Revista Debate Jurídico Ecuador. Revista Digital de Ciencias Jurídicas. UNIANDES
ISSN 2600-5549/ Vol. 8 / Nro. 2 / mayo- agosto / Año. 2025 / pp. 239-272

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

IDENTIFICACIÓN DE FUENTES HISTÓRICAS SOBRE LAS COMPETENCIAS NOTARIALES EN BOLIVIA

IDENTIFICATION OF HISTORICAL SOURCES ON NOTARIAL COMPETENCES IN BOLIVIA

Caballero Céspedes, Gaby Elfy
n38gaby@gmail.com; Notaria de Fe Pública Santa Cruz de la Sierra, Santa Cruz, Bolivia
https://orcid.org/0009-0007-2750-7062

Chinea Guevara de Rosales, Josefina
josefinac64@gmail.com; Universidad Santa Cruz de la Sierra, Santa Cruz, Bolivia
https://orcid.org/0009-0007-9599-3779

Recibido: 18/01/2025
Revisado: 20/01/2025
Aprobado: 11/04/2025
Publicado: 01/05/2025

https://doi.org/10.61154/dje.v8i2.3969

RESUMEN

El documento se centra en la defensa de la jurisdicción voluntaria notarial, identificando sus fuentes históricas, construyendo una línea argumental fortalecida que considera al notario, como funcionario público imparcial y conocedor del derecho, capacitado para gestionar actos que no implican contienda entre partes. Se exploran las analogías y diferencias entre las funciones judicial y notarial, destacando que ambas buscan la justicia y aplican la ley, pero el notario actúa de forma preventiva y el juez de forma resolutiva ante un conflicto. Desde la utilización del análisis documental como método del nivel empírico y desde el análisis-síntesis, el inductivo-deductivo y el histórico- lógico, como métodos teóricos propios de la investigación científico-jurídica.

DESCRIPTORES DE CONTENIDO: Fuentes del Derecho; jurisdicción voluntaria; competencias en sede notarial.

CC BY NC SA

ABSTRACT

This document focuses on the defense of voluntary notarial jurisdiction, identifying its historical sources and constructing a strengthened argument that considers the notary public as an impartial and legally knowledgeable public official, qualified to manage acts that do not involve disputes between parties. The document explores the analogies and differences between the judicial and notarial functions, highlighting that both seek justice and apply the law, but that the notary acts preventively, and the judge resolves conflicts. The document uses documentary analysis as an empirical method, and analysis-synthesis, inductive-deductive, and historical-logical methods as theoretical methods specific to scientific-legal research.

CONTENT DESCRIPTORS: Sources of law; voluntary jurisdiction; powers in notarial proceedings.

INTRODUCCIÓN

La función notarial como función pública encomendada a profesionales del derecho está llamada a proteger las libertades individuales en las relaciones personales, patrimoniales y familiares, como elemento de paz social, al ejercerse al servicio de la justicia y la seguridad jurídica en las relaciones jurídico privadas, mediante la labor asesora y redactora de los instrumentos públicos y, en todo caso, controlando la legalidad , que constituye la esencia de la jurisdicción voluntaria y de la seguridad jurídica preventiva.

En consecuencia, se afirma que la función notarial constituye una manifestación de la jurisdicción voluntaria. El notario es órgano de jurisdicción voluntaria, ningún inconveniente existe en atribuir al notariado la totalidad o gran parte de los actos de jurisdicción voluntaria actualmente de competencia judicial.

En una primera fase de la desjudicialización de la jurisdicción voluntaria en Bolivia, han pasado a competencia notarial una serie de procedimientos civiles y de familia que se regulan por la Ley 483 y su reglamento, cuya competencia comparten con los jueces, pero aún quedan en estricta competencia judicial otra serie de asuntos de jurisdicción voluntaria cuyo competencia pudiera ser también deferida al Notariado a fin de descongestionar los estrados judiciales, en razón de que no existe un criterio regulador especial que determine la competencia en razón de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria.

De ahí parte el interés de este estudio, que pretende identificar las fuentes históricas del problema dentro de la naturaleza jurídica de los procesos voluntarios que aún forman parte de la competencia judicial únicamente y las posibilidades de una segunda etapa de la des judicialización en Bolivia, que permita al Notario participar de la competencia sobre ese conjunto de procedimientos mientras que no se suscite cuestión entre parte. Para ello, resulta

cc BY NC SA

indispensable definir un aparato conceptual que permita elaborar un discurso argumentativo que ofrezca razones para fundar una postura en tal sentido. Este resulta ser el principal objetivo de este artículo, y de lo que deriva su pertinencia absoluta.

A partir de ello el objetivo es:

Identificar las fuentes históricas para el estudio sobre las competencias notariales en el ámbito de la jurisdicción voluntaria en Bolivia.

MÉTODOS

La investigación tiene un enfoque cualitativo por cuanto se trata de una revisión documental. Para ello se ha utilizado el análisis de documentos doctrinales, normativos y jurisprudenciales relacionado al tema de investigación. Pare el cumplimiento del objetivo propuesto se han revisado artículos científicos, libros y tesis doctorales que abordan la problemática. Se han desechado otros tipos de textos científicos. Sólo se consultan bases de datos como Scopus, Scielo, Dialnet y Redalyc.

RESULTADOS

Ha sido muy discutida la cuestión de si la jurisdicción voluntaria envuelve en realidad actividad de carácter jurisdiccional o si, por el contrario, por no tener esa naturaleza, las materias por ellas comprendidas deberían encargarse específicamente a órganos administrativos o a los notarios para integrar la función que éstos desempeñan en la legitimación de las relaciones jurídicas.

El notario y el Juez son imparciales y objetivos en sus actos en los que intervienen como funcionarios; se orientan por la verdad y la realidad sin subjetivismos: El testimonio fehaciente del notario imprime autenticidad a las formas notariales, asegura veracidad.

Es por ello, que el notariado boliviano ha considerado como propios de la jurisdicción voluntaria que determinados actos sean traspasados a la actuación notarial, pero dentro de un criterio medido y prudente que no invada la competencia de los jueces y tribunales, ni la de los actos administrativos, ni la de otros profesionales.

1. Introducción de la Función Jurisdiccional

Tres son las funciones fundamentales del Estado: la ejecutiva, llamada también administrativa, la legislativa y la jurisdiccional, llamada también judicial. En este trabajo nos ocuparemos de esta última. Puede ser conceptuada desde dos puntos de vista: desde un punto de vista puramente formal y desde un punto de vista material. Formalmente hablando, función jurisdiccional es la actividad desarrollada por el Órgano Judicial, así como, desde este mismo punto de vista, función ejecutiva es la desarrollada por el órgano ejecutivo y la función legislativa es la que desarrolla el órgano legislativo.

El anterior criterio no conduce a una conceptualización exacta y correcta de la función, pues en nada hace alusión al contenido de esta. De allí que se hace preciso recurrir al criterio material para definirla en sus justos términos. Además, cabe señalar que no toda la actividad del Órgano Judicial es jurisdiccional, así como toda la actividad de ejecutivo es función ejecutiva, ni todo lo que hace el órgano legislativo es función legislativa. Cuando el órgano judicial dicta su reglamento interno, hace función legislativa y cuando elabora su presupuesto o nombra a sus funcionarios, hace función administrativa.

Couture para llegar al concepto de función jurisdiccional, comienza por analizar el vocablo "jurisdicción", expresando que la palabra "tiene, por lo menos, cuatro acepciones: como ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o de autoridad de ciertos órganos del poder público; y su sentido preciso y técnico de función pública de hacer justicia." (Couture, 1981, p.23)

Todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos tienen competencia; ésta es un fragmento de la jurisdicción. Así, por ejemplo, todos los jueces de lo civil gozan de jurisdicción para conocer de asuntos civiles, pero no todos tienen competencia para ese conocimiento; el término "jurisdicción" es amplio; el de competencia es restringido.

También se emplea el término como sinónimo de poder. Se utiliza así cuando se hace alusión a la prerrogativa, autoridad o poder de determinados órganos públicos. A este precepto Couture, nos dice que con ello se alude a la jerarquía, a la investidura, más que a la función.

Se refiere a la jurisdicción como función, la actividad del Estado encaminada a la administración de justicia y administrar justicia no es más que decidir o resolver una controversia que tiene relevancia jurídica. Esta existe de haber dos intereses encontrados, intereses en pugna o en conflicto, consiste en la aplicación de la norma abstracta y general a un caso concreto a efecto de decidir cuál de los intereses encontrados es el jurídicamente protegido.

La función jurisdiccional se concretiza a través de actos jurisdiccionales, en los cuales, deben distinguirse tres elementos:

- La forma está constituida por los elementos externos del acto, cuales son la presencia de partes, de jueces y de procedimientos.
- El contenido lo determina la existencia de una controversia, de un diferendo que tiene trascendencia jurídica.
- Por función se entiende el cometido, o sea, el alcanzar o lograr la justicia.

La función jurisdiccional crea situaciones jurídicas nuevas, que nacen con la sentencia. Antes de resolverse el conflicto, hay indecisión sobre cuál es el interés jurídicamente protegido; existe una situación de incertidumbre y de pugna. Resuelta ésta con la sentencia y pasada en autoridad de cosa juzgada, la situación de incertidumbre desaparece, pues se declara el

cc BY NC SA

derecho. La sentencia judicial es acreedora de normas jurídicas, como también lo son el testamento y los contratos.

Pero a diferencia de las normas jurídicas dictadas por el poder legislativo, que son de carácter general y abstracto, las creadas por la sentencia, son normas jurídicas individualmente consideradas.

La función jurisdiccional sería incompleta y por consiguiente no lograría su cometido si las decisiones judiciales o, mejor dicho, jurisdiccionales no fueran susceptibles de ser cumplidas, entonces encontramos la coercibilidad, gozan de la posibilidad jurídica de hacerse cumplir con la fuerza, si el obligado no se aviene a cumplirlas de manera voluntaria, o de que se adopten medidas reparadoras o sustitutivas, si el cumplimiento es materialmente imposible.

Couture, arriba a un concepto de función jurisdiccional: "Función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determinan el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución" (Couture, 1981, p.30)

La función jurisdiccional como una actividad del Estado evita la anarquía social, "en caso de incertidumbre o de inobservancia de las normas jurídicas -escribe Rocco- el Estado debe ser necesariamente el órgano específico de la actuación del derecho". Sólo el Estado goza de la titularidad del derecho de ejercer por sí mismo la función jurisdiccional. Es una actividad que compete únicamente al ente estatal y que por lo demás también se encamina a la realización del bien común, atribución y obligación del mismo.

