

Dr. Mignolio Pujols

La Jurisdicción Voluntaria

LA JURISDICCION VOLUNTARIA

Dr. Mignolio Pujols .-

La inquietud por el conocimiento , alcances y afianzamiento de la JURISDICCION VOLUNTARIA tuvo sus primeros intentos de discusión seria en octubre de 1984, fecha en que me tocó participar en el Curso Notarial organizado por la Universidad Autónoma de Santo Domingo.-

Como sigue siendo un tema nuevo y apasionante, he aceptado muy gustosamente la invitación que me ha hecho mi querida amiga y colega, Dra. Rosa Campillo, en nombre de la prestigiosa firma de abogados "Kaplan Russin, Vecchi & Heredia Bonnetti", para quienes va también mi reconocimiento por su interés demostrado en propendar al desarrollo de la cultura jurídica en el país, y lo hago únicamente con el deseo de despertar entre mis colegas la inquietud acerca del tema, con la esperanza de que pueda llegar a las altas instancias decisorias del país la necesidad y conveniencia de proponer las enmiendas de ley que restablezcan la importancia que debe tener el Notario en el quehacer jurídico del país.-

Por ello, en aras de contribuir a iniciar la etapa de rescate del prestigio del Notario, trataré de compendiar las opiniones que he podido recopilar de grandes notarialistas y de diversas fuentes del derecho notarial comparado.-

Es necesario , antes que nada, partir de las dos definiciones que encierra el título del tema:

a) JURISDICCION; y b) VOLUNTARIA.-

a) JURISDICCION:

Se ha debatido mucho acerca de la apropiada denominación de jurisdicción o competencia de los tribunales, tomando en cuenta aspectos de territorialidad o ámbito de acción, dependiendo de que las cosas o personas envueltas en una acción judicial se encuentren enmarcadas o no dentro de una determinada concepción geográfica, o en otro caso en que se refieren a distintas materias, lo cual ha provocado que se distinga la competencia de un tribunal en razón del lugar.-

Esta jurisdicción o competencia es tan frágil que no guarda relación con la experiencia o capacidad de un Juez o Tribunal , y depende de la acomodaticia necesidad política del Estado en la confirmación de sus mecanismos de control, por lo que una competencia territorial pueda cambiar tantas veces como se creen o se refundan provincias, municipios o distritos.-

Y son tanto más frágiles o inconsistentes por cuanto los límites de una provincia, por ejemplo, los puede determinar un río que puede cambiar de curso, y un predio en discusión encontrarse de la noche a la mañana, sujeto a la jurisdicción territorial de otro tribunal que no es el que el día anterior podía conocer de una litis sobre el mismo.-

Esa competencia de jurisdicción territorial en razón del lugar de la cosa o de persona envuelta en un litigio, ha de verse con menos profundidad de análisis y si se quiere de seriedad, por cuanto el mismo legislador permite que el tribunal apoderado pueda ser, de un caso determinado, tanto el del domicilio del demandante como del demandado. Y en este último caso, la jurisdicción de un tribunal en razón del domicilio de tan poca consistencia legal, que muchas veces lo determina el capricho o conveniencia de un abogado litigante, que le "fabrica" el domicilio a su cliente, porque la ausencia de mecanismos idóneos de control administrativo han convertido a nuestro país en un lugar del mundo en donde ni el Estado, ni el Gobierno, pueden decir con certidumbre cual es el domicilio de sus ciudadanos, ni cuales extranjeros tienen domicilio legal o no en la República.-

Es innegable que los mecanismos para establecer el domicilio real de una persona se pierden cuando en el principal documento de identificación personal (nuestra cédula), tanto el interesado dice residir en el sitio que más le convenga, como el incapacitado empleado o funcionario administrativo escribe mal el domicilio o no le importa poner cualquiera.-

Puede y debe entonces considerarse como cierta, objetiva, fiel a los propósitos de la ley, la declaración resultante de uno de estos dos condicionantes de nuestra realidad? Puede fundamentarse en ese criterio todo un principio consagrado en la Constitución y en todas las leyes adjetivas de un país, tan fundamental como el domicilio, para que podamos estar seguros de que todos los procesos y actuaciones judiciales que descansan en ello sean estrictamente legales?.-

Todos tenemos que hacer un análisis de conciencia y convenir en que de ese desorden administrativo nos aprovechamos para que un oficial público como el alguacil (ministerial o marshall en otros países) sea encomendado por un abogado a iniciar contra cientos de mujeres, procedimientos falsos de divorcio, simplemente señalando que ellas residen, por ejemplo, en la calle " Sánchez No. 13, de la ciudad de San Cristobal " sin haber residido nunca en esa ciudad.-

Es oportuno, por ello, separar los conceptos:

COMPETENCIA es, a mi juicio, sencillamente, el término que deter-

5

mina o fija los límites (territoriales o de cuantía o naturaleza del litigio) dentro de los cuales puede un Juez ejercer con plenitud de JURISDICCION, que quiere decir su autoridad, su potestad, su alcance, y dirijamos la atención a la capacidad de acción y no al territorio o zona que comprende.-

Fijemos pues, nuestro enfoque, en el concepto de jurisdicción, que es el punto de arranque del tema que nos ocupa. Etimológicamente, es una combinación de *ius* y *dícere* que significa : "aplicar o declarar derecho".-

Cabanelas, en su diccionario de Derecho Usual, completa el juicio cuando dice que "a toda jurisdicción va agregado el mando o el imperio, con el objeto de que venga cumplido y efecto sus prescripciones".-

Confirman este criterio los más eminentes tratadistas con palabras tan explicativas como las que aparecen en un texto del famoso jurista Gallo: "la jurisdicción es , en el sentido más amplio, el poder de los magistrados relativamente a las contiendas o relaciones jurídicas entre particulares".-

O como la simple pero convincente definición que dan Manresa y Navarro en uno de sus temas: "Jurisdicción se entiende como la potestad de que se hallan investidos los Jueces para administrar Justicia".-

O como dice escueta y sabiamente el jurista brasileño Firmo Da Silva: " el poder de aplicar el derecho, las leyes y juzgar ".-

