SANTIAGO, 2 de agosto de 2023.-

**REF.**: Minuta de presentación ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Lunes, 31 de julio de 2023.

Honorable Senadora, Sra.

**Luz Ebensperger Orrego**

Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento

Senado de la República

Santiago

Honorable Presidente:

 Con motivo de mi concurrencia a la sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Honorable Senado de la república que a Ud. le toca presidir, y en cumplimiento de la petición de algunos de sus miembros en la sesión del lunes 31 de julio pasado; paso con respeto a sintetizar mis opiniones respecto del proyecto de ley que reforma el sistema notarial, registral y de archivo de nuestro país, el que se encuentra en su segundo trámite legislativo, según Boletín N° 12.092-07, al siguiente tenor:

1. En primer lugar, debo agradecer la invitación que se me hecho por este importante cuerpo legislativo de nuestro país.

2. Lo segundo es expresar que desde que fuera presentada esta iniciativa durante el segundo gobierno del Presidente Piñera, he sido un crítico del mismo, entendiendo que cuando se hace crítica, es porque se analiza un proyecto desde su viabilidad técnica y jurídica. No está de más decir (sentadas las palabras del senador Sr. De Urresti), que se trata en definitiva de una decisión política. En esa dinámica, y dadas las fallas técnicas de que adolece la iniciativa, mi sugerencia es que dicha decisión debe ser sin lugar a dudas la de rechazar el mencionado proyecto.

3. Dicho lo anterior, y conforme al espíritu constructivista que me anima, resumiré todo lo posible los puntos generales y algunos específicos que el proyecto aborda, todo lo cual se encuentra reflejado en todas mis columnas escritas en el ‘Diario Constitucional’ a propósito del proyecto y de otras ideas que es evidente que todo proyecto que aluda a cambios radicales a un sistema (y no de simple maquillaje como el de autos), debe emprender.

4. Un poco de Historia.

a) **Respecto de la actividad notarial**, nuestro legislador siguió con la nomenclatura de la legislación hispana, de modo que hasta 1856, seguimos hablando de escribanos. En dicha data, se comenzó a utilizar el nombre de notario, denominación que era más acorde a la actividad que este ministro de fe realizaba. Ya en la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Justicia de 1875, se aprecia el cambio definitivo.

b) **Respecto del registro**, existía con anterioridad al código civil, un registro de hipotecas, censos y naves, creado en virtud del artículo 24 de la ley sin número de 1845, sobre prelación de créditos sobre la base de una antigua norma española de 1768 del rey Carlos III, e incorporada a la Novísima Recopilación de Leyes de España de 1805.

La norma a la que nos referimos es el reglamento del registro de hipotecas, censos y naves de 1848. Con la discusión y posterior promulgación del código, la idea del codificador del siglo XIX fue dotar de una nueva institucionalidad al dominio sobre inmuebles, cuestión que no ocurría con el reglamento de 1848; dentro de las ideas liberales de algunos de los miembros de la comisión que revisó el proyecto de código civil.

Sabemos que el código dispuso la dictación de una norma en su artículo 695 que mandató al entonces Presidente de la República, don Manuel Montt Torres, a dictar una norma reglamentaria que regulara con detalle esta nueva institución: el registro inmobiliario. Para ello, el mismo presidente nombró al entonces ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, don José Alejo Valenzuela Díaz, para realizar la tarea de redactar esa norma de detalle que resultó ser el Reglamento para la oficina del registro conservatorio de bienes raíces, llamado coloquialmente, reglamento conservatorio, el que data de 1857. Estas normas debían conversar con el código civil, cuestión que no se produjo debido principalmente a que, dogmáticamente hablando, el sistema fue el resultado de una adaptación literaria de normas contenidas en diversos cuerpos normativos circulantes en la época y contenidos en al menos dos textos de gran importancia: i) las Concordancias del Código Civil francés del autor Antoine de Saint-Joseph (1840), y, ii) las Concordancias de García Goyena (publicadas en 1852).