Rocco define la función jurisdiccional así,

> (...) entendemos por jurisdicción la actividad con que el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, interviniendo a petición de los particulares, sujetos de intereses jurídicamente protegidos, se sustituye a los mismos en la actuación de la norma que tales intereses ampara, declarando, en vez de dichos sujetos, qué tutela concede una norma a un interés determinado, imponiendo al obligado, en lugar del titular del derecho, la observancia de la norma y realizando mediante el uso de su fuerza coercitiva, en vez de titular del derecho, directamente a aquellos intereses cuya protección está legalmente declarada.(Rocco, 1944,p.44);

La Constitución del Estado de Bolivia, en su Art. 178 y 179 ordena que corresponde al Órgano Judicial la potestad de administrar justicia a través de sus órganos, prescribe –además- la independencia en ejercicio de la función jurisdiccional.

2. Jurisdicción Voluntaria

CC BY NC SA

Frente a la posibilidad de extraer los asuntos llamados de "Jurisdicción Voluntaria" o "no contenciosa" del ámbito de conocimiento de los Tribunales de Justicia que integran el Poder Judicial, lo primero que debemos preguntarnos es por qué razón o razones el legislador entregó estas materias al citado poder del Estado.

En la revisión de las obras de Derecho Procesal tradicionales y publicaciones relativas a reformas de los sistemas judiciales, encontramos algunas razones que intentaremos exponer; el primer fundamento es de tipo histórico, seguido de lejos por motivos de seguridad o certeza jurídicas. En recientes trabajos, se alude cada vez con más fuerza a razones económicas y de políticas públicas. El fundamento histórico es el que aparece en la doctrina como el más fuerte y poderoso, luego siguen las posturas doctrinarias sobre la naturaleza jurídica de la Jurisdicción Voluntaria.

3. Evolución Histórica

El derecho romano es la principal fuente de nuestro derecho, es por ello que para indagar acerca del real contenido y naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria debemos hacer primeramente algo de historia.

La nomenclatura "jurisdicción voluntaria" deriva del Digesto específicamente del texto de Marciano (Digestos 1.16.2) quien, al parecer, con una finalidad didáctica, utiliza por primera vez la contraposición entre jurisdicción contenciosa y voluntaria. Su intención era señalar que la intervención del magistrado se produce entre personas libres que voluntariamente la solicitan, estando de acuerdo sobre la aceptación del resultado de la misma, por lo cual faltaría en estos actos el conflicto, que constituye para la doctrina moderna el verdadero origen de la jurisdicción.

La jurisdicción, para los romanos, era una facultad que poseían determinados magistrados y que les permitía intervenir en los procesos normales de carácter civil que integraban el procedimiento de las acciones de la ley, el formulario y el extraordinario, esto es, la facultad de decir el derecho. Ahora bien, la jurisdicción era una emanación de un poder más amplio que poseían también algunos magistrados, el *imperium*, que comprendía, además de la *iuris dictio* un poder de administración y policía, administración, policía y justicia, y ciertas atribuciones especiales emanadas de una ley, como eran el nombramiento de tutores, la autorización de venta de un inmueble rústico de un menor, etc.

Para ellos la jurisdicción implicaba la integración de tres elementos que podían o no darse a un mismo tiempo, a saber, la admisión de la demanda de acuerdo a lo pedido por el actor (do), la exposición del derecho aplicable al caso controvertido (*dico*) y la aprobación del contrato arbitral por el que las partes se comprometen a acatar la decisión del juez privado (*addico*).

cc BY NC SA

Este último elemento es el nexo con la jurisdicción voluntaria desde que originariamente tuvo el simple significado de aprobar, prestar conformidad, mostrarse propicio a la pretensión de una persona, utilizándose normalmente con referencia a aquellos casos en que el procedimiento en curso sólo podía lograr un determinado y definitivo efecto mediante la aprobación expresa del magistrado. Así sucede con la aprobación que el magistrado presta al contrato arbitral que constituye la *litis contestatio*, y sin cuya aprobación, conjugada con el mandato de juzgar *(iudicare iubere*), no se formaliza definitivamente la controversia, ocurriendo lo mismo en los actos, llamados tardíamente de jurisdicción voluntaria, como manumisiones y adopciones en las cuales el magistrado prestaba su conformidad a un acuerdo previo de las partes.

El conjunto de estos asuntos revela la ausencia de contencioso y la función de garante de la observancia del ordenamiento en negocios privados que cumple el magistrado, de testigo calificado o de persona autorizada para otorgar validez al acto. Se asimilan progresivamente como actos de esta naturaleza, los casos clásicos de "*cognitio*" en los cuales el magistrado intervenía en actos no directamente procesales, sino relacionados con el proceso o incluso independientes de él como la puesta en posesión de bienes, adopciones y manumisiones o de " *iurisdictio lato sensu*" que implicaban la comprobación de hechos por el magistrado fuera del proceso y decididos por medio de decretos.

En el derecho romano, por lo tanto, la función judicial estuvo siempre ligada a la administrativa. Junto a esta línea evolutiva de la jurisdicción voluntaria se desarrolla la actividad de los "tabeliones" antecedente de los actuales notarios, profesionales libres que no son simples redactores de documentos sino conformadores de la voluntad negocial de las partes, en documentos de eficacia superior a los privados, aunque todavía en esa época sin la impronta de la fe pública. Estos a fines de la época clásica acrecentaron su importancia, ya que a través de un procedimiento especial conferían plena autenticidad a los documentos emanados de los mismos, sin necesidad de ser corroborados por el juramento del notario o por prueba testimonial o verificación de las escrituras.

La insinuación o depósito en los archivos públicos se efectuaba ante un tribunal, aunque sin las formalidades de un juicio, por lo que cabe atribuirle, utilizando la actual nomenclatura, la naturaleza de un acto de jurisdicción voluntaria, la que generalmente tuvo carácter facultativo y solo excepcionalmente era necesario, según la clase de negocio sobre que versare.

En la época clásica los actos de jurisdicción voluntaria no caían dentro de la *iurisdictio,* sino en la *cognitio*. Los actos extraprocesales en que el magistrado intervenía eran numerosos, tales como la insinuación de las donaciones, la aceptación del *testamentum principi oblatum*, la protocolización del *testamentum apud acta conditum*; la intervención en la *in iure cessio*; y

la colaboración con el tutor en determinados actos jurídicos, como, por ejemplo, la enajenación de fundos, etc.

En la época postclásica se ensancha el concepto de *iurisdictio* a los actos llamados no contenciosos o de jurisdicción voluntaria. Esta se refiere, en este período, "a la actividad del magistrado en aquellos casos en que no existía propiamente litigio, sino una simple colaboración de aquél en determinados actos tendientes a constituir ciertas relaciones jurídicas, como la manumisión, adopción, emancipación, etc." Estos actos no litigiosos eran los antiguos actos de *cognitio*.

Por lo tanto, de todo lo expuesto en relación, al derecho romano hasta antes de la codificación podemos describir dos líneas de intervención judicial:

- Actuación judicial para conferir validez a negocios jurídicos o producir actos de autoridad.
- Intervención judicial destinada a acreditar determinados hechos o actos como auténticos.

En España se podía distinguir, antes de la codificación, entre la jurisdicción voluntaria que se ejercía fuera de juicio, sin controversia de partes contendientes, como los actos de legitimación, adopción, la información de pobreza, etc. y la contenciosa que es la que se ejerce en las contiendas jurídicas o habiendo contradicción entre partes. Fue así como entre las facultades entregadas a los alcaldes como "jueces ordinarios" les correspondía el conocimiento de todas las diligencias judiciales sobre asuntos civiles hasta que llegasen a ser contenciosas entre partes o hubiese necesidad de conocer el Derecho para seguir conociendo de ellas. Las sucesivas leyes que van reglamentando la materia recogen la intervención judicial en estas materias y la reglamentan.

Está en un principio no formaba parte de la jurisdicción, pero al recaer en los magistrados romanos que ejercían esta función y otras que correspondían a materias no estrictamente contenciosas, estas pasaron a formar parte de un todo, surgiendo así dentro del término amplio de jurisdicción, la división entre lo contencioso y lo voluntario, última rama que correspondía más bien a la función de administración que a la de jurisdicción.

Podría concluirse, que los asuntos voluntarios forman parte de la jurisdicción sólo por una razón histórica y política, ya que al menos en la historia conocida acerca del tema no se pudo encontrar ninguna razón de fondo que explique el fenómeno.

En el ordenamiento jurídico moderno, al igual que en Roma postclásica, lo voluntario y lo contencioso forman parte de la jurisdicción, sin embargo, el estado actual de desarrollo de las instituciones ha planteado serias dificultades para mantener estas cuestiones en sede jurisdiccional, sobre todo por la identificación de estos asuntos, por parte de la doctrina, con actividades administrativas de tutela o protección de los administrados. La doctrina hoy en día intenta separar la jurisdicción voluntaria de la contenciosa, reconociendo sólo a esta última como verdadera jurisdicción.

cc BY NC SA

4. Concepto

Cabanellas, en su diccionario dice:

> Se consideran actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas... En ellas son hábiles todos los días y horas... Sin necesidad de solemnidades son admitidos los documentos que se presenten y las justificaciones que se ofrezcan. Apenas se haga oposición por quien tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación en que estuviesen, al tiempo de ser incoado, los interesados y el objeto de aquél; y se sujetará a los trámites del juicio que corresponda. El juez puede variar las providencias que dicta, sin sujeción a términos ni formas establecidas para la jurisdicción contenciosa; salvo tratarse de autos definitivos o recurridos. Son materia de esta jurisdicción, entre otras, la adopción, el nombramiento de tutores, los depósitos personales, la protocolización de testamentos, las informaciones para dispensa de la ley y las de perpetua memoria, la enajenación de bienes de menores e incapacitados, las medidas para administración de los bienes del ausente, las subastas judiciales voluntarias... el deslinde y el amojonamiento" (Cabanellas, 1979, p.351).

También se ha dado en llamar jurisdicción voluntaria al caso en que las partes por su propia voluntad deciden someter a la competencia de un juez que normalmente no era competente. El proceso de jurisdicción voluntaria tiene como objeto hacer constar hechos o realizar actos en que no esté presente la controversia entre partes y hayan producido o deban producir efectos jurídicos, siempre que no se provoque perjuicio para persona determinada.

5. Jurisdicción Contenciosa y Jurisdicción Voluntaria

En términos muy generales puede definirse la jurisdicción contenciosa como aquella, ante la cual se tramitan los juicios contenciosos o contradictorios. Existe controversia o contradicción entre las partes; se requiere de un juez y de una decisión que la dirima. Hay litigio, contienda, controversia o discusión. La Jurisdicción contenciosa es la jurisdicción propiamente dicha.

De acuerdo, a la materia, la jurisdicción contenciosa puede ser de varias clases: civil, penal, constitucional (el habeas hábeas, el juicio de amparo y el proceso de inconstitucionalidad), mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso administrativo. Existe también jurisdicción contencioso militar, a la que están sometidos los miembros de la Fuerza Armada en el servicio activo de los delitos y faltas puramente militares que cometan.

