Modifica el Código Orgánico de Tribunales, elevando las exigencias de control de notarios, en su función de Ministro de Fe, ante el otorgamiento de instrumentos que autoricen
Boletín N° 8351-07

ANTECEDENTES NORMATIVOS Y JUSTIFICACIÓN DEL PROYECTO DE LEY.

El artículo 399 del Código Orgánico de Tribunales, dentro del Título IX relativo a "Los Auxiliares de la Administración de Justicia", ha definido quienes son notarios, señalando: *"Los notarios son ministros de fe pública encargados de autorizar y guardar en su archivo los instrumentos que ante ellos se otorgaren, de dar a las partes interesadas los testimonios que pidieren, y de practicar las demás diligencias que la ley les encomiende.".* Luego, dentro de sus funciones, ha prescrito que a éstos les corresponderá, según lo dispone el artículo 401 del mismo cuerpo legal: "1. *Extender los instrumentos públicos con arreglo a las instrucciones que, de palabra o por escrito, les dieren las partes otorgantes;...",* y, junto a lo anterior, y dentro de otras funciones señaladas en dicho artículo, les confiere la función de: "*10. Autorizar las firmas que se estampen en documentos privados, sea en su presencia o cuya autenticidad les conste;...".*

En consecuencia, los notarios autorizan instrumentos públicos, como las escrituras públicas, y autorizan las firmas que se estampan en documentos privados. Estas funciones, en particular, expresan la condición especialísima que el orden social le ha entregado a los notarios, de dar fe pública del lugar y fecha del otorgamiento de tales instrumentos y de que quien lo otorga, es quien dice ser. Para ello, del modo como lo ordena la ley, se le obliga a individualizarlo, con la debida certificación de su identidad, a través de su cédula de identidad, o, en caso de ser extranjero o chileno radicado en el extranjero, con el correspondiente pasaporte o documento que autorizó su ingreso al país (artículo 405 del Código Orgánico de Tribunales en las escrituras públicas y artículo 425 del mismo cuerpo legal, en los documentos privados).

Esta función de constatar la identidad de una persona, es reforzada por el artículo 409 del cuerpo legal referido, al cual se remite el artículo 425 ya referido, señalando el anterior, lo siguiente: *"Siempre que alguno de los otorgantes o el notario lo exijan, los firmantes dejarán su impresión digital en la forma indicada en el artículo anterior.".* Corno se interpreta de su redacción, este artículo no establece como obligación perentoria, la exigencia de hacer estampar la impresión digital por parte de su otorgante, sino sólo lo hace para el caso dispuesto en el artículo 408 que le precede, es decir, para el evento que una persona no supiere firmar, sumándose, en este artículo, la exigencia de que es el notario quien debe dejar constancia de este hecho, lo que viene a comprometer aún más al notario, en cuanto a resguardar el conocimiento de la identidad de su otorgante. Sin embargo, como se señaló, para el resto de los casos, que son fa regla general, si bien es costumbre en las notarías que se estampen las huellas de los otorgantes de los instrumentos que se autorizan, sólo será obligación de estampar impresión dígito pulgar, si el notario o alguno de los otorgantes lo exige, lo que es distinto a señalar que' el notario siempre debe exigir el estampe de la huella.

Visto lo anterior, aquella permisividad de la norma recién referida, se hace aún más patente, al carecer la regulación de alguna mención que venga a detallar la exigencia de cómo debe ser el estampe de la impresión dígito pulgar, en razón de que en muchos casos que llegan a la justicia, las huellas estampadas en los instrumentos, no reúnen los requisitos mínimos para que puedan ser periciadas con éxito, entendiendo por tal, la posibilidad efectiva de establecer, mediante los cotejos de firma con las bases de datos del Registro Civil e Identificación, la real identidad de quien comparece ante el notario y estampa su huella, cuando se investiga un delito de falsificación instrumental.

Por lo tanto, un primer objetivo del presente proyecto, es elevar las exigencias de control preventivo en lo relacionado con la constatación de la verdadera identidad de quien se presenta ante un notario a otorgar un instrumento.

No obstante lo anterior, el proyecto que someto a consideración de esta Honorable Cámara de Diputados, busca establecer ciertas exigencias adicionales en miras a robustecer la importantísima función de fe pública entregada al notario y a quienes lo reemplazan, protegiendo con mayor fuerza el tráfico jurídico y asegurando la certeza de la legitimidad de los actos y contratos que nacen cada día.

