

Identificación de partes.

Sistematización conceptual-normativa. Generalidades.

1.

Calificaciones jurídicas de los otorgantes:

Es deber del fedatario público con relación a los otorgantes el asegurar -según su propio juicio-, no sólo que existen los hechos determinantes de la capacidad (edad, estado civil, lucidez, etc.), es decir, las denominadas calificaciones jurídicas de las personas. Sino además, que, estos hechos necesarios, son suficientes para la validez y eficacia del acto o contrato respectivo.

De modo que, constando ya ab initio aquellos datos, es posible en todo tiempo calificar si el estado que suponen las citadas calificaciones jurídicas incluía la capacidad legal para aquel acto concreto; todo lo anterior, con vista del mismo instrumento público.

En contra de lo anterior, algunos autores han advertido que el documento sólo puede servir para hacer fe de todas aquellas cosas que el fedatario pueda atestiguar como tal, pero no de las que se hallan fuera del alcance de sus atribuciones o facultades, v.g., la constatación de que los otorgantes se hallan en su cabal juicio; pues aquel carece del conocimiento y la técnica para dicha constatación que, debe quedar a la verificación del órgano jurisdiccional competente a través de la prueba pericial.

La identificación de las partes tiene fundamento en la realidad, porque el concepto que el fedatario se forme de las circunstancias que rodean a las personas, puede -en unos casos- basarse en un factor perceptible directamente, y en otras ha de ser producto de una elaboración mental; de modo que, siendo apreciados aquellos requisitos por el funcionario público ya sea como simple testigo, o como perito en Derecho, o como resulta comúnmente, de ambos modos a la vez, han de tener aquellos, constatados instrumentalmente, toda la fuerza que tiene en conjunto con el instrumento; es decir, han de ser creídas mientras no sean contestadas y destruidas con prueba contraria.

2. Análisis del artículo 39 del Código Notarial (CN).

De inmediato, se plantea el estudio del numeral 39 del Código Notariado, desde una óptica general, como deber funcional, relacionado al documento de identificación. Y de seguido, se analiza cada uno de los elementos constitutivos del mencionado ordinal.

2.1 En general sobre el deber legal de identificación.

La identificación de los comparecientes es uno de los deberes impuestos por la Ley en la función notarial.

El numeral 39 CN regula dos aspectos fundamentales, primero, el deber funcional de identificación por parte de los fedatarios; y segundo, los medios legales a utilizar para realizar una correcta identificación (que involucra el subtema relativo a guardar copia del documento utilizado):

1. Los notarios deben identificar, cuidadosamente y sin lugar a dudas, a las partes y los otros intervinientes en los actos o contratos que autoricen.

2. Los identificarán con base en los documentos legalmente previstos para el efecto y cualquier otro que consideren idóneo. En el acto o contrato notarial, deben indicar el documento de identificación y dejarse copia en el archivo de referencias, cuando lo consideren pertinente.

#### 2.2 4Análisis de los elementos constitutivos del artículo 39 CN.

Analizando el numeral de marras, podemos determinar sus elementos relevantes y sus eventuales consecuencias jurídicas:

1. Los notarios deben identificar. Establece el sujeto activo obligado y la obligación primaria. Sujeto activo es el Notario autorizado que, como profesional, ha recibido como potestad estatal delegada del Estado la facultad de fedatario público. Precisamente de ahí nace su obligación; pues en el ejercicio de sus facultades y competencia material recibe el imperativo legal de identificar.

2. Cuidadosamente y sin lugar a dudas. Establece la forma de la identificación. Es decir, ¿cómo debe hacerse aquella identificación? El Diccionario nos precisa que, el término “cuidado” significa solicitud y atención para hacer bien alguna cosa, dependencia o negocio que está a cargo de uno. Y el vocablo “cuidadoso” significa solícito y diligente en ejecutar con exactitud una cosa, atento, vigilante. Por su parte, el verbo “cuidar”: poner diligencia, atención y solicitud en la ejecución de una cosa. Asistir, guardar, conservar.

Entonces, cuidadosamente significa que el Notario, de manera solícita y diligente, debe ejecutar con exactitud la identificación de las partes, para lo cual ha de ser diligente, atento y vigilante.

La segunda parte, le indica al cartulario que aquella identificación debe ser sin lugar a dudas; es decir, sin que medie incertidumbre o irresolución, sin vacilación. Sin que en el ánimo del Notario medie poco o ningún crédito, que desconfe o sospeche. Que el ánimo del Notario no se encuentre perplejo entre juicios contradictorios, sin decidirse por ninguno de ellos; en fin, que la identificación de las partes sea poco probable o insegura. Contrario sensu, entonces, aquella actividad debe realizarse indudablemente, con toda seguridad.

En este sentido, nos advierte la doctrina nacional que la “...identificación inadecuada de los comparecientes, exime al Notario de su deber de actuación; pero, más allá de eso, el Notario debe... inhibirse de otorgar instrumentos cuando las partes no se hayan identificado adecuadamente...”

1.

3. A las partes y los otros intervinientes. Determina los sujetos pasivos de la obligación de identificación. No solamente debe establecerse, sin lugar a dudas, la identidad de las partes que celebran el acto o contrato de que se trate, sino también de las personas que lo acompañan por

voluntad de aquellas (v.g. peritos); o porque la ley lo exige: testigos instrumentales o testigos de conocimiento.

Pero el deber se extiende más allá, al involucrar a cualquier otro interviniente, como pudieran serlo peritos o traductores; o también, verbigracia en tratándose de actas notariales, las personas a quienes el fedatario debe notificar, informar, intimar o prevenir al tenor del numeral 102 inciso c) del Código Notarial.

4. En los actos o contratos que autoricen. Se trata de cualquier negocio jurídico que en el desarrollo de sus facultades y competencia material y territorial autorice este profesional; y que realice protocolar o extra protocolarmente (v.g. cuando el Notario por el conocimiento que tenga de un idioma está facultado para traducir las manifestaciones, declaraciones o voluntad de un sujeto en una actividad fuera de Protocolo; debe identificar al solicitante).

