

LA INSTITUCION NOTARIAL EN CHILE. NOTAS SOBRE SU ORIGEN Y CONFIGURACION JURIDICA

BERNARDINO BRAVO LIRA
Universidad de Chile (Santiago)

SUMARIO: 1. Capitán, clérigo y escribano. 2. Los primeros escribanos en el Nuevo Mundo. 3. Los primeros escribanos en Chile. 4. Una institución multiseccular. 5. Naturaleza jurídica del escribanato. 6. El oficio del escribano. 7. Conclusión.

Con el descubrimiento de América comienza la proyección de las instituciones europeas en el Nuevo Mundo. No hay solución de continuidad entre la presencia física de los castellanos y portugueses y su presencia institucional. Así sucede ya desde el desembarco de Colón, el 12 de octubre de 1492. Desde esos mismos momentos es válido lo que se ha dicho en general de las expediciones de descubrimiento y población protagonizadas por españoles y portugueses. A saber, que en tales empresas hay tres personajes infaltables: un capitán, un clérigo y un escribano. Con ellos se hacen presente por primera vez en el Nuevo Mundo tres instituciones fundamentales del Viejo Mundo: la monarquía, la Iglesia y el derecho.

1. CAPITAN, CLERIGO Y ESCRIBANO

Cada uno de estos tres personajes cumple un papel bien determinado dentro de la expedición: el que corresponde a la institución por él representada, según por entonces se hallaba establecida en Castilla o Portugal.

El capitán encabeza la expedición con poderes gubernativos, militares y judiciales y es, por tanto, el agente

principal de los fines políticos de la empresa: la dilatación de la monarquía, en cuyo nombre actúa y bajo cuyo señorio pondrá las tierras y poblaciones que descubra.

El clérigo es el capellán de la expedición, principal responsable de los fines religiosos de la empresa: la difusión de la Fe, que abrirá a los pobladores de las nuevas tierras la posibilidad de ingresar a la Iglesia mediante el bautismo.

Finalmente, está el escribano, ministro de fe y como tal, habilitado para autorizar y dar testimonio con su presencia de los actos que dan forma jurídica a la empresa: desde la toma de posesión en nombre del monarca de los territorios descubiertos en adelante.

En esta trilogía: capitán, clérigo y escribano se compendian de un modo sumamente plástico las líneas matrices, políticas, misionales y jurídicas de la expansión ultramarina de Portugal y España, las dos potencias que abrieron la Epoca Moderna con sus descubrimientos geográficos y concurren a formar el Mundo Occidental de hoy con la difusión de la cultura europea en Africa, América y Asia, tres continentes donde encontramos pueblos de habla castellana y portuguesa.

2. LOS PRIMEROS ESCRIBANOS EN EL NUEVO MUNDO

Al escribano le correspondió ser el primer representante del Derecho en las nuevas tierras. Antes que el juez, si se considera que la jurisdicción del capitán, transitoria por naturaleza, no es sino el germen de la futura judicatura ordinaria y antes que el abogado, cuya presencia y actuación son posteriores.

Así el mismo 12 de octubre de 1492 encontramos junto a Colón a Rodrigo de Escovedo escribano de la armada y a su tocayo Rodrigo Sánchez de Segovia, también escribano, los dos primeros ministros de fe que actuaron en el Nuevo Mundo.

Ante ellos se verificó la solemne toma de posesión:

“...luego vieron gente desnuda y el Almirante saltó a tierra en la barca armada y Martín Alonso y Vicente Anes (Yañez Pinzon), su hermano, que era capitán de la Niña. Sacó el Almirante la bandera real y los capitanes con dos banderas de la cruz verde que llevaba el Almirante en todos los navíos por seña con una F y una Y: encima de cada letra su corona, una de un cabo de la + y otra del otro. Puestos en tierra vieron árboles y aguas muchas y frutas de diversas maneras. El Almirante llamó a los dos capitanes y a los demás que saltaron a tierra y a Rodrigo de Escovedo escribano de toda la armada y a Rodrigo Sánchez de Segovia y dijo que le diesen fe como él ante todos tomaba, como de hecho tomó, posesión de la dicha isla por el Rey e por la Reina, sus señores, haciendo las protestaciones que se requerían, como mas largo se contiene en los testimonios que allí se hicieron por scripto”.

