

Proceso y fe Pública

DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

I. GENERALIDADES

El Estado moderno está concebido para asegurarle a los asociados el cumplimiento de los deberes sociales a su cargo y en tal virtud, opta por prestar los servicios públicos, bien en forma directa o mediante delegación o encargo, que hace a los particulares.

Desde hace varios siglos se convino que fundamentalmente el Estado debía cubrir las funciones legislativa, ejecutiva y jurisdiccional. También se ha entendido que esas tres ramas del poder público, aunque con funciones separadas, deben colaborar armónicamente para la obtención de los fines del Estado.

Es imperativo que las actividades realizadas por cualquiera de los funcionarios que integran las ramas del Estado, vayan amparadas por la presunción de autenticidad, o sea, de la certeza que quien así las realice, está investido o legitimado de la respectiva autoridad para ello. Por consiguiente, todos los actos realizados por los funcionarios públicos, en ejercicio de sus funciones, gozan del amparo de la autenticidad y veracidad de los mismos, pues, la organización de las funciones estatales implica creencia por parte de los coasociados en dichos actos, pues es la única manera de lograr la eficacia de los mismos.

Por ello, como lo enseñaba EDUARDO J. COUTURE (1) "Fe es, por definición, 'la creencia que se dá a las cosas por la autoridad del que las dice o por la fama pública'. Etimológicamente deriva de **fides**; indirectamente del griego **peitheio**, yo persuado.

"**Pública** quiere decir notoria, patente, manifiesta, que la ven o la saben todos. Etimológicamente, quiere decir 'del pueblo' **populicum**.

"**Fe pública** vendría a ser, entonces, en el sentido literal de sus dos extremos, **creencia notoria o manifiesta**".

Esa fe pública, pues, radica en todos los actos realizados por las diversas ramas del Estado, que como ya se dijo, entonces, bien puede hablarse de fe pública legislativa, fe pública jurisdiccional y fe pública

1. COUTURE Eduardo J.: Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo II, Segunda Edc., 1978, Edt. Depalma, Buenos Aires, pág. 22.

administrativa o ejecutiva. Mención especial merece la llamada **fe notarial**, esto es, la creencia generalizada que se tiene de los actos realizados por el notario, persona que al igual que la noción de Estado ha sufrido transformaciones en cuanto a su función, poderes e investidura. Pero lo hoy existente es que incumbe al notario la documentación de los hechos y actos jurídicos regulados por el derecho privado, bien sea en virtud de la autenticación de los acontecimientos que él percate con los órganos de los sentidos, ya controlando o asegurando la juridicidad de las relaciones obligacionales, y, en fin, **impartiéndoles certeza y autenticidad**, como consecuencia de ser depositario de la fe pública que le ha confiado el Estado.

Como el tema de la ponencia es el de "PROCESO Y FE PUBLICA", bien vale comenzar por recordar en qué consiste el proceso, ante qué funcionarios se adelanta y cuál es su finalidad, para luego sí proponer, cómo muchos de los asuntos que se tramitan ante el órgano jurisdiccional, bien podrían adelantarse ante el notario, pues al fin y al cabo, tanto el juez como el notario son funcionarios provistos de la llamada fe pública.

II. JURISDICCION Y PROCESO

Por sabido se tiene, que la totalidad de las disposiciones que componen el ordenamiento jurídico, pueden subclasificarse en dos grandes categorías, a saber: normas sustanciales, sustantivas o materiales; y, normas instrumentales o procedimentales. También, se halla establecido que aquellas van dirigidas inmediatamente para que los particulares las observen, mientras que éstas regulan un determinado trámite y tienen como destinatario al juez para que aplique al caso concreto a él sometido, las llamadas disposiciones materiales.

Por ello como lo sostiene CALAMANDREI (2) "Para los juristas, proceso es la serie de las actividades que se deben llevar a cabo para llegar a obtener la providencia jurisdiccional: con significado muy afín, ya que nó sinónimo, al de 'procedura' y al de 'procedimiento'".