Asimismo, hay jurisdicción contenciosa derivada del fuero especial de que están investidos los altos funcionarios públicos, cuando para ser juzgados por delitos oficiales y comunes que comentan, la Asamblea Legislativa deba declarar si hay lugar a formación de causa, Se trata de otro caso en que hay función jurisdiccional desde el punto de vista material, no desde el punto de vista formal, ya que no corresponde a este órgano del Estado la administración de justicia.

Jurisdicción voluntaria, al contrario de lo que ocurre en la jurisdicción contenciosa, en la que como se ha dicho, hay controversia entre partes, en la jurisdicción voluntaria no existe esa controversia, ni dualidad de partes. Se trata de actuaciones ante los jueces, para solemnidad de ciertos actos o para el pronunciamiento de determinadas resoluciones que los tribunales deben dictar

Doctrinariamente se sostiene que también hay:

1. Jurisdicción voluntaria de los árbitros en los juicios de compromiso
2. Jurisdicción voluntaria de los jueces ordinarios, cuando ejercitan su jurisdicción interponiendo su autoridad en asuntos en que no hubiere contención de partes.
3. Jurisdicción voluntaria en el caso de la jurisdicción prorrogada

Partiendo de lo que esencialmente caracteriza a la jurisdicción voluntaria es la no contención de partes, apropiadamente puede afirmarse que en el primero de los casos no estamos en presencia de este tipo de jurisdicción, pues, en definitiva, los árbitros, a través del laudo arbitral, resolverán una controversia, la que ordinariamente sería resuelta por un juez común, o sea, que sí, hay contención de partes. Este punto de vista tiene más relevancia tratándose de los árbitros de derecho que proceden como los jueces ordinarios y arreglan sus procedimientos, como sus decisiones, a las leyes vigentes en la materia.

Si este tipo de jurisdicción recibe el nombre de voluntaria ha sido calificada así tradicionalmente, es porque las partes de mutuo propio, por su propia voluntad, deciden someter la controversia a árbitros, a presente o a futuro. Estos, en su nombramiento y ejercicio dependen exclusivamente de la voluntad y arbitrio de las partes. Puede afirmarse que se trata de una jurisdicción contenciosa voluntaria, contenciosa por haber controversia; voluntaria, porque las partes deliberadamente sacan su discordia del conocimiento de los jueces ordinarios para someterla al conocimiento de árbitros.

El segundo caso de jurisdicción voluntaria a que se ha hecho mención es el que se conoce como jurisdicción voluntaria propiamente dicho. Existe un procedimiento judicial, conoce un juez ordinario y hay una resolución, sin que medie conflicto alguno; el juez ordinario ejercita su jurisdicción interponiendo su autoridad en asuntos en que no hay contención de partes.

En este tipo de jurisdicción voluntaria se trata de actuaciones ante los jueces, para la solemnidad de ciertos actos o para el pronunciamiento de determinadas resoluciones, lo de

cc BY NC SA

voluntaria desaparece. Si el interesado, para beneficio propio o para la protección de sus intereses requiere de esas solemnidades o resoluciones, necesarias y obligadamente deberá ocurrir al juez, no porque lo quiera o no quiera.

Por las anteriores razones se ha dicho que la llamada jurisdicción voluntaria, ni es jurisdicción, ni es voluntaria. No es jurisdicción porque ésta no lleva incluida la contención de partes, ni es voluntaria porque en muchos casos la intervención del Juez se haya impuesta por la ley. Así, por ejemplo, si el padre o madre por utilidad o necesidad desea vender bienes raíces del hijo que se encuentra bajo su patria potestad, no pueden hacerlo libremente, sino que deben obtener autorización judicial. Aquí el interesado obligadamente debe acudir al juez para obtener esa autorización, no voluntariamente, pues si no lo hace no podrá hacerse la venta.

Lo que caracteriza a la llamada Jurisdicción voluntaria es la no contención de partes, y la voluntariedad es respecto de la competencia, no respecto de la jurisdicción propiamente dicha.

Couture, sobre el tema apunta:

> Se dice habitualmente que la jurisdicción voluntaria cumple una función administrativa y no jurisdiccional. Esta proposición tan importante debe ser analizada cuidadosamente... Se puede definir el acto administrativo como aquel que, a petición de parte o ex officio, expide un órgano del poder público para reglamentar una ley, para promover a su mejor cumplimiento, para aplicarla a un caso particular o para dirimir una controversia entre partes. Por su contenido propende al bienestar general, al funcionamiento de los servicios públicos, a la aplicación de la ley a un caso concreto; por su eficiencia, es siempre susceptible de revisión en vía jurisdiccional; pero su función es productiva de derecho, contribuye al desenvolvimiento gradual y jerárquico del orden jurídico... Dentro de una noción tan amplia, en la que hemos querido abarcar lo general y lo particular, puede admitirse que los procedimientos de jurisdicción voluntaria tienen naturaleza administrativa... No se dictan, normalmente, de oficio, sino a petición de un interesado. Procuran la aplicación de la ley a un caso particular, accediendo a una petición legítima. Propenden a la efectividad de esa misma ley en su gradual desenvolvimiento jerárquico; y al no pasar en autoridad de cosa juzgada, permiten siempre su revisión en sede jurisdiccional... Acaso la dificultad de la cuestión provenga de que este cometido coincide en buena parte con el de la jurisdicción. Pero la ausencia del elemento cosa juzgada, sustancial para calificar el acto jurisdiccional impide incluir a los actos judiciales no contenciosos entre los actos de jurisdicción (Couture, 1981, p.110).

6. Naturaleza Jurídica de la Jurisdicción Voluntaria

6.1- Teoría de la Naturaleza Jurisdiccional

cc BY NC SA

La concepción tradicional considera a la función voluntaria como jurisdicción basándose en su etimología y en sus antecedentes históricos. La doctrina moderna que avala esta teoría pretende construir un concepto amplio de jurisdicción que comprende esta facultad, sin embargo, los tratadistas discrepan de este elemento por lo que existen diversas posiciones en este grupo.

Satta sostiene que la jurisdicción voluntaria tiene por objeto la tutela de un interés privado, por lo cual no sería administración ya que esta se encarga de intereses públicos y no de intereses privados (Satta, 1995, p.991).

La jurisdicción contenciosa y la voluntaria tienen elementos de un sustrato común, que es la actuación del derecho objetivo en el caso concreto para la tutela de intereses particulares reconocidos por el mismo derecho por obra de un órgano estatal imparcial, y siendo precisamente este sustrato común la definición de jurisdicción generalmente admitida, la jurisdicción voluntaria debe estimarse verdadera jurisdicción.

Carnelutti distingue entre "proceso contencioso" y "proceso no contencioso", entendiendo que en la primera existe un conflicto actual, mientras que en el segundo un conflicto eventual. Por lo tanto, la función jurisdiccional en la primera es de carácter represiva y en la segunda es preventiva. (Carnelutti, 1959, p.166)

En favor del carácter jurisdiccional de los actos voluntarios puede señalarse:

- La presencia judicial es precisamente uno de los fundamentos de la atribución de estas actividades a la jurisdicción. No es sólo el juez, sino lo que comporta su actuación: la actividad jurisdiccional es ejercicio de la jurisdicción y enjuiciamiento. Aunque las personas puedan ser fungibles, desde el momento en que estas actuaciones se encomienden a los jueces, dejan de serlo. El juez no puede proceder más que enjuiciar y ahí reside la garantía de su actividad.
- En las actuaciones de jurisdicción voluntaria existe el " *processus iudicii*, aunque éste se acomode a una estructura acorde con la exigencia de los actos. Además, en el ámbito denominado contencioso existen diversas estructuras en función de los objetivos del proceso.
- Los actos de jurisdicción voluntaria denominados constitutivos gráficamente demuestran su jurisdiccionalidad, porque deben al *iudicium* su existencia jurídica: tienen significación jurídica gracias al juicio que los crea como tales.
- La cosa juzgada se produce en el ámbito limitado para el que están previstos los actos, sin que puedan extenderse sus efectos más allá de esos límites. Sostiene además Ramos Méndez que la ausencia de controversia tampoco es signo distintivo de la jurisdicción voluntaria, ya que se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesario, o se solicite intervención del juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas.

cc BY NC SA

El argumento responde a un planteamiento dualista de las relaciones entre derecho y proceso. No tiene que existir controversia para que exista proceso, pero, además, es fácil constatar que en muchas actuaciones de jurisdicción voluntaria existen o pueden existir precisamente controversias.

6.2. Teoría de la Naturaleza Administrativa

En general, es la que predomina en la doctrina italiana, francesa, alemana, española. Sostiene esta teoría:

a) Calamandrei, que afirma, “la jurisdicción contenciosa es jurisdicción, mientras que la jurisdicción llamada voluntaria no es jurisdicción, sino que es administración ejercida por órganos judiciales." (Calamandrei,1999, p.26) Esta función administrativa comprende, según él, todas aquellas actividades con las cuales, en formas múltiples y a través de órganos variados, el Estado interviene para integrar la actividad de los particulares dirigida a la satisfacción de sus intereses mediante el desarrollo de relaciones jurídicas., Por lo tanto la jurisdicción voluntaria formaría parte de la actividad social y no de la actividad jurídica del Estado; ya que para ésta, lo mismo que para la actividad administrativa, el derecho no es el fin sino el medio para la satisfacción de otros fines, esto es, para la constitución de nuevas relaciones correspondientes a intereses sociales dignos de especial asistencia.

b) Redenti (Citado por Rocco, 1944, p 34) por su parte califica la jurisdicción voluntaria como "existencia de atribuciones de la autoridad judicial con finalidades y caracteres particulares diversos de los de la jurisdicción propiamente dicha. Ella no tiende a la aplicación de sanciones, del mismo modo que la tutela jurisdiccional de derechos transgredidos, violados o insatisfechos, sino a desplegar injerencias de la autoridad pública en el desenvolvimiento de las relaciones o negocios ajenos con finalidad de asistencia o de control preventivo, injerencias típicamente de interés público y por tanto, sustancialmente administrativas.

