

XIV CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL
DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

DERECHO, INSTITUCIONES Y PROCESOS HISTÓRICOS

TOMO III

José de la Puente Brunke / Jorge Armando Guevara Gil
Editores

Capítulo 63



Derecho, Instituciones y Procesos Históricos

XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano

Primera edición, agosto de 2008

Edición de José de la Puente Brunke y Jorge Armando Guevara Gil

© Instituto Riva-Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Jirón Camaná 459, Lima 1

Teléfono: (51 1) 626-6600

Fax: (51 1) 626-6618

ira@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/ira

Publicación del Instituto Riva-Agüero N° 247

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Foto de cubierta: Estantería de la Dirección del Instituto Riva-Agüero (Lima)

Diseño de interiores y cubierta: Fondo Editorial

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,

total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISBN Tomo III: 978-9972-42-859-3

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-09998

Impreso en el Perú - Printed in Peru

PERVIVENCIA DE NORMAS Y PRÁCTICAS NOTARIALES INDIANAS EN EL DERECHO PATRIO CHILENO

Galvarino Palacios Gómez

1. GENERALIDADES

La profesión de los escribas es necesariamente tan antigua como la invención de la escritura. Hace 5.000 años los sumerios y los egipcios tuvieron escuelas sacerdotales donde se educaban los futuros escribas. Las tuvieron también los hebreos, desde los tiempos de Edras, reconociendo a los escribas como doctores intérpretes de la ley, a quienes denominaron, precisamente, *escribas de la ley*; como magistrados llamados *escribas del pueblo*; y como *escribas comunes*, que prestaban servicios al público, parecidos a los que prestaron después escribanos y notarios. Los escribas griegos se denominaron «argentarios» y los primitivos escribas romanos, *tabelliones (tabellionii)*, porque escribían en tablas de madera encerada. Otros nombres que les dieron los romanos fueron *logografi*, *chartularii*, *scribae* y *notarii*. De todas estas denominaciones, el derecho español conservó las de *notarios* y *escribanos*, concordantes con las funciones que desempeñaban unos y otros: aquellos tomaban *notas* en que resumían el contenido de los textos que estos debían redactar y *escribir*. Desarrollado el texto por el escribano, el notario lo revisaba cotejándolo con sus notas, y estando conforme con ellas quedaba el instrumento en condiciones de ser firmado por quien o quienes debían otorgarlo. Una vez firmado, cuando el acto requería ser autenticado con algún sello de autoridad, entraba a actuar un tercer funcionario denominado *sellador*. Esta división de funciones la heredó España de Roma. Los gobernadores provinciales romanos y sus delegados actuaban siempre asistidos por funcionarios de las tres clases indicadas para otorgar, registrar y sellar los actos de derecho, tanto de gobierno y de justicia como de particulares que requerían su intervención (emancipaciones, adopciones, manumisiones, testamentos solemnes, etc.).

Tratándose de escribanos que prestaban servicios a particulares, las tres funciones, con el paso del tiempo, terminaron por confundirse en una misma persona y los *sellos* de autoridad fueron reemplazados por un *signo* que a cada escribano se le exigió utilizar, a modo de rúbrica, al final del instrumento, para asegurar su autenticidad y responsabilizar al funcionario.¹

¹ Una ley del Fuero Real dispuso: «é todas las cartas que ficiere el Escribano, meta é su señal conocida; porque pueda ser sabida, é conocida la carta, cuál Escribano la fizo» (FR.1.8.3.) exigencia que también encontramos en las Partidas (P.3.18.54) reiterada por Carlos I y doña Juana, en 1525, y recogida en la RLE (4.25.12) y en la NRLE (10.23.6).

Destruída la institucionalidad pública romana a la caída del Imperio, se hizo costumbre otorgar los actos jurídicos jurando cumplirlos aquel a quien imponía obligaciones ante un sacerdote y testigos y en ciertos casos ante los Jueces. Fue Alfonso El Sabio quien, siguiendo la tradición romana, constituyó en funcionarios públicos de real nombramiento a los escribanos llamados a intervenir en asuntos seculares, según aparece de las leyes del Espéculo, del Fuero Real y de las Partidas (en adelante E. FR. y P.); distinguiendo escribanos de la Casa Real y escribanos públicos (P. 3.19.1). Después se dictaron nuevas leyes sobre esta materia que fueron incorporadas en la Recopilación de Castilla (en adelante RLE) y en la *Novísima Recopilación de Leyes de España* (en adelante NRLE), además de las especiales para Indias recogidas en la Recopilación de 1680 (en adelante RLI). Esta normativa pervivió en España, con pocas modificaciones, hasta la promulgación de la Ley del Notariado de 1862; y en Chile, hasta la promulgación del Decreto Ley 407 de 1925, sobre nombramiento, instalación, subrogación, atribuciones y obligaciones de los notarios, que fue conocido también como *Ley del Notariado*.^{2,3}

Instituidos los escribanos públicos como ministros de fe para actuar en asuntos seculares, la denominación *notarios* se mantuvo para los que se desempeñaban en asuntos eclesiásticos; distinción que se conservó en Chile hasta mediados del siglo XIX, cuando los escribanos pasaron a denominarse notarios. En el *Boletín de Leyes y Decretos del Gobierno de Chile* (en adelante BLD), los textos legales publicados hasta el año 1858 aludían a los ministros de fe pública con el nombre de escribanos. En 1866, un decreto de 03.09.1866 dispuso en cuáles asuntos debían actuar los secretarios y en cuáles los notarios⁴ y al año siguiente otro decreto, de 10 de octubre, ordenó que los Conservadores de Comercio ejercieran en lo sucesivo el cargo de *notarios públicos*.⁵ En el *Índice General* del BLD⁶ figuran decretos de nombramiento de escribanos solo hasta el año 1855. Con posterioridad, los textos legales chilenos solo mencionan a los notarios públicos, o simplemente a los notarios, con excepción de un Auto Acordado de la Corte Suprema, de 05.04.1858, que ordena extender las escrituras de remate

² Publicado en Diario Oficial (en adelante DO) de 25.03.1925 y republicado en DO de 18.04.1925

³ Mariano Egaña tenía proyectado promulgar una ley que arreglara «todo lo relativo a los oficios de escribanos», según expresa un decreto del Gobierno de Chile de 23.09.1837 por el cual se comunicaba a la Suprema Corte que el Presidente de la República, en uso de sus facultades extraordinarias, había resuelto reservarse la provisión de los oficios de relatores, escribanos y procuradores del número, previo concurso que debería abrir la propia Corte, remitiéndole los antecedentes con recomendación reservada sobre los concursantes merecedores del nombramiento. Este decreto se publicó en *Boletín de Leyes y Decretos del Gobierno* (en adelante BLD), tomo 8, pp. 53 y 54 y en la colección de Ricardo Anguita *Leyes Promulgadas en Chile*, 1810 a 01.06.1912, Imprenta Barcelona, Santiago, 1912, tomo I, pp. 302.

⁴ BLD, tomo 34, p. 304.