Por lo tanto, se hace evidente que, entre el sistema posesorio del código civil y el sistema de registro inmobiliario, existe una incompatibilidad de origen, la que produce conflictos de entendimiento entre unas normas y otras hasta nuestros días. Así, por ejemplo, es común escuchar que la inscripción del dominio en nuestro país es sólo prueba de posesión, lo cual es enteramente falso. Otro ejemplo, es el relativo a que nuestro sistema es de inscripción constitutiva del dominio y de otros derechos reales, por lo tanto, de derechos y no de títulos y menos de simples hechos, como la posesión.

c) **Respecto del archivo**, la actividad del archivero judicial quedó regulada recién a partir del COT en 1943, y con posterioridad en el Decreto Supremo reglamentario N° 14.735 de 1962 (que regula el archivo nacional). Con referencia al archivo en general había escrito don Andrés Bello López, al menos dos breves opúsculos en 1836 y en 1844, publicados en “El Araucano”, y luego recopilados por Miguel Luis Amunátegui en sus Obras Completas de Bello, publicadas durante la década de 1880 en nuestro país.

5. Hecha esta relación histórico-jurídica, me aboco a señalar **los aciertos y las debilidades del proyecto, con sus respectivas propuestas**:

5.1. Un acierto es sin duda, sacar de la competencia de los conservadores el registro de interdicciones, el cual pasa al Registro Civil. ¡Excelente decisión!

5.2. El cambio de algunas expresiones usadas en la antigua legislación, como, por ejemplo, ocurre con la palabra ‘escribano’ que es cambiada por ‘notario’, también resulta un acierto.

5.3. Las **debilidades** son más, lamentablemente:

 a) **Debilidades normativas**. Como señalé, las historias y funciones de notarios, conservadores y archiveros, son distintas. No se puede mezclar peras con manzanas. Todos cumplen funciones de fe pública, pero analógicamente, es decir, de distinta manera. El notario cuida de la fe pública notarial, la cual se cimienta en principios formales y sustantivos que le son propias a esa actividad. El conservador cuida de la fe pública registral, cimentada también sobre bases formales y sustanciales distintas. Lo mismo respecto del archivero, que debe gran parte de sus normas a la archivística global. En España, por ejemplo, una ley (y su reglamento) regula la actividad registral (desde 1861 -Ley hipotecaria-); y, otra ley de 1862, regula la actividad notarial.

 **Propuesta**. Dividir el proyecto en tres partes distintas, comunicadas en su funcionalidad, pero separadas en su estructura y fundamentos.

b) **Debilidad estructural**. Primero, antes de iniciar una reforma propiamente tal y no una modificación (maquillaje), se debe tener claro que es el sistema el que hay que reformular, no sólo en sus aspectos jurídicos, sino también técnicos, creando las instituciones que serán su radier.

Así sucedió con la reforma procesal penal, en virtud de la cual, y antes de referirse a su funcionalidad, estructuró la serie de instituciones que forman su fundación o radier: el Ministerio Público, la Defensoría Penal, los Juzgados de Garantía y los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal. Une vez hecho ese arduo trabajo, se capacitó a sus incumbentes, para, posteriormente, implementar su funcionalidad, por partes.

Por lo tanto, no soy partidario de realizar modificaciones que no afectan el corazón del sistema como es el caso de algunos aspectos más bien de corrección de palabras de uso forense que quedaron obsoletas. Ejemplo de aquello ocurre con la expresión ‘escribano’, la cual se cambia por ‘notario’, como ya señalé.

**Propuesta**. Crear un órgano centralizado dependiente del Ministerio de Justicia, llamado ‘Dirección General del Registro Inmobiliario y del Notariado’, separándolo de las funciones archivísticas. Esta DGRN estará a cargo de un Director Nacional, y de un Consejo con capacidad resolutiva e interpretativa de la labor registral y notarial. Como se trata de dos órganos (notarios y conservadores), cada área es servida por un coordinador o subdirector. En España, ninguno de sus ‘funcionarios’ depende del Ministerio (no son funcionarios públicos), por lo que no implican un costo adicional para el Estado.

¿Quiénes sirven entonces estos puestos? Los mismos notarios y registradores, en un sistema de trabajo anual renovable al pasar la totalidad de los miembros por esos cargos. El sistema por tanto se basa en la cooperación.

La fiscalización le corresponde en España a los Colegios Profesionales, los que tienen atribuciones en materia de interpretación de las normas legales con vinculación de sus dictámenes, bajo sanción de destitución o remoción del notario o registrador.