c) Rocco, señala por su parte, que “la diferencia entre jurisdicción verdadera y propia y jurisdicción voluntaria estriba en que la primera es verdaderamente jurisdicción, mientras que la segunda es actividad administrativa. La primera presupone ya formada la relación jurídica y quiere sólo realizarla, en tanto que la segunda supone la relación todavía no formada y quiere contribuir a constituirla.” (Rocco, 1944, p 96)

d) Sostiene Guasp que “el órgano jurisdiccional actúa como administrador, pero como administrador del derecho privado, esto es, realizando las relaciones jurídicas de derecho privado cometidos que no son jurisdiccionales, sino administrativos.”(Guasp, 1998, p 54]

e) La diferencia entre jurisdicción y administración sostiene Couture, debe buscarse en la existencia en el primer caso y en la ausencia en el segundo de una pretensión que constituya el objeto de cada una de aquellas actividades. La función jurisdiccional está basada en la dualidad fundamental de personas que piden y personas que conceden, se mueve siempre en torno al problema de la satisfacción de una pretensión; la función administrativa no exige, conceptualmente, para su desarrollo, esta iniciativa o impulso exterior a sí misma, puede obtener la realización de sus fines mediante una conducta espontánea de los órganos a quienes está encomendada. Así, mientras la jurisdicción es función estatal de satisfacción de pretensiones, la administración es función estatal de cumplimiento de los fines de interés general (Couture, 1981, p.170)

f) Chiovenda, por su parte, señala que el nombre de la jurisdicción voluntaria deriva de la función habitual del órgano jurisdiccional, puesto que una gran parte de estos actos se confían a los jueces, lo cual no priva que tales actos sean actos de simple administración; pero al tratarse de actos que requieren una formación especial y especiales garantías de autoridad en los órganos a los cuales son confiados, es natural que el Estado utilice a este fin la misma jerarquía judicial. Pero no todos los actos llamados de jurisdicción voluntaria se verifican por los órganos judiciales. También entre los actos de los órganos administrativos los hay que son perfectamente afines con los que la ley atribuye a los jueces como jurisdicción voluntaria. (Chiovenda, 1922, p.362). Sostiene Chiovenda que la jurisdicción voluntaria tiene siempre un fin constitutivo; los actos de jurisdicción voluntaria tienden siempre a la constitución de estados jurídicos nuevos y cooperan al desarrollo de relaciones existentes. En cambio, la jurisdicción propiamente tal tiende a la actuación de relaciones existentes. La jurisdicción civil supone, pues, en una parte la expectación de un bien respecto de la otra sea este bien una prestación, sea un efecto jurídico. Esto falta en la jurisdicción voluntaria, no se dan dos partes, no hay un bien garantizado contra otro, una norma de ley para actuar contra otro, sino un estado jurídico que sin intervención del Estado no podría nacer o desarrollarse o se desarrollaría imperfectamente. (Chiovenda, 1922, p.370)

6.3. Teorías Mixtas

Frente a esta enorme divergencia conceptual parte de la doctrina trata de conciliar ambos extremos, la jurisdiccional y la administrativa, sin resultados positivos.

Serra Domínguez, después de analizar los actos voluntarios en el derecho positivo español, concluye que la mayor parte de ellos corresponden a una actividad administrativa del órgano jurisdiccional. El juez actúa más como funcionario público que como juez en la apertura de testamento, habilitación para comparecer al proceso o en las informaciones para perpetua

cc BY NC SA

memoria. El problema se presenta con los actos constitutivos, posesión efectiva, designación de guardadores, porque la sentencia es constitutiva, por lo que su carácter jurisdiccional es más manifiesto. Sin embargo, incluso en este caso tiene carácter administrativo, pero no hay que confundirlo con los actos administrativos propiamente tales, derivados de la administración pública (Serra Domínguez, 1974, p. 54).

Hugo Pereira Anabalón, respecto de los actos no contenciosos y su calidad de actuaciones jurisdiccionales, basado en la tesis de Chiovenda opina que no existe tal jurisdicción. Sostiene que es más adecuado hablar de "procedimientos judiciales no contenciosos, porque el examen de tales "actos" evidencia que se trata de sucesiones de actos singulares, vinculados entre sí"(Pereira Anabalón, 1999, p 31). Concluye que lo propio, quizás, en términos más modernos sería denominar a esta función como lo hace Zanobini , "administración pública del derecho privado" ya que si bien es cierto que el Estado reconoce a los particulares un campo de autonomía para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas mediante declaraciones de voluntad manifestada en ciertas formas, en determinados casos, para la producción de ciertos efectos jurídicos deseados, exige la intervención de algún órgano del mismo Estado que puede consistir en la simple verificación de la legalidad del acto o examinando la oportunidad del mismo con criterios discrecionales."(Zanobini,1947, p. 351) Por ser una actividad administrativa, lo no contencioso estaría desprovisto de la existencia de la cosa juzgada, como efecto que se produce en materia contenciosa.

7-. Jurisdicción voluntaria notarial

La competencia del Notario se remite al Derecho Privado, siempre que su actuación se refiera a actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen, así como a los hechos que presencie, siempre que estos hechos no se califiquen como contratos. Estas relaciones jurídicas que surgen como consecuencia de las actuaciones notariales deberán estar exentas de todo litigio o contienda, pues siendo así se convierte en juicio, saliéndose ya de la competencia notarial y pasando a la actividad judicial.

La llamada jurisdicción voluntaria, precisamente por su carácter anti-litigiosa, puede ser materia de la función notarial y no de la judicial, aunque en nuestro medio salvo raras excepciones toda la jurisdicción voluntaria es materia judicial.

La impropiamente llamada jurisdicción voluntaria, que no es voluntaria, ni es jurisdiccional, constituye una función estatal de administración pública de derechos de orden privado, que el Estado ejerce preventivamente, a través de los órganos judiciales, con el objeto de constituir relaciones jurídicas, o de modificar o desarrollar relaciones ya existentes.

La Jurisdicción propiamente dicha, es la función estatal que se encarga de aplicar las normas de orden jurídico abstracto a un caso concreto formulado en relación con una demanda. La jurisdicción voluntaria es de naturaleza eminentemente administrativa y subsidiaria en los

órganos que administran justicia, a tal grado que se considera como "actividad anómala de jueces y tribunales". Con la función notarial lo que se hace es dar realidad efectiva al derecho privado; y si al Notario competen estos actos de administración pública de los derechos privados, es natural que él sea el funcionario ante quien se haga realidad esos derechos privados.

Esto ya ha sido analizado, discutido y reglamentado en Congresos, Conferencias y Legislaciones de distintos países.

Dice Hugo Alsina al respecto:

> (...) que la intervención del Juez en actos de jurisdicción voluntaria sólo tiene por objeto dar autenticidad al acto o verificar el cumplimiento de una formalidad, agregando, que se trata de uno de los supuestos en que el Juez ejerce funciones administrativas. Y es que doctrinariamente se entiende por jurisdicción voluntaria aquella que se ejerce por el Juez en actos o asuntos que por su naturaleza no admiten contradicción de parte, limitándose la autoridad judicial a dar fuerza, homologar y dar valor legal a dichos actos. (Alsina, Hugo. 1961, p. 350)

7.1. Evolución de la jurisdicción voluntaria notarial

La jurisdicción voluntaria es más reciente que la contenciosa. La necesidad de reparar una violación del derecho por un pronunciamiento Judicial apareció antes que el anhelo de prevenir por publicidad oficial de, un acto jurídico, una futura violación del derecho la confusión de una situación jurídica. También para las disposiciones administrativas de carácter jurídico constitutivo, tal en asuntos de tutela o sucesorios, se consideraba por de pronto como más indicada la actividad de la autoridad administrativa que un procedimiento judicial. La evolución de actos especiales de procedimientos no contenciosos comenzó en el campo de la actividad tutelar y de la atestación documental y se extendió sobre todo a los asuntos sucesorios y registrales.

Entre los siglos XI y XII, dice Font Boix, se marca el momento fundacional del notariado con la adquisición de la fe pública. La función autenticadora de negocios había pasado por distintas manos antes de llegar el notario, quien cumplía distintas funciones públicas o privadas pero desprovistas de fe pública. (Font Boix, 1967, p. 211)

Núñez Lagos ha podido distinguir entre historia de la función notarial ejercida por pretores, magistrados, jueces, notarios, etc., e historia del órgano notarial, notarios romanos y eclesiásticos, tabeliones, notarios longobardos y francos, notario medieval (Núñez Lagos, 1986, p 139).

El notario romano, al decir de los autores, era una especie de taquígrafo, que, al servicio de personas que ejercían actividades públicas, tomaba nota de los discursos. Como taquígrafos, los notarios, en un segundo tiempo, formaban un cuerpo al servicio de los tribunales, donde

cumplían funciones que hoy desempeñan los secretarios judiciales. Esos notarios, de funcionarios estatales, pasaron a formar parte de la casa del emperador.

A imitación de estos funcionarios, la Iglesia de Roma tuvo, desde el siglo III, un propio cuerpo de notarios, pero, en la edad imperial, la tarea de redactar los actos por cuesta de los particulares estuvo atribuida no ya a los notarios, sino a otro cuerpo especial de funcionarios, los tabeliones organizados en corporaciones. La legislación justinianea reguló de modo definitivo el oficio del tabellio, pero no le concede la fe pública.

Después de la invasión y establecimiento de los longobardos en el territorio italiano, la propiedad inmobiliaria sufrió una permanente transformación, y así llegamos al siglo VII, donde se activa el movimiento inmobiliario, de lo que derivó una continua necesidad de documentación, actuando los notarios eclesiásticos y otras categorías, que, no estando provistos de fe pública, redactaban contratos a instancia de personas privadas, en la forma permitida por la ley. En esta época, algunos notarios acumularon en su oficio el de juez. En el siglo IX este fenómeno se hace frecuente y se llegó, incluso, a estimar al notario como el primer eslabón de una carrera cuyo peldaño inmediato era el juez.

Hay autores que dan al juez y al notario un origen común, en el sentido de que, así como la actividad propia del notario es desprendimiento de la actividad jurisdiccional, así el notario es desprendimiento del juez.

En el curso del siglo XI con más exactitud, entre los siglos XI y XII, el notario italiano que, había conseguido un alto prestigio y una gran difusión adquiere la fe pública; consigue que los documentos notariales, para ser válidos y producir la eficacia de *actio iudicati*, no tengan necesidad de la presencia del juez.

En la historia, la falta de un notario dotado de fe pública hizo que, a los efectos de hoy que se derivan de aquél, se alcanzará en los juicios fingidos o aparentes. En Roma, a esta necesidad se llegó a través de las dos especies procedimentales admitidas, la *in iure cessio y la in iudicio.*

El rasgo fundamental del proceso civil romano es la peculiar división en procedimiento in iure, ante el magistrado, o *in iudicio ante el iudex*.

La primera etapa de Simplificación dice Núñez Lagos (Núñez Lagos,1986 p. 150) fue suprimir la fórmula de sentencia, bastando que el juez dictase un simple *praeceptum de solvendo*, de idénticos efectos que la sentencia en cuanto a la *actio iudicati*.

La segunda etapa fue suprimir la necesidad de la demanda. Las partes comparecían ante el juez, y, previo requerimiento de una parte, pero sin formular a demanda, la otra confesaba y el juez pronunciaba un simple *praeceptum de solvendo*, con la eficacia de la *actio iudicati*.