⁵ BLD, tomo 35, p. 256.

⁶ Confeccionado por don Manuel Egidio Ballesteros cubriendo el período de 1810 a 1881, Lima, Imprenta de La Patria, 1882.

en los protocolos de los escribanos.⁷ De las variadas funciones que cumplían los escribanos en la organización institucional castellana e indiana, los notarios chilenos conservaron las que enumeró la *Ley del Notariado*, de 1925, en sus artículos 14º y 15º, reproducidos con pocas variaciones en el artículo 401º del *Código Orgánico de Tribunales de Chile*, Ley N° 7421 de 15.06.1943 (en adelante COT).^{8, 9}

Los escribanos se desempeñaban como ministros de fe en todos los organismos de la administración pública española e indiana y en todo acto oficial de gobierno o de justicia del que fuera preciso dejar testimonio escrito. Había escribanos del Rey y de sus Consejos y Chancillerías y los había, también, de los reinos y de las villas y ciudades. Los de villas y ciudades eran escribanos de número. En Indias, cada empresa de descubrimiento, conquista o población, requería la presencia de un escribano y, establecido el gobierno de una región, el gobernante, los jueces y los cabildos debían hacer autorizar sus actuaciones por estos ministros de fe. En el derecho chileno estas múltiples funciones se fueron reduciendo gradualmente hasta quedar limitadas a la atención de público en el otorgamiento y certificación de actos jurídicos de interés privado, o en que actúan como contratantes la Administración y los servicios públicos. En los organismos públicos y en los tribunales republicanos, los escribanos fueron reemplazados por secretarios, algunos con el título

⁷ BLD, tomo 26, pp, 187.

⁸ Este Código fue Publicado en el DO de 09.07.1943. El título XI, párrafo 7, (artículos 399 a 445) trata de *Los Auxiliares de la Administración de Justicia*, y regula la organización notarial, las escrituras públicas y documentos protocolizados, la autorización de documentos privados, la falta de fuerza legal de las escrituras, copias y testimonios notariales, los libros que deben llevar los notarios, las infracciones que pueden cometer en el ejercicio de sus cargos y las sanciones administrativas y penales que les son aplicables.

⁹ La preparación de un proyecto de Código fue encargada por el Gobierno a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. La Comisión respectiva, formada por distinguidos profesores de esa Facultad, tomó como base de su trabajo, entregado en 1942, la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875 y sus posteriores modificaciones. Además debió tener en consideración otro proyecto que había sido revisado por una Comisión Mixta de Senadores y Diputados, publicado en primera edición por la Imprenta Cervantes de Santiago, en 1902 (234 pp.) y republicado al año siguiente por la misma imprenta en edición corregida (265 pp.). En 1906, la Imprenta Cervantes hizo una tercera edición, nuevamente corregida (257 pp.). Las actas de la Comisión Mixta también fueron publicados por la Imprenta Cervantes, en 1902, en un volumen (414 pp.). Una Comisión de la Cámara de Diputados revisó el proyecto, en su versión del año 1906, y generó un nuevo proyecto en 1912, publicado el mismo año por la Imprenta Nacional, Santiago (231 pp.) que fue complementado al año siguiente por la misma Imprenta, con las Actas de la Comisión, editadas en un volumen (458 pp.). El Presidente Carlos Ibáñez del Campo y su Ministro de Justicia Osvaldo Koch publicaron otro proyecto de Código Orgánico de Tribunales, impreso en los Talleres Fiscales de Prisiones, 1929, en un volumen. (XXXI más 182 pp.). Digno de mención es el trabajo de los señores Luis Vargas Gómez y Víctor García Garzena titulado *La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, de 15 de octubre de 1875, y las disposiciones que la modifican y complementan*, Imprenta y Litografía Universo, Santiago, 1940, (VIII más 532 pp.) que fue otro de los antecedentes de que se sirvió la comisión académica que elaboró el proyecto definitivo, promulgado en 1943 como Código Orgánico de Tribunales, cuya primera edición oficial fue encargada a la Imprenta y Litografía Universo, Santiago, 1943 (189 pp.).

de secretarios generales.¹⁰ Las funciones de registradores y archiveros, que en general estaban entregadas a los escribanos, en la medida que el aumento de la población y del trabajo lo hizo necesario, en el régimen republicano, se han ido encargando a funcionarios especiales responsables de conservar los documentos, dar copias auténticas de ellos y otorgar certificaciones oficiales. Es el caso de los Conservadores de Bienes Raíces y de los Archiveros Judiciales; del Archivo Histórico Nacional, del Servicio de Registro Civil y de algunos archivos especiales que mantienen los Ministerios y el Congreso Nacional.

2. ESCRIBANOS Y NOTARIOS ERAN Y SON FUNCIONARIOS DE NÚMERO NOMBRADOS POR LA MÁXIMA AUTORIDAD DE GOBIERNO

Los notarios chilenos siguen ocupando cargos numerarios, tal como los escribanos que los antecedieron. Dispone el inciso primero del artículo 400° del COT que «En cada comuna o agrupación de comunas que constituya territorio jurisdiccional de jueces de letras, habrá a lo menos un notario» y agrega en los incisos siguientes que, en las agrupaciones comunales, el Presidente de la República, previo informe favorable de la Corte de Apelaciones respectiva, puede crear nuevas notarías y cuando existan varias en una misma comuna debe *numerarlas*, independientemente del nombre de quienes las sirvan.

Pervive en estas disposiciones una ley del Fuero Real que ordenaba: «establesce-mos, que en las Ciudades, é Villas mayores, que sean puestos Escribanos públicos, é que sean jurados; é puestos por el Rey, ó por quien él mandare, é non por otro home. E los Escribanos sean tantos en la Ciudad, ó en a Villa según el viere que ha menester, y por bien tubiere» (FR 1.8.1).

Las razones por las cuales se dispuso que los escribanos solo podían ser nombrados por el rey, o por un delegado suyo debidamente autorizado, están expresadas en el Espéculo:

Poner escrivanos non conviene tanto a ningún ome como al rey. E él a poder de los poner en las cibdades é en las villas para fazer los escriptos. E esto por muchas razones. La una porque es pro é guarda comunalmente de todos. Ca todo esto es tenuto el rey de guardar mas que otro ome, e por eso los debe él poner. La otra, por toller el desacuerdo que solie acaescer entre los omes, quando avien a poner escribano. Ca esto pocas vezes aviene que se faga por acuerdo. La otra, porque los [que]¹¹ «son metidos por escrivanos por mano de algunos,

¹⁰ Un decreto supremo de 03.09.1866 determinó en qué asuntos debían actuar los notarios y en cuáles los secretarios (BLD, tomo 34, p. 304).

