

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO



TESIS DE GRADO

**“PROPUESTAS JURÍDICAS PARA QUE LOS NOTARIOS DE FE
PÚBLICA PUEDAN RESOLVER CASOS NO CONTENCIOSOS
DENOMINADOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA”**

POSTULANTE: GUSTAVO GREGORIO SILES VIA

TUTOR: Dr. JAIME MAMANI MAMANI

LA PAZ – BOLIVIA
2007



DEDICATORIA

A mi hijo Leandro Gustavo con mucho amor y cariño, todo mi esfuerzo y

trabajo , quien colmo mi corazón de
tantas expectativas por eso y mucho
más lo amo

AGRADECIMIENTO

Muchos Agradecimientos a mis papas Alicia y Gregorio, y mis Hermanos Lílíam, Miriam, José, Susana por su tolerancia y paciencia, logrando al fin mi propósito par el bien de toda mi familia...

ÍNDICE GENERAL

<i>Dedicatoria</i>	
<i>Agradecimiento</i>	
1. INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
MARCO METODOLÓGICO	
1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	3
1.1. PROBLEMATIZACIÓN	5
2. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA	6
3. DELIMITACIÓN DEL TEMA DE TESIS	9
3.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA	10
3.2. DELIMITACIÓN ESPACIAL	10
3.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL	10
4. OBJETIVOS	10
4.1. OBJETIVO GENERAL	10
4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	10
5. HIPÓTESIS	11
5.1. VARIABLES	11
5.1.1. Variable Independiente	11

5.1.2. Variable Dependiente	11
5.1.3. Variable de Análisis	13
5.1.4. Nexo Lógico	13
6. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	14
6.1. TÉCNICAS A UTILIZARSE EN LA INVESTIGACIÓN	14
7. CRONOGRAMA DE TRABAJO	16
8. ESQUEMA PROVISIONAL DE TESIS	17

CAPÍTULO II

ORÍGENES Y ANTECEDENTES DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

2.1. APARICIÓN DEL NOTARIO EN LOS PUEBLOS ANTIGUOS.....	18
2.1.1. El Sistema Jurídico Administrativo del Imperio Romano	19
2.1.2. La Historia determinó en cada Civilización	20
2.1.3. En el periodo de la Independencia de los Pueblos Americano	20
2.1.4. En las prostrimerías de la gran civilización	25
2.1.5. Egipto.....	25
2.1.6. Roma	31
2.1.6.1. Jurisprudencia Romana sobre el Notario	32
2.2. EN LA EDAD MEDIA	33
2.3. EN EL RENACIMIENTO	34
2.4. EN LA EDAD MODERNA	35
2.5. ANÁLISIS HISTÓRICO DEL NOTARIO EN EL DERECHO	37
2.5.1. Historia	37
2.5.2. El Derecho Romano	38
2.5.3. Periodos Políticos del Derecho Romano	38
2.5.4. En la época anterior al Derecho de Justiniano	41
2.5.5. Tabularios y Tabeliones en el Derecho Justiniano	42
2.6. ORGANIZACIÓN DEL TABELIÓN DURANTE LEÓN VI EL FILÓSOFO	46
2.7. EL NOTARIO DURANTE LA EDAD MEDIA	48
2.8. AL FINAL DE LA EDAD MEDIA	50

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS DEL NOTARIADO LATINO

3. PRINCIPALES SISTEMAS INTERNACIONALES DEL NOTARIADO	55
--	-----------

3.1. EL NOTARIO LATINO, DIFERENCIA CON EL SISTEMA ANGLOSAJÓN	55
3.2. LA UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO.....	59
3.3. DOS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS Y SU VINCULACIÓN CON EL.....	61
3.4. LOS PRINCIPIOS DEL NOTARIADO LATINO	63
3.5. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS DEL NOTARIADO LATINO	64
3.6. LOS PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN EL DERECHO NOTARIAL	74
3.6.1. Principio de la Forma.....	74
3.6.2. Principio de la Escritura.....	74
3.6.3. Principio de Inmediación	75
3.6.4. Principio de Notoriedad	75
3.6.5. Principio de Unidad de Acto	76
3.6.6. Principio de Matricidad o Protocolo	76
3.6.7. Principio Testimonial	76
3.6.8. Principio de Legalidad	77
3.6.9. Principio de Consentimiento	77
3.6.10. Principio de Representación Instrumental	78
3.6.11. Principio declarativo de Hechos y Derechos	78

CAPÍTULO IV JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

4. CONCEPTO ETIMOLÓGICO	79
4.1. ELEMENTOS DEL ACTO JURISDICCIONAL	79
4.1.1. Forma de la Jurisdicción.....	79
4.1.2. Contenido de la Jurisdicción.....	81
4.1.3. Función de la Jurisdicción	83
4.2. EL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN	85
4.2.1. Definición de Jurisdicción	85
4.2.2. Alcance de la definición.....	86
4.3. JURISDICCIÓN CONTENCIOSA, VOLUNTARIA Y DISCIPLINARIA	89
4.3.1. Extensiones del concepto de jurisdicción	89
4.3.2. Jurisdicción Contenciosa.....	89
4.3.3. Jurisdicción Voluntaria.....	90
4.3.4. Forma de la Jurisdicción Voluntaria.....	93
4.3.5. Contenido de la Jurisdicción voluntaria	94
4.3.6. Función de la Jurisdicción voluntaria	96
4.3.7. Jurisdicción Disciplinaria	98

4.4. NATURALEZA DE LA JURISDICCIÓN	99
4.5. ÁMBITO JUDICIAL Y NOTARIAL.....	101
4.5.1. Distribución	104
4.5.2. Competencia por razón de lugar.....	104
4.5.3. Competencia por razón de la materia	107
4.5.4. Competencia por razón de grado	110
4.5.5. Competencia por razón de la persona	112
4.5.6. Competencia por razón de turno	113

CAPÍTULO V

INTERVENCIÓN NOTARIAL EN PROCESOS JUDICIALES DE DISTINTA NATURALEZA

5.1. ACTOS NO CONTENCIOSOS	114
5.2. PONENCIAS	116
5.3. FUNDAMENTOS DE LAS PONENCIAS	118
5.4. POSIBLE INTERVENCIÓN NOTARIAL EN FUNCIONES JUDICIALES	120
5.5. PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LA TERCERISACIÓN DE FUNCIONES JUDICIALES	126
5.6. NOTIFICACIÓN AL DOMICILIO POR ACTA NOTARIAL	126
5.6.1. Opción de la Notificación	128
5.6.2. Soporte material del Acta	131
5.6.3. Exigencia de Requerimiento.....	131
5.6.4. Firma del documento de notificación y entrega de copia	132
5.7. AUDIENCIA DE PRUEBA E INTERVENCIÓN NOTARIAL.....	134
5.8. PROCESO NO CONTENCIOSO	135
5.8.1. Sucesión Extrajudicial	137
5.8.2. Carácter Opcional	139
5.8.3. Libre Elección del Notario	140
5.8.4. Patrocinio Letrado	142
5.8.3. Acta de notoriedad, indivisión hereditaria y partición	142
5.9. ALGUNAS FUNCIONES ACTUALES Y POTENCIALES DEL NOTARIO	143
5.9.1. Las que constituyen al notario en auxiliar de la justicia	143
5.9.2. Las que significan un beneficio a la comunidad	145
5.9.3. Las que significan un beneficio a la familia.....	148
5.10. SITUACIÓN DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN NUESTRO PAÍS.....	150

CAPÍTULO VI.

PROPUESTA LEGISLATIVA

<i>I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS</i>	<i>151</i>
<i>II. TRÁMITES VOLUNTARIOS A INCORPORARA A LA FUNCIÓN NOTARIAL ..</i>	<i>151</i>
<i>III. REFORMULACIÓN DE LA LEGISLACIÓN</i>	<i>152</i>
<i>IV. MODIFICACIÓN E INCORPORACIÓN A LA LEY DEL NOTARIADO</i>	<i>152</i>
<i>V. MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL</i>	<i>154</i>

CAPÍTULO VII.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

7.1. CONCLUSIONES	160
7.2. RECOMENDACIONES	161
BIBLIOGRAFÍA	163
ANEXOS	166

“PROPUESTAS JURÍDICAS PARA QUE LOS NOTARIOS DE FE PUBLICA PUEDAN RESOLVER CASOS NO CONTENCIOSOS DENOMINADOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA”.

1. INTRODUCCIÓN

Tratar el tema de la jurisdicción, la competencia y a quienes se les enviste con esas facultades, parece una temática trillada, estudiada y escrita muchas veces. Sin embargo, dentro de la temática general de la jurisdicción, cabe preguntarnos del beneficio de los destinatarios de los mismos: los ciudadanos de a pié, para quienes la ciencia del derecho no le interesa como concepto, sino como práctica que baja a solucionar cada día de mejor manera sus conflictos de carácter jurídico y los trámites jurídicos que no tienen conflicto, pero tienen muchísimo o todo de jurídico.

Por ello, la presente tesis, propone el camino de escudriñar otra vez, el concepto verdadero de jurisdicción y su aplicación práctica para la solución de conflictos jurídicos, para lo cual como es tradicional, se encuentran investidos los jueces, siendo la propuesta nueva para nuestra legislación, el que procesos actuales en los que no existe litis sino más al contrario acuerdo de pleno de los solicitantes (que no son partes contrarias) y, cuyo conocimiento esta reservado a los jueces, pasen por ley a conocimiento privativo de los Notarios de Fe Pública, dentro de una tendencia internacional y sistema de Derecho Notarial Latino, en donde el Notario, es un profesional calificado, que no solo da fe pública, sino que asesora y es autor de sus documentos con responsabilidad.

Adentrémonos pues recordar y acomodar en su exacto lugar a las facultades inherentes a la jurisdicción y la competencia de los jueces y notarios de fe pública.