Todas estas concepciones y tantas otras que sería innecesario señalar, podrían inducirnos a aceptar la idea generalizada de que esa "jurisdicción" es privativa únicamente de los Jueces y Tribunales, y parecería inútil tratar de relacionarla en forma alguna con la actuación del Notario, que es uno de los propósitos de este trabajo, sin ningún otro interés que abrir surcos en un terreno virgen que siquiera produzca frutos de inquietud en el pensamiento del Notario dominicano.-

El Derecho Notarial tiene la virtud de que no puede encasillarse y siempre salta en búsqueda de nuevas concepciones y alcances. Por ejemplo, el reputado procesalista Jaime Guasch, en un alarde de firmeza conceptual, lanza una opinión nueva que debe estudiarse a fondo cuando dice: "La jurisdicción es una función pública de exámen y actuación de pretensiones".-

Con esta postura jurídico - filosófica de Guasch entiendo que completa el esquema en que debemos encuadrar nuestra inquietud, dando por aceptado, por una parte, que la JURISDICCION es la potestad, la facultad, que el Estado confiere a los Jueces de Tribunales para tener,

usar y hacer respetar el poder decisorio que les permite y autoriza a aplicar e interpretar la ley, ejerciendo su arbitrio, permitiéndoles solucionar una contienda suscitada o un proceso cualquiera, promovido muchas veces por desconocimiento o por falta de una asesoría imparcial, pero cuya decisión siempre resulta en favor de una parte y consecuentemente en contra de la otra.-

Esta Jurisdicción (o potestad) que tiene el Juez para dirimir conflictos, para resolverlos por una sentencia en sentido escrito, aplicando o interpretando normativamente el derecho en situaciones de confrontación, es la que tradicionalmente se ha dado en llamar jurisdicción contenciosa, y que magistralmente define Cabanellas como "La que ejerce el Juez sobre intereses opuestos y contestaciones contradictorias, determinándolas con conocimientos legítimos de causa o por medio de la prueba legal".-

O como dice Capitant en su famoso Vocabulario Jurídico, abrevadero de los que no tenemos concepto claro de las definiciones:

"Jurisdicción Contenciosa es la determinación del "poder de juzgar los litigios entre dos o más "partes, incluso los juicios sumarios".-

Finalmente, creo que puede comprenderse mejor el objetivo y los fundamentos de la Jurisdicción Contenciosa, si estamos de acuerdo con Augusto Firmo Da Silva cuando dice que con ella se procura "la restitución de derecho que se presume violado".-

Pero es el caso que el Juez tenía y tiene aun atribuciones de las cuales no se le apodera en razón de un litigio o situación contenciosa, sino como parte de las funciones en que se requiere su intervención por disposición de la ley o por solicitud voluntaria de los interesados, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas, entendiéndose que en estos casos la naturaleza de la intervención del Juez es propiamente legitimadora y homologadora, nunca decisoria.-

Tal como señala el brillante notarialista mexicano Bernardo Pérez Del Castillo, puede concentrarse diciendo que en estos casos el Juez actúa frente a actos en los que se hacen constar hechos o manifestaciones de voluntad, sin necesidad de que intervenga un acto de desición, y en los que el Juez apenas interviene para homologar el acuerdo previo o la voluntad expresada por las partes.-

b) VOLUNTARIA.

Esta Función, que algunos llaman puramente administrativa, es lo que en derecho notarial se conocía como Jurisdicción Graciosa, y en que algunos tratadistas han dado en llamar Jurisdicción Impropia, y otros Jurisdicción Prorrogada, pero que en la mayoría de los textos parece haber un consenso generalizado en llamarle JURISDICCION VOLUNTARIA, aunque algunos no convencidos se empeñan en decirle, con vergüenza, "la llamada Jurisdicción Voluntaria". Permítame ahora identificarme con este término de Jurisdicción Voluntaria, hasta tanto podamos conseguir que llegue a llamarse JURISDICCION NOTARIAL, como yo espero y creo.

Con ello me complace coincidir con el pensamiento del brillante abogado nuestro Dr. M. A. Báez Brito, quien dice que "en estos casos, las partes recurren en forma voluntaria, en jurisdicción voluntaria" haciendo hincapié en que ello es contrario a la Jurisdicción Contenciosa.

Eduardo Couture, eminente jurista uruguayo, que ha dado prestigio a la literatura notarial latinoamericana, sostiene que el vocablo "Jurisdicción Voluntaria" se debe a Marciano, quien en el Digesto dice:

Todos los precónsules, tan pronto como hayan salido de la ciudad, tienen Jurisdicción, pero no contenciosa, sino voluntaria, de modo que, por ejemplo, pueden manumitirse ante ellos tantos hombres libres como siervos, y hacerse adopciones; en cambio, ante el Delegado del precónsul nadie puede manumitir, pues no tiene tal jurisdicción".

Es decir, que desde Marciano se denominó Jurisdicción Voluntaria a los procedimientos seguidos sin oposición de parte, y en los cuales la decisión que el Juez profiere no causa perjuicio a persona conocida.

"La que ejerce el Juez sin la solemnidades del juicio, por medio de la intervención en un asunto que, por naturaleza, o por el estado en que se halla, no admite contradicción de parte".-

Sin embargo, es justo señalar que el término todavía no es "Jurisdicción Voluntaria", aceptado como el más correcto por todos los juristas, y ello es lógico tratándose de definición de conceptos.-

Se ha sostenido que es mal llamada así, porque "si es jurisdicción no puede ser Voluntaria, y que una es la antítesis de la otra" y por ello los autores alemanes Speck y Wolff postulan la conveniencia de sustituir el

término "Jurisdicción Voluntaria" por el de actividad o procedimiento extralitigioso".-

Con todo el rubor posible, no comparto la opinión de tan ilustres tratadistas, porque entendiendo que en su deseo de querer ser más exactos, han caído con esa definición en una mayor confusión que aceptando la de "jurisdicción voluntaria", teniendo en cuenta que "actividad o procedimiento extralitigioso" puede ser toda acción, trabajo, actuación o proceso del hombre que esté fuera de todo litigio, aún cuando no sea un negocio o convenio propiamente jurídico en el alcance técnico que nos ocupa, y que no haya de ser sancionado u homologado, ni ser objeto de una actuación notarial.