¹¹ La palabra «que» no figura en el texto citado, probablemente por error de imprenta o por omisión del copista que lo escribió.

tienense mas por debdores de catar pro de aquellos que los meten, que non del rey nin del conceio de aquel lugar en que son puestos. E otrosí aquellos que los y meten, tienen que deven fazer mas por ellos que por los otros. E por esta razón fazen como un vando ellos e aquellos que los y meten. E nos por toller los males que podrien venir por todas estas cosas que avemos dichas, e porque los escrivanos guarden á cada unos sus derechos egualmiente en fazer las cartas, tenemos que el rey los deve poner en los logares sobredichos e non otri, fueras si lo fezier alguno por su mandado» (E. 4.12.1).¹²

En las Partidas (3.18.8) se estableció la forma en que el Rey debía extender las cartas de nombramiento de escribanos.¹³ Una ley de Indias prohibía a Virreyes, Gobernadores y Audiencias hacer estos nombramientos, exceptuando únicamente los provisorios en casos de estricta necesidad como nuevos descubrimientos y poblaciones, o fallecimiento de todos los escribanos del lugar (RLI 5.18.1).

Según el COT, los notarios ocupan cargos del Escalafón Secundario de la planta de empleos del Poder Judicial, constituido por funcionarios auxiliares de la Administración de Justicia (conservadores, archiveros, notarios, procuradores del número y receptores), en que los nombra el Presidente de la República. En consecuencia, los notarios siguen siendo en Chile funcionarios del número, como lo eran los escribanos españoles e indianos. En cuanto a nombramientos, un decreto del Gobierno de Chile, de 09.05.1823, dispuso que los escribanos fueran nombrados por la Cámara de Justicia y el Gobierno les expidiera el título,¹⁴ medida que rectificó otro Decreto de 23.09.1837, que entregó al Supremo Gobierno la provisión de oficios de escribanos, relatores y procuradores del número.¹⁵

3. EXIGENCIAS DE IDONEIDAD (HABILIDAD Y CONFIABILIDAD), TITULACIÓN, JURAMENTO Y FIANZA PARA DESEMPEÑAR ESCRIBANÍAS Y NOTARÍAS

Los aspirantes a escribanos debían rendir un examen de idoneidad ante Chancillerías o Audiencias y recibían su título del Rey (P. 3.19.3 y 4). Aprobado el examen, podían

¹² Las citas del *Espéculo* corresponden al texto publicado en la colección *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, Tomo VI, Madrid, 1849, pp. 7 a 208.

¹³ P.3.18.8: «Sepan quantos esta carta vieren como Nos Don Alfonso por la gracia de Dios Rey de Castilla, etc, otorgamos a Velasco Ivañez por Escribano público de Segovia: e aviéndonos el jurado de fazer, e de cumplir este oficio bien e lealmente, también en las posturas que los omes fiziessen entre si, como en los testamentos, e en los actos de los pleytos que oviesse a fazer ante algun Juez, e en todas las otras cosas que pertenecen a este oficio, e otrosí en guardar nuestro servicio, e Señorío sobre todas las cosas del mundo. E investimosle en este oficio público con la escribanía, e la peñola; e demas le damos poderío para usar del públicamente. E mandamos que las cartas que escriviere de aquí adelante en pública forma, que sean valederas, e creydas por todo nuestro Señorío, assi como deven ser cartas fechas por manos de Escribano público. E porque esta non venga en dubda, dimosle esta carta sellada con nuestro sello de cera».

¹⁴ BLD, tomo 1, p. 51.

¹⁵ BLD, tomo 8, p. 53.

ser designados para ocupar provisoriamente una escribanía, mientras el nombramiento recibía confirmación real. Estas exigencias fueron reiteradas para las Indias (RLI 5.8.3); pero no fue posible cumplirlas siempre rigurosamente, particularmente en lugares tan alejados como el Reino de Chile.

El derecho chileno vigente exige poseer título de abogado para ser nombrado notario, presumiendo que este acredita la idoneidad necesaria. Los requisitos de honorabilidad y confiabilidad que la legislación hispano india exigía a los escribanos, se entienden cumplidos hoy con las exigencias que en tal sentido formula la Corte Suprema de Chile para otorgar el título de abogado y se garantizan con la supervigilancia que ejercen las Cortes de Apelaciones sobre los notarios de su jurisdicción territorial.¹⁶

En los requisitos de titulación, habilidad y confiabilidad pervive el concepto de que los actos que comprometen la fe pública solo pueden ser encomendados a personas honorables e idóneas. Disponía a este respecto el Espéculo que los escribanos:

[D]even seer omes buenos, e de buena fama, e escogidos por tales, por que las cartas, que fezieren sean fechas lealmiente, e que sepan escrivir, e fazer buena letra, que se pueda bien leer, e que bien semeie que de Corte del Rey sale, e ome entendido lo fizo. E otrosí deben ser entendidos de lo que les dixieren, porque non les ayan a decir muchas veces una razón. E que sepan bien guardar poridad,¹⁷ e que sean omes conocidos e de buenos lugares (E. 4.12.2.).

El Código de las Partidas establecía que los escribanos de la Corte debían ser «[I]eales e buenos e entendidos [...] e que sepan escrivir que bien semeje que de Corte del Rey salen, e que las fazen omes de buen entendimiento» y en cuanto a los demás escribanos públicos disponía «deven ser omes libres, e cristianos, de buena fama. E otrosí deven ser sabidores de escrivir bien, e entendidos de la Arte de la Escribanía, de manera que sepan bien tomar las razones o las posturas que los omes pusieren entre sí ante ellos. E deven ser omes de poridad, de guisa que los testamentos, e las otras cosas que les fueren mandadas escrivir en poridad, que las non descubran en ninguna manera» (P. 3.19.2).

Tanto la legislación castellana como la india exigían juramento previo y rendición de fianzas para entrar a desempeñar una escribanía (RLI 5.8.3). Estas exigencias perviven en el derecho chileno: el juramento en el artículo 471° del COT y la fianza en el artículo 473°. El juramento debe prestarse al juez de la respectiva comuna al tenor de una fórmula sacramental que establece el artículo 471°. El monto de la fianza debe ser equivalente al sueldo anual que la ley fije para la jubilación del notario.

¹⁶ Cada notario, conservador de registros, o archivero, está sujeto a la vigilancia directa de un Ministro Visitador.

¹⁷ Palabra que ha caído en desuso, significa «secreto».

4. ESCRIBANOS Y NOTARIOS REMUNERADOS POR ARANCEL OFICIAL

Los notarios, tal como sucedía con los escribanos, no reciben remuneración del Fisco; perciben únicamente derechos arancelarios por la prestación de sus servicios. Ha pervivido este antiguo sistema en el derecho chileno, en el cual se aprueba el Arancel de los Notarios Públicos por Decreto Supremo del Ministerio de Justicia que fija los valores máximos que se les permite cobrar por sus distintas actuaciones.