5. Los identificarán con base en los documentos legales previstos para el efecto y cualquier otro que consideren idóneo. Este aparte del numeral indica los MEDIOS para realizar la identificación.

En primera instancia, determina que el Notario debe exigir siempre el documento legal de identidad (ver relación de los artículos 6, 36 y 39 CN); es decir, el documento oficial que, en virtud de ley, se considere previsto para el efecto de lograr aquella identificación. Debe tratarse del documento que tiene disposición o aptitud para la identificación, de conformidad con la ley. Al respecto, se aconseja a los fedatarios públicos acceder al acuerdo 2015-008-004 del Consejo Superior Notarial de agosto del 2015 que regula este tema.

Entonces, en nuestro ordenamiento jurídico, el documento es la cédula de identidad para los nacionales, según los artículos 89 y 95 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones TSE y del Registro Civil (Ley TSE). Y, la tarjeta de identidad para los costarricenses mayores de doce años y menores de dieciocho, de conformidad con lo establecido en el numeral primero de la Ley 7688.

Asimismo, los documentos válidos y vigentes, expedidos por Migración y Extranjería para las personas no residentes, según los artículos 33 y 42 de Ley General de Migración y Extranjería (LME); verbigracia, en tránsito o en condición de turista, serían el pasaporte nacional de cada persona extranjera, con la respectiva visa costarricense; o bien, el permiso respectivo, según el estatus correspondiente.

Serían los documentos expedidos por Migración y Extranjería para las personas en condición de residente permanente, de conformidad con los artículos 77 y 79 LME; personas no residentes, de acuerdo con el artículo 87 LME; y, categorías migratorias especiales, según lo indicado en el ordinal 94 LME.

Entonces, en relación a las personas extranjeras en tránsito por el país, el notario deberá corroborar su identidad con el pasaporte válido y vigente (en buen estado), de conformidad con los artículos 33 y 42 LME. En este sentido, ver art. 85 CN: Intervención de extranjeros.

Finalmente, y de conformidad con el artículo 138 de la Ley de Migración y Extranjería:

“Corresponderá exclusivamente a la Dirección General la expedición de los documentos migratorios siguientes: 1) Pasaporte ordinario, solo para costarricenses...” (Cursiva, negrita y subrayado no son del original).

Es decir que, en principio, el pasaporte costarricense NO es un documento válido de identificación de la persona ciudadana nacional, porque es un documento migratorio. El único documento de identificación válido es la cédula de identidad válida y vigente.

6. En el acto o contrato notarial, deben indicar el documento de identificación. Obligación de dejar constancia suficiente y clara, inserta en el negocio jurídico de que se trate, del tipo o clase de documento utilizado por el Notario para realizar la identificación.

7. Dejarse copia en el archivo de referencias, cuando lo consideren pertinente. Cierra el numeral con una facultad del Notario. No es su obligación guardar copia del documento que utilizó para identificar a las partes y/o intervinientes en el acto o contrato otorgado. Establece que es su decisión, cuando el Notario lo considere pertinente.

El consejo es que siempre se deje copia del documento de identificación utilizado.

Sobre el mismo tema, regula la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones TSE y del Registro Civil (Ley TSE), en su artículo 89:

“Todo costarricense de uno u otro sexo, mayor de dieciocho años, tiene la obligación ineludible de adquirir su cédula de identidad.” (Cursiva, negrita y subrayado no son del original).

(Así reformado por el artículo 3° de la ley N° 9406 del 30 de noviembre de 2016, "Fortalecimiento de la protección legal de las niñas y las adolescentes mujeres ante situaciones de violencia de género asociadas a relaciones abusivas.")

Por su parte, el f) Las demás funciones que disponga la Ley o artículo 90 de la misma Ley dispone: “Toda solicitud de cédula de identidad deber contener los siguientes datos:

- a) Nombre y apellidos legales del solicitante, y si fuere conocido con nombres y apellidos diferentes, lo hará constar así;
- b) Sexo;
- c) Profesión u oficio;

- d) Lugar de nacimiento indicando distrito, cantón y provincia.
- e) Fecha de nacimiento;
- f) Si es costarricense por nacimiento, por opción o por naturalización (si es por opción se indicará el tomo y el número del asiento; y si es por naturalización, el número y fecha del acuerdo y resolución respectivos);
- g) Si sabe leer, escribir o al menos firmar;
- h) Nombre apellidos legales del padre y de la madre;
- i) Estado Civil (si es casado, separado judicialmente, divorciado o viudo, expresar nombre y apellidos legales de quien es o fue el cónyuge);
- j) Domicilio (indicar provincia, cantón, ciudad, villa, distrito o caserío, y de ser posible calle o avenida y número de la casa donde vive o dar las señas referidas a un punto conocido);
- k) Lugar y fecha en que se hace la solicitud;
- l) Firma del solicitante o de la persona que lo haga a su ruego, si no supiere firmar o no pudiere por impedimento físico; y autenticación de la firma en la forma que exige esta ley; y
- m) Oficina en que desea retirar su cédula. (...)” (Cursiva, negrita y subrayado no son del original).

Y en este mismo sentido, el artículo 83 CN dispone que:

“En la comparecencia se expresarán el nombre y los apellidos de los comparecientes, la clase de documento de identificación que porten con el número si lo tuviere, el estado civil, el número de nupcias, la profesión u ocupación, el domicilio y la dirección exactas, así como la nacionalidad si son extranjeros”.

Relacionar lo anterior con lo dispuesto en los ordinales 84 y 85 CN. De donde se sigue según se dirá, que los datos personales a considerar por el fedatario público están ya incluidos en los datos aportados por cada ciudadano ante el TSE e insertos en su cédula de identidad (código de barras).

En relación con las imágenes de las personas ciudadanas, el artículo 91 Ley TSE, regula sobre las fotografías:

“Las solicitudes de cédula deberán gestionarse en la sede del Registro Civil, en cualquiera de sus oficinas regionales o ante los funcionarios designados para ese efecto.

Para emitir el documento de identidad, las fotografías serán tomadas con métodos y técnicas mecánicos e informáticos, según los requerimientos que establezcan oportunamente el Tribunal y el Registro Civil.

