

RAMÍREZ, Elena (2025). “Juicio de discernimiento notarial. La capacidad de actuación como un derecho de las personas mayores: el Notario como apoyo institucional”. *Revista Fojas*. Disponible en: <https://revistafs.cl/opinion/juicio-de-discernimiento-notarial-la-capacidad-de-actuacion-como-un-derecho-de-las-personas-mayores-el-notario-como-apoyo-institucional/>

JUICIO DE DISCERNIMIENTO NOTARIAL. LA CAPACIDAD DE ACTUACIÓN COMO UN DERECHO DE LAS PERSONAS MAYORES: EL NOTARIO COMO APOYO INSTITUCIONAL



Elena Pía Ramírez Catalán

Notaria, Conservador y Archivero Judicial

de la comuna de Hualaihué, región de Los Lagos, Chile

La pertinencia, legalidad y necesidad de exigir un certificado de lucidez a alguien, por el sólo hecho de ser mayor, debe verse como una barrera para el ejercicio de derechos personales.

Las personas mayores son un grupo etario con características diversas al interior del mismo grupo. “Es precisamente dicha complejidad la que justifica la existencia de una regulación especial que recoja estas necesidades, demandas y desafíos que deben enfrentar los Estados y la comunidad internacional”¹.

Resaltar lo indicado en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las personas Mayores, en su artículo 32 letras b) y e) hace que los organismos públicos y privados, personas naturales o jurídicas, en el metro o en el medio del bosque, en el mar o en la cordillera, deban *toma de conciencia*.

- *Fomentar una actitud positiva hacia la vejez y un trato digno, respetuoso y considerado hacia la persona mayor y, sobre la base de una cultura de paz, impulsar acciones de divulgación, promoción de los derechos y empoderamiento de la persona mayor, así como evitar el lenguaje e imágenes estereotipadas sobre la vejez.*
- *Promover el reconocimiento de la experiencia, la sabiduría, la productividad y la contribución al desarrollo que la persona mayor brinda a la sociedad en su conjunto.*

El Notario debe ser un garante de su protección y actuar con inmediatez y cercanía, como apoyo institucional que les permita el respeto por su dignidad y la concreción de negocios jurídicos

El Notario “realiza ese juicio de capacidad, discernimiento y comprensión en cada acto notarial, que garantiza el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, pues para que esta igualdad sea real y efectiva es imprescindible que los derechos ejercitados sean válidos y eficaces y que no sean atacados

¹ MÜLLER (2021), p. 53.

RAMÍREZ, Elena (2025). “Juicio de discernimiento notarial. La capacidad de actuación como un derecho de las personas mayores: el Notario como apoyo institucional”. *Revista Fojas*. Disponible en: <https://revistafs.cl/opinion/juicio-de-discernimiento-notarial-la-capacidad-de-actuacion-como-un-derecho-de-las-personas-mayores-el-notario-como-apoyo-institucional/>

sólo por razón de su discapacidad y edad, pues si estos no se dan en la realidad, quedarían fuera del tráfico jurídico”².

El juicio notarial no tiene por finalidad determinar las limitaciones de una persona, ni su grado de competencia o aptitud, se trata de obtener una voluntad informada, libremente expresada y con conocimiento de los alcances de sus actos, sin que sea contrario a esto un apoyo o asesoría que le ayude a formarse.

El rol del Notario es dar fe de la identidad de parte, del juicio de discernimiento que indica si esas partes tienen o no capacidad y están debidamente legitimadas para comparecer, de si su consentimiento ha sido libre, espontáneo, debidamente informado y que el acto que se está celebrando se adecua a la legislación de su país. A este tripe rol ampliamente reconocido en los notariados del tipo latino, se puede agregar el rol de protección patrimonial, que se puede inferir de los tratados internacionales sobre protección de personas mayores y además agregar el rol de apoyo institucional, si aplicamos la Convención para personas con discapacidad, en el cual el Notario suple y apoya con un juicio volitivo del compareciente.

El Notario no debe realizar un juicio médico o pronunciarse sobre una determinada patología, solo debe poder discernir de manera subjetiva y proactiva, la voluntad específica de un determinado otorgante, frente a unas circunstancias propias y en un momento fijo en el tiempo. Incluso en Cuba, donde se puede pedir la comparecencia de un médico al otorgamiento de una escritura pública, este facultativo comparece como auxiliar, y no sustituye al Notario ni es forzoso seguir su criterio.