Otros autores, como Carnelutti, se conforman en cambios con que se le llame "proceso voluntario" queriendo únicamente sustituir el término "jurisdicción" por el de "proceso", pero aceptando, sin embargo, lo de voluntario".-

Yo creo que Carnelutti se conforma con cambiarle a la definición esa sola palabra, para caer entonces en el peligroso camino de que le llamaremos "proceso voluntario", y estaríamos aceptando que la jurisdicción voluntaria no se sustraiga de la facultad decisoria propia de los jueces, porque en términos jurídicos un "proceso" es precisamente lo contrario: un debate, un litigio, un pleito, que al ser contencioso por naturaleza, debe ser atribución única de los jueces. En otro orden, habría que entender el "proceso" como el "momento dinámico de cualquier fenómeno físico, químico, psicológico, sociológico, etc.

Pido a ustedes, pues, no compartir el criterio de Carnelutti y mantener el término de "Jurisdicción Voluntaria:" por ahora, en el entendido de que no estamos hablando de Jurisdicción territorial o en razón de la materia, sino a la facultad y potestad de los jueces, o como "una función pública de exámen y actualización de pretensiones", según dice Firmo Da Silva.-

Así, como por ejemplo, Daniel Suárez Hernández va más lejos al considerar que ni es Jurisdicción ni es voluntaria, aunque tampoco encuentra una más adecuada definición, porque sin decirlo expresamente, en forma implícita se opone también a la concepción de "proceso" de Carnelutti, cuando dice textual y claramente (Revista Internacional del Notariado No.79, pg.100):

"Resulta claro en la doctrina que las personas que colaboran en la redacción de los actos procesales, como mínimo deben ser tres: el Juez, sujeto director del poder que está investido de jurisdicción y vale decir para decidir y ejecutar las respectivas

providencias jurisdiccionales; el actor, o demandante, sujeto procesal que pide o demanda la providencia; y el demandado sujeto pasivo de la relación procesal, que es aquella persona frente la cual se pide o demanda la providencia.-

Sin embargo, es de considerar que Capitant, en su "Vocabulario Jurídico" ya mencionado, sostiene que la Jurisdicción Voluntaria es:

"La atribución conferida por la ley a los tribunales o sus presidentes, que les da poder para decidir en materia no contenciosas, en principio de interés exclusivo de la parte peticionante, tales como la homologación de la deliberación de un Consejo de Familia, de la transacción sobre bienes de menores o interdictos... etc.-

Sin embargo no creo que para establecer la diferencia entre una Jurisdicción y otra, ninguna más sencilla y no por ello menos jurídica y lógica, que la que señala el tratadista brasileño Firmo Da Silva, cuando dice que la Jurisdicción Contenciosa es aquella en que:

"se procura la restitución de un derecho que se cree violado" y la Jurisdicción Graciosa o Voluntaria es aquella en que se busca la homologación de un derecho que posee.-

Algunos consideran, desde otro ángulo, que la Jurisdicción Contenciosa sirve para el reconocimiento del derecho existente, mientras que la Jurisdicción Voluntaria lo es para la "creación de derechos" (ver Informe de la Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional).-

Es históricamente constante que la Jurisdicción o potestad de los jueces en materia contenciosa se ha visto reforzada con el paso de los tiempos, y así ha de seguir siendo si se logra proporcionar a la Judicatura de los recursos humanos, materiales y del respaldo total del Estado que necesita y merece, pero que lamentablemente hasta ahora, con toda la alharaca de sus panegiristas, no ha proporcionado porque no les conviene a sus intereses.-

Sin embargo, para comprender la trayectoria e importancia que va adquiriendo la Jurisdicción Voluntaria, debemos remontarnos al antiguo Derecho Romano: en el primer momento de la jurisdicción contenciosa (o propia como también se le llama), denominado "in-jure", se originaba, como consecuencia de ello, la sentencia "ad-dictio" que según sostiene Bonilla Sandoval "es el origen de la Jurisdicción Voluntaria viéndolo como fundamento histórico de la existencia del Derecho Notarial", con lo cual el brillante tratadista da a entender que la base del Derecho Notarial descansa en el afianzamiento, evolución, ampliación y proyec-

ciones de la Jurisdicción Voluntaria.-

Ese esquema procedimental romano clásico, como se ve, estaba dividido en dos momentos: el primer (in-jure) era precisamente aquel en que las partes aceptaban someter el litigio a un tribunal arbitral, no ante el llamado "Magistrado" de entonces.-

Se llegó más lejos para evitar en lo posible la intervención de los tribunales: si alegada y examinada la cuestión de derecho en el primer momento, y antes de nombrarse un árbitro, el demandado reconocía la razón de la demanda (confessio in - jure), se dictaba esa sentencia **ad-dictio**, que significa **ratificación del derecho**, es decir, **homologación del derecho que posee**, como diría Firmo Da Silva.-

Así nace "un procedimiento judicial sin controversia, que se utilizó como medio creador de derecho, porque el demandado se allanaba, reconociendo el derecho del demandante" según explica Bonilla-Sandoval.-

Creo que fue pensando en ello que hace algunos años el Dr. Ramón Pina Acevedo proponía en un enjundioso trabajo jurídico, la conveniencia de que se estableciera el "laudo arbitral" que contempla nuestro Código Civil, para la solución extra-tribunal de la mayoría de los que, desde hace poco tiempo viene dando excelentes resultados el Tribunal de Arbitraje autorizado por la ley 50 / 87, bajo la responsabilidad de las Cámaras de Comercio y Producción. aunque su jurisdicción y/o competencia está limitada únicamente a asuntos que se susciten entre comerciantes miembros de esa respetable institución.-

Pero si hemos de aceptar que todas esas y otras opiniones y situaciones reales no son más que el resultado por la decepción que provoca el trajinar durante años por las salas y archivos de nuestros tribunales ordinarios de justicia, en procura de la solución de un problema judicial que pudo haberse solucionado mediante la intervención de un árbitro idóneo, responsable y capaz, preferiblemente un Notario con capacidad y fuerza Moral aceptadas.-