CAPITULO I

MARCO METODOLÓGICO

1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Dentro del Derecho en general, encontramos varias instituciones que en su aplicación práctica y conforme a la evolución de otras instituciones y Derechos, se quedan rezagados. Es así que en materia de procesos que no importan contención ni contradicción entre las partes, cuyo conocimiento actualmente es de competencia de los Jueces de Partido y de Instrucción en lo Civil, dentro de un proceso de conocimiento o dentro de un proceso voluntario, en los mismos, supuestamente las partes tienen intereses contrapuestos de tal manera que actúan con distintos patrocinantes, en un juego de demandante y demandado fingiendo contradicción y litis de intereses, lo cual en los hechos no es evidente, pues en realidad, las partes tienen intereses comunes no litigiosos, por lo cual en esos casos el Juez, no ejerce en realidad jurisdicción, no juzga, no dirime conflictos, pues las partes están de mutuo acuerdo en la decisión final que se prevé tomará el juez.

Entonces, tenemos por un lado que, la actividad jurisdiccional (cuyos límites están fijados por las competencias que les otorgan la Ley de Organización Judicial el Código de Procedimiento Civil y otros como el Código de Familia), se encuentra perjudicada y distraída con actividades de la llamada “jurisdicción voluntaria” como ser el conocimiento de las declaratorias de herederos, mensura y deslinde, rendición de cuentas, inventarios, etc., casos en los que (repito)

no existe contención real, pues las partes no se encuentran enfrentadas, sino acordes con la nueva situación jurídica que buscan y los efectos del mismo; pero, pese de ese acuerdo, cual si existiera litis, deben fingir esas partes, estar enfrentadas y pasar por todas las etapas de un proceso llamado voluntario, sumario, y otros el de un proceso ordinario contencioso, como el de la disolución de matrimonio de mutuo acuerdo, distrayéndose y perjudicándose por un lado (como ya lo dijimos) la actividad jurisdiccional propiamente dicha, que bien podrían utilizar esos tiempos en la solución de verdaderos conflictos jurídicos, como los divorcios contenciosos y procesos de nulidad, desalojo, y otros; por otro lado, el mundo litigante en su conjunto, encuentran perjuicio de tiempo en la inversión de tiempo y dinero, toda vez que deben pasar (repetimos) por las mismas etapas, requisitos y formalidades que el de los procesos sumarios y ordinarios, pudiendo bien tener un tratamiento especial y expedito esta clase de actividad procesal.

Por otro lado, el “**Derecho Notarial**”, en estos últimos tiempos a evolucionado doctrinalmente siendo actualmente nuestro país, miembro del la Unión Internacional del Notariado Latino (U.I.N.L.), dentro del cual en uniforme conclusión se ha visto la necesidad fáctica de ampliar la competencia de los Notarios para conocer todos los actualmente llamados procesos voluntarios o jurisdicción voluntaria, en los que no existe litis, tal el caso de las declaratorias de herederos, mensura y deslinde, la disolución del matrimonio de mutuo acuerdo, los reconocimientos de firmas (que antes los conocía el Juez según la cuantía), las rendiciones de cuentas, apertura y protocolización de testamento, etc., reservando para la autoridad jurisdiccional, la competencia de resolver los casos sumarios y ordinarios litigiosos, opuestos al mutuo acuerdo.

Por último, es en los hechos, es de conocimiento general que la actual Ley del Notariado Boliviano, es totalmente obsoleta pues data del año 1858, existiendo a la fecha varios anteproyectos que pretenden modernizar las diversas instituciones de dicha Ley, en el que se debe introducir esta temática de la competencia de los Notarios para conocer los procesos voluntarios, modernizando así la aplicación practica de instituciones jurídicas en Bolivia.

1.1. PROBLEMATIZACIÓN

- ✍ ¿Existen procesos que conocen los jueces en los que no existe litis ni intereses contradictorios entre las partes?
- ✍ ¿Existe realmente litis y contención en los llamados procesos de jurisdicción voluntaria?
- ✍ ¿Cual es el índice de procesos sin contención o litis que se tramitan ante los jueces dotados de jurisdicción?
- ✍ ¿Cuál debe ser la verdadera naturaleza de competencia de que se encuentren dotados los Jueces?
- ✍ ¿La Ley del Notariado Boliviano vigente desde 1885, esta aún acorde con las necesidades reales de la sociedad Boliviana?
- ✍ ¿Hasta que punto a evolucionado la doctrina del Derecho Notarial en materia de jurisdicción no contenciosa en el ámbito internacional y nacional?
- ✍ ¿Son factibles de aplicación las recomendaciones de la Unión Internacional del Notariado Latino (U.I.N.L.) en Bolivia?
- ✍ ¿En que consiste realmente la jurisdicción no contenciosa y la competencia voluntaria?
- ✍ ¿Los Notarios de Fe Pública, están capacitados o no para conocer casos de jurisdicción no contenciosa en Bolivia?

2. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.

La competencia del Notario está limitada por la capacidad de actuación, el ámbito geográfico y las especificaciones de la habilitación funcional. Nuestras leyes consideran al Notario como el autor del instrumento público y actúa al servicio del derecho, le corresponde el ejercicio pleno de la fe pública en todas las relaciones de derecho privado, sin que exista contienda y previa solicitud de partes. El concepto de jurisdicción, es esencialmente jurídico, es declarar derecho cuando el mismo ha sido lesionado, es el poder o autoridad de que se hallan investidos los jueces para administrar justicia, decidir y sentencia con arreglo a derecho. Dentro de la jurisdicción judicial, podemos dividir entre contenciosa y voluntaria. La misión principal de los jueces es resolver los litigios sometidos a su consideración, y éste es el verdadero sentido de la jurisdicción; pero a su vez, los jueces ejecutan actos en los que no hay controversia, en los que por el contrario no existe litis sino acuerdo de partes. Para Carnelutti, la diferencia entre el proceso contencioso y el voluntario, está dado por la distinción entre conflicto actual y conflicto potencial de intereses. La finalidad del proceso contencioso es represiva; hacer que cese la contienda; la finalidad del proceso voluntario es preventiva. La jurisdicción contenciosa se ejerce pronunciando un fallo con arreglo a lo que resulte de lo manifestado y probado por las partes, mientras que en la jurisdicción voluntaria el pronunciamiento solo tiene por objeto dar autenticidad a un acto o certificar el cumplimiento de algún requisito de forma.

El Notario como funcionario autenticante, investido por el Estado del poder de dar fe, tiene la posibilidad jurídica de elaborar documentos auténticos con igual eficacia que la magistratura judicial y con la ventaja de una mayor economía procesal. El Notario no sustituye ni desplaza al magistrado, colabora con él y lo libera de quehaceres que por la fuerza de la tradición, se venían conservando, y que deben pasar al profesional más específicamente preparado para ello, que es el Notario. Y hace tiempo, que por todo lo expuesto, se va abriendo paso la idea de derivar las actividades judiciales donde no hay contienda entre partes, al notariado, lo que implicaría una notable agilización de la justicia,

al restarle de lo jurisdiccional los actos no contenciosos. La actividad notarial, en ésta jurisdicción no contenciosa como es el caso del conocimiento de la mensura y deslinde, declaratorias de heredero, rendición de cuentas, etc., lo puede realizarse de una buena manera, ya que el escribano o Notario, ejerce su facultad fideifaciente, dentro de un criterio medido y prudente que no invada, ni la competencia de los jueces, ni la de otros actos estrictamente administrativos, ni la de otros profesionales del derecho.

En nuestro país, ha habido proyectos de Reforma del Código Civil y Procesal de la Nación, en el que se sustituye el juicio sucesorio y se le atribuye al Notario las mismas facultades que a los jueces, sería como un proceso notarial, imponiéndoles las mismas obligaciones, como por ejemplo la publicación de edictos, citación de herederos y acreedores y declaratoria de herederos. Esto significa un gran avance en cuanto a que se extraería de la jurisdicción judicial, los juicios sucesorios. Pero no es la más feliz. Otro proyecto es el que pretende sustituir el juicio sucesorio, por un Acta de Notoriedad, mediante la reforma del Código Civil. En este caso, el Notario receptorá la documentación justificativa (partida de defunción del causante, partidas de nacimiento que acrediten el vínculo de los herederos, etc.) haciendo un examen de ellas e incorporándolas al protocolo, como documentos habilitantes, conjuntamente con las declaraciones necesarias de los intervinientes, con esto el Notario puede afirmar que está demostrado el carácter de heredero y así completar el Acta de Notoriedad. Posteriormente ésta Acta deberá ser inscripta en el Registro Especial que cree cada Colegio Notarial o en el de Juicios Universales; con ésta inscripción, los herederos tienen la libre disposición de los bienes de la herencia. Con esto queda demostrada la función que tiene el escribano de controlar los antecedentes que justifican el vínculo, lo mismo hace cuando controla los antecedentes del dominio mediante estudio de títulos cuando tiene que otorgar, por ejemplo, una escritura de compraventa. A esos proyectos, la presente tesis pretende sumar uno en especie, el que los notarios de Fe Pública, conozcan de todos los casos denominados de jurisdicción voluntaria, de tal manera que los notarios en estos casos, receptorían la documentación justificativa necesaria exigida por el Derecho Sustantivo y Adjetivo en cada caso, como ser, el certificado de matrimonio,

los certificados de nacimiento de los hijos, títulos de propiedad, folios real, declaración de testigos voluntaria, etc., todo en una audiencia solemne, haciendo un examen de ellas e incorporándolas al protocolo, como documentos habilitantes, conjuntamente con las declaraciones necesarias de los intervinientes, con esto el Notario puede afirmar que está demostrada la situación jurídica de propietario de los comparecientes, de herederos de otros, de una armonía en la rendición de cuentas, del estado civil de casados de otros, de la existencia de bienes gananciales, de otros indisponibles como el patrimonio familiar, etc., para así completar el Acta de Notoriedad. Posteriormente ésta Acta deberá ser inscrita en el Registro Especial que cree cada Colegio Notarial o en el de Juicios Universales; con ésta inscripción, los interesados podría obtener las copias necesarias para probar la nueva situación jurídica personal o patrimonial que les interesaba constituir y probar.

Con esto queda demostrado la función que tiene el escribano de controlar los antecedentes que justifican la situación jurídica personal o patrimonial de los comparecientes, lo mismo hace cuando controla los antecedentes del derecho propietario mediante estudio de títulos cuando tiene que otorgar, por ejemplo, una escritura de compraventa.

