

LA FE PUBLICA Y LA COSTUMBRE EN EL CHILE INDIANO

SERGIO MARTINEZ BAEZA
Universidad de Chile

El objetivo que persigue este trabajo es el de analizar la influencia de la costumbre indiana en lo que dice relación con la fe pública confiada a los escribanos en el otorgamiento de escrituras, para extenderla a otras personas o autoridades cuando aquéllos faltan, llenando así una necesidad, especialmente en zonas apartadas o circunstancias anómalas.

Desde 1967 he tenido a mi cargo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile un "Plan General de Investigación sobre la vida jurídica práctica contenida en los protocolos notariales del Reino de Chile en el siglo XVIII", en que han hecho sus memorias de prueba unos 250 alumnos egresados de la carrera. Ellos han extractado el contenido de alrededor de 600 volúmenes que conforman la casi totalidad de los protocolos notariales de Chile en el siglo XVIII, existentes en el Archivo Nacional, considerando las localidades de Santiago, Valparaíso, Quillota, La Serena, Rancagua, Colchagua, Talca, Cauquenes, San Felipe y San Fernando.

En una rápida revisión de esta valiosa fuente de información para el estudio del derecho privado indiano, en el período antes señalado, es posible encontrar un sinnúmero de casos en que, por ausencia de escribano, las escrituras han debido otorgarse ante otras personas o autoridades en las que queda depositada la fe pública, en muchos casos de hecho, en razón de la costumbre, que llega a operar aun en contra de norma legal expresa.

Para llegar al punto que nos interesa exponer, debe señalarse que la institución de los *scribae* o *notarii* de Roma, pasó a España y fue recogida en las Partidas del rey sabio¹. Allí se define al escribano sólo como un *homo que es sabidor de escribir*. Más tarde, estos plumarios van a adquirir el carácter de ministros de fe y a ser regidos por una variada normativa que regulará su nombramiento, función, derechos, responsabilidades y sanciones.

¹ Part. 1.19.3.

Los escribanos o notarios van a modificar gradualmente la antigua costumbre de extender contratos, testamentos y otras constancias de actos jurídicos ante personas cuya investidura los revestía de un alto grado de credibilidad y confianza, tales como sacerdotes, religiosos, párrocos, vicarios, monjes, etc., y también militares en zonas de guerra, o testigos abonados en general.

Con el descubrimiento de América, los escribanos pasan a desempeñar un papel muy importante en el proceso de colonización. Son ellos quienes, como ministros de fe, están habilitados para dar testimonio de los actos que dan forma jurídica a la empresa, a partir de la toma de posesión, en nombre del monarca, de los territorios recién descubiertos.

Por consiguiente, son los escribanos los primeros representantes del derecho que se hacen presentes en el Nuevo Mundo, aun antes que los jueces y abogados.

Como la conquista y ocupación de los vastos territorios que se incorporaban a la Corona de Castilla fue realizada en tiempo relativamente breve y cubriendo una gran dimensión geográfica, los escasos escribanos públicos, de cámara, de hacienda, etc., muy pronto se vieron en la imposibilidad material de cumplir con sus funciones.

El fuerte crecimiento de la población, la distribución de ella en villas y ciudades distantes entre sí, como también en apartadas zonas rurales, las dificultades de comunicación y de acceso y los vastos territorios jurisdiccionales de los escribanos, llevaron forzosamente a encontrar una solución práctica a la necesidad de dar seguridad y certeza a los actos jurídicos entre partes y respecto de terceros. Ello obligó a los interesados a concurrir ante otras personas, ante la falta o la ausencia del escribano, que pudiesen hacer sus veces.

Es así como en Chile, a lo largo del siglo XVIII encontramos escrituras públicas otorgadas ante una variada gama de autoridades, cuya denominación, atribuciones y funciones corresponden a dos períodos bien diferenciados, es decir, el anterior y el posterior a la implantación del régimen de intendencias.

Durante la primera época, los funcionarios que aparecen desempeñando funciones relativas a la fe pública, a falta de escribanos, son los corregidores, alcaldes mayores, lugartenientes de corregidores, jueces de comisión, alcaldes de minas y sus diputados.