Por ello, paulatina pero inexorablemente, el legislador ha venido sustrayendo del área de acción decisoria de los Jueces ordinarios los asuntos que no son litigiosos, dejándoles como atribución, en la mayoría de los acuerdos de las partes. Hemos de reconocer, sin embargo, que aún esta labor simple y sencilla ha venido a ser tan inexplicable e innecesariamente lenta y distorsionadora del interés común de partes que no son litigantes entre sí, que es prudente considerar seriamente la posibilidad de establecer mecanismos que propicien una más rápida obtención de estas homologación del Juez en TODOS los asuntos no contenciosos.-

Estas aseveraciones tienen un convincente punto de apoyo en la opinión del eminente tratadista Rufino Larraud en su "curso del Derecho Notarial" (Ed. 1966, pág. 119), cuando manifiesta:

"Hoy se puede afirmar que la doctrina, en su tendencia dominante, admite que la Jurisdicción Voluntaria es una actividad de naturaleza administrativa, vale decir, no jurisdiccional (en los tribunales), atribuida por el legislador a la competencia de los organismos judiciales por razones de carácter histórico o de simple política legislativa o de mero interés circunstancial. En verdad, la Jurisdicción Voluntaria, como el Derecho Notarial, pertenecen al plano de la normal realización de derecho e integran un sistema de administración pública del Derecho Privado.-

En nuestro país, los jueces actúan todavía en casi todos los casos homologatorios que en otros países ya han sido desviados de su campo de competencia y puestos a cargo del Notario.-

En efecto, nuestros Códigos atribuyen a los Magistrados Jueces, y por orden de consecuencia adscriben a los órganos judiciales propiamente dichos, todas las cuestiones y materias en que, sin proveerse contienda o discusión alguna entre las partes, se entiende necesaria la intervención sancionadora u homologadora del Juez en la Jurisdicción Voluntaria.-

Cito varios de esos casos, teniendo en cuenta que en algunos de ellos interviene el Notario únicamente en su fase inicial, que es precisamente la más importante porque recoge la voluntad de las partes:

- a) Declaratoria de incapacidad;
- b) Declaratoria de ausencia y declaratoria de muerte presunta o desaparición legal, únicamente circunscritas a los acontecimientos provocados por la tiranía de Trujillo y por la Revolución de Abril de 1965;
- c) Confirmación de nombramiento e instalación de los consejos de Familia, así como en algunos casos de designación de tutores y protutores;
- d) Venta de bienes de menores ;
- e) Rectificación de actas del Estado Civil ;
- f) Divorcio y separación por mutuo consentimiento ;
- g) Subasta voluntaria de bienes, especialmente de menores ;
- h) Adopción, y muchos otros que han de llevarse al Juez para su Homologación.-

Es innegable que nuestra legislación es la que menos participación le da al Notario en asuntos de Jurisdicción Voluntaria. En México, Guate

mala, Perú, Uruguay, Costa Rica, Panamá, Colombia, El Salvador, Honduras, Argentina y en casi todos los países europeos y asiáticos, la intervención notarial es determinante y exclusiva en los aspectos tratados, y mucho más amplia su esfera de acción en otros actos de la vida civil, como en los matrimonios y en cualquier otra actividad en que la libre voluntad de las partes pretenda imponer una situación legal nueva que a ellas solamente le interese, que únicamente causa efectos legales entre ellos, siempre que no interfiera en los derechos de los demás ni vaya en contra de las leyes o de las buenas costumbres.-

En Guatemala, por ejemplo, uno de los países latinoamericanos en donde yo creo que la función notarial ha alcanzado mayor auge e impotancia en los últimos años, el Notario actúa realmente como oficial público con potestad para celebrar matrimonios y en procesos sucesorios en forma extrajudicial. Hace pocos años se dictó allí la "Ley Reguladora de Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción, que amplía aún más el campo de acción y competencia del Notario en dicha Jurisdicción, atendiendo a tres anteproyectos sometidos por el eminente notarialista Mario Aguirre Godoy y que se hicieron transcribir en dicha ley formando parte de la misma:

a) Que la mayor parte de las materias comprendidas en la Jurisdicción Voluntaria están atribuidas a los órganos jurisdiccionales con el consiguiente recargo en el volumen de trabajo que soportan los tribunales;

b) Que los Notarios, como auxiliares del órgano jurisdiccional colaboran eficazmente con los tribunales a través de su fé pública, en la instrumentación de actos procesales;

c) Que es conveniente ampliar la función del Notario a fin de que pueda llevar a cabo los distintos actos en que no hay contención, para facilitar la celebración de los actos de la vida civil.-

Teniendo estos principios como fundamentos de la ley, ésta exige dos requisitos esenciales para que cualquier asunto pueda ser tramitado ante Notario:

a) El consentimiento unánime de todos los interesados;

b) Que si algún interesado manifestare en forma auténtica oposición ante el Notario éste debe abstenerse de seguir conociendo el asunto.-

Hay un término que no podemos dejar pasar inadvertido, y es el que señala que el Notario "no puede seguir conociendo" el asunto, con lo cual, inadvertida o conscientemente, se deja la sensación de que el Notario, en caso de Jurisdicción Voluntaria, realmente conoce de los asuntos a su cargo, como lo hace un Magistrado Juez.-

Es interesante, por ello, comprobar el avance de la función notarial en

Guatemala, por cuanto la nueva ley faculta únicamente a los Notarios para recibir y resolver las solicitudes de:

- a) Declaratoria de ausencia;
- b) Disposición y gravámen de bienes de menores, incapaces y ausentes;
- c) Cambios de nombre, omisión y rectificación de actas de nacimiento;
- d) Constitución del patrimonio familiar (parecido a nuestra constitución en bien de familia);
- e) Adopción;
- f) Determinación de la edad de un individuo en base a la declaración de un médico competente;
- g) Constancia o reconocimiento de preñez o parto de una mujer en casos de ausencia, separación o muerte del marido.-