Un ingrediente muy importante que hay que sumar a todas estas consideraciones y posibilidades que se han venido proponiendo en el transcurso de los años pasados, es el interés que tiene el pueblo, para que los tramites de los llamados procesos voluntarios se terminen pronto, ya que los beneficios son muchos; celeridad, economía, facilita el tráfico inmobiliario, alivia a la justicia, etc. Pero a pesar de todos estos beneficios, los proyectos presentados y los que se presentarán en el futuro, no van a llegar a sancionarse, mientras se siga legislando para los intereses de particulares o de grupos y no para el interés general de la población, más aún cuando se siga considerando que tales proyectos son ataques a la actividad de los abogados y que propician una competencia desleal.

Pero, yendo mas allá, además de la los llamados procesos de jurisdicción voluntaria sin litis ni contención, el Notario también puede actuar incluso en casos donde hay controversia, litis, contención, y en este punto nos referimos a la mediación notarial.

La mediación es un método para la resolución de conflictos y un medio útil para llegar a la armonización de los intereses encontrados de las partes. El Notario por sus características profesionales y por su experiencia como moderador, está especialmente capacitado para ser mediador y desempeñarse como notario mediador con competencia en todos los asuntos que tengan que ver con el derecho, sin excluir a los asesores (abogados) de cada parte. Por supuesto que el Notario deberá capacitarse para actuar en la resolución de conflictos. El tratamiento de los conflictos, a través de la mediación, responde a una cultura jurídica y social nueva, que intenta frenar el acceso de los conflictos a los tribunales a fin de aliviarlos, ya que es de público conocimiento que se encuentran desbordados y aunque estamos en la era de la informática aún no han conseguido un adelanto tecnológico suficiente. Los procesos son lentos y costosos lo cual hace casi imposible reestablecer la paz entre las partes ante un litigio. El Notario Mediador puede y esta facultado para redactar el acuerdo alcanzado por las partes y plasmarlo en una escritura pública, que a su vez le otorga carácter ejecutivo al acuerdo. Debemos trabajar y comprometernos más con la mediación, capacitarnos y promocionarla a fin de que pueda imponerse sus beneficios nos enorgullecerán.

3. DELIMITACIÓN DEL TEMA DE LA TESIS.

3.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA

La presente tesis, tiene como objeto de investigación, la jurisdicción no contenciosa y la posibilidad de atribuir su conocimiento a los Notarios de Fe Pública; temática a desarrollarse dentro del área del Derecho Notarial, Derecho Civil y Procesal.

3.2. DELIMITACIÓN ESPACIAL

El presente trabajo de investigación tendrá como referencia espacial el ámbito de las Ciudades de La Paz y El Alto.

3.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL

La información que se recabe en el presente trabajo será del tiempo presente.

4. OBJETIVOS

4.1. OBJETIVO GENERAL

Modernizar la Ley del Notariado y el tratamiento de los procesos llamados de jurisdicción voluntaria, desjudicializándola a esta última, para beneficiar al mundo litigante y a la actividad jurisdiccional

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- ✍ Determinar la existencia de la urgente necesidad de descomprimir la actividad jurisdiccional, para otorgar eficacia y economía procesal.
- ✍ Determinar que en los casos de jurisdicción voluntaria, en la actualidad, no conlleva en sí contención, litis o desacuerdo entre los interesados, sino armonía y conciencia sobre los efectos del mismo.
- ✍ Demostrar que la llamada jurisdicción no contenciosa, no constituye materia propia de la labor jurisdiccional.

- ✍ Demostrar que, los Notarios de Fe Pública, que como funcionarios públicos dan fe, comprueban, califican y legitiman los hechos y los actos jurídicos voluntarios, son los indicados para conocer casos de jurisdicción voluntaria.
- ✍ Estructurar los aspectos doctrinales y técnicos generales de la jurisdicción no contenciosa, conforme a las nuevas tendencias del Derecho Notarial.
- ✍ Reformar la Ley del Notariado, proponiendo una normatividad que regule la dotación de competencia a los Notarios de Fe Pública en el conocimiento de casos de jurisdicción no contenciosa o voluntaria.

5. HIPÓTESIS

EN LOS PROCESOS LLAMADOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA, NO EXISTE LITIS NI CONTENCIÓN REAL, POR LO QUE SU CONOCIMIENTO, ES IDEAL QUE PASE DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL A LA ACTIVIDAD NOTARIAL

5.1. VARIABLES

5.1.1. Variable Independiente

Procesos llamados de jurisdicción voluntaria.

5.1.2. Variable Dependiente

Inexistencia de litis y contención en los procesos de jurisdicción voluntaria

Idealidad del traspaso del conocimiento de los procesos de jurisdicción voluntaria, de la actividad jurisdiccional a la notarial.

5.1.3. Unidades de Análisis

El tratamiento investigativo presente, pretende involucrar la revisión en lo principal de las siguientes unidades de análisis:

- a) La ley de Organización Judicial
- b) Códigos Civil y de Procedimiento Civil
- c) Ley del Notariado de 1858.
- d) Anteproyecto de la Ley del Notariado del Colegio Nacional de Notarios de Fe Publica de Bolivia
- e) Grupos de abogados en la ciudad de La Paz y El Alto.
- f) Grupos de ciudadanos litigantes y no litigantes de las ciudades de La Paz y El Alto.
- g) Grupo de Jueces ligados a la materia de las ciudades de La Paz y El Alto.

5.1.4. Nexo Lógico

El instrumento que permite la relación de las variables y las unidades de análisis es:

- a) “No existe...”
- b) “Es ideal...”

6. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

"El método científico es el camino específico que recorre cada ciencia en particular, a fin de lograr su doble objetivo de conocimiento y dominio de la realidad. A este camino, a esta actividad es lo que denominamos Investigación Científica."⁽¹⁾

"En el amplio sentido de la palabra, el método es la vía, el modo, el procedimiento empleado para resolver de forma ordenada una tarea de índole teórica, práctica cognoscitiva, económica, pedagógica, etc. Se entiende por método científico la cadena ordenada de pasos (o acciones) basadas en un aparato conceptual determinado y en reglas que permitan avanzar en el proceso del conocimiento, desde lo conocido hasta lo desconocido."⁽²⁾

En la investigación y análisis documental, el método deductivo es el más adecuado, toda vez que como es de conocimiento general, la deducción es el método de obtención de conocimientos que conduce de lo general a lo particular, lo cual permitirá en la presente tesis, obtener conclusiones firmes.

La observación científica como "método del conocimiento empírico es la percepción dirigida a la obtención de información sobre objetos y fenómenos de la realidad: constituye la forma más elemental de conocimiento científico y se encuentra en la base de los demás métodos empíricos. La observación científica es un procedimiento intencionado, selectivo e interpretativo de la realidad mediante el cual se asimilan y explican los fenómenos perceptibles del mundo real, de forma consciente y dirigida. La observación científica, como método de recojo de información presenta particularidades que la diferencian de la simple práctica de la observación espontánea y casual."⁽³⁾

¹ TAPIA, Abel. 1982. "Metodología de la Investigación". Arequipa. Edit. Mundo. paga. 27

² RODRIGUEZ, Francisco. y OTROS. 1984. "Introducción a la Metodología de las Investigaciones Sociales". La Habana. Editora Política, paga. 29-30

³ RODRIGUEZ, Op.Cit. P. 31.

Para revisar las fuentes documentales respecto a la temática del la disolución del matrimonio de mutuo acuerdo, es adecuado el uso del método analítico y del sintético. "el análisis es la separación material o mental del objeto de investigación en sus partes integrantes con el propósito de descubrir los elementos esenciales que lo conforman mientras que la síntesis consiste en la integración material o mental de los elementos o nexos esenciales de los objetos, con el objetivo de fijar las cualidades y rasgos principales inherentes al objeto. El análisis y la síntesis aunque son diferentes, no actúan separadamente. Ellos constituyen una unidad concebida como método analítico-sintético del conocimiento científico."⁽⁴⁾

El método **dogmático jurídico**, es otro adecuado método aplicable a esta tesis, pues éste permite el análisis de la norma jurídica sin ninguna relación con hechos directa o indirectamente relacionados; en otras palabras solo analiza la ley tal y como es.

El **método histórico**, que permite analizar el objeto de estudio mediante una sistematización de información del problema, tomando en consideración casos concretos del pasado en materia de disolución de matrimonios por la vía de acuerdo mutuo en Bolivia.

El de **las construcciones jurídicas**, que nos permite insertar propuestas no aisladas sino mas bien que estén en consonancia de la misma estructura del ordenamiento jurídico boliviano vigente, coadyuvando este método a construir con sistemática complementaria y sin contradicciones.

6.1. TÉCNICAS A UTILIZARSE EN LA INVESTIGACIÓN

- ✍ **REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA.**- Que permitirá a esta tesis asentar con precisión, los postulados que esgrime, para obtener conclusiones de la misma naturaleza, toda vez que a través de esta técnica, se tendrá acceso a revistas,

⁴ RODRIGUEZ. *Op.Cit.*

periódicos, y las normas jurídicas que involucran a la problemática de la jurisdicción no contenciosa y la competencia notarial en Bolivia.

- ✍ **ESTADÍSTICA.**- Que permitirá establecer índices de crecimiento o decrecimiento de las actividades ligadas al problema planteado, recurriendo para ello a organismos fiable como fuente.

- ✍ **LA ENTREVISTA.**- Es una conversación sobre un tema o propósito, sirve para cualificar y recoger opiniones generalmente de especialistas o entendidos en la materia. En el presente caso, estará dirigido a los Jueces, a los Abogados, los Notarios y los directamente involucrados con el fin de esta tesis y los litigantes.

- ✍ **LA ENCUESTA.**- Es una técnica dirigida a recoger y conocer la opinión de una población representativa sobre un tema. Sirve para cuantificar la fuente de información y los criterios; en este caso se realizará mediante cuestionarios relacionados con el problema, planteado a la población relacionada con la problemática de los procesos voluntarios.