En la segunda época, de las intendencias, estos funcionarios pasan a ser los subdelegados del intendente, los jueces celadores o jueces de campo y los jueces de comisión².

Cabe señalar que las atribuciones de estos funcionarios y las etapas antes señaladas no variaron en forma absoluta y repentina, coexistiendo en algunas localidades cargos y funciones de ambos períodos.

Paso a referirme, a continuación, a cada uno de estos funcionarios, en lo que toca a su condición de ministros de fe.

² COBOS, María Teresa, *El régimen de Intendencias en el Reino de Chile. Fase de implantación (1786-1787)*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 7 (Santiago, 1978).

1. Sobre los corregidores cabe tener presente que ellos podían ser letrados o sólo de carácter político y militar. Ambos tenían las mismas facultades en lo judicial, pero los no letrados debían oír, en los asuntos contenciosos sometidos a su jurisdicción, el dictamen de los alcaldes mayores, que eran sus asesores. Los corregidores, junto a los alcaldes mayores, eran los superiores jerárquicos de los escribanos y debían velar por su conducta y buen cumplimiento de su oficio. A falta de éstos y también de sus lugartenientes que se tratan a continuación, les corresponde la facultad de autorizar actos jurídicos, como una extensión de su función de velar por la justicia. Las escrituras de que dan fe deben ser acumuladas en un protocolo.

2. Los tenientes o lugartenientes de los corregidores, designados por éstos, ejercían funciones auxiliares en la administración de justicia y estaban autorizados para actuar como ministros de fe en el otorgamiento de escrituras públicas, en los lugares en que no había escribano, por delegación del corregidor.

El referido lugarteniente del corregidor tuvo numerosas denominaciones, tales como *teniente*, *teniente de justicia*, *juez diputado*, *juez subalterno*, *juez partidario*, *juez celador*, *teniente de campaña*, etc. Eran escogidos y nombrados por el corregidor, previa consulta con personas responsables y de crédito en el lugar (párrocos, hacendados, comerciantes, vecinos distinguidos) y debían reunir los requisitos que exigía el cargo. Elegido el teniente, éste no podía negarse a cumplir con sus funciones en el territorio que se le asignaba. Era ésta una carga pública establecida en beneficio de la comunidad y por la que no se recibía retribución alguna.

Entre las comisiones encomendadas a los lugartenientes de los corregidores se pueden señalar, sumariamente, las destinadas a asegurar la pacífica convivencia de los lugareños, la solución de los frecuentes litigios que entre ellos se promovían, el evitar sus odiosidades y discordias, el velar por el común beneficio, el ejercer una severa vigilancia sobre la moral pública, el cautelar cualquier exceso perjudicial a la salud física y espiritual de los vecinos, el cuidar el buen estado de los caminos, el oír demandas verbales sobre asuntos de poca cuantía, el perseguir a los prófugos de la justicia, etc. A estas facultades vino a sumarse la relativa a la fe pública en el medio rural, cuando allí no había escribano, referida a la protocolización de testamentos, codicilos, poderes generales y particulares, cartas dotalas y otras escrituras.

Con la implantación del régimen de intendencias en Chile y la nueva distribución jurídica, política y administrativa, los antiguos corregidores pasaron a denominarse subdelegados de partidos, dependiendo directamente de los intendentes y, en grado menor, de sus asesores letrados, pero conservando la mayoría de sus funciones³.

3. Los alcaldes mayores eran jueces de letras que ejercían la jurisdicción ordinaria en algún pueblo o partido y asesoraban al corregidor lego en la época en que existieron dichos funcionarios. También los alcaldes mayores tuvieron la

³ DONOSO, Ricardo, *Un letrado del siglo XVIII. El Dr. D. José Perfecto de Salas* (Buenos Aires, 1963), vol. 1.

facultad de dar fe pública de los actos jurídicos pasados ante ellos, de lo que hay nutrido testimonio en los protocolos consultados. (Ej. caso de Talca, 1766-1769, citado al final de este trabajo). La actuación de estos jueces como ministros de fe pública a falta de escribano se encuentra preferentemente en lugares apartados de las grandes ciudades. Su objetivo fue evitar la paralización de las actividades económicas y jurídicas en las zonas expuestas a la guerra, al bandillaje o al aislamiento. Sólo por excepción se les encuentra autorizando escrituras públicas en ciudades como Santiago en que existían escribanos, en actos relacionados con indígenas y para resguardo de sus derechos.