Otro caso reciente en que se ha puesto de manifiesto la importancia de la función notarial en nuestro hemisferio es el Decreto No. 1073 del Gobierno de El Salvador, del 2 de abril de 1982, por iniciativa de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual se tomaron en consideración motivos más que justificados y que inciden con mucha relevancia en la corriente moderna de dar mayor alcance a dicha función, y que es preciso ponderar por su acertado enfoque jurídico:

a) Que la Jurisdicción Voluntaria, actualmente de la competencia de los Jueces ordinarios, no conlleva a la solución de litigios o conflictos de intereses;

b) Que las sentencias de los Jueces en Jurisdicción Voluntaria no adquieren la autoridad de la cosa juzgada;

c) Que esa atribución se conceda a los Notarios como delegados del Estado (se refiere a delegatorios de la fé pública) para que pueda actuar con los mismos efectos y consecuencias de derecho;

d) Que es conveniente ampliar la función notarial para que el Notario actúe como auxiliar del órgano jurisdiccional en beneficio de la administración de Justicia.-

En este Estatuto legal salvadoreño nos encontramos con que nuevas materias se consideran asuntos de Jurisdicción Voluntaria y se ponen a cargo del Notario: a) la declaratoria de segundas nupcias ; b) el establecimiento de ausencia del padre o de la madre que deban dar su consentimiento para el matrimonio de un menor ; c) la determinación del peculio profesional o industrial de un adulto hijo de familia ; d) copias fidedignas de documentos ; e) oposición y levantamiento de sellos ; f) traducciones.-

Hemos hecho hincapié con El Salvador y Guatemala por lo reciente de su reglamentaciones y porque además establecen innovaciones en muchas de las materias que aún aquí desconocemos, pero es innegable que otras disposiciones avanzadas encontramos en las legislaciones de la mayoría de los países en los cuales prima el Notariado de tipo latino, como en Alemania Federal con su "Ley de Jurisdicción Voluntaria" que entró en vigencia desde enero de 1900.-

Nuestro legislador, en cambio, se ha mantenido rezagado, temeroso, conservador y hasta reticente si se quiere en adoptar medidas de avance en este sentido; y creo que es por una de estas dos razones: o por temor a enfrascarse en estudios y discusiones técnicas de tan profunda concepción y alcances jurídicos y sociales; o por recelo a otorgarle al notario mayores atribuciones que las que actualmente tiene, porque precisamente es un oficial público que no tiene, relación de subordinación como los jueces a una de las dos Cámara Legislativas.

Yo he conversado con algunos legisladores de este y anteriores períodos congresionales, y casi todos coinciden en preguntar hasta dónde el notario puede realizar la función que ha estado siempre a cargo del juez en materia de jurisdicción voluntaria, y si se vería bien que a los jueces se les desplace de algunas de sus funciones para atribuírselas a los notarios.

Yo les he contestado con estas preguntas:

El notario no es, en esencia y propósito, como exponente de la fé que el Estado le autoriza, una especie de Juez de Prevención de contiendas y conflictos ?

No es el notario, por su función de recoger e interpretar la voluntad de las partes que ante él concurren, una especie de juez de equilibrio, de justeza y de conciliación ?

Y no será por ello que la experiencia y capacidad jurídica del notario en el tratamiento de los asuntos a su cargo, si a ello une la honestidad que le haga factible de credibilidad, haya dado origen y peso a la máxima doctrinaria que hemos oído en muchos Congresos notariales de que "EN NOTARIA ABIERTA, TRIBUNALES CERRADOS" ?

Plenamente identificado con estos pensamientos, siempre he creído que en vez de crear nuevos tribunales que nunca alcanzan ni alcanzarán para solucionar los problemas de que son apoderados (máxime si no se les provee de sueldos decorosos a los Magistrados que sean capaces, ni papel para las sentencias o archivos para conservarlas), debíamos contribuir y propender al cierre de algunos mediante la adopción de medidas legislativas que pongan a cargo del notario TODAS las materias de que actualmente conocen los jueces en jurisdicción voluntaria, principalmente

cuando en esos casos la función del Juez es únicamente homologadora, es decir, confirmadora, sin que nunca pueda ser en otra forma que aprobatoria de la voluntad de las partes: primero porque no es dable al Juez variar la intención o propósito de las partes en el asuntos no contenciosos estipulados ante Notario ; y segundo, porque en esos casos el Juez no tiene calidad, per-se, para negarle credibilidad ni validez al acto auténtico que para esos propósitos instrumenta un Notario calificado, siempre que se ajuste a las exigencias de la ley, porque ni siquiera puede el Juez interpretar o dudar de la intención de las partes que hayan concertado acuerdos lícitos.-

(Es oportuno aclarar que Notario calificado es aquel que lo es legal, moral y profesionalmente, que ajusta todas y cada una de sus actuaciones al marco de la Ley del Notariado y el Código de Etica, a fin de que pueda ser considerado sujeto idóneo con credibilidad suficiente para ser merecedor del título hasta ahora muy irrespetado de "depositario de la fe pública").-

Estas expresiones , atrevidas si se quiere, pero que han sido meditadas y ponderadas durante años , me hacen pensar que de lograrse, el Notario estaría realmente orgulloso de su profesión y la cuidaría en extremo.-

Para tratar de darle mayor fuerza a mi propósito, empecemos a recorrer un surco nuevo con lo que nos dice el eminente notario uruguayo Eduardo Couture en su libro "El Concepto de la Fe Pública".-

"Desde los primeros tiempos se acostumbró a asociar al "Magistrado un tabelario o notario, para dar al proceso un "cariz de mayor "autenticidad. Pero en breve lapso "posterior, es el magistrado quien "desaparece y queda "solamente el tabelario o notario, que es quien "refrenda el "acto Jurídico.-

"Nace así la JURISDICCION VOLUNTARIA que es una "verdadera "función administrativa que se desenvuelve "dentro del ámbito "jurisdiccional. Mas tarde, la "Jurisdicción Voluntaria se desliga de la Jurisdicción "oficial y pasa directamente a los Notarios.-