Si se solicitare renovación de la cédula por caducidad o deterioro, se adjuntará la cédula en uso cuando fuere posible.” (Cursiva, negrita y subrayado no son del original).

(Así reformado por el artículo 5º de la ley No.7653 de 10 de diciembre de 1996)

Y agrega el numeral 93 de la misma Ley TSE, en cuanto a la cédula de identidad:

“La cédula de identidad contendrá la información necesaria, a juicio del Tribunal Supremo de Elecciones, para identificar, conforme a derecho, plenamente a su portador.

Para confeccionar y emitir este documento, el Tribunal y el Registro Civil utilizarán las técnicas más avanzadas y seguras para la identificación personal.” (Cursiva, negrita y subrayado no son del original).

(Así reformado por el artículo 5º de la ley No.7653 de 10 de diciembre de 1996)

(Nota de Sinalevi: Mediante resolución N° 2357 del 25 de mayo de 2015 del Tribunal Supremo de Elecciones, se acordó interpretar este artículo en el sentido de que: "...puede prescindirse de la exhibición de la cédula de identidad, en su formato físico, para acreditar la identidad de la persona en los casos en que su identificación se realice mediante la utilización del "Servicio de Verificación de Identidad" que facilita este Tribunal.")

Por su parte el numeral

94 de la misma Ley TSE, dispone en relación al término de validez de la cédula de identidad:

“El término de validez de la cédula de identidad será de diez años a partir de la fecha de su emisión. Transcurrido ese término, se considerará vencida y caduca para todo efecto legal y, de oficio, se cancelará la inscripción del ciudadano como elector.

Sin embargo, cuando los diez años referidos se cumplan dentro del término de doce meses anteriores a la fecha de una elección, la cédula de identidad y la inscripción del ciudadano como elector permanecerán válidas, en todos sus efectos hasta el día de la elección inclusive.” (Cursiva, negrita y subrayado no son del original).

(Así reformado por el artículo 5º de la ley No.7653 de 10 de diciembre de 1996)

ACTOS EN QUE ES OBLIGATORIA LA PRESENTACIÓN DE LA CÉDULA.

Según dispone el artículo 95 Ley TSE:

“La presentación de la cédula de identidad es indispensable para:

- a) Emitir el voto;(…)
- b) Todo acto o contrato notarial;
- c) Iniciar gestiones o acciones administrativas o judiciales;
- d) Firmar las actas matrimoniales, ya sean civiles o católicas;
- e) Ser nombrado funcionario o empleado del Estado, sus instituciones y Municipalidades;
- f) Formalizar contratos de trabajo;

g) Firmar obligaciones a favor de instituciones autónomas, semiautónomas o de las Juntas Rurales de Crédito y Oficinas de Ayuda al Agricultor; (...)

h) Obtener pasaporte;

(...)i) Formalizar el Seguro Social, sin que esta disposición pueda amparar al patrono de las consecuencias que la ley y Reglamento de la Caja Costarricense de Seguro Social le imponen;

j) Recibir giros del Estado, Municipalidades e Instituciones Autónomas o Semiautónomas;

k) Matricular los padres o encargados a sus hijos o pupilos en escuelas y colegios, públicos o privados;

l) Obtener o renovar la licencia de conductor de vehículos; y

m) Cualquier otra diligencia u operación en que sea del caso justificar la identidad personal. (Como por ejemplo el artículo 39 en relación con el ordinal 83 CN)

En las actuaciones de las personas jurídicas se presentará la cédula del respectivo personero.

En las escrituras públicas, en los contratos privados, en los expedientes administrativos y judiciales, pagarés y certificados de prenda, deberá consignarse el número de la cédula de las partes. (De nuevo artículo 39 en relación con los artículos 83, 84 y 85; así como el art. 92 incisos a) y f) y art. 95 inciso a) y 102 inciso c) todos del CN)

En los Tribunales de Justicia, los litigantes gozarán de dos meses para presentar su cédula, y vencido ese término sin que hayan observado este requisito, o logrado una prórroga del plazo, no se les atenderán sus posteriores gestiones. No producirá nulidad de actuaciones la sola circunstancia de falta de presentación oportuna de la cédula. Los Tribunales de Justicia, en casos muy calificados, y tomando en cuenta los motivos de impedimento aducidos por el litigante, quedan facultados para prorrogar el plazo de dos meses arriba indicado, con el fin de evitar denegatoria de justicia a quien esté imposibilitado para exhibir su cédula.(...)” (Cursiva, negrita y subrayado no son del original).

(Nota de Sinalevi: Mediante resolución N° 2357 del 25 de mayo de 2015 del Tribunal Supremo de Elecciones, se acordó interpretar este artículo en el sentido de que: "...puede prescindirse de la exhibición de la cédula de identidad, en su formato físico, para acreditar la identidad de la persona en los casos en que su identificación se realice mediante la utilización del "Servicio de Verificación de Identidad" que facilita este Tribunal.")

SANCIONES POR FALTA DE CÉDULA.

En lo aquí relevante, regula el artículo 96 Ley TSE:

Los funcionarios o empleados del Gobierno Central, Municipalidades, instituciones autónomas o semiautónomas, que no exijan la presentación de la cédula de identidad, serán sancionados con suspensión de sus cargos, sin goce de sueldo, por ocho días la primera vez y quince días las veces siguientes, si bien a partir de la tercera vez podrán ser destituidos de sus funciones siendo esta causa justa.“(...)

Quienes omitan la presentación de la cédula no podrán llevar a cabo los actos a que se refiere el artículo anterior y el incumplimiento de su portación, será sancionado con una multa de veinticinco colones (¢ 25.00) la primera vez, cincuenta colones (¢ 50.00) la segunda y cien colones (¢100.00) las siguientes. La imposición de esta multa estará a cargo de los Agentes Judiciales, Jefes Políticos o Agentes Principales de Policía.” (Cursiva, negrita y subrayado no son del original).

