



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Centro de Estudios de Derecho Informático

**ASPECTOS PROCESALES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE UN
REGISTRO INMOBILIARIO ELECTRÓNICO**

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

RICARDO ISAAC PIZARRO SANTIBÁÑEZ

Profesora guía: Carola Canelo Figueroa

Santiago de Chile

2014

Tabla de contenido

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN..... | 1 |
| CAPÍTULO I | |
| EL DERECHO REGISTRAL INMOBILIARIO..... | 7 |
| 1.1- Nociones generales..... | 7 |
| 1.2- El Registro Inmobiliario..... | 9 |
| 1.3- Principios Registrales..... | 12 |
| 1.3.1- Principio de Rogación o Instancia..... | 13 |
| 1.3.2- Principio de Legalidad..... | 13 |
| 1.3.3- Principio de Inscripción..... | 14 |
| 1.3.4- Principio de Publicidad..... | 15 |
| 1.3.5- Principio de Legitimación..... | 17 |
| 1.3.6- Principio de Fe pública..... | 18 |
| 1.3.7- Principio de Consentimiento..... | 19 |
| 1.3.8- Principio de Prioridad o Rango..... | 19 |
| 1.3.9- Principio de Tracto sucesivo o continuo..... | 20 |
| 1.3.10- Principio de Especialidad o determinación..... | 20 |
| 1.4- Técnicas empleadas en los registros de propiedad inmueble..... | 21 |
| 1.4.1- Registros según su contenido..... | 21 |
| 1.4.2- Registros según su técnica registral empleada..... | 22 |
| 1.5- La inscripción..... | 24 |
| 1.5.1- Según su grado de perfeccionamiento..... | 25 |
| 1.5.2- En atención a la forma..... | 28 |
| 1.5.3- En atención a la función y efectos..... | 29 |
| 1.6- Los sistemas registrales..... | 31 |
| 1.6.1- Principales sistemas registrales inmobiliarios..... | 34 |
| 1.6.1.1- Sistema registral inmobiliario Francés..... | 34 |
| 1.6.1.2- Sistema registral inmobiliario Alemán..... | 36 |
| 1.6.1.3- Sistema registral inmobiliario Suizo..... | 40 |

| | |
|--|-----------|
| 1.6.1.4- Sistema registral inmobiliario Australiano o del Acta Torrens. | 42 |
| 1.6.1.5- Sistema registral inmobiliario Anglosajón. | 47 |
| 1.6.1.5.1- Estados Unidos | 47 |
| 1.6.1.5.2- Gran Bretaña | 50 |
| 1.6.1.6- Sistema registral inmobiliario Español..... | 51 |
| 1.6.1.7- Sistema registral inmobiliario Latinoamericano. | 53 |
| 1.6.2- Sistema registral Inmobiliario Chileno. | 55 |
| 1.6.2.1- Características generales..... | 55 |
| 1.6.2.2- Régimen general, aspectos formales..... | 57 |
| 1.6.2.3- Régimen general, aspecto material..... | 61 |
| 1.6.2.4- La inscripción. | 66 |
| 1.6.2.5- Principales críticas al sistema nacional..... | 73 |
| CAPÍTULO II | |
| ASPECTOS DE DERECHO NOTARIAL..... | 76 |
| 2.1- Sistemas notariales. | 76 |
| 2.1.1- Notariado Anglosajón o privado. | 77 |
| 2.1.2- Notariado Latino o público..... | 79 |
| 2.2- Principios del notariado Latino..... | 83 |
| 2.2.1- Principio de profesionalidad | 85 |
| 2.2.2- Principio de forma | 85 |
| 2.2.3- Principio de asesoramiento | 85 |
| 2.2.4 Principio de imparcialidad..... | 86 |
| 2.2.5- Principio de la autoría y redacción | 86 |
| 2.2.6- Principio de legalidad | 87 |
| 2.2.7- Principio de registro o protocolo | 87 |
| 2.2.8- Principio de conservación protocolar..... | 88 |
| 2.2.9- Principio de intermediación | 88 |
| 2.2.10- Principio de unidad de acto | 89 |
| 2.2.11- Principio de interpretación..... | 89 |
| 2.2.12- Principio de legitimación..... | 89 |
| 2.2.13- Principio testimonial | 90 |

| | |
|---|-----------|
| 2.2.14- Principio de reproducción, representación instrumental y comunicación | 90 |
| 2.2.15- Principio de autenticación | 90 |
| 2.2.16- Principio de fe pública notarial | 91 |
| 2.3- La fe pública..... | 91 |
| 2.4- La autenticidad | 96 |
| CAPÍTULO III | |
| EL INSTRUMENTO PÚBLICO..... | 99 |
| 3.1- Documento e instrumento | 99 |
| 3.1.1- Clasificación doctrinaria de los Instrumentos..... | 103 |
| 3.1.1.1- Por motivos de otorgamiento o según su finalidad..... | 104 |
| 3.1.1.2- Por su naturaleza jurídica..... | 105 |
| 3.1.1.3- Por el valor probatorio | 105 |
| 3.1.1.4- Por la forma en que se acompañan al proceso..... | 106 |
| 3.2- Instrumento público..... | 107 |
| 3.2.1- Definición..... | 107 |
| 3.2.2- Requisitos del Instrumento público..... | 109 |
| 3.2.3- Valor probatorio del instrumento público..... | 111 |
| 3.2.3.1- Valor probatorio respecto de las partes..... | 112 |
| 3.2.3.2- Valor probatorio del instrumento público respecto de terceros | 116 |
| 3.2.4- La presunción de autenticidad del instrumento público..... | 118 |
| 3.2.5- Forma de acompañar los Instrumentos públicos al juicio..... | 118 |
| 3.2.6- Impugnación del instrumento público..... | 119 |
| 3.2.6.1- Nulidad del Instrumento: | 119 |
| 3.2.6.2- Falta de autenticidad o falsedad material:..... | 120 |
| 3.2.6.3- Falsedad de las declaraciones de las partes contenidas en él | 122 |
| 3.3- Escritura pública..... | 123 |
| 3.3.1- Requisitos de la escritura pública..... | 124 |
| 3.4- Instrumento privado..... | 125 |

CAPÍTULO IV

LA FIRMA Y EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO, SU VALOR PROBATORIO.

| | |
|--|-----|
| | 130 |
| 4.1- La sociedad de la información..... | 130 |
| 4.2- Informática..... | 133 |
| 4.2.1- Cibernética..... | 134 |
| 4.2.2- Informática..... | 134 |
| 4.2.3- Informática Jurídica..... | 136 |
| 4.3- Aspectos generales del comercio electrónico..... | 137 |
| 4.3.1- Contratación electrónica..... | 139 |
| 4.3.2- Requisitos de los contratos electrónicos..... | 141 |
| 4.4- La ley de firma electrónica..... | 145 |
| 4.4.1- Principios informadores de la regulación del documento y firma electrónica..... | 145 |
| 4.4.1.1- Libertad de prestación de servicios..... | 146 |
| 4.4.1.2- Libre competencia..... | 146 |
| 4.4.1.3- Compatibilidad internacional..... | 147 |
| 4.4.1.4- Neutralidad tecnológica..... | 147 |
| 4.4.1.5- Equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel..... | 147 |
| 4.4.2- La firma electrónica..... | 148 |
| 4.4.3- Los certificados de firma electrónica y el Prestador de servicios de certificación..... | 154 |
| 4.5- El documento electrónico y su valor probatorio..... | 156 |
| 4.5.1- Características del documento electrónico..... | 158 |
| 4.5.2- Valor probatorio de los documentos electrónicos..... | 160 |

CAPITULO V

PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN: EL REGISTRO INMOBILIARIO ELECTRÓNICO.....

| | |
|--|-----|
| | 166 |
| 5.1- Firma electrónica y Derecho Registral..... | 166 |
| 5.2- El Auto Acordado y sus errores..... | 169 |
| 5.3- La seguridad jurídica y la tecnología..... | 175 |
| 5.4- El Prestador de Servicios de Certificación (PSC) frente al Notario..... | 179 |
| 5.5- El sistema de registro o archivo electrónico..... | 182 |

| | |
|--|-----|
| 5.6- Elementos de un sistema de archivo electrónico..... | 187 |
| 5.6.1- Soporte del archivo electrónico | 188 |
| 5.6.2- Seguridad del archivo electrónico | 188 |
| 5.6.3- Organización de los sistemas de archivo de los documentos informáticos | 189 |
| 5.6.4- Reproducción de los instrumentos públicos | 190 |
| 5.7- El Registro inmobiliario electrónico..... | 191 |
| 5.8- Una propuesta de modernización al sistema registral..... | 192 |
| 5.8.1- Cambio hacia la técnica del Folio Real. | 194 |
| 5.8.2- Presentación de documentos al Conservador de Bienes Raíces.. | 201 |
| 5.8.3- La práctica de la inscripción en el Registro electrónico..... | 202 |
| 5.8.4- Información registral..... | 204 |
| 5.8.5- La firma electrónica en el procedimiento registral | 207 |
| 5.8.6- El archivo electrónico | 209 |
| 5.8.7- Registro electrónico y medidas de seguridad..... | 210 |
| 5.8.8- Otorgamiento de copias electrónicas. | 211 |
| CONCLUSIÓN | 214 |
| BIBLIOGRAFÍA | 218 |

INTRODUCCIÓN.

En la actualidad es común acceder y obtener desde cualquier lugar que se cuente con acceso a internet, a una serie de información dispuesta por organismos públicos y privados de una forma rápida y segura. En este sentido el objetivo de esta Memoria se dirige a analizar la posibilidad legal, conforme al ordenamiento jurídico vigente, de modernizar el sistema registral inmobiliario chileno implementando un nuevo Registro de carácter electrónico, los aspectos jurídicos que de ello se derivan y en especial desde el punto de vista procesal en cuanto a la seguridad y certeza jurídicas que nos ofrece el Registro Inmobiliario y la importancia de la fe pública.

Desde antiguo, los bienes raíces para el ser humano han tenido una relevancia económica trascendental, siendo una fiel representación de la riqueza y una fuente importante del mercado financiero. Estos aspectos se tuvieron en consideración a la hora de redactar el Código Civil, estableciendo como principio inspirador la libre circulación de los bienes y en especial el de la propiedad raíz. Es innegable que la regulación del dominio, uso y goce de los bienes, hecha por el Código, sumada a las influencias de legislaciones como la francesa, alemana, española y la tradición romanista, nos permite señalar que

contamos con un sistema registral inmobiliario, pero ¿cuál de ellos?. En este punto será importante analizar los principales sistemas registrales para entender los principios sobre los cuales se sustenta el nuestro, las técnicas de Registro existentes, el carácter, la protección y valoración de la inscripción.

Conquistar la certeza y seguridad jurídicas es el objetivo que persigue el Estado, por este motivo inviste de autoridad a ciertas personas encargadas de brindar fe pública. Dentro de ellos reconocemos a Notarios y Conservadores de Bienes Raíces, este último desde hace más de 150 años se encarga de custodiar y llevar diversos Registros, todos en soporte de papel. La institución Conservatoria en nuestro país ha sido de vital importancia y a simple vista no requiere de grandes transformaciones, ya que ha sabido sobreponerse a los problemas que han surgido con el tiempo sobre fe pública, seguridad, certeza, inscripción, entre otros. Estos logros le han permitido ganarse la confianza tanto de particulares como del Estado, facilitando por un lado, el crédito inmobiliario y por otro el cálculo de los impuestos que de ellos se deriven.

A pesar de ello, no podemos negar el explosivo avance de las tecnologías y la sociedad de la información que están familiarizadas en prácticamente todas las actividades del hombre y fundamentalmente en el desarrollo económico. Esta situación no es distinta en el ámbito público, donde

sus organismos e instituciones han sido partícipes de estos cambios, tomando una tribuna bastante participativa invirtiendo en infraestructura, formación y capacitación de profesionales. Sin perjuicio de ello, aún existe un limitado acceso de las personas a las herramientas tecnológicas, originado fundamentalmente por la desconfianza y el analfabetismo digital.

Ahora bien, centrándonos en las instituciones registrales y notariales, podemos afirmar que han sido muy eficientes en la seguridad, publicidad, certeza y perdurabilidad en el tiempo (existencia material y obtención de la información) de los instrumentos públicos. Sin embargo, debemos hacernos cargo de una realidad abordada por algunas legislaciones, donde con distintos grados de desarrollo han incorporado el uso de herramientas tecnológicas que permiten la existencia de sistemas de almacenamiento, distribución y reproducción de información de forma electrónica. Todo esto es un desafío urgente de responder, porque avizoramos que con el tiempo, el soporte electrónico acompañado de las tecnologías será el sustituto natural del que se lleva en papel.

Como lo indicábamos, nuestro país no ha sido ajeno a estos cambios y es así como en el año 2002 se dictó la ley 19.799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, que

vino a complementar el sistema tradicional de instrumentos en soporte de papel, centrando su aplicación en el comercio electrónico y la incorporación del país a un movimiento internacional que se ha venido desarrollando por más de una década. Ya en ese momento se discutió aplicar esta ley a los instrumentos públicos otorgados por Notarios y Conservadores, descartándola debido al complejo análisis de ellos en un soporte electrónico, pero no negando la posibilidad que en un futuro pudiere dársele aplicación. Así fue como la Corte Suprema en el año 2006, a través de un Auto Acordado, no exento de críticas, regula y permite el uso de la firma electrónica por dichos funcionarios.

El uso de la Firma electrónica, es un punto de importante análisis porque es el mecanismo de seguridad en el mundo electrónico. Asociado a ella se encuentra el Prestador de Servicios de Certificación, una entidad ajena al mundo registral pero facultado por la autoridad para la certificación de dichas firmas, asumiendo en este sentido el rol de Notario en el ámbito electrónico lo cual genera conflictos con la concepción tradicional que tenemos de este Ministro de Fe Pública. Por esto será necesario estudiar ambos aspectos, por un lado, la función del Notario dentro de los sistemas latino y anglosajón, los principios sobre los cuales descansa y su labor en el resguardo de la fe pública; y por el otro, las bases de la firma electrónica, la valoración que le otorga la ley

a los documentos que cuentan con ella y como se utiliza por con Notarios y Conservadores.

Encontrar una real modernización del sistema registral chileno, a través del uso de las tecnologías es a lo que aspiramos, tal como sucede en otras latitudes que han tenido exitosos resultados y que será materia de estudio en este trabajo. No es una tarea sencilla porque debemos enfrentar y analizar variados problemas, tanto tecnológicos, procesales como registrales, sobre todo en consideración a que, desde hace un tiempo a la fecha, han surgido propuestas de modernización desde el mundo académico y también a través de proyectos de ley.

La creación de un registro inmobiliario en soporte electrónico abre la puerta a que todos los actos o contratos relacionados con bienes raíces se practiquen electrónicamente, logrando una considerable disminución de tiempo, costos y distancias. En cuanto a los Registros será necesario analizar el carácter de los archivos electrónicos, su sistema de almacenamiento, reproducción, seguridad y el valor probatorio que le otorga nuestro sistema a los documentos e instrumentos públicos y privados, y entender el carácter de los que se encuentran en formato electrónico.

Lo anterior nos lleva, con razón, a pensar en la posibilidad de establecer un sistema informático nacional, interconectado vía internet entre las instituciones registrales y con el resto de las instituciones públicas. Sumado a esto no podemos quedar ajenos a la falta de un Catastro que cuente con la información exacta de los lindes de todos los inmuebles y que esté en constante comunicación con el Registro, lo cual implica necesariamente tener profesionales calificados en distintas áreas y capacitados en el uso de las herramientas tecnológicas.

Será relevante estudiar los aspectos que hemos señalado, viendo tanto la realidad nacional como algunas experiencias extranjeras, para permitirnos hacer un diagnóstico de la situación y dar paso a propuestas tendientes a perfeccionar nuestro sistema registral y en especial, afirmar o no la factibilidad de implementar un Registro Inmobiliario Electrónico en nuestro país.

CAPÍTULO I

EL DERECHO REGISTRAL INMOBILIARIO

1.1- Nociones generales.

En doctrina existen distintas posturas, al momento de determinar cuál es el objeto de estudio del Derecho Registral Inmobiliario, la forma en que regula las relaciones jurídicas en cuanto tales y como integrantes del Registro. De esta forma es posible distinguir:

- a) Derecho Hipotecario: Es la interpretación clásica y más arraigada en el derecho español. Se caracteriza por su restringido alcance, referido solo al tráfico de derechos reales sobre inmuebles. El problema de esta interpretación radica en el punto de no da explicación a su uso en el resto de los derechos reales, ya que de su denominación se entiende que solo se circunscribe al derecho real de hipoteca y sus modificaciones.

- b) Derecho Inmobiliario: Proviene de la doctrina alemana, caracterizada por ser una interpretación muy amplia que nos llevaría al estudio de toda la teoría general de los bienes inmuebles.

- c) Derecho Registral o del registro de la propiedad: Se deriva de la primera doctrina, pero centrándose solamente en el Registro como medio para conseguir la publicidad.

- d) Derecho registral inmobiliario o derecho inmobiliario registral: Es la interpretación más aceptada actualmente, porque comprende de forma muy precisa el contenido de su estudio. A pesar de que consideremos similares estas expresiones, en doctrina se hacen pequeñas diferencias que para el objeto de este estudio no es necesario mencionar.

Debido a los elementos que lo caracterizan, es considerado como una rama del derecho, básicamente por su especialidad; la heterogeneidad de sus normas; la publicidad como objetivo y la doctrina especializada que existe. Así, es posible establecer una definición de Derecho Registral Inmobiliario como “el conjunto de normas que regulan, a través de la inscripción del Registro de la Propiedad, principalmente, las formas de constitución, modificación y extinción

de las relaciones jurídicas reales que tienen por objeto bienes inmuebles, y accesoriamente, el contenido y efecto de las mismas. "¹

1.2- El Registro Inmobiliario

El Registro inmobiliario tiene como objetivo fundamental la publicidad de los actos o contratos que en él se contienen, este es el fin perseguido por el legislador y que consigue a través de una estructura organizativa, pudiendo ser: de carácter privado, bajo supervigilancia estatal o como un servicio público.

La palabra Registro, tiene tres acepciones, una formal, una material y otra institucional. La primera, la relaciona con el o los libros que contienen una realidad jurídica del inmueble, objeto de publicidad; el segundo, se vincula con la oficina o establecimiento organizado, esté bajo supervigilancia estatal o privada; y el último es el que acapara nuestro interés por tener dos vertientes, una tradicional que señala al registro como institución jurídica privada y otra, que lo considera como servicio público, velando por los intereses generales de la comunidad.

¹ FUNDACIÓN Fernando Fueyo. Estudio sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio, cuarta parte, Derecho Registral Inmobiliaria. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2003, pág 18

Esta última concepción, es la que adoptamos puesto que tiene elementos esenciales como: finalidad pública, dotación, regularidad y continuidad, características que lo terminan configurando como un servicio público, así lo señala LÓPEZ MEDEL:

“el Registro de la Propiedad es aquel servicio público de carácter esencial y jurídico que tiene por objeto la publicidad de determinadas situaciones jurídicas, por medio de la inscripción obligatoria o constitutiva de los derechos reales, como regla general sobre inmuebles, en razón a la seguridad del tráfico inmobiliario de la cual es destinataria la propia sociedad, a la vez que satisface el interés particular de los individuos, estando a cargo de unos funcionarios públicos, técnicos en derecho, con facultades de índice jurisdiccional, a los fines, por medio de la calificación, de la justicia registral ”²

Ahora, es pertinente dar un breve tratamiento a estos elementos esenciales:

- Fin público: Considerando que el Registro es una necesidad común a todos, y más aún hoy, donde el tráfico inmobiliario se apoya fuertemente en el Registro para dar agilidad tanto en el ámbito financiero como social. En base a esto, es indispensable lograr satisfacer esta necesidad, por lo que sin lugar a dudas estamos frente a un servicio público.

² LÓPEZ Medel, Jesús. Modernas Orientaciones sobre la Institución Registral. 2ª edición ampliada. Madrid. B Ed. Fragua. 1975, pág 173

- Dotación: Se cuestiona si el Conservador o Registrador es un funcionario público, toda vez que obtiene su sueldo por medio de los honorarios que cobra a las personas. Independientemente de esta discusión, nos debemos centrar en dos aspectos característicos de cualquier función pública, y que el Conservador posee: i) su nombramiento, el que proviene directamente de la Administración y; ii) la permanencia en los servicios que presta.

- Régimen jurídico: Tanto el funcionamiento como la organización del Conservador son materias de regulación, sumado a la supervigilancia estatal sobre el funcionario a través de órganos destinados a ello.

- Regularidad y continuidad: Como ya lo mencionamos, son características básicas de todo servicio público y de donde se desprende la obligatoriedad de la inscripción.

Teniendo presente que el objetivo principal perseguido por el registro es la publicidad inmobiliaria, es necesario ahora observar cuáles son sus finalidades particulares, cualquiera sea el sistema adoptado. Así reconocemos cuatro puntos³:

³ Citado por FUNDACIÓN Fernando Fueyo. Op. Cit. pág. 38, 39

1. Reflejar la situación jurídica de la propiedad inmueble.
2. Dar seguridad para efectos del crédito territorial.
3. Impedir fraudes.
4. Otorgar a los terceros intervinientes una fiel garantía de la efectividad de sus derechos. Esto es el principio de certeza o seguridad que va en beneficio de los actos incorporados al Registro.

1.3- Principios Registrales

Los principios del derecho son aquellas normas o reglas básicas destinadas a explicar instituciones propias del derecho, como también permitir dar solución a los conflictos que se susciten dentro del ordenamiento jurídico. Desde una óptica netamente registral, es posible acercar dicho concepto a la realidad en estudio, así es como en la declaración III, del Primer Congreso Internacional de Derecho Registral se define a los principios del derecho registral, como “las orientaciones fundamentales que informan esta disciplina y dan la pauta en la solución de los problemas jurídicos planteados en el Derecho Positivo.”⁴ Otra definición⁵, sintetiza que los principios registrales influyen de

⁴ Citado por MOHOR Albornoz, Elías. Los Principios del Derecho Registral en Nuestro Sistema. En: ROJAS, Edmundo; Vidal, Ignacio; Mohor, Elías. Manual de práctica Registral Chilena. Santiago. Ed. Biblioteca Americana. 2007. pág. 51

⁵ FUNDACIÓN Fernando Fueyo. Op. Cit., pág 85, 86

manera clara y práctica, en las bases y lineamientos del derecho registral de cada país, permitiendo determinar que tan eficaces son los distintos sistemas, fundamentalmente en el ámbito de la seguridad jurídica.

Por este motivo es necesario dar un breve análisis a los principios que son recogidos por nuestro sistema registral:

1.3.1- Principio de Rogación o Instancia:

Es considerado como el primer acto registral, por regla general, el Conservador de Bienes Raíces solo actúa en la medida que su intervención sea solicitada por las parte, la autoridad judicial o administrativa.

1.3.2- Principio de Legalidad:

Para proceder a practicar una inscripción el Conservador está facultado para la calificación de los títulos o derechos que se le presenten, siendo susceptibles de inscripción solo los que se ajusten a las exigencias legales.

La intensidad de la calificación dependerá de la eficacia que se le dé a la inscripción en cada sistema. En nuestro país, según MOHOR ALBORNÓZ⁶, esta facultad implica la calificación pero además le entrega al Conservador una especie de jurisdicción de naturaleza voluntaria; es preventiva y provisoria; y una vez reclamada alguna de sus resoluciones, sale del ámbito de sus atribuciones para que conozca la justicia ordinaria.

1.3.3- Principio de Inscripción:

Es un principio básico porque a partir de él se sostienen los demás. Consiste en que la inscripción en el Registro, es la condición para la constitución, modificación o extinción del dominio u otro derecho real.

Éste principio asimilaría el concepto de inscripción con el de inscripción constitutiva (sistema alemán, suizo y australiano), dejando fuera a la inscripción declarativa (caso francés y español con algunas salvedades). Debe interpretarse éste principio de forma indistinta, cualquiera sea el tipo de inscripción adoptada, porque cada sistema otorga un valor distinto a la inscripción, pero en ningún momento la excluye de su regulación.

⁶ MOHOR Alborno, Elías. op. Cit., pág. 55

1.3.4- Principio de Publicidad:

Se refiere al carácter público de los Registros, permitiendo a cualquier persona acceder a ellos, sin necesidad de acreditar interés legítimo, además de poder solicitar certificados de los mismos. Éste principio en estos mismos términos en nuestro país, a diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado donde en ocasiones se exige la prueba de un interés legítimo.

El objetivo perseguido por la publicidad Registral Inmobiliaria se enfoca en la protección de los terceros que actúan en razón de la certeza, de una realidad jurídica exacta, que se plasma en los Registros. En este sentido es apropiada la definición que da LOVECCHIO, de publicidad inmobiliaria: “es la notificación cierta y oficial hecha a terceros, con el fin de amparar la buena fe, proteger, dar seguridad y favorecer el tráfico jurídico”⁷

Por otro lado, la propiedad inmueble ha inspirado un importante rol crediticio, ya que es susceptible de ser gravada para garantizar el pago o cumplimiento de obligaciones. A partir de esto surge la necesidad de que los actos o contratos que recaen sobre la propiedad inmueble sean públicos, pues de lo contrario, su realidad jurídica sería un misterio y los terceros actuarían a

⁷ Citado por FUNDACIÓN Fernando Fueyo. Op. Cit., pág. 25

tientas, desconociendo la existen gravámenes y si realmente quien dice ser propietario lo es.

En este sentido, ÁLVARES CAPEROCHIPÍ, señala que en una realidad así, donde se protege solamente la propiedad, se termina dañando al comercio e impidiendo la formación de un sistema financiero, por eso es relevante una real protección del crédito inmobiliario y del tercero adquirente.⁸ En cuanto al crédito, la forma más específica y técnica se logra a través de la publicidad de la propiedad inmueble y de los gravámenes que sobre ella recaigan en los respectivos Registros Públicos destinados para estos efectos.

Los Registros públicos y en particular el de Propiedad derivan directamente su existencia del Estado, quien ejerce su soberanía en todo el territorio de la República y que desde su origen se encarga de distribuir la propiedad. Para ello, se sustenta de títulos públicos que se transforman en un nuevo concepto de propiedad que se fortalece y desarrolla rápidamente gracias a la necesidad de la circulación de las riquezas, promovido por el sistema económico y financiero, “la propiedad es un título público y no son las cosas. El registro de la propiedad es el instrumento de formalización de la propiedad

⁸ ÁLVAREZ Caperochipi, José, Derecho Inmobiliario Registral. Madrid. Civitas S.A. 1986, pág 16

como título.”⁹. A través de este instrumento técnico se protege el crédito, en donde descansa nuestro sistema financiero, logrando conseguir así, el objetivo de la publicidad inmobiliaria, plasmar la realidad posesoria a un título. Esto trae como consecuencia seguridad jurídica se refleje en: i) brindar protección al crédito y tráfico, fomentando la movilidad de los inmuebles y la circulación de la riqueza; y ii) seguridad jurídica respecto del inmueble inscrito.

1.3.5- Principio de Legitimación:

Debido a su importancia, es uno de los principios más comunes en las distintas legislaciones, porque se centra en el efecto de certeza y seguridad jurídicas del Registro y la presunción de exactitud o veracidad de lo registrado. Algunas legislaciones le confieren un carácter de presunción de derecho, es decir, no acepta prueba en contrario, a diferencia de la situación nacional. Como presunción simplemente legal genera en Chile dos consecuencias claras:

- Presumirá titular del inmueble a quien aparezca inscrito en el Registro, y
- Quien alega inexactitud de los registros deberá probar tal situación.

⁹ ÁLVAREZ Caperochipi, José, op. Cit., pág 17

1.3.6- Principio de Fe pública:

Este principio es muy importante ya que es una manifestación de la presunción de exactitud del Registro, el cual otorga certeza y protección al tercero adquirente de buena fe, que actúa en razón de lo inscrito en los Registros. Se exige además, que el adquirente lo haga a título oneroso, salvo los casos de inscripción constitutiva que protege incluso a los adquirentes a título gratuito.

De lo anterior desprendemos los tres requisitos que generalmente se exigen para que opere este principio:

- a. Tercero adquirente, es aquel que deriva su derecho del anterior titular inscrito. Claramente para que goce de protección, su derecho debe estar a su vez inscrito.
- b. Buena fe, se refleja en la creencia del tercero adquirente que el Registro es exacto o desconoce de su inexactitud.
- c. Onerosidad de la adquisición, es decir, que exista una contraprestación patrimonial de parte del titular inscrito.

1.3.7- Principio de Consentimiento:

Para que se produzcan modificaciones al Registro, es necesaria la manifestación de voluntad del titular inscrito o de la persona que lo sustituya. Este principio, al igual que en la mayoría de los sistemas registrales, no es fácil observarlo nítidamente ya que está envuelto en el título o negocio causal, de donde se deriva el consentimiento del titular, ya sea para crear, modificar, transferir o extinguir un derecho.

1.3.8- Principio de Prioridad o Rango:

El primer acto registrable que ingresa al Registro excluye a cualquier otro posterior, a pesar de tener una fecha anterior al primero. Este principio, opera claramente para aquellos derechos reales que son incompatibles en un mismo inmueble, un ejemplo es el de la “doble venta”, en donde opera la exclusión del último acto que se pretenda inscribir. Pero existe la posibilidad de que estos actos sean conciliables, claro caso de la hipoteca, donde opera la prelación, es decir, las primeras inscripciones tienen mayor rango que las últimas.

1.3.9- Principio de Tracto sucesivo o continuo:

Busca alcanzar el reflejo de la realidad jurídica de un inmueble a través de la correcta vinculación de los sucesivos actos de disposición y/o gravámenes que ha sufrido el bien raíz. De esta forma, en cada uno de ellos no debe quedar duda que se manifiesta la voluntad del titular inscrito, lo cual permite mantener la continuidad de la titularidad registral, en otras palabras, “el que transfiere hoy es el que adquirió ayer y el titular actual el transferente a futuro.”¹⁰

1.3.10- Principio de Especialidad o determinación:

Tiene por finalidad individualizar el inmueble objeto de la inscripción y también a su titular. Este principio se observa claramente en los sistemas que adoptan la técnica de folio real, que más adelante explicaremos, donde el eje central de inscripción es el inmueble.

¹⁰ MOHOR Albornoz, Elías. op. Cit., pág. 55

1.4- Técnicas empleadas en los registros de propiedad inmueble

En esta parte nos abocaremos a analizar un tipo particular de registro inmobiliario, el de la propiedad, el cual puede clasificarse en cuanto su contenido y en cuanto a la técnica registral empleada, de la siguiente manera:¹¹

1.4.1- Registros según su contenido:

a) Totales: Contiene de forma íntegra y completa la realidad de la propiedad raíz, con todas las inscripciones, modificaciones y gravámenes.

b) Parciales: Solo se encargan de registrar determinados derechos reales.

c) De negocios jurídicos, o de actos y contratos: Registran el acto jurídico en cuanto generador de derechos. Este sistema es adoptado por el sistema francés, italiano y norteamericano.

¹¹ Seguimos la estructura de análisis en, FUNDACIÓN Fernando Fueyo. Op. Cit. pág. 39 y ss.

d) De Derechos o de Fincas: Solo publican la existencia de derechos reales sobre inmuebles sin tener en cuenta su título o antecedente, es decir su fundamento es el negocio mismo de disposición. Acá el criterio de ordenación es la finca, donde se garantiza tanto la titularidad del transmitente como la configuración física y jurídica de los inmuebles. Este sistema es adoptado por Alemania, Australia y los que derivan de ellos.

1.4.2- Registros según su técnica registral empleada:

a) Folio Personal: Las inscripciones se realizan en orden cronológico, organizando alfabéticamente los nombres de los titulares en índices. El eje central de inscripción es por tanto la persona o titular registral. El gran inconveniente de este sistema es el difícil conocimiento del estado jurídico de cada inmueble, porque el eje central de inscripción es el propietario, en consecuencia, si solo sabemos la ubicación del inmueble, determinar su situación jurídica es dificultosa. Esto se trata de subsanar con la existencia de un catastro con planos, pero que no escapa de inconvenientes por la imperante necesidad de su constante actualización.

Esta técnica es la que adoptan Francia (aunque ahora no del todo), Italia, Venezuela, Ecuador, Chile, entre otros.

b) Folio Real: En este tipo de registro, el eje central es el bien raíz, el cual tiene una hoja independiente o registro particular que recoge toda su historia jurídica. Comparativamente con el folio personal, este posee ventajas notorias, simplificando el registro, disminuyendo errores y sobre todo facilitando la publicidad. Este tipo de registro se complementa fuertemente con el Catastro, consiguiendo así, afianzar la fe pública y la legitimidad del registro.

Los países más desarrollados en derecho, registral tales, como Alemania, Suiza, España, Australia, han adoptado este tipo de folio. El hecho de que exista una hoja independiente por cada inmueble permite un completo conocimiento de la realidad jurídica del inmueble, facilitando mucho el análisis de quien solicita el registro como también del mismo Conservador.

En el ámbito internacional, en diversos Congresos de Derecho Registral Inmobiliario se ha hecho presente los beneficios de esta técnica, instado a las naciones a que lo consideren al momento de pensar en la modernización de sus sistemas registrales.

Dentro de estas técnicas de registro, no podemos desconocer la importancia que tiene el Catastro, orientado a la determinación de las cargas

públicas que gravan la propiedad raíz. Hoy en día, se usa como un instrumento de planificación territorial gracias a la identificación material que hace de los inmuebles. En este sentido, existe una relación de complementariedad con el Registro de la propiedad, ya que el Catastro se centra en la calificación jurídica a través del estudio de los títulos, y el Registro en la realidad material, en cuanto se certifiquen las declaraciones prestadas ante él.

En nuestro país el principal organismo encargado de llevar el Catastro de los inmuebles y la tasación de los mismos, es el Servicio de Impuestos Internos.

1.5- La inscripción.