Resulta claro en la doctrina, que las personas que colaboran en la realización de los actos procesales, como mínimo deben ser tres: el juez, sujeto director del proceso que está investido de jurisdicción, vale decir, del poder para decidir y ejecutar la respectiva providencia jurisdiccional; el actor, o, demandante, sujeto procesal que pide o demanda la providencia; y, el demandado o sujeto pasivo de la relación procesal, que es aquella persona frente a la cual se pide o demanda la providencia. Puede ser posible que las partes estén integradas por dos o más personas (litis consorcio), pero lo que no se aviene con la noción de proceso, ni con la idea de relación procesal, es que falte uno de los extremos subjetivos de dicha relación o que el juez esté ausente. Por

2. CALAMANDREI Piero: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Volumen I, Edt. Ejea, Buenos Aires, 1973, pág. 318.

ello, un "proceso" sin juez, no es tal; como tampoco, lo son actuaciones sin demandante o sin demandado.

Sin embargo, es frecuente que se hable de la llamada "jurisdicción voluntaria", por oposición a la "jurisdicción contenciosa", sin que ello quiera significar, en ningún caso, que aquella sea en verdad "jurisdicción" y mucho menos "voluntaria".

La idea misma de **jurisdicción** comporta la actitud o idoneidad del funcionario especialmente designado para ello, **de dirimir o desatar el conflicto de intereses que se ha suscitado entre dos partes**, por lo menos. De allí, pues, que no sea correcto hablar de "jurisdicción voluntaria", desde luego, que los asuntos radicados bajo dicho epígrafe, no son verdaderas controversias, como tampoco la actividad desempeñada por funcionario público para su evacuación, implica el ejercicio de la jurisdicción.

Hoy, más que nunca el Derecho busca la realización de la llamada "paz jurídica", o, en otros términos, la tranquilidad y sosiego de los ciudadanos. Por ello, en los Estados modernos, como lo recordara MARTHA BEATRIZ FARINI (3), es importante "delinear con alguna precisión tres aspectos de la justicia, correlativos de otras tantas funciones.

"A) **JUSTICIA PREVENTIVA**. Corresponde a los conceptos de seguridad pública y poder de policía y su fin es evitar la violación del orden social establecido y reglado por el derecho positivo.

"B) **JUSTICIA REPARADORA**. Su acción sucede al quebrantamiento de aquel mismo orden, con la finalidad de restablecerlo coercitivamente, sea que la perturbación se hubiere producido en el ámbito civil, en sentido lato, o en la esfera criminal.

"C) **JUSTICIA REGULADORA**. Tiene por fin arreglar casos, hechos, relaciones jurídicas, como se presentan en la actualidad, con el objeto de imprimirles un carácter de derecho formal; justicia ejercida en dos direcciones, 'voluntariamente', hoy por una autoridad judicial, como en la tutela, la curatela, la adopción, el estado civil, en el arreglo de las sucesiones, etc.; y 'voluntariamente', por la jurisdicción voluntaria, que comprende el notariado, el empadronamiento, las hipotecas, etc. (AHRENS ENRIQUE, citado por CASTAN TOBEÑAS JOSE).

"Las ideas de Ahrens, sirvieron de fundamento y orientación al excelente aporte de MONASTERIO GALLI, quien en los comienzos del presente siglo abogó en favor de la necesidad de dignificar la justicia reguladora, como transcendente función del Estado, determinando claramente su objeto, el órgano de aplicación, distinto al de la justicia reparadora, y las normas de procedimiento a que había de sujetarse.

3. FARINI Martha Beatriz: El Notariado Latino y la Jurisdicción Voluntaria; Ponencia presentada al XVI Congreso Internacional del Notariado Latino (Lima-Perú), 1982, págs. 109 y ss.