Antonio Belver Caro, notario español, dice en su obra "Principios de Régimen Notarial Comparado".-

"Compete pues a la actuación notarial como una magistratura inter-
"volentes o mejor aún, in-volente, verdadera jurisdicción voluntaria,
"que da al acto y al hecho jurídico la legitimidad, facilidad, certeza,
"permanencia y eficacia en el mayor grado posible".-

Seguimos encontrando criterios de fuerza para considerar la necesidad de que el Notario sustituya al Juez, por lo cual creo conveniente transcri-

bir la opinión del Notario portugués Dr. Veiga de Gama Vieira en un trabajo presentado en el IV Congreso Internacional de Notariado Latino:

"Los notarios potugueses. . . aparecen y se manifiestan integrados en el mismo sistema y en el Orden jurídico social como magistrados de fe pública. El Notario . . . aplicando la ley a la voluntad manifiesta de los interesados, en vista de su interpretación en la esfera jurídica, actúa como Magistrado ejerce una actividad jurisdiccional en el puro significado de esta palabra, o sea en el sentido de que aplica y declara el derecho. Son Magistrados de la Jurisdicción Voluntaria.-

El maestro argentino Jorge Bollini entiende que la actividad del Notario en la Jurisdicción Voluntaria debe ejecutarse ejercitándo su facultad fideifaciente, para homologar esos actos como oficial público y no como profesional del derecho en ejercicio del jus-postulandi.-

Siendo el Notario el depositario de la fe pública en forma tan inequívoca y convincente, es indudable que está revestido de todos los elementos y condiciones legales necesarios para ser depositarios de la voluntad de las partes contenida en los actos auténticos que instrumenta.-

Y es en la fe pública, en la absoluta credibilidad que el Estado otorga a los actos pasados ante Notario, donde descansa la seguridad entre los ciudadanos al canalizar a través suyo la solución de sus negocios, de sus deseos y de sus voluntades.-

La confianza en la función notarial está firmemente enraizada en la conciencia del pueblo dominicano, y esa es una ventaja. Si no , tenga pendiente que cualquier ciudadano que pretende tener su derecho incontrovertiblemente fuera de cualquier duda, alega que su escritura está hecha por un notario, o cuando no la tiene buscar ansioso y a cualquier precio la actuación de un Notario para que le "legalice" un documento cualquiera, o sabe que para que un reclamo serio le sea recibido sin peligro de que le sea contradicho, de seguro le dirán "Vaya y notarice o legalice esa carta".-

Más, los que hemos nacido y ejercido como Notario en los pueblos del interior de la república sabemos que el campesino dominicano tradicionalmente le ha tenido tanta confianza a este "depositario de la fe pública ", que muy frecuentemente cualquier negociación, por importante que sea, se efectúa en una notaría de la siguiente manera, principalmente cuando el terreno no está saneado catastralmente y por tanto carece de certificado de Título.

Sin cita previa, se presentan al Estudio del Notario el comprador y el vendedor, generalmente acompañados de uno o más " testigos " como si fuera casual. El vendedor deposita ante el notario la escritura,

el plano o la venta (se le llama así al documento) que le acredita como propietario del inmueble, y el comprador le entrega el dinero al notario, para que éste sea quien lo cuente y luego de firmarse el documento, se lo entregue, contándolo también, al vendedor. Firman ambos y sin procurar recibo ni copia del acto, se van a sus campos, segurísimos de que su negocio ha quedado garantizado, con promesas de volver luego a procurar su "escritura". Ese "luego" se convierte en años, y cuando alguien le pregunta por sus documentos de propiedad, dicen tan confiados como si lo guardaran en una caja fuerte: "lo tiene el notario tal".

Esa confianza llega al extremo de que en ocasiones, cuando el notario le avisa al comprador que desde hace tiempo el documento está transcrito y la primera copia lista para entregársela, generalmente le envía un recado como éste: "dígame que me la guarde, que allá tá má segura!"

Esto se ha reforzado en la región Sur del país cuando el campesino sabe que muchos documentos se dañaron o perdieron en sus casas a consecuencias de la devastación e inundaciones del huracán David y la tormenta Federico en el año 1979, y sin embargo, ningún documento se perdió en el Estudio de los notarios.

Y es que, como dice el gran maestro argentino Eduardo Pondé, cuya sapiencia añoramos, "la fe pública es espontánea por inherente a la natural convivencia humana. Hay que creer en determinadas cosas y, creer en ellas con vigor de fe, de fe sin exclusión, sin privatismo. sin singularidad, fe para todos, fe pública."

Y la fe pública notarial es más firme, más consustancial con la naturaleza y las necesidades humanas, porque como dice Sanahuja y Soler: "es personal e intransferible".

Pongamos algunos ejemplos: el Oficial de Rentas Internas, de Policía, de Salud, de Foresta, el Secretario del Tribunal, inclusive el Alguacil, son detentadores momentáneos de fe pública en función del cargo que ocupan, y carecen de ella en horas no laborables, en vacaciones, en días feriados y tan pronto son cancelados por el capricho o el interés general de funcionarios.

El notario, en cambio, es poseedor de la fe pública de manera personal, por sí mismo, siempre y de manera vitalicia.

Su condición de permanencia es tal, que ni siquiera puede ser trasladado por la Suprema Corte de justicia como hace esta con los jueces.

Con estos breves datos creo haber podido transmitir claramente el por qué de mi convicción personal de que el notario tiene todas las condiciones y características necesarias para que la ley le transfiera TODAS las funciones administrativas de la Jurisdicción voluntaria que tienen los Jueces, en la seguridad de que la ciudadanía saldría beneficiada.

Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que todos estos conceptos se encuadran en el criterio dominante en la doctrina y jurisprudencia de varios países, y que compartimos plenamente, en que tan pronto un asunto recibido por un notario se torne contradictorio, de inmediato sea tramitado al tribunal competente.