4. Durante el período de las intendencias la función jurisdiccional de los alcaldes mayores pasó a ser desempeñada por los subdelegados de los partidos y los llamados jueces subdelegados. Antes, los corregidores fundaban su jurisdicción y facultades ordinarias en la voluntad real que se las había otorgado. Ahora, es al intendente a quien se faculta para ejercer la justicia ordinaria. A los subdelegados no les corresponde, por tanto, la administración de la justicia ordinaria propiamente tal, sino la llamada justicia subdelegada. Esta última es diferente de la ordinaria, ya que los corregidores entendían sólo en causas de justicia y policía y, en cambio, los subdelegados pasaron a conocer en las de justicia, policía, hacienda y guerra. La circunstancia de que los subdelegados sucediesen a los alcaldes mayores con sus mismas atribuciones en la administración de justicia, explica de algún modo la costumbre de que ellos pudiesen autorizar escrituras públicas, aunque ello contradijese disposiciones en contrario.

Muchos fueron los factores que permitieron mantener la institución de los lugartenientes después de la implantación del régimen de intendentes, en especial por el beneficio que de ello se alcanzaba en el medio rural. Se les conoció entonces con el título de *jueces diputados celadores*, caracterizados por su misión de carácter policial. Sin embargo, su nombramiento ya no corresponderá al subdelegado, sucesor del corregidor, quien sólo se limitará a seleccionarlos, correspondiendo su designación al intendente provincial, con información a la Real Audiencia. La costumbre hizo que estos lugartenientes continuaran ejerciendo funciones relativas a la fe pública y, en tal carácter, fueron conocidos vulgarmente con el nombre de *jueces de campo*, que se tratan a continuación.

5. A estos jueces de campo se ha referido M. Teresa Cobos Noriega⁴. Si no se hubiese conservado en ellos la función que llenaban los tenientes de los corregidores en lo relativo a la fe pública, se habría impuesto a los campesinos un pesado gravamen al obligarlos a trasladarse a las distantes ciudades y villas en que tenían su sede los escribanos públicos, cuyo radio de acción llegaba sólo hasta doce leguas del contorno urbano.

Por ello se impuso la costumbre de aceptar que ante estos *jueces de campo* se otorgasen escrituras públicas, pero insistiéndose en que cumpliesen con todas las solemnidades que prescribía el derecho, para así evitar el vulgarismo en las

⁴ COBOS, María Teresa, *La institución del juez de campo en el reino de Chile, durante el siglo XVIII*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 5 (Valparaíso, 1980).

formas, las causales de nulidad y los pleitos a que podían dar lugar los errores u omisiones en las cláusulas de estilo.

Anteriormente, los corregidores instruían a sus tenientes sobre la forma de llevar los protocolos, apenas éstos entraban en funciones. Ahora, los subdelegados debieron proporcionar a sus auxiliares, para mayor seguridad en sus actos, unas instrucciones pormenorizadas que contenían los encabezamientos y términos de los instrumentos, las cláusulas generales y especiales y otras advertencias necesarias.

El otorgamiento de testamentos y codicilos fue tenido por *asunto de tanta gravedad en que se interesa el bien público y las ánimas de los finados*, que para el caso se dieron normas muy precisas. Debían admitirse cerrados, pudiendo el juez, ante testigos, proceder a su apertura.

También ante estos jueces podían otorgarse cartas dotales, escrituras de compraventa, poderes generales y especiales para testar, litigar y negociar, y otras formas de derecho privado.

Requisito imprescindible para el otorgamiento de los contratos de compraventa era la presentación de la boleta que acreditaba el pago del impuesto de alcabalas por parte del interesado, que debía quedar insertada en el protocolo.

Para los efectos de asegurar la mayor validez de los instrumentos, los jueces diputados debían ceñirse estrictamente a las indicaciones que se les proporcionaban sobre la forma de extenderlos y autorizarlos. En caso de dudas para redactarlos, pese a disponer de modelos o cartillas, deberían consultar con sus superiores. Si subsistía la dificultad, la consulta deberían elevarla a la Intendencia Provincial.