El Fuero Real fijó sumariamente un arancel de escribanos:

E si la carta fuere de mil maravedis arriba, reciba el Escribano por su carta dos sueldos burgaleses;¹⁸ e si valiere de mil maravedis ayuso, fasta cient maravedis, reciba un sueldo burgales, y de cient maravedis ayuso, reciba seis dineros burgaleses; e de las cartas que ficieren sobre mandas, ó sobre Pleytos de casamientos, ó de particiones, ó de posturas, reciba por cada carta tres sueldos burgaleses; é de la carta que ficiere Christiano con Judío, ó con Moro, lleven la meytad de esto que sobredicho es, de cada una cosa (FR 1.81.1.).¹⁹

El Código de Las Partidas fijó un arancel parecido:

Recebir deven «gualardon los Escrivanos de las Ciudades, e de las Villas, por el trabajo que levaren en fazer las cartas. Onde dezimos que quando alguno dellos fiziere carta de cosa que vala de mil maravedis arriba, que deve aver, de aquel a quien fiziere la carta, quatro sueldos. E si fuere la carta de mil maravedis en ayuso fasta cient maravedis, que le den por ella dos sueldos; e de cient maravedis en ayuso, que le den un sueldo. E de las cartas que fizieren sobre mandas, o sobre pleytos de casamientos, o de particiones, o de afforramientos, ayan por cada una seys sueldos. E por las cartas que fizieren a los Judios, sobre las deudas que les devieren algunos omes, tomen por cada una dellas mill maravedis arriba, o de mill ayuso, la meatad de lo que diximos de suso de las cartas de los Christianos. Mas si fizieren cartas de vendidas, o de compras, o de las otras cosas que diximos de suso, a Judios, o a Moros, den por cada una de ellas tanto como los Christianos (P. 3.19.15).

Con el paso del tiempo los aranceles se hicieron más extensos y completos, regulando cada posible actuación de los escribanos.

¹⁸ El sueldo burgalés o «sueldo bueno», era una moneda que circulaba en Castilla en tiempos de don Alfonso El Sabio, valía 12 dineros de 4 meajas, siendo la meaja equivalente a la sexta parte de un maravedí. Corría también un «sueldo menor», llamado «ochosen», que valía 1 dinero y 2 meajas.

¹⁹ Una ley de Isabel la Católica de 19.03.1503, reiterada en su pragmática del 07.06.1503, renovada por Felipe II en 1556, recogida en RLE (4.27.1) y en NRLE (7.15.18 N° 3) obligaba a los escribanos a asentar en cada escritura los derechos cobrados y a dejar constancia cuando no los cobraban. Por real cédula de 05.07.1546 se ordenó a las Audiencias indianas aplicar esta ley para evitar abusos. Voz «Escribanos», núm. 5, en Manuel Josef de AYALA, *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias*, edición de 13 volúmenes preparada por Milagros del Vas Mingo, ediciones Cultura Hispánica, Madrid 1988-1996, vol. VI, p. 35.

Por una ley del rey Carlos I, de 1528, reiterada en 1548 por él mismo y después por Felipe II, los aranceles indianos debía confeccionarlos cada Audiencia para su jurisdicción y regían de inmediato, sin perjuicio de la posterior confirmación real. Los derechos, así regulados, no podían exceder del «cinco tanto» de los fijados para los Reinos de España (RLI 2.15.178). Por real cédula de 10.06.1703 se ordenó a las Audiencias de Indias comunicar al Consejo los aranceles que estuvieran en vigencia y si no los había, que los formaran sin dilación y los comunicaran.²⁰

Los Escribanos de Cámara de la Audiencia de Chile, en sus primeros años,²¹ tomaron por costumbre cobrar triplicados sus derechos «sin más razón que haberlos llevado sus antecesores», según expresa una real cédula de 25.07.1620 que, para terminar con este abuso ordenó que el Fiscal se querellara y obtuviera condenación de los que resultaran culpados y que la Audiencia proveyera justicia *con demostración* y remitiera copia de la sentencia al Consejo.²²

Los aranceles para escribanos de provincia, del número y escribanos reales, propuestos a Felipe V por el Consejo Real con el objeto de uniformarlos y evitar abusos, los aprobó por pragmática de 09.01.1722, publicada en Madrid el 15.02.1722. Estos aranceles fueron transcritos en varios autos del Consejo que complementan el Libro II, Título 8, de la RLE.²³ Una petición dirigida al rey por los Secretarios del Consejo y Cámara de Indias fundada en el recargo de trabajo, motivó un mejoramiento de sus aranceles, los que fueron divididos en despachos eclesiásticos y seculares, aprobado por cédula de 17.11.1749.²⁴ Por real decreto de 09.02.1764 se ordenó aplicar en América este arancel a los agentes de las Secretarías del Consejo de Indias y de su Escribanía de Cámara para evitar los abusos que se habían producido al cobrar derechos excesivos.²⁵

Con motivo de haberse autorizado lo que se denominó *libre comercio* entre España e Indias, dispuso Carlos III, por cédula de 16.02.1778, que los aranceles de los escribanos de Indias que debían asistir a la carga y descarga de naves quedaran limitados a 3 pesos por día, en jornada de 6 horas, más 1 peso por la certificación de haber quedado cumplido el registro y 6 reales por cada pliego de papel escrito de los registros, más el costo del papel sellado que ellos pusieren.²⁶

²⁰ Voz «Arancel», núm. 6, en AYALA [19] Vol. I, p. 166.

²¹ La primera Audiencia de Chile fue creada por real cédula de 27.08.1565 con sede en la ciudad de Concepción y suprimida por real cédula 20.08.1573. Fue recreada en Santiago por real cédula de 23.03.1606 y duró hasta la promulgación del Reglamento Constitucional Provisorio de 26.10.1812 que instituyó en su lugar un Tribunal de Apelaciones.

²² Voz «Arancel», núm. 4, en AYALA [19] Vol. I, p. 165.

²³ Tomo III de Autos Acordados, editado por Joachin Ibarra, impresor de Cámara de S.M., Madrid, 1775.

²⁴ Voz «Arancel», núm. 8, en AYALA [19] Vol. I, p. 167.

²⁵ Voz «Arancel», núm. 11, en AYALA [19] Vol. I, pp. p. 174.

²⁶ Voz «Arancel», núm. 13, en AYALA [19] Vol. I, pp. pp. 174-175.

5. SUBSISTE LA INDELEGABILIDAD DE FUNCIONES

Una antigua ley del rey Alfonso XI, del año 1325, recogida en RLE 7.2.6. y en NRLE 7.15.12, disponía que los cargos de escribanos «los sirvan por sus personas y no pongan otro en su lugar». En el derecho chileno sigue siendo indelegable el ejercicio del notariado; pero se admite el nombramiento de notarios suplentes en casos de ausencia del titular y de interinos para desempeñar el cargo vacante mientras se provee otro titular.