"Destaca el citado autor, que ambas instituciones, justicia reguladora - justicia reparadora, no pueden ser opuestas, 'pues las dos tienen el mismo resultado, que es en definitiva el imperio del derecho, agregando que cuanto con más energía y acierto se ejerza la acción y justicia reguladora, deberá hallar aplicación menor, la justicia represiva', el campo y la esfera de la una, es la antítesis de la otra".

En otros términos, suscitado conflicto de intereses, deberá dosificarse determinada medicina o correctivo, de tal suerte que la rama jurisdiccional se ocupe exclusivamente de los quebrantamientos del orden jurídico, a fin de lograr su restablecimiento, mediante la composición de un proceso. Pero, como el Estado también debe procurar la seguridad y tranquilidad ciudadanas, obrará preventivamente a fin de impedir la violación de lo reglado por el derecho positivo; función que debe adscribirse a la rama administrativa, específicamente a la policía. Ahora bien, si de formalizar o constituir determinados actos o negocios se trata, sin que se halle presente conflicto alguno entre los interesados, no hay necesidad de desgastar el órgano jurisdiccional, sino que tales asuntos deberán asignarse al notario, quien en su calidad de funcionario público, especialmente delegado por el Estado para cumplir esa función pública, fija los actos jurídicos y dá certeza de su existencia y veracidad ante todo el público.

Como se ha propuesto en innumerables Congresos y Jornadas Internacionales del llamado "Notariado Latino", desde hace unos 35 años atrás, la mayoría, si no todos, los asuntos llamados de "jurisdicción voluntaria", deberán sustraerse del conocimiento de los jueces, para atribuírsele a los notarios.

No quiere decir lo anterior que al notario se le estén atribuyendo funciones jurisdiccionales o facultándosele para administrar justicia, campo exclusivo de los miembros de la rama jurisdiccional. Sino antes bien, lo que se propone es que los jueces se ocupen exclusivamente de las controversias que le presentan los litigantes, y no de otros asuntos, cuya naturaleza es eminentemente administrativa.

La anterior propuesta comporta ventajas de variada índole, que se precisarán adelante.

III. VENTAJAS DE LO QUE SE PROPONE

Lo atrás consignado, implica un traslado de determinados asuntos que hoy gravitan en el sendero judicial para que engrosen la órbita notarial, sin que se piense que los que así se vayan a tramitar, queden amparados con el sello de firmeza de la cosa juzgada. Y esto no puede suceder, porque es principio general que las decisiones judiciales proferidas en los asuntos de "jurisdicción voluntaria" no hacen tránsito a cosa juzgada; y, porque, se insiste, los notarios no van a juzgar, sino tan sólo a participar en la creación del acto o negocio, a formalizarlo o a dar fe de lo ocurrido ante ellos.

Con razón el célebre notario y procesalista guatemalteco doctor MARIO AGUIRRE GODOY (4), ha dicho que las actividades de que se viene hablando, hoy de conocimiento de los jueces "bien pueden ser desempeñadas por otros funcionarios como por ejemplo los notarios o los registradores, o bien otros profesionales del Derecho calificados, lo que quiere decir que en el fondo toda esta parte de jurisdicción voluntaria no es más que cuando se atribuye a los jueces una administración del derecho privado por parte de los órganos judiciales. Pero esa administración del derecho privado por los órganos judiciales, bien pudiera hacerla el notario, el registrador u otro funcionario".

Las actividades desempeñadas por el notario, como actividades públicas que son, van amparadas por la presunción de legalidad, pero sin que ello quiera significar que los actos y negocios así realizados, sean inmutables y no enjuiciables ante el órgano jurisdiccional; desde luego, que como ocurre con todos los actos y negocios con repercusiones jurídicas, pueden ser sometidos a los jueces para juzgar su existencia, validez, eficacia y oponibilidad.