Cada año, un grupo de notarios o registradores, según sea el caso, actúan de órganos ad hoc de inspección. ¡Qué mejor que alguien que sabe, fiscalice a sus pares! El costo es asumido por el sistema. Pregunta: y mientras se sirve el cargo, ¿qué percibe el notario o registrador? Sus aranceles, porque mientras sirve, es reemplazado por su adjunto que es un funcionario de la notaría o del registro al cual pertenece el notario o registrador en concreto[[1]](#footnote-1).

 c) **Debilidad de dependencia del Poder Judicial**. Ni notarios ni conservadores ni archiveros deben seguir dependiendo en cuanto al control de sus actividades por el Poder Judicial.

 El sistema de visitas de jueces de letras, ministros de corte de apelaciones o del fiscal judicial, es un mecanismo obsoleto que no se modifica en esencia en el proyecto, sino que se profundizan sus fallas. Este sistema data en Chile desde 1842 y en la práctica junta a dos personas que no saben del tema, y que dejan entregado a la práctica de sus respectivos oficiales primeros, el cómo se lleva a cabo. El mecanismo propuesto en el proyecto es más de lo mismo.

¿Qué se vigila (porque no se fiscaliza en esencia)? Que los libros no contengan errores formales, pero nunca falencias sustantivas.

**Propuesta**. Que, tanto notarios como conservadores, sean fiscalizados por sus pares en comisiones anuales *ad hoc*, financiados por ellos mismos a través de los Colegios Profesionales.

**NOTA**: tanto notarios como registradores en España no son funcionarios públicos, sino profesiones privados del derecho -igual que en Chile-, de modo que el sistema no importa un costo adicional para el Estado. De hecho, el costo es asumido por el sistema mismo.

 d) **Debilidad del sistema de nombramiento**. En la actualidad el nombramiento se basa en el mecanismo de ‘terna’, el que está obsoleto. Si bien se explica por algunos incumbentes que el sistema es transparente porque el postulante pasa por una serie de pruebas (con resultados bien aleatorios y con poca publicidad de los mismos), y es propuesto por la Corte de Apelaciones respectivas (que forma la terna), resulta que es nombrado por otro órgano del Estado: el Ministro de Justicia.

 Lo cierto es que el que obtiene el mejor puntaje no es designado de inmediato, sino que, al cabo de un tiempo, el cual es ocupado por el postulante para realizar el antiquísimo ‘besa manos’, una reliquia monárquica que sigue presente en nuestro sistema, lamentablemente; pasa a formar parte de una terna, con el consecuente ‘besa manos’, ahora en el Ministerio de Justicia. Eso no es transparencia.

 **Propuesta**. Como señalé en mi exposición, me gusta el sistema español de nombramiento, en el cual el que oposita -postula a un cargo de notario o registrador-, debe rendir una serie de pruebas de toda índole en que se mide su capacidad e idoneidad técnica para servir el cargo, lo que se demuestra en la demora que tiene el proceso, ya que, quienes opositan lo hacen por lo general entre cinco y seis años (estudiando -por lo general se trata de doctores en derecho notarial o registral-), y preparándose en el área específica al que postula. Si el opositor pasa las pruebas (oposita), y obtiene el mayor puntaje, es seleccionado de inmediato.

 En consecuencia, es sabio propender a un sistema transparente que, sin perjuicio de pasar por el poder político en su nombramiento (pues de trata de una investidura de funciones públicas), se tome en cuenta la preparación específica del postulante y su puntaje obtenido en pruebas estandarizadas, confeccionadas por el órgano especializado (la DGRN, o los Colegios Profesionales, como es en España). Las pruebas en España cambian año a año. En Chile, es la misma prueba la que se aplica todos los años, con algunas pequeñas modificaciones no sustantivas.

 e) **Debilidad de la institución de los fedatarios**. Esto es sin duda lo peor que tiene el proyecto en sus aspectos notariales, porque se trata de una institución anglosajona que nada tiene que ver con nuestra tradición jurídica. Recuerdo a la Comisión que nuestro sistema es de derecho continental, de modo que instituciones como los fedatarios no nos pertenecen.