Es pertinente aclarar que cuando hablo de juez no me refiero a la persona de ningún Magistrado, sino al Juez en su función de tal, sea quien fuere; y si el notario lo es de verdad (imparcial, justicia, capacitado y honesto), tiene más condiciones y cualidades para actuar en todas las materias de la Jurisdicción Voluntaria, según lo veo yo en el siguiente cuadro demostrativo:

1.- El Notario actual tiene que ser abogado por imperativo de la ley, aún en el más apartado rincón de la República.-

2.- El Notario tiene una única categoría, sin importar el sitio donde ejerza su ministerio, todos con igual calidad.-

3.- El Notario no tiene superiores jerárquicos ni funcionarios superiores que revisen o modifiquen la forma o su decisión de aplicar la Ley frente a la voluntad de las partes.-

4.- El Notario es designado de por vida, a menos que no viole la ley no puede ser destituido ni siquiera por la Suprema Corte de Justicia, ni por el Presidente de la República, ni por el Senado.-

5.- El Notario es responsable personalmente y mientras viva, de la conservación y presentación de los protocolos, actos y comprobantes que conestén en su estudio.-

1.- El Juez, de acuerdo con la ley puede ser designado como tal sin ser abogado, cuando en su jurisdicción no exista.-

2.- Los Jueces son tales en la medida del alcance de su competencia. Hay Jueces menores y superiores.-

3.- El Juez tiene escala de jerarquía que impiden que su actuación sea definitiva. Siempre hay un Juez superior que modifica o anula su sentencia.-

4.- El Juez (en todas sus instancias) es designado por el Senado por no más de 4 años, debiendo ser ratificado en cada período. A veces no se ratifica hasta que se designe otro por simpatía políticas.-

5.- El Juez no es personalmente responsable de las sentencias ni de los archivos, ni de los documentos que hayan sido depositados en sus manos sino al Secretario de Turno.-

- 6.- Nadie puede designarle un sustituto al Notario mientras esté ausente o impedido. El decide en manos de otro Notario de su confianza y responsabilidad deja su protocolo y expedientes.-
- 7.- El Notario no puede ser trasladado de su jurisdicción por ningún motivo ni por ningún órgano o poder del Estado.-
- 8.- El Notario es el único Oficial Público que puede actuar sin permiso de nadie en todas las horas y días laborables o festivos.-
- 9.- El Notario es quien personalmente expide las primeras, segundas y ulteriores copias, así como certificaciones de los
- 6.- El Juez no tiene calidad para sugerir su sustitución en caso de licencia o incapacidad. Inclusive puede sustituirle un Juez inferior, acabado de designar o graduar, y hasta contrario suyo.-
- 7.- La Suprema Corte de Justicia puede trasladarse a todos los Jueces a donde quiera, y siempre de un extremo a otro del país.
- 8.- El Juez tiene limitaciones de horas y días para sus actuaciones, hasta durante Semanas enteras (Semana Santa y Navidades).-
- 9.- El Juez no puede expedir copias ni certificaciones de las sentencias o los autos que dicta.-

Si todas estas consideraciones no fueran suficientes para considerar la necesidad, conveniencia o garantía de que el Notario puede sustituir al Juez en los actos de jurisdicción Notarial, que pueda convertirse algún día en Jurisdicción Notarial, debo apoyarme en uno de los más acucioso investigadores y notarialista modernos, el mexicano Bernardo Pérez Fernández Del Castillo. Yo repito y hago míos sus conceptos contenidos en un trabajo sobre " La Tramitación de Sucesiones antes Notario" .-

"Si volvemos la vista al pasado, encontramos la escribano público, "definido por el Rey Sabio en las Sietes Partidas como:

"Escruiano tanto quiere decir, como ome que es sabidor

"de escreuir ; e son dos manera dellos.

"Los vnos, que escriuen los preuillejos, e las cartas e Los

"actos de casa del Rey; e los otros, que son los

"pleytos, e las postura que los omes ponen entre si en las

"Cibdades."

"El escribano público, como fedatario que era, daba fe de los
"actos y hechos jurídicos, tanto dentro como fuera de los
"procedimientos juicios civiles y criminales . En los juicios, se
"les denominaba escribanos de delincuencias".-

"Fue hasta el año de 1867, cuando se dictó el ordenamiento
"denominado LEY ORGANICA DE NOTARIOS Y
"ACTUARIOS DEL DISTRITO FEDERAL, que por primera
"vez (en México) se da el nombre de Notario al escribano
"público y lo desvincula de la función Jurisdiccional. La
"actividad de los Secretarios y actuarios se reguló por sus leyes
"especiales, y ambos fedatarios sustituyen al escribano de
"diligencias.-

"A partir de ese momento, actos y hechos jurídicos se hacen
"constar por el Notario (antes escribano público) o bien por el
"Secretario del Juzgado, es decir, cada uno en su área.-"

El Juez, sin embargo, nunca ha tenido, ni tiene, ni puede tener fe pública. Todas las sentencias, notificaciones, comparecencias y actuaciones del Juzgado eran certificados por el escribano de diligencias antes y lo son ahora por el Secretario del tribunal para poder tener valor probatorio, credibilidad y "fe pública".-

Entiendo que ha llegado la hora de que se haga un alto en el camino del desorden, que empiece la búsqueda del beneficio del orden, y que se entienda como normal y correcto el hecho de que se puede y se debe investigar a todo funcionario depositario de capacidad decisoria y de fe pública, porque en ello descansa la seguridad jurídica de la nación.-

Es más, creo que debe investigarse siempre a todo Juez y a todo Notario. Y que se tenga una constante, persistente y minuciosa vigilancia sobre ellos y sobre nosotros, para asegurar un buen comportamiento vigilado, porque ni los santos se comportan bien si Dios no los chequea.-

Y en la medida en que a los Jueces se les sustraiga la función homologadora de los actos de Jurisdicción Voluntaria y se transpasen al Notario, los marcos de refencia y los campos de acción estarían deslindados: los Jueces únicamente deberan responder y responderán de los asuntos contenciosos y los Notarios de los de la Jurisdicción Voluntaria puestos a su cargo.-