SANCIÓN PARA QUIEN NO MOSTRARE SU CÉDULA A REQUERIMIENTO DE AUTORIDAD, Y PARA QUIEN USARE O POSEYERE CÉDULA AJENA.

Al respecto, norma el ordinal 97 Ley TSE:

“Quien sin razón justificada no hubiese obtenido su cédula de identidad, incurrirá en las penas que prescribe el artículo 139 del Código de Policía.

Y quien usare o poseyere indebidamente una cédula ajena, incurrirá en las sanciones del artículo 154 del Código Electoral.” (Cursiva, negrita y subrayado no son del original).

Análisis de la resolución número 085-2015-VI del TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEXTA, del SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ de las quince horas del veintidós de mayo del dos mil quince.

(...) Considerando:

III.- Objeto del proceso. La demanda se ha formulado para que este Tribunal disponga: 1) la obligación del Estado de suministrar a los notarios públicos acceso al padrón electoral y 2) a las herramientas necesarias para poder constatar la identidad de las personas de cara a cumplir con la obligación que se plasma en el ordinal 39 del Código Notarial.

En lo medular, el accionante aduce que: 1) el Estado ha incurrido en una omisión respecto de esta obligación, exponiéndole a sanciones en el cumplimiento de sus funciones. 2) Ante la ausencia de los medios elementales, ningún notario está en capacidad de hacer una identificación plena y sin lugar a dudas de un compareciente. 3) No se dé acceso al padrón fotográfico del Registro Civil, y no se ofrece la posibilidad de obtener un instrumento tecnológico para identificar las cédulas de identidad (Se exige la infabilidad de la identificación sin contar con los medios técnicos adecuados). 4) El lector de barras de la cédula de identidad no se da a ningún particular. Esa norma, señala, sanciona al notario por actos que derivan de la misma inercia del Estado para brindar los medios de control que permitan evitar la suplantación. 5) La Dirección Nacional de Notariado está en la obligación de buscar la mejora de la actividad notarial y no ser solamente un contralor, conforme al artículo 22 del Código Notarial. Está en el deber de suministrar al notario las herramientas para el fiel cumplimiento de la actividad notarial y protección del notario. 6) Es indispensable contar con el padrón fotográfico suplido por el Tribunal Supremo de Elecciones, a la vez que debe dotarse a cada despacho notarial de las herramientas tecnológicas para determinar si las cédulas de identidad ofrecidas son verdaderas o falsas. Esgrime que a los agentes consulares si se facilitan esas herramientas. 7) Denuncia que la Dirección Nacional de Notariado no ha cumplido con sus fines de promover la búsqueda de la transparencia y el perfeccionamiento de la materia notarial, ya que no ha hecho cursos de capacitación para la

detección de documentos falsos, ni ha gestionado el suministro a los notarios de los implementos tecnológicos para evitar el fraude notarial, como lo son el padrón fotográfico del Tribunal Supremo de Elecciones y de la Dirección General de Migración, así como el lector del código de barras de las cédulas de identidad.

El Estado por su parte sostiene entre otras: 1) El Tribunal Supremo de Elecciones brinda a personas físicas como privadas, medios para identificar debidamente a las personas que requieran de sus servicios a través de la lectura del código de barras de la cédula de identidad y corroborar la autenticidad de la misma y así poder corroborar la autenticidad de la misma y de los datos personales de quien la porta. 2) Esa instancia suministra a quienes lo soliciten un software denominado "Dígito Verificador de Identidad y Pertenencia" que permite leer el código de los documentos de identificación y corroborar su autenticidad. Para ello basta la formulación de solicitud ante la Dirección de Estrategias y Tecnologías del Tribunal Supremo de Elecciones. Dice que esto fue comunicado al actor en fechas 18 y 28 de junio del 2012. 3) Añade, el Tribunal Supremo de Elecciones presta el servicio de lectura de código de barras y consulta en pantalla en la Oficialía Mayor Electoral. 4) Dice, se han llevado a cabo capacitaciones para difundir información de relevancia respecto de las características de seguridad de las cédulas de identidad. (Negrita y subrayado no son del original).

IV.- Legitimación: En el caso bajo estudio, siendo el objeto de este proceso el análisis de la pertinencia de prestaciones públicas que tendrían relevancia en el marco del ejercicio de la función notarial, marco de acción dentro del cual, el accionante ha acreditado ostentar el estatus de notario público, aun encontrándose suspendido. Ergo, en la medida en que pertenece a la categoría de notario público, estima este Tribunal que las pretensiones que buscan ordenar conductas generales al Estado se amparan en un marco de legitimación colectiva, que permite al accionante reclamar extremos que busquen el beneficio y efecto genérico al colectivo al que pertenece. Nótese que no se trata de la formulación de acciones que busquen la declaración de beneficios concretos e individuales para cada miembro de ese colectivo, sino en un beneficio o efecto genérico para esa comunidad de intereses. Por ende, se trata de un interés supra individual de grado colectivo, por lo que la acción objeto de análisis encuentra suficiente respaldo en la citada normativa. Si bien se mira, como parte de ese grupo, se trata de una acción individual que por sus incidencias, produce un efecto general en esa comunidad profesional. De ese modo, se insiste, la presente acción encuentra respaldo en el ordinal 10.1 inciso c) del CPCA. (Negrita no es del original).

Comentario: Dispone el inciso c de dicho numeral: "Estarán legitimados para demandar: (...) c) Quienes invoquen la defensa de intereses colectivos." (Sobre los intereses colectivos y su diferencia con los difusos, véase entre otras: Res. N° 001321-F-S1-2013 de las 15:05 horas del 01 de octubre del 2013; sentencia N° 896-F-S1 de las 15:00 horas del 26 de julio de 2012, ambos de la Sala Primera de la Corte).

VI.- (...) el ordinal 21 del Código Notarial establece que la Dirección Nacional de Notariado, órgano persona adscrito al Ministerio de Justicia y Paz, es la instancia rectora de la actividad notarial, con competencia exclusiva para regular el ejercicio del notariado. En el cumplimiento de esas potestades, esa Dirección debe no solamente regular las conductas de los notarios, sino además,

ejercer las acciones debidas para que el ejercicio de esa actividad pueda cumplir con sus cometidos legales... (Negrita y subrayado no son del original).