Bajo la normativa del Fuero Real y de Las Partidas, los escribanos no podían delegar ninguna función, ni siquiera la manuscrición de las escrituras, porque la caligrafía de los textos y el signo del escribano eran dos importantes pruebas de autenticidad que permitían resolver eventuales impugnaciones: «Escribano no meta otro Escribano que escriba en su lugar; mas cada uno faga las cartas con su mano» (FR 1.8.7); «que las cartas que les mandaren fazer las fagan de sus manos mismas» (P. 3.19.5). Con el paso del tiempo, al transformarse las escribanías en oficinas,²⁷ esta exigencia cayó en desuso al hacerse necesario contratar escribientes para facilitar la atención del público. Está acreditado que en Chile, a mediados del siglo XVI, llegaron a emplearse formularios impresos.²⁸ El texto original del COT, promulgado en 1943, nada disponía sobre la grafía de las escrituras. El texto actual, producto de una reforma que la ley N° 18.181, de 26.11.1982, introdujo al Título de los Notarios, permite extender las escrituras manuscritas, mecanografiadas o en otra forma que leyes especiales autoricen (artículo 405°). En la práctica se utiliza generalmente el sistema de digitación e impresión por medios computacionales.

6. SUBSISTEN LOS LIBROS DE REGISTRO DENOMINADOS PROTOCOLOS

Según Joaquín Escriche, la palabra protocolo proviene del griego *protos*, que significa «primero en su línea», y de las voces latinas *collium* o *collatio*, que significan cotejo. Agrega que para los romanos *protocollum* era lo que aparecía escrito en el encabezamiento de un instrumento. Según el mismo Escriche, la palabra «protocolo», en el derecho hispano, admitía tres significaciones: a) El minutarario en que el escribano tomaba breve nota de los puntos sustanciales del acto que ante él se debía formalizar por escrito; b) La escritura matriz que debían firmar él o los otorgantes, confeccionada por el escribano conforme a la respectiva nota y que, una vez firmada y autenticada, debía encuadernar para formar un libro de registro; c) El propio libro de registro,

²⁷ Sobre esta materia existe un interesante trabajo de Bernardino BRAVO LIRA titulado «Oficio y Oficina, dos etapas en la historia del Estado Indiano» en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 8 Santiago, 1981, pp. 55 y 73.

²⁸ Alamiro de AVILA MARTEL y Bernardino BRAVO LIRA «Matrices impresas en un protocolo notarial de Santiago en el siglo XVI», *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 5, Santiago, 1969, pp. 163 y 55.

una vez encuadernado.²⁹ Con el paso del tiempo, de estas tres significaciones solo ha pervivido la tercera, tanto en el derecho español como en el chileno.

Ordenaba el Fuero Real que los escribanos conservaran las notas correspondientes a las cartas que hubieran extendido, para poder redactar nuevos originales en caso que estos se destruyeran o extraviaran y así lo ordenara la Justicia (FR. 1.8.2). El Código de las Partidas ordenó hacer un libro registro con las notas que hubieran servido a los escribanos para redactar las cartas pasadas ante ellos (P. 3.19.9) debido a que las escrituras originales se entregaban a los interesados (P. 3.18.54). Fueron los Reyes Católicos quienes ordenaron registrar las escrituras matrices, conservarlas bajo reserva y dar copias que se denominaron «originales».³⁰ Para que las matrices de todos los escribanos guardaran uniformidad, se ordenó que las escrituras fueran extendidas en pliegos de papel entero que facilitaban su encuadernación. Desde entonces se hizo costumbre denominar protocolo a este libro encuadernado, denominación que pervive en la ley y en la práctica notarial chilenas. Más tarde, el derecho hispano exigió que las escrituras se extendieran en pliegos de papel sellado, de los cuales había varios tipos con diferentes sellos y valores, debiendo usarse en cada caso el correspondiente a la cuantía del negocio. Esta exigencia se impuso por una ley de 15.12.1636, aprobada en las Cortes de Madrid, promulgada por Felipe V, recogida en RLE (4.25.44) y en NRLE (10.24.1) y pervivió en el derecho patrio chileno hasta hace pocos años. Un decreto ley de 11.10.1824 determinó las clases de papel que regirían en Chile republicano y reglamentó su uso³¹ y otro, de 25.11.1824, determinó qué papel sellado debía usarse en los protocolos.³² En los muchos años que pervivió la aplicación de este tributo se modificaron varias veces las normas que lo regulaban, hasta dictarse el Decreto Ley 3.475 de 29.08.1980³³ que suprimió el uso del papel sellado. En la actualidad, los protocolos se forman en hojas de papel simple que los notarios acostumbra hacer confeccionar con su membrete y algunos de ellos con un sello de agua que asegura su autenticidad.

En la época hispana, fue necesario sancionar el abuso que cometían los escribanos de Indias aumentando el carillaje de las escrituras para cobrar mayores derechos. Una real cédula de 18.02.1660 dispuso que cada hoja se extendiera en medio pliego de papel escrito por ambas caras, con 33 renglones por cara y en cada renglón 10 palabras, como estaba ordenado en RLE 2.20.23; advirtiendo que se aplicaría una pena de 4.000 ducados y privación de oficio a los infractores.³⁴

²⁹ Voz «Protocolo», en Joaquín ESCRICHE, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Edición corregida y aumentada por Juan B. Guím, París, Librería de Rosa, Bouret y Cía, 1852.

³⁰ Pragmática de Isabel La Católica de 07.06.1503, recogida en RLE 4.25.13 y en NRLE 10.23.1.

³¹ BLD, tomo 2, p. 60.

³² BLD, tomo 2, p. 87.

³³ DO, de 04.09.1980.

³⁴ Voz «Escribanos», núm. 60, en AYALA [19], vol. VI.

7. PERVIVEN MUCHAS FORMALIDADES DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS

El Código de Las Partidas (P. 3.18.54) estableció las formalidades que debía cumplir «toda carta que sea fecha por mano de escribano publico», razonando sobre la idea de que las escrituras originales eran instrumentos que se entregaban a los interesados y que el escribano solo debía conservar y registrar las «notas» usadas para confeccionarlas a fin de poder rehacer los textos destruidos o extraviados:

[D]even ser puestos los nomes de aquellos que la mandan fazer, e el pleyto³⁵ sobre que fue fecha, en la manera que las partes lo ponen entre si, e los testigos que se acertaron, el día, e el mes, e la era³⁶ e el lugar en que fue fecha; e quando todo esto oviere escrito, debe dexar un poco de espacio en la carta, e dende ayuso fazer y su signo, e escrevir y su nome en esta manera: Yo Fulano, Escribano publico de tal lugar estava delante, quando los que son escritos en esta carta fizieron el pleyto, o la postura, o la vendida, o el cambio, o el testamento, o otra cosa qualquier, assi como dize en ella; e por ruego, e por mandado dellos escrevi esta carta publica, e puse en ella mio signo, e escrevi mi nome. (P.3.18.54).

Los Reyes Católicos cambiaron el sistema de entregar escrituras originales a los otorgantes, disponiendo que los escribanos conservaran el original del texto completo para formar los «protocolos» y dieran copias a los interesados. Desde que se puso en práctica esta medida perdió importancia el registro de las «notas» entregadas por los otorgantes o confeccionados por el propio escribano bajo sus instrucciones y se hizo necesario generalmente alterar el orden del encabezamiento para iniciar el texto con el lugar y fecha de otorgamiento, expresando enseguida los nombres de los otorgantes y agregando a continuación «lo que se otorga; especificando todas las condiciones, y partes, y cláusulas, y renunciaciones, y sumisiones que las dichas partes asientan», según dispuso la pragmática de Madrid de 1503.