7. CRONOGRAMA DE TRABAJO

		Septiembre				Octubre				Noviembre				Diciembre			
		1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1	<i>Recolección de Información</i>	■	■														
2	<i>Aprobación del Perfil de Tesis</i>				■	■											
3	<i>Desarrollo de la investigación</i>					■	■	■	■	■	■						
4	<i>Entrevistas Encuesta y Otros</i>								■	■	■						
5	<i>Sistematización de Información</i>										■	■					
6	<i>Elaboración Marco Referencial</i>										■	■	■				
7	<i>Presentación Primer Borrador</i>												■				
8	<i>Corrección</i>												■				
9	<i>Presentación Final</i>												■				
10	<i>Empaste y Defensa del trabajo</i>												■	■	■		

8. ESQUEMA PROVISIONAL DE LA TESIS.

MARCO METODOLÓGICO

1. Introducción
 - 1.1 El Problema de Investigación
 - 1.2 Justificación del problema
 - 1.3 Objetivos
 - 1.4 Hipótesis
2. Metodología de la Investigación
3. Marco Histórico, Conceptual y Teórico
 - 3.1. Marco Histórico
 - 3.2 Marco Teórico
 - 3.3 Marco Conceptual
4. Verificación de la Hipótesis

CAPITULO I

Orígenes y antecedentes de la función Notarial

CAPITULO II

Principios del Notariado Latino

CAPITULO III

Jurisdicción, Competencia

CAPITULO IV

Tercerización de procesos no contenciosos y el Notario

CAPITULO V

Análisis de la legislación comparada

CAPITULO VI

Conclusiones y recomendaciones

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

CAPÍTULO II

ORÍGENES Y ANTECEDENTES DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

2.1. APARICIÓN DEL NOTARIADO EN LOS PUEBLOS ANTIGUOS.

Fernando Mendoza Arzabe, en su Tratado de Derecho Notarial, nos dice que: para obtener un estudio sistemático y científico del *Derecho Notarial*, se debe partir de las Instituciones Madres: “Atenas y Roma”, dos pueblos antiguos que legaron a las civilizaciones occidentales las fuentes y los fundamentos jurídicos del Derecho.

La doctrina y las bases jurídico-filosóficas permanecen hasta nuestra época, con una influencia determinante, porque son los cimientos y pilares de cualquier estructura jurídica.

Atenas y Roma fueron el centro de la cultura de su tiempo, nos han dejado su ciencia, historia y sus instituciones, con sus cambios propios, nacimiento y transformaciones hasta su decadencia absoluta.

El aspecto geográfico ha influido en las transformaciones de las civilizaciones humanas, con sus orígenes étnicos de la raza y los factores económicos. Su sistema sociológico de cultura, con las instituciones jurídicas ha determinado en el proceso de la historia, el grado de civilización de una raza a otra.

Al estudiar las instituciones madres de Atenas y Roma, con una metódica investigación histórica, se encontrará al desentrañar las organizaciones jurídicas, que desde esa época antigua, esas instituciones persistieron después de cientos de años.

En nuestra actual civilización, prueba y fundamenta su existencia.

Si tratáramos de estudiar pueblos más antiguos, sería imposible, porque al haber ingresado en la órbita del poderío romano, fueron totalmente destruidas todas sus legislaciones e instituciones.

Algunas conservadas fueron adaptadas y alteradas; de todas maneras, pese a su destrucción, se mantienen latentes en la Historia de la Humanidad, especialmente las organizaciones jurídicas de Egipto, Macedonia, Cartago y Esparta.

2.1.1. El Sistema Jurídico Administrativo del Imperio Romano

Se impuso por las armas en los pueblos antiguos, que habían alcanzado cultura propia y civilización.

El Imperio fue absorbido a su vez por la cultura de estos pueblos.

Lógicamente para mantener el dominio absoluto del Imperio, implantó como norma jurídica en su administración el *Derecho Romano*, que es el resultado de una mezcla de leyes antiguas y nuevas.

El Imperio Romano impuso sus ordenamientos jurídicos en sus dominios, extinguiendo cualquier otro derecho consuetudinario o tradicional, implantando el axioma de que; *“El Derecho Romano es único, para todos los ciudadanos del Imperio, las provincias y los pueblos bárbaros sometidos”*.

Los pueblos antiguos tienen raíces de su raza, geografía, geopolítica y grado cultural en su desarrollo.

2.1.2. La Historia determinó en cada Civilización

El tiempo aproximado en su evolución, transformación y decaimiento, así tenemos las más importantes:

Egipto.- Su historia tiene una antigüedad de 5.000 años a. de J. C. aproximadamente

Rusia.- Tiene aproximadamente una antigüedad de 1.500 años a. de J. C.

China.- De acuerdo a su tradición, tiene una antigüedad de 3.000 años a. de J. C.

India.- Su historia y su civilización tienen una antigüedad de 2.000 años a. de J.C.

Babilonia.- Su historia y civilización se remontan a unos 8.000 años a. de J. C.

Nínive.- Se remonta a una antigüedad de 7.000 años a. de J. C.

Grecia.- Su historia y civilización se remontan a 3.000 años a. de J. C.

Japón.- Su historia tiene 500 años de antigüedad a. de J. C.

El Imperio **Romano.-** Se remonta a unos 2.500 años a. de J. C.

A todas las civilizaciones de los pueblos antiguos de América, África, Australia, Nueva Guinea, etc., se las considera en la Historia de la Humanidad sin fecha en sus orígenes, pero su verdadera historia comienza con la llegada de los conquistadores europeos, quienes destrozaron los antiguos estratos jurídicos de los pueblos sometidos, para imponerles otro nuevo; muchos no pudieron adaptarse porque tenían en sus orígenes conceptos sociales, religiosos y jurídicos diferentes a los de los conquistadores.

2.1.3. En el Período de la Independencia de los Pueblos Americanos

Se rompieron las leyes dictadas para las Colonias sojuzgadas. La mayoría de los nuevos Estados optó por asimilar el Código Napoleón y la jurisprudencia francesa,

que ofrecía doctrina nueva, uniformidad de criterios, veía al ser humano como persona sin distinción de clases sociales, ofrecía justicia en todos sus estratos jurídicos.

La Escribanía o el Notariado, como institución, nació en los pueblos antiguos como una necesidad jurídica y social; su misión fue unida a la propiedad privada.

Su evolución en el transcurso del tiempo, se adaptó a los procesos evolutivos de la historia, permaneciendo ligada al derecho, o formando el propio derecho.

Amplió sus atribuciones y se constituyó en una función importante e imprescindible, dentro de la propiedad privada y las personas.

La función como institución, posiblemente comenzó antes de la escritura. Cuando nació el primer signo escrito, el hombre tenía la necesidad de establecer el comercio, la convención y el acuerdo de partes.

Las celebraciones contractuales, en el principio se las realizaba por medios físicos resumidos en signos y simbolismos. Así por ejemplo: la compra de una propiedad inmueble se hacía arrojando tierra de la propiedad que se enajenaba sobre el pecho del comprador.

Igualmente una piedra lanzada al mismo tiempo por el comprador y vendedor, era un convenio de partes; con esta actuación se consumaba el contrato, pactándose definitivamente, el acuerdo de voluntades.

En el tiempo y su evolución, las instituciones jurídicas se reagrupan en forma sistemática y nace la jurisprudencia. Se establece el derecho propietario y la propiedad privada.

La explotación del hombre por el hombre, crea la riqueza y todos los mecanismos de establecer la propiedad.

No solamente nacen los contratos de mutación de la propiedad, también se crean los funcionarios encargados de llevar notas, actas de los soberanos, los pactos y convenios con otros pueblos.

Las antiguas civilizaciones crearon y respetaron el derecho de la propiedad privada, y dejaron a la posteridad normas jurídicas para su protección.

China.- La china es una de las civilizaciones más antiguas de la humanidad; es admirable por su cultura propia, con instituciones jurídicas y sistemas de gobierno creados para su raza y para su medio geográfico e histórico. Su sistema étnico y geopolítico es clásico y propio. Pese a sus cambios políticos y de formas de gobierno, su civilización se mantiene con sus antiguas tradiciones.

Su proceso histórico, tiene registros en forma ordenada con datos perfectos y datan desde las dinastías “*Hsia* “ (2205 al 1766 a. de J.C.), que eran crónicas de todos los acontecimientos más importantes de la vida de los pueblos y de los monarcas.

Los primeros registros que se conocen, se encuentran esculpidos mediante incisiones de fino buril en piezas de marfil, que el tiempo no ha destruido y su *con* se *Nación* es perfecta.

Posteriormente, en la dinastía “Shang” (1766 al 1122 a. de J.C.), los registros son llevados por el sistema de incisiones de buril, pero en huesos de animales, de la escala zoológica mayor (elefantes, tigres, bueyes, etc.); posiblemente este cambio se debió a que las notas imperiales eran abundantes y el material para el uso resultó más fácil de encontrar.

En la dinastía “Cheu”, que data del 122 al 256 a. de J.C. se emplea el bambú, es la época de los “Libros de Bambú”, pero con inscripciones. Posiblemente el tallo del bambú fue preparado en forma de tablas planas, donde se grababa usando buríl y fuego revistiéndolas de tinta.

Los chinos emplearon la tinta y la fabricaban con fórmulas especiales para que se mantuviese a perpetuidad contra el tiempo. Pero la cantidad de tablas de bambú, al seleccionarse formaban paredes; una sola crónica constituía un gran volumen con exagerado peso.

Las crónicas pequeñas pesaban unas tres toneladas y otras de mayor importancia, hasta diez toneladas y su traslado era imposible. Muchas anotaciones importantes se perdieron en los incendios y en las invasiones mongólicas, que destruyeron estos archivos mediante el empleo del fuego y la muerte por degüello para los que llevaban los registros.

“El Libro de Bambú” marca en la civilización china, la época del renacimiento chinesco. En este período histórico florecieron las artes, la cultura clásica, las doctrinas filosóficas y la mentalidad religiosa de Confucio. Todo este pensamiento se encuentra registrado en este maravilloso sistema.

“El Libro de Bambú”, o “Ke-te-tzu” (pequeño sapo), forma el renacimiento chino, porque en tablas de bambú sus crónicas son registradas con tinta y buríl, asimismo existen figuras y letras desconocidas que se asemejan mucho a un pequeño sapo, pero puede decirse que es el principio de la escritura china.

Al descifrarse mediante técnicas modernas, se encuentra el pensamiento profundo y clásico de la mentalidad china, unas veces filosófica y otras jurídicas.

