Minuta

ALGUNOS ASPECTOS PENALES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA F.E.A. EN SUSTITUCIÓN DE LOS NOTARIOS

Señor Presidente y H. Comisión:

Muchas gracias por la invitación. Trataré de ser breve y usaré, como es mi costumbre, un lenguaje sencillo y directo.

1.- Nos dice el Código Penal:

“Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley” (art.1º)

“Las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito, constituyen cuasidelito si solo hay culpa en el que las comete” (art. 2º)

2.- Lo penal, dicho en general, presenta tres aspectos casi obvios:

- uno previo, que consiste en las condiciones que la sociedad genera para la producción probable de hechos delictivos;
- otro, de facto, que consiste en la realización de la previsión legal, esto es, la acción u omisión voluntaria penada por la ley; y
- el último, que consiste en lo no previsto por la fantasía (la ley) y que es superado por la realidad (la malicia que ubica los intersticios que quedan libres y no son penados).

3.- Ninguna situación humana está exenta de experimentar la dinámica que fluye naturalmente de los tres aspectos antedichos.

4.- La antigua legislación - del COT y del Reglamento del Conservador- regulaba con detalle los procedimientos a seguir por estos auxiliares de la administración de justicia, con un sentido preventivo y/o defensivo, procurando salvaguardar al máximo la fe pública y evitar el “aspecto previo” ya referido; preocupándose de delitos específicos que podrían cometer los auxiliares; y teniendo una actitud reactiva frente a la malicia que se aprovechaba de lo regulados, aplicándose la legislación común a su respecto.

5.- En tales condiciones la actividad del notariado -por su propia dinámica, por falta de adecuada fiscalización y de legislación actualizada-

se quedó atrás, se puso lenta y cara. Tanto, que sus aranceles quedaron congelados por largo tiempo, porque la autoridad no atendió su deber, permitiendo actuaciones incorrectas que no se corrigieron.

6.- La reacción vino principalmente de los propios notarios, de algunos en particular y de la Asociación, especialmente interesados en recuperar el prestigio y en adoptar -esto es, invertir en- los adelantos tecnológicos para la actividad de notarios, conservadores y archiveros.

7.- Esto se vio impulsado con la ley que autorizó la firma electrónica de documentos (FES o FEA), la que estableció tres claras excepciones para el uso de este mecanismo:

- cuando la ley exige una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico,
- cuando la ley requiere la concurrencia personal de una de las partes, y
- Cuando se trate de activos y contratos relativos al derecho de familia.

8.- Este esquema ha permitido funcionar bastante bien, sin problemas significativos, pues no se da cabida a los inconvenientes del “aspecto previo” aludido más arriba, los auxiliares no arriesgan en esta fórmula -salvo imprudencias graves- cometer delitos específicos, y no se facilita la “inventiva maliciosa”.

9.- A lo anterior se agrega que la Corte Suprema ha regulado la aplicación de la ley, incentivando a los auxiliares a ocupar la firma electrónica -siempre con carácter voluntario- y llamando la atención sobre las precauciones a adoptar.

10.- El proyecto de ley en estudio por vuestra H. Comisión se presenta con el propósito de mejorar el sistema notarial, haciéndolo más expedito y abaratándolo.

Para ello, hace obligatorio el uso de la F.E.A., incluso en los documentos actualmente excluidos; sustituye la actuación personal del notario por la de empresas privadas que solo manejan el sistema computacional; basa la fe pública en la acreditación de la firma por dichas empresas; hace equivalente a un instrumento público el valor de los documentos así extendidos. En relación con la misma materia, otro proyecto genera la

existencia de agentes especiales llamados fedatarios, respecto de los cuales existen varias interrogantes.

Tal situación presenta inconvenientes graves en diferentes ámbitos.

11.- Están, desde luego, los inconvenientes que se aprecian en las distintas situaciones prácticas recordadas por el señor Presidente de la Asociación y por su Vicepresidente y ex Presidente de la misma. Los problemas que se han puesto de manifiesto en esos ejemplos son terreno fértil para el “aspecto previo” de la cuestión penal; o sea, hacen una situación propicia para actuaciones irregulares o delictivas.

12.- Eso hay que enlazarlo con la duda constitucional existente respecto a los fedatarios, que no son claramente agentes del Estado, pero son depositarios de la fe pública, pueden realizar numerosas actividades en todo el país, probablemente designados por un particular -empresa- interesado en sus servicios, sin que esté clara su responsabilidad.

Esto también potencia la posibilidad de actividades irregulares, en el “aspecto previo” y en cuanto se facilita la ocupación de intersticios no regulados por la ley.

13.- El documento electrónico no es un conjunto de signos lingüísticos, pues es una secuencia de datos informáticos, por lo que se aleja la posibilidad de la falsificación material del mismo, al menos frente a la tipología actual en nuestro Código Penal.

14.- No ocurre lo mismo con la falsificación ideológica, en que se vulnera la veracidad del documento, situación muy posible de ocurrir -al menos se puede prever que ocurra-, si se establece que el documento electrónico es equivalente al escrito, si cuenta con FEA, sin que sea obligatorio que “se firme” ante el notario y que, además, pueda serlo en cualquier parte.

Podría suponerse la intervención de personas que no lo hicieron, o atribuirse declaraciones diferentes a las efectuadas, o faltar a la verdad en hechos determinantes (artículo 193 del Código Penal). Todo “bajo la responsabilidad” del ministro de fe actuante, conforme al Código Orgánico de Tribunales.

15.- Se quiebra el principal atributo del notario -y en lo pertinente del conservador y archivero-, que es ser ministro de fe de lo que ve y constata, de lo que ocurre ante él. Esto conspira contra el concepto actual del Código Orgánico e incluso con el contenido en el mismo proyecto que se analiza. La situación resulta, entonces, muy extraña: se le exige como mandato esencial tutelar la fe pública, pero se diseñan procedimientos que lo obligan a dar saltos en el vacío, quedando siempre sujeto a responsabilidad civil, administrativa y penal.

16.- Por último, y para no abusar de la paciencia de Vuestras Señorías, debo hacer mención en este breve planteamiento a los inconvenientes de tipo económico, que me interesan en Genaro y en cuanto son colindantes con lo penal en algunos de los aspectos que ya mencioné, y que resumo en dos:

- Tendrán los notarios de barrio o de comunas emergentes la capacidad para adaptarse al sistema, en cuanto a lo tecnológico, a la seguridad de sus oficios, y para resistir las presiones indebidas que deberían aumentar significativamente?
- Globalmente hablando, para quien será más económico este nuevo sistema, si se considera lo que debe pagarse a las empresas privadas que actuarán, probablemente sin contrapeso?

Es cuanto deseaba comentar. Reitero, señor Presidente y H. Comisión, mis agradecimientos por su gentil invitación.