En efecto, no son pocos los casos que se ventilan o se han ventilado en nuestros Tribunales, que dan cuenta de personas inescrupulosas que han defraudado o engañado a personas de diversa edad o preparación, a través de una intervención directa de los afectados por el vicio, en los actos o contratos anulables o, a través de mandatos o poderes de administración, obtenidos de manera solapada, que han sido empleados para fines de enriquecimiento propio del defraudardor, con el consecuencial y grave perjuicio patrimonial de quienes figuran celebrando actos o contratos que nunca tuvieron intensión de otorgar, afectados por algún vicio en el consentimiento, como el error, el dolo o la fuerza, que hace anulable el contrato, pero sólo con una largo, engorroso y costoso juicio civil ordinario.

Para evitar la proliferación de estos casos, y con el objeto de contribuir hacia un mayor y mejor control del delito, y su real prevención, ante este tipo de ilícitos que, por su parte, especialmente afecta a personas con nulas capacidades de discernimiento, o, en estados donde sus facultades cognitivas están muy disminuidas, siendo estas fechorías fraguadas, incluso, por familiares que se aprovechan de un adulto mayor o de un enfermo que presenta estas características, es que la necesidad de anticipación legislativa ante estos supuestos se hace imprescindible.

En razón de ello, se estima adecuado a dicho fin, elevar el control notarial referido a la constatación de la real capacidad de juicio de las personas que aparecen como otorgantes de instrumentos públicos o privados, ya que la actual legislación, sin perjuicio que en la práctica los notarios observan este elemento del acto jurídico para concurrir a su autorización, no están obligados por ley a verificarlo con mayor grado de agudeza, dejando a salvo la omisión del análisis, al no existir norma alguna que lo establezca como una exigencia legal.

A modo comparativo, el derecho español, que mantiene una prolífera reglamentación normativa de la actividad notarial, a través de la Ley Orgánica del Notariado, 28 de mayo de 1862, y su Reglamento, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1943, establece, en el primer cuerpo legal mencionado, en su artículo 17 bis, párrafo 2 letra a, a propósito del documento público electrónico, lo siguiente: "*Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y u la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.*".

A partir del texto normativo citado, podemos distinguir distintos aspectos a comprobar por parte de un notario, respecto del otorgante, al momento de tener que autorizar un instrumento que se le presenta:

1) La identidad de su otorgante, entendiendo por tal, la individualización cierta de que quien firma el instrumento, es realmente la persona que ha sido individualizada en el mismo;

2) La capacidad, siendo ésta, la facultad de obrar en la vida jurídica, respecto del acto o contrato que ejecuta o celebra el otorgante,

3) La legitimación, que correspondería, a ser el otorgante, el verdadero titular del derecho de que se dispone o se adquiere, a través del instrumento otorgado, es decir, que el acto o contrato le afecte a su otorgante;

4) La libertad de su consentimiento, es decir, que no exista un vicio en su consentimiento, y,

5) La voluntad debidamente informada de su otorgante, lo que significa que el interviniente sepa a ciencia cierta qué acto ejecuta y sus consecuencias jurídicas.

La consistencia que lleva aparejado un análisis de este tipo, asegura un otorgamiento seguro del instrumento, en cuanto a evitar que, una vez nacido a la vida jurídica el acto de que da cuenta el mismo, con el control previo de estos elementos, permitirá estrechar de modo considerable la afectación de derechos que pueden estar en juego con su creación, y, de un modo preventivo, asimismo, se logrará disminuir la judicialización de actuaciones engañosas que causen perjuicio a sus otorgantes.

En cuanto a nosotros nos importa, el régimen jurídico notarial chileno, visto el ejemplo español, no resguarda lo suficiente todos y cada uno de estos elementos o condicionantes que son controlados en otras legislaciones. En efecto, la normativa que regula la actividad notarial en esta materia, sólo da cuenta de exigencias normativas en cuanto a la verificación del primero de estos elementos enumerados, es decir, la *identificación* de los otorgantes. Sin perjuicio de ello, la práctica notarial nos muestra que el elemento de la *capacidad* también se verifica por los notarios, en su dimensión de capacidad legal de las personas para actuar en la vida jurídica, en especial, en lo relativo a la edad del otorgante, a través de la observación de la identidad de La persona que se

presenta a otorgar un documento, a través de su cédula de identidad del mismo o su pasaporte, lo que facilita la comprobación de la facultad que el otorgante tienen para comparecer en el otorgamiento de un determinado instrumento, según cual se trate. Más complejo, pero no exento de análisis por parte de los notarios, insisto, en la práctica, es la esfera relacionada con la capacidad de juicio de conciencia del otorgante; si el interviniente goza de razonamiento suficiente que denote un dominio cognitivo del acto o contrato que ejecuta o celebra, lo que nos adentra dentro de la realidad de afectaciones que sufren, a manos de personas inescrupulosas, personas tales como los adultos mayores, o los enfermos que presentan compromisos de lucidez temporales o más permanentes, segmento que, de modo especial, pretende proteger este proyecto de ley. Son estas mismas personas, las que, no obstante encontrarse en su sano juicio, son susceptibles víctimas del engaño y del error al cual pueden ser arrastrados, por acción de sus cercanos o terceros que han tenido posibilidad de interferir en su voluntad, viciándose con ello el consentimiento, ya sea por error, dolo o fuerza. No debemos olvidar que un acto o contrato nulo, por un vicio en el consentimiento de alguno de sus otorgantes, o por objeto ilícito, no convierte, ipso iure, al acto o contrato, en un instrumento ineficaz para producir los efectos que da cuenta. En efecto, las partes afectadas deberán iniciar un largo peregrinar judicial, para obtener la declaración de nulidad del acto en cuestión, por la justicia ordinaria, ingresando en un largo proceso, con los costos personales y sociales que aquello implica.