La filosofía y las bases de la doctrina religiosa de Confucio, hubiesen podido llegar

hasta nuestra época, porque su conservación es perfecta, pero lamentablemente por orden del Emperador Chin-Shih-Huang, que data del 256 al 206 a. de J.C., incineró todo lo que se había escrito sobre Confucio y toda la teoría filosófica de la época.

Los discípulos de Khang-Tse (Confucio), ocultaron algo, en lugares secretos donde después de varios siglos se encontró en buen estado, siendo la base y referencia de su doctrina.

La tercera y última etapa de los registros imperiales chinos se realizó durante la dinastía Han, data del 206 a. de J.C. a 220a. de J.C.; el bambú fue sustituido por el papel, invento chino; el buril fue sustituido por el pincel. Hace que el método sea fácil en uso. Los registros se continuaron llevando con datos importantes.

Los encargados de llevar el registro, son los mismos que anotan el traslado o mutación del derecho de propiedad de los bienes, muebles e in muebles.

Por la tradición, el Notario es un funcionario imperial con remuneración del soberano, siendo su trabajo insustituible, de por vida, obligándosele a que su actuación sea honesta con el pueblo y que los datos imperiales no varíen; el incumplimiento se castiga con la pena de muerte.

El Emperador Chin era considerado como: " Dios del Universo", "Patrón del Mundo Chino", "Padre del Pueblo", y "Mediador entre el Cielo y la Humanidad".

Al fallecer un soberano, el descendiente se encontraba con una incapacidad de mantener su autoridad frente al feudalismo, cada vez más fuerte y ambicioso.

Las familias constituidas por los príncipes feudales, llegaron a conformar varios estratos sociales de acuerdo al linaje y a la posición económica.

2.1.4. En las postrimerías de la gran civilización

En el denominado Imperio **Celeste**, el Emperador Ch'in, que se erigió con el nombre de Shib-Huang-ti, destrozó completamente el feudalismo. Puso a su servicio a todos los nobles y comenzó con la construcción de la Gran Muralla China; ensanchó el imperio, introdujo la canalización y la industria del papel y la cera.

En escultura, el marfil y el bronce. Asimismo en la parte administrativa judicial, creó el Scriba (Notario) encargado de llevar los registros imperiales, como empleado dependiente del Estado, sin ningún compromiso con la religión, con absoluta libertad de acción.

Las transacciones y el comercio fueron resueltos en sus disputas por la autoridad del Notario.

2.1.5. Egipto.

Todo el territorio egipcio se encontraba poblado y cultivado, habiendo sido reunidos todos los pueblos dispersos en manos de un solo Rey, aproximadamente cinco mil años antes de Jesucristo y se fundó la capital más antigua de Egipto llamada “Menfis”. Este nombre significa “buen sitio”, situada a la orilla izquierda del río Nilo.

Esta ciudad se encontraba habitada hasta el Siglo X de nuestra era y fue abandonada debido a una epidemia de sarampión. Parte de las piedras de esta ciudad se aprovechó para construir la ciudad de El Cairo y el resto fue enterrado bajo el limo del río.

Desde aquel tiempo, hasta la conquista del país por los persas el año 527, Egipto ha tenido siempre reyes llamados “Faraones”, 26 familias o dinastías se han sucedido

durante 4.500 años; de las tres primeras dinastías no se sabe nada.

Este pueblo no llevó sus archivos imperiales en forma de memorias, sino fueron ordenados en columnas herméticas que alcanzaron en grado magnífico su sistema de construcción de ingeniería. También se encontraron registros de la propiedad, con detalles, planos y limitaciones en papiros, que se mantuvieron ocultos en los túmulos.

Lo que se supone, es que cada “Faraón” era sepultado con su historial, su proceso biográfico, obras realizadas, beneficios del pueblo. Toda tumba de faraones es una elocuente comprobación de todos los actos de su época, puesto que los egipcios se amaban; asimismo, amaban la existencia como la verdadera plenitud humana. La muerte sólo era un riesgo común y que recién se vivía después de muerto.

Respetaban y veneraban a sus antepasados. Construir su sepulcro era el primer cuidado y cometido de todo monarca; por esa razón se embalsamaban los cadáveres, se les envolvía con paños y vendas. Veían en las tumbas una especie de hogar, donde habitarían después de muertos.

Por ese motivo se enterraban con sus armas, sus joyas, vestidos, adornos y alimentos. Ante todo, los papiros preparadas por los Scribas que indicaban su historia, su paso por este mundo, que debía estar escrito en el “Libro de los Muertos”.

Durante el reinado de “Ramsés XI”, los sacerdotes de Amón, por medio del oráculo, acabaron influyendo decididamente en el manejo de la cosa pública; el máximo sacerdote tenía la administración y el gobierno del Estado.

La casta de los “Scribas” se hizo cada vez más soberbia, llegó a alcanzar no sólo

la seguridad de los actos públicos, sino un carácter fetichista.

En la cultura egipcia, no estaban encomendados los registros a funcionarios dependientes de los monarcas. Los Scribas dependían directamente del culto, de los sacerdotes; por eso daban a las transacciones grandes solemnidades para su garantía.

Todas las inscripciones de los túmulos y los templos, la traducción de los jeroglíficos, da referencia exacta de que todo el pensamiento y cultura jurídica sean dependientes íntegramente del culto. También la forma de la escritura egipcia se encuentra subordinada a lo religioso, excluyendo otros aspectos como el social, político y económico.

Todo lo escrito por el pueblo egipcio, se refiere exclusivamente a registros religioso-monárquicos, contenidos en tres clases de escritura que son:

- a) **Dométrica**.- Cuando contenía rasgos simples y claros, como un sistema de un abecedario elemental.
- b) **Hierática**.- Que representa el sentido simbólico y las formas figuradas del pensamiento.
- c) **Jeroglífica**.- Constituye el sentido del mundo, con referencia a lo natural y sobrenatural, que es humano y divino. Su lectura puede efectuarse solamente por descifrados en clave.

El historiador Heráclito fue el primero que notó la diferencia de estas tres clases de escritura. Clasificó la escritura en tres formas, a las que llamó:

- a) Hablante,
- b) Significante,
- c) Ocultante.

También Champollión las admite en su obra “L'Egipto Sous Les Pharaones” que es el índice o diccionario para poder traducir la escritura egipcia.⁽⁵⁾

La terminología del “Scriba”, que es netamente egipcia, y el trabajo que desempeñaban estos funcionarios religiosos, dieron origen a la Escribanía o Notaría, por la importancia de la mutación de la propiedad inmueble entre personas, por las donaciones que el soberano realizaba a sus súbditos y el tributo que realizaba el pueblo en favor del soberano y del culto.

La actuación del Scriba se respetó siempre, porque significaba la actuación del hombre de buena fe, en representación de Dios y de la ley.

India.- La India, cuya cultura es milenaria, es llamada el país de la literatura sánscrita, cuyo contenido es didáctico y poético. Es precursora de la gramática, astronomía, matemáticas, álgebra, obras de arte, de depurado gusto y ante todo, su gran arquitectura, hacen de este pueblo una gran civilización.

El aspecto jurídico, es de estructura y estratos sociales, fue la institución madre para que los países trasgángéticos, que incluían a Ceilán, Tibet, Birmania, Siam y todos los Estados Malayos se integraran.

La India milenaria es un país de ensueño, con mucho sensualismo y gracia, por los cuentos de las “Mil y Una Noches”, y es así que hasta la época moderna predominan el arte, la cultura y la ciencia.

“Mahoma” es el último y gran creador de religiones en estos pueblos; pese a esto, vemos que existe un mosaico de religiones y naciones que fueron sometidas por el Islam.

⁵ CHAMPOLLION Louis: “L'Egipto Sous Les Pharaones, Edición Claridad, Buenos Aires, 1958 9na. Ed.

En la India se observa la formación de registros de la Fe Pública, pero en ellos no se impone el sentido de sometimiento al poder temporal del Emperador como en China, ni su dependencia del culto religioso como en Egipto.

Los Rishis y los Shastras, filósofos y sabios, acumularon los acontecimientos científicos y culturales. No dependen de nadie, sus servicios son pagados mediante pequeños tributos por el pueblo y toda esta literatura se encuentra escrita en Sánscrito. Las acepciones del derecho y la interpretación de los vedas, que es la base angular de la religión india, tienen por objeto acumular para la posteridad los registros de todo lo que se descubrió e inventó.

En el Califato de Bagdad, se dio importancia al Notariado y se lo colocó en una clase especial, para que llevaran los registros.

En el Califato de Damasco, donde el Califa era el supremo jefe espiritual y temporal, ordenó que los funcionarios encargados de legalizar el comercio, el trueque, del Estado y las personas entre sí, debían ser controlados por el Scriba o Notario.

Este funcionario, antes de asumir el cargo, debía ser beneficiado por la "Caoba de la Meca", y autorizado en actos religiosos por el Islam, bajo la voluntad de Alá y su profeta Mahoma.

Grecia.- A los Scribas, Notarios o Tabeliones), se los llamaba Gramenateros o Argentarios. Eran personas de condición social e intelectual inferior a los magistrados, sin que por esa razón se les desconozca el rol importante que desempeñaron en las instituciones atenienses, basadas en la democracia y en la soberanía del pueblo.

Pese a su situación geográfica frente al Asia y rodeada del mar, esta gran península avanza en las aguas azules del Mediterráneo, llamada por los griegos la "Hélade", formando un conjunto de pueblos pequeños, en su territorio lleno de montañas.

Los encargados de la Fe Pública, Argentarios o Gramenateros, tenían funciones de orden inferior y se subordinaban a un superior; por estas circunstancias no tenían acceso al honor ya los cargos elevados.

En todo momento, se cuidaron los Magistrados griegos de que estos funcionarios no tuviesen amplias facultades, su acción se reducía a escribir los acontecimientos, las ventas, los negocios del Estado y los acuerdos entre personas. Asimismo, asistían a las asambleas, juicios entre personas, fallos pronunciados, discursos de los senadores y las controversias entre personas.

Ante tal práctica, se hicieron grandes conocedores en la interpretación de las leyes, en el conocimiento profundo y en la jurisprudencia, de los diferentes tribunales.

Los Scribas, Argentarios o Gramenateros hubiesen podido cambiar de status con sus conocimientos y prácticas, pero quedaron relegados.

En el sistema jurídico de Grecia, para que no existieran anomalías en la tradición, se mantuvo el principio de orden y jerarquía institucional de la justicia.