Es por esto que el juicio notarial es una presunción *iuris tantum* muy calificada, ya que “este juicio no recae sobre la capacidad de la persona sino sobre su aptitud para el ejercicio de su capacidad jurídica en un momento clave”³.

He ahí lo vital y complejo de la función notarial, la que además conlleva un sin número de responsabilidades civiles, penales y administrativas. Y es por eso también, lo peligroso de las gestiones en que exista disposición o compromiso de bienes, en que no concurren físicamente los intervinientes⁴.

En general el rol de las notarías es de orden público, se recurre a ellas buscando seguridad, orientación y fluidez en el tráfico de relaciones contractuales. Por ello, las notarías tienen el principio de inexcusabilidad, ya que no se puede decidir a quién prestar o no el servicio, es obligatorio responder a las necesidades de quienes recurren a ellas, siempre que sus gestiones no vulneren la legislación vigente o el orden público nacional.

Y en el caso que no se logre la seguridad de la capacidad de la persona, en un juicio de discernimiento, “la negativa del notario a la autorización del instrumento ha de fundarse en razones justificadas, razonadas sobre la base de dudas certeras que le posibiliten concluir que la persona que

² UINL (2018).

³ ALBA FERRÉ (2022).

⁴ Por ejemplo, páginas web en que se compre o venda *online* un vehículo, firmando con clave única o con firma electrónica de manera remota, ya que en esos casos no existe juicio de discernimiento, y tal como un vehículo puede ser robado, así también una clave puede ser hurtada, inferida o recepcionada por medio de un engaño, tal como la firma electrónica.

RAMÍREZ, Elena (2025). “Juicio de discernimiento notarial. La capacidad de actuación como un derecho de las personas mayores: el Notario como apoyo institucional”. *Revista Fojas*. Disponible en: <https://revistafs.cl/opinion/juicio-de-discernimiento-notarial-la-capacidad-de-actuacion-como-un-derecho-de-las-personas-mayores-el-notario-como-apoyo-institucional/>

pretende comparecer en el instrumento público, carece de discernimiento para autogobernarse y poder determinar el alcance de los efectos del acto o negocio a instrumentar”⁵.

La capacidad se presume y es la falta de discernimiento que debe probarse, sin embargo, y tal como se expresó anteriormente, el Notario no es un perito en el juicio de discernimiento, por lo que su labor es más compleja, peligrosa y subjetiva.

La capacidad posee dos matices, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, esto es, el ejercicio de la capacidad jurídica. Cuando se ejerce esa capacidad ante un trámite notarial, el Notario da certidumbre *iuris tantum*⁶, de lo que quieren y entienden estar haciendo las partes. “El notario no es un perito, pero debe saber aplicar las máximas de la experiencia cuando aprecia esa capacidad volitiva de los sujetos [...] Solo las personas capaces pueden protagonizar un acto jurídico, [...] con independencia del grado de capacidad”⁷, compete al Notario la apreciación caso a caso. Como lo diría otro autor, un juicio de discernimiento subjetivo y circunstancial al caso concreto⁸.

En este sentido la Unión Internacional del Notariado Latino (en adelante UINL), en la sesión de Consejo General de 2018, adoptó varios acuerdos que dan lugar a las *Recomendaciones sobre el rol del notario como prestador de apoyo institucional a la persona con discapacidad* (UINL, 2018). En relación a estos acuerdos, se puede señalar que trascienden a las personas con discapacidad, llegando también a aquellas personas mayores que, por el sólo hecho de serlo, se las trata como incapaces.

También la UINL señala que el notariado latino germánico posee dos dimensiones, la de *autoridad pública*, ya que “es configurado como un instrumento de seguridad jurídica preventiva en las relaciones jurídicas entre los ciudadanos”⁹; y como *jurista*, ya que, además de recoger declaraciones de voluntad, es primordial y esencial asesorar, dar consejo y dar asistencia, y una asistencia mayor a quien mayormente la necesita, equiparando así a las partes comparecientes.¹⁰

Es por esto que se considera la necesidad de aplicar en Chile la figura del Notario como prestador de apoyo, cuyo juicio debe tanto garantizar el ejercicio de derechos fundamentales, como también “velar por la existencia de salvaguardias que impidan abuso e influencia indebida y que, a su vez garanticen el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad”¹¹ o persona mayor.