El texto preparado por el escribano debía leerse a los otorgantes para que manifestaran su conformidad o reparos, en presencia de testigos. Disponía la ley que si «fuere algo añadido o menguado», el escribano debería anotar la salvedad antes de las firmas «porque después no puede haber duda si la dicha enmienda es verdadera o no», Hechas las salvedades o rectificaciones, si las había, debían firmar los otorgantes y por aquel que no supiera o no pudiera firmar debía hacerlo, a ruego suyo, uno de los testigos u otra persona que supiera escribir, de lo cual debía dejar expresa constancia el escribano.

³⁵ La palabra *pleyto* se emplea aquí en su antigua acepción de *asunto* o *negocio*.

³⁶ La *era española*, llamada también era de Cesar, era una forma de cómputo temporal que principiaba 38 años antes de la *era cristiana*. Fue el rey Juan I quien mandó que las escrituras no fuesen datadas por eras, sino por años computables desde el nacimiento de Cristo.

En cuanto a la identidad de los otorgantes, podía dar fe de ella el propio escribano cuando los conocía y si no le eran conocidos debía exigirles que probaran su identidad con la declaración de dos testigos que se consignaba al final de la escritura, dejando constancia de sus nombres y vecindad, según ordenaba otra ley de la pragmática de Isabel La Católica, recogida en RLE 4.25.14 y en NRLE 10.12.2.

Firmada la escritura, certificaba el escribano su actuación y la cerraba con su firma y signo, quedándole prohibido hacer rectificaciones o enmiendas.

Todas las exigencias relativas a la forma de las escrituras públicas que establecía el derecho hispano-indiano pervivieron en el derecho patrio chileno en su exacto tenor literal, hasta la promulgación de la llamada Ley del Notariado, del año 1925, y en su mayor parte perviven conceptualmente en el COT. A continuación resumo estas exigencias:

- a) *Lugar de otorgamiento y fecha.* Conforme a las disposiciones del Fuero Real y de las Partidas, las escrituras debían expresar al final del texto, el lugar y fecha de otorgamiento, a modo de cierre. La fórmula que se debía utilizar, en una escritura de compraventa, era la siguiente: «fecha la carta en tal lugar, tal día, en tal mes, e en tal era: testigos llamados e rogados, Fulano, e Fulano: yo Fulano, escribano de tal lugar, fuy presente a todas estas que son escritas en esta «carta, e por ruego de Fulano vendedor, e de Fulano comprador, los sobredichos, escrevi esta publica carta e puse en ella mi signo». (P. 3.18.114.).

En virtud de lo dispuesto en la pragmática de Isabel La Católica, del año 1503, que ordenó registrar las escrituras matrices y formar con ellas un libro de protocolo, se hizo necesario encuadernarlas en orden cronológico y encabezarlas con el lugar de otorgamiento y fecha, estilo que pervive en la normativa y en la práctica notarial chilenas³⁷ y cuya inobservancia era y sigue siendo requisito de validez de las escrituras. En Chile se exige, además, darles un número de orden que se anota en un libro denominado Repertorio.

Tanto en el derecho hispano-indiano como en el derecho chileno, la expresión del lugar de otorgamiento era y es de gran importancia, porque tanto escribanos como notarios debían y deben actuar dentro de un determinado territorio. El artículo 442 del COT dispone: «El notario que ejerciere funciones de tal fuera del territorio para que el hubiere sido nombrado, sufrirá la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados». En este caso, además, debe entenderse que la escritura es nula.

- b) *Prohibición de usar abreviaturas, cifras u otros signos.* El Código de Las Partidas impuso a los escribanos la prohibición de usar abreviaturas «por guardar que non venga yerro, nin contienda en sus escriptos», ordenándoles: «en las cartas que fizieren, en qual manera quier que sea, que non pongan una letra por nombre de

³⁷ Artículo 410 del COT en su versión original de 1943 y 405 en el texto actual.

ome, o de muger, assi como A. por Alfonso; nin en los nombres de los lugares, nin en cuenta de aver, o de otra cosa, assi como C. por ciento» (P.3.19.7).

La ordenanza 137 de Audiencias, de 1595, recogida en RLI 5.8.21 disponía: «todos los escribanos y receptores escriban sin abreviaturas, poniendo por extenso y letra, los nombres y cantidades».

Esta exigencia pervive en el derecho chileno actual (artículo 404° del COT).

- c) *Obligación de salvar enmendaduras, raspaduras e interlineaciones.* La pragmática de Isabel La Católica disponía que si «fuere algo añadido o menguado, que el dicho Escribano lo haya de salvar; y salve en fin de tal escritura, antes de las firmas, porque después no pueda haber duda si la dicha enmienda es verdadera ó no». Discutieron mucho los juristas si las enmendaduras no salvadas producían nulidad de las escrituras; si era distinto el efecto según la enmendatura recayera en partes esenciales o accidentales del acto que contenía, o sobre aspectos formales del texto que pusieran en duda su autenticidad, como la fecha y lugar de otorgamiento, o la identidad de las partes o testigos. No es posible dar cuenta de estos debates en este breve trabajo.

Esta exigencia pervive en el derecho chileno. El artículo 411 del COT, en su versión original del año 1943, disponía: «Serán nulas las adiciones, apostillas, entre renglonaduras, raspaduras o enmendaduras en las escrituras matrices, que no aparezcan salvadas al final y antes de las firmas de los que las suscriben». La reforma introducida por la ley 18.181, de 26.11.1982, sustituyó el artículo 411° por el siguiente, dividido en dos incisos: «Se tendrán por no escritas las adiciones, apostillas, entre renglonaduras, raspaduras o enmendaduras u otra alteración en las escrituras originales que no aparezcan salvadas al final y antes de las firmas de los que las suscriban» (primer inciso) «Corresponderá al notario salvar las adiciones, apostillas, entre renglonaduras, raspaduras o enmendaduras u otra alteración en las escrituras originales» (segundo inciso). No ganó mucha perfección la norma en su redacción más reciente, que es la actual; porque el legislador incurrió en repeticiones evitables; pero mejoró el fondo al suprimir la referencia a la «nulidad» optando por la fórmula «se tendrán por no escritas», que es más apropiada a la situación y evita debates sobre la nulidad de la escritura, circunscribiéndolos a la eficacia de la enmendatura. El artículo 428° del COT agrega: «Las palabras que en cualquier documento notarial aparezcan interlineadas, enmendadas o sobrepasadas, para tener valor deberán ser salvadas antes de las firmas del documento respectivo, y en caso que no lo sean, se tendrán por no escritas».