Comentario: La jurisdicción interpreta en esta resolución -con base en la ley-, que la DNN es órgano rector. En ese sentido, a su cargo se halla la administración de la actividad notarial. De donde se sigue que, sus labores no deben ser únicamente fiscalizadoras (regular la conducta de los fedatarios); sino además, debe ejercer las acciones necesarias y debidas para auxiliar o ayudar a que, el ejercicio de la actividad notarial pueda cumplir sus cometidos de ley; porque el notariado es un servicio público que persigue u fin público.

(...) la comprobación de identidad del suscribiente se acredita mediante el documento de identificación, en el caso de los nacionales, la cédula de identidad. Sin embargo, en la medida en que la misma norma impone un deber de parte del notario de identificación indubitable de los comparecientes, es que se impone que estos profesionales cuenten en el ejercicio de sus competencias y funciones, no solo con los lineamientos, sino con las herramientas que permitan concretar esa obligación... (Negrita y subrayado no son del original).

Nota: Según ya se advirtió, se aconseja a los fedatarios acudir al contenido del acuerdo 2015-008-004 CSN.

Comentario: Si el art. 39 CN impone la obligación al notario (dentro de lo previsto por los arts. 1 y 2 CN), para dar el servicio público notarial (arts. 30, 31, 32 y 24 CN) como munnera publica, y si el Estado delega el ejercicio de la fe pública, y por tanto obliga al fedatario a identificar en forma indubitable, entonces el Estado debe dar acceso a sus delegados (notarios) para poder realizar la identificación sin lugar a dudas.

(...) en la medida en que sus actuaciones suponen la formalización de negocios jurídicos, muchos de los cuales, implican la disponibilidad de bienes y derechos de créditos, usualmente inscribibles en el Registro Público, requieren de 1) un acceso oportuno y eficiente a los registros de información que les permitan establecer la veracidad del dicho de los comparecientes, así como su 2) plena identidad. (Negrita, subrayado y numeración inserta no son del original).

Comentario: Usualmente inscribibles en el Registro como lo son las escrituras públicas. Y tratándose de documentos protocolares (art. 80 CN) y específicamente de escrituras públicas (art. 83 CN: comparecencia), se exige al notario incluir la información indicada en ese ordinal. Pues bien, esta obligación en comparación con la información que se exige a la persona ciudadana en el art. 90 Ley TSE, resultan ser -casi todos-, los mismos datos que requiere el fedatario público, y que además, tiene por obligación legal que manifestarle el usuario o compareciente, cuando va formalizar una escritura pública. Siendo que el notario actúa por rogación, media por rigor de la ley, consentimiento del usuario en mostrar al fedatario, documento de identidad que contenga su fotografía o imagen; de modo que, el acceso del notario público habilitado y activo a los registros fotográficos, ya sea del TSE o de Migración, está ya autorizado por ley.

El acceso a la información relevante de las partes que sea necesaria para el otorgamiento del instrumento notarial se encuentra previsto en el artículo 30 del Código Notarial (...): "Las dependencias públicas deben proporcionarle al notario toda la información que requiera para el cumplimiento óptimo de su función." (Negrita y subrayado no son del original).

(...) entiende este cuerpo colegiado que ese suministro de información incluye la posibilidad de acceder a los registros de datos que permitan obtener de manera indubitable, la certeza sobre la identidad del sujeto suscribiente, pues de otro modo, podría potenciarse el fraude registral y con ello, el riesgo de lesión al derecho de propiedad de terceros, con graves implicaciones para la seguridad del tráfico de bienes que deba concretarse mediante negocios formalizables en sedes notariales. Uno de esos riesgos es precisamente la suplantación de identidad, mediante la utilización de mecanismos de falsificación de documentos. (Negrita y subrayado no son del original).

Comentario: Estos son los principales problemas que provoca la imposibilidad de identificar de manera indubitable. Fraude registral, riesgo de lesión a los derechos de propiedad de los terceros, inseguridad del tráfico de bienes. De aquí, surge la necesidad de que los fedatarios conozcan las diversas medidas de seguridad insertas en las cédulas de identidad, en los documentos de identificación de los extranjeros residentes en el país, y de los pasaportes, y que tengan acceso a los distintos registros fotográficos, sin que sea necesaria ningún otro consentimiento del usuario, más que su rogación y el deber legal de mostrar su documento de identificación con imagen o fotografía incluida y aportar sus datos personales (arts. 36 in fine, 39, 83, 84, 85, 90, 95 CN).

En el estado actual de las tecnologías, estas prácticas han alcanzado preocupantes y alarmantes niveles de complejidad, realidad social ante la cual, la Administración rectora de este campo (DNN) no puede asumir una actitud de pasividad, y por el contrario, las reglas de eficiencia y adaptabilidad que han de imperar en estas actividades de relevancia pública, exigen que adopten las medidas necesarias para poner en manos de los notarios, las herramientas de información y medios tecnológicos que les permitan reducir y minimizar los riesgos inherentes a la actividad notarial y de paso, a los posibles fraudes a los que acuden terceros para comprometer, suprimir o disponer del patrimonio de las personas.

Comentario: Entonces resulta que, la DNN no puede ser pasiva o únicamente fiscalizadora; más bien, tiene la obligación legal de dotar a los notarios de: 1) herramientas de información y 2) de los medios tecnológicos necesarios, en particular para lograr una identificación indubitable, de acuerdo con el art. 39 CN. Todo lo anterior, para ayudar a reducir los riesgos del servicio público que prestan los fedatarios (arts. 1, 2 en relación con los artículos 30, 31 y 32). A lo anterior, podríamos adicionar la obligación de capacitar a los fedatarios en las medidas de seguridad de los diferentes tipos de documentos de identificación existentes, a través de aquellos convenios y acuerdos con el TSE y con Migración.