Con ello se evitaría que un Juez pueda decir (como sucedió recientemente) que en las irregularidades de divorcios por mutuo consentimiento debía investigarse al abogado o al Notario en vez de los Jueces, lo que no se atrevería a decir si se tratase de asuntos contenciosos, porque en estos no interviene más nadie que su libre albedrío.-

Por eso es necesario que se considere, ahora más que nunca, la conveniencia y necesidad de que TODOS los asuntos no contenciosos, de Jurisdicción Voluntaria, sean transferidos por la Ley a los Notarios, y que éstos respondan de esas actuaciones con exclusividad sin comprometer la responsabilidad de los Jueces, que quedarán con sus atribuciones específicas.-

Quiero referirme además a la conveniencia de que también el proceso de determinación de heredero, cuando no fuere contencioso y no forme parte de una litis sobre terreno registrado, sea competencia exclusiva del Notario.-

Espero que no se considere esta proposición como atrevida, o que mi interés es quitarle atribuciones al Tribunal Superior de Tierras. Créame que no es esa mi intención, sino la derivante de mi firme convicción de que ningún asunto que no sea litigioso entre las partes deba ser atributivo de competencia del Juez en su jurisdicción de dirimidor de conflictos.-

La razón es que en casos de determinación de herederos en que el Tribunal Superior de Tierras, por expresa disposición de la ley, puede disponerla administrativamente, lo único que realmente hace ese Tribunal es homologar la documentación relativa a la filiación entre los parientes o herederos del finado. Qué función de JUEZ ejerce? Ninguna. Decide de una forma u otra al pedimento? No lo hace ni puede hacerlo, a menos que se presente reclamante que no halla figurado como heredero tanto en la declaración sucesoral como el acta de notoriedad.-

Además, como la determinación de herederos no es definitiva, nunca es excluyente de cualquier reclamación posterior de heredero que justifique sus derechos como tal, inclusive aún cuando el Certificado de Título haya sido expedido a las personas determinadas por la resolución del Tribunal de Tierras, y siempre es posible la inclusión un nuevo heredero.-

Por eso la intervención del Tribunal Superior de Tierras no es decisoria sino simplemente homologatoria, y como tal no debe ni tiene que ser función de los Jueces, y que yo aspiro a que sea en el futuro JURISDICCION NOTARIAL.-

No quiero que pase inadvertido para ustedes el hecho de que en el curso de esta exposición de mis ideas, en ningún momento he dicho Notario Público "sino simplemente "Notario", como lo que realmente es.

La antigua Ley 770 del 8 de noviembre de 1927 y la actual No.301, en todo su articulado hablan únicamente de Notario y en ninguna parte se hace la más mínima mención del apellido, porque hay un solo NOTARIO. Por qué nos dicen Notarios Público? Es que alguien tiene notarios Privados?

Parece que el criterio de llamarnos Notarios Públicos viene acentuándose de veinte años acá, cuando en algunas leyes que no modifican la ley de Notariado sino que se refieren a algunos aspectos en que interviene el Notario, ha venido apareciendo como Notario Público. Pero esto se debe a que en esas leyes no han intervenido profesionales del derecho como tales sino legisladores en función de aprobadores de los proyectos que les envía el Poder Ejecutivo.-

Como desconocedores de la función del notario se menciona erradamente como " Notario Público ", únicamente en las siguientes:

- a) Ley 339, del 22 de agosto de 1968, que declara bien de familia los edificios para viviendas construidos por el Estado;
- b) Ley 145, del 4 de junio de 1971 que modifica la Ley de Cheques;
- c) Ley 108 del 15 de enero de 1980, que modifica la Ley General de Bancos.-

Por tanto, no hay ninguna razón para que siga utilizando la designación de "Notario Público" inclusive en documentos oficiales de tanta importancia como las designaciones que como tal hace la Suprema Corte de Justicia, en los Decretos del Poder Ejecutivo concediendo el exequatur correspondiente y en todos los restantes actos de la administración Pública.-

Empecemos a corregir este desacierto. Seamos Notarios como dice la Ley, y sintámonos orgullosos de serlo.-

Creo que debo determinar con el tedio que les he provocado, dejándoles mis preocupaciones y mis recomendaciones, hechas con la mejor intención:

1ro. Que la Universidad Autónoma de Santo Domingo dé un paso de avance y decida adoptar el pénsam que hace varios años le fue sometido por el Colegio Dominicano de Notarios y por los representantes de la Unión Internacional del Notariado Latino doctores Raúl Moneta y Eduardo Pondé, para la creación de una especialidad de Teoría y Práctica Notarial. Reconozco el avance que hemos logrado con la inclusión de la enseñanza de Derecho Notarial, como han hecho la Universidad Iberoamericana (UNIBE), la Universidad de Católica Madre y Maestra (UCAMAIMA) la Universidad Eugenio María de Hostos.-

2do. Recomendar al Colegio de Abogados de la República y al Colegio Dominicano de Notarios, inc. que en conjunto se dirijan a la Suprema Corte de Justicia para que se detenga el nombramiento de Notarios en el Distrito Nacional, desde hace tiempo en exceso de los que le corresponden en proporción al número de habitantes (yo

personalmente, sigo creyendo que actúan ilegalmente los notarios designados sin cupo, sin jurisdicción).-

3ro. Que estas dos instituciones promuevan y propicien la discusión científica de estas inquietudes, con juristas realmente más calificados, y si son de considerar pertinentes, preparen y presenten los anteproyectos de leyes tendentes a modificar cuantas disposiciones sean necesarias, a los fines de establecer que TODAS las materias de la llamada Jurisdicción Voluntaria que hasta la fecha están a cargo de los Jueces, sean servidas únicamente por los Notarios calificados; y

4to. Que al mismo tiempo se estudie la conveniencia de crear un Directorio de Protocolos Notariales, designado por la Suprema Corte de Justicia por recomendación del Colegio de Abogados y del colegio de Notarios, tal como existe en Puerto Rico, Venezuela y otros países, para que ejerza un control real y efectivo de todas las actuaciones del Notario calificado, para que ésta responda a la necesidad de garantía del pueblo dominicano.-

Mignolio Pujols,
Notario

Santo Domingo, República Dominicana
28 de noviembre de 1989.-