Por lo anterior, se hace imprescindible legislar en esta materia, al menos establecer legalmente exigencias mayores a las actualmente existentes en cuanto al ejercicio de la función de notario, obligándose a este último, expresamente, a verificar la capacidad de los otorgantes de instrumentos que se le presenten, en lo relativo a su estado cognitivo y de real lucidez, como asimismo, en lo relativo a su consentimiento libre que lo lleva a otorgar el instrumento de que se trate. Refuerza el fundamento de este proyecto, en este punto, el hecho que normalmente son estas mismas personas cercanas, familiares o no, que han fraguado el engaño, las que podrían interponer en favor del afectado, las acciones legales que la víctima no está en condiciones de interponer.

Sobre el análisis de *legitimación* del otorgante y su grado de *información* respecto del acto y sus consecuencias, atendida nuestra realidad jurídica nacional, aquellas verificaciones son de mayor complejidad, en especial la primera, sin perjuicio que los notarios, usualmente observan las circunstancias que le llaman la atención en estas materias, e instruyen a los comparecientes, respecto de salvar las omisiones o incorrecciones legales que correspondan. Así, estos factores, no se incluirán en el proyecto, ya que la estructura notarial chilena, hace más compleja la transmisión o lección de derecho que debería dar cada notario a cada uno de los otorgantes, agradeciendo el sistema, por cierto, que el notario se tome todo el tiempo posible, en chequear la legitimación, y, en informar lo que más pueda al otorgante, respecto del acto y consecuencias del mismo.

Se apela, con este proyecto de ley, en consecuencia, a la formación profesional, experiencia y sentido común de nuestros notarios, quienes sabrán escoger los mejores

mecanismos de control en cada una de sus etapas de control: identidad, capacidad -edad y juicio- y consentimiento libre de los otorgantes de un instrumento.

Finalmente, no se ha propuesto ampliar el tipo penal del artículo 443 del Código Orgánico de Tribunales, incorporando en él los otros elementos que se exigen verificar mediante este proyecto de ley, es decir, la edad, el juicio de lucidez del otorgante y su libre consentimiento. El artículo mencionado dispone:

"*El notario que incurriere en falsedad autentificando una firma en conformidad con el artículo 425, que no corresponda a la persona que haya suscrito el instrumento respectivo, incurrirá en las penas del artículo 193 del Código Penal.*

Cuando por negligencia o ignorancia inexcusables autentificare una firma que no corresponda a la persona que aparece suscribiéndola, sufrirá la pena de presidio menor en su grado mínimo o multo de cinco a diez ingresos mínimos mensuales.".

Creo que tipificar de un modo excesivo la función notarial, lleva aparejada una rigidización perniciosa de la importante labor de fe pública que le entregamos a los notarios, sin perjuicio de lo anterior; igualmente quedará a salvo la responsabilidad civil del notario, al producirse un perjuicio material o moral, por el hecho de no haber cumplido con las nuevas exigencias legales que se le imponen, y, por cierto, de comprobarse participación dolosa en una eventual estafa, apropiación indebida u otro ilícito, siempre le asistirá a la víctima, ocurrir ante la justicia penal, para la determinación de las responsabilidades correspondientes del notario y el funcionariado de su notaría.

11. CONTROLES PREVENTIVOS NOTARIALES PROPUESTOS EN EL PROYECTO.

1.- Se establece **la** obligación legal para los **notarios, de exigir que se incluya la impresión digital pulgar, en todo instrumento otorgado ante** su presencia **por sus otorgantes, sea** este instrumento **público** o **privado.**

Como se señaló precedentemente, no está establecida de un modo imperativo la obligación legal de hacer estampar la huella digital de los otorgantes en los instrumentos respectivos, por lo que se establece la obligación de que aquella actuación se efectúe en todos los casos.

2.- Constatación de que la **forma de** estampar la impresión dígito pulgar, sea efectuada de modo correcto y eficaz al fin perseguido.