Podemos definir a la inscripción como:

“una anotación que se verifica en los libros del Registro, al término de una serie causal antecedente, conteniendo las menciones ordenadas por la ley, y que tiene por objeto dar publicidad, con carácter general, a ciertos derechos, actos o contratos sobre inmuebles que se insertan literalmente o en un extracto en un asiento destinado al efecto, imponiendo cognoscibilidad legal y su protección jurídica.”¹²

De esta definición, se desprenden las características de la inscripción:

¹² FUNDACIÓN Fernando Fueyo. Op. Cit., pág. 52

- Constituye un documento que da cuenta de la celebración de un acto o contrato.
- Es un medio de publicidad legal dirigido a proteger y asegurar los derechos de los titulares. En este sentido, los efectos de la protección jurídica variarán de acuerdo al régimen de inscripción.
- Constituye siempre un acto causal, toda vez que es necesaria la existencia de un proceso previo a la respectiva anotación en el Registro.

Podemos realizar diversas clasificaciones en torno a la inscripción, pero más bien desde una perspectiva teórica, ya que resulta muy complejo encasillar dentro de determinados grupos la diversa gama de matices que podemos encontrar en los distintos sistemas registrales. De esta forma se pueden clasificar las inscripciones:

1.5.1- Según su grado de perfeccionamiento.

Distinguimos las inscripciones preparatorias, definitivas y extintivas.

i) Preparatorias.

Dentro de estas reconocemos:

- Anotación presuntiva: Constituye una especie de inscripción, de carácter transitoria, que marca el inicio de la publicidad registral. En nuestro país esta anotación se practica en el Repertorio, donde se deja constancia de la naturaleza del título, el nombre de los otorgantes y la fecha. Es relevante esta anotación, ya que una vez calificados los antecedentes por el Conservador y/o salvadas las observaciones que hubiere hecho de ellos, se debe realizar la inscripción definitiva pero no con la fecha de esta última sino con la de aquella primera anotación. Como vemos se recoge claramente el principio de la prioridad, donde existiendo dos o más inscripciones, primará la que haya sido anotada en fecha anterior en el Repertorio y no por el de las fechas de la inscripción definitiva.

- Preventivas: Constituyen anotaciones temporales que el legislador estima necesario practicar para brindar protección jurídica y prevenir a los terceros de la posible inexactitud de las inscripciones o impedir actos de disposición respecto de bienes o derechos objeto de prohibición de gravar o enajenar.¹³

- Contradicción: Es una institución propia del derecho alemán y cumple un fin de publicidad. Esta inscripción supone que la situación en que se encuentra

¹³ Este tipo de inscripción no es conocida en Chile de manera autónoma, pero se observa por ejemplo en las inscripciones de embargos, secuestros y demás prohibiciones respecto de inmuebles practicadas en los Registros de Hipotecas y Gravámenes o Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar.

el derecho del titular inscrito, que consta en el Registro, es distinta a la situación real. En nuestro Derecho se observa cuando el propietario transfiere su derecho mediando un vicio de nulidad, la única forma que tiene para resguardarlo es a través de la inscripción de una medida precautoria, limitando el derecho o prohibiendo al titular inscrito la disposición del mismo, mientras no se declare en juicio la nulidad del título que sirvió de antecedente para la inscripción.

ii) Definitivas

Se clasifican en dos tipos:

- Inmatriculaciones o primeras inscripciones: En nuestro sistema el término inmatriculación no es utilizado ni tampoco por la doctrina y jurisprudencia, usando solamente la expresión primera inscripción. Esta inscripción marca el ingreso del inmueble al Registro, algunos lo extienden tanto a las inscripciones que ingresan por primera vez, como para las que surgen como propiedad nueva, a raíz de las modificaciones de una ya registrada previamente. Para otros, opera solo para las primeras, es decir, aquellas que abren un nuevo folio.

- Inscripciones propiamente tal o de tracto: Esta inscripción pone término a un proceso que comienza con la petición de inscribir que se le hace al

Conservador. Es acá donde podemos ver en plenitud los principios de fe pública y presunción de exactitud del registro

iii) Extintivas o cancelaciones

Extinguen la eficacia de otras inscripciones, sean preparatorias o definitivas. Además, debemos mencionar otro tipo de inscripciones de menor relevancia, que toman el nombre de anotaciones marginales o subinscripciones, dirigidas a subsanar errores, omisiones u otra modificación que experimente el derecho inscrito.

1.5.2- En atención a la forma

Dependiendo de la extensión y contenido de la inscripción, se distingue:

- Transcripción: Consiste en la reproducción textual e íntegra del acto o contrato que debe inscribirse en el Registro.
- Inscripción: Se limita a extraer lo fundamental del título, permitiendo recoger con fidelidad y exactitud la esencia del acto o contrato que el título representa.

1.5.3- En atención a la función y efectos

Esta es la clasificación más importante y aceptada ampliamente en doctrina, así se distinguen las inscripciones:

i) Declarativas:

Prueban la existencia, transferencia o extinción de un derecho real sobre inmuebles, por medio de la anotación en el Registro del título respectivo. La enajenación en estos sistemas se perfecciona entre las partes desde el momento de la celebración del contrato o desde la verificación de la entrega o tradición, produciendo sus efectos respecto de terceros desde su inscripción.

Existen dos variedades de inscripciones declarativas:

- Simplemente declarativas: Otorga protección a quien haya inscrito su derecho en el Registro, poniéndolo a salvo de cualquier contradictor posterior o que no esté inscrito. Esta inscripción no prueba la existencia del derecho inscrito ni garantiza la validez del título de transferencia, pero su omisión provoca la inoponibilidad del acto a terceros por falta de publicidad.

- Calificadas: Tiene un efecto convalidante, es decir, el Registro extiende su protección aún al titular inscrito que adquirió su derecho mediante contrato nulo o de quien no tenía facultad de disposición, siempre que haya actuado de buena fe. En este caso, se sana la inscripción viciada para así mantener la exactitud del Registro en beneficio del adquirente.

ii) Constitutivas:

Es aquella inscripción que interviene directamente en la constitución, modificación o extinción de un derecho real sobre inmuebles. Su principal característica es garantizar la existencia del derecho inscrito estableciendo una presunción del dominio a favor del titular inscrito que adquirió de buena fe.

De acuerdo a la naturaleza de la causa o acuerdo previo a la transferencia, pueden tener:

- Causa abstracta: Es característica del derecho alemán, donde la inscripción representa la etapa final del proceso que conduce a la enajenación. Esta se inicia con el acuerdo abstracto de las partes que presentan al Conservador, manifestando su voluntad para realizar la inscripción y sin hacer mención a su causa (título o contrato previo), no afectándole los vicios provenientes de ella.

- Causa causal: Es propia del derecho Suizo, asemejándose mucho en cuanto a su función y efectos a la inscripción alemana. Del mismo modo, constituye la etapa final del proceso de enajenación, pero quedará sujeta al antecedente o título que reemplaza el acuerdo abstracto de transferencia que opera en el derecho alemán, así, debido a la relación causal existente entre el título y la inscripción, siempre la nulidad del título conllevará la nulidad de la inscripción a la que sirvió de fundamento.

1.6- Los sistemas registrales

La ordenación jurídica de la propiedad inmueble a través del registro de la propiedad es conocida como sistemas hipotecarios, sistemas inmobiliarios y más comúnmente como sistemas registrales. Una adecuada definición de este término es la siguiente:

“conjunto de normas que en un país determinado regulan las formas de publicidad de los derechos reales sobre bienes inmuebles mediante el registro de la propiedad, así como el régimen y organización de esa institución.”¹⁴

¹⁴ LACRUZ Berdejo, José Luis. Derecho Inmobiliario y Registral. Barcelona. Librería Broch.1995. Pág.28

Otra definición que podemos citar es la expuesta por Luis Vásquez López quien expone:

“es la organización del registro de la propiedad raíz o inmobiliaria es muy importante, porque tiene fines de publicidad de los actos y contratos jurídicos y las acciones declarativas de derecho, por ello es necesario una adecuada organización que contenga normas que garanticen la constitución, autenticidad, legalidad, y que sirva de prueba al estar inscritos.”¹⁵

Como podemos percatarnos, es la publicidad un tema central de análisis, tal como lo mencionábamos anteriormente, donde concluíamos que el gran objetivo y, en consecuencia, beneficio del registro eran: la certeza y seguridad del derecho, la limitación de conflictos y el incentivo al tráfico mercantil. Junto a ello, destacamos la protección que brinda a la propiedad y al crédito, constituyendo un pilar importante del sistema económico.

Sabemos que con el hecho de existir la publicidad registral, la concepción de propiedad inmueble y los gravámenes que sobre ella recaen, nos ha llevado a asimilarla a un título formal. Sin perjuicio de ello, el sistema de registro no es un tema sencillo, porque alrededor del mundo han nacido diversos sistemas que han dado respuestas a distintos problemas del registro, por nombrar algunos: la identificación precisa de la finca; una eficaz obligación

¹⁵ VÁSQUEZ López, Luis. Derecho y Práctica Registral. Editorial Liz. San Salvador. 2001. Pág.37

de inscribir los derechos a los sucesivos adquirentes; la protección del propietario frente al tenedor material de la finca, entre otros.

De este modo, podemos distinguir a grandes rasgos entre los sistemas latinos o romano antiguos y los germánicos. Los primeros, generalmente, siguen la tradicional distinción entre título y modo de adquirir, centrando su protección en la persona del titular inscrito, siguiendo siempre la validez de su antecedente causal; los segundos, se preocupan de proteger a los terceros que contratan en base a lo que consta en el registro, es decir la inscripción toma un valor prácticamente absoluto, otorgando gran protección a los terceros que actúan de buena fe.

Independientemente de las distinciones que hagamos entre los sistemas registrales, existe por parte de esta área de estudio una vocación comparatista, ya que los puntos coincidentes entre ellos en el derecho comparado, son variados. Así lo menciona MANZANO SOLANO¹⁶ basando sus argumentos en las opiniones de destacados autores europeos en la materia, que coinciden al señalar la “vocación comparatista del derecho registral”, que se basa en la existencia de un problema común, la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

¹⁶ MANZANO Solano, Antonio. Las Instituciones Registrales en los Países Occidentales. En: DÍAZ Fraile, Juan (coordinador). Estudio de Derecho Europeo Privado. Madrid. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. 1993. pág.572

De esta forma las soluciones que se dan en las distintas naciones, generan instituciones registrales paralelas, pero que no debemos observarlas de forma excluyente entre sí, porque si bien algunas han logrado abordar de mejor manera los problemas que se suscitan, hoy en día se está tendiendo a armonizar o aproximar sus regulaciones.

1.6.1- Principales sistemas registrales inmobiliarios.

Continuando con el estudio, procederemos a analizar de forma particular los sistemas de registro más importantes que existen hoy en día, tales como el francés, alemán, suizo, australiano, anglosajones, español y latinoamericanos.

1.6.1.1- Sistema registral inmobiliario Francés.

Este sistema se funda principalmente en el Código Napoleónico de 1804, el que con el correr del tiempo generó graves problemas de seguridad, debido a que bastaba el mero acuerdo de voluntades, para la transferencia del inmueble, no existiendo exigencia siquiera de escritura pública u otra solemnidad. La publicidad se dirigía a las hipotecas, pero solamente a las voluntarias, generando de igual forma un ambiente de inseguridad.

“El sistema del código de Napoleón y del código de procedimiento era, con todo, notoriamente insuficiente, y las quejas doctrinales eran unánimes. No existía seguridad de la propiedad del deudor, podrían existir cargas ocultas a la que estaban afectos los bienes comprados (hipotecas tácitas) y, en consecuencia, por ello, no existía seguridad en los créditos hipotecarios voluntarios.”¹⁷

Frente a esta situación, en el año 1855 se dicta la ley de Transcripciones que se orienta a solucionar este problema, pero sin alejarse de los principios que recoge su Código Civil, haciendo obligatoria la transcripción de los actos de transmisión de la propiedad, logrando ser así oponible frente terceros. Esta ley ha sido complementada y modificada con leyes posteriores, siendo principalmente el Decreto Ley de 4 de enero de 1955 el de mayor relevancia porque acerca el tradicional sistema francés a uno más semejante al alemán. Esto porque busca la identificación de la finca, a través de la coordinación de ciertos datos y la permanente comunicación entre el Catastro y el Registro. A mayor abundamiento, se estableció un fichero inmobiliario de carácter mixto que facilita el conocimiento de la historia de cada inmueble, y que lo entendemos así:

¹⁷ ÁLVAREZ Caperochipi, op. Cit., pág. 23

- Un fichero personal donde aparecen individualizados en cada ficha, los nombres de los titulares de derechos reales, señalándose los inmuebles o derechos que le pertenecen.
- Un fichero real, complementario del personal, que es fiel reflejo del catastro que contiene la realidad material del inmueble.

En el sistema francés, se adoptó la fórmula de enumerar detalladamente los actos en que se exige publicidad, lista que ha ido ampliándose con el paso del tiempo. Por otro lado, se consagra la inscripción declarativa (la inscripción solo deja constancia de un cambio que ya se ha producido fuera del registro), esto quiere decir, que no se garantiza la existencia del derecho inscrito, sino que solo publica que el disponente ya no goza de tal derecho. Por este motivo se señala que su único efecto es la inoponibilidad frente a terceros, señalando la doctrina que una de sus principales deficiencias es la inseguridad de los terceros adquirentes en perjuicio del tráfico jurídico inmobiliario.

1.6.1.2- Sistema registral inmobiliario Alemán.

El sistema alemán se basa fundamentalmente en su Código Civil de 1900 y la ordenanza Inmobiliaria de 1897, entre otras normas complementarias. Este es un sistema de fincas, que se puede considerar como una evolución del

sistema de títulos francés, porque a pesar de conservar una estructura organizativa y formal, fundamentalmente por la pluralidad de registros, se caracteriza en que su inscripción es constitutiva (la inscripción misma produce la mutación real), siendo un requisito formal indispensable para la constitución de derechos reales sobre inmuebles, “la inscripción no es la causa de la titularidad del adquirente, si no de un requisito exigido para su eficacia.”¹⁸

La técnica empleada es la del folio real, como ya sabemos, acá se le asigna una hoja independiente a cada inmueble. Sin perjuicio de lo anterior, el folio personal es admitido pero excepcionalmente en el caso que en una misma jurisdicción existan dos o más inmuebles a nombre de un mismo dueño, el que se conoce como folio colectivo o unificado.

El folio real se ve plasmado a través de la hoja inmobiliaria, la cual registra la vida jurídica de todo inmueble. En términos sencillos, es un cuadernillo que consta de seis hojas, las que se dividen en dos secciones, en una se individualiza el inmueble y en la otra, se registra sus mutaciones (dominio, cargas y limitaciones e hipotecas y gravámenes). Junto a esta hoja inmobiliaria coexiste el catastro, el que registra la historia material del inmueble, con todas sus modificaciones, deslindes, planos del terreno, entre otros.

¹⁸ ÁLVAREZ Caperochipi, op. Cit., pág. 29

Esta técnica de registro es la más útil para conocer el tracto sucesivo de la propiedad raíz, es decir, poder saber quiénes fueron los sucesivos dueños con facultad de disposición. Sin perjuicio de ello, se reconocen algunas deficiencias en el sistema, particularmente en relación a la identificación del inmueble, ya que la realidad material no es posible asegurársela al tercero, esto sucede por la irregular coordinación entre el Registro y el Catastro, por ejemplo no resuelve problemas de lindes. Lo anterior se traduce en complicados análisis del inmueble, “en términos generales, se puede considerar un sistema rígido, complejo, lleno de formalidades, muy caro y que si funciona es gracias a los serios y responsables funcionarios alemanes.”¹⁹

Los actos registrables son enumerados taxativamente en la ley, quedando fuera los derechos personales, por otro lado la inscripción se logra a través de un proceso que se divide en tres etapas²⁰:

- a) Solicitud de inscripción
- b) Manifestación de voluntad del titular para autorizar o no la inscripción.
- c) Inscripción propiamente tal.

Los efectos que generan la inscripción, se distinguen en dos principios:

¹⁹ ÁLVAREZ Caperochipi, op. Cit., pág. 30

²⁰ FUNDACIÓN Fernando Fueyo. Op. Cit., pág.115, 116

- Legitimación, consistente en una presunción a favor del titular registral. En un sentido positivo, se presume que el derecho existe y le pertenece al titular inscrito, y en un sentido negativo, en cuanto el derecho cancelado se presume inexistente.
- Fe pública registral, establece que se reputa exacta la información existente en el registro, la que debe ser establecida o anotada en el acto jurídico de disposición. En el caso que exista un contradictorio inscrito o que el tercero adquirente conozca de errores en el registro, deja de gozar de esa presunción de exactitud.

A raíz de estos principios, la buena fe toma un rol trascendental, porque quien actúa de buena fe en base a lo establecido en el Registro goza de protección absoluta o de inatacabilidad del titular registral, lo que en el derecho comparado es considerado como la mejor expresión de garantía y seguridad jurídica del sistema de publicidad registral. Pero esto se observa solamente en cuanto a los derechos, no así respecto de las inexactitudes de la realidad material, en donde a pesar de estar actuando de buena fe, el tercero adquirente se ve perjudicado. Este es el problema que mencionábamos respecto a la irregular comunicación entre el Registro y el Catastro.

Pese a las críticas de la doctrina, el sistema alemán es considerado desde el punto de vista técnico, como uno de los mejores concebidos, porque intenta ajustar los intereses del propietario con los del tráfico jurídico. “Ha ideado una fórmula ágil, que permite la circulación de la tierra y el rápido incremento del crédito territorial, basado en la seguridad que puede ofrecer una garantía real sólida, amparada en la fuerza del título.”²¹

1.6.1.3- Sistema registral inmobiliario Suizo.

Este sistema junto con el sistema alemán, son los que más garantía otorgan al dinamismo del tráfico jurídico. Si bien es muy similar al alemán, existen pequeñas diferencias formales, que ameritan su tratamiento de manera independiente. Las fuentes de este sistema son su Código Civil de 1907, que entró en vigencia en 1912 y la Ordenanza del Registro Inmobiliario de febrero de 1910.

La técnica de registro es la de folio real, estableciéndose de forma taxativa cuales son los derechos inscribibles. Por otro lado el efecto de la inscripción es la presunción de exactitud del contenido del Registro, así como

²¹ FUNDACIÓN Fernando Fueyo. Op. Cit., pág.121, 122

primer elemento, adopta la teoría del título y modo de adquirir pero sustituyendo la tradición por la inscripción.

El título o negocio jurídico causal, debe ser idóneo para provocar el cambio en la titularidad del derecho, de lo contrario no producirá efecto alguno, en otras palabras “subordina la eficacia de la inscripción a la validez del título causal”²². Junto a esto, para que proceda la transferencia es necesaria la manifestación de voluntad del dueño del inmueble, la que siempre quedará sujeta a la validez del título causal que le sirve de presupuesto, en este sentido, el sistema suizo tiene una cierta similitud a los sistemas declarativos en donde es relevante el antecedente causal o tracto. A pesar de esto, la inscripción acá es constitutiva, otorgando protección toda vez que exista coincidencia entre la inscripción y el título²³. Lo anterior demuestra que la inscripción solo tiene un carácter de mero negocio jurídico causal.

Este sistema es considerado como uno de los más perfectos que existen, incluso más que el alemán, fundamentalmente por la eficiente comunicación entre el Catastro y el Registro Inmobiliario, la amplia protección del tráfico jurídico y el carácter constitutivo de la inscripción basada en el título.

²² FUNDACIÓN Fernando Fueyo. Op. Cit., pág.121

²³ No sucede lo mismo en el sistema alemán, donde el título por si solo goza de inatacabilidad, ya que se presume exacta la información contenida en el Registro (sin perjuicio de lo mencionado cuando se analizó en forma particularizada este sistema).

1.6.1.4- Sistema registral inmobiliario Australiano o del Acta Torrens.

Es el sistema más extendido por el mundo y debe su nombre a su fundador, el irlandés Sir Robert Richard Torrens, quien a mediados del siglo XIX se trasladó al sur de Australia y se dedicó a trabajar como Registrador General. Por el año 1858 presentó su proyecto "*Real Property Act*", que se basa en la idea de aplicar a la tierra los principios de registro de buques. Este proyecto fue aprobado y entró en vigencia el mismo año de su presentación, operando para las tierras del sur de Australia aprovechando que eran de colonización y propiedad de la corona Británica. En los años posteriores, se dictaron nuevas normas que fueron modificando el sistema, lo que generó distintas modalidades del mismo, esto se ha acentuado, gracias a la rápida extensión del sistema en el resto de Australia, las colonias británicas de Asia, Estados Unidos y África.

El sistema Torrens, funda un título constitutivo de propiedad proveniente directamente de la Corona, junto a él, se incorpora un plano detallado de los lindes de la misma, elaborado por el Registro. Así, si la propiedad proviene directamente del Estado por adquisición de terrenos públicos (claro caso de los lugares de colonización), la inmatriculación de la propiedad es la concesión misma. Distinto es el caso de la adquisición de la propiedad privada a través de

acto entre privados²⁴, en esta situación, el registrador cambia la anterior forma de titulación por una que dice “proveniente de la Corona”, dicho acto tiene valor de cosa juzgada.

El proceso de inmatriculación es lento y detallado, el cual dividimos en tres etapas:

1. Solicitud de inmatriculación junto con la entrega de los antecedentes en que se basa.
2. Examen de legalidad de los títulos: Esta etapa de calificación es la de mayor relevancia y comprende dos aspectos, uno jurídico y otro material. El primero se preocupa de determinar si el disponente goza efectivamente del derecho de propiedad sobre el inmueble, y el segundo se encarga de la individualización física del inmueble, la que se realiza en el terreno mismo por ingenieros y topógrafos del servicio.

Una vez terminada la calificación en sus dos vertientes, se procede a realizar una citación a los vecinos colindantes del inmueble,

²⁴ Este fue el problema que dio origen a la creación del sistema Torrens, porque antes existía una dualidad de títulos, los emanados directamente de la Corona y que gozaban de intocabilidad y otros que derivaban de particulares que si bien los habían adquirido de la Corona, eran susceptibles de impugnación. Esta situación, generó inseguridad e inestabilidad en la titularidad de la propiedad raíz, por eso, Robert Torrens para solucionar este problema, crea una ficción que nace toda vez que haya una enajenación entre privados. La ficción consiste en que el dominio del bien raíz vuelve de forma imaginaria al Estado, para que este lo entregue al adquirente ya saneada, por el solo hecho de provenir directamente de él. Por este motivo se destaca el carácter de inatacable de los títulos en este sistema.

además de publicar avisos en diarios, con el fin de recibir oposiciones a la inscripción. No habiendo oposiciones o sino vencidos los plazos, se procede a la inmatriculación.

3. Inmatriculación propiamente tal: Esta etapa se inicia con el mandamiento de registración, el que crea una titularidad plena y deslinda también la propiedad. El Registrador otorga dos certificados únicos e idénticos, uno de ellos para el propietario y el otro para ser archivado en el Registro. Cada certificado, va acompañado en un anexo, el que menciona todos los antecedentes que reflejan su realidad jurídica, como cargas reales y la titularidad del derecho de propiedad, además de contener el respectivo plano que manifiesta su realidad material, tal como su superficie y deslindes. Como podemos percatarnos, la técnica de registro que se utiliza es la de folio real, porque el eje donde se centra el Registro es el inmueble.

Debemos dejar en claro que este procedimiento solamente se sigue cuando se realiza la primera inscripción o inscripción originaria. En el caso de la inscripciones derivativas o de tracto, el procedimiento es distinto, basta el expediente del endoso del certificado de título (certificado que recibió el titular del inmueble al tiempo de practicar su inscripción). Este certificado es enviado

por el adquirente al Registrador, para que proceda a hacer las anotaciones pertinentes de esta transferencia (cancelación del titular anterior), creando así, un nuevo par de certificados (uno para el nuevo dueño y otro para la encuadernación en el Registro), entendiéndose que el derecho de los sucesivos adquirentes proviene directamente del Estado. Este procedimiento se repite en el caso de constituir gravámenes sobre el inmueble; gracias a que existe un único título se destaca que el sistema asegura y facilita el tráfico inmobiliario. Es necesario señalar que para que proceda la inscripción no solo basta el endoso del certificado del título, sino que debe existir la causa que justifica esa transferencia, o sea el negocio jurídico. A pesar de esta exigencia, igualmente se critica la facilidad con que se puede falsear el título y producir en consecuencia fraudes. Un ejemplo de ello sería que una falsa firma de endoso en el certificado de título permitiría adquirir la propiedad.

Este certificado o título de propiedad, tiene un efecto muy importante, hace inatacable la propiedad, así cualquier derecho de tercero no tendrá valor si no se encuentra incorporado al título. Es primordial este punto, porque en la doctrina se tiende a equiparar este certificado de título con los títulos a la orden, cuya transferencia se hace por la simple entrega material, a través del endoso. En base a esto, algunos autores llegan a señalar que en este sistema, la entrega del certificado de título corresponde a la entrega del inmueble.

No debemos dejar pasar estos comentarios tan rápidamente, porque lo que hacen es desvirtuar la verdadera finalidad de la inscripción en el Registro, producir efectivamente la enajenación y/o constitución de derechos reales sobre inmuebles. Del certificado archivado en el Registro emana el efecto de inatacabilidad y no del certificado que posee el titular.

Por otro lado, la inscripción por regla general tiene un carácter optativo, y como excepción es obligatoria en los inmuebles adquiridos por concesión de la Corona. A pesar de esta regla general, la obligatoriedad cada día está tomando mayor preponderancia, porque todo cambio en la titularidad en el derecho es efectivo una vez que es incluido en el Registro.

Las garantías que ofrece la Registración de la propiedad raíz, se traduce en que el certificado de título da plena prueba de la existencia y permanencia del derecho inscrito a nombre del titular y además protege al tercero que adquiere de buena fe el inmueble en razón de lo señalado en el Registro. Estas garantías se traducen en una inexpugnabilidad casi total del título y que se extiende incluso hasta los lindes materiales del inmueble. Por este motivo se señala que en este sistema la inscripción tiene más importancia que la que se le da en las legislaciones alemana y suiza.

Pese a todas las ventajas de este sistema, no debemos desconocer sus falencias. En primer lugar, este sistema está ideado para solucionar los problemas de registración en territorios de colonización, por lo que se hace muy complejo poder aplicarlo de forma rápida en otras realidades; en segundo lugar, el proceso de inmatriculación es muy lento y costoso, porque sigue siendo necesaria la contratación de abogados para la redacción del negocio jurídico hasta la inscripción misma, relacionado a lo anterior, la inmatriculación de las sucesivas transferencias al ser sencillas, por no exigirse grandes requisitos, se presta para el fraude; por último la rigidez del sistema hace muy compleja la modificación o corrección de errores del Registro.

1.6.1.5- Sistema registral inmobiliario Anglosajón.

1.6.1.5.1- Estados Unidos:

El hecho de que cada Estado tenga sus propias reglas de publicidad hace que este país no posea un derecho registral uniforme. Por eso, en términos generales, se dice que existen dos grandes sistemas de registro:

i- Torrens System llamado Registry of Titles (equivalente al sistema australiano):

Es un registro de títulos o derechos que solo opera en algunos Estados. A diferencia del sistema australiano, la primera inscripción o inmatriculación es de carácter judicial, en donde el adquirente debe acreditar su derecho a través de la sentencia, la cual ordena su inscripción.

La inscripción tiene un carácter constitutivo, porque para que un acto o contrato sobre el inmueble produzca efectos, es necesaria la inscripción. A pesar de tan relevante efecto, la inscripción sigue siendo voluntaria.

ii- Registry of Deeds o de Recording:

Es un registro de documentos más general y está presente en todos los Estados. Tiene una marcada influencia del sistema francés antes de su gran reforma de 1955.

Este último sistema se caracteriza por la inoponibilidad de los títulos no inscritos, por eso el saber si un título está inscrito o si se encuentra gravado un

inmueble es de vital importancia. Pero lograr ese conocimiento no es del todo fácil, porque no opera la técnica del folio real, sino que el historial de los inmuebles lo realizan unos abogados especialistas llamados *abstractors*.

Por otro lado, los terceros gozan de protección contra transmisiones secretas, pero no de los vicios de los documentos inscritos, esto porque el efecto de la inscripción es meramente declarativo, es decir, solo informa la existencia del acto y no de la eficacia del mismo. Esta situación demuestra lo inseguro que es el sistema, lo que ha generado el nacimiento de los conocidos seguros de títulos o derechos, destinados a cubrir los errores en los estudios de títulos, o los derivados del funcionario del Registro (por dolo, culpa o negligencia).

“Compañías de seguros mediante la suscripción de una póliza garantizan al adquirente no la firmeza de su adquisición, sino la cobertura de las consecuencias económicas de la falta de propiedad del transmitente o de los gravámenes ocultos de la finca. Las compañías aseguradoras se obligan comúnmente a defender judicialmente el derecho comprendido en la póliza.”²⁵

Estas compañías de seguros llegaron a ser tan importantes que han logrado crear sus propios registros ordenados bajo la técnica del folio real.

²⁵ ÁLVAREZ Caperochipi, op. Cit., pág.26

1.6.1.5.2- Gran Bretaña:

El sistema inglés se distingue de los continentales, principalmente por poseer una estructura dual, estableciendo dos distritos registrales:

i- Registro de cargas inmobiliarias (*registration of incumbrances*):

Es un registro obligatorio ordenado bajo la técnica del folio personal, siendo el eje central de registro el titular del inmueble, en este aspecto podemos decir que tiene una influencia francesa. La sanción por no inscribir un título es la inoponibilidad de lo no inscrito respecto del tercer adquirente, sin perjuicio de la eficacia del acto entre las partes.

ii- Registro de títulos (*registration of titles*):

Se basa en el sistema australiano, siendo hoy el más generalizado porque comprende a más de la mitad de los inmuebles. Este registro pretende sustituir el estudio de títulos que se realiza para cada transferencia por un título garantizado por el Estado, denominado certificado de inscripción inmobiliaria, equivalente al título material del inmueble acompañado de su respectivo plano.

La inscripción es obligatoria en la mayoría de los Estados, la que tiene un carácter constitutivo, donde todo título produce plenos efectos desde la inscripción y brindando plena protección al tercero adquirente que actúa de buena fe en virtud del título inscrito.

El sistema inglés, por sus influencias francesa y australiana se “caracteriza como un sistema mixto, en evolución, pero que no ha alcanzado aún el grado de unidad y perfección técnica de otros modelos.”²⁶

1.6.1.6- Sistema registral inmobiliario Español.

El sistema español se basa en su ley Hipotecaria de 1861 y su Reglamento (los que han sufrido variadas modificaciones) y en su Código Civil de 1889, el que le da plena vigencia a la ley. Es discutido en doctrina cual es la principal inspiración del sistema, pero cada vez más se acepta que no es solamente de inspiración alemana, como sostenía mucha parte de la doctrina, sino que se considera como un régimen híbrido, con influencias tanto de derecho romano, con la distinción entre título y modo de adquirir; francés, respecto a la inoponibilidad del título no inscrito; y alemán, con la fe pública registral.

²⁶ FUNDACIÓN Fernando Fueyo. Op. Cit., pág. 143

El registro español es uno de títulos o de actos y contrato que adopta la técnica de folio real, donde operan felizmente los principios del registro de fincas alemán. Este registro está complementado con un índice personal que contiene los nombres de los titulares de los inmuebles. Además, existe un Catastro que registra la información física del inmueble, como deslindes y superficie. La coordinación que existe entre los datos del catastro con los del folio registral se presume coincidente con la realidad física, aunque en doctrina se discute su real efectividad, en la práctica pasa a ser irrelevante, porque son muy pocos los conflictos que se suscitan al respecto.

Por otro lado, la inscripción es por regla general voluntaria, pero se insta a los propietarios a inscribir ya que se le resta valor a aquellos documentos no inscritos, en caso de litigio. Su naturaleza es declarativa calificada, en cuanto solo tiene una eficacia convalidante para sanear los títulos de donde deriva el derecho del adquirente de buena fe. Excepcionalmente rige la inscripción constitutiva en los casos expresamente establecidos en la ley.

La inscripción la podemos dividir en cuatro etapas:

1. Solicitud de inscripción.
2. Presentación de los documentos en que se basa la solicitud.

3. Calificación registral, donde el Registrador revisa la legalidad de los documentos que se le acompañan (capacidad de los intervinientes, validez del acto de disposición, etc.). Hecho este análisis se puede proceder a realizar la inscripción o denegarla, caso en que se da un plazo para poder volver a solicitar la inscripción y si se vuelve a rechazar, existe una instancia de reclamación administrativa y judicial.
4. Inscripción propiamente tal.

El sistema español, a pesar de las carencias que se le puedan encontrar, estas son las menores, “justificando el legítimo orgullo que los españoles sienten por su sistema orgánicamente considerado, que es la base de su profusa y sólida doctrina registral”²⁷

1.6.1.7- Sistema registral inmobiliario Latinoamericano.

Con la intención de dar un panorama completo sobre los sistemas registrales a nivel comparado, es necesario analizar en términos generales la situación latinoamericana, donde distinguiremos los diversos sistemas en base al tipo de publicidad de sus registros:

²⁷ FUNDACIÓN Fernando Fueyo. op. Cit., pág. 141

i) Publicidad constitutiva:

Es característica del derecho brasileño, donde existe la técnica de folio real similar al alemán, pero que a diferencia de éste, el contenido del Registro no se presume exacto.

ii) Publicidad declarativa, la que puede a su vez:

a) Aceptar la teoría del título y modo de adquirir, haciendo constituir la tradición en la inscripción. Países que lo adoptan son, Colombia, Panamá, Chile y Ecuador.

b) Aceptar la teoría del título y modo de adquirir, y dan a la inscripción un rol solamente publicitario. Adoptan este sistema, Argentina, Honduras, El Salvador, Venezuela y Uruguay.

Además de estas distinciones, es posible encontrar sistemas que no acogen la tradicional teoría del título y modo de adquirir. Es decir, siguen las influencias del Código Civil francés, en donde se prioriza el acuerdo de voluntades como requisito suficiente para perfeccionar la transferencia, siendo

la inscripción exigencia para hacer oponible el derecho frente a terceros. Siguen esta postura, Bolivia, México, Costa Rica y Nicaragua.

1.6.2- Sistema registral Inmobiliario Chileno.

1.6.2.1- Características generales.