En Chile, se posee un sistema dual y contrapuesto de capacidad, por lo que un sujeto posee o no posee la misma. Sin embargo en otros países, y más aún desde la aplicación en varios de ellos de la Convención de la Organización de Naciones Unidas de 2006 sobre derechos de las personas con discapacidad de Nueva York (CNY), es deber de cada ministro de fe ver los matices de capacidad, saber cuál es la verdadera intención y deseos de los comparecientes, aun cuando exista algún grado de discapacidad, y lograr ser garantes tanto de la autonomía de la voluntad de los comparecientes, como

⁵ PÉREZ GALLARDO (2014).

⁶ *Iuris tantum*, presunción solo de derecho; presunción que da por cierto algo hasta que se pruebe lo contrario. RAE (2024).

⁷ PÉREZ GALLARDO (2014).

⁸ ALBA FERRÉ (2022).

⁹ Unión Internacional del Notariado Latino - UINL (2018), p. 27.

¹⁰ Según la UINL: *el notario realiza en cada actuación micro-empoderamientos en los momentos más sensibles e importantes que permiten a los ciudadanos ejercitar sus derechos en condiciones de igualdad dotándoles de la debida seguridad jurídica*.

¹¹ Unión Internacional del Notariado - UINL (2018), p. 25.

RAMÍREZ, Elena (2025). “Juicio de discernimiento notarial. La capacidad de actuación como un derecho de las personas mayores: el Notario como apoyo institucional”. *Revista Fojas*. Disponible en: <https://revistafs.cl/opinion/juicio-de-discernimiento-notarial-la-capacidad-de-actuacion-como-un-derecho-de-las-personas-mayores-el-notario-como-apoyo-institucional/>

de la seguridad jurídica. Esta ayuda notarial es reconocida en la Ley 8/2021¹² española, ya que lo pone en “una posición de autoridad y garante de la autonomía de la voluntad de las personas que necesiten apoyo para que con las debidas condiciones de seguridad jurídica puedan ejercitar su capacidad jurídica”¹³.

La aplicación de la Convención ha hecho desaparecer la incapacitación para prestar consentimiento de las personas con discapacidad, entre ellos, adultos mayores, quienes para ejercer su capacidad jurídica y el respeto de sus derechos fundamentales poseen apoyos institucionales, quienes deben ejercer su servicio evitando el quiebre en la dignidad de los mismos y equilibrando a las partes comparecientes ante ellos.

Si antes, aunque aún hoy en Chile, la regla general era la representación, hoy la tendencia es que la regla general sea la asistencia. Aunque esto genera muchas más responsabilidades para el Notario, quien en caso de error no es protegido legalmente. En estos casos se hace necesario levantar un acta previa que refleje el juicio de capacidad y la participación proactiva del Notario, tanto para el control de legalidad, como en la asesoría a las partes comparecientes, las que en el caso de personas mayores, debieran además tener la certeza de la inmediatez y presencialidad de la atención que el Notario debería brindar personalmente. Esto debería liberar al Notario del temor de posibles denuncias maliciosas.

Chile requiere y le urge legislar en figuras de mecanismos preventivos de autoprotección jurídica futura¹⁴, como la autotutela, voluntades anticipadas, contratos de alimentos, mandatos preventivos, salvaguardas y apoyos para quienes los necesiten, sin importar la edad.

Si la idea es respetar los deseos y preferencias de las personas mayores y evitar la influencia indebida que muchos pueden sufrir, el camino no es sólo exigir a todo evento un certificado de lucidez. Sin embargo, existen muchas notarias que así lo exigen, según se informa a la Corte de Apelaciones de Santiago (Asociación de Notarios). Y así también la Corte Suprema de Chile lo acepta aprobando la propuesta remitida por el Comité de Modernización, esto sí, como regla excepcional “solo para aquellos casos en que el Notario advierta personalmente comportamientos que le permitan de manera visible representarse o desprender dudas acerca del estado de normalidad y capacidad mental de una persona que esté suscribiendo un instrumento en su presencia”¹⁵.

¿Es acaso un certificado médico el que complementa a la persona y la hace capaz? ¿O es su misma dignidad personal la que la hace capaz? Dicho certificado médico no es más que una mayor exigencia de aptitud, requerida por el sólo hecho de ser mayor.