En consecuencia, es consideración de esta Cámara, siendo que el numeral 21 confiere a la Dirección Nacional de Notariado la rectoría del campo del notariado, las unidades públicas que llevan dichos registros de información a las que deben acceder los notarios para los fines indicados, deben coordinar con dicha Dirección de Notariado, la definición e implementación de las acciones debidas que permitan poner a disposición de los notarios autorizados, los registros de información que permitan cumplir con la obligación que impone el ordinal 39 de la Ley No. 7764.

Comentario: Por orden judicial, el TSE y Migración y Extranjería en coordinación con la DNN, deben poner a disposición de los fedatarios públicos costarricenses los registros de información necesarios y útiles para cumplir con la obligación del art. 39 CN; incluyendo los registros de fotografías o imágenes, según dirá esta resolución.

VII.- (...) es claro que los registros de información no son llevados, en todos los casos por esa Dirección, sino por otras unidades administrativas o públicas sobre las cuales no ostenta poder o potestad alguna. Sin embargo, ello no es óbice para que emprenda las acciones de coordinación y convenios que permitan concretar dicho acceso.

Comentario: Insiste la resolución en obligar a la DNN, ejecutar acciones de coordinación y convenios con el TSE y Migración para concretar el acceso del notario aquellos datos y registros fotográficos.

De todas maneras, según se ha explicado, el ordinal 30 del Código Notarial (Ley No. 7764), las dependencias públicas deben proporcionarle al notario toda la información que requiera para el cumplimiento óptimo de su función. Según lo estima este Tribunal, este suministro de información debe garantizarse plenamente al notario para que pueda cumplir de la mejor manera con sus cometidos legales, no estando limitado a la existencia de una ventanilla de consulta a la que deban acudir esos profesionales para esos efectos.

Comentario: Por orden judicial, no basta acceso a ventanilla ni emisión de constancias sobre este tema. Dado el tipo de negocios jurídicos que realiza el notario público, siendo aquellos generalmente, actos rápidos o instantáneos, debe procurarse al profesional acceso inmediato a consultas en línea. Para ello, insta esta resolución a utilizar la normativa ya vigente sobre Gobierno digital. Al respecto, si todos los notarios poseen firma digital, sería cuestión de implementar claves de acceso individuales, para que puedan acceder en línea a las bases de datos y a los registros fotográficos de los usuarios, que tal y como se indicó, dieron ya su consentimiento, pues estos se amparan al principio de rogación, al requerir la intervención de un notario, y a su obligación legal de identificarse debidamente con documento que contenga imagen o fotografía y manifestar sus datos personales reales, verdaderos y actuales al profesional (artículos 6, 36 in fine, 39, 83, 84, 85, 90, 95 CN).

El suministro de este tipo de referentes de información, tampoco debe ser condicionado a petición de parte de suerte que ante el ruego del notario se emita una constancia. Recuérdese que el objeto de este reclamo es el suministro de mecanismos para verificar la identidad de las personas que acuden a un notario para realizar un determinado negocio e instrumentalizarlo en documento público (...) Las funciones del notario incluyen la instrumentalización y documentación de negocios jurídicos, así como autenticar firmas. Ambas gestiones requieren de una identificación plena y cierta de la persona. (...) el giro mismo de la actividad notarial y la agilidad de las transacciones comerciales exige eficiencia y prontitud en la atención de las personas. La autenticación de una firma, por ejemplo, el requerimiento de la cédula de identidad o documento de identificación,

siendo un acto que emite de manera instantánea, ante lo cual sería ilógico pensar en que el notario deba acudir a una oficina pública de previo a emitir la autenticación, para corroborar la identidad.

Desde ese plano, considera este Tribunal, el acceso a esas herramientas debe ser inmediato, de suerte que permita al notario, en el momento, consultar la fuente de información para establecer la identidad de la persona. Ello implica que el acceso a los registros de información deba garantizarse mediante la implementación de sistemas tales como claves de acceso, que posibiliten consultar "en línea".

(Gobierno digital)

Tal aspecto ha de extenderse a los munnera pública que como los notarios, cumplen una función privada de alta trascendencia pública, en la cual, es de mérito dar acceso a fuentes de información que les permita realizar sus tareas de manera segura y eficiente.

En esa dinámica, es necesario analizar con cautela las fuentes de información que eventualmente deben ponerse a disposición de los notarios, pues de otro modo, existiría riesgo de vulnerar el derecho de intimidad que tutela y resguarda el mandato 24 de la Constitución Política. La implementación de ese tipo de consultas por sistemas informáticos (que no físicos), llevan implícito el acceso a datos personales, sin embargo, en la medida en que los datos a consultar sean los correspondientes a las partes suscribientes que comparecen ante el notario, no existiría lesión alguna a ese derecho de intimidad, pues se trata de un control complementario necesario para asegurar la identidad de las partes.

Comentario: Se entiende porqué esta resolución manda cuidar el derecho de intimidad que tutela el art. 24 Constitucional. Sin embargo, en materia de rogación notarial, según ya advertimos arriba, el fedatario solo requiere, una vez rogado el servicio, los datos personales que le determina la ley y la identificación con una fotografía o imagen para la correcta identificación del usuario rogante; quien obviamente, está también obligado a brindar dichos datos, incluyendo su identificación con imagen. Entonces, no se va vulnerar nunca el derecho de intimidad de las personas usuarias, poniendo a disposición del fedatario, los datos personales exigidos a las personas ciudadanas según el artículo 90 de Ley TSE. Por otra parte, tanto la ley como el reglamento que regulan el tema de datos sensibles, advierten que son aquellos relativos al fuero íntimo de la persona, origen racial, opiniones políticas o espirituales, condición socioeconómica, información biomédica o genética, vida u orientación sexual entre otros; comportamiento crediticio o bancario. Ninguno de este tipo de datos debe ser solicitado por el fedatario, sino únicamente los datos personales advertidos en el artículo 83 CN más el documento de identificación; y, la parte rogante tiene obligación legal de darlos (art. 39, 36, 6, 83, 84, 85, 90 95 y 101 CN). Y aún en los casos de créditos bancarios, cuando el notario tiene acceso al expediente crediticio, está obligado por el deber de confidencialidad pre escriturario, así lo exige el numeral 38 CN. Entonces, no existe ningún riesgo de vulnerar el derecho de intimidad advertido, en sede de identificación de las partes, dando acceso al profesional a las bases de datos y a los registros fotográficos.