Antes de cualquier análisis, es importante señalar que en este punto nos centraremos en el estudio de las características más importantes de nuestro sistema, no haciéndonos cargo de diversas discusiones doctrinarias que para efectos del desarrollo de este trabajo no son de vital importancia tratar.

Nuestro sistema registral inmobiliario fue ideado por el redactor del Código Civil, don Andrés Bello, quien, influido por legislaciones como la alemana, francesa, española y también por la tradición romanista, crea un sistema híbrido, que adopta de ellos las siguientes características:

- a. Del sistema francés, en cuanto, la inscripción no prueba ni garantiza el dominio ni la legalidad de los actos o contratos que se inscriben.

- b. Del sistema alemán, basado en las leyes prusianas de 1772, recoge a la inscripción como requisito necesario para transferir el dominio (pero en nuestro caso solo se restringe a la posesión).
- c. Del régimen español, que operó con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil, se rescata el Registro de Hipotecas y Censos, el que es refundido en uno nuevo.
- d. De la tradición romanista, la teoría del título translaticio y modo de adquirir el dominio.

Para la validez de la tradición se requiere de un título translaticio de dominio (art. 675 del C. C). Hay dos acepciones de la palabra título²⁸, una como acto jurídico o antecedente más próximo que sirve de justa causa para adquirir el dominio u otro derecho real; y la otra como documento o materialidad que contiene los actos jurídicos denominados títulos en el significado anterior. De esta distinción, la doctrina concluye que opera la acepción documental para la inscripción de los inmuebles inscritos y respecto de los inmuebles no inscritos no hay unanimidad ya que existe jurisprudencia dividida.

²⁸ FUNDACIÓN Fernando Fueyo. op. Cit., pág. 183

Entre las normas fundamentales de nuestro régimen, destacamos un sistema general, compuesto por el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces y el Código Civil; el primero, se preocupa de las reglas de carácter formal, es decir, la organización, funcionamiento del Registro y procedimiento de la inscripción; el segundo, se centra en aspectos materiales, entiéndase, función y efectos de la inscripción. Junto a todas estas normas generales, existe una regulación registral contenida en otros Códigos, como el Orgánico de Tribunales, de Minería y el de Aguas. También son vigentes, una multiplicidad de leyes especiales²⁹ que crean un verdadero régimen excepcional distinto del sistema general, exigiendo, por ejemplo, para algunos casos mayores o menores requisitos.

1.6.2.2- Régimen general, aspectos formales.

Centrándonos en la normativa general, destacamos lo siguiente:

²⁹ Ejemplos de estas leyes especiales son: i) La Ley General de Urbanismo y Construcción contenida en el DFL N° 458 de MINVU, complementada con la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones contenida en el D.S. N° 47 del MINVU; ii) DL 2695, de regularización de la pequeña propiedad raíz y la constitución del dominio sobre ella; iii) la Ley 19.253 sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas.

- En el derecho chileno se adopta la técnica de la pluralidad de registros³⁰, a diferencia del sistema australiano y del inglés parcialmente.
- La figura del Conservador, como el funcionario a cargo de los Registros, también es adoptado en Francia, Italia y Portugal. Su función se integra a la estructura del Poder Judicial, por lo que queda bajo su jurisdicción disciplinaria.
- Se adopta la técnica de folio personal, es decir, el eje central de las inscripciones son los nombres de los titulares. Esta técnica, proviene del derecho francés (sin perjuicio de que hoy en Francia, esté más cercano a la técnica del folio real, por la incorporación del fichero inmobiliario), también lo adoptan Italia y Bélgica.
- El registro no garantiza la existencia de los derechos reales sobre inmuebles sino que solo da publicidad a los actos y contratos que la ley ordena inscribir. Por este motivo se señala que adoptamos el sistema del registro de títulos.

³⁰ Los Conservadores llevan básicamente tres libros, el Registro de Propiedad, el Registro de Hipotecas y Gravámenes y el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar. Cada uno de éstos, tiene un índice alfabético con los nombres y apellidos de los otorgantes y el nombre del predio materia de la inscripción (art.41 del Reglamento). Además existe un Índice General, que es una nómina ordenada por orden alfabético, que se va formando por las inscripciones que se van efectuando en los tres registros (art. 43 del Reglamento)

- Nuestro sistema establece en su reglamento los títulos que deben inscribirse y otros que pueden inscribirse,^{31 32} sin perjuicio que en leyes especiales se señalen otros³³. Dentro de los que deben inscribirse, están: los títulos translaticios de derechos reales inmuebles, la sentencia que declara la prescripción adquisitiva, la constitución de la propiedad fiduciaria y de otros derechos reales, la renuncia de derechos inscritos, los decretos de interdicción provisoria y definitiva. Dentro de los títulos que pueden inscribirse se señalan: la condición suspensiva o resolutoria, los gravámenes personales, los impedimentos y las prohibiciones.
- El proceso de inscripción se inicia con la presentación de los títulos al Conservador, quien tiene la obligación de realizar una anotación presuntiva en el registro. Paso siguiente, corresponde la calificación de los títulos, si éstos son aceptados, o bien, siendo rechazados, se salvan las observaciones dentro del plazo de dos meses desde su anotación, se procede a realizar la inscripción. El efecto de esta inscripción es muy importante, porque se entiende válida desde el momento en que se

³¹ Artículos 52 y 53 del Reglamento.

³² Dentro de los otros títulos que deben inscribirse según el art. 55 del Reglamento: Inscripciones relacionadas con la sucesión por causa de muerte (posesión efectiva de la herencia, inscripciones especiales de herencia, la partición); el art. 53 del Reglamento: limitaciones del derecho de enajenar, si bien se señala que se pueden inscribir, el Código de Procedimiento ha venido a darle un carácter de obligatoria en su art. 297.

³³ Los títulos que deben inscribirse en virtud de leyes especiales son: Inscripción de la quiebra, servidumbre de alcantarillado en predios urbanos, población en situación irregular, regularización de posesión de la pequeña propiedad raíz, propiedad horizontal, contrato de arrendamiento de viviendas con promesa de venta, aéreas silvestres protegidas de dominio privado, expropiación de bienes inscritos en el Conservador de bienes Raíces o de Minas.

realizó la anotación, es decir, se retrotraen los efectos de la inscripción a la fecha de la anotación presuntiva de los títulos.

- Para realizar la transferencia de un inmueble inscrito siempre será necesario hacer mención en el título, del registro, el folio y número de la inscripción (o tracto) de donde emana el derecho del tradente.
- Aplican plenamente los principios de rogación y legalidad, tal como sucede con el sistema suizo y español, pero no con su misma intensidad. Así, respecto del último de estos principios, se considera al Registro como una labor simplemente administrativa o de fiscalización, que se limita a hacer un examen formal del título.

Este examen, comprende en nuestro sistema solo un análisis jurídico, o sea, la procedencia de la inscripción en cuanto derecho³⁴. Esto dista de otros sistemas, que además hacen un análisis material centrado en que las circunstancias de hecho sean coincidentes con las jurídicas, pero este objetivo lo logran gracias a la existencia de un sistema catastral organizado y dotado de profesionales altamente calificados.

³⁴ La inscripción será inadmisibile si la copia del título: no es auténtica; se presenta en un Conservador distinto del que le corresponde; se desprende un vicio o defecto que lo anule absolutamente o si no tiene las designaciones legales para su inscripción.

1.6.2.3- Régimen general, aspecto material.

Ahora nos corresponde analizar la óptica material, contenida en el Código Civil y principalmente en su Mensaje. Para efectos de entender más claramente de nuestro sistema registral, se citarán sus párrafos veinte y siguientes:

“En cuanto a poner a la vista de todos el estado de las fortunas territoriales, el arbitrio más sencillo era hacer obligatoria la inscripción de todas las enajenaciones de bienes raíces, incluso las transmisiones hereditarias de ellos, las adjudicaciones y la constitución de todo derecho real en ellos. Exceptuáronse los de servidumbres prediales, por no haber parecido de bastante importancia.

La transferencia y transmisión de dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas, como he dicho, las servidumbres, exige una tradición; y la única forma de tradición que para esos actos corresponde es la inscripción en el Registro Conservatorio. Mientras ésta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real, ni tiene respecto de terceros existencia alguna. La inscripción es la que da la posesión real efectiva; y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título, no posee: es un mero tenedor. Como el Registro Conservatorio está abierto a todos, no puede haber posesión más pública, más solemne, más indisputable, que la inscripción. En algunas legislaciones la inscripción es una garantía, no sólo de la posesión, sino de la propiedad; mas para ir tan lejos hubiera sido necesario obligar a todo propietario, a todo usufructuario, a todo usuario de bienes raíces a inscribirse justificando previamente la realidad y valor de sus títulos; y claro está que no era posible obtener este resultado, sino por medio de providencias compulsivas, que producirían multiplicados y embarazosos procedimientos judiciales, y muchas veces juicios contradictorios, costosos y de larga duración. No dando a la inscripción conservatoria otro carácter que el de una simple tradición, la posesión conferida por ella deja subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse por la prescripción

competente. Pero como no sólo los actos entre vivos sino las transmisiones hereditarias están sujetas respecto a los bienes raíces a la solemnidad de esta inscripción, todos los referidos bienes, a no ser los pertenecientes a personas jurídicas, al cabo de cierto número de años se hallarán inscritos y al abrigo de todo ataque. La inscripción sería desde entonces un título incontrastable de propiedad, obteniéndose así el resultado a que otros querían llegar desde luego, sin que para ello sea necesario apelar a medidas odiosas, que producirían un grave sacudimiento en toda la propiedad territorial.

Son patentes los beneficios que se deberían a este orden de cosas; la posesión de los bienes raíces, manifiesta, indisputable, caminando aceleradamente a una época en que inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos; la propiedad territorial de toda la República a la vista de todos, en un cuadro que representaría, por decirlo así, instantáneamente sus mutaciones, cargas y divisiones sucesivas, la hipoteca cimentada sobre base sólida; el crédito territorial vigorizado y susceptible de movilizarse.

La institución de que acabo de hablaros se aproxima a lo que de tiempo atrás ha existido en varios estados de Alemania y que otras naciones civilizadas aspiran actualmente a imitar. Sus buenos efectos han sido ampliamente demostrados por la experiencia.

Acerca de la posesión, se ha creído conveniente adoptar una nomenclatura menos embarazosa y ambigua que la que al presente existe. Toda posesión es esencialmente caracterizada por la realidad o la apariencia del dominio; no es poseedor de una finca sino el que la tiene como suya, sea que se halle materialmente en su poder, o en poder de otro que le reconoce como dueño de ella. Pero como los derechos reales son varios, el que no es poseedor del dominio, puede serlo de un derecho de usufructo, de uso, de habitación, de un derecho de herencia, de un derecho de prenda o de hipoteca, de un derecho de servidumbre. El usufructuario no posee la cosa fructuaria, es decir, no inviste ni real ni ostensiblemente el dominio de ella; posee sólo el usufructo de ella, que es un derecho real y por consiguiente susceptible de posesión. Pero el arrendatario de una finca nada posee, no goza más que de una acción personal para la conservación de los derechos que le ha conferido el contrato. El que a nombre ajeno posee, no es más que un representante del verdadero poseedor, ni inviste más que la simple tenencia. Así los términos posesión civil, posesión natural, son desconocidos en el proyecto que os someto; las palabras posesión y tenencia contrastan siempre en él, la posesión es a nombre propio, la tenencia a nombre ajeno. Pero la posesión puede ser regular o irregular, aquélla adquirida

sin violencia, ni clandestinidad, con justo título y buena fe; la segunda sin alguno de estos requisitos. Toda posesión es amparada por la ley; pero sólo la posesión regular pone al poseedor en el camino de la prescripción adquisitiva. Tal es el sistema del proyecto, sus definiciones señalan límites precisos a cada una de las dos especies de posesión, conservando siempre una y otra el carácter genérico que consiste en la investidura de un derecho real.”

Como podemos apreciar, Andrés Bello sólo se preocupa y da tratamiento al dominio, uso y goce de los bienes y no de un sistema registral inmobiliario, como lo hemos venido analizando. Así, del mensaje se desprenden cuatro premisas fundamentales, tal como lo analiza la obra de FUNDACIÓN FUEYO³⁵:

1) La tradición del dominio de inmuebles y los demás derechos reales recaídos sobre éstos, excepto la servidumbre, debe hacerse mediante la inscripción en el Registro.

En este mismo tenor lo señala expresamente el artículo 686 del Código Civil, complementado por el artículo 724, que indica que solo se puede adquirir la posesión del bien raíz a través de la inscripción. El objetivo buscado por el legislador con la inscripción en el Registro del Conservador es, por un lado, dejar en conocimiento público las riquezas territoriales y por otro, dar plena publicidad a las hipotecas y gravámenes constituidos sobre los inmuebles.

³⁵ FUNDACIÓN Fernando Fueyo. op. Cit., pág. 206 y ss.

- 2) La inscripción es requisito, prueba y garantía de la posesión.

Este aspecto es muy discutido en la doctrina, por lo cual le daremos un tratamiento de forma detallada más adelante.

- 3) La inscripción es la manera de hacer la tradición del dominio de inmuebles adquiridos por transferencia y aún por transmisión hereditaria.

Acá se observa un claro error, porque en el caso de la transmisión solo opera un modo de adquirir, la sucesión por causa de muerte y no la tradición como se desprende del mensaje. La inscripción en este caso solo tiene un fin de publicidad.

- 4) El carácter facultativo de la inscripción no permite constituirla como prueba del dominio.

Bello en este punto, sabiendo de la legislación germana (Alemania y Suiza, como vimos), donde la obligatoriedad de la inscripción constituye prueba y garantía de posesión y dominio del inmueble, estimó, que conseguir igual objetivo en nuestro país, implicaría establecer odiosas medidas compulsivas,

por la dificultad de que cada propietario justificara el valor y realidad de su título. Por este motivo, se adopta la voluntariedad de la inscripción, vaticinando que los dueños de bienes raíces voluntariamente accederían al registro, atraídos por las ventajas que ella ofrece (colocar sus inmuebles “al abrigo de todo ataque”).

En virtud de estos cuatro puntos, y continuando con la última idea, Bello sostiene, que el paso de los años terminará por registrar la totalidad de bienes raíces en el Registro del Conservador. Hoy en día, la regla general es que los inmuebles estén inscritos y en el caso de los que no lo estén (esto implica que no tienen dueño) se presume que son del Estado, tal como lo menciona el artículo 590 del Código Civil, es decir, prácticamente no existe inmueble en nuestro país, que no se encuentre registrado. En el mensaje se señala, que cuando se llegue a este momento, la inscripción tendrá un valor irrefragante de propiedad, llegando incluso a un punto en que inscripción, posesión y propiedad sean consideradas como sinónimos.

Este aspecto a pesar de ser muy discutido doctrinariamente, en la práctica ha en opinión de algunos Conservadores³⁶ que el sistema nacional ha logrado probar seguridad y eficacia del título inscrito, basados en lo escasos juicios reivindicatorios. A pesar de los reparos conceptuales que puedan surgir,

³⁶ Elías Mohor, César Fuentes y Edmundo Rojas, en sección comentarios, FUNDACIÓN Fernando Fueyo. op. Cit., pág. 363 y 364.

la realidad material habla por sí sola, existe una verdadera analogía entre inscripción, posesión y dominio, tal como lo pensó el legislador en un inicio.

1.6.2.4- La inscripción.

Teniendo claro los puntos anteriores, es necesario analizar cómo valora nuestro sistema a la inscripción:

a) Como tradición del dominio y demás derechos reales constituidos sobre bienes raíces.

En este punto se adopta la tradicional teoría romanista del título translaticio y modo de adquirir. Entonces, para la transferencia, modificación o extinción de un derecho real sobre inmuebles, se necesitan de forma copulativa el título o contrato obligacional y la tradición, que se representa con la inscripción en la mayoría de los casos (sin inscripción no hay tradición). La tradición se define legalmente en el artículo 670 del C.C., de donde se desprenden los elementos que la caracterizan³⁷.

³⁷ a) es un modo de adquirir derivativo; b) es modo de adquirir entre vivos; c) es un acto jurídico bilateral, una parte es el tradente y la otra el adquirente; d) las partes pueden actuar personalmente o representadas; e) puede ser a título oneroso o gratuito; f) es un modo de adquirir a título singular, pero

- b) Como justo título en materia posesoria que habilita para adquirir el dominio por prescripción.

La inscripción, como sabemos, es un modo de adquirir derivativo por lo que nadie puede transferir más derechos de los que tiene³⁸. En el caso, que el tradente transfiera un derecho del cual no es titular (puede ser tenedor regular, irregular o mero tenedor), la inscripción que realice el adquirente de buena fe, tiene un efecto muy importante porque lo constituye en poseedor regular (689 y 730 inciso 2), permitiéndole ganar por prescripción el derecho de dominio (artículo 683 del Código Civil) que su antecesor carecía. Un ejemplo de esta situación es la validez de la venta de cosa ajena (art. 1815 C.C.). En este caso, la tradición aunque se haga por inscripción, no transfiere el dominio, y solo una vez declarada la prescripción se entiende que se adquiere.

- c) Como requisito, garantía y prueba de la posesión de los inmuebles.

Existe discusión en doctrina respecto al valor de la inscripción en la adquisición de la posesión, siendo la postura mayoritaria, la que considera a la

por excepción a título universal (caso del heredero que transfiere su derecho a un tercero); g) por este modo se transfieren cosas muebles como inmuebles.

³⁸ Artículo 682 del Código Civil

inscripción como un requisito para solemnizar la tenencia con ánimo de señor y dueño, características propias de la posesión³⁹.

Respecto a la garantía, se considera que el poseedor inscrito tiene seguridad de que su derecho no se extingue por el hecho de que otro se apodere del inmueble o tome posesión de él, ya que la única forma de poner término a la posesión es por la cancelación de la inscripción. Así se menciona en el artículo 728 en relación con los artículos 726 y 2505, todos del Código Civil que contra título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva, sino en virtud de otro título inscrito.

La prueba de la posesión de inmuebles inscritos está regulada en los artículos 924 y 925 del Código Civil. Esta se logra por la inscripción, la que luego de un año no acepta prueba en contrario. Por su parte el art. 925 menciona que se deberá probar la posesión del suelo por medio de hechos positivos. Pareciera ser que esta prueba se restringe solo a los casos de propiedad no inscrita, pero debe entenderse para ambos casos. Esto se justifica, porque si no se ha logrado acreditar debidamente la posesión de una

³⁹ Art. 700 del Código Civil: Prescribe que la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.

El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo.

propiedad inscrita a través de la inscripción, siempre estará la posibilidad de probar los hechos positivos.⁴⁰

La doctrina ha concluido que existe una presunción simplemente legal de que el titular inscrito es el poseedor. Dicha valoración de la prueba, permite prueba en contrario (sea por falsedad o inexistencia de los elementos de la posesión) dentro del primer año contado desde la inscripción.

d) Como medio para mantener la historia de los inmuebles.

Este punto se refiere a las inscripciones que exige la ley a los herederos y también a la sentencia que declara la prescripción adquisitiva del dominio y de cualquier otro derecho real⁴¹. En estos casos, la función que tiene la inscripción es de mera publicidad y no como modo de adquirir el dominio, porque en el primer caso se adquiere por sucesión por causa de muerte y en el segundo por prescripción.

e) Como solemnidad de ciertos actos jurídicos.

⁴⁰ El artículo citado a modo de ejemplo señala los siguientes hechos positivos: corte de maderas, construcción de edificios, cerramientos, plantaciones o sementeras, y otros de igual significación.

⁴¹ Artículos 688 y 689 del Código Civil, respectivamente

Se señala que si bien estos actos⁴² son perfectos desde que se otorga el instrumento público que contiene el acto, la tradición se hace efectiva desde el momento de su inscripción en respectivo Registro del Conservador de Bienes Raíces, ya que sin la ella el acto no produce efecto alguno. Como podemos ver, el ordenamiento nacional ha adoptado el sistema de la inscripción, al igual que el sistema alemán y suizo, donde el Conservador inscribe un extracto con las menciones más relevantes de los actos y contratos que sirven de título o antecedente causal.

En la doctrina existe discusión sobre la calificación de la naturaleza de la inscripción, si es o no de carácter de constitutiva. Algunos argumentan que lo es, por el hecho de ser la tradición indispensable para que opere la constitución del derecho real, sin la cual, el título solo terminaría obligando a las partes. Es en este sentido que en nuestro sistema la inscripción en cuanto función, tiene carácter constitutivo. Ahora, no olvidemos que la inscripción es la etapa final dentro de un proceso complejo, iniciada con el respectivo antecedente causal que puede ser un título o bien un acuerdo abstracto de disposición. Dicho antecedente causal acompaña en una etapa posterior a la inscripción en la producción de la mutación jurídica real sobre inmuebles, quedando su validez condicionada a la validez del título o acuerdo abstracto. De este modo, si

⁴² Por nombrar algunos casos: donación irrevocable, constitución de propiedad fiduciaria, requisito de validez de hipotecas, etc.

estamos frente a un acuerdo abstracto, la inscripción constitutiva tendrá un carácter causal con causa abstracta, en cambio si se basa en un título, tendrá carácter causal con causa a su vez causal (por el título o contrato), siendo este segundo caso al cual se adecúa nuestro sistema.

Junto a lo anterior, también es necesario analizar la inscripción pero en atención a sus efectos, donde la inscripción constitutiva se caracteriza por brindar una garantía plena de la existencia del derecho, como de su titularidad, lo que se traduce en una presunción de dominio del titular inscrito.

Como sabemos, “el reducido alcance asignado a la inscripción de dominio en nuestro derecho, nos permite concluir que dicha inscripción, en cuanto a sus efectos, pertenece a esa particular categoría de inscripciones constitutivas que hemos llamado no convalidatorias [...], estas, carecen de virtualidad para el saneamiento de títulos viciados y casi no producen efecto legitimador. Gráficamente podríamos anotar que ellas tienen carácter constitutivo por su función y declarativo por sus efectos.”⁴³

Así fue como lo anticipábamos al analizar los sistemas latinoamericanos, y clasificamos a nuestro sistema, por su publicidad, en uno declarativo, donde se acepta la teoría del título y modo de adquirir, constituyendo a la tradición en la inscripción. Claramente, nuestro sistema no coincide exactamente dentro de los declarativos como los clasificamos en su momento, pero por sus efectos se

⁴³ FUNDACIÓN Fernando Fueyo. op. Cit., pág. 218

acerca más a los simplemente declarativos. Las razones de ello son las siguientes:

- La presunción de dominio es simplemente legal (art. 700 inciso segundo C.C.), y descansa en otra presunción, simplemente legal, la de posesión del poseedor inscrito (art. 924 inciso segundo C.C.). En consecuencia, la única forma de probar el dominio sobre un inmueble de forma irrefutable es a través de la sentencia que declare la prescripción adquisitiva.
- La inscripción es oponible a terceros pero no tiene el efecto de sanear un título originalmente viciado.
- No existe una protección completa al tercero adquirente de buena fe, ya que es posible entablar acciones de nulidad por vicios, a títulos anteriores a la inscripción.

Luego de estas aclaraciones, es necesario mencionar que dentro de nuestro sistema existen inscripciones propiamente declarativas, pero que se restringen solamente a cumplir funciones de publicidad (dejar constancia de un cambio jurídico sobre un inmueble), no interviniendo en la constitución de derechos reales. Estos son los casos donde el dominio se constituye al margen

del registro operando el modo sucesión por causa de muerte y prescripción adquisitiva⁴⁴. Además, también existen inscripciones constitutivas, en los casos donde la inscripción está impuesta como solemnidad de actos y contratos, indispensable para la generación del respectivo derecho real, brindando plena garantía de su posesión como de su dominio.

Por último, es necesario recalcar que la inscripción no es prueba de dominio, dejando de manifiesto (teóricamente) un problema de seguridad jurídica del sistema. Pero esto no solo termina ahí, ya que incluso para algunos, ni siquiera es suficiente para acreditar plenamente la posesión, por el hecho de descansar en una presunción simplemente legal, es decir, que admite prueba en contrario (mientras esté la eventualidad de reivindicación por el verdadero dueño) para desvirtuarla.

1.6.2.5- Principales críticas al sistema nacional.

Durante el análisis de nuestro sistema ya veníamos adelantando algunos de los principales problemas, los que atentan fundamentalmente contra la seguridad y certeza jurídicas. A modo de síntesis, se enumerarán los principales:

⁴⁴ Artículos 688 y 689 del Código Civil respectivamente.

1. Lentitud de la técnica de folio personal.
2. Ausencia de un Catastro que permita determinar con certeza las dimensiones, ubicación, lindes de los inmuebles y la incorporación de un plano de los predios.
3. Ausencia de un organismo central que se encargue de uniformar criterios y procedimientos entre los Conservadores.
4. El débil y restringido principio de calificación que tiene el Conservador el que solo se preocupa de un análisis formal del título.
5. La dificultad en algunos casos para reconstituir la historia de la propiedad raíz, por ejemplo, es el caso de las inscripciones paralelas, inscripciones parcialmente superpuestas,⁴⁵ reinscripciones, entre otras.
6. El principal problema que hemos reiterado en varias oportunidades, consistente en que la inscripción no es prueba de dominio, sino que solo de la posesión (situación que algunos también discuten, por el hecho de ser también una presunción simplemente legal).

⁴⁵ En razón de lo señalado en la inscripción de un inmueble, sus límites se extienden más allá de los límites que señala la inscripción del predio vecino.

Frente a estos y otros problemas, se hace necesario mejorar el actual sistema, para poder alcanzar los objetivos que persigue el registro, sea la publicidad, la fe pública, la seguridad y certeza jurídicas. La tesis que aquí se propone estudiar es si las nuevas herramientas tecnológicas facilitarían o no conseguir esos objetivos.

CAPÍTULO II

ASPECTOS DE DERECHO NOTARIAL

2.1- Sistemas notariales.

Podemos definir el sistema notarial como, “el conjunto de reglas o principios que, en un determinado ordenamiento, organiza a los Notarios y regula su actividad, así como los efectos atribuidos al resultado de ésta en relación con los intereses de la organización general.”⁴⁶

Como podemos deducir de la definición antes citada, cada sistema se integra a su respectivo ordenamiento jurídico, el que confiere la utilidad, eficacia y valor al documento notarial (sea público o privado). Este es el punto común de los sistemas notariales, a partir del cual se desprenden distintas características, que permiten a la doctrina clasificarlos en alrededor de cinco sistemas. En razón de que existen coincidencias fundamentales entre ellos, podemos reducir la clasificación a solo dos sistemas de notariado: el anglosajón y el latino.

⁴⁶ BLANQUER, Roberto. Sistemas notariales. EN: PÉREZ, Leonardo y LORA-TAMAYO, Isidoro (coordinadores). Derecho Notarial. La Habana. Félix Varela. 2006. Tomo I. pág. 276

2.1.1- Notariado Anglosajón o privado.

Ordenamientos como el inglés y el norteamericano se circunscriben a este sistema. El profesional a cargo es el *Notary o Public notary*⁴⁷, el que tiene un carácter distinto al del sistema latino, porque los documentos que resultan de su actividad carecen de autenticidad y de presunción de legalidad. Esta situación, hace que los documentos que genera no tengan un trato diferente en el derecho interno, a pesar que en la redacción de los mismos se suelen usar formalidades literarias muy similares al sistema latino.

El *Notary*, no es un funcionario, a pesar de que sea el Estado quien señale los requisitos para su desempeño. Este profesional es un colaborador técnico en la preparación y redacción del contrato o documento, pero su competencia no es exclusiva, porque pueden intervenir en el documento o contrato, abogados, procuradores u otros profesionales. En base a esto, podemos decir que la intervención del *Notary* no autentifica al contrato, ya que a lo que solamente se ciñe es a indicar la autenticidad de las firmas del documento y no su contenido.

⁴⁷ Para poder ejercer este cargo se necesita cumplir los mismos requisitos que para ser *solicitor* y además haber aprobado un examen de práctica notarial.

En el derecho inglés, la valoración de los documentos en general, a pesar de que exista participación de un profesional jurídico, sea o no *Notary*, carece de relevancia, porque no le otorga, mayor eficacia ni valor. Lo mismo sucede en el derecho norteamericano, donde su actuación se limita a señalar que en el documento se han estampado las firmas en su presencia y que quien firma asegura conocer su contenido y que responde de su legalidad. La valoración de este documento⁴⁸, toma mayor relevancia desde la perspectiva penal, en caso de haber un juramento falso o inexacto del firmante respecto del contenido del documento y sabiendo las consecuencias que ello acarrea.

El notario anglosajón es un fedatario, porque limita su actuación a dar fe de la firma de los contratantes, su identidad y la fecha del otorgamiento del contrato, esto explica el porqué no es necesario ser un profesional del Derecho⁴⁹. Ahora bien, relacionando esta idea con el Notario del sistema latino, se concluye que todo Notario es fedatario, pero no todo fedatario es Notario⁵⁰.

⁴⁸ Se le conoce como *deed* o documento cubierto por sello.

⁴⁹ Esta situación es común en los Estados Unidos de América, donde la función de Notario pasa a ser una segunda o tercera profesión y la realizan, por ejemplo secretarías. Por esto es común que las empresas posean sus propios Notarios.

⁵⁰ BOLÁS Alfonso, Juan. Seguridad en la contratación por Internet: Firma electrónica y fe pública. En: JORNADAS sobre Contratación Electrónica, Privacidad e Internet (Mérida, España, 1999). Informática y derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático. Mérida, España. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro Regional de Extremadura, 1999. pág. 93

2.1.2- Notariado Latino o público.

Se dice que este sistema en general lo siguen todos los Notarios miembros de la Unión Internacional de Notariado Latino (actualmente son más de setenta países que lo integran, del cual Chile es parte), a pesar de que existan casos donde es un poco dudosa su inclusión. Independientemente de ello, en términos generales, existe un criterio común de valorar la seguridad jurídica preventiva prestada por la intervención del Notario.

El Notario es un profesional de Derecho, encargado de una función pública delegada de la soberanía del Estado, consistente en recibir, asesorar e interpretar la voluntad de las partes. Es este funcionario el encargado de redactar el documento o contrato al que le confiere autenticidad. Además, está encargado del resguardo de los documentos y de dar copias de ellos, lo que asegura la fuerza probatoria y ejecutiva de los mismos.⁵¹ Una completa síntesis del notariado, función notarial y su organización, se recoge en el texto, “Bases o principios fundamentales del sistema del notariado latino”, aprobado por el Buró de la Comisión de Cooperación Notarial Internacional y por parte del Consejo

⁵¹ Esta definición que hacemos del Notario, la construimos en virtud de los elementos característicos que se recogen en definiciones de Congresos, Conferencias y Asambleas citadas en, BLANQUER, Roberto. Op. Cit., pág 278

Permanente de La Haya en 1986.⁵² El estudio de este texto se hará posteriormente, cuando analicemos los principios del notariado latino.

Ahora, analizaremos de forma breve las características más importantes de este sistema:

- a. Para desempeñarse como Notario se deben acreditar conocimientos jurídicos, a través de un título universitario, siendo indispensable además el nombramiento por parte de la autoridad.
- b. La función del Notario es el ejercicio de la fe pública, que se refleja en la autorización de documentos públicos investidos de legalidad y autenticidad. Esto se traduce en seguridad jurídica, porque a través del Notario es el Estado quien está garantizando el documento.
- c. El Notario, es quien informa, asesora y redacta el documento que contiene la manifestación de voluntad de los otorgantes. De igual forma, en el caso que se le presenten minutas, debe valorarlas y analizar su legalidad, es decir, que el documento se ajuste y respete la legislación

⁵² El mismo tenor recoge el más reciente texto, “Bases o principios del sistema de notariado latino”, aprobado por la Asamblea de Presidentes de Notariados Miembros de la Unión Internacional de Notariado Latino, en sesión de 16 de octubre de 2004 en Ciudad de México.

vigente. Toda esta labor la debe realizar con la mayor imparcialidad, con el fin de facilitar la igualdad y libertad de las partes junto con el equilibrio del acto o contrato que celebran.

- d. Unida a la legalidad está la autenticidad, que consiste en la suficiencia que tiene el documento para probarse a sí mismo, por eso se justifican todas las medidas para facilitar y proteger la apariencia de autenticidad (el soporte que lo contiene, sea formato papel o electrónico y por otro lado, su mayor eficacia como medio de prueba, ya que no se puede excluir, salvo, que se acredite previamente su falsedad).
- e. La fe pública del Notario cubre la autenticidad de la narración del documento, en esencia, la manifestación de voluntad de los otorgantes, la realidad del otorgamiento del instrumento y de su fecha. Pero la autenticidad no contempla la voluntad interna de los otorgantes, la cual puede ser discordante con el documento, teniendo como única vía para alegar esta situación, la judicial.
- f. Analizando la escritura pública en particular, es el documento con mayor eficacia y en donde claramente se observa la aplicación de la fe pública, porque descansa en sus cualidades de legalidad y autenticidad.

- g. La actuación del Notario se dirige a alcanzar la seguridad jurídica preventiva, es decir, mantener la normalidad del derecho y evitar así conflictos de carácter judicial o ante árbitros.

- h. La escritura pública genera un estado en que vincula a sus otorgantes y además le es oponible a terceros. Un ejemplo de este efecto, es que la escritura pública opera como título translaticio de dominio y de otros derechos reales y que se inscribe en los Registros llevados por el Conservador, así, producida la inscripción opera la tradición, haciéndose el acto (negocio jurídico que se contiene en la escritura) oponible a terceros.

- i. En el ámbito judicial, la escritura pública tiene una eficacia especial, por un lado como título en que puede basarse una acción ejecutiva; y otro, como plena prueba del hecho o acto que documenta, su fecha y la identidad de los otorgantes.

- j. Es necesario tener presente que no todo documento en que intervenga un Notario es una escritura pública. Recordemos que todo Notario es fedatario, pero no de forma inversa, así, podemos percatarnos que la función del Notario es más amplia que la sola expedición de escrituras públicas, porque además puede autorizar la identidad y autenticidad de

las firmas puestas al final del un documento privado, dar fe de la concordancia de la fotocopia de un documento con su original, la certificación de ciertos hechos, entre otras actuaciones.