Estos jueces debían llevar un registro en el que se anotaban todos los instrumentos otorgados ante ellos, por orden cronológico. Vencido el año, estaban obligados a remitirlos al escribano de la villa cabecera más próxima para que éste los incluyera en sus libros protocolos y emitiese los comprobantes correspondientes.

Desde el año 1779 comenzó a exigirse a estos jueces diputados que llevaran unos protocolos encuadernados en que debían extender los actos y contratos que pasaban ante ellos. Los originales no se devolvían a las partes. Sólo podían dar copias y siempre que así se les solicitase, advirtiéndoles que si era para presentarlas ante un tribunal o juzgado fuera del partido, sería necesario ocurrir ante un escribano o a la justicia ordinaria para que se comprobase la autenticidad de la firma del juez o actuario, bajo apercibimiento de ser consideradas ilegales.

Debieron adoptarse todas estas precauciones para evitar fraudes, adulteraciones y falsificaciones de instrumentos públicos, que de ordinario se producían en el medio rural.

Las actuaciones de los jueces de campo como ministros de fe pública fueron muy resistidas por los escribanos, tanto por que ellas les privaban de los derechos notariales, como porque dichos jueces evidenciaban muchas veces una total falta de conocimientos legales, provocando quejas y problemas⁵.

⁵ O'HIGGINS, Ambrosio, *Visita a las provincias del norte*, editada en *Revista Chilena de*

6. Los *jueces de comisión* fueron aquéllos a los que se confiaba un asunto específico, en representación del corregidor o subdelegado del intendente, de modo temporal. Una de las funciones más importantes que cumplieron fue la de prevenir y evitar los delitos de abigeato en el territorio que se les asignaba. No tenían obligación de arraigo ni inhabilidad funcionaria y podían renunciar al cargo aun antes de tener reemplazantes. Actuaron en ambos períodos del siglo XVIII.

Por las mismas circunstancias que rodearon el ejercicio de los cargos antes descritos en las zonas rurales, estos jueces debieron llenar también la necesidad de actuar como ministros de fe pública, autorizando actos jurídicos que debían registrar en sus libros protocolos. Posteriormente, estas actuaciones debían ser elevadas al conocimiento de la autoridad de que emanaba la comisión.

Cabe tener presente que las funciones del juez de campo y del juez de comisión fueron muy similares, hasta el punto de confundirse. Cuando una persona mostraba su reticencia para aceptar el cargo de *juez de campo*, generalmente se le designaba como *juez de comisión*.

7. Otros funcionarios que pudieron ejercer como ministros de fe pública en el período estudiado fueron los alcaldes mayores de minas y sus diputados. El referido alcalde tuvo jurisdicción especial en materia de minería, con facultad de conceder mercedes, títulos y posesión de minas. También conoció de denuncias por minas despobladas hasta la distancia de diez leguas de la villa o ciudad que le servía de asiento. Sus diputados los representaban en territorios determinados y sus funciones eran idénticas a las suyas.

Las funciones que cumplían estos alcaldes mayores de minas y sus diputados les fueron expresamente prohibidas a los jueces de campo dentro del territorio de su jurisdicción. Sin embargo, la tuvieron en el paraje rural.

El ejercicio de la fe pública en materia minera por parte de los alcaldes mayores de minas y sus diputados subsistió hasta la implantación del régimen de las intendencias, en que pasó a los intendentes provinciales.

8. Pero, aparte de los funcionarios antes nombrados, hubo otras personas que, en ausencia de escribano, pudieron dar fe del otorgamiento de escrituras públicas. Por la naturaleza del territorio (grandes distancias, topografía difícil, ausencia de caminos) y a causa de las campañas bélicas contra los naturales, correspondió, además, a otras personas, revestidas de algún grado de autoridad temporal o espiritual, ser titulares excepcionales de la fe pública. Tal es el caso de los curas párrocos, vicarios, sacerdotes y militares⁶.

Los sacerdotes solían actuar en actos relativos a los testamentos y poderes para testar y esta atribución no emanaba de disposición legal alguna sino sólo de una costumbre inveterada.