Se cuenta que Esquilo, fue Gramenatero en sus años de juventud y al dejar este oficio, alcanzó los peldaños más altos como hombre público en la vida social y política de Grecia.

Durante el apogeo de la República, mediante una ley expresa, se dispuso la rotación constante del cargo de Scriba; asimismo se establecía que en una misma magistratura, un Gramenatero no podía estar más de dos años. Esta ley provenía de que el magistrado, no se supeditase al gramenatero, máxime si le faltaban conocimientos. Los hebreos y macedonios, reconocían en sus archivos imperiales dos clases de Scribas:

- a) Los Scribas oficiales, que eran los encargados de conservar las leyes y apuntar todos los actos oficiales.
- b) Los Scribas comunes, que eran los encargados de servir al pueblo en todas sus transacciones, convenios y acuerdos de partes.

2.1.6. Roma.

En Roma existieron instituciones que perduran hasta nuestra época. Se dice que fue fundada el 21 de Abril de 753 a. de J.C., sobre unas altas colinas del monte Palatino a 300 metros del Tíber por Rómulo y la parte del monte Aventino por Remo.

La continua lucha de patriarcas y plebeyos, era por la partición de los cargos, la atenuación de las deudas, el derecho de usufructo de los bienes comunales y de los territorios conquistados y avasallados.

Como consecuencia de estas luchas, los privilegios fueron eliminados y el Senado quedó habilitado a todo ciudadano libre.

Roma ha dejado a la humanidad su “Derecho Romano”, que es la base de la sustentación de cualquier Estrato Jurídico y de cualquier legislación, tiene gran importancia por ser la “Madre del Derecho”

·
Los Scribas, Tabeliones o Notarios, oficiaban su trabajo en plazas públicas, que llamaban “Atrio”, luego en los sitios de mayor concurrencia, como ser los mercados y tiendas donde prestaban sus servicios en todas las transacciones comerciales, personales, compromisos y otros de menor importancia.

Lo raro es que, en principio, en los orígenes de Roma, los patriarcas empleaban para este oficio a sus esclavos de mayor cultura y organizaban los boletines de sus

negocios, de las existencias y las entregas que se realizaban por ventas al contado o crédito.

Asimismo atendían las sentencias de los tribunales de justicia, copiando perfectamente los acuerdos del legislador; anotaban los nacimientos ilustres, casamientos, defunciones, divorcios de grandes personalidades, en forma sistemática, fueron abarcando los actos más importantes dentro del comercio de los hombres.

En la vida pública de la nación, todas estas anotaciones constituyen las gacetas y diarios de los registros, tanto en los bienes muebles, inmuebles y personas, como en la actividad del comercio.

Posteriormente se sustituyó a los esclavos, por ciudadanos honestos y probos. Se convirtió la Escribanía o Notaría en un cargo de categoría.

Durante el gobierno de los emperadores Arcadio y Honorio, el cargo del escribano fue elevado a la categoría de Pretor, por ser imprescindible para los servicios de la función pública; de esta manera, este cargo se categoriza en la clase de “Militia Togata”.

2.1.6.1. Jurisprudencia Romana sobre el Notario.

Los ciudadanos libres que tenían algún pleito, consultaban a hombres que tenían fama de conocer bien el derecho, a los que se llamaban “Jurisprudentes” o “Jurisconsultos”, que quiere decir que entienden y saben bien el derecho.

Estos personajes constituían una clase por lo general noble como Catón, respondían gratuitamente las consultas y eran llevados a los magistrados para que su opinión se tuviese en cuenta, antes de las sentencias judiciales.

Estos antecedentes de la jurisprudencia, tenían fuerza de ley, para los casos en que resultaban oscuros y se complementaba en los casos que no se habían previsto. Legaron a nuestra época actos jurídicos importantes.

Los jurisconsultos, educados con la idea de los filósofos griegos, trabajaron para suavizar el antiguo Derecho, introduciendo en él los principios de los Estoicos. Por derecho natural “todos los hombres nacen libres”, este derecho llamado más tarde la razón escrita, fue absorbida por todas las razas y por todos los pueblos del mundo. El Derecho Romano ha sido estudiado, admirado y subsiste en nuestras leyes.

En cualquier codificación, por más moderna que sea, las bases que formaron este derecho, es la experiencia de los pueblos, las ideas de los filósofos griegos, y la obra de los jurisconsultos romanos.

2.2.EN LA EDAD MEDIA

En la Edad Media, la escribanía tabeliona o notaría, fue adquiriendo diversidad de actividades de orden administrativo. Eran los encargados de cuidar las relaciones de las personas, en sus transacciones particulares y de llevar los registros de los actos más importantes de la época.

Con el nombre de “Scribanus-public”, se conocía a estos funcionarios, que siendo hombres libres no podían ser inmiscuidos en las armas; la parte importante de su trabajo consistía en atender la provisión de alimentos, llenar las despensas; tenían a su cargo el servicio de municipio e intendencia.

En el régimen social de los "galeotes", se tomaba por orden real uno o dos “Scribanus-public” para los servicios de administración y alimentación de los “galeotes”, sus notas

deberían ser llevadas al día, anotando inclusive los que fallecían y el motivo.

Ejercicio en la Edad Media.- La época se caracteriza por la dominación feudal y la existencia de municipios; la notaría o escribanía era ejercida por un hombre libre, que no debía estar comprendido en la edad de servicio militar o combatiente. Sus servicios consistían en atender asuntos de los comerciantes y de las personas, atender las provisiones y las despensas del soberano.

En los claustros y monasterios, se atendían los actos de escribanía, pese a existir prohibición por la Iglesia, que no permitía juntar el poder temporal con el espiritual.

2.3. EN EL RENACIMIENTO

El Renacimiento no llegó al mismo tiempo en todos los países de la urbe civilizada. Se produjo primero en Italia a fines del siglo XV, luego en Alemania y en Francia. En la primera mitad del siglo XVI, en Inglaterra a fines del mismo siglo se caracteriza por la obra cumbre de sus pintores, escultores, y escritores, que se perfeccionaban desde el siglo XIV, tratando de imitar a los antiguos griegos.

En el siglo XVI alcanzaron la perfección de sus obras, especialmente la escultura, la arquitectura, en resumen, las artes en todas sus manifestaciones.

En el Renacimiento, se aumentaron las necesidades jurídicas y los reyes adquirieron poder absoluto. Las artes, la ciencia, el uso del papel, la pólvora, la imprenta y los descubrimientos de nuevos continentes, dieron una nueva fisonomía a este período histórico de la humanidad.

Los Notarios, fueron admitidos en una clase especial de funcionarios juramentados, cuya misión consistía en verificar la compilación de los manuscritos. Eran una especie de archiveros o bibliotecarios, que contaban con personas especializadas en su personal

de trabajo llamados “Plumarios o Escribientes”, que eran contratados como oficiales aprendices de escrituras.

En Alemania y Francia el ejercicio del notariado estaba sujeto a condiciones especiales y rigurosas selecciones; se solicitaba veinte años de ejercicio en calidad de oficial de aprendiz ante un Notario de prestigio. En otros casos, si se trataba del hijo de un Escribano, se le perdonaba el tiempo de servicios, dispensándole; pero debía llenar otros requisitos, como el examen, que duraba tres días, donde debían someterse a las duras pruebas del idioma, conocer la historia antigua, las leyes vigentes del Estado, dominar las reglas de caligrafía y otras condiciones culturales, además de tener recursos económicos. El cargo era hereditario y vitalicio. Sólo los hijos varones podían heredar el cargo.

2.4. EN LA EDAD MODERNA.

En esta época, la imprenta marcó acentuadamente el ingreso a los tiempos de la edad moderna; la profesión de Escribano, Tabelione o Notario se cambió totalmente. Todo lo manuscrito fue relegado. La compilación se sustituyó por la encuadernación de volúmenes impresos.

En España, esta institución agregada al poder se denominó Colegio Notarial, son los verdaderos pioneros para independizar del Derecho Civil, una nueva rama, llamada Derecho Notarial como disciplina independiente.

La Revolución Francesa, en su hito histórico de gran significación por el cambio de nuevos estratos sociales. La declaración de los derechos del hombre, el pensamiento de Rousseau, Robespierre, Marat y Hebert introdujo en la historia de la humanidad propias metáforas revolucionarias, con un contraste en fuerza y capacidad apoyado en el pensamiento político de Dantón.

Otra de las figuras sobresalientes de estas luchas es el plebeyo Mirabeau, era el demagogo nato instintivo y tribal de la revolución.

De todo lo expuesto, la naturaleza, el pensamiento y la razón quedaron relegados al empirismo. Como consecuencia de esto, la escribanía se elevó a la categoría de una verdadera magistratura independiente y autónoma.

Napoleón, al ingresar en la Historia, en su calidad de "Dios de la Guerra", concepción hecha por Goethe, en el mundo de la realidad. Hegel ve en él un instrumento jurídico. Es el órgano de la razón cósmica y la justicia.

Napoleón Bonaparte; es el codificador de la obra cumbre de la historia de la ley. Jerarquizó la función de la escribanía dividiéndola en categorías, clases de escribanía y asimismo se determinó que todos los instrumentos públicos, de personas, bienes y negocios de particulares y del Estado, fuesen controlados y llevados en forma obligatoria por la escribanía, que significaba otorgarle a este oficio el Ministerio de la Fe Pública.

El "Código Napoleón" establece definitivamente la unidad jurídica sobre la base de la absoluta igualdad ante la ley; se trata de un Código especialmente claro e íntimamente consecuente y moderno, habiendo sido a la vez el instrumento de una propaganda cultural de carácter revolucionario en toda Europa.

La prédica apasionada se condensó en artículos de imperiosa necesidad, asimismo no limitaba la libre competencia, el trabajo era para todo el que se consideraba capaz de algo y otorgaba descanso y goce para el hábil y laborioso.

Fouché, el Ministro de Policía de Napoleón decía: "La Historia olvidará a Napoleón, pero al aceptar su código, vivirá con él para siempre".

En el Código Civil se inicia la labor de ordenación y sistematización de las cuestiones de Derecho Penal y Mercantil, que en forma escueta y comprensible queda como testimonio de la capacidad jurídica de las codificaciones de la Francia inmortal.