De modo muy semejante procedió Alvarez Cabral ocho años después, el 21 de abril/1º de mayo de 1500, al descubrir las primeras tierras americanas situadas dentro de la demarcación que correspondió al rey de Portugal en virtud del Tratado de Tordesillas. Por dicho tratado, Castilla y Portugal, las dos únicas potencias mundiales de la época habían delimitado en 1494 su área de expansión ultramarina, a raíz del descubrimiento colombino de 1492 y de la subsiguiente donación pontificia de 1493.

Vale la pena releer el relato del escribano Pero Vaz de Caminha, por tratarse de la primera toma de posesión en la América portuguesa. En este caso el acto va acompañado, según el uso lusitano, de una misa solemne:

“Y hoy que es viernes, primero de mayo por la mañana salimos a tierra con nuestra bandera y fuimos a desembarcar río arriba, en la ribera sur donde nos pareció que sería mejor alzar

la cruz, para que fuera mejor vista. Y allí marcó el Capitán el sitio (donde) habían de hacer el hoyo para hincarla... plantada la cruz con las armas y la divisa de Vuestra Alteza (el rey de Portugal), que previamente le habían puesto, armaron un altar al pie de ella. Allí dijo misa el Padre Fray Henríque, la cual fue cantada y oficiada por los ya dichos (religiosos y sacerdotes)".

Estos actos se repiten en cada nuevo paso de la expansión: cuando Balboa descubre el Mar del Sur en 1513, cuando Cortés desembarca en México en 1519, cuando Magallanes entra en el Océano Pacífico en 1520. En todos los casos están allí presentes los escribanos para dar fe y testimonio de la primera presencia europea en los distintos rincones del continente americano.

3. LOS PRIMEROS ESCRIBANOS EN CHILE

Del mismo modo procedió también Pedro de Valdivia en 1540, cuando después de cruzar el despoblado de Atacama llegó al Valle de Copiapó, donde comenzaba el territorio que él se proponía incorporar al señorío del monarca de Castilla.

Un testigo presencial, Gerónimo de Bivar, nos describe así la toma de posesión:

"En jueves 24 días del mes de octubre del año de nuestra salud mil quinientos cuarenta, ante un escribano del rey que en el real venía, el general tomó posesión en nombre de su majestad. "Hizo las diligencias que en tal caso se requirían, que son ciertas ceremonias hechas en esta forma: armado el general de todas sus armas y su adarga abrazada en el brazo siniestro y la espada en su mano derecha y alta, cortando ramas y levantando ciertas piedras, moviéndolo-

las de una parte a otra, diciendo en alta voz que emprendía y emprendió y tomaba y tomó posesión del Valle de Copiapó en nombre de su majestad, así de aquel valle e indios de él como de toda la gobernación que de allí en adelante tenían; y que si alguna persona o personas había que se lo contradijesen, que él se mataría con la tal persona o personas y para efectuarlo, salió a un campo que vecino tenía a esperar al que quisiese salir, diciendo que lo defendería lo que decía con su persona y armas a pie y a caballo como mandárselo quisieren. Si necesario fuese, perdería la vida en servicio de Dios y de su majestad y pidiólo por fe y testimonio del escribano, el cual así se lo dio”.

El escribano real que venía en la expedición era Juan Pinel. Fue él, pues, el primero que actuó en Chile como ministro de fe. En cierto sentido puede decirse que la historia de Chile se abre con un acto jurídico: esta toma de posesión del territorio verificada por Valdivia al llegar a Copiapó. Y en este primer acto jurídico encontramos presente a un escribano dando fe y testimonio de lo obrado.

La empresa de descubrimiento y población entra en una nueva fase con la fundación de la primera ciudad. A partir de entonces los expedicionarios se transforman en vecinos, el capitán en gobernador y el capellán en párroco, si bien para que esto último suceda hay que aguardar hasta la erección canónica de la parroquia. La fundación de una ciudad supone la institución de su cabildo, encargado de velar por el bien público de la comunidad recién establecida. Dentro del cabildo aparece el escribano de dicha corporación, cuyo cometido es precisamente dar fe y testimonio de sus acuerdos. A esta calidad suele unir la de escribano público, que lo habilita para actuar como ministro de fe en lo judicial y extrajudicial.