Entre los siglos XI y XII, el notario, que había conseguido la fe pública, consigue que este juicio aparente sea sustituido por una actuación ante aquél, y que el documento que redacta, con la *pseudo confessio* de las partes, adquiere, por virtud de la llamada cláusula guarentigia,

la misma eficacia que el *praeceptum de solvendo del iudex*. Nacen entonces, los instrumentos públicos (instrumentos, guarentigia).

El gran movimiento económico en Italia hace aumentar las contrataciones judiciales, entonces surge la necesidad del servicio del notario para agilizar estos trámites, pero aún se tenía dudas sobre la no intervención del juez así es como se nombra juez ordinario al notario para todo lo que fuera actos de jurisdicción voluntaria y otros similares; los instrumentos guarentigia (cláusula guarentigia) son una de las manifestaciones de este "*iudex cartularios*".

Dice Font Boix que, "elevado el notario a la calidad de fedatario, se le atribuyó, por separación de la jurisdicción, aquella tarea formalizadora de negocios que hasta dicho momento se venía realizando a través de juicios. El notario encontró así, lo que en el transcurso del tiempo se ha venido estimando como función suya, típica. Quedó para el juez la actividad propiamente jurisdiccional, el *ius dicere* en los procesos civiles" (Font, Boix, 1967, p. 264).

La actividad notarial se desprende de lo que antes era actividad jurisdiccional. Decía Couture que, "La jurisdicción voluntaria perteneció en sus primeros tiempos a los notarios, y con el andar del tiempo fue pasando a los órganos del poder judicial; nada impide que pasen mañana a la administración y aunque vuelvan a su fuente de origen, como se ha propuesto" (Couture, 1981, p.311).

7.2- Analogía y Diferencias entre las funciones judicial y notarial

Parece exacto dice Castán (Castán Tobeñas; 1992, pág. 175) el punto de vista en que se apoya la concepción jurisdiccional del notariado. Cuando menos no cabe duda de que hay coincidencias muy acusadas entre la función propiamente judicial y la notarial, en rigurosa correspondencia con las que se dan entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria.

7.2.1 Analogías

Las dos jurisdicciones, dice Lavandera,

- Comprenden la facultad necesaria para la declaración del derecho: En su origen por voluntad directa de las partes; En el momento de ser desconocido, obligándola a reconocerla.
- En una y otra se aplica la ley al caso, con el acuerdo o sin la conformidad de los interesados, pero venciendo dificultades técnicas y prácticas.
- Requieren igual ciencia para el conocimiento de la ley y el mismo arte para ligar a ella la voluntad.
- Tanto una como otra son funciones de justicia. El notario como el juez son órganos de ella, que tiene por finalidad asegurar el triunfo de esta y consiguientemente, de la moralidad, que, en las relaciones civiles, va inseparablemente unida a la justicia. Como bien dice Lavandera, el notario juzga la necesidad o conveniencia, verdad y sinceridad,

cc BY NC SA

> legalidad y moralidad, bondad, utilidad y justicia del acto, dirige la vida jurídica, regulando la utilidad de la vida económica y el comercio de la vida social. (...). Tienen los notarios su balanza para procurar imparcialmente la igualdad de las partes, base de toda justicia. Debe destacarse el concepto de imparcialidad, que es común al juez y al notario (Lavandera; 1915, pág. 228).

La idea de asimilar el notario al magistrado y, en ciertos casos, sustituirlo, proviene de su poder de homologación, de legitimación y de imposición de credibilidad pública; sus actuaciones tienen presunción de prueba privilegiada y, en muchos casos, exención de prueba.

Desde luego, consideramos que la fuerza y autoridad que las distintas legislaciones puedan atribuirles dependerán de la formación, preparación y autoridad del fedatario público.

El notario debe tener la misma preparación jurídica inicial que el juez y el abogado, y en la misma situación de responsabilidad y de investidura estatal que el juez, pues, en caso contrario no podrá pretender para su actividad los mismos efectos legitimadores y homologantes, que produzcan la misma fijeza de derechos y situaciones a las respectivas organizaciones.

7.2.2. Diferencias

Vázquez Campos, señala las siguientes:

- Por el caso o supuesto que da lugar a la intervención de uno y otro; el notario actúa en sentido positivo, sólo cuando las normas objetivas del derecho hallan en las voluntades privadas la adhesión debida, el juez interviene, o debe intervenir, solamente cuando se presume o se demuestra que alguna de dichas voluntades se desligó de tales normas, de un modo espiritual, desconociéndolas, negándolas, o de un modo material, vulnerándolas, perturbándolas.

- Por la forma en que intervienen: el notario interviene en forma preventiva; el juez en forma desintegradora; es lo que corrientemente se dice que la función notarial es fisiológico jurídica; la del juez, patológico-jurídica. Esto no quiere decir que la reintegración del derecho no haya a veces de valerse del notariado, lo mismo exactamente que la terapéutica se sirve alguna vez de medios higiénicos.

- Por los intereses que requieren distinta intervención: la intervención del notario es solicitada por intereses aislados o enlazados; el juez, por intereses contrapuestos. El juez debe intervenir cuando la contraposición de intereses se opone directamente por uno o más de los titulares, o el trastorno a que da lugar la expresada contraposición produce en términos de extrema gravedad, cuestión penal.

- A todo ello hay que añadir los efectos que las diferentes intervenciones jurisdiccionales producen: la sentencia, o sea el acto jurisdiccional es la sentencia por excelencia, lleva en sí

plenamente la autoridad de cosa juzgada. El acto notarial no produce por sí la cosa juzgada en su más propio sentido, y sólo lleva consigo una prevención *juris tantum* de legitimidad y autenticidad. Se suele decir, entre los tratadistas, que el proceso notarial atribuye a los actos jurídicos valor y fuerza de sentencia; pero ello no debe ser entendido en el sentido de cosa juzgada (Vázquez Campos, 1915, pág. 76).

- Núñez Lagos, trata la diferenciación entre el documento público y la cosa juzgada: "El documento público obliga a juzgar conforme a asunto; la cosa juzgada obliga al juez a no juzgar el mismo asunto" (Núñez Lagos, 1986, p. 145). El documento público da lugar a acciones o pretensiones; la cosa juzgada extingue el derecho de acción del demandante. La escritura pública tiene la promesa, por ley, de una tutela jurisdiccional específica; la cosa juzgada elimina dicha tutela en vía de acción sobre las mismas relaciones jurídicas.

La declaración legitimadora notarial está subordinada a la definitiva decisión judicial, en caso de contienda promovida por quien se crea postergado o perjudicado. Gaetano Doná (Doná, 1940, p.17) partidario en definitiva de la concepción jurisdiccional del notariado, rechaza también la atribución al acto notarial de la cosa juzgada.

Como dice Lavandera, " si alguna parte reclama por faltar los supuestos de la verdad en que se funda su normal reconocimiento por el legislador, no puede quedar satisfecha la conciencia de la sociedad con la ofensa inferida a la justicia, y se permite recurrir a los tribunales encargados de velar por las leyes e imponerlas forzosamente en caso de discordia, para revisar con juicio más amplio el proceso notarial y corregir sus elementos injustos que perturban el orden jurídico"(Lavandera, 1915; pág. 180).

Esta posibilidad de revisión judicial no es, sin embargo, absoluta. La necesidad de conceder a la fe pública, en el ámbito que es propia de ella, la eficacia debida hace que no puedan ser contradichas o rectificadas las aseveraciones de instrumento público, que quedan amparadas por la fe del notario.

7.3. Materias Propias de la Jurisdicción Notarial Voluntaria

Como muy bien puso de manifiesto Mengual,

> (...) el campo de acción de la fe notarial se halla muy cercenado; el extendido campo que tiene el derecho privado, la existencia de la jurisdicción voluntaria, la extensión de la fe pública a otras organizaciones que no son la institución notarial en muchos actos de la administración pública y otros tantos hechos, limitan en un coeficiente muy considerable la actuación notarial. (Mengual, 1940, pág. 139)

No está desde luego desprovisto de lógica el deseo del notariado latino de que se reintegren a la órbita de la competencia del notario todas las funciones que, sin razón, le han sido sustraídas.

cc BY NC SA

En tal sentido deben auspiciarse las reformas de las actuales legislaciones, ampliando el radio de acción del notariado, prolongando la función a cuanto signifique exteriorización de la vida del derecho en la normalidad o sin contienda y, en su consecuencia, a los actos de jurisdicción voluntaria, constitución de organismos tutelares, informaciones posesorias, etc.

Es extenso el número de notarialistas que han defendido el principio de la reintegración de funciones de jurisdicción voluntaria a la actividad notarial; entre otros: Mengual (1940) Giménez Arnau (1944), Navarro Azpeitia (1942), Vázquez Campo (1915), Barahona (1943), Couture (1981).

8. La función notarial

8.1 Naturaleza de la función notarial

Según Chinea, actualmente, nadie en doctrina discute el origen judicial de los actuales documentos notariales. En el devenir del derecho histórico cuando las partes no han encontrado una organización notarial eficiente que les permita obtener la fijación y eficacia de sus pactos, han conseguido sus propósitos acudiendo a los tribunales y utilizando un proceso aparente productor de sentencias que han sido precursoras de los documentos públicos (Chinea, 2007, pág. 52).

La *in iure cessio*, *las interrogationes, y la confessio in iure* en Roma; la auflassung en Germania; las *recognizances* en Inglaterra y sobre todo el *praeceptum de solvendo* y la *confessio apud* acta ante *litis contestatio nem* del proceso medieval no son sino los más elementales ejemplos de cómo el juez, al lado de su jurisdicción contenciosa, desarrolló una jurisdicción voluntaria, autorizante de múltiples negocios jurídicos con eficacia de sentencia, pero sin proceso, pues el proceso aparente reconocido como tal por la ley no es proceso (Núñez Lagos, 1945, pág 51). No es hasta finales del siglo XII que se produce -en varias etapas- la sustitución de las funciones del juez por los *judices cartularii* o notarios en este tipo de jurisdicción voluntaria.

Sin embargo, es totalmente imposible asimilar el documento público a la cosa juzgada. El documento obliga a juzgar conforme a él, la cosa juzgada obliga al juez a no juzgar el mismo asunto. El documento público da nacimiento a acciones o pretensiones; la cosa juzgada extingue el derecho de acción del demandante; el documento público tiene la promesa por la ley de una tutela jurisdiccional específica; la cosa juzgada elimina dicha tutela en vía de acción sobre las mismas relaciones jurídicas. El documento notarial al igual que la sentencia produce efectos legitimantes y declarativos de carácter obligatorio.