Aun ello, es necesario que las unidades públicas competentes adopten las medidas necesarias de suerte que la información que pueda ser accesada, solamente por esos profesionales, sea información que permita identificar al sujeto y no aquella que constituyan datos sensibles e innecesarios para el trámite notarial. Esa barrera ha de ser tutelada y resguardada por las unidades encargadas del llevamiento de los registros y de la implementación de los sistemas de información (...) es imperativo que las mismas unidades públicas que ponen a disposición de los notarios esos registros de información, establezcan sistemas de seguridad que permitan identificar la persona que accede a los datos, aspectos propios de una discrecionalidad técnica y que por ende, han de ser considerados y ponderados por esas instancias, sin que pueda este Tribunal sustituir la voluntad administrativa en ese particular.

Comentario: Ya señalamos arriba que, utilizando firma digital y claves de acceso personal e individual, para notarios habilitados y activos, no existe peligro de injerencia a datos sensibles, sino únicamente a datos ya dados por la persona ciudadana al TSE, en razón del art. 90 Ley TSE, que concuerda –casi todos-, con los datos que debe dar el usuario rogante al notario público así como mostrar su documento de identificación con imagen incluida (artículos 6, 36, 39, 83, 84, 85, 90, 95 y 101 CN). Lo mismo aplicaría para los extranjeros residentes en el país en relación con sus datos personales y documento de identificación con imagen o fotografía que resguarda Migración y Extranjería.

VIII.- En ese orden, y de cara a establecer el cumplimiento o no del acceso a esas fuentes de verificación, el accionante aporta certificación expedida por el Registro Civil, Departamento Electoral, en la que se señala: "Respecto a los archivos fotográficos de los ciudadanos, no es susceptible de consulta por la generalidad de las personas por ser de carácter privado y el imperativo de garantizar el derecho fundamental a la intimidad y a la imagen de las personas, salvo el consentimiento del titular o que medie orden de Juez competente..."

Comentario: Debe recordarse a las autoridades administrativas que resguardan este tipo de información, la consulta no es para la generalidad de las personas, sino para ser utilizada por notarios públicos habilitados y activos para el cumplimiento de un deber legal (arts. 6, 36, 39, 83, 84, 85, 90, 95 CN), dentro del ejercicio de un servicio público que es el notariado (arts. 1 y 2 en relación con 30, 31 y 32 CN); y en razón de ser delegantes de fe pública (art. 31 CN). Y que, dicha utilización de datos e imagen se da en virtud de la obligación legal que tienen las personas usuarias de manifestar, después de la rogación (consentimiento), sus datos personales y mostrar documento de identificación que incluya imagen o fotografía. De modo que dicho acceso, solo será a efectos de corroborar la veracidad de dicha manifestación. Insistimos que el principio de rogación habilita al fedatario para tener acceso a los datos y a la imagen fotográfica de la persona usuaria, que rogó su intervención. Ello le permite al notario público verificar además a la persona que comparece a rogar el servicio.

(...) el Estado aduce que las omisiones endilgadas son inexistentes. En esa línea, señala que el Tribunal Supremo de Elecciones posibilita a las personas físicas los medios para identificar debidamente a las personas que requieran, por medio de la lectura del código de barras de su

cédula de identidad, facilitando, a quien lo solicite, un software denominado "Dígito verificador de Identidad y Pertenencia", que permite leer el código de los documentos de identificación y corroborar su autenticidad (...)

(...) debe hacerse notar que si bien ese software denominado "Dígito Verificador de Identidad" ha sido implementado, lo cierto del caso es que la certificación emitida por el Oficial Mayor del Departamento Electoral en fecha (...) precisa que esa herramienta, en ningún caso se entrega a personas físicas (...). Ello implica, por tesis de principio, que los notarios no podrán tener acceso a dicha herramienta, que ha sido prevista únicamente para las entidades jurídicas, más no se ha acreditado en este proceso que se haya puesto a disposición de los profesionales aludidos.

(...) la relevancia de la función notarial exige que el Estado (en sentido amplio), adopte acciones que permitan al notario contar con las herramientas necesarias para hacer menos vulnerable su actividad. Siendo el fraude y la suplantación un tema sensible, que afecta la seguridad jurídica en el tráfico de las transacciones y negocios en los que se requiere del auxilio notarial, los accesos a la información para establecer la identidad del compareciente han de ser inmediatos. (...) es menester que las diversas unidades públicas que llevan los registros de información que permiten este cotejo, adopten las acciones de coordinación debidas para permitir a los notarios, en la medida de las posibilidades materiales, el acceso a los registros de información que permitan definir con certeza la identidad de las personas.

(...) puede pensarse que para tal cometido, el software "Dígito Verificador de Pertenencia", es la herramienta que permite la verificación indubitable de identidad. Empero, en tal caso, por un lado, la relevancia de acreditar la identidad de las personas que se impone a los notarios según el artículo 39 del Código Notarial, impone el deber de la Administración de posibilitar a los notarios el uso de ese sistema de consulta. Por otra parte, según se ha indicado (...) en certificación expedida por el Departamento Electoral del Tribunal Supremo de Elecciones, esa herramienta informática permite leer el código de barras de la cédula de identidad y da acceso a los datos relacionados con el nombre, apellidos, fecha y lugar de nacimiento, domicilio electoral y fecha de vencimiento de la cédula. Sin embargo, no permite acreditar que la persona que la porta es la misma a favor de quien se ha expedido, lo que es determinante de cara a establecer con certeza absoluta la identidad del sujeto. Desde ese plano, estima este Tribunal que el acceso a la herramienta "Dígito Verificador de Pertenencia", es necesario y además relevante, pero no suprime la posibilidad de otorgar otras fuentes de consulta para definir de manera indubitable la identidad de la persona.