- k. Gracias a la rigurosa elaboración de la escritura pública y sus especiales efectos probatorios y ejecutivos, ésta asume un rol trascendental en el comercio, porque facilita considerablemente el tráfico de bienes y derechos.

2.2- Principios del notariado Latino.

Los principios están claramente señalados en el texto “Bases o principios fundamentales del sistema del notariado latino”, aprobado por el Buró de la Comisión de Cooperación Notarial Internacional el 18 de enero de 1986 y los días 13, 14 y 15 de marzo de 1986 por parte del Consejo Permanente de La Haya⁵³.

⁵³ Bases o Principios Fundamentales del Sistema del Notariado Latino [En línea]. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/podium/cont/7/cnt/cnt6.pdf>> [consulta: 1 de marzo de 2012]

Para poder redactar este documento, se consideraron todos los congresos celebrados por la Unión Internacional de Notariado Latino desde el año 1945 hasta 1986, en donde se trataron temas del Notariado, la función notarial y el instrumento público. Con esto se logró sistematizarlos en un solo documento, que utiliza un lenguaje común con el objetivo de poder ser aplicados en la legislación interna de cada país.

“Su sistematización en el texto articulado comporta en primer lugar la ventaja de que aquellos principios o bases pueden ser invocados sin necesidad de revisar las conclusiones de los Congresos; en segundo término, depura los conceptos y, sobre todo, facilita un instrumento de trabajo que servirá de guía y orientación a aquellos Notarios que – formando o no parte de la Unión, pero deseando, en el último caso, integrarse en ella- se propongan promover la promulgación de una Ley Notarial o la mejora y perfeccionamiento de su legislación sobre la materia.”⁵⁴

De esta forma se reconocen los siguientes principios del derecho Notarial:

⁵⁴ Bases o Principios Fundamentales del Sistema del Notariado Latino [En línea]. <
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/podium/cont/7/cnt/cnt6.pdf>> [consulta: 1 de marzo de 2012]

2.2.1- Principio de profesionalidad:

Uno de los requisitos fundamentales para ejercer la función notarial es ser un profesional del Derecho, en el caso chileno poseer el título de abogado, junto con el cumplimiento de los mismos requisitos para ser juez de letras.

2.2.2- Principio de forma:

Es característica la forma de un instrumento público, porque fácilmente se distingue de cualquier otro documento en que intervenga algún funcionario público. Esto lo observamos por distintos aspectos: el soporte que lo contiene, su estructura y redacción; claramente la forma se materializa en la escrituración del instrumento público. La forma opera también en los documentos privados donde solo se requiere la participación del Notario como un fedatario.

2.2.3- Principio de asesoramiento:

Una de las funciones del Notario es instruir a las personas, de los derechos que tienen, la fundamentación de sus pretensiones y también los medios jurídicos para conseguirlos. Esta labor, la debe realizar de oficio respecto de la persona que se encuentre en una posición desventajosa frente a

la parte que tenga asesoría jurídica privada o simplemente con mayor poder. Por este motivo es importante que el Notario se encuentre en constante estudio y actualización de sus conocimientos jurídicos.

2.2.4 Principio de imparcialidad:

Se debe calificar con igualdad y justeza las pretensiones de las partes y adecuarlas a Derecho con la finalidad de no perjudicar a las partes.

“El Notario debe prestar sus servicios en un marco de equidad, despojado de prejuicios personales, tabúes y convencionalismos, atendiendo a todos en igualdad de condiciones, respetando el mejor derecho, y no debe propiciar favoritismos, aunque pudiesen estar aparentemente protegidos por la ley, tutelando el interés público por encima de todo.”⁵⁵

2.2.5- Principio de la autoría y redacción:

El Notario es un aplicador y ejecutor del Derecho, siendo responsable frente a los otorgantes como ante el orden público de velar por la seguridad jurídica. De esto se desprende que le corresponde la redacción y autoría de los

⁵⁵ CORZO, Lázaro y HERNÁNDEZ, Rodolfo. Principios del derecho notarial cubano. EN: PÉREZ, Leonardo y LORA-TAMAYO, Isidoro (coordinadores). Derecho Notarial. La Habana. Félix Varela. 2006. Tomo I. pág 18.

documentos públicos, debiendo utilizar un lenguaje flexible y claro al momento de recoger las manifestaciones de los otorgantes como las propias.

2.2.6- Principio de legalidad:

Este principio es la base de la función notarial, porque en la interpretación y aplicación del derecho debe sujetarse estrictamente a la ley. Es decir, tanto de las normas de forma del instrumento, como a la adaptación de la voluntad de los otorgantes a la ley.

El Notario es el funcionario público encargado de controlar y revestir de legalidad a los instrumentos en que él interviene. Así, en particular la escritura pública se presume ajustada a Derecho, salvo que se pruebe lo contrario ante los tribunales de justicia. De ahí se deriva la fuerza probatoria y ejecutiva del instrumento público notarial, denominado escritura pública.

2.2.7- Principio de registro o protocolo:

Este es uno de los principios que distingue el sistema latino del anglosajón. Por este motivo, es preciso señalar que el Protocolo es uno de los

registros que lleva el Notario, el cual se forma por la incorporación cronológica de las escrituras públicas y otros documentos pertinentes. Por su parte, la matriz, es el documento original de las escrituras públicas y que se incorporan al protocolo. Por este motivo no se deben confundir estos conceptos, el primero es el género y el segundo la especie.

2.2.8- Principio de conservación protocolar:

Se vincula directamente con el principio anterior, porque el Notario es responsable de la integridad, custodia y conservación del protocolo y los demás registros, con el objetivo de que los instrumentos protocolizados perduren en el tiempo y sea posible su uso y reproducción en el futuro. Es decir, la fe que se dio en su momento se mantenga en el tiempo.

2.2.9- Principio de inmediación:

Es el contacto personal físico del Notario con los otorgantes de un instrumento público, tendiente a percibir y apreciar sus identidades, manifestación de voluntad y en su caso examinar documentación pertinente. Este principio da la posibilidad de presumir veraces los juicios que el Notario hizo al momento de su actuación. Así, la tradicional frase “ante mí”, indica que

el Notario ha estado presente en la autorización u otorgamiento del respectivo instrumento y conoce quienes han comparecido y en qué calidad.

2.2.10- Principio de unidad de acto:

Consiste en el cumplimiento por el Notario de un conjunto de formalidades u obligaciones en presencia de los otorgantes del instrumento público, lo que quiere decir que el acto no puede ser fraccionado en sesiones.

2.2.11- Principio de interpretación:

Esta es una de las funciones más complejas que le corresponde al Notario, la de interpretar la voluntad de los otorgantes para poder ajustarla a los márgenes del Derecho y de esta forma, ser coincidente la voluntad deseada con la plasmada en el instrumento que otorga.

2.2.12- Principio de legitimación:

Se refiere a la investidura que hace la autoridad al Notario, para el ejercicio de la fe pública y poder redactar y autorizar los instrumentos públicos.

2.2.13- Principio testimonial:

Se centra en las funciones que cumple el Notario como un fedatario (distintas del otorgamiento de instrumentos públicos), por ejemplo, en la legitimación de firmas, se deben cumplir con ciertas formalidades para que su actuación sea válida (individualizándose, indicando la fecha, lugar, estampando su firma y timbre).

2.2.14- Principio de reproducción, representación instrumental y comunicación:

La representación y reproducción de los instrumentos incorporados en el protocolo notarial se hace a través de las copias (transcripciones, fotocopias, digitalizadas, etc.) que otorga el Notario a solicitud del interesado. Las copias, para cualquier efecto se consideran auténticas siendo un fiel reflejo de la matriz.

2.2.15- Principio de autenticación:

Facultad que tiene el Notario para otorgar a un documento que él redactó el carácter de instrumento público. Esto lo logra estampando su firma, el respectivo sello y el cumplimiento de todas las formalidades exigidas por la ley.

2.2.16- Principio de fe pública notarial:

La fe pública es la garantía máxima de la seguridad jurídica. Esto se traduce en la certidumbre que tienen los instrumentos públicos y demás actos en que interviene un Notario para dotarlos de autenticidad, legalidad y presunción de veracidad. El efecto en los instrumentos públicos es relevante, porque les concede una mayor eficacia probatoria y también ejecutiva, sin desconocer tampoco la importante labor de justicia preventiva.

Debido a la importancia de estos dos últimos principios para los objetivos de esta Memoria y su vinculación con el resto, les daremos un tratamiento de forma detallada.

2.3- La fe pública.

Es necesario saber a qué se refieren los términos fe y pública. Aquel, como la creencia, certeza o seguridad en algo que no nos consta y que no ha sido percibido por los sentidos; y éste, como algo notorio, manifiesto o que todos lo saben. Ahora, como primera aproximación, podríamos decir que la fe pública es

una creencia notoria. Pero desde el ámbito jurídico existen distintas definiciones, entre ellas destacamos las siguientes:

- COUTURE, EDUARDO: “la calidad propia que la intervención notarial acuerda a los instrumentos expedidos en el ejercicio regular de esa función.”⁵⁶

Este autor, adscribe el concepto a la actividad notarial, pero sin desconocer que existen otros funcionarios u objetos públicos, que autorizados por la ley también la otorgan.

- CORZO, Lázaro y HERNÁNDEZ, Rodolfo: “autenticidad y credibilidad que llevan implícitos, por sí mismos, los actos públicos, es decir, los actos derivados del poder estatal, y cuando estos son autorizados por el Notario, estamos hablando entonces de fe pública notarial.”⁵⁷
- RÍOS HELLING, JORGE: Este autor da varias definiciones que termina refundiendo en la siguiente, “Imperativo jurídico que impone el Estado a un pasivo contingente universal para considerar cierta y verdadera la

⁵⁶ COUTURE, Eduardo. El concepto de fe pública. Segunda edición Montevideo. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo. 1954. pág. 36

⁵⁷ CORZO, Lázaro y HERNÁNDEZ, Rodolfo. op. Cit., pág. 24

celebración de un acto o el acaecer de un evento que no percibe ese contingente por sus sentidos.”⁵⁸

Creemos que esta última definición desarrolla ampliamente el concepto en estudio, así observamos sus elementos característicos:

- Imperativo jurídico: Cualquier documento emanado del Estado por alguno de sus funcionarios se debe tener por cierto, ya que es una garantía de fidelidad y seguridad jurídica que otorga el Estado.
- Efecto *erga omnes*: Este documento es oponible frente a cualquiera.
- Considerar cierto un acto o hecho: Esto es porque el funcionario confecciona el acto y certifica los hechos de la forma en que él los percibe. Produce este efecto porque el derecho positivo lo quiere así.
- No percibe por sus sentidos: Es el Estado el que ordena mecanismos para que se tengan por verdaderos actos que no han sido percibidos.

⁵⁸ RÍOS Helling, Jorge. La práctica del derecho Notarial. México. Mc Graw Hill.1995. pág. 38

Como podemos observar, la fe pública es única y emana directamente del Estado, quien la puede ejercer directamente o delegar en servidores públicos, por este motivo, se mencionan distintos tipos de fe pública dependiendo del funcionario que la otorga:

- Fe Pública notarial, otorgada por el Notario.
- Fe Pública registral, otorgada por el Conservador.
- Fe Pública judicial, la otorga el Secretario del tribunal.
- Fe Pública administrativa, es la atribuida a los actos realizados por el Estado o por las persona de Derecho Público dotas de soberanía, autonomía o jurisdicción.
- Fe Pública legislativa, se le atribuye al Congreso en su calidad de colegislador.
- Fe Pública del Registro Civil, a cargo del Oficial del Registro Civil.

A lo largo de este estudio, nos hemos centrado en la fe pública que otorga tanto el Notario como el Conservador en el desempeño de sus funciones.

Es importante tener presente la distinción entre fe pública y plena fe; la primera como sabemos es una calidad del documento (autenticidad y legalidad) que deriva del hecho en que haya intervenido el Notario; la segunda, es la

medida de mayor eficacia probatoria, es decir que la escritura pública se prueba a sí misma.

Por otro lado, la fe pública tiene un contenido, la aseveración que hace el Notario de hechos que ha percibido y que aparecen en el documento que él redacta. Acá, el mejor ejemplo es el de la escritura pública donde se cumplen las solemnidades exigidas por la ley (escrituración y la intervención del funcionario competente), es por este motivo que el instrumento público tiene mayor eficacia probatoria y ejecutiva.

En la representación de hechos, el Notario primero percibe la manifestación de voluntad de los otorgantes, luego procede a interpretarlas y redactar el documento que la reproduce. Finalmente, el Notario dota al documento de fe pública, que no significa que se le este confiriendo carácter de verdad irrefutable a su contenido, sino que solo hace plena fe respecto de determinados aspectos. Estos los vemos en el artículo 1700 del Código Civil, y que son: la realidad del otorgamiento del documento, de la fecha y que los otorgantes han manifestado la voluntad (no así de la voluntad que se manifiesta, es decir, de la veracidad del contenido).

Por este motivo, a pesar de que puedan existir vicios de la voluntad (error, fuerza, dolo), éstos no se subsanan por constar en un instrumento público, el cual sigue siendo válido. En consecuencia, siempre se tendrá la posibilidad de impugnar una escritura pública y el camino para hacerlo será por la vía judicial.

2.4- La autenticidad

La autenticación se define como “el hecho de autorizar un funcionario público el documento en que interviene, de tal suerte que por el hecho de esa autorización se dé el presupuesto que exige el ordenamiento jurídico para darlo de autenticidad”.⁵⁹ Del concepto se observa la presencia de dos elementos insustituibles, el hecho o acto y el sujeto que da fe. La intervención de este último es la que da fuerza de creíble o de certeza del primero, la forma de hacerlo, es a través de las palabras sacramentales, “Doy fe”, que se pone al terminar el instrumento público

En el Código Civil, se da una definición de autenticidad en su artículo 17:

⁵⁹ CRUZ, Norman. Derecho Notarial Chileno. Editores López Vivancos. Santiago. 1973. pág.64

Artículo 17: La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Enjuiciamiento.

La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los tales instrumentos se exprese.

Como vemos el inciso segundo contiene el concepto de autenticidad, el que lo dividimos en dos aspectos:

- Hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados: Será auténtico en la medida que quienes participan en su otorgamiento (partes, testigos, Notario) sean los mismos que suscriben el instrumento.

- La manera en que tales instrumentos se exprese: Solo tendrá autenticidad si el contenido del documento le consta al Notario, y éste se manifiesta a través de la dación de fe.

Ya lo veíamos en los principios del sistema de notariado latino, donde una de las funciones del Notario es la de investir a los documentos que otorga de una presunción de veracidad, gracias a la delegación que hace el Estado en él, de la fe pública. Esta presunción se traduce en la capacidad que tienen los instrumentos públicos de probarse por sí mismos. Esta cualidad se manifiesta en la suficiencia del instrumento respecto del texto que expresa, como de la

fuerza explicativa del mismo, es decir, no necesita pruebas complementarias ni aclaraciones o interpretaciones.

Como sabemos, el tráfico jurídico necesita de seguridad jurídica la que se encuentra a través de la autenticidad y la fe pública.

CAPÍTULO III

EL INSTRUMENTO PÚBLICO

3.1- Documento e instrumento

El documento es todo objeto provisto de una materialidad aprehensible por los sentidos, destinada a reproducir una manifestación del pensamiento cualquiera sea el procedimiento técnico empleado para ello.

De esta forma se puede analizar el documento desde dos perspectivas⁶⁰:

- a) Estructural: Se centra en la materialidad o corpus que puede adoptar distintas formas y que en la práctica se suele representar en el papel, pero existen muchos otros elementos (papiro, metal, escritura, fotografía, películas, discos, dibujos, cuadros, esculturas, etc.). Junto al corpus se encuentran las letras que están incorporada en el documento y que son

⁶⁰ GAETE González, Eugenio Alberto. Documento Electrónico e Instrumento Público. [en línea] Revista de Derecho Informático N° 24. Julio del 2000 <<http://www.alfa-redi.org/node/9761> > [Consulta: 1 de marzo de 2012]

el medio de expresión del autor, que traduce su manifestación de voluntad y le da razón de ser al documento.

- b) Funcional: El documento es una cosa que sirve para representar a otra. Jurídicamente, va más allá de su simple materialidad y se centra en su función de representar hechos, esencialmente la manifestación de voluntad.

Con lo que decimos, es posible distinguir el documento (materialidad) del hecho, siendo el primero un reflejo o representación del segundo. El Derecho valora tal representación, considerándola en algunos casos como requisito para la existencia de determinados actos y en otros, otorgándole una mayor eficacia, que se traduce en una valoración especial en el ámbito probatorio.

Teniendo claro el concepto de documento, ahora corresponde analizar el término instrumento, si bien se usa como sinónimo del primero, la doctrina los distingue. Así lo señala NORMAN CRUZ⁶¹, citando a los profesores:

- Alessandri y Somarriva, que reconocen la distinción pero sin un criterio muy claro.

⁶¹ Autores citados por CRUZ, Norman. Op Cit., pág. 73

- Claro Solar, quien menciona que entre documento e instrumento hay una relación de género a especie, siendo el aspecto distintivo del instrumento la finalidad para servir como medio de prueba, entonces, aquel que no cumpla con ese fin será genéricamente documento.

- Otros, que otorgan al instrumento la representación de manera objetiva, a través de la escritura, del pensamiento de su autor. Los documentos, por su parte, hacen una representación por signos distintos de la escritura.

Por su parte GAETE GONZÁLEZ, señala:

“...se acostumbra distinguir entre documento e instrumento, en cuanto el primero no necesariamente deberá permanecer a la esfera del Derecho, en tanto que el segundo sí es plenamente jurídico, ya que posee eficacia. De este último, agreguemos que si además de eficacia, es indubitado esto es, no sujeto a dudas en relación con su contenido, y con plena correspondencia entre *actum* y *dictum*, será además, instrumento público.”⁶²

Desde una perspectiva restrictiva, tanto instrumento como documento son una representación escrita que consignan un hecho. Por su parte el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil asimilan el término instrumento a los

⁶² GAETE González, Eugenio Alberto. Idem.[Consulta: 1 de marzo de 2012]

escritos, actos, escrituras y documentos, así podemos citar lo señalado por el profesor DUCCI:

“El Código Civil no emplea siempre la palabra instrumento para indicarlo. Así el art. 1901 utiliza la palabra “título”, el art. 309 habla de “documento”, en el inc. 2° del 1709 la expresión “acto o contrato” se utiliza para referirse al instrumento, y según una sentencia de la Corte Suprema la misma expresión con igual significado se ha empleado en el art. 1683.”⁶³

En el Código de Procedimiento Civil, el instrumento se trata como medio probatorio al que le da una especial importancia debido a las ventajas que brinda, por ejemplo, por su carácter de prueba preconstituida; por el hecho de ser prueba escrita que no se encuentra fácilmente sujeta a alteraciones, como sí puede suceder con otros medios probatorios.

En forma particular, los elementos del instrumento son:

- Pensamiento: El querer o manifestación intelectual del autor que se plasma en el instrumento.
- Autor: Quien realiza las declaraciones contenidas en el instrumento y que es posible reconocer porque se individualiza en éste.

⁶³ DUCCI Claro, Carlos. Derecho Civil Parte General. Cuarta edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2005. pág. 406

- Contenido: Es el hecho jurídico relatado o testimoniado, el cual debe tener una relación exacta entre el hecho ocurrido y lo narrado. Ésta correlación es la que le da eficacia plena al documento.

GAETE GONZÁLEZ⁶⁴ nombra tres grados de eficacia en el instrumento:

- 1) Verdad impuesta: Los hechos percibidos directamente por el Notario, o en su caso el funcionario respectivo. Acá son dos verdades, el hecho que motiva el otorgamiento y la fecha.
- 2) Verdad supuesta o presunciones: Los hechos aseverados al funcionario y corroborados por él, pero no puede asegurar su veracidad o falsedad.
- 3) Verdad puesta: Son las declaraciones de verdad de las partes y que generalmente constituyen un principio de prueba por escrito.

3.1.1- Clasificación doctrinaria de los Instrumentos.

Las clasificaciones más distintivas son:

⁶⁴ GAETE González, Eugenio Alberto. Idem. [Consulta: 1 de marzo de 2012]

3.1.1.1- Por motivos de otorgamiento o según su finalidad:

a) Por vía de prueba: Para estos casos, la ley exige el instrumento solo como medio de prueba del acto (art. 1708 Código Civil.).

La falta del documento en este caso no genera la nulidad del acto sino que priva de ese medio de prueba para acreditarlo, para lo cual habrá que hacerlo con otros medios de prueba.

b) Por vía de solemnidad: En ciertos casos, la ley exige que un acto conste en un instrumento, transformándose en requisito necesario para que sea válido, en otras palabras es una solemnidad. Un ejemplo es el artículo 1801 del Código Civil que exige para la compraventa de bienes raíces una escritura pública.

En el caso que el instrumento otorgado por esta vía, sea nulo o inexistente, lo afectará como medio de prueba y generará la nulidad del acto o contrato, el que no podrá ser probado por otro medio de prueba. La prueba instrumental, como vemos, se caracteriza por ser un medio de prueba “preconstituído, indirecto y que produce generalmente plena prueba si se reúnen los requisitos que el legislador establece al efecto.”⁶⁵

⁶⁵ MATURANA Miquel, Cristián. Actuaciones judiciales, Notificaciones y Juicio Ordinario (separata 05044). Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2006. pág. 132

3.1.1.2- Por su naturaleza jurídica:

Se distinguen:

- a) Instrumentos públicos o auténticos: Son los autorizados con las solemnidades legales por el competente funcionario (art. 1699 Código Civil).
- b) Instrumentos privados: Se llega por exclusión a estos, puesto que son todos aquellos documentos escritos que no cumplen con las exigencias de un instrumento público, en específico, carecen de la autorización con las solemnidades legales por el competente funcionario.

Esta clasificación es muy importante, por lo que le daremos un tratamiento detallado con posterioridad.

3.1.1.3- Por el valor probatorio:

El instrumento público goza de una presunción de autenticidad, dada la intervención de un funcionario público competente en su otorgamiento, correspondiéndole la prueba para desvirtuarla, a la parte contra el cual se hace valer. Cosa distinta pasa con los instrumentos privados, los que para que

tengan valor deben ser reconocidos por las partes o mandados a tener por reconocidos, por vía judicial. El reconocimiento de los instrumentos privados está expresamente regulado en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, donde se distinguen tres tipos de reconocimiento, expreso (en los numerales primero y segundo), tácito (numeral tercero) y judicial (numeral cuarto).⁶⁶

3.1.1.4- Por la forma en que se acompañan al proceso:

Se establece en el Código de Procedimiento Civil, la distinta forma como se deben acompañar al proceso los instrumentos públicos y privados (Art. 342 y 346 respectivamente).

⁶⁶ Artículo 346 Código de Procedimiento Civil: Los instrumentos privados se tendrán por reconocidos:
1° Cuando así lo ha declarado en el juicio la persona a cuyo nombre aparece otorgado el instrumento o la parte contra quien se hace valer;
2° Cuando igual declaración se ha hecho en un instrumento público o en otro juicio diverso;
3° Cuando, puestos en conocimiento de la parte contraria, no se alega su falsedad o falta de integridad dentro de los seis días siguientes a su presentación, debiendo el tribunal, para este efecto, apercibir a aquella parte con el reconocimiento tácito del instrumento si nada expone dentro de dicho plazo; y
4° Cuando se declare la autenticidad del instrumento por resolución judicial.

3.2- Instrumento público.

3.2.1- Definición.

La definición legal se encuentra en el artículo 1699 del Código Civil que señala “instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario.” Entonces, cualquier instrumento que cumpla con estos requisitos constituye un instrumento público, aunque la ley no le confiera expresamente ese carácter.

Como observamos, esta definición trata como sinónimos, los términos público y auténtico, lo que no se escapa de discusión en doctrina. Algunos señalan que el legislador los considera sinónimos, justificándolo en el hecho de que el término auténtico significa que tiene autoridad y por ello produce fe pública. Otros en cambio, aludiendo a la definición que da el artículo del 17 inciso 2° del Código Civil sobre autenticidad (auténtico es el documento realizado y autorizado por la persona que en el realmente se expresa) indican que no es sinónimo de público (documentos autorizados por personas en quien reside autoridad pública).

“[...] los profesores Alessandri y Somarriva, en la obra citada, no se pronuncian abiertamente sobre si deben considerarse sinónimos los términos en estudio, o no. El profesor Santa Cruz, si se pronuncia plenamente sobre la aceptación de la sinonimia. El profesor Fueyo Laneri, opina lo contrario. La jurisprudencia se inclina también por estimar sinónimos los dos términos en tesis.”⁶⁷

Por su parte NORMAN CRUZ, adhiere a la posición del profesor Fueyo⁶⁸, agregando que de otra manera no se justificaría el concepto de auténtico que el legislador entregó. Por otro lado, si bien doctrinariamente no se deben confundir estos términos, ya que gramaticalmente tienen significados diferentes, no se puede aplicar lo mismo en los casos en que el legislador los consideró como sinónimos, acá prima el principio legal antes que la doctrina.

⁶⁷ CRUZ, Norman. op. Cit., pág. 82

⁶⁸ Norman Cruz cita la obra del profesor Fueyo respecto a la crítica que hace de una sentencia de la Excm. Corte Suprema que acepta la sinonimia de instrumentos públicos y auténticos. Sus argumentos son:

“Lo auténtico, aplicado en un instrumento público, es un calificativo adecuado, que se justifica por el mérito de veracidad que es propio de los instrumentos autorizados por un funcionario público, dotado, por diversas circunstancias, de la fe pública. Por lo mismo que este instrumento hace plena fe sobre circunstancias fundamentales.

Pero, este apelativo del instrumento público, es un calificativo adecuado, que se justifica por el mérito de la veracidad efectiva, y que da motivo a la definición de autenticidad por el inciso 2° del art . 17 del propio Código Civil.

En consecuencia, no se ve razón bastante para admitir que la aplicación correcta de un término en un caso dado, reste o niegue al término su significado genérico, y más aún, legal y obligatorio.”
CRUZ, Norman. Op.Cit., pág. 81

3.2.2- Requisitos del Instrumento público.

De la definición entregada en el artículo 1699 del Código Civil, desprendemos sus requisitos:

a) Que sea autorizado por un funcionario competente.

1. En este punto se entiende como funcionario público aquel que forma parte de un servicio público, pero también, comprende a la persona que ha recibido del poder público la facultad de otorgar o autorizar instrumentos. Por este motivo se reconocen de manera amplia como funcionarios públicos a los fiscales, semifiscales, municipales, etc.

2. La competencia del funcionario comprende dos aspectos, uno condescendido por la ley que le permite al funcionario otorgar el instrumento, y por otro lado una territorial, donde ejerce su función

b) Se observen en su emisión las solemnidades establecidas por la ley.

Nuestro legislador no ha establecido una regulación uniforme de las solemnidades legales para todos los instrumentos públicos. Por este motivo, debemos entender que son de derecho estricto, es decir los preceptos que las establecen deben interpretarse restrictivamente y no pueden presumirse más solemnidades ni aplicar otras por analogía.

Ejemplos de lo que venimos hablando lo encontramos en el Código Orgánico de Tribunales en sus artículos 403 al 414 establece los requisitos de la escritura pública (instrumento público por excelencia). Otro caso lo vemos en el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, al indicar los elementos que deben cumplir las inscripciones, subinscripciones, cancelaciones, etc.

Por su parte, la jurisprudencia⁶⁹ ha señalado otro tipo de instrumentos con el carácter de públicos:

- Copias autorizadas por Secretario Municipal de documentos del archivo municipal;
- La copia de la demanda que el Receptor entrega al notificarla;

⁶⁹ MATURANA Miquel, Cristián. Op. Cit., pág. 134

- Las partidas o certificados de nacimiento, matrimonio o defunción que entrega el Oficial del Registro Civil.
- Los certificados de dominio vigente, hipotecas y gravámenes y de prohibiciones e interdicciones entregadas por el Conservador de Bienes Raíces.

En el caso que no exista norma que exija alguna formalidad especial, se entiende que aquel instrumento debe indicar por lo menos la fecha y firma del funcionario que autoriza, esto porque es la forma de dar fe del acto y de la intervención del funcionario público. Si en este instrumento actuaron testigos o las partes, serán necesarias sus firmas, las que dan cuenta de la manifestación de su consentimiento.

Todo instrumento que no cumple con estos requisitos, no valdrá como instrumento público, pero sí estuviese firmado por las partes, valdrá como privado. Así lo señala en el artículo 1701 inciso 2° del Código Civil.

3.2.3- Valor probatorio del instrumento público.

Esta materia se encuentra regulada en los artículos 1700 y 1706 del Código Civil:

Art. 1700: El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes.

Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones y descargos por título universal o singular.

Art. 1706: El instrumento público o privado hace fe entre las partes aun en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato.

Como vemos, el instrumento público constituye plena prueba respecto de los hechos que certifica, es decir, no son necesarias pruebas adicionales para darlos por acreditados. Por otro lado se distingue, el valor probatorio que tiene un instrumento público, respecto de los otorgantes y respecto de terceros.

3.2.3.1- Valor probatorio respecto de las partes:

- a) Del hecho de haberse otorgado: Hace plena fe entre las partes, así lo menciona el art. 1700 del Código Civil.
- b) De la fecha de su otorgamiento: Hace plena fe respecto de las partes como también respecto de terceros.

- c) El hecho de haberse efectuado las declaraciones que aparecen en el instrumento por el funcionario público y las partes: La circunstancia de que intervenga el funcionario público en el otorgamiento del instrumento, hace que haga plena prueba respecto de esta materia.

- d) Veracidad de las declaraciones contenidas en el instrumento. En este punto para determinar el valor de las declaraciones, debemos distinguir:

- I- Veracidad de las declaraciones del funcionario público.

Estas pueden tratar acerca de:

- i. Hechos propios: Producen plena fe porque los realiza el propio funcionario público.
- ii. Hechos que percibe por sus propios sentidos: También producen plena fe estas aseveraciones.
- iii. Hechos que ha comprobado por los medios que la ley le suministra: Éstos producen plena prueba, un claro ejemplo es la comprobación de la identidad de las personas, por medio de la cédula de identidad.

- iv. Confiando en el dicho de otras personas: Estas no hacen plena prueba. Por ejemplo, edad, nacionalidad, domicilio o profesión de las partes.
- v. Meras apreciaciones: Estas declaraciones (hechos que no pueden ser percibidos por los sentidos del funcionario o que no puede comprobarlos legalmente) al no estar comprendidas dentro de la fe pública, no hacen plena prueba en el instrumento público en que consten. Si se aceptara su autenticidad y estas fuesen falsas, se estaría atentando contra la fe pública y prácticamente todo instrumento público sería susceptible de impugnación bajo cualquier medio de prueba.

II- Veracidad de las declaraciones de las partes.

Acá se distinguen las declaraciones dispositivas y enunciativas que puede tener un instrumento:

- i. Dispositivas: Son aquellas que configuran un acto jurídico con la sola manifestación del consentimiento, comprenden no solo a los elementos esenciales del acto sino que también a los accidentales y los de la naturaleza. Estas declaraciones según la jurisprudencia, solo hacen fe del hecho de haberse realizado por los otorgantes del instrumento público, pero

no de su veracidad, no obstante, se presume verdadera mientras no se pruebe lo contrario.

Parte de la doctrina, por el contrario, señala que las declaraciones dispositivas constituyen plena prueba respecto de los declarantes en cuanto a su contenido, sea que se invoque esa declaración por una parte contra la otra o lo haga un tercero contra el declarante. Se basa esta posición en razón del inciso 1° del artículo 1700 del Código Civil.

“La razón por la cual se le otorga plena prueba a la sinceridad de las declaraciones dispositivas obedece a que son ellas a las cuales presentan las partes su máxima atención al otorgar un instrumento, dado que constituyen el medio para configurar el acto jurídico que pretendieron celebrar y respecto del cual se están proveyendo de una prueba literal para su posterior prueba.”⁷⁰

ii. Enunciativas: Se refieren solamente a hechos que, aunque tengan consecuencias jurídicas, no crean, modifican o extinguen derechos u obligaciones. Estas declaraciones constituyen un elemento accidental del hecho jurídico, que el instrumento pretende acreditar y por eso, su supresión no altera la naturaleza del acto.

⁷⁰ MATURANA Miquel, Cristián. Op. Cit., pág.151

Estas declaraciones se entienden de la siguiente manera, harán plena prueba respecto del hecho de haberse realizado, pero su veracidad solo valdrá respecto de las partes como confesión extrajudicial y en cuanto a terceros carecerán de valor alguno.

En el artículo 1706 del Código Civil nos permite distinguir las declaraciones que tienen una relación directa con lo dispositivo y otros que no la tienen, esto se observa cuando señala que el instrumento público hace fe respecto de las partes aún en lo meramente enunciativo con tal de que tenga relación con lo dispositivo del acto o contrato. Esto sucede cuando las declaraciones dispositivas se refieren a hechos que ayudan a precisar el objeto o causa de la declaración o modifican o extinguen los derechos que nacen de ella.

3.2.3.2- Valor probatorio del instrumento público respecto de terceros.

Respecto de los terceros, el instrumento público hace plena fe del hecho de haberse otorgado y su fecha (art. 1700 del Código Civil). Lo mismo sucede con las declaraciones hechas por el funcionario público, ya analizadas.

Donde existen dudas, es respecto al valor probatorio ante terceros de la veracidad de las declaraciones hechas por las partes que contiene el

instrumento público. El artículo 1700 del Código Civil confunde el efecto obligatorio del acto o contrato con el efecto probatorio del instrumento. Una interpretación en el sentido de privar al instrumento público de valor probatorio frente a terceros, nos llevaría a una situación ilógica, porque las partes no podrían probar ante ellos los actos o contratos solemnes que celebren.

En cuanto a las declaraciones dispositivas, éstas se presumen verdaderas respecto de los terceros, ya que en razón de los principios de la carga de la prueba lo normal se presume (la sinceridad de las declaraciones formuladas en el instrumento) y lo excepcional debe ser acreditado (simulación del otorgamiento del instrumento).

Las declaraciones enunciativas directamente relacionadas con lo dispositivo también deben presumirse verdaderas respecto de terceros, ya que si éstas se incorporan a las declaraciones dispositivas, se entiende que la presunción que gozan estas últimas favorecen a las primeras.