 **Propuesta**. Existe en España la institución del notario adjunto, substituto o delegado, quien reemplaza a los titulares cuando éstos sirven cargos en la Dirección General (que cambió su nombre hace ya dos años, a ‘Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública’). Por otro lado, los fedatarios podrían servir de adjuntos, pero no ser ministros de fe, como sucede en USA que cualquier dueño de almacén puede serlo. Eso llama a la corrupción, sin duda. Los fedatarios podrían sólo existir como los oficiales del registro civil, o como notarios adjuntos, pero sólo en regiones.

 f) **Debilidades normativas particulares**.

 **Primero**, en relación a los cuerpos normativos que se modifican, hay que decir que ninguno de ellos consulta la reforma al código civil[[2]](#footnote-2).

 **Segundo**, en relación a las normas que modifican el notariado, se observan incongruencias con motivo de las funciones y definiciones que competen a ese profesional, y no a otros. De hecho, se lo considera un auxiliar de la administración de justicia, en circunstancias de que nunca lo han sido. En España, sabiendo esto, se los separó entre los años 1861 y 1862, de las funciones judiciales, lo cual no fue advertido por los redactores del COT.

 **Tercero**, en relación a las normas del Reglamento conservatorio debemos decir que se trata de un Decreto Supremo Reglamentario (DSR), no de un DFL (como sostienen algunos autores)[[3]](#footnote-3). Lo siguiente es preguntarse, ¿por qué si se trata de un DSR debimos recurrir a una ley para modificarlo? Mal de técnica legislativa.

 Las **modificaciones al reglamento** son técnicamente de mala calidad. Sólo algunos ejemplos:

 i) **Llevanza del libro de derechos reales por el mecanismo del folio real**. Se dice cambiar el sistema desde el mecanismo de llevanza del registro llamado folio personal, a uno de folio real. Lo primero es que el proyecto no usa debidamente el lenguaje, por cuanto no se crea un ‘folio real’ cuando se le asigna un número a una propiedad, sólo se le asigna un número o folio, pero no ‘real’. Y segundo, si se quiere avanzar hacia el folio real como mecanismo, debe entenderse que se requiere que no se lleven más registros parciales. Es decir, el folio real implica que en una sola hoja (o foja), se encuentren todas las situaciones jurídico-reales que afecten a un inmueble, todas sus mutaciones. En el sistema actual, la información sigue al ‘titular registral’, pero la misma se encuentra dispersa en varios libros o registros. Así, si la mutación es del dominio, la inscripción se hace en el registro de propiedad. Si además lleva consigo la constitución de una hipoteca, se hace la inscripción en el registro de hipotecas y gravámenes. Por último, si además contiene el título prohibiciones de alguna clase, éstas se inscriben en el registro de interdicciones y prohibiciones de enajenar.

 Peor aún, el número o folio asignado a la propiedad, ¿de dónde se extrae? ¿Es asignado por cada conservador? Algunos dicen que se requiere de un catastro, pero eso significaría crearlo antes que se comience a aplicar el sistema, con lo cual los tiempos de demora en tener un registro robusto se hacen eternos. Soy, de todas formas, de aquellos que piensan que no es necesario un catastro. No lo descarto, pero sólo sería posible si realmente se reformara el sistema.

 **Propuesta**. Si vamos a adoptar el mecanismo de folio real, terminemos con los registros parciales.

 ii) **Calificación registral**. De las normas del reglamento, el artículo 13 es el más mal entendido y aplicado tanto por conservadores como por los jueces. Sin embargo, se toca sólo marginalmente, eliminando algunas alocuciones obsoletas, y agregando un inciso final que no se entiende para qué fue puesto allí.

 Lo que hay que hacer en este sentido es recrear el sistema de examen de los títulos que se presentan al conservador para que éste pueda calificarlos.

 **Propuesta**: dictar una ley que alcance a las normas sustantivas, terminando, por ejemplo, con la absurda institución de la posesión inscrita, o de la idea doctrinaria de que la inscripción en el registro sólo es prueba de posesión, cuando nuestro registro es de derechos reales (dominio), y no de títulos o hechos jurídicos que no tienen la pertinencia de acceder al registro.

En la misma ley y en su reglamento (uno solo), deben contenerse aquellas reglas de detalle específico para elaborar los distintos asientos, asumiendo que queremos un mecanismo de llevanza basado en el folio real. Los que han hecho algunos conservadores en Chile no es técnicamente correcto.