Así tenemos que Valdivia funda la ciudad de Santiago el 12 de febrero de 1541, designa a los miembros de su

cabildo el 7 de marzo siguiente y ese mismo día nombra al primer escribano público y del concejo y cabildo de Santiago. El agraciado fue Luis de Cartagena, quien tomó posesión de su oficio el 14 de marzo de 1541.

De este modo se instituyó la primera escribanía pública de Santiago que es también la más antigua de Chile. Esta escribanía subsistió por más de trescientos años, hasta 1858, en que el vigésimo octavo sucesor de Cartagena, José María Guzmán, pasó a hacerse cargo de la Secretaría del Tercer Juzgado de Letras de Santiago. De esta suerte, el actual secretario de dicho tribunal es el directo sucesor del primer escribano público que existió en Chile.

4. UNA INSTITUCION MULTISECULAR

A medida que se fundaron otras ciudades se instituyeron también las respectivas escribanías públicas y del concejo. En La Serena, la segunda ciudad de Chile, fue escribano desde su repoblación en 1549, Juan González, y Concepción, la tercera ciudad chilena, fundada en 1550, tuvo su primer escribano en la persona de Gaspar de las Casas, que pereció cuatro años más tarde en el desastre de Marihuénu.

En Santiago se instituyó una segunda escribanía en 1558. Su primer titular fue Pedro de Salcedo. Fuera de las escribanías de La Serena y Concepción, es ésta la más antigua de Chile. Tiene 420 años de existencia y su actual titular, Eduardo González Abbott, es el vigesimotercer sucesor de Salcedo. En ella sirvieron entre otros Pedro Vélez Pantoja, desde 1636 hasta 1679, es decir, por 42 años; Juan de Morales Melgarejo, por 47 años, desde 1710 hasta 1757, y Agustín Díaz, 35 años, desde 1791 hasta 1826, quien desde 1806 fue, además, titular de la primera escribanía.

Estos datos pueden parecer a primera vista anecdóticos. Pero encierran un profundo significado. A través de ellos se comprueba del modo más fehaciente que la institución notarial es una de las más antiguas de Chile. Tiene

una existencia multiseccular, cuyos comienzos se confunden con los comienzos de la nacionalidad misma.

En efecto, no deja de ser impresionante encontrarse con casos como el de la segunda escribanía de Santiago, que cuenta como hemos dicho con 420 años de existencia. Desde 1558, sus 23 titulares se han sucedido regularmente unos a otros sin solución de continuidad. Observaciones similares pueden hacerse para las demás escribanías de Santiago y del resto del país. Su subsistencia, en tantos casos varias veces secular, es un testimonio vivo de la tradición jurídica chilena.

Pero no se trata tan sólo de un fenómeno chileno. Creo no equivocarme al adelantar que, si se hacen similares estudios en el resto de Iberoamérica, los resultados no serían demasiado diferentes.

5. NATURALEZA JURIDICA DEL ESCRIBANATO

La sucesión regular de los titulares de cada escribanía se remonta en Chile hasta el establecimiento de la más antigua en el siglo XVI. Este hecho no deja de presentar consecuencias histórico-jurídicas de relieve. Tal vez la más importante, es la que toca a la naturaleza de la institución notarial.

En otros países ha podido discutirse si los notarios son funcionarios o profesionales o si, en fin, ocupan alguna categoría *sui generis*. En Chile, al menos si se considera la cuestión, desde un punto de vista histórico-jurídico, no cabe tal discusión. En cuanto sucesores de los antiguos escribanos, los actuales notarios son titulares de un oficio público.

En el hecho, la naturaleza jurídica de la institución no ha variado desde que se erigieron las primeras escribanías chilenas en el siglo XVI. Lo único que en el decurso de cuatro siglos se ha hecho es nombrar nuevos titulares para el oficio cada vez que se produce una vacante y aumentar el número, que siempre se ha mantenido fijo de estos oficios públicos.

6. EL OFICIO DE ESCRIBANO

El oficio confiere actualmente a su titular substancialmente la misma competencia que ya en el siglo XVI sintetizaba Azevedo en sus *Commentariorum juris civilis in Hispaniae regiae constitutiones*, a saber: *ad conficienda instrumenta scripturas et acta judicialia et extrajudicialia*, para confeccionar instrumentos y actos judiciales y extrajudiciales. Lo cual significa, según el mismo autor, *quoniam nullus alius quam tabellis potest haec conficere et scribere fidem eorum dando...*, que nadie fuera del notario puede confeccionarlos y escribirlos dando fe de ellos. En eso consiste la competencia propia del oficio notarial: *eorum enim scripturis plena fides in judiciis et extra datur, tamquam instrumentis publicae personae et auctoritate habentis ad ea conficienda*, a sus escrituras se les da plena fe en juicio y fuera de juicio, como instrumentos de una persona pública y que tiene autoridad para confeccionarlos.