Por último, las partes no pueden invocar sus declaraciones contra terceros. En cambio los terceros, sí pueden hacerlo contra las partes respecto de las declaraciones enunciativas, las que servirán de confesión extrajudicial como base a una presunción judicial, para acreditar los hechos confesados.

3.2.4- La presunción de autenticidad del instrumento público.

Como ya lo analizamos, la autenticidad es uno de los principios más importantes del sistema de notariado latino, y que en los instrumentos públicos queda en evidencia, ya que gracias a la intervención del funcionario llevan envuelta la presunción de autenticidad. Para que quede claro nombraremos los elementos que concurren en un instrumento público para ser auténtico:

- Haber sido otorgado efectivamente por las personas que en el instrumento aparecen.
- Haya sido autorizado por el funcionario que se indica en el instrumento.
- Las declaraciones prestadas por las partes al momento del otorgamiento, sean las que en él se consignan.

3.2.5- Forma de acompañar los Instrumentos públicos al juicio.

A pesar de que no existe en el Código de Procedimiento Civil norma expresa respecto a los instrumentos públicos, se ha entendido que deben acompañarse como regla general “con citación”. Incluso existiendo regulación especial, ésta se debe adicionar a la citación, todo lo que se desprende de diversas normas:

- Artículo 795 N°4 y 800 N°2 ambos del Código de Procedimiento Civil, en relación al recurso de Casación en la Forma, establecen como trámites esenciales en primera y segunda instancia “la agregación de los documentos presentados oportunamente con citación.”

- Artículo 342 N°3 del Código de Procedimiento Civil, se otorga un plazo de 3 días para objetar instrumentos públicos, plazo que se iguala con la citación.

- Artículo 348 inciso 2 del Código de Procedimiento Civil, respecto a que la agregación de los documentos presentados en segunda instancia, no suspenden la vista de la causa, pero el tribunal no puede fallarla sino después de vencido el término de la citación.

3.2.6- Impugnación del instrumento público.

La manera en que se le quita la fe o valor probatorio a los instrumentos públicos es por medio de la impugnación, la que puede ser por tres causas:

3.2.6.1- Nulidad del Instrumento:

En virtud de los requisitos señalados en la ley, la falta de alguno de ellos puede hacer que un instrumento público adolezca de nulidad. Así, será nulo cuando no ha sido autorizado por el funcionario público competente o no se han

cumplido con las solemnidades legales en su otorgamiento (art. 1699 Código Civil y 403 Código Orgánico de Tribunales). Sin embargo, en algunos casos, este instrumento podrá valer como privado si está firmado por las partes.

Por otro lado, la nulidad del instrumento no acarrea necesariamente la nulidad del acto o contrato, sino solo cuando el primero sea una solemnidad de éste. La nulidad del instrumento público puede promoverse por las partes o terceros que tengan interés en ella, pudiendo reclamarse por vía principal o incidental en el juicio. Pueden utilizarse todos los medios probatorios para acreditar la nulidad.

3.2.6.2- Falta de autenticidad o falsedad material:

Remitiéndonos a la definición que da el inciso 2 del artículo 17 del Código Civil sobre autenticidad, debemos entender que se debe probar alguno de los siguientes elementos:

- Que el instrumento no ha sido realmente otorgado,
- No ha sido autorizado por el funcionario u otorgado por las personas que en él se expresa,
- Las declaraciones que consigna no corresponden a las efectuadas al momento de su otorgamiento.

En otras palabras, se tendrá que demostrar que los hechos certificados por el funcionario, cuando sean de los que hacen plena fe, son falsos. Para acreditar esto, las partes pueden valerse de todos los medios de prueba incluso la testimonial respecto de la cual no opera la limitación de los art. 1708 y siguientes del Código Civil, por no recaer precisamente sobre actos y contratos. Sin embargo, respecto a la impugnación de falta de autenticidad de las escrituras públicas, el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil establece una regla especial en relación a la prueba testimonial, teniendo que cumplir para ello los siguientes requisitos:

- Declaración de cinco testigos.
- Todos estén contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados y que den razón de sus dichos y que sus declaraciones no hayan sido desvirtuadas por otra prueba en contrario
- Que los testigos acrediten que la parte que dice haber asistido personalmente al otorgamiento o el escribano o alguno de los testigos instrumentales ha fallecido con anterioridad o ha permanecido fuera del lugar en el día del otorgamiento y en los setenta días subsiguientes.

Esta prueba será analizada por el tribunal de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Sin perjuicio de ello, hoy en día esta forma de impugnar la autenticidad

está bastante restringida, ya que no existen los testigos instrumentales para el otorgamiento de este tipo de escrituras públicas, salvo norma en contrario, como ocurre con el otorgamiento de testamento abierto ante Notario.

3.2.6.3- Falsedad de las declaraciones de las partes contenidas en él.

En cuanto a las declaraciones enunciativas, no hay mayor problema porque al ser estos solo hechos, basta acreditar su falsedad. Caso distinto sucede con las declaraciones dispositivas, ya que son las que explican el consentimiento de las partes y configuran el acto jurídico, es decir manifiestan su voluntad. Acá se pretende sostener que las declaraciones no corresponden a la real voluntad, ya sea por error, dolo o simulación.

Pueden impugnar la veracidad de las declaraciones los terceros y las partes:

1. Los terceros: Pueden valerse de todo medio de prueba, contra las declaraciones dispositivas y enunciativas relacionadas con lo dispositivo, ya sea contra terceros o contra las partes.
2. Las partes: Pueden impugnar las declaraciones dispositivas y enunciativas relacionadas con lo dispositivo a pesar de producir plena

prueba en su contra. Pueden impugnar la veracidad de las declaraciones respecto a otras partes como de terceros:

- a. Respecto de otras partes, deberán probar plenamente que esas declaraciones no son verdaderas, siendo el juez quien les restará o no valor a las declaraciones.
- b. Respecto de terceros, las partes no pueden impugnar la veracidad de sus propias declaraciones.

3.3- Escritura pública.

La ley reconoce y define a la escritura pública en los siguientes artículos:

- Art. 1699 del Código Civil: Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario. Otorgado ante escribano e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública.
- Art. 403 del Código Orgánico de Tribunales: Escritura pública es el instrumento público o auténtico otorgado con las solemnidades que fija esta ley, por el competente notario, e incorporado en su protocolo o registro público.

De estas definiciones se desprende que la escritura pública es la especie, mientras que el instrumento público es el género.

3.3.1- Requisitos de la escritura pública.

Para estar frente a una escritura pública es necesario que concurren copulativamente los siguientes elementos:

- Sea otorgada por Notario competente: Ejerciendo sus funciones dentro del territorio al cual fue designado, de lo contrario, el instrumento público que otorgue no tendrá fuerza legal⁷¹.
- Sea otorgada con las solemnidades legales: Están establecidas en los artículos 404 a 414 del Código Orgánico de Tribunales y deben ser cumplidas para que la escritura sea válida. La falta de alguno de ellos afecta la validez de la escritura pública⁷².
- Incorporarse al protocolo del Notario que la extiende: El protocolo es el registro público formado por la incorporación de las escrituras públicas en el orden numérico que le hubiere correspondido en el repertorio. Junto

⁷¹ Art.426 COT: No se considerará pública o auténtica la escritura:

Nº1: Que no fuere autorizada por persona que no sea notario, o por notario incompetente, suspendido o inhabilitado en forma legal.

⁷² - Art. 412 COT: Serán nulas las escrituras públicas:

Nº 2. Aquellas en que los otorgantes no hayan acreditado su identidad en alguna de las formas establecidas en el artículo 405, o en que no aparezcan las firmas de las partes y del notario.

- Art. 426 COT: No se considerará pública o auténtica la escritura:

Nº3: En que no conste la firma de los comparecientes o no se hubiere salvado este requisito en la forma escrita en el artículo 408;

Nº4: Que no esté escrita en idioma castellano;

Nº5: Que en las firmas de las partes o del notario o en las escrituras manuscritas, no se haya usado tinta fija, o de pasta indeleble, y

Nº6: Que no se firme dentro de los sesenta días siguientes de su fecha de anotación en el repertorio.

a las escrituras públicas, se agregan los documentos protocolizados, el incumplimiento de este requisito no le da valor de públicos.⁷³

Por último, es necesario tener presente que la escritura pública que se ha tenido a la vista y ha sido extendida y firmada por las partes y el Notario, quedando incorporada en el Registro, se llama matriz u original. Sin perjuicio de esto, el Notario podrá extender todas las copias que le soliciten, pudiendo éstas ser fotocopias, manuscritos, impresas, dactilografiadas, litografiadas o fotograbadas. En estas debe quedar constancia que es un testimonio fiel de su original, debiendo llevar la fecha, firma y sello del funcionario autorizante.

3.4- Instrumento privado.

Es todo escrito que deja constancia de un hecho, que es suscrito por sus participantes y en el que no interviene funcionario público en su otorgamiento. Es importante que el instrumento se encuentre firmado pues ésta es la única forma en que se entiende que el suscriptor acepta su contenido, teniendo así el instrumento valor en juicio. De esta forma es como lo contempla el Código Civil en sus artículos 1701 inciso 2, 1702 y 1703.

⁷³ Art.426 COT: No se considerará pública o auténtica la escritura:

Nº2: Que no esté incorporada en el protocolo o que éste no pertenezca al notario autorizante o de quien esté subrogando legalmente.

A pesar de esto, existen de manera excepcional, documentos que pueden valer como instrumentos privados a pesar de no estar firmados por las partes, estos son los enumerados en los artículos 1704 y 1705 del Código Civil. El primero de estos artículos se refiere a los asientos, registros y papeles domésticos, que se caracterizan por contener una información para el uso privado de su dueño en el curso de sus negocios. Es importante señalar que esta prueba se hace en contra de quien lleva estos documentos, debiendo ser solicitada por una persona distinta; estos documentos hacen prueba respecto de los hechos que aparecen claramente y su mérito probatorio es indivisible, es decir hace fe tanto de lo que lo favorece como de lo que lo perjudica.

El segundo artículo mencionado se refiere a las notas escritas o firmadas por el acreedor en una escritura que están destinadas a hacer prueba contra el acreedor una vez que éste las haya reconocido. Al igual que las anteriores, tienen un valor probatorio de carácter indivisible.

Los instrumentos privados no gozan de la presunción de autenticidad, por lo que si se quiere probar algún hecho es necesario probar la autenticidad del documento a través de su reconocimiento por la parte que lo otorgó o sino judicialmente. Mientras no sea reconocido, el instrumento no tiene valor alguno. Como ya anticipamos el reconocimiento puede ser de tres formas:

1) Expresa: El propio otorgante declara en el mismo juicio, en otro o en un instrumento público, que el instrumento privado en cuestión ha emanado de él. Así lo contemple el artículo 346 n° 1 y 2 del Código de Procedimiento Civil.

2) Tácita: Sucede cuando se ha presentado en juicio un instrumento privado y ha transcurrido más allá del plazo que la ley indica para que la parte contra quien se hace valer se oponga o no lo haga (artículo 346 N° 3 Código de Procedimiento Civil). Para que este reconocimiento opere es necesario que en el escrito se solicite tener por acompañado el instrumento privado bajo apercibimiento legal, es decir, en caso de no haber oposición dentro del plazo legal de seis días, éste se tenga por reconocido.

Las causales de impugnación de un instrumento privado son dos:

- Falta de autenticidad: no haber sido otorgado en la forma y por quien aparece otorgándolo.
- Falta de integridad: Es decir, no ser completos.

3) Judicial: Se manda a tener por reconocido un instrumento por una resolución judicial que falla el incidente que se generó por la objeción de un instrumento que se presentó por falta de autenticidad o integridad (art. 346 N°4 C.P.C.). Es

decir, la resolución judicial que rechaza la objeción y manda a tener por reconocido el instrumento.

El valor probatorio del instrumento privado dependerá de quien emana:

a) De parte:

- No es reconocido o mandado a tener por reconocido, carece de valor.
- Es reconocido o mandado a tener por reconocido, tiene el mismo valor probatorio que el instrumento público respecto de las partes. Así es como se señala en el artículo 1702 del Código Civil.

b) De terceros:

- Es necesario que quienes lo han emitido, declaren como testigos en el juicio mismo, reconociéndolos en cuanto su procedencia y dando fe de la verdad del contenido. Así, el documento pasa a formar parte de la declaración testimonial y goza del valor que le otorga la ley a esa prueba.

Por último es necesario estudiar la forma en que los instrumentos privados se incorporan al juicio. La ley no lo señala, por eso es necesario distinguir aquellos instrumentos privados que emanan de terceros de los emanados de las partes. Respecto de los primeros se debe realizar con citación (Artículos 795 N° 4, 800 N° 3y 348 inciso 2°); en cuanto a los segundos, se

acompañan con conocimiento y bajo apercibimiento del artículo 346 N° 3. Este apercibimiento consiste en el plazo de seis días con que cuenta la parte para formular observaciones al documento, si no las hace opera el reconocimiento tácito, el que opera por el solo ministerio de la ley.

CAPÍTULO IV

LA FIRMA Y EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO, SU VALOR PROBATORIO.

4.1- La sociedad de la información.

Hoy en día la información se ha transformado en un elemento de gran relevancia, haciendo necesario encontrar mecanismos para su almacenamiento, procesamiento, transmisión, protección y valoración.

El término sociedad de la información alude a una nueva sociedad en el proceso de evolución del hombre, donde la información y principalmente las tecnologías de la información y comunicación ocupan un rol trascendental en el desarrollo y desenvolvimiento social y económico. Existen muchas definiciones que se caracterizan básicamente por los siguientes elementos: la bidireccionalidad de la información; la generalizada expansión de las tecnologías que permiten su tratamiento; y sobre todo por su naturaleza global que actualmente, gracias a las relaciones sociales, terminan conformando una sociedad mundial diferente en muchas áreas, pero con un único sistema informacional.

La base de este nuevo sistema pasa a ser la digitalización de la información, que en términos prácticos opera de la siguiente forma: el mensaje para poder ser enviado es medido y luego codificado por el aparato emisor, acto seguido, el aparato receptor lo decodifica y reproduce. El perfeccionamiento y desarrollo de la tecnología y las comunicaciones cada vez más hace posible que la digitalización comprenda mayor cantidad de información, porque permite que sea almacenada en memorias de pequeño tamaño y además utilizarla pero ya no materialmente, sino que a través de las redes informáticas a las cuales se puede acceder desde cualquier lugar del mundo en tiempo real. Pudiendo ser enviada instantáneamente a cualquier lugar y reproducirla sin detrimento de su calidad, de manera permanente.

En esta era de la información no existen límites para circular por el mundo, especialmente gracias a Internet, el que se ha encargado de producir un efecto muy interesante en las personas que tienen acceso a él: la posibilidad de aumentar su conocimiento y mejorar la productividad desde una perspectiva económica. Sin embargo, no se ha producido la tan proclamada democratización de la información, “ya que el acceso a la misma sigue estando, en la mayoría de los casos, en las mismas manos en las que se encontraban

con anterioridad a la sociedad de la información y el desarrollo tecnológico que ha traído consigo esta nueva era.”⁷⁴

Sabemos que Internet es una de las principales puertas de acceso a la información siendo hoy en día el mejor ejemplo de la sociedad de la información. El término internet ha sido llamado de diversas formas⁷⁵ y que en palabras sencillas se refiere a un medio para transmitir bloques de información.

“Internet es el medio o soporte de información en el que reside y se ejecuta el software de computadora y dentro del cual fluyen las comunicaciones electrónicas. Es un espacio de información virtual en red, accesible desde cualquier nodo, desde cualquier ordenador, lo que permite, a su vez, la interacción y el intercambio de información de todos los nodos conectados a la misma red.”⁷⁶

Faustino Gudín sintetiza que “este mundo digital está a la vez en todas partes y en ninguna parte, pero no está donde viven los cuerpos”⁷⁷. Concluye que será en el ciberespacio el lugar donde se radicarán en el futuro los Palacios de Justicia junto con la información de los procesos judiciales.

⁷⁴ LÓPEZ, Paula. Internet, sociedad de la información y derecho a la información. En: RICO, Marilina (coordinadora). Derecho de las nuevas tecnologías. Buenos Aires. Ediciones de la Rocca. 2007. pág.74.

⁷⁵ Algunos ejemplos son: autopista de la información, ciberespacio, world wide web, red de redes, telaraña de la información, etc.

⁷⁶ LÓPEZ, Paula. op Cit., pág. 75.

⁷⁷ GUDÍN Rodríguez - Magariños, Faustino. La administración de justicia digitalizada. Barcelona. Ediciones Experiencia S.L. 2008. pp. 31

Por otro lado, es relevante el desarrollo de las telecomunicaciones que ha impulsado fuertemente al mundo empresarial y también como hemos visto a la sociedad completa. Las nuevas tecnologías tienen un real interés en la unión que tienen con las telecomunicaciones, debido a la evidente apertura que tiene hacia el mundo. En consecuencia, el impacto que generan en ámbitos como el laboral, comercial, social, económico, político, cultural, por nombrar algunos, hace necesario que el Derecho no esté ajeno de ellas y se preocupe de analizar y regular esta nueva realidad en la que nos encontramos inmersos.

4.2- Informática.

Como hemos venido estudiando, la información es el instrumento que nos permite individualizar problemas, idear y aplicar soluciones, por este motivo la rapidez en que esa información sea recogida, almacenada, transmitida y distribuida, pasa a ser la labor de la informática.

Normalmente se usan variados términos⁷⁸ para referirse al impacto de las tecnologías de la información y comunicaciones en la vida diaria, e incluso, la influencia que generan en el desarrollo social. Desde ya debemos decir que

⁷⁸ Algunos de los términos que el lenguaje popular utiliza indistintamente son: informática, telemática, ofimática y cibernética.

muchos de estos términos no están correctamente empleados y es por eso que es necesario que demos un breve análisis a alguno de ellos para poder sentar las bases en donde comenzaremos un estudio más profundo.

4.2.1- Cibernética:

Fue definida por Norbert Wiener en 1948, como la ciencia del control y la comunicación en los animales y en las máquinas. En esencia, el término se centra en las reglas generales de cómo buscar la información y posteriormente tratarla para poder aplicarla a los objetivos preestablecidos.

4.2.2- Informática:

Se entiende como la ciencia del tratamiento automático de la información y es utilizada con grandes fines comerciales e intereses particulares. Esta palabra se construye a partir de las palabras información y automática,

“ con el objeto de designar las ciencias y las técnicas de la comunicación que intervienen en la recopilación y utilización de datos a fin de elaborar decisiones, de lo que se concluye que la informática es una disciplina que incluye diversas técnicas y actividades relacionadas con el tratamiento lógico y automático de la información.[...] Es necesario que la misma se encuentre asentada en un soporte o medio físico que la

contenga y, que el mismo, incluya un sistema por el que dicha información pueda ser recuperada rápidamente.”⁷⁹

Claramente en el mundo jurídico, el uso de todas estas nuevas tecnologías, con el paso del tiempo han ido cambiando las formas de pensar de los juristas y hasta del mismo legislador, quienes las han incorporado en sus actividades, gracias a las facilidades que otorga en el tratamiento de la información (datos, sonidos, imágenes, entre otros). Por esta razón, debemos estar conscientes de estos cambios pero sin despreocuparnos de los problemas del mundo jurídico, desde la perspectiva del desarrollo tecnológico.

Como vemos la informática es un concepto más restrictivo que el de cibernética, pues mientras éste se refiere a los sistemas generales de los sistemas de información, aquel se centra en la investigación del tratamiento automático y racional de la información. Junto a la informática se encuentran las comunicaciones, que facilitan de sobremanera la rapidez en el tratamiento de la información, además de posibilidad de interconexión entre los diversos aparatos informáticos. Esta asociación tiene el nombre de telemática, la cual surge de la evolución de la telecomunicación y de la informática. Esta disciplina abarca, “el estudio, diseño, gestión y aplicación de las redes y servicios de comunicaciones, para el transporte, almacenamiento y procesado de cualquier

⁷⁹ DI MARTINO, Rosa. Derecho Informático. 2° edición actualizada. Asunción. Editora Marben S.A. 2005. pp. 46

tipo de información, incluyendo el análisis y diseño de tecnologías y sistemas de conmutación.”⁸⁰

Hoy en día todos estos términos que hemos tratado quedan englobados bajo el concepto de Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC).

4.2.3- Informática Jurídica:

Cuando la cibernética se une al derecho, nace el término iuscibernética, en donde su aspecto principal es la informática jurídica, encargada del estudio de todas las aplicaciones informáticas en el campo del derecho. Otro término que debemos distinguir es el de Derecho informático, entendido como el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan la forma en que la informática se asienta en la sociedad y los conflictos que de ella se generan.

Dentro de la informática jurídica se distinguen tres ramas:

- Informática jurídica documental: Esta es la que menos depende del cambio en el pensamiento jurídico, pues su desarrollo depende

⁸⁰ GUDÍN Rodríguez - Magariños, Faustino. op. Cit., Pág. 30

básicamente de los avances del hardware y del software. Esta rama consiste en el almacenamiento, actualización, clasificación, recuperación y distribución de información jurídica.

- Informática jurídica de gestión: Se encarga de utilizar las herramientas informáticas para ayudar en las diversas labores administrativas que implican el desarrollo profesional del derecho.

- Informática jurídica decisoria: Junto con la cuantificación forman la jurimetría. Esta informática se dirige a dar métodos y propuestas para auxiliar en la labor de decisión del juez, mediante el establecimiento de criterios cuantificables y a través de un proceso informático.

4.3- Aspectos generales del comercio electrónico.

Teniendo ya claros los conceptos anteriores, es posible entender el porqué de la rápida incorporación de las tecnologías, la informática y las comunicaciones en el desarrollo del comercio y la economía mundial. Tanto así que gracias a Internet es como surge el llamado *e-commerce* o *e-business*, que hoy se conceptualiza como la nueva economía, porque aporta nuevas riquezas

y formas de producir. Además, abre a las empresas la opción de acceder a una difusión ilimitada en el espacio y por sobre todo a un costo reducido.

Pero antes de profundizar más allá en el tema, es necesario definir el término comercio electrónico, como “el intercambio telemático de información entre empresas (*business to business*) o entre empresas y consumidores (*business to consumer*), que da lugar a una relación comercial, consistente en la entrega en línea de bienes intangibles o en un pedido electrónico de bienes tangibles.”⁸¹

Como vemos esta nueva economía se identifica básicamente por su marcado carácter global, que se representa claramente en el comercio exterior, donde las partes ⁸² se relacionan a distancia (entre ausentes) y las convenciones que acuerden a través de medios electrónicos o similares, serán válidas tanto en una etapa precontractual como en la formación del consentimiento. Otra característica del comercio electrónico es la preferencia por bienes intangibles (finanzas, información, servicios, videos, imágenes entre otros); y por último, la cada vez mayor interconexión telemática, ésta última,

⁸¹ JIJENA Leiva, Renato. Comercio electrónico, firma digital y Derecho. Segunda edición actualizada. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.2005. pp.28

⁸² A pesar de que se mencione en muchos casos dentro del comercio electrónico solo a las relaciones entre empresas y estas con los consumidores, es importante señalar que no debe entenderse restrictivamente sino que deben incorporarse también las relaciones que hay entre las empresas y el gobierno (*business to government*), gobierno y consumidores (*government to consumer*), y consumidores entre sí (*consumer to consumer*).

claramente vinculada con el desarrollo de las TIC, porque migra del tradicional papel a una plataforma electrónica.

Todos estos elementos conllevan a que las empresas puedan acceder de mejor forma a la información comercial sin necesidad de tener un contacto directo entre ellas como oferentes o demandantes de bienes y servicios. Esta comunicación se logra por la transferencia telemática de datos y de documentos estandarizados, por medio de los sistemas computacionales de información que se organizan por modelos o formatos previamente acordados entre los usuarios. Así, por ejemplo, es posible que cualquier computador pueda identificar el contenido de un mensaje, lo que acarrea una mejor cobertura y mayor velocidad en las transacciones comerciales.

4.3.1- Contratación electrónica.

Con lo que hemos expuesto, estamos en condiciones de poder abordar el tema de la contratación electrónica. Solo señalaremos los aspectos más relevantes, sin profundizar en demasía en ellos, porque implicaría alejarse del objetivo de este trabajo.

En primer lugar, es necesario hacer la siguiente distinción:

1. Contratación informática: Es la que tiene como objeto y prestación por una de las partes un bien o servicio informático, o ambos. De acá se derivan los contratos informáticos.

2. Contratación electrónica: Aquella que se realiza a través o con ayuda de medios electrónicos⁸³ en cualquier etapa de la contratación, de acá se derivan los contratos electrónicos.

Este tipo de contratación, como ya hemos anticipado, se caracteriza porque las partes no están físicamente presentes, se utilizan medios electrónicos y la existencia de convenciones. Como vemos, estamos frente a un tema contractual donde operan las reglas generales del Código Civil (art.1445) y los principios generales del derecho. Por otro lado posee principio específicos (equivalencia funcional, neutralidad tecnológica, entre otros) que le permiten distinguirse del resto, los que más adelante analizaremos de forma particular.

⁸³ Los medios electrónicos no los debemos circunscribir a los computadores, sino que entenderlo de forma amplia, incluyendo por ejemplo: medios magnéticos, ópticos o similares, telefonía, televisión digital, fax, internet y sus servicios, etc.

4.3.2- Requisitos de los contratos electrónicos.

Ahora centrémonos en los requisitos de todo contrato y que también operan en los contratos electrónicos, que son: la capacidad, el consentimiento y el cumplimiento de solemnidades.

1) La capacidad: En este requisito operan las reglas generales civiles, pero surge el gran problema de cómo determinarla. Sabiendo que este contrato se produce entre ausentes, entonces, las soluciones a las que se han llegado son, por un lado a través de los convenios de legitimación (netamente contractual), y por otro a través de normas sobre atribución de datos que consiste en entender cuando un mensaje proviene de determinada persona⁸⁴.

2) El consentimiento, operarán las reglas generales mientras las partes no convengan otra forma. Recordemos, que la oferta debe manifestarse, ser completa y seria; y en cuanto a la aceptación, ésta debe manifestarse, ser oportuna y pura y simple.

⁸⁴ De esta forma, la ley modelo de comercio electrónico de la UNCITRAL en su artículo 13 señala tres casos, el primero cuando el mensaje proviene de la misma persona que lo ha enviado; el segundo, las partes han pactado cuando se entenderá que el mensaje ha sido enviado (la existencia de persona mandatada para actuar o el caso de un sistema automático programado para que actuar en nombre de él); por último, en qué casos el receptor tendrá derecho a atribuir que el mensaje fue enviado por quien dice enviarlo (por ejemplo, aplica los procedimientos que han acordado previamente).

En la oferta electrónica, el oferente tiene deberes de información, acuse recibo y seguridad. El primero comprende distintos aspectos como indicar el medio tecnológico que se usa, individualización del oferente, la forma de aceptar la oferta, el producto o servicio que se oferta y los aspectos legales; el segundo tema, se refiere a determinar la validez de la recepción de un determinado mensaje de datos⁸⁵. Por último, la seguridad, es el deber de informar sobre los aspectos en que no tiene control el oferente, en consecuencia no responde por ellos.

Un tema que ha sido materia de varios análisis a la formación del consentimiento electrónico, es decir, la determinación del tiempo (cuándo) y lugar (dónde) en el cual se produce. El tiempo determina aspectos como las condiciones de validez de un contrato, la legislación que le es aplicable y en algunos casos los cómputos de los plazos de la prescripción. Acá es importante distinguir la contratación que hay entre presentes (rige un criterio físico, en que las personas están en un mismo lugar o su comunicación sea instantánea) de la que sucede entre ausentes (opera a la vuelta del correo, pero que respecto a los correos electrónicos se hace difícil su aplicación), porque en esta última

⁸⁵ El artículo 14 de la ley modelo de comercio electrónico de la UNCITRAL, señala que el acuse recibo opera cuando el emisor lo solicite o lo haya acordado previamente con el receptor. Además indica algunos casos en que se presume esa recepción.

aparecen distintas teorías para lograr su determinación, así podemos mencionar los siguientes:

- Teoría de la aceptación: Exige que el destinatario de la oferta la haya aceptado, aunque ésta sea ignorada por el oferente. Esta teoría es la que adopta nuestra legislación, la que se recoge en el artículo 101 del Código de Comercio.
- Teoría de la expedición: Refiere que la aceptación se haya enviado al oferente.
- Teoría de la recepción: Refiere que la aceptación sea recibida por el oferente.
- Teoría del conocimiento: Requiere que el oferente tome conocimiento de la aceptación de su oferta.

El lugar, por su parte, permite fijar la competencia de los tribunales de justicia y en consecuencia, la legislación que le es aplicable. En este punto, primará lo que las partes hayan pactado. En caso contrario, operarán las reglas generales, que dependiendo de la legislación aplicable, utilizará la teoría de la recepción, que lo fija en el domicilio del oferente; o la teoría de la aceptación, que fija el lugar en el domicilio del aceptante. En nuestro país opera el artículo 104 del Código de Comercio, que adopta la teoría de la aceptación.

3) Las Solemnidades: Las formalidades en el mundo electrónico tienen un gran problema, porque muchas de ellas no se pueden cumplir por medios electrónicos. Un claro caso son aquellos actos en que la ley exige comparecencia personal. La solución, aunque parcial (como más adelante veremos), se logra por medio de la firma electrónica, la que otorga certeza respecto de las personas que firman, otorgándole el mismo valor que un contrato firmado en soporte de papel.

A pesar de todos los beneficios que hemos venido mencionando y analizando, desde los inicios del comercio electrónico y más aún hoy, el tema de la seguridad y confidencialidad de las transacciones ha sido una recurrente preocupación por las empresas y usuarios. Este tema ha logrado ser salvado por la utilización de mecanismos de identificación electrónica, en base a mecanismos de encriptación (que posteriormente desarrollaremos), como son las firmas electrónicas y certificados digitales, que han permitido una amplia masificación del comercio electrónico a través del mundo.

4.4- La ley de firma electrónica.

Nuestro país no se ha quedado atrás de todas las transformaciones en el mundo tecnológico, el que ha tenido una notoria y rápida incorporación en el ámbito económico y comercial. Por eso, siguiendo el ejemplo de distintos países, se hizo cargo de este tema a través de la dictación de la Ley N° 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, promulgada el 12 de abril de 2002 y publicada en el Diario Oficial con fecha 12 de mayo del mismo año.

4.4.1- Principios informadores de la regulación del documento y firma electrónica.

Ya sabemos que esta ley tiene como objetivo principal estimular el uso de las redes para el intercambio electrónico de información, que no solo se centra en el ámbito económico sino que busca una aplicación general en todas las áreas de la actividad humana. Por eso se reconocen distintos principios enumerados en el artículo 1° de la Ley N°19.799 que indican el marco jurídico en que se estructura nuestra ley, y ser así compatible con la realidad internacional.

4.4.1.1- Libertad de prestación de servicios:

En nuestro país existe plena libertad en la prestación de los servicios de certificación de la firma electrónica, porque no se exige un control o autorización previa de la autoridad. Excepcionalmente es exigida respecto de la firma electrónica avanzada, siendo necesario acreditarle a la autoridad que se cuenta con todos los sistemas, programas informáticos, instalaciones y recursos humanos necesarios para otorgar dicha firma. Una vez acreditado se cuenta con plena libertad en su emisión.

4.4.1.2- Libre competencia:

La libre competencia viene a complementar el principio anterior, ya que se preocupa de que el Estado no intervenga en este mercado con el fin de favorecer arbitrariamente a alguno de los distintos prestadores entregando de esta forma a los usuarios el privilegio de elegir al que otorgue mejor calidad de servicio, estándares de seguridad y precios.

4.4.1.3- Compatibilidad internacional:

Este principio viene a imponer a nuestra legislación la adopción de categorías reconocidas en otras latitudes, con el objeto de estandarizar los sistemas a nivel mundial. Claramente a medida que más usuarios adopten las mismas técnicas y exista convergencia entre las tecnologías, habrá una mayor valoración y seguridad de la firma y del documento electrónico.

4.4.1.4- Neutralidad tecnológica:

Está dirigida a evitar la obsolescencia que podría acarrear alguna regulación o norma que adoptara una determinada tecnología. Nuestra ley no se circunscribe a ninguna tecnología, lo que permite que las instituciones permanezcan en el tiempo a pesar de los cambios tecnológicos.

4.4.1.5- Equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel:

Es el principio más importante, porque no deja duda respecto al valor jurídico que tiene el documento electrónico, en consecuencia, los actos jurídicos que consten en él, salvo contadas excepciones que estudiaremos, tienen igual

valor que aquellos que constan en papel, tanto en las relaciones entre privados como los actos del Estado. Así está recogido expresamente:

- Artículo 3º inciso 1: Los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito.
- Artículo 7º: Los actos, contratos y documentos de los órganos del Estado, suscritos mediante firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los expedidos por escrito y en soporte de papel.

Con todo, para que tengan la calidad de instrumento público o surtan los efectos propios de éste, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada.

4.4.2- La firma electrónica.

Las firmas son mecanismos ideados para la identificación de las personas que concurren a la suscripción de algún documento y que estampadas en él, señalan aceptación de los términos que éste contiene o el carácter de obligarse en tal sentido.

“La firma manuscrita consta normalmente del nombre, los apellidos y la rúbrica de una persona, que la plasma en los escritos para acreditar que procede de él mismo y para autorizar u obligarse con su

contenido. Aunque en la práctica esta firma puede quedar convertida en un rasgo ilegible, su virtualidad, no sujeta a formalismos, radica en vincularse con exclusividad a una persona, que al incluirla indisociablemente con el documento es prueba de aceptación y autoría.”⁸⁶

Tal como se ha señalado previamente, el rápido desarrollo del comercio electrónico y el uso de las TIC, han generado no pocos problemas en cuanto a la agilidad de las transacciones comerciales, sobre todo al momento de determinar si la prestación del consentimiento a través de estos medios ha sido hecha de forma válida. Claramente existe desconfianza por parte de la sociedad en el comercio electrónico, motivada básicamente por la sensación de falta de seguridad. Precisamente es este aspecto en donde la firma electrónica tiene como fin, dotar a las transacciones y comunicaciones electrónicas de seguridad y confianza en un doble aspecto, tanto jurídico u objetivo como subjetivo, tendiente a vincular los términos de firma electrónica con el de firma manuscrita.

