AUTORES

JORGE ALZAMORA CONTRERAS es abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Master in Law and Technology en la Universidad de Ottawa, Canadá. Actualmente es Jefe de la Unidad de Modernización del Estado y Gobierno Digital del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Su correo electrónico es jorge@alzamora.cl.

KARLA CID VILLALOBOS es abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Magíster (c) en Derecho y Nuevas Tecnologías por la misma universidad. Asesora legal Unidad de Modernización del Estado y Gobierno Digital del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Su correo electrónico es karlacid@gmail.com.

Este trabajo fue recibido el 24 de noviembre y aprobado el 30 de diciembre de 2016.