Para disminuir al máximo las posibilidades de que la huella dactilar sea estampada de un modo ineficaz para producir la prueba de comprobación de identidad que se busca con su establecimiento, es que se establece la obligación de señalar en *el* documento que se otorga, que aquel estampe, se efectuó ante el notario autorizante, sea en su presencia, tratándose de

instrumentos públicos, o por el anterior o el funcionario del despacho del notario a quien este último delegue, en el caso de documentos privados, individualizándose al delegado. La delegación de estas funciones, en caso de documentos privados, los que normalmente tienen una incidencia patrimonial inferior a las escrituras públicas, se justifica en la necesidad de no entra ba r el diligente desarrollo de las funciones que se ejecutan en una notaría, donde suele acudir el público en mayor o menor volumen, y el notario no podrá permanentemente, observar cada uno de los momentos en que una persona estampe una huella en él.

Junto a lo anterior, se elevan las exigencias de control, sobre el modo como debe estampa rse la impresión digital, debiendo hacerse con suficiente tinta y con la yema completa del pulgar respectivo.

3.- Verificación de la capacidad legal de los otorgantes, constatando la edad del interviniente **para actuar en el acto o contrato de que se trate,** como asimismo, su capacidad cognitiva o de lucidez, en el caso de instrumentos públicos, estableciendo una mayor exigencia para el caso de los adultos mayores y personas que evidencian disminución **de lucidez** por enfermedad u otra causa.

A partir de los documentos identificatorios de los otorgantes de instrumentos públicos o privados, se obliga al notario agregar en el documento de que se trate, la fecha de nacimiento de su otorgante, como así, en el caso de instrumentos públicos, indicar la expresión de que aquel que se le presenta, evidencia suficientes facultades cognitivas para actuar o contratar.

Asimismo, en caso de otorgamiento de instrumentos públicos, tratándose de personas mayores de 60 años, considerados adultos mayores en el artículo 1° de la Ley N° 19.828, que Crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor, en los casos de concurrencia del notario a un domicilio fuera del despacho de la notaría (donde se autoriza delegación excepcional en alguno de sus funcionarios), y ante la presencia de cualquier persona que evidencie señales de no estar en condiciones suficientes de lucidez, por enfermedad u otra causa, se exige, en todos estos casos, que el notario o el delegado, efectúe consultas o interrogaciones para la constatación de su real estado de lucidez, debiendo expresarse en el documento respectivo, que se efectuó dicha evaluación y los resultados de la misma.

3.- Constatación de la libertad de consentimiento del otorgante, en orden a intervenir éste **en el mismo, sin sujeción** a algún vicio que afecte su voluntad.

iguales exigencias que las señaladas en el punto anterior, deberá constatar el notario, ahora en lo referido a la voluntad libremente manifestada en el acto o contrato.

PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO ÚNICO.- Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Orgánico de Tribunales:

1.- Modifíquese el artículo 405, del modo que sigue:

a) Intercálase en el inciso primero, entre la palabra "nacionalidad" seguida de una (,) y la palabra "estado civil", la frase "fecha de nacimiento,".

b) Agrégase el siguiente inciso segundo, nuevo: "El notario deberá constatar que el otorgante de la escritura, evidencia suficientes condiciones de lucidez, y que concurre con su voluntad de manera libre a otorgar dicho documento, debiendo dejar constancia de haber efectuado tal apreciación, en el respectivo instrumento. En el caso de los adultos mayores, de [as personas que han evidenciado no estar en condiciones suficientes de lucidez, por enfermedad u otra causa, y de las personas que requieren otorgar la escritura fuera del despacho del notario, deberán ser consultados por éste, o por un delegado del anterior, en el último caso, sobre diversos aspectos que permitan evidenciar su lucidez y su libre voluntad en el otorgamiento del instrumento, debiendo dejar constancia de haber efectuado dicho análisis, y la apreciación resultante del respectivo control.".

2.- Agrégase en el artículo 408, el siguiente inciso segundo, nuevo, pasando el segundo a ser tercero:

"El notario deberá presenciar el estampe de la impresión dígito pulgar y procurará que la impresión digital del pulgar se haga con la cantidad de tinta suficiente para que quede perfectamente estampada la huella en el instrumento, como asimismo, que dicha impresión se efectúe con la yema completa. Constancia de este hecho deberá dejarse en la escritura.".

3.- Reemplázase el artículo 409, por el siguiente:

"Los firmantes de una escritura dejarán su impresión digital en la forma indicada en el artículo anterior, expresándose en ei instrumento, la debida constancia del cumplimiento en forma del referido esta m pe.".

4.- Intercálase en el inciso primero del artículo 414, entre el número "405" y el (.) seguido, lo siguiente:

", sin perjuicio de efectuarse las constataciones a que se refiere dicho artículo.".

5.- Intercálase en el inciso primero del artículo 425, entre el número "409" y el "(.)" aparte, lo siguiente:

", pudiendo delegar este control, en un funcionario de su notaría".