Las firmas electrónicas consisten en la aplicación de algoritmos de encriptación a los datos o un resumen de ellos, que solo serán reconocibles por el destinatario, el que además, podrá comprobar la identidad del emisor, la integridad del documento, su autoría y autenticación. De este modo, para lograr alcanzar la seguridad de la que hablamos, se señala que es necesario garantizar los siguientes elementos⁸⁷:

⁸⁶ BARRUIO Ruiz, Carlos. La contratación electrónica. 3ª edición. Madrid. DYKINSON. 2006. Pág. 389

⁸⁷ Estos elementos toman como base elementos propios de la ingeniería informática.

- Autenticidad: Que el emisor del mensaje sea quien dice ser.
- Integridad: El mensaje no sufra alteraciones desde su emisión hasta su recepción.
- No repudio: Evitar que el emisor niegue con posterioridad el envío del mensaje.
- Confidencialidad: Solo el receptor pueda acceder al contenido del mensaje.

Por estos motivos se señala que la firma electrónica “es más segura e inimitable que la manuscrita y puede aportar además la autoría, conformidad, integridad, identidad, atributos, autenticidad, datación, fecha, lugar, destino y autenticación del documento al que está vinculada.”⁸⁸

Ahora bien, el término firma electrónica comprende a los diversos métodos que procuran garantizar los elementos que acabamos de mencionar y lograr en consecuencia, la identificación electrónica por un lado y la dotación de seguridad jurídica a las comunicaciones y transacciones electrónicas, por otro. De esta forma, podemos decir que la firma electrónica no es una firma, sino un procedimiento electrónico que puede cumplir una función análoga, transformándose ésta en su única similitud con la firma manuscrita. Por último, la firma electrónica tiene una característica muy importante que la diferencia

⁸⁸ BARRUIZO Ruiz, Carlos. Op. Cit., pág. 387

completamente de la manuscrita, el hecho de que los documentos a los cuales firma, les otorga la garantía de confidencialidad o integridad.

El legislador nacional define a la firma electrónica, en su artículo 2 letra f) como firma electrónica y letra g) como firma electrónica avanzada. La distinción se dirige a reconocer que no todos los mecanismos de firmas electrónicas garantizan los parámetros de seguridad, por esta razón el legislador adopta esta postura dualista.

- a) Firma electrónica (Art. 2 letra f): “cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor.”

Como vemos, el único requisito es que el receptor sea capaz de identificar formalmente al emisor, por ejemplo: que se indique solamente el nombre al pie del mensaje electrónico o la firma manuscrita digitalizada.

- b) Firma electrónica avanzada (Art. 2 letra g): “aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del

titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría.”

En este tipo de firma concurren cuatro requisitos:

1. Estar certificada por un prestador acreditado: Solo pueden emitirla los prestadores acreditados por el Estado.
2. Ser creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control: Pretende garantizar que el documento fue firmado por el titular de la firma.
3. Permitir detección de cualquier modificación: Se busca proteger la integridad del mensaje.
4. Verificar la identidad del titular: Que se garantice que el titular de la firma sea quien dice ser.

La firma electrónica se construye en virtud de un sistema de criptografía ⁸⁹ consistente en la protección de datos por medio de su transformación matemática a un formato ilegible, mediante la aplicación de algoritmos conocidos solo por el emisor y el receptor del mensaje. Este tipo de

⁸⁹ La criptografía es “la ciencia que utiliza las matemáticas para encriptar y desencriptar información, esto es transformar la información en formas aparentemente ininteligible y devolverla a su forma original.” DE LA MAZA Gazmuri, Iñigo. Una primera mirada a la ley N° 19.799. [En línea] Artículos Fundación Fueyo
<http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/inigo_de_la_maza/firma%20electronica.pdf> [consulta: 1 de marzo de 2012]

encriptación es simétrica, porque consiste en una misma clave secreta conocida tanto por el emisor como por el receptor.

La firma electrónica avanzada, por su parte, se construye en pares de claves, una pública, conocida por todos y otra privada, conocida solo por el titular y con la cual crea la firma. Por este motivo se entiende que sean claves complementarias, porque lo que una encripta solo la otra puede desencriptar.

Para generar esta firma⁹⁰ primero se debe obtener una versión resumida del mensaje, lo que se logra por la aplicación al mensaje de un algoritmo conocido como *hash*, siendo llamado de igual forma este resumen; así, cualquier modificación que sufra el mensaje, generará un resumen distinto y en consecuencia, será notado al momento de confrontarlo con el mensaje. El paso siguiente, consiste en que el emisor aplique su clave o llave privada al *hash*, generándose en este momento la firma electrónica avanzada (el hash cifrado).

El receptor recibe tanto la firma electrónica avanzada como el mensaje, los cuales deben verificarse aplicando la clave pública del emisor. Sólo mediante la comparación del *hash* recibido y descifrado y el *hash* obtenido por la aplicación de la clave pública al mensaje, será posible percatarse de que la

⁹⁰ COUTO Calviño, Roberto. Servicio de certificación de firma electrónica y libre competencia. Ed. Colmares. Granada. 2008. pp.34 y ss.

transformación de los datos del mensaje ha sido hecha por la clave privada del emisor correspondiente a su clave pública.

Por último, hay que señalar que lo importante de este tipo de firma electrónica se centra en su sistema de claves pública y privada, el que garantizan la autenticidad, no repudio e integridad del mensaje. Estas claves o llaves deben reunir ciertos requisitos:

- 1- No puede obtenerse la clave privada a partir de la clave pública.
- 2- No pueden existir dos o más personas con el mismo par de claves.
- 3- No puede obtenerse la clave privada copiando el procedimiento de generación de claves.

4.4.3- Los certificados de firma electrónica y el Prestador de servicios de certificación.

En términos sencillos, los certificados de firma electrónica son documentos electrónicos, otorgados por un tercero de confianza, que asevera la correspondencia que existe entre la clave pública del firmante (persona natural o jurídica) y su respectiva clave privada, y además que el firmante es

quien dice ser. Nuestra ley⁹¹ lo define como “certificación electrónica que da fe del vínculo entre el firmante o titular del certificado y los datos de creación de la firma electrónica.” Claramente estos certificados son muy importantes, porque se dirigen a dar seguridad respecto a la distribución de las claves y la identificación de los titulares de las firmas electrónicas.

Las menciones que deben contener estos certificados se señalan en el artículo 15 de la ley:

- a) Código de identificación único del certificado.
- b) Identificación del Prestador de Servicio de Certificación.
- c) Datos de identidad del titular.
- d) Plazo de vigencia.

El encargado de emitir estos certificados es una tercera parte de confianza, que se constituye como ente certificador, conocido como Prestador de Servicios de Certificación (ahora PSC). Hay que dejar claro que su principal actividad es la emisión de certificados, tanto los de firma electrónica como de firma electrónica avanzada. Estos últimos, solo pueden ser otorgados por los PSC que estén autorizados por la “entidad acreditadora”, que en nuestro país es la Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción. Ante ella debe

⁹¹ Artículo 2 letra b), Ley N° 19.799

demostrarse que se brindan los requisitos técnicos y humanos para otorgar los certificados que exigen la ley y su reglamento.

4.5- El documento electrónico y su valor probatorio.

Ya analizamos en el capítulo anterior los conceptos de documento e instrumento y las diferencias que entre ellos existen. Teniendo presente aquello, nos centraremos en esta parte solamente en el documento electrónico y su valor probatorio.

El documento electrónico, al igual que el documento tradicional posee una escrituración y un contenido, pero entendidos desde una perspectiva distinta, gracias al impacto de las tecnologías⁹². Como vemos, el concepto tradicional de documento ya no se circunscribe solamente al papel y la escrituración, sino que hoy en día contempla otros soportes y registros que lo contienen como tal. Es por este motivo, que es cada vez más común oír que el papel va a tender al desuso para dar paso al documento electrónico, que se

⁹² “Los documentos electrónicos poseen los mismos elementos que un documento escrito en soporte papel: a) constan en un soporte material (cintas, diskette, circuitos, chips de memorias, redes); b) contienen un mensaje, el que está escrito usando el lenguaje convencional de los dígitos binarios o bits, entidades magnéticas que los sentidos humanos no pueden percibir directamente; c) están escritos en un idioma o código determinado; y, d) pueden ser atribuidos a una persona determinada en calidad de autor mediante una firma digital, clave o llave electrónica.” JIJENA Leiva, Renato. op. Cit., pág.172

caracteriza por contener información en cualquier forma de mensaje de datos⁹³, sean éstos voz, imagen y/o texto.

En la doctrina existe discusión respecto de como se conceptualiza este documento. Algunos lo hacen de manera estricta, donde consideran indispensable para su lectura la intervención de máquinas para la traducción de los signos o lenguaje en que se encuentra estructurado el mensaje; otros en cambio de una forma amplia, donde señalan que estos documentos pueden ser leídos por el hombre de una forma directa, ya que no solo es necesaria la intervención de la máquina. Sin profundizar más allá en esta discusión, hay que concordar que, “los documentos electrónicos propiamente tales son aquellos generados por y a través de un medio automatizado y pueden además estar memorizados en dispositivos susceptibles de ser leídos por los mismos.”⁹⁴ En el mismo tenor lo hace nuestro legislador, en el artículo 2 letra b) de la ley N° 19.799⁹⁵, optando por un término amplio de documento electrónico que incluye a aquellos que carecen de firma. Si bien esto ha sido criticado por parte de la doctrina, la cual señala que solo pueden presentarse en juicio, como prueba documental, los documentos electrónicos que hayan sido firmados

⁹³ RINCÓN Cárdenas, Erick. Manual de Derecho de Comercio electrónico y de Internet. Bogotá. Centro Editorial Universidad del Rosario. 2006. pág.45

⁹⁴ CANELO, C.; ARRIETA Cortés, R.; MOYA García, R.; ROMO, R. El Documento Electrónico. Aspectos Procesales. [en línea] Revista Chilena de Derecho Informático. <<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewArticle/10674/10952>> [consulta: 1 de marzo de 2012]

⁹⁵ Art. 2 letra d) Documento electrónico: toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior.

electrónicamente, esta concepción cambia tras la publicación de la ley N° 20.217 de 12 de Noviembre de 2007, que analizaremos más adelante.

4.5.1- Características del documento electrónico.

Ya dimos algunos lineamientos respecto al documento tradicional, ahora bien, para entender el documento electrónico, tendremos que analizarlo en razón de las características esenciales del primero y como se manifiestan estas en el mundo digital. Así, se analiza:

- a) Materialidad del documento y su finalidad de representación de un hecho o acontecimiento.
- b) Garantía de permanencia e inmutabilidad.

Para algunos, estos elementos no los cumplen los documentos electrónicos, básicamente porque serían susceptibles de alteración, no existe diferencia entre el original y la copia, y por considerarse que no serían escritos. Nuestro legislador, no distingue entre ambos tipos de documentos, siendo factible hablar de equiparación, lo que se ocurre en el proceso de homologación.⁹⁶

⁹⁶ CANELO, C.; ARRIETA Cortés, R.; MOYA García, R.; ROMO, Idem. [consulta: 1 de marzo de 2012]

Retomando lo que señalamos en un comienzo, las características esenciales del documento electrónico son:

1. La escritura: Los documentos electrónicos se encuentran escritos en un lenguaje binario (combinación de 1 y 0), inentendible para el ser humano, pero descifrado a través de máquinas o computadores. De esta forma se representan, imágenes, videos, sonidos y textos, no siendo razonable hacer distinciones odiosas entre documentos tradicionales con los electrónicos, pues están escritos pero en un lenguaje diferente.
2. Alterabilidad: El documento electrónico al igual que al que se encuentra en soporte de papel, es susceptible de sufrir alteraciones, y por este motivo siempre será necesario tomar todas las medidas de seguridad necesarias para resguardar su naturaleza documental y continúe siendo inalterable, legible y permanente en el tiempo.
3. Las Copias: En este aspecto, claramente existe una diferencia entre el documento tradicional y el electrónico, porque en este último es muy difícil lograr determinar cuál es el original y cuál es la copia. Además, no tiene mucho sentido hacerlo porque a fin de cuentas lo que importa es asegurar la autoría e integridad del documento.

4.5.2- Valor probatorio de los documentos electrónicos.

Nuestro legislador, en la ley de firma electrónica, ha valorado de manera especial al documento privado electrónico, esto claro, sin dejar de lado al régimen general ya estudiado en el capítulo anterior. De esta forma, sus artículos 4 y 5⁹⁷ señalan lo siguiente:

- a) Documento público electrónico: Deben necesariamente ser firmados por firma electrónica avanzada y además llevar un fechado electrónico.

Del mismo modo, el artículo 342 del Código de Procedimiento Civil, en su numeral 6 reconoce como instrumento público a los documentos electrónicos firmados con firma electrónica avanzada. Es muy relevante la equivalencia que hace la ley entre el instrumento público definido en el artículo 1699 del Código Civil y el del artículo 4 de la ley N° 19.799, ya que equipara la intervención del competente

⁹⁷ Art. 4: Los documentos electrónicos que tengan la calidad de instrumento público, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada.

Art. 5: Los documentos electrónicos podrán presentarse en juicio y, en el evento de que se hagan valer como medio de prueba, habrán de seguirse las reglas siguientes:

- 1.- Los señalados en el artículo anterior, harán plena prueba de acuerdo con las reglas generales, y
2. Los que posean la calidad de instrumento privado, en cuanto hayan sido suscritos con firma electrónica avanzada, tendrán el mismo valor probatorio señalado en el número anterior. Sin embargo, no harán fe respecto de su fecha, a menos que ésta conste a través de un fechado electrónico otorgado por un prestador acreditado.

En el caso de documentos electrónicos que posean la calidad de instrumento privado y estén suscritos mediante firma electrónica, tendrán el valor probatorio que corresponda, de acuerdo a las reglas generales.

funcionario con la función de la firma electrónica avanzada, la cual pasa a otorgar garantías suficientes al documento para que este sea considerado como público. De esta forma, sabemos que aplicarán las reglas generales respecto a su valoración, pero nos surge una interrogante muy importante en cuanto a cómo se deben incorporar al juicio, tema que analizaremos en un momento.

b) Documento privado electrónico: Debemos distinguir si se encuentra firmado con firma electrónica avanzada o no:

i- Con firma electrónica o carece de ella: Tendrán el valor probatorio de documento privado, en razón de las reglas generales.

ii- Con firma electrónica avanzada: Tiene el mismo valor que el instrumento público, pero no lo transforma en tal. Respecto de la fecha, no se valora como instrumento público a no ser que conste por fechado electrónico realizado por un prestador acreditado.

A pesar de que existía este marco jurídico que legitimó la utilización de los documentos electrónicos, en la práctica no existía la confianza para usarlos como medios probatorios. Esta situación se trató de subsanar tras la dictación de la ley N° 20.217 en el año 2007, la cual incorporó los artículos 342 N° 6 y

348 bis al Código de Procedimiento Civil, ya que vino a facilitar la presentación en juicio de los documentos electrónicos, resolviendo aspectos poco claros en la legislación procesal y sustantiva, básicamente en lo relativo a la incorporación, producción, objeción y valoración de los mismos.

El primero de ellos se encuentra regulado en el número 2 del título XI del Libro II, donde se hace una referencia a pie de página de los artículos 4 y 5 de la ley N° 19.799, reconociendo expresamente como instrumento público al documento electrónico suscrito mediante firma electrónica avanzada. Se puede entender innecesaria la inclusión de este numeral, toda vez que el documento electrónico en cuanto documento original queda comprendido dentro del número 1 de este artículo, sin perjuicio de ello, el nuevo numeral debe interpretarse desde la óptica en que ese documento electrónico sea capaz de producir resultados. En consecuencia, entendiendo que hace referencia al continente en que se acompaña el documento (electrónico, óptico, magnético, etc.) en atención a la materialidad del expediente, ya que en el caso que el documento electrónico se materialice a través de la impresión, pasarán a operar cualquiera de los otros numerales del artículo 342⁹⁸.

⁹⁸ CLUNES Muñoz, Alejandro, 2011. La noción de documento electrónico y el artículo 348 bis del CPC. [en línea]. <<http://www.iusnovum.com/wordpress/la-nocion-de-documento-electronico-y-el-articulo-348-bis-del-cpc/>> [consulta: 1 de noviembre de 2012]

El segundo, aplica a los instrumentos electrónicos privados suscritos con firma electrónica simple y aquellos que carecen de firma, estableciendo que una vez presentado este documento el Tribunal dictará una resolución citando a las partes a una audiencia especial de percepción documental, que tiene las siguientes particularidades:

- El Tribunal al igual que en otros medios de prueba, solo hace un examen de admisibilidad formal, lo que no significa un reconocimiento tácito de la calidad de instrumento del documento electrónico, ya que el examen de fondo se realiza en la sentencia definitiva. Dicha audiencia tiene como finalidad pronunciarse sobre la autenticidad del documento.
- La audiencia se celebrará al sexto día, lo que en opinión de algunos autores⁹⁹ genera una serie de problemas teóricos que no fueron

⁹⁹ Oberg señala en este sentido, que es posible acompañar a la demanda un documento electrónico firmado con una firma electrónica simple, debiendo el tribunal conferir traslado a la demanda y citar a las partes a la audiencia de percepción documental. En dicha oportunidad la parte demandada puede: i) objetar el documento por falta de autenticidad o, ii) no hacer nada. En este último caso, al encontrarse dentro del término de emplazamiento podrá alegar la falsedad o falta de integridad del documento. En esta audiencia que se llevará a cabo dentro del término de emplazamiento, puede decretarse prueba complementaria de autenticidad, lo que altera la sustanciación regular del juicio ordinario y puede generar consecuencias importantes en caso de que el documento sea reconocido, ya que puede ser considerado de tal importancia que haga innecesario generar más pruebas, logrando que el juicio termine anticipadamente. Por otro lado esta audiencia no impide que el demandado oponga excepciones dilatorias, ya que aún está corriendo el término de emplazamiento, es así como puede ocurrir que se tenga por reconocido un documento electrónico firmado con firma simple y a la vez se acoja una excepción dilatoria con efectos permanentes, lo que impediría la prosecución del juicio.

Por otro lado señala que puede presentarse dicho documento electrónico hasta el vencimiento del término probatorio, momento en el cual se citará a la audiencia que se celebrará una vez iniciada la etapa de observaciones a la prueba, y en el caso que se decrete prueba complementaria la parte afectada carecerá de oportunidad para emitir sus observaciones a la misma. Es más si dicha prueba se extiende más allá de los 10 días contemplados en el artículo 430 del CPC y vencido el término de

previstos por el legislador, básicamente en relación a los artículos 348. Dicho artículo no menciona la forma en que debe desarrollarse la audiencia, sólo señala que debe apercibirse a la parte que presenta el documento electrónico para que concurra con los medios electrónicos necesarios para una adecuada percepción por parte del Tribunal, de lo contrario dicho documento se tendrá por no presentado.

- En relación al artículo 255 del Código de Procedimiento Civil, si se fueren a acompañar los documentos al momento de presentar la demanda, esta norma tiene una aplicación general por estar regulada dentro del juicio ordinario y por este motivo supletorio para las materias que no tengan una regla especial, como sucede respecto de los documentos electrónicos.
- Aunque no está contemplado en la norma, se debe levantar un acta que tendrá alto grado de suficiencia (día, hora, lugar, nombre, dirección de

observaciones a la prueba el tribunal citará a oír sentencia se hayan o no presentado escritos, existan o no diligencias pendientes y no se admitirán escritos ni pruebas de ningún género.

En segunda instancia es posible rendir prueba hasta antes de la vista de la causa, la que no se suspenderá, pero el tribunal no podrá fallar la causa sino vencido el término de citación, si hay lugar a ella. Pero siendo este un documento electrónico privado suscrito con firma simple, citadas las partes a la audiencia de percepción y que eventualmente se decreta prueba complementaria, llevará a que la causa pierda su estado de relación y salga de la tabla, alterando el normal desarrollo del procedimiento.

Por último, señala respecto del Juicio Sumario que presentada la demanda se citará dentro de quinto día hábil después de la última notificación, pero si se acompaña a la demanda un documento electrónico privado suscrito con firma electrónica simple, implicaría que la audiencia de percepción se celebraría al día siguiente del comparendo primitivo, el que tiene por objeto que se ventile en esa oportunidad toda alegación, incidente conciliación.”

OBBERG YÁÑEZ, Héctor, Un desastre procesal (Documento electrónico Arts. 342 N° 6 – 348 bis C.P.C.), en Revista Actualidad Jurídica, N° 18, (julio 2008), p.242 y ss.

los que intervinieron y lo que se reproduce o explica en ella) para dejar constancia de la celebración de la audiencia. El acta toma relevancia cuando los documentos electrónicos no pueden materializarse a través de su impresión ya sea completa, parcial, o en caso que el Tribunal no cuente con los medios técnicos para su percepción, deba desplazarse al lugar donde se encuentren.

- En el caso que el documento sea objetado, el Tribunal dispone de una prueba complementaria de autenticidad a través de “peritos”, nombrados conforme a las reglas generales, que de acuerdo al tenor de la norma deben ser al menos dos.¹⁰⁰ En cuanto al resultado de esta prueba complementaria de autenticidad, surge un aspecto interesante en el ámbito probatorio, ya que la opinión del perito prevalecerá sobre la del Juez, es decir, bastará esta pericia para tener por reconocida u objetada la autenticidad del instrumento. Acá no se aprecia el dictamen de peritos conforme a la sana crítica, contemplado en el Artículo 425 del Código de Procedimiento Civil.
- El plazo de impugnación se comienza a computar desde la fecha de celebración de la audiencia de percepción documental. En cuanto a las causales de impugnación, aplican las mismas de los instrumentos en soporte de papel.

¹⁰⁰ En este punto, Héctor Oberg señala que al ser esta prueba de carácter facultativo y complementario, no existiría inconveniente legal para utilizar otros medios de prueba.

CAPITULO V

PROPUESTAS DE MODERNIZACIÓN: EL REGISTRO INMOBILIARIO ELECTRÓNICO

5.1- Firma electrónica y Derecho Registral.

En nuestro país en el año 2002, momento en el cual se legisló sobre el uso de la firma y documentos electrónicos, su uso fue acogido de muy buena forma tanto en el mundo privado como también por los organismos del Estado. A pesar de esto, en variadas oportunidades durante su discusión en el Congreso, fue recurrente analizar la factibilidad de implementar esta ley en los actos y contratos solemnes, como los instrumentos públicos y escrituras públicas en particular; además de la función notarial en su otorgamiento. No se desconoció la importancia y necesidad, de que en un futuro cercano la implementación del documento y la firma electrónica tanto en la función notarial como en la de los Conservadores de Bienes Raíces se debiera abordar, pero se argumentó que un cambio de este carácter implicaría grandes y profundas reformas lo cual escapaba del objetivo de la ley, razón por la cual se decidió excluir temporalmente el análisis de este tema en este ámbito. A pesar de ello, se permitió su uso respecto de los documentos públicos emanados de la

Actividad de la Administración del Estado, lo cual quedó regulado de forma especial en el título II de la Ley.

En este sentido la ley deja de forma expresa excluida ciertas materias lo que se constata en su artículo 3¹⁰¹, objeto de varios análisis durante la discusión de la ley. Si bien en un principio abre la puerta para la utilización de la firma electrónica tanto para documentos privados como públicos, excluye aquellos en que la ley exige una solemnidad, pero no cualquiera sino las especiales indicadas en dicho artículo. En su inciso primero, se establece la regla general en donde los actos y contratos celebrados por medio de firma electrónica tendrán igual valor y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Sin perjuicio de ellos en el inciso segundo se establecen las excepciones, que anticipábamos, enumerándose tres situaciones:

¹⁰¹ Artículo 3º: Los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito.

Lo dispuesto en el inciso anterior no será aplicable a los actos o contratos otorgados o celebrados en los casos siguientes:

- a) Aquellos en que la ley exige una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico;
- b) Aquellos en que la ley requiera la concurrencia personal de alguna de las partes, y
- c) Aquellos relativos al derecho de familia.

La firma electrónica, cualquiera sea su naturaleza, se mirará como firma manuscrita para todos los efectos legales, sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes.

- 1- Los actos y contratos en que la ley exige una solemnidad, que no pueda ser cumplida mediante documento electrónico.
- 2- En los que la ley requiera la concurrencia personal de alguna de las partes.
- 3- Los relativos al derecho de familia.

Las razones para excluirlas se basaron fundamentalmente en la realidad tecnológica existente en ese momento en el país, pero dejando en claro que el ideal es que la firma electrónica tuviere una aplicación universal. Particularmente respecto de los actos o contratos que requieren solemnidad no verificable por documento electrónico, por ejemplo la inscripción de una compraventa de inmuebles o todos aquellos que requieran inscripción en registro especial, se señaló aún no era posible su verificación mediante documento y firma electrónica atendido que debían realizarse otras modificaciones legales y conceptuales¹⁰². Por un lado la necesidad de crear un sistema de registro electrónico para los Conservadores y Notarios, y por otro lado hacer modificaciones orgánicas al Código Orgánico de Tribunales, al Reglamento del Conservador de Bienes Raíces y a otras leyes, lo que dilataría mucho la tramitación de la ley. Por estos motivos, se hace una exclusión temporal de las escrituras públicas, aunque no expresamente, señalándose que

¹⁰² Para aprobar esta ley opero el principio minimalista, es decir, regular el mínimo necesario con la finalidad de despachar pronto el proyecto, y no realizar una modificación global a todo el sistema contractual imperante en ese momento.

cuando el sistema estuviera en condiciones de operar a nivel notarial o para practicar alguna inscripción en particular, el Ejecutivo enviará un proyecto para incluir el uso de la firma y documento electrónico a la compraventa de bienes raíces.

Por el año 2006, la Excelentísima Corte Suprema intentó hacerse cargo de aquellos actos y contratos que la propia ley excluye, por no ser susceptibles de cumplirse sus solemnidades por medio de dicha firma. Para tales efectos, en uso de sus facultades económicas, dictó el Auto Acordado sobre uso de documento y firma electrónica por Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales.

5.2- El Auto Acordado y sus errores.

Cuando se dictó este Auto Acordado, lo primero que se pensó fue que se estaba dando paso a las escrituras públicas electrónicas, pero esto se alejó

mucho de la realidad y con diversos errores conceptuales, tal como lo señala el profesor Renato Jijena¹⁰³:

- En primer lugar la ley N° 19.799 en su artículo 9 permite que las autoridades y funcionarios de un órgano del Estado emitan y generen sus propios certificados y firmas electrónicas pudiendo ser acreditados por sus propios Ministros de Fe, y en el caso en que técnica o económicamente resulte más conveniente contratarlo con alguna empresa certificadora acreditada, lo cual pueden hacer. Según el profesor, Jijena el Auto Acordado¹⁰⁴, obliga a Notarios, Conservadores y Archiveros a contratar con empresas certificadoras que los avalen, lo que conlleva a cuestionar y restar valor a la función de Ministros de Fe pública y auxiliares de la administración de justicia, que por ley poseen. A nuestro juicio esta norma no es del todo antojadiza, porque si bien los Ministros de fe de los Órganos del Estado pueden certificar las firmas de sus funcionarios y autoridades, el rol que cumplen es equivalente al Prestador de Servicios (PSC) de Certificación, situación que no sucedería respecto de

¹⁰³ JIJENA Leiva, Renato. Firma electrónica y Derecho Registral en Chile. Sobre los errores de un Auto Acordado. [en línea] Revista de Derecho Informático Alfa-Redi <<http://www.alfa-redi.org/node/9014>> [consulta: 02 de septiembre de 2012]

¹⁰⁴ Primero: Los Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales titulares, suplentes e interinos, podrán utilizar firma electrónica personal y exclusiva, la que deberá ser avanzada y a través de un prestador acreditado de servicios de certificación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 19.799 y su reglamento, debiendo cumplir con los siguientes requisitos adicionales:

- a) Vincular los datos de verificación de la firma a la identidad del auxiliar, cargo que sirve y la calidad en que lo hace, según los casos, así como el territorio en el cual ejerce su competencia; y,
- b) Que tiene como finalidad la suscripción y otorgamiento de documentos electrónicos en ejercicio de la función notarial, conservatoria o de archivero, según corresponda.

Notarios, Conservadores y Archiveros, quienes estarían certificando su propia firma, por este motivo el Auto Acordado encomienda tal función a los PSC a quienes se le tiene que acreditar la calidad de titular de firma electrónica¹⁰⁵ a través de la certificación hecha por el Secretario de la Corte de Apelaciones respectiva. No nos cabe duda que la labor de certificación de firma electrónica podría realizarla perfectamente cada Corte de Apelaciones o un organismo dependiente del Poder Judicial, para que de esta forma no lleguemos al ilógico de pensar que en el mundo digital los funcionarios públicos solo puedan dar fe a través de una entidad privada, lo cual pone en riesgo la función de estos auxiliares de la administración de justicia.

- No contempla aquellos instrumentos que carecen del carácter de públicos, pero donde igualmente es necesaria la intervención del funcionario público, por ejemplo una declaración jurada firmada ante un Notario Público. En este sentido el Auto Acordado solo regula el uso de firma electrónica avanzada no previendo la posibilidad del uso de otros tipos de sistemas de identificación (firma electrónica simple) como la huella digital, los sistemas biométricos, las claves de acceso, entre otros, para esos casos en que los instrumentos no se relacionan con el otorgamiento de instrumentos públicos.

¹⁰⁵ Segundo: Los prestadores acreditados de servicios de certificación de firma electrónica avanzada sólo podrán emitir certificados que autentiquen las firmas electrónicas de Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales, ya sean, titulares, suplentes e interinos (en adelante "titulares de firma electrónica", para efectos de este Auto Acordado), cuando estos les hayan justificado la autenticidad de los datos de verificación de firma mediante certificación de la condición de tales emitida por el Secretario de la Corte de Apelaciones respectiva, o quien lo reemplace.

- Existe un error al señalar que la empresa proveedora del software respalda la firma electrónica generada por el funcionario público, ya que solamente respalda la identidad de quien firma (Ministro de fe). En otras palabras, desconoce qué documento ha sido firmado electrónicamente, pero sabe, al momento de verificar ese documento en sus registros, quien dice estar firmando.

- En relación al numeral séptimo¹⁰⁶ el profesor Jijena Leiva, señala que existe un error e incluso ilegalidad, ya que se está otorgando mérito probatorio y dando carácter de copia de documento electrónico a las impresiones de los mismos en formato papel, lo cual solo puede ser otorgado a través de una ley y no de un Auto Acordado.

A nuestro juicio esta norma se orienta a respetar el principio de equivalencia de soportes establecida en la ley de firma electrónica y de esta forma evitar confusiones entre una copia de documento electrónico en formato electrónico respecto de esa misma copia pero materializada en un formato papel. En este sentido se debe tener claro que deja de ser un documento electrónico propiamente tal y pasa a ser un instrumento común, pero para evitar que con ese traslado pierda su carácter, valor y efectos, la norma exige la intervención del Notario, Conservador y Archivero con el solo efecto de dejar

¹⁰⁶ Séptimo: Las copias que consten en un documento electrónico expedido por el Notario autorizante del documento matriz no perderán su carácter, valor y efectos, por el hecho de su traslado a papel, en la medida que dicho traslado lo efectúe el Notario, Conservador o Archivero Judicial al que se le hubieren remitido, quién firmará el documento haciendo constar su carácter y procedencia.

constancia del hecho del traslado. La intervención de este funcionario es prescindible porque no genera ninguna alteración al documento impreso, además igualmente el documento impreso puede ser verificado electrónicamente por medio de su respectivo código que no variará por el solo hecho de su impresión.

- Critica la valoración de plena prueba que se le otorga a una tecnología comprada a una empresa, a la cual solo le basta obtener una acreditación administrativa ante el Ministerio respectivo. Concordamos en que el Auto Acordado olvida que en nuestra legislación la plena prueba “sólo nace de la actuación presencial de un Ministro de Fe en la firma de un documento determinado.”¹⁰⁷

- El numeral quinto¹⁰⁸ del Auto Acordado da la opción de solicitar la inscripción y anotación marginal de los títulos y documentos transmitidos por vía electrónica en los Registros llevados por Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales. Pero con la expresa mención de que solo procese respecto de aquellas solicitudes de inscripción y documentos que ingresan por esta vía al Conservador. Esto lo podemos entender básicamente debido al efecto que tiene

¹⁰⁷ JIJENA Leiva, Renato. Idem.[consulta: 02 de septiembre de 2012]

¹⁰⁸ Quinto: Podrá solicitarse la inscripción o anotación de los títulos o documentos transmitidos por vía electrónica en los Registros llevados por los Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales, en tanto aquellos sean suscritos con firma electrónica avanzada por el Notario autorizante o la autoridad competente que los haya emitido.

Las solicitudes de inscripción de títulos y documentos que ingresen al Conservador por vía electrónica, se anotarán en el respectivo Repertorio por riguroso orden de presentación de acuerdo a las normas previstas en el artículo 430 del Código Orgánico de Tribunales y Título III del Reglamento de Conservador de Bienes Raíces.

la inscripción en nuestro país, en cuanto produce la tradición del dominio y los demás derechos reales constituidos en él.

- Tanto en el numeral cuarto, pero de forma más clara en el octavo¹⁰⁹, el Auto Acordado otorga competencias de Derecho Público, que no tienen relación con el uso de firmas y certificados electrónicos, porque faculta al Notario, para corroborar la identidad de quien firme electrónicamente (persona que ya está respaldada anteriormente por la empresa certificadora) un documento de la misma naturaleza que previamente ha generado el Notario. Se ha de señalar que durante la discusión de la ley N° 19.799, se descartó al Notario en la cadena de validación y verificación de las firmas electrónicas, lo que por vía de un Auto Acordado se le asigna y por esta razón el profesor Jijena Leiva señala que esta facultad del Notario es ilegal. En este punto por nuestra parte creemos que la función del Notario, en este caso, es solamente verificar de que quien está firmando electrónicamente es efectivamente el titular de dicha firma, ya que puede suceder que quien lo haga sea una persona distinta y que por el solo hecho de tener en su poder el dispositivo de firma electrónica y conocer la clave

¹⁰⁹ Cuarto: Los titulares de firma electrónica, en el ámbito de sus funciones y competencia, podrán emitir electrónicamente, mediante el uso de firma electrónica avanzada, todos los documentos que la ley permita, especialmente copias autorizadas de instrumentos públicos y privados, documentos protocolizados, certificaciones de firmas digitales estampadas en su presencia, protestos y constataciones de hecho y certificaciones referidas a registros y actuaciones.