Cita Chinea Guevara, a Sanahuja y dice que aborda la naturaleza de la actividad notarial – en principio- como función jurisdiccional. Ofrece como argumento que mediante ella se declara de modo oficial y público la validez del negocio; pero, sin dejar de advertir que dicha

autenticación o legalización - notarialmente conseguida- queda jurídicamente abierta al conocimiento de un Juez, único que podrá ofrecer la fuerza de cosa juzgada por voluntad del Estado. De estos razonamientos concluye que la función notarial es autónoma, con sus formas y efectos peculiares, y no típicamente jurisdicción (Chinea Guevara, 2007, p.50).

Otro punto de vista acerca de la naturaleza de la función notarial lo aportan los argumentos que en tal sentido ofrecen los estudios realizados por Ahrens y Monasterio (1910). Desde la filosofía del Derecho aparece la teoría de la justicia reguladora que en su desarrollo concluye afirmando la necesidad de una función del Estado que aplique su acción al Derecho para los fines de la normalidad.

El punto de partida de esta teoría es la necesidad social de dar a los derechos una corporalidad que facilite su evolución natural y normal. Para atender a ello el Estado ha de disponer de una función distinta de la judicial, destinada a la conservación, reconocimiento y garantía del Derecho en estado normal: La función notarial.

Sobre este particular son realmente convincentes las conclusiones que ofrece Castán Tobeñas en cuanto a las notas que delimitan la función notarial:

> La función autenticadora y legitimadora notarial recae sobre los actos, negocios o hechos jurídicos humanos o naturales.
>
> Fundamentalmente, la autenticación y legitimación notarial se refiere o aplica a los actos que se realizan en la esfera de las relaciones de Derecho privado.
>
> La actuación notarial se desenvuelve en la fase de normalidad del Derecho, quedando fuera de su ámbito las relaciones que se manifiestan en fase contenciosa o de perturbación (Castán Tobeñas, 1946, pág. 42 y 43).

Como ha expresado De Prada González (citado por Chinea Guevara, 2007, p, 53) la conservación del documento notarial constituye una parte integrante esencial de la función notarial: es el valor jurídico del documento notarial, el que exige - como consecuencia lógica- que el mismo se conserve en poder del Notario, para conseguir - de tal forma- que ese valor de que se le dota pueda desplegar toda la eficacia a que está llamado.

La misma línea de razonamiento que lleva de la autenticidad formal (documento perfecto) a la autenticidad de fondo (negocio perfecto) exige que el documento público sea conservado con todas las garantías logrando así la autenticidad corporal que da al documento notarial el hecho de la existencia de una matriz en poder de funcionario público.

Esta autenticidad corporal ofrece una presunción de legalidad a las copias expedidas que - mediante el cotejo- se convierte en autenticidad corporal inatacable del documento notarial. Autenticidad corporal (documento indubitado), autenticidad formal (documento perfecto) y autenticidad de fondo (negocio perfecto) son el resultado de una triple actividad notarial (documentadora, adecuadora y conservadora) que se complementan entre sí y que juntas

cc BY NC SA

hacen posible el cumplimiento de los fines de certeza y seguridad que la función notarial persigue.

Así delimitada, la función notarial adquiere determinados matices según la legislación interna que la acoge y en vista del contenido complejo de la misma que incluye funciones de carácter públicas y privadas.

Existen analogías y diferencias entre las funciones jurisdiccionales y notariales. De las primeras pudiera destacarse que en ambas se declara el derecho, aplican la ley al caso concreto de acuerdo o sin la conformidad de los interesados, requieren de igual ciencia para el conocimiento de la ley, el mismo arte para ligar a ella la voluntad expresa de las partes o presunta de la ley, y son funciones de justicia que persiguen la moralidad en las relaciones civiles.

Las cuestiones que las diferencian son - entre otras- el supuesto en que intervienen, la forma de intervención, el tipo de intervención y sus efectos. De tal forma, el notario actúa cuando la voluntad de las partes se aviene a cumplir las normas del derecho objetivo, el juez lo hace cuando se presume o demuestra que las normas han sido desconocidas o vulneradas por las partes. La intervención notarial es, en esencia, profilaxis jurídica preventiva; es decir, tiene como fin evitar contiendas y discusiones futuras; sin embargo, la intervención del juez es reintegradora, devuelve a la normalidad una relación jurídica alterada por la violación del cumplimiento de alguna de las partes.

El actuar notarial es solicitado por las partes que pudieran tener intereses aislados o entrelazados y recíprocos; por el contrario, la intervención del juez es pretendida por las partes por existir intereses contrapuestos o en franca contienda. Por último, el notario elabora, crea el instrumento notarial que alcanza la calidad de prueba plena (presunción iuris tantum: presunción de legalidad y verdad, mientras no se admita su falsedad en juicio); el juez -por su parte- dicta sentencia definitiva lo que trae consigo el efecto de cosa juzgada, resultando inatacable -incluso- para una nueva decisión judicial.

Es incuestionable que el nacimiento del documento notarial ocurre a consecuencia de un hecho: el otorgamiento, motivado por otro hecho, que en rigor está constituido por una sucesión de hechos: la audiencia notarial. La audiencia notarial se valida con la comparecencia de las partes o sus representantes en el documento público inmediatamente ante el notario, e incluye una sucesión de actuaciones de los sujetos y el fedatario conducentes a la firma y autorización documental. Por ello, resulta imprescindible analizar la posición del notario dentro del orden jurídico y las posibilidades de la documentación pública como prueba legitimadora.

a) El Notario dentro del orden jurídico

La función notarial, aunque compleja, se puede caracterizar por las siguientes actividades:

a) Dar fe pública, es decir, autenticar actos y hechos jurídicos, o sea, hacerlos ciertos y verdaderos ante la sociedad, dotados de una garantía de legalidad y seguridad jurídica (labor autenticadora); y
b) Dar forma legal (labor legitimadora y asesora), a fin de que ciertos actos sean plenamente eficaces en el mundo del tráfico jurídico, especialmente el inmobiliario y el comercial.

Es así, que el notario se convierte en un agente colaborador eficiente del logro del bien común que todo Estado enarbola como bandera, ya que proporciona seguridad jurídica a las partes que ante él acuden. El notario certifica y da fe de que hay legitimidad en el derecho que se ejerce, de que hay legalidad en el acto de voluntad y de que hay licitud en los hechos observados; de que hay capacidad en las partes que intervienen, de que existe una idoneidad en el objeto materia del acto, de que hay una situación fiscal contributiva al corriente, de que se tiene un régimen conyugal suficiente, de que se otorga una voluntad verdadera, de que se comprueba una identidad de los sujetos que actúan e intervienen.

En fin, la función notarial en el ordenamiento jurídico de raíz latina es un servicio público complejo que resulta primordial para hacer prevalecer el orden jurídico civil y el cumplimiento físico en los actos en que por la ley y a petición de los interesados interviene el notario.

Para cumplir la encomendada misión de conformar y custodiar la verdad oficial en relación con los actos de los particulares, el notario es funcionario público, depositario de la fe del Estado y tiene el deber de imparcialidad. En razón de ello, le están atribuidas legalmente una serie de prohibiciones e incompatibilidades en el desempeño del cargo que se manifiestan de una u otra forma en el derecho notarial comparado.

Voces autorizadas en la doctrina notarial como Vázquez Campos (Vázquez Campos, 1915, p. 98) o Castán Tobeñas (Castán Tobeñas, 1945, p.93), han permitido definir al Notario como el jurista oficial de la legitimación preventiva en el campo especialmente del Derecho privado entendiendo que la legitimación es un aspecto especial de la función general legalizadora, porque la legalización garantiza la adecuación del acto a la ley; sin embargo, la legitimación contempla la eficacia del acto en relación con la situación jurídica previa que le sirve de base o fundamento en el mundo del derecho.

El notario es ante todo un jurista que asesora a las partes, adapta su verdadera voluntad a la ley, da fe del otorgamiento del instrumento público, y se es tanto o más notario cuando con motivo de su asesoramiento las partes desisten de firmar el contrato o cuando el notario deniega la autorización del documento porque su contenido no se ajusta a la ley. En estos casos no hay documento alguno, no hay dación de fe, y, sin embargo, hay notario y función notarial escrupulosamente ejercida (Bolas Alfonso, 1997, p. 52).

cc BY NC SA

La función asesora del Notario alcanza un valor esencial porque incorpora un agregado generado por la labor constructiva del notario creador de derecho. Cuando la normativa jurídica no ofrece soluciones satisfactorias el notario diseña una forma propia de regular el acto, dentro de los marcos de la autonomía de la voluntad permitida por la ley y se ha dicho que en tales casos el documento notarial se convierte en una auténtica obra de ingeniería jurídica (Raposo Fernández, 1997, p. 5).

La más cercana redefinición de la actividad notarial en documentos internacionales se encuentra recogida en la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994 sobre la organización del notariado en los Estados miembros de la comunidad.

Ella caracteriza la actividad notarial como una delegación parcial de la soberanía del Estado que garantiza, en particular, el servicio público de autenticación y legalización de los acuerdos, su fuerza ejecutoria y probatoria, así como el asesoramiento imparcial prestado a las partes, lo que reduce el recurso a los tribunales, teniendo funciones preventivas de las judiciales, al eliminar o reducir los riesgos de litigio, así como funciones de asesoramiento y consejo asesor. (Citada por Bolás Alfonso, 1997, p. 60).

En razón de todas las atribuciones y funciones del notario y a consecuencia esencialmente del principio de autenticidad -que convierte en verdad oficial, prueba plena de los contenidos del documento hasta tanto éste no sea privado de su fe pública mediante la declaración judicial de falsedad- el documento notarial tiene reconocida una eficacia privilegiada, consecuencia directa de la calidad del proceso de elaboración del instrumento público y que tiene como efectos la consideración del documento notarial como título legitimador en el ejercicio de los derechos que constan en el documento, inscribible en registros públicos, con carácter ejecutivo y probatorio, susceptible de ser rebatido por prueba en contrario.

Algo que no debe dejar de decirse en esta sede tiene que ver con la relación eficacia privilegiada - verdad comprobada por el Notario. Es una necesidad vital para el futuro del documento notarial y para la propia subsistencia del notario en el tiempo, la ampliación de la función notarial en la comprobación de la verdad de las declaraciones de las partes. Por ello, son bienvenidas todas las transformaciones que con este fin se propongan las instituciones notariales en cualquier latitud.

b) La prueba de documento público como fijación de hechos que interesan al derecho: Las actas

Antes de ir al meollo del asunto que trata este subtítulo resulta imprescindible hacer mención a los tipos de documentos que redacta y autoriza el notario. Los documentos notariales son las escrituras o las actas. Si el hecho a documentar por el notario es un acto jurídico, su expresión documental será una escritura; sin embargo, si es un hecho, acto o circunstancia de relevancia jurídica su expresión instrumental será un acta.

Por la importancia que plantea la técnica notarial de actas, como soporte documental del actuar notarial en asuntos de jurisdicción voluntaria, es que se dedica este apartado a estudiar la prueba y legitimación procesal y extraprocesal de las mismas.