Comentario: Advierte esta resolución que, no basta poner a disposición el software D.V.I.P. Señala que en la fecha de eficacia de la resolución (2015) dicho software estaba disponible solamente para personas jurídicas y no para personas físicas como el notario (¿problema de constitucionalidad, igualdad de derechos?). Que a esta fecha parece haberse superado. E insiste el voto que debido al fraude, la suplantación y la afectación a la seguridad jurídica en el tráfico de bienes, el acceso a los registros por parte de los fedatarios debe ser inmediato, para lograr certeza

en la identificación. En cuanto a la posibilidad de leer los datos personales del código de barras de las cédulas de identidad, sucede que podría haberse insertado una foto diferente de la del titular y con ello intentar realizar un fraude. Aun cuando las nuevas cédulas de identidad tienen novedosas y modernas medidas de seguridad y son producidas con un material superior (policarbonato), ello no es obstáculo para que las grandes mafias del narcotráfico, por ejemplo, con poder económico suficiente a nivel internacional, tengan acceso a tecnologías e instrumentos sofisticados de última generación para generar documentos de identidad falsos, para incursionar en el lavado de dinero en nuestro país y en la región (Sur América, México, Caribe, Centroamérica). Por ello, resulta relevante tener acceso inmediato vía línea de acceso a los registros fotográficos para tener seguridad de que la persona rogante se trata del titular de los derechos que pretende negociar. Ello se aplica también para los registros fotográficos que protege Migración y Extranjería.

En ese orden, el acceso al padrón fotográfico que lleva el Tribunal Supremo de Elecciones, se considera que es una fuente de información necesaria para la verificación de identidad de los nacionales. Para el caso de los extranjeros que vivan en Costa Rica, es claro que el citado sistema "Dígito Verificador de Pertenencia" no podría ser la herramienta de consulta. En tales casos (los de documentos de extranjeros con estatus migratorio legítimo), la fuente de consulta, en tanto se define la más idónea por parte de la unidad pública competente, es el padrón fotográfico que mantiene la Dirección Nacional de Migración. Estima este Tribunal, que ambas referencias de información son de necesaria puesta a disposición de los notarios, mediante los mecanismos pertinentes, para posibilitar el cumplimiento de cotejo de identidad que impone el artículo 39 del Código Notarial.

Comentario: Véase la lógica que lleva el Tribunal en esta resolución, el software y el acceso al código de barras son importantes, pero no suficientes, en materia de identificación de personas, por ello resulta indispensable dar acceso al fedatario público a los registros fotográficos. Creo que a la fecha no hemos logrado esto último.

(...) es necesario que el Tribunal Supremo de Elecciones (...) la Dirección de Migración y Extranjería, en coordinación con la Dirección Nacional de Notariado, realicen las acciones respectivas para dar acceso a los notarios autorizados a esas fuentes de información fidedigna, que les permita contrastar y verificar la identidad real de las personas, cuando para la prestación de sus servicios notariales, así se requiera. Empero, en ese acceso, debe considerarse en todo momento la tutela de los datos sensibles que formen parte del derecho de intimidad de las personas (...)

(...) debe declararse el deber del Estado de suministrar a los notarios públicos la información necesaria y pertinente que les permita establecer de la manera más certera e indubitable posible, la identidad de las personas que comparecen a esas notarias

(...) se ordena al Tribunal Supremo de Elecciones y a la Dirección de Migración y Extranjería, que en coordinación con la Dirección Nacional de Notariado, definan e implementen las acciones y herramientas necesarias que permitan poner a disposición de los notarios públicos autorizados: 1)

los padrones fotográficos que cada una de aquellas llevan, 2) los registros de información que estime adecuados y necesarios para que esos profesionales se encuentren en posibilidad objetiva de corroborar la identidad de las personas que solicitan sus servicios notariales, sean nacionales o extranjeros con estatus migratorio autorizado, respectivamente.

Comentario: Esta resolución judicial ordena al T.S.E. y a la D.M.E. en coordinación con la DNN implementar las acciones necesarias para permitir acceso a los notarios autorizados a los padrones fotográficos que cada una de aquellas llevan. Si no se ha logrado esto último a la fecha, ¿qué pasaría mediante una eventual ejecución de sentencia?

POR TANTO.

(...) En consecuencia, se declara parcialmente con lugar la demanda incoada por el señor (...) contra el Estado, entendiéndose por denegada en lo que no se indique de manera expresa:

- 1) Se declara el deber del Estado de suministrar a los notarios públicos la información necesaria y pertinente que les permita constatar y verificar de la manera más certera e indubitable posible, la identidad de las personas que comparecen a esas notarias.
- 2) Se ordena al Tribunal Supremo de Elecciones y a la Dirección de Migración y Extranjería, que en coordinación con la Dirección Nacional de Notariado, definan e implementen las acciones y herramientas necesarias que permitan poner a disposición de los notarios públicos autorizados: 1) los padrones fotográficos que cada una de aquellas lleva, 2) el sistema denominado "Dígito Verificador de Pertenencia", 3) así como los registros y herramientas de información que estime adecuados, pertinentes y necesarios para que esos profesionales se encuentren en posibilidad objetiva de corroborar la identidad de las personas que solicitan sus servicios notariales, sean nacionales o extranjeros con estatus migratorio autorizado, respectivamente.
- 3) Las acciones señaladas en el aparte anterior deberán ser definidas en el plazo máximo de tres meses computados a partir de la firmeza del presente fallo, en coordinación con la Dirección Nacional de Notariado. Una vez vencido ese plazo, habrán de ser implementadas en el plazo de seis meses, si otro motivo válido no lo impide. Para esos efectos, dichas autoridades públicas deberán considerar la tutela del derecho a la intimidad de las personas en lo que se refiere a los datos no divulgables y/o sensibles, e información que no sea necesaria para la verificación de identidad. De igual manera, deberán considerar la implementación de sistemas de seguridad que impidan la utilización y acceso irregular a esas fuentes de información. Asimismo, de cara a establecer dichos mecanismos, deberá considerar la eventual dificultad de acceso a sistemas de consulta informática o electrónica por parte de los notarios públicos que acrediten tal dificultad de acceso (...)