 6. Por último, quisiera referirme brevemente al **informe de la Fiscalía Nacional Económica**, el cual fue ampliamente analizado en mis columnas escritas al respecto en el mencionado Diario Constitucional.

 a) La mirada económica de una institución como la que se quiere reformar, no reviste el carácter jurídico que es lo relevante en el proyecto. A la fe pública notarial y registral no les puede aplicar parámetros económicos. Si bien se trata de un monopolio, éste es creado por la ley, de modo que más compete a la FNE perseguir a Colun y Soprole que tienen un oligopolio, que a los notarios y conservadores.

 b) La toma de muestras de Santiago y Valparaíso, sólo ‘demuestra’ que no se trata de una vista a la realidad nacional, y que, desde 1854 -con otra realidad-, se realiza el mismo ejercicio. En efecto, en 1854 el presidente Montt le encargó a José Alejo Valenzuela que inspeccionara bajo la figura de la visita, las escribanías de Santiago y Valparaíso (escribanías que llevaban también el registro de hipotecas, censos y naves de 1848), dando a conocer un informe acerca de la llevanza de los libros. Hoy, seguimos pensando que Chile sólo es Santiago y Valparaíso, lo cual es una falacia.

 c) Los expertos (abogados de re nombre) citados por el ex funcionario de la FNE, son abogados no expertos en derecho notarial y registral, de modo que sus apreciaciones no tienen mucho peso.

 d) Lo único que logró el informe es poner el tema de notarios, conservadores y archiveros en medio de la discusión pública y política, pero nada más. Los alcances que se hagan a lo que siempre se alude: ¿cómo mejoramos la situación del ciudadano de a pie, de la calle, o de la “Sra. Juanita? Lo singular, es que no la mejora en nada, puesto que nuestro sistema notarial y registral es el más barato de Latinoamérica en términos comparativos, y porque la ley de desnotarización no hizo la vida más fácil o más barata a los ciudadanos.

 En fin, como se puede apreciar honorable presidente, no me cabe la menor duda de que el proyecto presentado es de mala calidad técnica y jurídica, lo que nunca puede significar que el sistema no deba ser modificado o reformado.

 Uno de mis maestros siempre decía respecto de las reformas, que para cambiar algo se requiere amén de voluntad política, de un grupo de personas dispuestas a trabajar por el bien del país, y no aparecidos que nada saben de ese algo a reformar. Si nada cambia, estamos en el escenario del ‘Gatopardo’ de Giuseppi Tomasi di Lampedusa: cambiar todo, sin cambiar nada.

 Por ello, en mi humilde opinión, si se quiere reformar el sistema, este proyecto no sirve. Como la decisión es política, tal como está el proyecto, estoy convencido de que debe ser rechazado al momento de su votación por la H. Comisión y por el Congreso.

 Si, por el contrario, la idea es reformar en serio, se requiere de voluntad política y de un grupo de incumbentes que realmente conozcan los distintos sistemas, y en proyectos separados: uno para notarios; otro para conservadores; y, otro para archiveros. De lo contrario, el maquillaje sólo provocará más problemas de los actuales.

 Si se opta por reformar, créame que no le costará un peso al Estado el prestar un servicio de tanta importancia y honor para quien suscribe la presente minuta. En tal sentido, puede Ud. contar con mis conocimientos y experiencia *ad honorum*.

 Sin otro particular, le saluda atentamente,

**Dr. Santiago Zárate G.**

Universidad Central de Chile

1. Puedo informar más detalladamente de este sistema cuando así se requiera por la H. Comisión. [↑](#footnote-ref-1)
2. Existe un solo proyecto de ley (de entre los treinta y algo que se han presentado a lo largo de nuestra Historia), que fue la moción del senador Barahona de 1910, que se planteó por el camino correcto: modificando las normas del código civil referentes a la posesión y a la tradición para ajustarlas al sistema de registro, y no al revés. [↑](#footnote-ref-2)
3. Eso es una *extrapolatio ad fantasmata*, es decir, un interpretación o entendimiento de una institución partiendo desde el hoy hacia el pasado. Durante el siglo XIX no se advierte la presencia normativa de ningún DFL. De hecho, sólo existe una ley delegatoria constitucional dictada con ocasión de un estado de sitio. [↑](#footnote-ref-3)