La única variación de relieve que en estos cuatro siglos se ha producido en esta competencia conferida por su oficio al antiguo escribano y al actual notario, es la separación de las funciones de ministro de fe de los secretarios y receptores de los tribunales de justicia.

Como vimos en el caso de la primera escribanía de Santiago, en 1858 se la transformó en Secretaría de Juzgado. Esto mismo se hizo entonces con otras dos escribanías y luego se han instituido en casi todos los tribunales de primera y de segunda instancia, secretarios, que no son escribanos, pues actúan como ministros de fe únicamente dentro del tribunal al que pertenecen. De rechazo, los notarios han quedado excluidos de la función de ministro de fe en dichos tribunales, aunque sí pueden actuar como tales en los tribunales arbitrales.

Por lo que toca a los receptores judiciales, originalmente sus funciones de ministro de fe pertenecieron también a los escribanos. Estos cesaron de tenerlas, a medida que se instituyeron receptores en los diversos tribunales, lo que se generalizó por lo menos a partir de la ley orgánica de tribunales de 1875.

En suma, aparte de las funciones de secretario y de receptor de los tribunales de justicia, su oficio confiere al notario substancialmente la misma competencia como ministro de fe que tenía el escribano.

En lo demás, las características del oficio permanecen idénticas. Son vitalicios y están sujetos a análogos deberes y prohibiciones que los antiguos escribanos. También, sus derechos son fundamentalmente los mismos.

De esta manera a cada escribano pertenecía buscar el local más conveniente para instalarse y mantener el personal auxiliar que le pareciese conveniente para la debida atención de su oficio, como sucede hasta ahora con los notarios. La escribanía no era, pues, una oficina real, como tampoco las actuales notarías son oficinas estatales.

El ejercicio del oficio de escribano era supervigilado por la Real Audiencia hasta 1817 y desde esa fecha por el Tribunal de Apelaciones, hoy Corte de Apelaciones, que a partir de entonces la substituyó. Los oidores de la audiencia y luego los camaristas del Tribunal de Apelaciones o ministros de la Corte de Apelaciones practicaban visitas a las distintas escribanías. En esto tampoco ha habido mayor innovación.

En síntesis, las actuales notarías mantienen todos los rasgos institucionales de las antiguas escribanías. Siguen configuradas como oficios públicos a cargo de un titular en quien radica la competencia para autorizar como ministro de fe pública instrumentos y actos judiciales y extrajudiciales.

7. CONCLUSION

A manera de conclusión cabe apuntar que la estabilidad de la fe pública está más ligada de lo que a primera vista pudiera parecer a esta configuración de las antiguas escribanías y de las actuales notarías como un oficio público. En cuanto el escribano o notario nunca ha sido un funcionario público, se ha evitado que las escribanías o notarías fueran absorbidas por el Estado y transformadas en ofi-

cinas estatales, con la cual habría corrido serio peligro la independencia de los ministros de fe pública respecto del Gobierno. Basta pensar lo que habría significado una subordinación administrativa de los escribanos o notarios a un ministerio, para comprender que la fe pública se habría visto en tal caso seriamente amagada.

Hay en esto una manifiesta analogía con los ministros de la justicia. Tampoco los jueces podrían convertirse en funcionarios, sin que por ese hecho se viera seriamente menoscabada la independencia de la Judicatura. En ambos casos ha sido históricamente el oficio una eficaz salvaguarda institucional de la independencia de cada función. Ni la jurisdicción ni la fe pública están seguras en manos de funcionarios, cuya naturaleza consiste precisamente en obrar bajo dependencia disciplinaria de un superior jerárquico.

La historia del derecho nos presenta, pues, al notariado como una de las instituciones más antiguas de Chile. Al mismo tiempo, nos recuerda que a través de los cuatro siglos de su existencia ha mantenido la configuración jurídica de un oficio público. Como tal la encontramos en el presente y probablemente la encontraremos durante mucho tiempo más.