La eficacia probatoria concedida al instrumento público en general puede ser diversa según se admita una presunción iuris et de iure de exactitud de cuanto afirma el notario, o meramente una presunción iuris tantum susceptible de prueba en contrario.

En este último sistema existe una gradación que va desde establecer límites a la posibilidad de impugnación o revisión judicial del acto autenticado, hasta conceder al juzgador la facultad de apreciación libre de la eficacia probatoria del instrumento público en su concurrencia con los demás medios de prueba admitidos en Derecho, lo que no significa que la apreciación judicial pueda desentenderse de los efectos de eficacia que la ley concede y asocia a los documentos públicos solemnemente autorizados por Notario.

El instrumento público considerado en sí mismo tiene pleno valor y eficacia interpartes y frente a terceros, porque la intervención notarial con el consiguiente apego y cumplimiento de la legalidad crea –en consecuencia- la certeza que legitima el documento como expresión de un hecho, acto o circunstancia de relevancia jurídica en el caso de las Actas.

Así, la fuerza probatoria del instrumento público ampara las declaraciones y afirmaciones que proceden del propio notario respecto de los hechos que puede y debe comprobar con sus propios sentidos, no a los hechos que relata por el dicho de los comparecientes. Esta fuerza probatoria del documento autorizado por notario se extiende a:

1. La intervención notarial.
2. La audiencia notarial entendida como presencia inmediata frente a Notario de los comparecientes al acto en sentido general, incluyendo a los testigos, traductores, etc.
3. Tiempo y lugar de autorización del documento.
4. Las circunstancias relativas al acto o hecho que se documenta siempre que constituyan manifestaciones de realidad presenciadas por el fedatario.

En el caso de las calificaciones hechas por el Notario, no pueden ser incluidas en el mismo rango de efectividad probatoria. Estas entrañan una mera presunción iuris tantum en la esfera de legalidad del acto notariado y puede ser impugnada por el ejercicio de una acción de nulidad. Entre las calificaciones notariales más comunes se encuentran: la capacidad jurídica de las partes, la identidad, la calificación técnica del acto, la legalidad del acto y el juicio de suficiencia en la comprobación del hecho notorio.

Puede ocurrir - además- que se desvirtúe esa eficacia probatoria sin necesidad de querella de falsedad documental, y ello, porque la autenticidad del documento no es la misma en todas sus partes. Núñez Lagos, habló de la "autenticidad analítica" del documento. Mientras hay extremos que el documento prueba a menos que se interponga querella de falsedad

cc BY NC SA

(presencia de las partes, hecho de la declaración, fecha) la sinceridad de las declaraciones puede ser desvirtuada por otros medios de prueba (Núñez Lagos, 1945, p. 146).

En consecuencia, es posible sostener que la fuerza probatoria del documento radica en su autenticidad establecida por la ley y no en una simple presunción del juez dentro del proceso. Dicho de otro modo, la fuerza probatoria del instrumento público se fundamenta sustantivamente, objetivamente; su justificación no es meramente procesal, adjetiva.

Las actas en sí mismas son consideradas como medios de prueba con las particularidades dichas, pero en ocasiones implican la conservación de derechos para el solicitante, como, por ejemplo, interrumpen la prescripción de acciones, pueden colocar a un deudor en mora, pueden hacer que se efectúe el efecto compensatorio, o que se extinga una obligación.

Son –además – modos de ejercicio de los derechos en la esfera extrajudicial, mediante ellas pueden ejecutarse un sin fin de derechos como el tanteo y retracto legal, la opción, la resolución, la revocación del mandato, la renuncia del mandatario, la rescisión unilateral de un contrato, las denuncias que abren al notificado un plazo preclusivo, los ofrecimientos de pago, o las actas de cancelaciones registrales. En tales usos se pone de manifiesto el carácter de título legitimador de derechos que ostentan las actas.

Para asumir el reto del traspaso de competencia de los asuntos de jurisdicción voluntaria de lo judicial a lo notarial pudiera afirmarse que el arma documental ideal son las actas de calificaciones jurídicas. Así se denominan a aquellas actas que contienen esencialmente un juicio que el notario forma y emite acerca de la notoriedad del hecho, teniendo como precedente otras actuaciones, que se identifican con otros tipos de actas (percepciones, hechos del notario, manifestaciones).

Dentro de las actas de calificaciones jurídicas la más importante resulta el acta de notoriedad. El juicio notarial acerca de la notoriedad del hecho puede formarse a partir de una serie de elementos probatorios y de diligencias notariales dirigidas unas, a probar el hecho y otras, a que el notario forme su juicio de notoriedad. En ocasiones este juicio de notoriedad es autónomo porque no existen otras pruebas del hecho en sí, salvo que tal hecho es público y conocido por todos.

La notoriedad es –entonces- una cualidad en razón de la cual un hecho no necesita ser probado por ser de público conocimiento en un determinado círculo territorial o de personas. El acta de notoriedad persigue como fin salvar los límites del carácter notorio del hecho y convertirlo, en virtud del reconocimiento notarial, en conocido por todos, en hecho público para la generalidad.

El concepto de acta de notoriedad tiene que partir, por tanto, del concepto de notoriedad. La notoriedad no es un medio de prueba, sino una circunstancia en virtud de la cual, un hecho (el hecho notorio) no necesita prueba, y ni siquiera opera respecto de él, la carga de la

afirmación; pero un concepto absoluto de notoriedad, referida a aquellos hechos que se tienen como ciertos e indiscutibles según el conocimiento humano general, como por ejemplo la fecha del día, carece de utilidad, porque para nada se precisa su consignación en un acta.

Es preciso -entonces- delimitar un concepto relativo de notoriedad, porque lo que se trata es que, en virtud del acta notarial la notoriedad pueda surtir sus efectos fuera de esos límites; el hecho es, efectivamente, notorio, ya que el acta no le dota de notoriedad, sino que se limita a comprobar una notoriedad existente. No obstante, esta situación es notoria solamente en el territorio con el que está conectada, o dentro de las personas interesadas en él o relacionadas con los sujetos a los que afecta.

Sin embargo, en este entramado jurídico de las actas de notoriedad el concepto de notoriedad no se encuentra aislado, sino fuertemente interconectado con otro concepto, no menos importante, el de calificación legal. Se afirma -entonces- que tales actas tienen una doble finalidad: comprobar la certeza de los hechos que no se perciben directamente por los sentidos, y declarar el derecho aplicable a la situación que se ofrece como notoria (Sanahuja, 1945, p. 113).

El auge de las actas de notoriedad- sin dudas- ha estado condicionado dentro del notariado latino por la corriente legislativa que trae al notariado para integrar su función una parte de la jurisdicción voluntaria que la propia ley atribuye a los jueces, proceso que generalmente ha estado encabezado por la posibilidad de acreditar mediante acta notarial de notoriedad quienes son los herederos del causante abintestato.

En fin, como afirma Verdejo "la introducción de las actas de notoriedad, constituye un avance hacia la absorción por el notariado de la llamada jurisdicción voluntaria"(Verdejo Reyes,1990, p. 73).

8.2 La función notarial como garante de la seguridad jurídica

Según Chinea Guevara la seguridad jurídica es un valor especialmente sensible a las circunstancias jurídico–económicas de cada país; por ello, los mecanismos utilizados por los distintos sistemas para la protección de los derechos subjetivos varían considerablemente (Chinea Guevara, 2006, p.364).

Hay acuerdo en la doctrina sobre la existencia de tres mecanismos básicos:

1. El sistema económico del seguro de títulos. Este sistema tiene una gran fuerza en Estados Unidos y garantiza a la parte a través del correspondiente seguro la compensación económica de los daños provocados.
2. El sistema de coacción judicial. Es el sistema propio del mundo anglosajón. Se basa en un estricto rigor en la actuación de los tribunales que influye decisivamente en la disminución de comportamientos incumplidores de compromisos negociados. En caso de daños la acción civil o penal es ágil.

cc BY NC SA

3. El sistema de seguridad jurídica preventiva. Es un sistema cautelar que protege los derechos de los ciudadanos en el momento de nacimiento y en el desarrollo extrajudicial de los mismos. Es propio de los países latinos y en él se engarza la función notarial como mecanismo al servicio de la seguridad jurídica en función preventiva de litigios.

Rentería Arocena y Pagola Villar han dicho que "la forma es el punto de conexión de la función notarial y el negocio jurídico de los particulares; la escritura pública es el elemento formal del contrato y, al mismo tiempo, el resultado – sí bien no el único posible- de la actuación del notario. La forma es la noción – nervio en palabras de José Luis Mezquita del Cacho, de un sistema de derecho cautelar, como la de proceso lo es para la función jurisdiccional auténtica, o la de acto administrativo para el Derecho administrativo (Rentería Arocena y Pagola Villar, 1995, pág. 215).

Sin embargo, la forma por sí sola no puede lograr la adecuación del negocio a derecho. El único medio para lograrlo es colocar entre las partes a un tercero imparcial, jurista, encargado de la redacción del documento con arreglo a la ley y que tenga la función pública de dar fe: El Notario.

Por acotar la importancia del tema podría decirse que para la economía de un país el poder ofrecer a los inversores un sistema eficaz de seguridad jurídica es muy atractivo y dentro de ello, el documento público notarial significa un cúmulo de ventajas como título legitimador de los actos que provoca efectos de gran trascendencia para la seguridad jurídica de los ciudadanos.

El valor del documento notarial para la seguridad jurídica descansa en la finalidad última del actuar del Notario: autorizar un negocio perfecto en un documento perfecto, procurando de esa forma la seguridad jurídica sustancial y formal de los actos jurídicos.

Los notarios bolivianos formados en los principios del notariado latino estructuran su función como sistema cautelar que protege los derechos de los ciudadanos que nacen de sus negocios jurídicos con un fin eminentemente antilitigioso. Es preciso detenerse – entonces- en los aspectos que implican la seguridad jurídica sustancial en el instrumento público notarial y los que forman parte de la seguridad jurídica formal.

8.3 Seguridad jurídica sustancial del instrumento público notarial

Desde el punto de vista sustancial, que es el que aquí interesa, la seguridad de los actos y negocios jurídicos viene dada, por la intervención del notario. Hay que hacer al respecto dos consideraciones:

a) Que sólo la actuación del notario es documental, porque es inherente al documento mismo del cual es autor;

b) Y que sólo el documento notarial produce unos efectos específicos sobre el negocio que contiene. Es la llamada autenticidad de fondo, en cuya virtud no solamente se presume que el negocio existe, sino que es válido y eficaz, con mayor o menor intensidad según las diversas esferas y supuestos de aplicación.