- d) *Obligación de identificar a los otorgantes y testigos.* Una ley del Fuero Real ordenaba: «Ningun escribano público no faga carta entre ningunos home, menos

de los conocer, e de saber sus nombres, si fueren de la tierra; e si non fueren de la tierra, los testigos sean de la tierra, e homes conocidos» (FR 1.8.7). Otra ley de Las Partidas al disponer «Como deven ser fechas las Notas e las Cartas de los Escrivanos públicos», establecía: «deven ser puestos los nomes de aquellos que la mandan fazer [...] e los testigos que se acertaron» Estos testigos debían ser tres omes buenos, según P. 3.18.54; o solo dos, según P. 3.18.114; los que debían manuscibir sus nombres al final del instrumento: «e debe ser muy acucioso el Escribano, de trabajarse de conocer los omes a quien faze las cartas, quien son, e de que lugar, de manera que non pueda y ser fecho ningún engaño». (P. 3.18.54).

La pragmática de Isabel La Católica, tantas veces citada, dispuso que si el escribano no conocía a alguna de las partes no debía extender la escritura, a menos que la persona desconocida presentara dos testigos que la identificaran, a quienes debería individualizar expresando sus nombres y vecindad. Si conocía a las partes, debía hacerlo constar. Para facilitar a los escribanos el conocimiento de las personas del lugar en que ejercerían su oficio, una ley de las Partidas les exigía ser vecinos de ese lugar «porque conozcan mejor los omes entre quienes fizieren las cartas» (P. 3.19.2). En cuanto al número de testigos que debían concurrir al otorgamiento, nada dijo la pragmática, manteniéndose la costumbre de extender las escrituras ante dos o tres testigos, tanto en España como en Indias.

En el derecho chileno, el COT mantuvo la exigencia de concurrir dos testigos al otorgamiento de las escrituras públicas, disponiendo que debían ser «vecinos del departamento» (art. 405° inciso 1°); exigencia que fue suprimida por la Ley 18.181, de 1982. Desde entonces, los notarios son los únicos responsables de identificar a los otorgantes, de quienes deben expresar nombres, apellidos, nacionalidad, estado civil, profesión, domicilio y cédula de identidad, salvo el caso de extranjeros o de chilenos radicados en el extranjero, quienes pueden identificarse con sus pasaportes o con los documentos de que les hayan permitido ingresar al país. La autenticación dolosa o culpable de una firma no correspondiente a la persona a quien la atribuye el notario le impone responsabilidades penales (artículo 443° del COT). Para asegurar la verdadera identidad de los firmantes el notario, o cualquiera de los otorgantes, puede exigir que dejen sus impresiones digitales en el instrumento (art. 409° del COT). La Corte de Apelaciones de Santiago, recientemente, ha impartido instrucciones a los notarios de su jurisdicción para que adopten regularmente esta práctica, en vista del notorio aumento de los casos de suplantación de personas y de utilización de documentos de identidad falsificados.

- e) *Obligación de leer el texto en voz alta antes de ser firmado.* Una Ley de Las Partidas exigía que el escribano leyera en voz alta la nota o minuta que las partes le hubieran entregado para confeccionar la escritura, o que él mismo hubiera

preparado bajo sus instrucciones (P. 3.18.54). Sin duda, esta ley suponía que la preparación técnica del escribano, su probidad, lealtad e imparcialidad, aseguraban una redacción clara del texto y su fidelidad estricta a las instrucciones recibidas; puesto que solo exigía dar lectura a la nota y no a la escritura misma. Esta nota, firmada por el o los otorgantes, era la que el escribano debía conservar y registrar. Este modo de proceder se justificaba porque eran minoría las personas que sabían leer y escribir y aun menos las que sabían redactar. Por ello, el Código de Las Partidas reglaba minuciosamente la forma en que se debía extender cada tipo de escritura. El título 18 de la Tercera Partida contiene formularios de todos los tipos de actos y contratos concebibles en su tiempo, tal como los traen hoy los libros formularios que denominamos «prontuarios». Por tanto, bastaba con las notas para desarrollar el texto de cualquier escritura utilizando el formulario legal. Cuando intervenían letrados, probablemente asesoraban al escribano en su trabajo o le entregarían el texto desarrollado. La legislación chilena actual reconoce esta práctica en la norma que obliga a extender ciertas escrituras que suelen tener complicaciones técnico-jurídicas sobre la base de minutas firmadas por abogados. Así ocurre con «las escrituras de constitución, modificación, resciliación o liquidación de sociedades, de liquidación de sociedades conyugales, de partición de bienes, escrituras constitutivas de personalidad jurídica [?], de asociaciones de canalistas, cooperativas, contratos de transacciones y contratos de emisión de bonos de sociedades anónimas» (artículo 413, inciso 1º, del COT). El notario debe dejar constancia del nombre del abogado redactor de la minuta; pero la omisión de esta exigencia no afecta a la validez de la escritura. En los lugares en que hay menos de cuatro abogados se exige a los notarios de esta exigencia. En la práctica los abogados con experiencia entregamos a los notarios los textos completos para que se limiten a transcribirlos. Los abogados sin experiencia generalmente solicitan auxilios de redacción a los notarios.

Después de promulgada la pragmática de 1503, que ordenó confeccionar escrituras matrices conservándolas en «protocolos»; perdieron importancia las notas y la cobraron estas matrices; y la obligación de leer aquellas en alta voz fue reemplazada por la de leer el texto desarrollado. (RLE 4.25.13 y NRLE 10.23.1).

Alonso de Villadiego confirma esta práctica en Castilla en el siglo XVIII: «y son obligados á leer á las partes las escrituras y á los testigos sus dichos y deposiciones que passaren ante ellos».³⁸

³⁸ Alonso de VILLADIEGO, *Instrucción Política y Práctica Judicial conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y Tribunales de Corte y otros Ordinarios del Reyno. Utilísima para los Gobernadores, Corregidores y otros Jueces Ordinarios y de Comisión, y para los abogados, escribanos, procuradores y litigantes*. Edición corregida y enmendada, Madrid, 1747, Cap. 5, párrafo 10, p. 240.

Pervive en Chile la práctica de dar lectura a las escrituras, debilitada por el progreso de los tiempos y por la celeridad de los negocios. Dispone a este respecto el artículo 407 del COT: «Cualquiera de las partes podrá exigir al notario que antes de firmarla, lea la escritura en alta voz, pero si todos los otorgantes están de acuerdo en omitir esta formalidad, leyéndola ellos mismos, podrá procederse así».

- f) *Firma de los otorgantes y autorización del ministro de fe.* Se trata de requisitos que, inexcusablemente, debía y debe reunir toda escritura pública para poder ser calificada de tal. Aunque muchas veces se diga que su omisión produce *nulidad*, lo que en estricto rigor produce es *inexistencia*: sin firma de los otorgantes *no hay escritura*; y tampoco la había, ni la hay, sin la autorización del ministro de fe.

No está claro en las Partidas si era requisito de validez de toda escritura pública que fuera firmada por el o los otorgantes; porque la ley que establecía, «Como deven ser fechas las Notas e las Cartas de los Escribanos públicos» (P. 3.18.54) exigía únicamente a los testigos manuscibir sus nombres al final de la carta, pero no lo exigía a las partes. Sin embargo, es razonable suponer que todo escribano precavido debió exigir a los otorgantes que firmaran, o cuando menos manuscibieran sus nombres. De este modo procedieron los primeros escribanos que hubo en Chile, en la segunda mitad del siglo XVI, aunque mantuvieron el sistema de Las Partidas de expresar fecha y lugar de otorgamiento al final, a modo de cierre.