Sin embargo, el traslado que de tales asuntos se aspira, de la órbita judicial al ámbito notarial, refleja de suyo innumerables bondades, de todas conocidas que por lo mismo nos sentimos exonerados de enumerarlas, una a una, de tal manera que bástesenos con enunciar las que consideramos más relevantes a saber: a) Economía; b) Descongestionamiento de los despachos judiciales; c) Simplificación de trámites; y d) Seguridad.

ECONOMIA. Fundamentalmente serán los Estados quienes notarán beneficios económicos, con el sistema propuesto, habida consideración de que serán los particulares que demandan el servicio notarial, quienes sufragarán el costo del servicio, como lo vienen haciendo hasta hoy en los demás trámites que se surten ante notario. Consecuencialmente, los Estados podrán reducir el número de jueces, lo que obviamente redundará en sus tesorerías.

DESCONGESTIONAMIENTO DE LOS DESPACHOS JUDICIALES. Tal vez la ventaja mayor que emerge de lo que se propone, consiste en que la intervención notarial releva a los jueces de los asuntos que no son propiamente jurisdiccionales, permitiéndoles igualmente una mayor dedicación y esmero a los asuntos litigiosos sometidos a su consideración; es decir, los despachos judiciales se verán libres de un sinnúmero de asuntos que hoy dificultan la evacuación de ellos mismos y de los propiamente jurisdiccionales.

SIMPLIFICACION DE TRAMITES. Así se trate de los llamados "procesos de jurisdicción voluntaria", conocido es de todos que los trámites ante el juez son dispendiosos y que por razón de los principios que

4. AGUIRRE GODOY Mario: "La Jurisdicción Voluntaria y el Proceso Civil". Conferencia pronunciada en Bogotá, en las Jornadas Notariales de 1977. En Boletín del Colegio de Notarios de Colombia, N° 8, 1978, págs. 2 y ss.

rigen el procedimiento, resultan evacuados después de transcurrir largos plazos y de la realización de variados actos procesales. En cambio ante el notario, bien puede simplificarse al máximo tales actuaciones y lo que es más importante, concentrar en un solo acto los diversos pasos hoy existentes, o por lo menos agruparlos en un número muy reducido.

SEGURIDAD. No quiere darse a entender en lo más mínimo que los actos procesales adolezcan de inseguridad, pero resulta claro que los actos realizados hoy ante el notario, en la práctica se han surtido con un grado de seguridad máxima, y eso mismo se espera en la realización de los actos y negocios de que se viene hablando.

IV. ASUNTOS QUE PASARIAN A LA ORBITA NOTARIAL

Resultaría redundante precisar cada uno de los asuntos que como consecuencia del anterior planteamiento deberían ser evacuados ante notario, pues, como quedó dicho, desde hace más de 30 años en los diversos Congresos Internacionales de Notariado, se viene repitiendo lo mismo.

Sin embargo, estimamos conveniente hacer una enumeración meramente ejemplificativa, así:

- Celebración de matrimonio civil.
- Disolución y liquidación de sociedades conyugales, cuando exista común acuerdo.
- Divorcio de matrimonio civil cuando la causal sea mutuo consentimiento.
- Apertura y publicación de testamentos cerrados.
- Liquidación de herencias cuando los asignatarios y cónyuge sobreviviente obren de común acuerdo y sean plenamente capaces.
- Corrección y cambio de nombres de personas.
- Concurso civil de acreedores y concordatos preventivos en materia comercial.
- Insinuación para hacer donaciones entre vivos.
- Reconstrucción y reposición de títulos valores.
- Transformación y cancelación del patrimonio de familia.
- Notificaciones, requerimientos y desahucios.
- Licencias para gravar y enajenar bienes de menores y subsiguientemente realización.

Todo lo enunciado se entiende, siempre y cuando que entre los diversos interesados o intervinientes subsista el común acuerdo, pues, la intervención notarial cesará cuando el acto devenga litigioso, evento este en que se remitirá lo actuado al juez competente para conocer del conflicto.

Es de advertir que, como complemento de la nueva modalidad, a efecto de obtener mayor celeridad y seguridad en dichos actos, los interesados se harán representar por letrados o abogados (en ejercicio del **Jus Postulandi**).