2.5. ANÁLISIS HISTÓRICO DEL NOTARIO EN EL DERECHO ROMANO

2.5.1. Historia.

En los principios de la humanidad, la institución Notarial no existía, tampoco relaciones jurídicas de las personas, por ser pueblos primitivos. Con el tiempo, evolucionaron formando sociedades de núcleos familiares y más tarde pueblos organizados.

Todos los acuerdos de partes y comercio, giraban en torno a la buena fe. La prueba se reducía a manifestaciones del testimonio humano, juramentos entremezclados de ceremonias, cánticos y símbolos.

Los vestigios más antiguos que forman parte de la ley y las normas jurídicas, son: la “Ley de Hammurabi, Rey de Babilonia”, “El Código de Manú de la India Védica”, el “Libro de los Funerales de los Antiguos Egipcios”, “Las leyes del Imperio Celeste y Ritos de los pueblos Chinos”, los “Razonamientos Jurídicos del Titsu-Ryó del Imperio del Japón”, “El Nomoncanon Etíope”, “La Biblia” en el “Antiguo Testamento” y otras disposiciones jurídicas dispersas, que formaron el Derecho de los pueblos civilizados, dan signos de la existencia y evolución del Notariado, en el proceso de cambio y transformación de los pueblos.

Estos antecedentes fueron las fuentes para la creación del Derecho Romano, que duró dos mil años en su formación y depuración, cien años en su codificación.

2.5.2. El Derecho Romano.

Es el conjunto de principios, preceptos y reglas que tuvieron las relaciones jurídicas del pueblo romano, en las distintas épocas de su historia.

También es el Derecho contenido en las compilaciones de Teodosio El Grande y el Emperador Justiniano.

Algunos tratadistas manifiestan que el Derecho Romano es el Derecho Privado de la época del Emperador Justiniano, “Ius” y “Iurisdictio”. El Derecho Romano es la vida del pueblo romano, que comenzó con la fundación de Roma (753 a.d .C.), siguió ampliando sus formas jurídicas en todo el reinado de Justiniano (527-565 d.J.C.). Duró su aplicación durante toda la historia de la humanidad hasta nuestra época. Es un Derecho depurado, lógico, admirable, lleno de sabiduría y prudencia.

Es la compilación de lo mejor, tomado de la leyes de los pueblos conquistados, se encuentra representado por la trilogía de: Latiniun, Italia y provincias.

El Derecho Romano tiene tres periodos jurídicos, que son: el “Ius Civile”, “Ius Gentium” y “Ius Naturale”.

Según el origen histórico tiene cuatro periodos:

- 1) Infancia, hasta las Doce Tablas.
- 2) Juventud, hasta Cicerón.
- 3) Madurez, hasta Alejandro Servio y
- 4) Vejez, toda la época de Justiniano.

2.5.3. Periodos Políticos del Derecho Romano.

Tiene dos periodos importantes que son:

- 1) Monarquía, tiene como fuentes jurídicas, la costumbre y la Ley.

- 2) La República, es el principio del Imperio, tiene como fuente, la “equidad”,
- 3) El “Ius Pontificum”, el “Ius Quiritium” y “Ius Gentium”, la persona humana.

Las Escuelas de los Jurisconsultos.- Están constituidos por la casuística de Murcios, Brutus y Manilius.

La Sintética, de Murcio Seevola y la de Servio Sulpino Rufo.

La oratoria judicial, con Catón, Comelio Scripino, Manlio, Junio, Bruto, Craso, Mudisiano, Elio Galo y Tulio Cicerón.

La aplicación de la Ley en el Derecho Romano, se hizo con mucha sabiduría y prudencia. Contó con célebres jurisconsultos de todo el orbe romano, tuvo una formación de dos mil años y su codificación duró cien años.

Los periodos importantes del Derecho Romano son:

- a) **De los Emperadores paganos**, época de la costumbre, las leyes y los senados consultos. Tiene como fuentes, las constituciones imperiales recogidas y codificadas en el “Corpus” o Código Gregoriano.
- b) **Emperadores cristianos**, es el proceso que tiene el Derecho Romano de todo su periodo constructivo hasta la invasión de los pueblos bárbaros, que destruyó el Imperio Romano.

Tiene como fuentes las constituciones imperiales, los escritos de los jurisconsultos, cuyas opiniones tienen fuerza de Ley. Se redujeron a la “Ley de Citas”. También forman parte “Los edictos de los prefectos del Pretorio”, que también tuvieron fuerza de Ley.

c) **En Roma, en el Antiguo Derecho Romano**, los actos notariales se expresan por la palabra hablada. La fórmula para aplicar la Ley, es la palabra y los testigos, que forman la jurisprudencia. (Curti-Pasini).

Varias tratadistas indican que en la primitiva época del Derecho Romano, era el consentimiento público el testimonio para ejercer actos jurídicos en la propiedad.

En las estipulaciones de los acuerdos, (“*per aes et libram*”) se pedía como mínimo cinco testigos para legalizar un acto jurídico. Cada testigo representaba a las cinco clases servianas del pueblo.

Otras veces se empleaban otras formalidades, como la “*Expensilatio o Literarum Obligatio*”.

El Derecho, la conservación y seguridad del patrimonio, eran confiados a la memoria y buena fe de las personas.

En los dos primeros siglos del Imperio Romano, en el Digesto, se encuentra simplicidad a la forma contractual, sin ceremonias.

Ni liturgias ni cantidad de testigos. La forma oral fue perdiendo su importancia práctica. Todos los actos jurídicos, como ser testamentos y acuerdos, se generalizaron en forma escrita, para precautelar la corrupción y mala fe.

Después de mucho tiempo, apareció la figura jurídica del “Escribiente”, que era el encargado de escribir los acuerdos. La Ley *Camelia* prohibió que el testador otorgase bienes en favor del “Escribiente”, siendo estos actos nulos por inmoralidad.

Todas las formalidades simbólicas quedaron relegadas al olvido y sólo comenzó a emplearse la “Stipulatio”, que era una promesa verbal que debía reducirse a escritura.

En el Derecho Romano se menciona a los “Argentarios” griegos que eran especies de banqueros, procuradores y gestores de los negocios de sus clientes, eran los encargados de la redacción de los contratos llamados “Instrumenta Suae Professionis”, que con el tiempo desaparecieron.

2.5.4. En la época anterior al Derecho de Justiniano.

Los Tabularii o Tabularis desempeñaban las funciones de “Oficiales del Censo”; en principio era honorífico y ambicionado, después degeneró en obligatorio y oneroso. Por orden de Roma estaban al cuidado de los documentos del censo.

Por práctica generalizada les dieron la custodia de los testamentos para que fuesen guardados con las actas de los censos, pero con el tiempo se dedicaron a redactar escrituras y testamentos; muchos lo denominaron “Tabellionatus”.

Los “Tabelliones”, no eran funcionarios públicos, pero se desempeñaban como profesionales privados e independientes. Son los progenitores del Notariado.

Es difícil indicar la época en que aparecieron, posiblemente es la costumbre de los pueblos que los creó para complementar la legislación del Derecho Romano. Muchos creen que el Emperador Marco Antonio Vera, en el año 160 de la era vulgar, los creó bajo su protección. Luego, los emperadores Arcadio y Honorio les dieron protección y jurisdicción para sus funciones.

El Tabellion es el precursor y el verdadero Notario en el Derecho Romano.

Gonzalo de las Casas, en su “Diccionario General del Notariado”, en las páginas 267 y 269 dice: “Desde que se inventó el arte de escribir, se obtuvo con él un medio fácil y cómodo de hacer conocer en toda ocasión los pactos y derechos de los hombres, porque los escritos indican lo dicho”.

Después de varios siglos, se establece que los Scribas de los hebreos, los Argentarios de los griegos y los Tabeliones de los romanos, formaron la institución del notariado.

En diferentes cuerpos del Derecho Romano y en varias épocas se establecen los nombres: Tabellio, Tabularius, Scriba, Cursar, Logographus, Amanuensis, Grafarius, Librarius, Scribarius, Cognitor, Actuarius, Chartularius, Exceptor, Libetenses, Censuales, Consiliarius, Cancellarius, Notarius. Ninguno de estos funcionarios tuvo la fe pública directa ni indirectamente.

Los actos de los Scribas de Oriente y de los Tabeliones de Roma, daban seriedad y respeto, cuando intervenían en los acuerdos contractuales.

El Tabelión, en Roma, atendía la compraventa, manumisión de los esclavos, la donación, transacción, acuerdos de los mercaderes en sus negocios y los testamentos.

2.2.5. Tabularios y Tabeliones en el Derecho de Justiniano.

En la época del siglo VI, los tabeliones solo existían en las grandes ciudades del Imperio entre Roma y Constantinopla, mientras que los Tabularius se encontraban en las poblaciones de menor importancia y en los pueblos rurales.

En la Novela 1, capítulo 1, el Emperador autorizó a los Tabularis para que interviniesen en el inventario de las sucesiones testamentarias. El heredero, para

salvar “La Cuarta Falcidia”, que le correspondía por Ley al Estado, la eludía. Después, el pago de tributo allegado no se cumplía.

El Tabularis faccionaba el inventario y lo presentaba ante el Magistrado; al no reclamarse nada, ni observarse en el término de diez días, el heredero obtenía la herencia definitiva, libre de reclamos posteriores.

El Emperador Justiniano, estableció para los Tabeliones de la ciudad de Constantinopla, un pergamino especial con sello imperial llamado “Protocolo”, llevaba el nombre del interviniente, intervinientes y la fecha. Este pergamino, una vez llenado, debía guardarse en buenas condiciones, para que tuviera validez el documento. La finalidad de la fecha era impedir que se fechara el documento con anterioridad. (CusiPasini).

Lo más notable de las disposiciones Justinianas, es que se organizó el Tabelionato, en base a una jerarquía de respeto y confianza para los ciudadanos romanos.

Según Assisi, en su obra “Lo Instrumenta” indica que “Los Tabeliones redactaban “las actas” y las entregaban a los Magistrados para que surtiese efectos legales. Este es el motivo que con el tiempo tendrían trascendental importancia. Lo cierto es que estos profesionales adquirieron los usos sociales del Derecho”.