Aun así se ha dicho que por la custodia a la fe pública¹⁶, un Notario debiera exigir un certificado de lucidez, aplicando por analogía la norma del artículo 1016 del *Código Civil* chileno, en la que se señala que en el testamento abierto se debe expresar que el otorgante se encuentra en su sano juicio. Esta teoría proteccionista es bastante amplia en Chile, sin embargo, no se debe escudar en ella para dejar de

¹² Ley que reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

¹³ ALBA FERRÉ (2022), p. 1756.

¹⁴ En Cuba existen las figuras de fideicomiso, poderes preventivos, crédito vitalicio con garantía hipotecaria o hipoteca inversa, contrato de alimentos, seguro de dependencia y la autotutela o autocuratel.

¹⁵ Resolución. Recomendaciones a notarios frente a juicio de capacidad de adultos mayores (2021).

¹⁶ ZÁRATE (2021).

RAMÍREZ, Elena (2025). “Juicio de discernimiento notarial. La capacidad de actuación como un derecho de las personas mayores: el Notario como apoyo institucional”. *Revista Fojas*. Disponible en: <https://revistafs.cl/opinion/juicio-de-discernimiento-notarial-la-capacidad-de-actuacion-como-un-derecho-de-las-personas-mayores-el-notario-como-apoyo-institucional/>

prestar la debida asistencia e inmediatez, lo cual es lo único que permite hacer primar un derecho fundamental por sobre la protección indiscutida poniendo el mismo traje a todas las personas mayores, sin distinción. El temor a que una persona mayor haga un mal acuerdo no puede primar por sobre su propia dignidad. En realidad, no existe una edad propicia para ser estafado.

Aun cuando se presente ante un Notario un certificado de lucidez o de facultades mentales conservadas, en el que un facultativo especialista señala que la persona tiene plena capacidad de entendimiento del instrumento a suscribir, y sus consecuencias, esto no hace obligatorio por el Notario la autorización en que no medie la interacción correcta con los comparecientes en que además puedan manifestar su voluntad y en que el *iter notarial* deje de manifiesto que esa voluntad ha sido libre, espontánea y no sometida a influencias indebidas.

Es deber del Notario, de origen latino, incluso en Chile, con su actual sistema y normativa de capacidad, lograr ser un apoyo institucional para las personas mayores, respetando sus deseos y preferencias, aun cuando en esta elección no sea compartida por el Notario o por los acompañantes de la persona mayor, la que debe poder ejercer su derecho a asumir riesgos y asumir las consecuencias de su propia voluntad. Sin embargo la casuística es tan grande y compleja que, en la evaluación del discernimiento, se debe aplicar el interés superior de la persona mayor. Alba Ferré lo llama “un traje a la medida”, siendo el Notario un verdadero sastre, donde no tan solo debe primar el interés superior, sino “la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”¹⁷.

Al Notario se le debe considerar como: *apoyo institucional*, como un equilibrador en el justo uso de los derechos; y como *autoridad*, para impedir que familiares, cercanos, apoyos o salvaguardias de las personas mayores ejerzan abuso o influencia indebida.

El Notario en esta dual función debe generar la alianza entre la voluntad y la seguridad jurídica, que permita a las personas mayores actuar sin que se vean privados de su derecho humano esencial, la dignidad.

En lugar de exigir a todo evento un certificado de lucidez, se hace del todo necesario una instancia, quizás administrativa o judicial, donde el Notario debiera dejar constancia de los resultados del juicio de capacidad o discernimiento, en el caso de procesos con resultado negativo, y las causas que lo llevaron a señalar la falta de voluntad, que permitan hacer posible en su interés, adoptar decisiones que contraríen sus deseos.

La comunicación y la intermediación son esenciales en el trato con personas mayores, eso es algo que no puede ser delegado a funcionarios u otros colaboradores de Notarías; el juicio de discernimiento tiene el carácter personalísimo para el Notario.

La *praxis* notarial en este tipo de casos puede y debe ser ajustada a los derechos fundamentales de las personas mayores. En algunos países, se dará de manera pre-legislativa, como en el caso de Chile. Sin embargo, estos ajustes razonables, no pueden hacerse esperar.

¹⁷ ALBA FERRÉ (2022).

RAMÍREZ, Elena (2025). “Juicio de discernimiento notarial. La capacidad de actuación como un derecho de las personas mayores: el Notario como apoyo institucional”. *Revista Fojas*. Disponible en: <https://revistafs.cl/opinion/juicio-de-discernimiento-notarial-la-capacidad-de-actuacion-como-un-derecho-de-las-personas-mayores-el-notario-como-apoyo-institucional/>



<https://revistafs.cl>