Octavo: En los casos en que el Notario autorice una firma digital estampada en su presencia, deberá dar fe de habersele acreditado la identidad del firmante en los términos establecidos en el Código Orgánico de Tribunales.

privada del titular¹¹⁰. En este sentido el Notario no valida la firma, sino que solamente se encarga de verificar que quien firma es el titular, debiendo dejar constancia de este hecho más como medida de precaución ante eventuales fraudes.

5.3- La seguridad jurídica y la tecnología.

Como ya lo hemos dicho, uno de los temas centrales al momento de plantear el uso de tecnologías en el campo de los registros notariales y del Conservador, es que tanta seguridad nos ofrecen al momento de optar por ellas frente al sistema tradicional, porque “si no hay seguridad no hay confianza y la confianza en el sistema es la base de la contratación electrónica. Los datos intercambiados [...] y las aplicaciones que los intercambian necesitan de medidas de aseguramiento que proporcionen un sistema fiable”¹¹¹. De esta misma forma, el sistema tradicional vigente hoy en día ha sabido solucionar a medida que pasa el tiempo los conflictos que se generan al momento de

¹¹⁰ A diferencia de la firma manuscrita, donde ésta no se puede alejar más allá del alcance de nuestras propias manos, en la firma electrónica esa órbita desaparece y ahora quien posea el dispositivo electrónico y conozca la clave privada podrá firmar electrónicamente, no habiendo espacio para discutir la validez de la firma.

¹¹¹ BARRUIZO Ruiz, Carlos. op. Cit.,. pág.601

incorporar alguna herramienta, avance o modificación al sistema,¹¹² en aspectos de seguridad, fe pública, valor probatorio, entre muchos más.

Un claro caso, cuando estamos en el mundo informático y del cual ya se habló es el de las firmas electrónicas, donde se plantean problemas de seguridad jurídica (como la elaboración y efectos del documento) y de seguridad técnica (comunicación del mensaje), los que se han armonizado hasta ahora, a través del uso de los sistemas de criptografía asimétrica.

Como vimos en el segundo capítulo, existe el sistema de notariado latino y uno anglosajón, que mirado desde la perspectiva de seguridad que brindan, podemos caracterizarlos en que el primero otorga una seguridad preventiva o

¹¹² Un buen ejemplo de esto lo rescata María José Viega, el cual pasamos a reproducir:

“Una anécdota que nos ilustra esta afirmación data del año 1914, en que la Alta Corte de Justicia dictó la Acordada N° 403, el 6 de noviembre de ese año, preocupados por la utilización de la máquina de escribir en los Protocolos Notariales, prohibiendo su uso para las matrices de las escrituras públicas y permitiendo la utilización de la misma únicamente para expedir las primeras copias.

Los argumentos utilizados por la Corte en ese momento fueron los siguientes:

1º. Se adolecía de falta de uniformidad en las tintas y de la posibilidad de detectar inalterabilidad en las escrituras, que era posible en las escrituras a mano (Decreto 31/12/1858). Y esto era verdad, ya que la tinta azul-negro “de buena calidad” que se utilizaba en esa época comenzaba siendo de un tinte azul, pero cambiaba su color a negro con el transcurso del tiempo, de forma tal que era fácilmente detectable la realización de interlineados, por ejemplo.

2º. Que contravenía lo dispuesto por la ley 28/06/1958 artículo 1, que establecía que los Protocolos deben formarse en cuadernillos enteros de 5 pliegos cada uno (la primera foja ligada con la 10º). La máquina requiere hojas sueltas o que se conserven en pliegos separados, lo que resulta fácil de perder y de cometer error en los pliegos.

3º. Que el artículo 34 de la Ley de Timbres y Papel Sellado autorizaba el uso de la máquina de escribir, pero sólo se refería a las copias de las escrituras públicas.”

VIEGA, María José. El Notario en los tiempos del Internet. [En línea] <http://www.elnotariado.com/images_db/noticias_archivos/EINotariadoEnTiemposDeInternet.pdf> [consulta: 04 de Septiembre de 2012]

de evitación del riesgo; y el segundo una económica, donde deben recurrir a la contratación de seguros para poder resguardarse de eventuales deficiencias en el sistema. Por este motivo, no es extraño que se presenten mayores complicaciones en el sistema anglosajón, porque no cuentan con el mismo concepto de Notario y Conservador del que tenemos nosotros, al cual le afecta cualquier aspecto que atente contra la seguridad jurídica y la fe pública. Por eso la utilización de la firma electrónica por estos ministros de fe se ha contemplado de forma muy restrictiva, básicamente centrados en mejorar la rapidez de determinadas gestiones.

Dentro de este mismo tema, desde que comenzó a aplicarse el sistema de firma electrónica, no se ha dado mayor cabida a otro tipo de sistemas de identificación que permitirían otorgar mayor agilidad en determinadas gestiones que no requerirían del uso de firma electrónica avanzada por parte de todas las personas. Así, es como se ha hablado de la biometría¹¹³, que permite identificar a las personas por algún rasgo propio y único de ella, brindando seguridad por un lado, ya que dificulta mucho la suplantación y además no se puede olvidar, a

¹¹³ “la biometría, consiste en analizar adecuadamente rasgos personales de los seres vivos, cuyos patrones son únicos para poder identificarlos de forma singularizada. Como por ejemplo: los rasgos fisiológicos o de comportamiento personales: huella dactilar, reconocimiento de ADN, geometría de la oreja, de la cara, de la mano, venas de la mano, iris y retina oculares, movimiento del cuerpo, el timbre y características de la voz, pulsaciones, sintaxis, grafología en la escritura manual o en las teclas mecanográficas, firma, gesto o movimiento corporales u otros como análisis del sudor o del olor, etc.” BARRUISO, Carlos. op Cit., pág. 608

pesar de esto su gran inconveniente pasa por la probabilidad de que ocurran falsas aceptaciones o falsos rechazos.

Por último, no está demás indicar la implementación en nuestro país en el año 2013 de la nueva Cédula de Identidad y Pasaporte Electrónico, el que además de permitir la identificación de una persona, permitiría guardar información relevante de la misma en un chip, como sus datos biográficos y biométricos, todos ellos con la mismos parámetros de seguridad utilizados en los Estados Unidos de América y Europa. Claramente, nos podemos percatar que este es un primer paso para que progresivamente nuestro documento de identidad nos permita actuar en las distintas instituciones públicas y privadas e incluso incorporar una firma electrónica, pero primero se debe ser cauto e ir analizando detenidamente como opera este nuevo documento, ya que la seguridad que brinde abrirá la posibilidad de incorporarle más funciones. Pero esto no se detiene acá, porque debe ir acompañado de una importante inversión para implementar las herramientas tecnológicas, incentivar su uso por las personas y capacitar a los funcionarios para una correcta utilización.

Aunque esto suene muy novedoso, ya en el año 1999 en Finlandia se implementó una tarjeta electrónica de identificación que comprendía básicamente los mismos puntos que acabamos de mencionar, pero que no tuvo

mucho éxito, ya que en vez de ser una herramienta, se transformó en un obstáculo para el desarrollo de la Sociedad de la Información.¹¹⁴

5.4- El Prestador de Servicios de Certificación (PSC) frente al Notario.

El establecimiento de los PSC ha hecho surgir variadas críticas desde el mundo notarial latino, básicamente porque se considera, por algunos, que pasan a ocupar en el ámbito electrónico una función similar a la del Notario.

Claramente todo el desarrollo del comercio electrónico surgió y se ha desarrollado gracias a capitales privados principalmente en los Estados Unidos de América y de ahí se ha expandido rápidamente al resto del mundo. No es extraño que para nosotros exista desconfianza en cuanto a la seguridad de las transacciones que se realicen en el ámbito electrónico, porque quien otorga la seguridad en este ámbito es una autoridad certificadora o tercero de confianza,

¹¹⁴ Así lo señaló la OCDE: “Las soluciones técnicas debían seguir más que anticipar la demanda por servicios. Por ejemplo el gobierno Finlandés introdujo un documento de identidad electrónico del ciudadano sin analizar adecuadamente la demanda del mercado o desarrollar servicios avanzados que utilizarían tal tarjeta. Como resultado de ello, ha creado una solución segura a nivel nacional de infraestructura de autenticación, pero no ha encontrado usos para la tarjeta ni estimulado nuevos servicios. En especial, los ministerios y las agencias han sido recurrentes o incapaces de hacer uso de este sistema.” Citado por SAARENPA, Ahti (traducción de Alberto Cerda Silva). Sociedad Red, Firmas electrónicas y Servicios Electrónicos: Una perspectiva Finlandesa. . [en línea] Revista Chilena de Derecho Informático.

<<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewFile/10734/11006>> [consulta: 13 de septiembre de 2012]

al que mal se le ha llamado cibernotario o Notario electrónico, al que han definido como:

“persona encargada de ofrecer garantía en operaciones legales, como autoridad certificadora, especialmente prestando sus servicios en aquellos actos notariales internacionales en los cuales la intervención del Notario constituye un requisito obligatorio, conciliando sus funciones de fedatario con sus conocimientos informáticos.”¹¹⁵

En nuestro sistema jurídico la función de brindar la seguridad jurídica en los diversos actos y negocios jurídicos es del Notario, Conservador y del resto de los Ministros de fe pública, todos quienes gozan investidura de funcionario público. El cibernotario pretende combinar esta función con seguridad técnica, debido a que los contratos firmados electrónicamente en los Estados Unidos de América, no era posible ejecutarlos en países con sistema latino, porque dichos documentos carecían de autenticidad¹¹⁶. Por este motivo, en el mundo latino existe desconfianza frente a los terceros, porque no otorgan fe pública, “la intervención del fedatario público aporta garantías que el sistema de certificación, por su propia concepción (anglosajona*), no puede prestar.”¹¹⁷

¹¹⁵ CORZO, Lázaro y HERNÁNDEZ, Rodolfo. Un nuevo reto para el Notario: el documento electrónico. EN: PÉREZ, Leonardo y LORA-TAMAYO, Isidoro (coordinadores). Derecho Notarial. Tomo II. La Habana. Editorial Félix Videla. 2006. pp. 208- 226

¹¹⁶ En el sistema latino, la autenticidad es tanto formal como material, esta última se refleja en el fondo del negocio documentado públicamente.

¹¹⁷ RECORDER, Emilio. Algunas observaciones en torno a contratos electrónicos y fe pública. EN: MATEU de Ros, R. y CENDOYA Méndez de Vigo, J. M. (coordinadores). Derecho de Internet. Contratación

“Hay que superar, por tanto, esta asimilación mental entre el Notario electrónico y el Notario latino, porque lo único que tienen en común es la usurpación del nombre. En consecuencia hablar de Notario electrónico puede conducir a equívocos, puesto que lo fundamental es la labor que realiza el Notario y no el nombre empleado.”¹¹⁸

Teniendo claro estos argumentos, ya no nos resulta extraño que el cibernotario cada vez más se acerque al sistema latino con el objeto de conseguir la, muy importante, seguridad jurídica. Por eso consideramos de mucha relevancia dar este pequeño análisis de las competencias y funciones del PSC, desde una perspectiva del sistema latino y así, podamos resolver algunas dudas y probablemente disminuir la desconfianza al uso de las herramientas tecnológicas, la firma electrónica e internet, por parte de los Ministros que otorgan fe pública.

Cabe señalar que el PSC, por su intervención no convierte el documento privado electrónico en uno público, ya que tiene una naturaleza y función distinta del Notario. Así reconoce Javier Gómez a los PSC¹¹⁹:

electrónica y firma digital. España. ARANZADI S.A. 2001. pp. 117-122.
*agregado por nosotros.

¹¹⁸ PÉREZ DE MADRID, Valerio. Notariado, nuevas tecnologías y derecho mercantil. EN: GUERRERO, María Jesús (coordinadora).Derecho patrimonial y tecnología. Madrid. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.2007.pp.513-536

¹¹⁹ GÓMEZ La Fuente, Javier. Aspectos jurídico-notariales de la contratación electrónica. EN: DE PAULA, Francisco (director). Contratación y Nuevas Tecnologías. Madrid. Consejo General del Poder Judicial. 2005. pp. 77-116

- Es una persona jurídica que emite certificados, pero no necesariamente tiene conocimientos jurídicos y claramente carece completamente de la investidura de funcionario público.
- Participa como profesional libre en un mercado de libre competencia.
- Su función, es garantizar la seguridad del mensaje en tres aspectos:
 - 1) Identidad del titular.
 - 2) Integridad del mensaje.
 - 3) Confidencialidad del mensaje.

En consecuencia, la facultad de dar fe pública ha sido delegada por el Ejecutivo en determinados funcionarios, siendo ellos los únicos a quienes les corresponde conferir autenticidad legal a los actos jurídicos que requieran de su intervención.

5.5- El sistema de registro o archivo electrónico.

Como sabemos, tanto Notarios como Conservadores de Bienes Raíces, son los funcionarios encargados de resguardar en sus Protocolos y Registros, instrumentos públicos que dan certeza de que la realidad expresada en ellos es

la que ocurre en los hechos. Este sistema de registro se encuentra regulado en el Código Orgánico de Tribunales a partir de su artículo 429 respecto de los Notarios, y de los Conservadores desde el artículo 446 y su respectivo Reglamento. Más allá de comenzar a analizar detalladamente cuales son los distintos Registros, debemos partir recogiendo sus principales características:

- Se forman insertando las escrituras o inscripciones en el orden numérico que les haya correspondido de acuerdo al Repertorio.
- Se llevan en papel y cada hoja llevará un número.
- Los Registros se deben encuadernar y empastar prolijamente.
- Son esencialmente públicos, es así como cualquier persona está facultada para solicitarlos.
- El respectivo ministro de fe es el encargado de la custodia y conservación de sus respectivos Registros y de emitir las copias de las escrituras e inscripciones que se le soliciten.

En este último punto se nota claramente la raigambre latina de nuestro sistema y en particular el principio de matricidad, el cual estudiaremos pero desde una perspectiva electrónica. Antes de ello, es importante dejar claro que el establecimiento de un registro electrónico implica un proceso de desmaterialización, por medio del cual aquellos documentos que antes eran de

papel ahora son transformados en uno electrónico, lo cual trae aparejado diversos beneficios tanto de seguridad, tiempo y dinero, como ya se ha visto en el ámbito del comercio.

El término desmaterialización resulta del todo lógico respecto de los documentos dotados de materia, en cuanto estos han sido creados en formato papel y luego transformados en uno electrónico, mientras que aquellos documentos que han sido creados electrónicamente, se conocen como documentos inmaterializados. Ya sea en uno u otro caso, siempre es necesario que en este proceso exista por un lado una infraestructura tecnológica que garantice seguridad y compatibilidad técnica, y por otro un marco jurídico que establezca los criterios para su utilización.

El mecanismo que permite llevar a cabo todo este proceso de desmaterialización, crear documentos electrónicos y realizar operaciones con ellos, es la figura de la Central de Registro, que nació en el mundo del comercio, precisamente para dar solución a los problemas que planteaba la desmaterialización de documentos. Esta entidad tiene como principales funciones: la creación y custodia de los documentos electrónicos; la actualización y mantención de un archivo con las operaciones que sobre dichos

documentos recaigan; la desmaterialización de documentos; y garantizar la seguridad del Registro.

Claramente encontrándonos en el mundo tecnológico, un sistema de registro electrónico es básicamente un *software*, el problema surge desde el momento en que se pretenda aplicar dicho registro en el ámbito jurídico, ya que será necesario establecer suficiente tipificación al respecto, no solo desde lo tecnológico sino que en lo jurídico y en el derecho estricto. Es así, como EUGENIO GAETE¹²⁰ enumera distintos puntos respecto de los cuales se debe llegar a un consenso normativamente, estos son:

1) Si nos enfrentamos a registros públicos o secretos.

Este punto en nuestra legislación no exige mayor análisis, ya que los registros tienen carácter público y en consecuencia, no se deben emplear reglas de seguridad distintas en cuanto al cuidado, conservación y protección técnica del registro, elementos tecnológicos y aspectos de privacidad de datos personales.

2) Determinar el sistema tecnológico de archivo.

¹²⁰ GAETE GONZÁLEZ, Eugenio. Instrumento público electrónico. 2ª edición. Barcelona. BOSH S.A. 2002. pág.336 y ss.

Se busca la unificación de los sistemas informáticos utilizados, esto se dirige a facilitar la utilización de los registros y también trae aparejado aspectos de seguridad. Ya nuestra ley de firma electrónica recoge estos elementos en sus principios de neutralidad tecnológica y compatibilidad internacional.

3) Intervención técnica de terceros

Nuevamente aparece la imagen de un ente certificador, quien estará a cargo de poner a disposición del respectivo Ministro de fe el registro electrónico desde un aspecto más bien técnico. No cabe duda que quien ostenta el carácter de funcionario público es el Notario y el Conservador, a quienes se les ha confiado el archivo y mantención de sus respectivos registros, por este motivo es muy discutida la participación de estos terceros certificadores.

4) La emisión de copias.

Quien mantenga el archivo electrónico en su poder, será el encargado de emitir las copias, siendo ahora en formato electrónico y no en papel.

5) Requisitos mínimos de seguridad

Se refiere a la materialidad del archivo, es decir, su mantención, indestructibilidad, inaccesibilidad a los medios de archivo y por otro lado, a las eventuales alteraciones que el Registro electrónico pueda sufrir.

Considerando todos estos puntos, un sistema de archivo electrónico deberá consistir en:

“un soporte suficientemente seguro, y por ende, durable e inalterable, que permita contener información debidamente encriptada, a través de una biblioteca organizada, una recuperación direccionable de datos, cuya certificación y conservación se encuentre a cargo de la autoridad certificadora correspondiente, que técnicamente sea provisto a través del proveedor de servicios o directamente por la CA y mediante el cual, se puedan emitir copias electrónicas de los documentos que contiene.”¹²¹

5.6- Elementos de un sistema de archivo electrónico.

De la definición que acabamos de dar, se desprenden los siguientes elementos:

¹²¹ GAETE GONZÁLEZ, Eugenio. Op. Cit., pág.341.

5.6.1- Soporte del archivo electrónico:

El soporte en términos sencillos se define como el medio que permite el almacenamiento de la información. En el ámbito electrónico, la información es posible memorizarla y acceder a ella por medio de estados de energía, que el computador descifra a través del código binario.

Por otro lado, la información que se archiva debe tener la característica de ser permanente, haciendo necesario que el soporte donde se almacena y/o graba la información hagan imposible su alterabilidad.

5.6.2- Seguridad del archivo electrónico:

Cuando pensamos en registros públicos electrónicos destinados a dar fe, el nivel de seguridad debe ser el máximo, garantizando de esta forma su durabilidad, inalterabilidad e inaccesibilidad. Sin perjuicio de esto, existen riesgos que pueden alterar la seguridad del sistema, siendo estos de dos tipos:

- a) Voluntarios: Son actos generalmente constitutivos de delito, provenientes de terceros con clara intención de generar daño al sistema de archivo, ya sea para inutilizarlos o alterarlos.

- b) Involuntarios: Son aquellos riesgos asumidos que ocurren en forma casual por fuerza mayor o caso fortuito. Dichos riesgos se equiparan a causas accidentales provenientes de fallas de los sistemas de hardware, del soporte de archivo, o bien por un manejo defectuoso de ambos.

A pesar de que siempre está latente la probabilidad de que ocurran este tipo de errores, hoy en día desde el punto de vista técnico pueden reducirse en un gran porcentaje gracias a la existencia de métodos y sistemas de seguridad, como cortafuegos y sistemas de cifrado.

5.6.3- Organización de los sistemas de archivo de los documentos informáticos:

Todo sistema de archivo debe estar organizado, siendo responsabilidad del funcionario que esté a cargo, la mantención, seguridad y contar con todos los elementos necesarios que permitan su consulta. Dicha organización o

sistematización debe estar relacionada a un software que utilice técnicas documentales, lo cual permite preparar los soportes, su puesta en marcha y actualización permanente.

En dichos soportes es donde se reúnen y conservan los documentos, debiendo existir una rápida y fácil recuperación de los datos, y de esta forma obtener copias o revisarlos sin que exista la posibilidad de modificación, alteración o algún tipo de destrucción.

5.6.4- Reproducción de los instrumentos públicos:

Estamos hablando de las copias de documentos electrónicos. En el caso de los instrumentos públicos éstos se deberán otorgar guardando las mismas normas del documento en soporte papel, pero con la salvedad que por su naturaleza hay ciertas características que requieren de una adecuación del estatuto jurídico.

Desde el punto de vista tecnológico, la dación de copias es muy simple, ya que consiste en una simple duplicación del documento para que pueda, de este modo, ser archivada en un nuevo registro electrónico o simplemente hacerla constar en papel, teniendo en ambos casos plena fuerza probatoria.

Independientemente de esto, el documento original siempre deberá estar disponible para su verificación, el tema en discusión es como se logra distinguir claramente el original de la copia.

5.7- El Registro inmobiliario electrónico.

Como veíamos, el proceso de la desmaterialización e inmaterialización de los documentos cada vez se está transformando en una necesidad, pero no como consecuencia de una moda promovida por la tecnología, sino que es producto de la exigencia de prestar un servicio acorde a las posibilidades que actualmente tenemos, en cuanto a tiempo, costos, integridad, seguridad y disponibilidad. Es en este sentido que el Registro electrónico “ha de despertar en la sociedad una confianza igual o superior a su correlativo tradicional, y ello tiene que alcanzarse mediante la aplicación de unas severísimas medidas de seguridad.”¹²²

El establecimiento de un Registro electrónico tiene como principal objetivo mejorar la función registral, lo cual se refleja en los siguientes puntos:

¹²² MADRID ALONSO, Juan Ignacio. Nuevas tecnologías aplicables al funcionamiento del Registro Mercantil y de Bienes muebles. EN: GUERRERO, María Jesús (coordinadora). Derecho patrimonial y tecnología. Madrid. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.2007.pp.558

- Agilizar procesos de recepción y despacho de documentos.
- Hacer más accesible la información registral.
- Incrementar la seguridad del Registro.
- Establecer sistemas de control de la actividad.

5.8- Una propuesta de modernización al sistema registral.

En razón de lo que hemos venido exponiendo, nos surge la inquietud de plantear la posibilidad de establecer en nuestro país un Registro Inmobiliario electrónico en el Conservador de Bienes Raíces, y con ello, tratar diversas interrogantes, por ejemplo: qué técnica de registro se utilizaría, como operaría la inscripción, la entrega de certificados y su validez, las ventajas o desventajas del Registro electrónico, qué modificaciones serían necesarias realizar, entre otras. Estas y otras interrogantes las desarrollaremos conjuntamente con experiencias y propuestas de legislaciones comparadas, como también con proyectos que se han presentado en nuestro país dentro de los últimos años.

Sin perjuicio de lo anterior, a la fecha, algunos Conservadores de Bienes Raíces han iniciado la tarea de incorporar los datos de sus Registros a una base de datos informatizada, claramente previendo el fuerte impacto que han

tenido y que seguirán teniendo el uso de las tecnologías en la sociedad. Estas bases de datos tienen un doble objetivo, por un lado agilizar el despacho de documentación solicitada al Conservador, y por otro lado, facilitar el conocimiento del contenido del Registro por quien desee consultarlo idealmente a través de internet. A pesar de que con esto se cumple el principio de la publicidad del Registro, está presente la eventual vulneración de garantías constitucionales en relación al derecho a la intimidad de las personas, más aún hoy en día que gracias a las herramientas tecnológicas es posible en muy poco tiempo lograr determinar la totalidad de bienes inmuebles que cada persona tiene inscritos a su nombre en el país y además obtener una serie de datos que conciernen a las personas. Si bien el objeto de la función registral es la publicidad del Registro, es importante señalar que la información económica que nos proporciona y por sobre todo organizada, facilita en demasía a cualquiera para poder utilizarla o vincularla otras bases de datos públicas o privadas y en este sentido vulnerar la intimidad de las personas. Frente a estos inconvenientes el Conservador debería asumir un rol de garante de la intimidad, teniendo que poner mucho cuidado en que información de los Registros pondrá en los archivos electrónicos que estarán a disposición del público en general y además controlar el acceso a los mismos. Estos resguardos que mencionamos ya son tomados en otras legislaciones, a través de la acreditación de la identidad del solicitante y un interés para la consulta de los Registros.

5.8.1- Cambio hacia la técnica del Folio Real.

Tal como ya lo señalamos en el primer capítulo de este trabajo, existen dos técnicas para la organización del Registro, una de ellas el folio personal y la otra el real. En el primero de éstos el eje de inscripción es la persona o titular registral, haciéndose las inscripciones en los libros por orden cronológico y ordenándose por índices en razón de los nombres de los titulares; el segundo de éstos, se estructura en razón del objeto, la finca o inmueble, asignándole a cada una un registro independiente donde consta toda su historia jurídica.

La técnica de folio personal ha sido muy criticada en el derecho comparado en cuanto “el sujeto y no el objeto del derecho es el elemento orientador y determinante del sistema.”¹²³ Esta técnica presenta inconvenientes por tornar difícil y lento el conocimiento pleno del estado jurídico de cada inmueble, ya que las sucesivas inscripciones van quedando dispersas en los distintos Registros a pesar de la existencia de índices que facilitan la labor de estudio de Títulos, pero convirtiéndose casi imposible si solo se cuenta con su ubicación. Países tales como: Francia (con la salvedad que hacíamos gracias a su fichero inmobiliario), Italia, Bolivia, Cuba, Ecuador, Venezuela y Chile usan actualmente esta técnica.

¹²³ GONZÁLEZ Castillo, Joel. Reforma a los Conservadores de Bienes Raíces. En: Revista Actualidad Jurídica, Año 9, n° 18 (jul. 2008). Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho. Santiago. pág. 333

Ahora nos centraremos específicamente en el estudio de la técnica del Folio Real, ya que es cada vez más común que tanto la doctrina como en algunos proyectos de ley¹²⁴, dirigidos a modificar y modernizar el sistema notarial y registral chileno, resaltando los beneficios y ventajas de la técnica de folio real por sobre la técnica de folio personal. Ambos proyectos incorporan como eje central de cambio, el uso del Folio real acompañándolo del uso de Registros electrónicos. La gran diferencia entre ellos radica en que el proyecto del año 2008, se plantea un cambio drástico que en muchos puntos tiende a privatizar la función notarial y registral, creando instituciones de fiscalización dependientes del Ejecutivo y la creación de un Portal electrónico cuya administración se haría a través de licitación. Lo que a nuestro juicio atenta contra los principios que hemos analizado latamente, acercando nuestro sistema a uno más bien de carácter anglosajón.

Por su parte el proyecto presentado recientemente en el año 2012¹²⁵, se hace cargo y valora nuestros principios registrales y notariales, a partir de los

¹²⁴ Dos son los proyectos de ley presentados por el Ejecutivo a la Cámara de Diputados y que a la fecha se encuentran en tramitación: a) Mensaje N° 1234-355, Reforma al sistema registral y notarial, Boletín N° 5836-07 de fecha 29 de Abril de 2008, b) Mensaje N° 171-360, Modifica régimen de nombramiento y funciones del sistema registral y notarial, Boletín N° 8673-07 de fecha 6 de Noviembre de 2012.

¹²⁵ El Proyecto señala la modificación del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces en sus artículos:

- Art. 24: La anotación de cada título en el Repertorio, deberá señalar: N°7: Número de folio real que corresponda al Inmueble o al que se le asigne al Inmueble, si no lo tuviere.

cuales plantea la reforma, tendiente a agilizar el estudio de títulos y reducir los costos del mismo, pero sin descuidar la seguridad jurídica. Así, se propone implementar de forma gradual y paralelamente al tradicional, un registro electrónico organizado bajo la técnica de folio real, lo que permitiría con posterioridad hacer una nueva reforma que contemple todos aquellos problemas vistos durante su implementación. Sin perjuicio de lo anterior, surge la inquietud que con este Registro paralelo habría dobles inscripciones y con

- Incorpora el artículo 51 bis: El Conservador deberá crear para cada propiedad, un registro electrónico según la modalidad del folio real, registro o folio particular de cada bien raíz destinado a concentrar su historia jurídica, que detalle su individualización, deslindes, ubicación, su actual y anteriores propietarios, las hipotecas, gravámenes, prohibiciones y toda inscripción, subinscripción, cancelación y anotación de que sea objeto.

Las sucesivas constituciones, transferencias, transmisiones, extinciones o modificaciones de derechos reales, así como las prohibiciones, gravámenes y demás actuaciones referidas al inmueble de que den cuenta los registros parciales, se anotarán correlativamente en ese mismo folio real a continuación de la singularización del inmueble, debiendo agregarse a este registro las respectivas fojas digitalizadas en que consten las correspondientes inscripciones y anotaciones.

Para todos los efectos legales, este registro equivaldrá al registro de propiedad y a los demás registros parciales que lleve el Conservador.

En caso de una fusión, se asignará para todos los inmuebles fusionados el número de folio del inmueble principal al que acceden. En caso de división, para cada nuevo inmueble se utilizará el número de folio del anterior, agregándole tantos dígitos como fuere necesario por la cantidad de nuevos predios que resultaren.

Las características, requisitos y menciones que deberá contener este folio y el modo en que los Conservadores deberán proceder a su generación y seguimiento serán materia de un reglamento que al efecto dictará el Ministerio de Justicia.

- Art. 76: Tendrá cada inscripción al principio, en el margen de la izquierda, una anotación que exprese la naturaleza del título y el número que le corresponda en el Repertorio. De la misma forma se anotará el número de folio real del inmueble al que se refiera la inscripción.

Por otro lado, en las disposiciones transitorias señala en su Artículo 5°: Los Conservadores de bienes raíces deberán digitalizar toda la información referente a la historia de la propiedad raíz de los últimos treinta años que conste en los libros que fueren de su cargo y ha que hace referencia el artículo 51 bis de la ley del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, dentro del plazo de tres años desde la entrada en vigencia de la presente ley, debiendo encontrarse plenamente operativo el registro electrónico de folio real para todos los inmuebles que correspondiere a sus respectivos oficios el finalizar dicho plazo.

Lo anterior, es sin perjuicio del deber de cada Conservador de practicar digitalmente y mediante firma electrónica avanzada las inscripciones, subinscripciones, cancelaciones, desde el primer día de vigencia de la presente ley.

ello la incertidumbre de cual Registro prevalecería en caso de discordancias entre ellos.

La elección del folio real no es un simple capricho, sino que en general, tal como analizamos latamente en el comienzo de este trabajo, los países que cuentan con los sistemas más perfectos en materia de Derecho Registral Inmobiliario como Alemania, Suiza y España lo utilizan. Además, por nombramos otros países están Argentina, Austria, Perú, Guatemala, Australia e Inglaterra.

Esta técnica requiere la adopción del principio de tracto sucesivo mediante el cual con la inscripción translaticia de dominio o de los demás derechos reales se construye la historia de la propiedad y de sus anteriores dueños. Esto solo opera en sistemas de raigambre latina, ya que en los anglosajones, el registro es meramente de publicidad por lo que la relación entre unos y otros propietarios no tiene importancia.

La unidad territorial de la propiedad no muta a través del tiempo, ya que cada inscripción se basará a su vez en su ficha catastral y en el caso que ocurra una subdivisión, cada nueva unidad constituirá un nuevo folio, lo cual constará en el Catastro. A pesar de sus incuestionables ventajas, la unidad del

folio ha experimentado algunas excepciones tras la aparición de nuevas situaciones jurídicas reales, caso de la propiedad horizontal, con distintos tratamientos en las legislaciones frente a los problemas que acarrea la situación de condominio en que se encuentran las personas con determinados bienes y servicios. Algunos concluyen, que coexiste una propiedad independiente de las unidades, con una propiedad común tanto del suelo como de otros elementos. “Para el efecto registral, la consecuencia es que cada unidad considerada independiente del inmueble en su conjunto, podrá ser objeto de inscripción separada –sin perjuicio de la principal, que comprende todo el edificio- en el Registro.”¹²⁶ Otros en cambio, niegan el acceso al Registro al derecho de cada propietario, solo autorizando una sola inscripción de conjunto, al margen de la cual se practican en forma de subinscripciones las transmisiones o modificaciones de cada departamento en particular, a lo cual se agrega la exigencia de acompañar un plano.

El Catastro es una consecuencia directa del folio real, ya que la inscripción se establece considerando la existencia de una unidad básica registral, la finca. Dicha inscripción podrá realizarse a través de dos mecanismos, uno, en base a una descripción escrita del inmueble, individualizándolo, indicando su superficie, ubicación y deslindes; en el otro, se realiza una relación gráfica planimétrica del inmueble, el que se adjuntará a la respectiva inscripción. Este plano es uno

¹²⁶ GONZÁLEZ Castillo, Joel. op. Cit., pág. 338

especial dentro de otro general, el levantamiento catastral zonificado o territorial, que normalmente abarca al país completo.

Habitualmente el sistema de Catastro opera separadamente del sistema de Registro Inmobiliario, básicamente porque posee fines diversos dentro del país. Por esto, para lograr el cambio del folio personal a uno real, será necesario que el Catastro individualice cada inmueble y proporcione oficialmente esta información al Conservador de Bienes Raíces, quien a su vez la acompañará en cada inmueble inscrito en sus Registros.

En el derecho comparado podemos encontrarnos ante distintas realidades frente al Catastro. Así es el caso de Australia, tanto el Registro como el Catastro dependen de la misma oficina, existiendo en consecuencia perfecta consistencia entre lo señalado por los encargados de los planos y el Registro. En el caso alemán, suizo y austriaco, a pesar de tener oficinas independientes, existe una realidad semejante a la australiana.