V. CONCLUSIONES

A ensayo de conclusiones, que desde luego pueden ser modificadas, ampliadas y sustituidas por las determinaciones que se tomen en este Congreso, nos permitimos proponer las siguientes:

1°. Los actos que actualmente forman parte de la llamada "jurisdicción voluntaria", no envuelven propiamente el típico concepto de jurisdicción, sino más bien son actividades administrativas, que por haber sido sometidas a actuaciones judiciales, decididamente no transforman su propia naturaleza jurídica.

2°. Deberá descongestionarse a los jueces, suprimiéndoles la tramitación de aquellos asuntos que por su naturaleza no son litigiosos, para adscribirle su formación a otras autoridades, que al igual que los jueces también son depositarios de la fe pública.

3°. Parece indicado que la función notarial se extienda a la realización de los actos y negocios que en la actualidad son llamados "de jurisdicción voluntaria", siempre y cuando que estos asuntos no devengan litigiosos, pues en este evento deberán remitirse, de inmediato, al juez competente.

4°. Los interesados que ocurran ante notario para la realización de estos actos y negocios, deberán hacerse representar por letrados o abogados que les presten la asesoría técnico-jurídica requerida.

5°. A efecto de que los derechos de incapaces que intervengan en estos asuntos sean efectivamente tutelados, deberá citarse por el notario al respectivo agente del Ministerio Público, para lo de su cargo.

6°. Los actos y negocios creados, formalizados o solemnizados, de ninguna manera son inmutables, pues, pueden ser sometidos a consideración del juez competente para que éste juzgue sobre su existencia, validez, eficacia y oponibilidad.

7°. Como el notario, en dichos actos, interviene investido de una función pública, aquellos van amparados por la presunción de legalidad y tienen el alcance de documento auténtico.

8º. La enumeración de los diversos asuntos de cuyo traslado del ámbito judicial al notarial aquí se propone, es meramente enunciativa o ejemplificativa y por consiguiente admite ampliación.

9º. Los costos que comporte la actividad notarial, serán sufragados por los interesados.

V. CONCLUSIONES

IV. ASUNTOS QUE PASARÁN A LA ORBITA

A fin de que las conclusiones que desde luego quedan en modificación de las amplias y detalladas por las determinaciones que se hicieron en este Congreso, no parezcan proponer las siguientes:

1. Los actos que actualmente forman parte de la llamada "jurisdicción voluntaria", no envuelven propiamente el típico concepto de jurisdicción, sino más bien son actividades administrativas que por haber sido sometidas a actuaciones judiciales, decididamente se transfieren a su propia naturaleza jurídica.

2. Deberá descongestionarse a los jueces, suprimiéndose la tramitación de aquellos asuntos que por su naturaleza no son litigiosos, para describirlos en formación a otras autoridades, que al igual que los jueces también son depositarios de la pública.

3. Parece indicado que la función notarial se extienda a la realización de los actos y negocios que en la actualidad son llamados "jurisdicción voluntaria", siempre y cuando tales asuntos deban pasar litigiosos, pues en este evento deberán remitirse, de inmediato, al juez competente.

4. Los interesados que ocurran ante notario para la realización de estos actos y negocios, deberán hacerse representar por terceros o apoderados que les presten la asesoría técnico-jurídica requerida.

5. A efecto de que los derechos de incapaces que intervengan en estos asuntos sean efectivamente tutelados, deberá citarse por el notario al respectivo agente del Ministerio Público, para que comparezca.

6. Los actos y negocios que actualmente son llamados "jurisdicción voluntaria" en ninguna manera son litigiosos, pues pueden ser sometidos a consideración del juez competente para que éste juzgue sobre su existencia, validez, eficacia y oponibilidad.

7. Como el notario, en dichos actos, interviene investido de una función pública, aquellos que se celebren por la presencia de terceros