Los militares actuaban frecuentemente como ministros de fe en actos y contratos otorgados en la frontera de guerra y su facultad emanaba de la necesidad

Historia y Geografía 67 (Santiago, 1929).

⁶ BUENO, Cosme, *Descripción de las Provincias de los Obispos de Santiago y Concepción*, en *Colección de Historiadores de Chile* (Santiago, 1876), vol. 10.

de suplir la ausencia de escribano, ante el peligro de muerte en que estuvieran los otorgantes.

En conclusión, puede decirse que para dar fe pública de un hecho o actuación se confió, inicialmente y por costumbre, en personas que gozaban en la respectiva comunidad de un particular prestigio o credibilidad. Más tarde harán su aparición los escribanos o notarios y a ellos irá pasando, paulatinamente, también en virtud de la costumbre, el ejercicio de dar fe pública. Desde el descubrimiento de América y al extenderse el ámbito geográfico del territorio, se van a hacer escasos los escribanos y, otra vez, el dar fe pública va a volver a ser atributo, por costumbre, de personas revestidas de dignidad y crédito.

En la actualidad existe un buen número de notarios y la fe pública ha vuelto a ellos por excelencia. Sin embargo, ante la creciente variedad de actuaciones que requieren de certificación para gozar del reconocimiento público, han empezado a surgir, una vez más, y como demostración de la fuerza de la costumbre, otras personas revestidas de la facultad de actuar como ministros de fe pública, como son los agentes de la policía civil y uniformada, receptores judiciales, inspectores del Servicio de Impuestos Internos, Cuerpo de Bomberos, agentes bancarios, secretarios de oficinas públicas que certifican la firma de sus superiores, o los de corporaciones privadas que deben autorizar los acuerdos de directorio.

En otros términos, la costumbre en el campo de la fe pública ha tenido determinante influencia en el pasado, la sigue teniendo en el presente, y todo parece indicar que la seguirá teniendo en el porvenir.

APENDICE

Se han mencionado en este trabajo las personas que, de derecho y de hecho, desempeñaron la función de resguardo de la fe pública, a falta de escribano, en Chile, en el siglo XVIII.

En el volumen 10 del Archivo Notarial de Talca, que se conserva en el Archivo Nacional de Santiago, Chile, hay un interesante testimonio de lo expuesto en este trabajo, que llega a parecer extremo. Durante los años 1766 y 1769 no existió un escribano permanente en esa villa, lo que obligó a diversos funcionarios a asumir el carácter de ministros de fe pública, tales como los lugartenientes del corregidor, los alcaldes mayores, los alcaldes subrogantes, los jueces de comisión y aun los alcaldes ordinarios.

En una escritura de compraventa de un predio agrícola, ubicado en la zona sur del río Maule y al poniente del río Loncomilla, hoy comuna de Empedrado, la persona que aparece autorizando la escritura es el alcalde ordinario de primer voto de Talca, quien, por añadidura, es el mismo juez que autoriza a la vendedora para proceder a la enajenación representando a sus hijos menores.

En la parte final de esta escritura que rola a fs. 90 del volumen 10 del Archivo Notarial de Talca se expresa textualmente: *Yo el presente Juez don José Hilario de Velasco, alcalde ordinario de primer voto de esta villa de San Agustín de Talca, doy fe que conozco, así lo otorgaron; y la vendedora la otorgó e hizo en virtud de la información de utilidad de sus menores hijos, la que consta*

con vista del defensor de menores, en cuya virtud le queda dada por mí, dicho Juez, la licencia a la dicha doña Josefa para dicha venta, la que se le entrega al dicho comprador, original, para sus seguros y resguardos, y así lo firmaron los que supieron y por la que no supo lo firmó a su ruego el maestro de campo don José de Aguirre, quien se halló presente a su otorgamiento, y los testigos con quienes actúo en dicha villa de San Agustín de Talca, por no haber escribano, y de ello doy fe. A ruego de la otorgante y por testigo, José de Aguirre (firma). Miguel de Villalobos y teniente José Mandujano (firman). Por mí y ante mí, José Hilario de Velasco (firma).