La pragmática de 1503 exigió expresamente la firma de los otorgantes, ajustándose a lo que debió ser una práctica ya generalizada: «las firmen de sus nombres, y si no supieren firmar, firmen por ellos qualquiera de los testigos, ó otro que sepa escribir». Si firmaba una persona por otra, el escribano debía dejar constancia de ello al final de la escritura, individualizando a quien firmaba a ruego y la razón de hacerlo, consistente en no saber escribir, ni firmar, o en estar impedido físicamente.

La escritura debía concluir con una fórmula de estilo establecida en Las Partidas: «e por ruego, e por mandado dellos escrevi esta carta pública, e puse en ella signo mío, e escrevi mi nome» (P. 3.18.54). Esta exigencia fue ratificada por Carlos I y doña Juana por ley dada en Toledo, en 1525, reiterada en Segovia en 1532, recogida en RLE 4.25.12 y en NRLE 10.23.6: «todos los Escribanos del Número y Escribanos y Notarios Públicos de nuestros reynos, que signen los registros de las escrituras y contratos que hicieren y ante ellos pasaren». En su exacto tenor literal esta ley pasó a constituir derecho patrio chileno por más de una centuria, hasta la promulgación de la *Ley del Notariado* de 1925.

El artículo 403° del COT, al definir la escritura pública, dice que es el instrumento público o auténtico *otorgado* por el competente notario. Atribuir el

otorgamiento de la escritura al notario constituye una pervivencia conceptual ajustada inconscientemente a la idea de que es el escribano quien «otorga» la carta; como ocurría en el sistema de Las Partidas. A partir de la reforma que introdujo la Reina Católica, en 1503, la denominación de *otorgantes* corresponde en propiedad a las partes firmantes y no a los escribanos, tal como lo dicen el artículo 410° del COT, al emplear la expresión *firma de los otorgantes*, y el artículo 412° N° 2, al referirse a *los otorgantes que no hayan acreditado su identidad*. Ambos artículos contradicen la calidad de *otorgante* que el artículo 403° atribuye al notario al definir la escritura pública. Es obvio que la contradicción no fue advertida por los redactores del Código, precisamente porque la originó una supervivencia conceptual muy arraigada en la ilustrada mente de los insignes juristas que prepararon el proyecto, aprobado sin enmiendas por el Congreso, precisamente en homenaje a su indiscutible versación.

El modo de suplir la firma de los otorgantes que no saben o no pueden firmar, que arranca de las leyes de Partidas, transita por casi ochocientos años de historia para sobrevivir en el artículo 408° del COT con algunos elementos de modernidad propios del avance científico: «Si alguno de los comparecientes o todos ellos no supieren o no pudieren firmar, lo hará a su ruego uno de los otorgantes que no tenga interés contrario», según el texto de la escritura, o una tercera persona, debiendo los que no firmen poner junto a la del que «la hubiere firmado a su ruego, la impresión del pulgar, de la mano derecha o, en su defecto, el de la izquierda». El notario dejará constancia de este «hecho o de la imposibilidad absoluta de efectuarlo».

La «autorización» de la escritura la formaliza el notario, en el derecho chileno actual, poniendo su firma al final, después de las palabras «Pasó ante mí», «Doy fe», y rubricando y sellando todas sus fojas, según lo exigen los artículos 406 y 410, inciso final, del COT.

- g) *Obligaciones relativas a la dación de copias autorizadas*. Según disposiciones de la pragmática de 1503, recogidas en RLE 4.25.17 y en NRLE 10.23.5, estaba prohibido a los escribanos dar copias de las escrituras pasadas ante ellos mientras no estuvieran asentadas en el protocolo, «so pena que la escritura que de otra manera se diera signada, sea en sí ninguna, y el escribano que la hiciere pierda el oficio, y dende en adelante sea inhábil para haber otro, y sea obligado a pagar a la parte el interese». Una vez escritas en el protocolo y firmadas por otorgantes y testigos, los escribanos estaban obligados a dar copias a la parte «que ge la pidiere y debiere de dar», en plazos que variaban entre tres y ocho días según la extensión de los pliegos, so pena de pagar perjuicios y multa por cada día de retraso; pero solo podían dar una copia, denominada *original*, al acreedor de obligaciones de dar o de hacer, que constaran de la

escritura, porque dicha *primera copia* era la única investida de fuerza ejecutiva. Para obtener nueva copia que llevara aparejada ejecución, el acreedor debía conseguir un mandamiento de justicia, previo emplazamiento de la persona en contra de quien pretendía hacerla valer, según normas de la misma pragmática de 1503, recogidas en RLE 4.25.15 y 16 y NRLE 10.23.4 y 5. En el derecho patrio chileno pervivieron muchos años estas disposiciones que distinguían entre las *primeras* y las demás copias, que se denominaban, todas, *segundas copias*; de las cuales solo tenían mérito ejecutivo las primeras, y excepcionalmente las *segundas* obtenidas previo decreto judicial y citación de la parte contra la cual se harían valer. La ley N° 18.155, de 18.08.1982, reformó el COT y el Código de Procedimiento Civil, reconociendo mérito ejecutivo a todas las copias de escrituras públicas debidamente autorizadas por notario o archivero, dejando de existir la distinción tradicional que se hacía entre *primeras* y *segundas* copias y la gestión preparatoria de la vía ejecutiva que era necesario tramitar para obtener estas últimas.

8. CONCLUSIONES

La legislación hispano-indiana sobre escribanos y escribanías pervivió en Chile, con pocas alteraciones, hasta el año 1925, acomodada a la realidad institucional republicana. *Es la supervivencia directa y literal más prolongada de la legislación hispano india en el derecho patrio chileno.* A partir de la promulgación de la *Ley del Notariado*, en 1925, y del *Código Orgánico de Tribunales*, en 1943,³⁹ han pervivido conceptualmente, aunque no literalmente, muchas de las disposiciones e instituciones del notariado indiano en la redacción que dieron los legisladores chilenos a esos cuerpos legales. Tan extremada prolongación de *esta pervivencia literal y directa* está acreditada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile. Lo prueba una sentencia de este Tribunal fechada el 05.07.1921, en la que, fallando un recurso de casación en el fondo, declaró vigente, interpretó y aplicó la ley 5, del Título 23, del Libro 10 de la *Novísima recopilación*, que regulaba la dación de copias autorizadas de escrituras públicas en la situación tratada en la sección 7 literal g.⁴⁰ La limitada extensión de este trabajo me impide transcribir la parte pertinente de esta interesante sentencia.

³⁹ Este código hoy tiene el rango de Ley Orgánica Constitucional que le reconoce la Constitución Política de Chile, de 1980.

⁴⁰ Publicada en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XX, Sección 1ª, p. 495.