El Notario ejerciendo su función Pública en la dación de fe, lo hace de los actos jurídicos que ocurren en su presencia y lo hace conforme a las leyes, por lo que es deber del Notario calificar la legalidad del acto jurídico así como de los hechos, actos o circunstancias contenidos en el documento notarial de que se trate, cerciorándose de que éstos se ajusten a los requisitos exigidos para su autorización, acción que determina el control notarial de la legalidad del acto jurídico contentivo del documento público.

La función notarial, es más activa que crítica. El notario, en cuanto respecta a los negocios jurídicos actúa cuando los hechos – las declaraciones de voluntad – todavía no existen o no existen definitivamente; la actuación del notario puede hacer, en consecuencia, que esas declaraciones de voluntad lleguen a existir de una manera o de otra, o que no lleguen a ser.

El Notario como profesional debe profundizar en el fondo del negocio, las declaraciones de voluntad de las partes, la capacidad, que todo esto sea cierto y constatable y además no conformarse con esos mínimos de que el acto jurídico no esté en contradicción con la Ley, tiene que aspirar a conseguir la máxima adecuación del acto al ordenamiento jurídico.

Además de la función de control de la legalidad del acto, el Notario debe asesorar y ajustar la voluntad de las partes a fin de que el acto sea válido, pues en ocasiones nos encontramos con voluntades erróneas, incompletas, deformadas, por la falta de conocimiento jurídico de la población, o estas voluntades se dirigen a efectos inmediatos sin tener en cuenta los de a largo plazo. El inciso LL) del artículo 10 de la Ley del Notariado cubano dispone que el Notario asesorará a las personas naturales o jurídicas que requieran sus servicios, a quienes instruye sobre sus derechos y los medios jurídicos para el logro de sus fines, esclarece las dudas y advierte del alcance jurídico de las manifestaciones que formulen en el documento notarial de que se trate.

El notario como profesor de derecho explica a los comparecientes la normativa aplicable, y deshace sus errores y equívocos, de manera que su consentimiento pueda surgir de un conocimiento pleno; contribuye a la integración de la voluntad incompleta de las partes y para ello desarrolla funciones de clarificación de las distintas posiciones, de indicación de lagunas, de señalamiento de convergencias y divergencias, funciones también de conciliador e incluso de árbitro cuyos pareceres suelen ser aceptados precisamente por venir de una persona que no ha sido impuesta sino libremente elegida y que ha hecho hábito de sus deberes de imparcialidad, de equidad, de ecuanimidad, previene los peligros que puedan presentarse, o sea, una labor de jurisprudencia cautelar, pues se desarrolla cuando los hechos todavía no

cc BY NC SA

han tenido lugar o cuando aún no pueden ser modificados. De manera que por la acción del notario pueden tener lugar de manera diferente a la proyectada inicialmente por las partes.

Es posible apuntar –entonces- que al Notario no debe bastar la determinación de la voluntad de las partes, sino que esta debe ser modelada jurídicamente, tiene que recibir una forma legal, el Notario no es un mero tramitador, es un profesor de derecho que debe realizar una labor de redacción del documento con claridad, con una forma técnica adecuada, lo cual contribuye sin lugar a duda a la seguridad del acto y a la eliminación de litigios.

Es importante que el acto notarial sea lícito y que refleje la voluntad de las partes, pero este debe ser justo, el Notario en su posición imparcial debe prestar asesoría a las partes y si hubiere alguna de ellas con escasos conocimientos y preparación, el Notario debe asesorar e instruir de los efectos y consecuencias jurídicas del acto.

El notario, su función, sus documentos deben ir camino a una contratación más justa; y no solamente por razones de seguridad, porque el contrato más justo, más equitativo, sea también más seguro, sino ante todo por consideraciones de pura justicia. Se trata del valor constitutivo de la función notarial, que es una función jurídica. En otro caso, el enorme potencial de la autenticidad formal resultaría con frecuencia utilizado en beneficio de la injusticia.

La seguridad sustancial del documento público estriba en la seguridad producida por el acto que ella contiene: un acto jurídico adecuado al ordenamiento, a la voluntad de las partes y a los reales intereses de los otorgantes con la especial colaboración del Notario como especialista de Derecho, imparcial y obligado a cumplir su función pública y satisfacer el interés privado de sus clientes.

DISCUSIÓN

Para completar el estudio sobre la seguridad jurídica que proporciona el documento público notarial es de orden detenerse en los particulares efectos que el ordenamiento jurídico asocia al otorgamiento de escritura pública, documento redactado por un jurista imparcial, dotado de calificación técnica especializada, encargado de adecuar la voluntad de las partes a la legalidad por medio de una labor asesora.

Esos particulares efectos no han nacido por el simple y singular deseo de los legisladores, sino que son consecuencia – tal como claramente lo explica Bolás Alfonso - de la calidad en la elaboración y “la complejidad de la actuación del Notario que, como jurista, participa en su elaboración o la revisa, si se le entregó redactado con arreglo a minuta, asesora legalmente y hace hincapié en las consecuencias jurídicas del acto conforme a la legislación aplicable en cada caso, vela por el control de esa legalidad y, finalmente, da fe del otorgamiento del documento, sobre la base de la capacidad, legitimación e identidad de las partes. Por ello

únicamente aquellos documentos que estén autorizados con arreglo a estas características deben producir los mismos efectos. Lo contrario, esto es, atribuir el mismo valor y eficacia a los documentos que no han de superar el mismo control en su elaboración, sino simplemente la autenticidad de las firmas de las partes implicaría una rebaja de la calidad del documento público notarial y un perjuicio para la seguridad jurídica" (Bolás Alfonso, 1993, pág. 49).

Entre estos efectos ligados al otorgamiento de documento público – de gran trascendencia para la seguridad jurídica de los ciudadanos- se encuentra su utilización como:

a) Título de legitimación.

b) Medio de tradición o entrega.

c) Medio de prueba; o,

d)Título ejecutivo.

e) Por último, están asociadas al documento autorizado por Notario las específicas condiciones de conservación del documento contractual en el Protocolo Notarial.

CONCLUSIONES

En base a la investigación documental que se realizó, los fundamentos teórico-conceptuales permiten conformar un sustento teórico fuerte para continuar la investigación sobre el traspaso a competencia notarial de todos los asuntos de jurisdicción voluntaria. Sin dudas, ya desde los inicios del siglo pasado existe una fuerte convicción de todos los notarialistas reconocidos mundialmente de las posibilidades que tiene el Notario para conocer tales asuntos.

Las evidencias aportadas por las experiencias de Notariados de diversas latitudes en el conocimiento de asuntos de jurisdicción voluntaria desde la segunda mitad del siglo pasado vienen confirmando la veracidad de tales pronunciamientos teóricos anteriores y permiten recomendar un análisis comparado de las competencias del Notariado iberoamericano sobre asuntos de jurisdicción voluntaria, para concretar una serie de resultados, a fin de elaborar una propuesta para Bolivia sobre la base de tales aciertos.

REFERENCIAS

Alsina, H. (1961). Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial (2da ed., Tomo IV). Sociedad Anónima Editores.

Barahona. (1943). Algunos matices del Notariado español Conf. en el C. N. de Barcelona, publicada en "Temas varios de Derecho público y privado". Barcelona.

Bolás Alfonso, J. (1993). La documentación pública en el tráfico mercantil, La seguridad jurídica y el tráfico mercantil, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado Español, Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Madrid.

cc BY NC SA

Bolás Alfonso, J. (1997). La función notarial como factor de seguridad jurídica preventiva del consumidor, Ponencia de 21 de Agosto de 1997, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, La Notaría, 1/1998.

Cabanellas, G. (1979). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual (Tomo VII). Buenos Aires.

Calamandrei, P. (1999). Derecho procesal civil. Oxford University Press.

Carnelutti, F. (1959). Instituciones del Proceso Civil (S. Sentís Melendo, Trad., Tomos I y II). jea.

Castán Tobeñas. (1945). Función Notarial y Elaboración Notarial del Derecho. Madrid.

Castán Tobeñas. (1946). Derecho Civil Español Común y Foral (Tomo II, Vol. 1). Reus S. A.

Castán Tobeñas. (1992). Derecho Civil Español Común y Foral (Tomo II, Vol. 1). Reus S. A.

Chinea Guevara, J. (2006). La función notarial como garante de la seguridad jurídica contractual en el ordenamiento jurídico cubano, en Derecho Notarial (Tomo I). Editorial Félix Varela.

Chinea Guevara, J. (2007). Jurisdicción voluntaria y función notarial, en Derecho Notarial (Tomo II). Editorial Félix Varela.

Chiovenda, G. (1922). Principios de Derecho Procesal Civil (Trad. española a la 3ra ed.). Editorial Reus.

Couture, E. (1981). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Editorial de Palma.

De Prada González. (1998). Función Notarial y Protocolo. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 21 de Mayo de 1987, Revista de Derecho Notarial (enero-marzo).

Doná, G. (1940). Elementi di Diritto notarile (2da ed.). Milán.

Font Boix, V. (1967). El notario y la jurisdicción voluntaria, Anales de la Academia matritense del notariado, XV, 211-295.

Giménez Arnau. (1944). Introducción al Derecho notarial. R. D. P.

Guasp, J. (1998). Derecho Procesal Civil (4ta ed., Tomo I). Edit. Civitas, S. A.

Lavandera. (1915). Acto público, ministerio notarial, Revista de Derecho Privado.

Mengual. (1940). Elementos de derecho notarial (Tomo II, Vol. II). Bosch.

Monasterio Gali. (1910). Curso de Filosofía del Derecho, tercera edición , en Biología de los derechos en la normalidad y su representación por medio del Registro de actos de la vida civil, Revista Jurídica.

Navarro Azpeitia. (1942). Teoría de la autenticación notarial, R. D. P.

Núñez Lagos. (1945). El valor jurídico del documento notarial. Madrid.

Núñez Lagos. (1986). Estudios de Derecho Notarial (Tomo I). Madrid.

Pereira Anabalón, H. (1999). Curso De Derecho Procesal, Derecho Procesal Orgánico". Editorial Jurídica Conosur.

Raposo Fernández, J. M. (1997, 13 y 14 de febrero). Panorámica de la actuación notarial, La Ley.

Rentería Arocena, A. y Pagola Villar, I. (1995). La seguridad jurídica contractual: Medio de protección al consumidor. Ponencia presentada al XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín.

Rocco, U. (1944). Derecho procesal civil (2da ed.). Editorial Porrúa y Cía.

Sanahuja. (1945). Tratado de Derecho Notarial. Barcelona.

Satta, S. (1995). Manual de Derecho Procesal Civil (Tomo II). Editorial EJEA.

Serra Domínguez, M. (1974). Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, en Estudios de Derecho Procesal. Ariel.

Vázquez Campos. (1915). Jurisdicción notarial. Madrid.

Verdejo Reyes, P. (1990). Derecho Notarial. La Habana.

Zanobini. (1947). Corso di Diritto amministrativo. Milano.

©2025 por las autoras Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).