En España, junto al Registro está el Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria, que lleva tanto en formato papel como electrónico los planos de los inmuebles. A su vez el sistema registral inmobiliario se encuentra

informatizado, estableciéndose reglas para una adecuada identificación de las gráficas proporcionadas por el Catastro.

En Argentina, si bien no existe una regulación uniforme para todo el país, el Registro de la Propiedad de la Capital Federal, así como el de la Provincia de Buenos Aires, es llevado a través de un sistema computarizado, con similares características al español. Por su parte, el Catastro se sigue mediante fichas microfilmadas, llamadas planchetas y que se lleva por un sistema informatizado.

En Holanda, existe un caso especial, donde tanto Catastro como Registro se encuentran en un solo organismo denominado Servicio del Catastro y Registros públicos, el que cumple funciones múltiples relativas a las inscripciones registrales, pago de impuestos territoriales, confecciones de planos topográficos de la nación y lo más importante, en constituirse en marco referencial y de coordinación en la administración territorial.

En Chile, la situación catastral¹²⁷ está a cargo del Servicio de Impuestos Internos, la cual comenzó a través de la introducción del Rol de Avalúos en el año 1927 por la ley N° 4.174. Este sistema hasta la década de los sesenta

¹²⁷ GAETE González, Eugenio. El Registro en la Era Informática: Modernización Registral Comparada. [en línea]. <<http://documentos.aeu.org.uy/090/090-E-137-148.pdf>> [consulta: 12 de diciembre de 2012]

consistía en una descripción escrita de los nombres de los propietarios, ubicación del inmueble, deslindes y el respectivo rol. Esto se perfeccionó a raíz del terremoto de Valdivia donde la CORFO financió un plan de aerofotogrametría que extendió el catastro tanto a propiedades urbanas como rurales. Hoy en día esto se complementa por medio del formulario 2890 en donde tanto Notarios como Conservadores deben informar a este servicio público respecto de la enajenación e inscripción de bienes raíces, a pesar de que la finalidad de dicho formulario sea de orden tributario.

5.8.2- Presentación de documentos al Conservador de Bienes Raíces.

Actualmente el Conservador puede recibir documentos tanto en formato de papel, como en formato electrónico con su correspondiente firma electrónica avanzada. Como resulta del todo lógico, con el paso del tiempo será cada vez más común la presentación de documentos por vía electrónica, planteándose la necesidad de establecer la obligatoriedad para los Notarios de enviar electrónicamente las escrituras de transferencia de inmuebles o en que se constituyan otros derechos reales, al Conservador de Bienes Raíces. Esto agilizaría el proceso de inscripción y, velaría por la seguridad jurídica y facilitaría el tráfico jurídico. Como consecuencia inmediata de esta obligatoriedad, disminuirían considerablemente los tiempos de inscripción, ya

que al tener los títulos en formato electrónico, el extracto que de éste se hace para proceder a la respectiva inscripción se agiliza considerablemente; también se disminuiría con la congestión en las oficinas del Conservador.

5.8.3- La práctica de la inscripción en el Registro electrónico.

En la propuesta que hacemos, tanto las inscripciones, subinscripciones, anotaciones, cancelaciones, entre otras, en el Registro electrónico adoptarían el formato de documentos firmados electrónicamente por el Conservador con su respectivo sellado de tiempo. Esta firma electrónica garantiza la integridad de las inscripciones y/o anotaciones, protegiéndolas contra cualquier posible manipulación y del mismo modo, el sellado de tiempo asegura que la fecha de tales asientos es la que señala y no otra, lo cual garantiza una completa objetividad con el principio de prioridad registral y sus efectos.

En la modernización del sistema registral según Gaete González¹²⁸ será importante establecer una reforma en el sistema de inscripción tendiente al establecimiento de un catastro territorial que funcione coordinadamente con el Conservador de manera interconectada, lo que consecuentemente, permitiría las solicitudes de inscripciones y certificados a través de medios electrónicos

¹²⁸ GAETE González, Eugenio. Idem. [consulta: 12 de diciembre de 2012]

por los particulares. Para el establecimiento del folio real se torna trascendental la implementación del Catastro, con el cual se obtiene una determinación precisa de todos los inmuebles inscritos con estrecho apego a la realidad.

En lo que dice relación al efecto de la inscripción, recordemos que en nuestro país es requisito, garantía y prueba de la posesión, ya que está destinada a registrar un cambio ocurrido en el mundo real. Como sabemos existe discusión en doctrina respecto al carácter de la inscripción en nuestro sistema, si es constitutivo o declarativo, respecto de lo cual podemos indicar, tal como lo tratamos en un comienzo de este trabajo, que es constitutiva en cuanto a su función pero declarativa en cuanto a sus efectos. En este sentido, estableciendo la obligatoriedad al Notario de enviar los títulos al Conservador para que se practiquen las inscripciones de todos los derechos reales, nos permitiría establecer el carácter constitutivo en toda su expresión. De una u otra forma hoy en día los particulares voluntariamente persiguen este objetivo a través de las denominadas instrucciones notariales, pagando el precio al vendedor solo una vez inscrita la propiedad en el Registro de Propiedad sin cargas o gravámenes.

En lo que no debe existir modificación es respecto a las circunstancias jurídicas de adquisición del dominio, ya que la inscripción en el Conservador de

Bienes Raíces trae aparejada una garantía de seguridad en el tráfico jurídico. Junto a esto no podemos desconocer los principios de nuestro sistema registral inmobiliario, de origen latino. Este tema es muy importante señalarlo, porque existen partidarios en nuestro país en imponer un sistema anglosajón, el cual como sabemos se estructura en torno a la judicialización de las controversias, garantizando con costosos seguros los actos y contratos.

“el seguro de título consiste en que a falta de una adecuada seguridad basada en el examen de los títulos previos, el interesado en adquirir paga un seguro con el objeto de cubrir las posibilidades de riesgo en cuanto a que el transmitente no sea quien legítimamente detente la propiedad de la finca, o bien que existan gravámenes no previstos en los estudios anteriores. Para ello, el seguro opera como garantía suficiente, indemnizando al adquirente en caso de pérdida de la propiedad”¹²⁹

5.8.4- Información registral.

La información registral, en nuestro planteamiento debe ser expedida en formato electrónico con su correspondiente firma electrónica avanzada, la cual podrá contrastarse en cualquier momento respecto de su original. Por otro lado es indispensable establecer plataformas de información registral en línea, a través de las cuales sea posible realizar solicitudes y remitir la información contenida en el Registro electrónico. Esta situación ya existe en varios casos, pero promovidas de forma voluntaria por algunos Conservadores. El gran

¹²⁹ GAETE González, Eugenio. Idem. [consulta: 12 de diciembre de 2012]

desafío es lograr que todos a nivel nacional se encuentren interconectados, lo que permitiría tener acceso a los Registros en tiempo real o en su defecto, con ruptura temporal de breve tiempo. De igual forma esa interconexión debería hacerse extensible a un conjunto de servicios e instituciones que digan relación con la propiedad inmobiliaria tales como el Servicio de Impuestos Internos, el Servicio de Registro Civil, la Tesorería, las Notarías, los Tribunales de Justicia y el Catastro que planeamos, como también a quienes quieran suscribirse de forma voluntaria para su acceso. Esta interconexión ya se aplica en distintos países como Canadá, Austria, España, Holanda, entre otros.

A raíz de esto surge la duda respecto a la protección de los datos de los titulares registrales, ya que si bien se garantiza por nuestro sistema el acceso a la información registral, el hecho de poder hacerlo a distancia por terceras personas y más aún facilitado por el uso de las herramientas tecnológicas, pone en riesgo la información personal y privada de terceras personas. Por este motivo, algunas legislaciones, no por capricho, por ejemplo la española, han establecido restricción al acceso al Registro, debiendo acreditar un interés para averiguar el estado de los bienes inmuebles.

Retomando lo relacionado al establecimiento de sistemas en línea, podemos observar los casos de Canadá en su Provincia de Quebec, de Austria y Guatemala:

- En Quebec, esto se inició en el año 1995 lo que demoró una puesta en marcha de aproximadamente tres años, con un plan de gestión dirigido a distintos aspectos, como la administración de los Registros y el Catastro, la administración pública, los Notarios, el Poder Judicial, entre otros. En fin, se logró establecer un Centro de Servicios electrónicos, donde se cumple con la publicidad registral y a la vez se prestan servicios de valor agregado.

- Por su parte Austria, estableció la obligación a los Notarios de registrar todas las escrituras públicas en este Archivo, lo que le implicó una delegación estatal de diversas tareas del sector público (por ejemplo, apertura de giro, liquidación de tasas e impuestos sobre transacciones comerciales, mantener al día el catastro, acceso al registro, entre otras), que pueden ser consultadas a través de terminales en el sistema de Archivo del Notariado Austriaco.

- En Guatemala, entre el año 1996 y 1999, su Registro General de la Propiedad pasó de un folio personal a la automatización con tecnología en sus operaciones y procesos procediendo a practicar inscripciones en archivos electrónicos. Para lograrlo se abarcaron dos aspectos, uno tendiente a modernizar el Archivo registral que contenía todas las inscripciones hasta la fecha, debiendo digitalizar cada folio para que luego ese documento electrónico fuese revisado exhaustivamente y aprobado por el Registrador. En otro aspecto, estableció un sistema de recepción de

documentos, su digitalización, archivo y uso de la firma electrónica del Registrador.

5.8.5- La firma electrónica en el procedimiento registral

Ya analizamos latamente la firma electrónica que se encuentra regulada en nuestro país, por lo cual solo mencionaremos las ventajas que este exige en el procedimiento registral electrónico:

- Existiría certeza técnica respecto de la información que consta en el respectivo Registro electrónico que ha sido firmado por el Conservador que indica el certificado de firma electrónica.
- La integridad del Registro electrónico puede ser probado científicamente por medios técnicos.
- El sellado de tiempo que tiene la firma electrónica avanzada permite determinar incontrovertiblemente la fecha en que se realiza la inscripción.
- La conservación del Registro electrónico se realiza por procedimientos de archivo electrónico que garantizan su disponibilidad permanente.
- La información del Registro electrónico, por el hecho de encontrarse firmada con firma electrónica avanzada, garantiza la autoría, fecha, integridad, y confidencialidad gracias a la encriptación.

- Es un medio adecuado para implementar la mayor parte de las medidas de seguridad, lo que permite obtener la confianza de la sociedad.

Por último, en este punto nuevamente es importante recordar el conflicto que surge entre el Funcionario público, en este caso el Conservador, y el ente privado Prestador de Servicios de Certificación, en cuanto resulta anómalo que el primero, quien tiene delegada una función del Estado, para ejercerla deba disponer de una firma electrónica avanzada, facilitada por una entidad privada (PSC). Esto nos lleva al ilógico de pensar que en el mundo digital los funcionarios públicos solo puedan dar fe a través de una entidad privada. Lo cual contradice la Ley N° 19.799 según la cual los órganos estatales pueden tener sus propios certificadores internamente.

Sin perjuicio de lo anterior, claramente la firma electrónica avanzada no es cualquier herramienta, ya que gracias a ella es posible desenvolverse de forma segura en el mundo electrónico. El punto de discusión es el carácter privado de los PSC, por ese motivo, se ha planteado la opción de establecer uno de carácter estatal solo para estos funcionarios públicos, lo cual atentaría con el principio de libre competencia establecido en la propia ley de Firma electrónica o bien desatender el Auto Acordado privilegiando la ley N° 19.799

5.8.6- El archivo electrónico

El objeto de archivo es toda la documentación electrónica que se encuentre con la firma electrónica avanzada del respectivo Conservador. El contenido del archivo se constituye por los documentos electrónicos originales, de los cuales se pueden obtener sus respectivas copias, que contienen un exacto contenido y que pueden ser comprobadas mediante el sistema de hash, que ya estudiamos. De este modo se brinda la posibilidad de comprobación técnica de la exactitud del documento electrónico, haciendo desaparecer el concepto de copia y dando lugar al concepto de original múltiple.

Será imprescindible para poder dar cabal cumplimiento al principio de la publicidad registral y que de esta forma cualquier persona pueda consultar este Registro inmobiliario, será necesario el orden y relación de todas las inscripciones (en términos generales) siendo inevitable en este proceso que opere el sistema de folio real.

A su vez, este Registro electrónico permite obtener de forma más fácil y rápida copias de seguridad o respaldo, lo que permite disponer de copias en distintos lugares a un costo mucho menor, permitiendo en caso de catástrofe o

desastre la reconstitución del registro de forma inmediata. Para lograr una eficaz gestión en el tratamiento de las copias de seguridad, es necesario:

“aplicar procesos de división del resultado de la copia, manteniendo en diferentes localizaciones las distintas partes y los archivos maestros necesarios para la reconstitución de la copia. Tales archivos maestros deberían ser objeto de encriptación y firma electrónica, de modo que la recuperación de los mismos sólo pueda producirse para ciertos casos y por ciertas personas”¹³⁰

5.8.7- Registro electrónico y medidas de seguridad

Un buen sistema de seguridad implica determinar los riesgos existentes, independientemente de los eventuales ataques de hackers o crackers, los mayores riesgos que derivan de la negligencia de los funcionarios, de los siniestros en las oficinas, desastres naturales e incluso desastres sociales. Ante estas contingencias el Registro debe procurar mantener la integridad de sus Registros y la pronta disponibilidad de los mismos. Por eso siempre será necesario establecer una política de seguridad para efectos de minimizar los riesgos.

¹³⁰ MADRID ALONSO, Juan Ignacio. Op. Cit., pág.563, 564.

Una política de seguridad requiere de dos consideraciones importantes, una de ellas es que la seguridad no es infalible, donde siempre existirá una probabilidad, aunque baja, de vulnerabilidad. Por eso para tener siempre ese porcentaje reducido al máximo, es necesario mantener un constante desarrollo y mejora de la política de seguridad. El otro elemento, es que dada la complejidad del tema de la seguridad, esta debe ser implementada y su posterior mantención, costos de infraestructuras y tecnologías aplicables debe ser de forma conjunta entre todos los registradores.

El Registro electrónico es más seguro que el Registro convencional, gracias a su especialización técnica. Sin embargo la percepción social dice lo contrario y que se acentúa por el efecto que produce la prensa ante cualquier problema aislado relacionado con el uso de las tecnologías. En este sentido, algunos sostienen que el sistema es susceptible de colapso, ya sea por la eventual pérdida de datos contenidos en el Registro, o por la constante renovación de tecnologías, lo que da lugar a eventuales vulnerabilidades.

5.8.8- Otorgamiento de copias electrónicas.

Como ya lo analizamos de forma extensa en este trabajo, tanto el documento electrónico como la firma electrónica son aceptados en nuestra

legislación y del mismo modo su uso por Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales. En este punto no tenemos mayores reparos ante una eventual modernización del sistema Registral chileno, ya que la base de modernización son estos elementos.

Actualmente es común que las copias de inscripciones, certificados de hipotecas y gravámenes, certificados de prohibiciones, sean solicitados por vía electrónica y remitidos de la misma forma con su respectiva firma electrónica avanzada, que permite una posterior verificación del documento electrónico a través del portal electrónico, asegurando de esta forma la integridad, autenticidad y veracidad de la copia.

El Conservador de Bienes Raíces es el funcionario público encargado de practicar las respectivas inscripciones en su Registro, y en consecuencia, ante la solicitud de un tercero de una copia de ellas, es él el obligado a dar fe. En este sentido, no existe inconveniente que el certificado sea emitido en formato electrónico, firmado electrónicamente por el Conservador y enviado a su destinatario a través de los medios electrónicos, debiendo cumplir siempre con los requisitos establecidos en la ley. Por estos motivos este certificado o copia electrónica goza del carácter de instrumento público, teniendo en consecuencia plenos efectos jurídicos y sin ninguna distinción con su símil en papel.

El establecimiento de un soporte electrónico de una copia de la matriz, que idealmente sea también en formato electrónico, pierde sentido el hecho de estar hablando de copia, ya que cada una de ellas por la firma electrónica avanzada del Conservador es susceptible de ser copiada en distintos formatos, con idénticas garantías unas de otras.

CONCLUSIÓN

El uso de las herramientas tecnológicas en el ámbito Registral por nuestro ordenamiento jurídico nos permite pensar en la posibilidad de realizar una modernización del Conservador de Bienes Raíces, especialmente en el Registro de Propiedad, implementando un nuevo Registro de carácter electrónico. Hoy ya no resulta una propuesta exagerada, porque resulta notorio el desarrollo y perfeccionamiento de las tecnologías como también el masivo uso de Internet, lo cual ha generado mayores expectativas en la sociedad respecto de las instituciones públicas y el servicio que se espera que ellas presten.

Los cambios se han visto con creces en el mundo comercial, el cual nos abrió la puerta en el uso de estas herramientas de forma eficiente y segura, lo cual ahora pretendemos replicar en el plano Registral. Sin perjuicio de ello, no podemos olvidarnos de diversos aspectos como los principios en los cuales se sustenta nuestro sistema; el carácter y valor de la inscripción; y el carácter público del Conservador. En este sentido, el uso de la firma electrónica avanzada es una garantía de seguridad que debemos rescatar y resaltar, siempre y cuando se dirija a fortalecer la certeza y seguridad jurídicas. Creemos necesaria la existencia de un organismo dependiente del Poder Judicial

encargado de la certificación de la firma electrónica de estos auxiliares de la administración de justicia, para que continúen siendo los garantes de la seguridad jurídica en el plano electrónico y no dependan de entes privados, de lo contrario nos acercaría de forma preocupante a sistemas anglosajones y podríamos llegar a poner en riesgo la fe pública.

El avance tecnológico, la implementación de infraestructura, el conocimiento técnico y teórico, y la cada vez mayor inversión pública y privada, permiten hoy en día, señalar la factibilidad de nuestra propuesta. Es más, ya en varias oficinas por iniciativa de algunos Conservadores, existen Registros electrónicos estructurados en razón de la técnica de folio real. Es esta la técnica a la cual debemos migrar no por un afán de copiar al resto de los sistemas, sino por las ventajas que brinda tanto en el trabajo interno de las oficinas como para el servicio que se presta para la comunidad, que solicita a diario la consulta de los Registros para el estudio de los títulos. Es fundamental que todo ello se haga sin poner en riesgo una institución que por más de 150 años se ha caracterizado por la seguridad y certeza jurídica de la propiedad raíz, en consecuencia, las modificaciones a la conformación de los Registros, sus características, menciones y requisitos no deben variar en la esencia a lo que actualmente se lleva en formato de papel, sin perjuicio de ello será necesario regular los aspectos más bien formales del nuevo Registro electrónico. Dicha

regulación debe tender a la forma en que los Conservadores manejarán la información que ingresa a su oficio, debiendo por una parte digitalizar todas las inscripciones que consten en los libros que fueren de su cargo y por otro lado integrar toda esa información en razón del folio real, concepto que debe ser incorporado expresamente a nuestra legislación.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante que se tomen en consideración distintos aspectos que mencionamos a lo largo de este trabajo para que efectivamente existan cambios dirigidos a la modernización y perfeccionamiento del Registro. En este sentido, es recomendable que una vez tomada la decisión de migrar a un Registro electrónico, el cambio se haga gradualmente, debiendo tener en un principio el formato de las inscripciones tanto en soporte de papel como electrónico, para que en la medida que aparezcan dificultades puedan ser enmendadas sin poner en riesgo el sistema completo.

Sumado a los cambios, es necesario que exista una institución nacida desde ámbito registral con la capacidad de unificar criterios en las eventuales controversias que se susciten en la práctica de las inscripciones. Del mismo modo, resulta ineludible la implementación de un Catastro que se encuentre en constante comunicación con el Registro para permitir dar un fiel reflejo tanto en

los hechos como en el derecho de cada una de las propiedades del territorio nacional.

Como hemos visto, desde hace ya algunos años a la fecha existen distintas iniciativas que buscan una modernización integral tanto del sistema Notarial como Registral. No es por tanto algo inimaginable lo que se plantea en este trabajo, un aspecto particular de modernización dentro los distintos que se encuentran actualmente en discusión, solo falta que nuestro legislador reconozca legalmente esta realidad, modificando el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, incorporando el Registro Inmobiliario electrónicos estructurados en base al Folio real.

BIBLIOGRAFÍA

Referencias bibliográficas de material impreso.

- ÁLVAREZ Caperochipi, José, Derecho Inmobiliario Registral. Madrid. Civitas S.A. 1986.
- AVELLÁN Veloz, Juan. La firma electrónica y su validez extraterritorial: la perspectiva de la industria de certificación digital. EN: BRICEÑO, Francisco (compilador). Aspectos legales del comercio electrónico. Caracas. Cavecom-e. 2004.pp. 199-211.
- BARRUIO Ruiz, Carlos. La contratación electrónica. 3ª edición. Madrid. DYKINSON. 2006.
- BLANQUER, Roberto. Sistemas notariales. EN: PÉREZ, Leonardo y LORA-TAMAYO, Isidoro (coordinadores). Derecho Notarial. La Habana. Félix Varela. 2006. Tomo I. pp.275-304.
- BOLÁS Alfonso, Juan. Seguridad en la contratación por Internet: Firma electrónica y fe pública. En: JORNADAS sobre Contratación Electrónica, Privacidad e Internet (Mérida, España, 1999). Informática y derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático. Mérida, España. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro Regional de Extremadura, 1999. 551 p.
- CALVO González de Lara, José Antonio. El Registro e Internet. En: MATEU de Ros, R. y CENDOYA Méndez de Vigo, J. M. (coordinadores). Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital. España. ARANZADI S.A. 2001. pp. 619- 632.
- CORZO, Lázaro y HERNÁNDEZ, Rodolfo. Un nuevo reto para el Notario: el documento electrónico. EN: PÉREZ, Leonardo y LORA-TAMAYO, Isidoro (coordinadores). Derecho Notarial. Tomo II. La Habana. Editorial Félix Videla. 2006. pp. 208- 226
- COUTO Calviño, Roberto. Servicio de certificación de firma electrónica y libre competencia. Ed. Colmares. Granada. 2008.
- COUTURE, Eduardo. El concepto de fé pública: Introducción al estudio de derecho notarial. 2ª edición, Montevideo, Biblioteca de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, 1954.

- CRUZ, Norman. Derecho Notarial Chileno. Editores López Vivancos. Santiago. 1973.
- DI MARTINO, Rosa. Derecho Informático. 2º edición actualizada. Asunción. Editora Marben S.A. 2005.
- DONOSO Abarca, Lorena. Firma electrónica: Análisis del estatuto jurídico en Chile. Separata elaborada para el curso de perfeccionamiento de la Academia Judicial "Tópicos esenciales del derecho informático". Santiago, Chile. Septiembre 2003.
- DUCCI Claro, Carlos. Derecho Civil Parte General. Cuarta edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2005.
- FUNDACIÓN Fernando Fueyo Laneri. Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio. Derecho Registral Inmobiliario. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2003.
- GALÁN, Carlos. Consentimiento prestado por medios electrónicos (La contratación electrónica). EN: ESCOLANO, José. Nuevas tecnologías en la contratación: Sociedad nueva empresa e hipoteca electrónica. Navarra. ARANZADI S.A. 2005. pp. 203- 228.
- GAETE González, Eugenio. Instrumento Público electrónico. 2ª edición, Barcelona, España. Bosh S.A., 2002
- GÓMEZ La Fuente, Javier. Aspectos jurídico-notariales de la contratación electrónica. EN: DE PAULA, Francisco (director). Contratación y Nuevas Tecnologías. Madrid. Consejo General del Poder Judicial. 2005. pp. 77-116
- GUDÍN Rodríguez - Magariños, Faustino. La administración de justicia digitalizada. Barcelona. Ediciones Experiencia S.L. 2008.
- JIJENA Leiva, Renato. Comercio Electrónico, firma digital y derecho. Análisis de la ley 19.799. 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- LACRUZ Berdejo, José Luis. Derecho Inmobiliario y Registral. Barcelona. Librería Broch.1995.
- LÓPEZ Medel, Jesús. Modernas Orientaciones sobre la Institución Registral. 2ª edición ampliada. Madrid. B Ed. Fragua. 1975.
- LÓPEZ Zamora, Paula. Internet, sociedad de la información y derecho a la información. En: RICO, Marilina (coordinadora). Derecho de las nuevas tecnologías. Buenos Aires. Ediciones de la Rocca. 2007.

- MADRID ALONSO, Juan Ignacio. Nuevas tecnologías aplicables al funcionamiento del Registro Mercantil y de Bienes muebles. EN: GUERRERO, María Jesús (coordinadora).Derecho patrimonial y tecnología. Madrid. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.2007.
- MANZANO Solano, Antonio. Las Instituciones Registrales en los Países Occidentales. En: DÍAZ Fraile, Juan (coordinador). Estudio de Derecho Europeo Privado. Madrid. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. 1993.pp. 565- 624
- MATURANA Miquel, Cristián. Actuaciones judiciales, Notificaciones y Juicio Ordinario (separata 05044). Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2006.
- MICÓ Giner, Javier. La firma electrónica de notarios y registradores y el documento público electrónico: Estudio adaptado a la reforma del reglamento notarial por real decreto 45/ 2007, de 19 de enero (BOE 29 de enero de 2007). Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- MOHOR Alborno, Elías. Los Principios del Derecho Registral en Nuestro Sistema. En: ROJAS, Edmundo; Vidal, Ignacio; Mohor, Elías. Manual de práctica Registral Chilena. Santiago. Ed. Biblioteca Americana. 2007.
- MOLINA Mateos, José María. Firma electrónica y fe pública extrajudicial. En: JORNADAS sobre Contratación Electrónica, Privacidad e Internet (Mérida, España, 1999). Informática y derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático. Mérida, España. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro Regional de Extremadura, 1999. 551 p.
- OBERG YÁÑEZ, Héctor, Un desastre procesal (Documento electrónico Arts. 342 N° 6 – 348 bis C.P.C.), en Revista Actualidad Jurídica, N° 18, (julio 2008)
- PEÑAILILLO Arévalo, Daniel. Los bienes. La propiedad y otros derechos reales. 4° edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2006.
- PÉREZ DE MADRID, Valerio. Notariado, nuevas tecnologías y derecho mercantil. EN: GUERRERO, María Jesús (coordinadora).Derecho patrimonial y tecnología. Madrid. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.2007.pp.513-536
- RECODER de Caso. Algunas observaciones en torno a contratos, electrónica y fe pública. En: MATEU de Ros, R. y CENDOYA Méndez de Vigo, J. M. (coordinadores). Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital. España. ARANZADI S.A. 2001. pp.117-122.
- REMOLINA Angarita, Nelson. Desmaterialización, documento electrónico y centrales de registro. EN: Internet, comercio electrónico y telecomunicaciones. Colombia. Legis Editores S.A. 2002. pp3-47.

- RINCÓN Cárdenas, Erick. Manual de Derecho de Comercio electrónico y de Internet. Bogotá. Centro Editorial Universidad del Rosario. 2006
- RÍOS Helling, Jorge. La Práctica del derecho Notarial. México. McGraw-Hill. 1995.
- RODRÍGUEZ- Magariños, Faustino Gudín. La administración de justicia digitalizada, una necesidad inaplazable. Barcelona, Ediciones Experiencia, 2008.
- RUIZ- GALLARDÓN, Miguel. Fe pública y contratación telemática. En: MATEU de Ros, R. y CENDOYA Méndez de Vigo, J. M. (coordinadores). Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital. España. ARANZADI S.A. 2001. pp. 99-116.
- SUÑÉ Llinás, Emilio. La firma digital en los registros y el notariado: La seguridad jurídica preventiva. EN: PEÑA, Daniel (compilador). Sociedad de la Información digital: perspectivas y alcances. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2007. pp.87-120.
- VÁSQUEZ López, Luis. Derecho y Práctica Registral. Editorial Liz. San Salvador. 2001.
- VALLET de Goytisolo. Orígenes del Notariado latino en Italia y España. EN: PÉREZ, Leonardo y LORA-TAMAYO, Isidoro (coordinadores). Derecho Notarial. Tomo I. La Habana. Editorial Félix Videla. 2006. pp. 205- 231.

Recursos bibliográficos en línea:

- ARRIETA Cortés, R..Los prestadores de servicios de certificación de firma electrónica en el derecho chileno. [en línea] Revista Chilena de Derecho Informático.
<<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewArticle/10649/11377>> [Consulta: 1 de marzo de 2012]
- CALATAYUD Sierra, Adolfo. Presentación telemática de escrituras en los registros públicos. [en línea] Estudio realizado para la Comisión de Cultura del Colegio Notarial de Aragón, 24 marzo de 2007.
<<http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/presentaciontelematicaregistros.htm>> [consulta: 1 de marzo de 2012]
- CANELO, C.; ARRIETA Cortés, R.; MOYA García, R.; ROMO, R.. El Documento Electrónico. Aspectos Procesales. [en línea] Revista Chilena de

Derecho Informático.

<<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewArticle/10674/10952>> [consulta: 1 de marzo de 2012]

- CANELO, C.. La eficacia probatoria y la ley de firma electrónica. [en línea] Revista Chilena de Derecho Informático. <<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewArticle/10646/11374>> [Consulta: 2 de marzo de 2012]

- CEVALLOS Gualpa, Edgar. Diseño de un sistema de certificado registral electrónico para los registros de la propiedad del Ecuador. [en línea] Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2940/14.pdf>> [consulta: 1 de marzo de 2012]

- CLUNES Muñoz, Alejandro, 2011. La noción de documento electrónico y el artículo 348 bis del CPC. [en línea]. <<http://www.iusnovum.com/wordpress/la-nocion-de-documento-electronico-y-el-articulo-348-bis-del-cpc/>> [consulta: 1 de noviembre de 2012]

- DE LA MAZA Gazmuri, Iñigo. Una primera mirada a la ley N° 19.799. [En línea] Artículos Fundación Fueyo <http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/inigo_de_la_maza/firma%20electronica.pdf> [consulta: 1 de marzo de 2012]

- DIVIN Larraín, Felipe. Time Stamping: El sellado de tiempo en nuestro derecho. [en línea] Revista Chilena de Derecho Informático. <<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewArticle/10730/11010>> [Consulta: 2 de marzo de 2012]

- FERNÁNDEZ Acevedo, Fernando. El documento electrónico en el derecho civil chileno. Análisis de la Ley 19.799. [en línea] Revista Ius et Praxis Año 10 N° 2 Talca. 2004. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122004000200005&lng=es&nrm=iso&tlng=es> [consulta: 1 de marzo de 2012]

- GAETE González, Eugenio. El Registro en la Era Informática. Modernización Registral Comparada. [en línea] Revista de Derecho Informático N° 40 Noviembre del 2001. <<http://www.alfa-redi.org/node/9568>> [consulta: 1 de marzo de 2012]

- GAETE González, Eugenio Alberto. Documento Electrónico e Instrumento Público. [en línea] Revista de Derecho Informático N° 24. Julio del 2000 <<http://www.alfa-redi.org/node/9761>> [Consulta: 1 de marzo de 2012]

- JIJENA Leiva, Renato. Firma electrónica y Derecho Registral en Chile. Sobre los errores de un Auto Acordado. [en línea]Revista de Derecho Informático N° 99, Octubre del 2006 <<http://www.alfa-redi.org/node/9014>> [consulta: 1 de marzo de 2012]

- MORALES Godo, Juan. El Derecho y la Publicidad del Registro en el Estado Democrático. [en línea]Ponencias presentadas en el XIII Congreso Internacional de Punta del Este, Marzo de 2001<<http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/DocumentosPuntadelEste/El%20derecho%20a%20la%20intimididad%20y%20la%20publicidad%20del%20registro%20en%20el%20Estado%20democr%C3%A1tico.pdf>> [consulta: 23 de Abril de 2013]

- PINOCHET Olave, Ruperto. El Documento electrónico y la prueba literal. [en línea] Ius et Praxis v.8 n°2, Talca 2002. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200012&lng=es&nrm=iso&tlng=es> [consulta: 1 de marzo de 2012]

- REUSSER Monsálvez, C.. ¿Qué es la sociedad de la información? [en línea] Revista Chilena de Derecho Informático. <<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewArticle/10650/11378>> [Consulta: 1 de marzo de 2012]

- SAARENPAA, Ahti (traducción de Alberto Cerda Silva). Sociedad Red, Firmas electrónicas y Servicios Electrónicos: Una perspectiva Finlandesa. . [en línea] Revista Chilena de Derecho Informático. <<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewFile/10734/11006>> [consulta: 13 de septiembre de 2012]

- SÁNCHEZ Muñoz, Viviana Cristina. El Notario ante el Impacto Tecnológico de la Informática y las Telecomunicaciones. [en línea] Revista de Derecho Informático N° 113. Diciembre del 2007. <<http://www.alfa-redi.org/node/8930>> [consulta: 1 de marzo de 2012]

- VIEGA, María José. El Notario en los tiempos del internet. [en línea] Trabajo presentado en las Cuartas Jornadas Académicas Internacionales del Instituto de Derecho Informático. Montevideo, 21 y 22 de agosto de 2003. <http://www.elnotariado.com/images_db/noticias_archivos/EINotariadoEnTiemposDelInternet.pdf> [consulta: 1 de marzo de 2012]

Leyes:

- Auto Acordado N° 163 sobre uso de documento y firma electrónica por Notarios, Conservadores y Archiveros judiciales.
- Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la ley 19.799. <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19799/hdl-19799.pdf>> [consulta: 29 de junio de 2012]
- Biblioteca del Congreso Nacional. Código Civil. <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>> [consulta: 29 de junio de 2012]
- Biblioteca del Congreso Nacional. Código Orgánico de Tribunales. <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563&idParte=0>> [consulta: 29 de junio de 2012]
- Biblioteca del Congreso Nacional. Código de Procedimiento Civil. <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22740&idParte=0>> [consulta: 29 de junio de 2012]
- Mensaje N° 1234 - 355, Reforma al sistema registral y notarial, Boletín N° 5836-07 de fecha 29 de Abril de 2008.
- Mensaje N° 171-360, Modifica régimen de nombramiento y funciones del sistema registral y notarial, Boletín N° 8673-07 de fecha 6 de Noviembre de 2012
- 19.799. Sobre Documentos electrónicos, Firma electrónica y Servicios de Certificación de Dicha Firma. Biblioteca del Congreso Nacional.