Los ciudadanos obligados acudían amparándose en su ciencia, para que con su intervención se redactaran más fácilmente los actos y contratos investidos de formas jurídicas, conservándose ante la conciencia de los ciudadanos el valor probatorio que la ley les otorgaba, llamado: “Actos de la buena fe”.

El Derecho de Justiniano reconoce la figura jurídica del Tabulari, con pequeñas

facultades, relegándose a un lugar secundario.

En la Novelas VII y VIII, se reconoce la figura jurídica del Tabelión con muchas facultades y prerrogativas.

Justiniano se preocupó de crear una Ley y reglamento sobre la organización y requisitos jurídicos donde intervenían. Dictó reglas sobre la formalización de los contratos, compraventa, donaciones, testamentos y sucesiones.

En las Leyes romanas, la palabra “Initium” y “Completio” indicaban dos formas para iniciar la facción de un documento.

“**Initium**” quería decir: que el Tabelion interrogaba, oía e interpretaba la voluntad de las partes contratantes, o del testador. Formaba un bosquejo llamado “Scheda” (esquema o minuta), de cuyo contenido daba lectura a los interesados para modificar o aprobar definitivamente el documento. Firmaban las partes, el Tabelión y los testigos.

“**Completio**” significaba: el protocolo (protoculus) terminado y entregado a las partes, documento que por ningún motivo debía alterarse.

El Emperador Justiniano ordenó que los Tabeliones debían estar presentes de principio a fin en la facción de los documentos en que intervenían, debían cuidar diligente y personalmente “la voluntad de las partes”. Asimismo, debía la palabra corresponder con lo escrito, para poder después responder a los interrogados por el Magistrado en caso de duda, para poder aseverar lo que en verdad había pasado.

“**La Novela LVII**”, consideró como requisito indispensable, para la validez de los documentos, que los Tabeliones antes del inicio del documento, indicaran la fecha

y el lugar donde intervinieron, además el año del Imperio, los nombres de los emperadores y al final indicar el día y el mes. Estas notas cronológicas debían escribirse con letra clara, que fuese de fácil lectura.

Durando, en su obra “11 Tabelionato”, pág. 37, edición 1939, editorial Lux-París, indica: “Tuvo decisiva importancia para la historia, indicar el año, el nombre del Emperador y otras autoridades que se sucedieron, para establecer los hechos y las épocas en que tuvieron lugar. El Emperador Justiniano estableció normas rigurosas para el ejercicio de este oficio y las penalidades que debían sufrirse cuando no se cumple la Ley”.

Los documentos autorizados por los Tabeliones ante la Ley, son pruebas plenas, que únicamente pueden desvirtuarse por su nulidad o falsedad en juicio.

El Derecho Romano condicionó la figura jurídica del Tabelión, como un profesional del Derecho, para redactar, extender y autorizar con su intervención los actos jurídicos y los contratos que los particulares les confiaban.

Las leyes sancionaban las infracciones que cometían en el ejercicio de sus funciones, con penas y responsabilidades, señalando concretamente los requisitos que debían contener los instrumentos en que intervenían.

En lo que se refiere a la Partición, si había menores de edad se requería la aprobación judicial.

Los Tabeliones de las Novelas del Emperador Justiniano, fueron los precursores del Notario, no obstante la complejidad de la sociedad en la que se vivía y la forma judicial a la que estaba sometida. Esta función otorgaba a los ciudadanos pruebas auténticas y evitaba grandes contiendas jurídicas.

2.6. ORGANIZACIÓN DEL TABELIONATO, DURANTE LEÓN VI EL FILÓSOFO.

El tratadista Durando en su obra “El Tabelaionato”, obra citada, pág. 50, edición 1944 Lux-París, dice: “Al no haberse podido encontrar en “Los Libros Basílicos”, la constitución del emperador León el Filósofo, no se pudo establecer el tiempo ni la época en que apareció el Tabelaion, pero por mucho tiempo estaban establecidas sus funciones y su manera de actuar en los documentos ante los ciudadanos”.

León V nació el año 186 de la era cristiana, fue un gran guerrero y un político excepcional, llevaba el sobrenombre de “El Sabio” o “El Filósofo”, autor de diversas obras; entre ellas citaremos: “Táctica del Arte Militar”, “Naumaquia”, “Oráculo”, “Oraciones XXXIII”.

En el orden jurídico fue promulgada la obra “Las Basílicas”, (Compilación Romana de 60 Libros, de la que es autor Basilio Masedon). Esta obra es la revisión de la legislación de Justiniano, que fue Emperador de Oriente hasta que fue destruido. Sirvió de base a los estudios romanísticos. El Emperador León El Sabio publicó su colección de Novelas, de las cuales 113 fueron recogidas y traducidas al latín.

El Emperador León El Filósofo, organizó el sistema del Tabelaion, otorgándole atribuciones, jurisdicción, competencia y método para sus funciones.

En la obra notarial: “Estudios Históricos de Rolandino” se indica que: El Tabelaion, representa para la fe pública, el pilar de justicia, prueba, ante todo, responsabilidad. Nunca puede equivocarse, ni apelar distracción, sus actos son notables y representan la Ley.

El contenido de la XXI Novela dice: “Referente a los Tabulari:

Deben dar un examen antes de iniciarse en estas funciones, aprobados por dos o más Magistrados. Solemnidades a las que debe ser sometida su investidura y posesión del cargo”.

“Para comenzar el ejercicio de un Tabulari se requería un examen ante el Magistrado constituido en su despacho. También podían dar examen ante un conjunto de Tabularios y después de acreditar conocimientos de las Leyes, debían estar versados en escribir bien, no ser habladores, porfiados o de viciosa conducta. También debían acreditar tener buenas costumbres, prudencia, inteligencia, discretos en el hablar y diestros en el raciocinio. No podían utilizar expresiones falaces, acciones caprichosas ni capciosas, nunca testificar por nadie”. Según el texto traducido por Falguera, capítulo II en la obra “El Tabelione”, edición Lux 1970.

En la Novela XX, se formuló la exigencia indispensable de que el Tabelión prestase juramento al cargo ante el prefecto que representaba al Emperador; luego recibía el gran sello, que significaba la autorización para su ejercicio profesional. Este sello, según Godofredo en su obra “Tabelionato lus”, indica: “Era un anillo con un sello metálico, para usar con lacre caliente, llamado “Signatario”. Se estampaba en las actas de los documentos y de inmediato se convertían en Documento Público”.

El Signo Notarial, era elegido por el Tabellion y representaba su concurso al documento. Su rúbrica significa haberse enterado del documento dando curso donde intervino. Simboliza también la primitiva fórmula: “Que yo os doy”. La figura imperial representaba la autoridad del Emperador.

Las solemnidades para la investidura del Tabellion, era desde el Palacio del Prefecto, hasta el templo más cercano; estaba adornado con flores.

El Tabellion debía vestirse con la “Ephestride” (Toga). Dentro del templo, se

consagraba al candidato con la oración del sacerdote, luego se lo vestía con una túnica blanca. Debía llevar en una mano el incensario para dar buen olor, como símbolo de gracias a Dios, por haber obtenido el cargo. Luego, esta flamante dignidad, ofrecía un banquete a los concurrentes al acto. Entre aplausos y vítores al Emperador, al Prefecto y al nuevo Tabellion, recibía felicitaciones de los concurrentes.

2.7. EL NOTARIADO DURANTE LA EDAD MEDIA.

Toda la influencia del Derecho Romano de Oriente y Occidente, dio origen a las atribuciones legales que llegó a obtener el Tabellionato, que es el origen y la formación histórica del notariado.

Extinguida la dominación romana por la invasión de los bárbaros, comienza la Edad Media, que es el oscurantismo del proceso cultural, jurídico, filosófico, literario y artístico.

Los pueblos bárbaros formaron reinados, principados y ducados independientes, con un nuevo sistema mixto de vida. Muchos pueblos bárbaros se absorbieron a la cultura romana, otros prefirieron mantenerse con sus costumbres y leyes ancestrales, regresando a sus tierras de origen.

Los Ostrogodos, respetaron la Legislación Romana y su sistema administrativo, porque Teodorico encontró un Derecho Romano, establecido por el estudio de muchas generaciones; era imposible imponer un Derecho diferente o paralelo; lo aceptó, acató y protegió.

El tratadista Savigny, autor de la obra “Historia del Derecho Romano en la Edad Media”, edición Staliana Bellati, volumen 1, capítulo XX, año 1960, pág. 190, dice: “La nación Goda constituía el ejército, el jefe de los ejércitos era el Rey de la nación;

mas fuera de esto, la Constitución Romana quedó en vigor, parte del Senado, los oficiales de la corte y los gobernadores de las provincias fueron conservados. Por regla general todos estos cargos se dejaron a los vencidos romanos”,

En el “Excardo” y en la “Romagna”, se encuentran numerosos testimonios de la vigencia del Derecho Romano y de las funciones del Tabellion. Durante mucho tiempo los bárbaros aplicaron el Código Teodosiano y el Justiniano.

En toda la época de la dominación ostrogoda, mantuvieron el Derecho Romano con sus instituciones.

Los Longobardos, siguieron un camino diferente, impusieron a los vencidos a la fuerza su propia ley primitiva, pero más tarde el Rey Luifrandó, estableció un nuevo orden, ante el caos que existía en materia jurídica.

Se manifestó ser respetuoso con los vencidos, autorizó a Romanos y Longobardos para faccionar sus documentos con arreglo a sus propias leyes.

Protegió las funciones jurídicas del Tabellion y del Scriba; por esa razón, Luifrandó recibió la denominación de “Scriba y Tabellion”, en todas las actas y documentos, como homenaje a su capacidad, de haber logrado entendimiento entre vencedores y vencidos.

Los documentos de la época de la Edad Media, se caracterizan por su sencillez y sobriedad. Toda acta empieza con el año, reino, día y mes, sin invocación divina. En el texto contiene las convenciones de rigor (Cláusulas). Al terminar debe indicarse el lugar donde se firmó. Luego firman los contratantes, los testigos, con la rúbrica y firma del Tabellion o Notarii; esta fórmula se llama: “Post tradita, complovi et dedi”.

En esta época, comienza a utilizarse con mayor fuerza la denominación de *Notarii* como símbolo, del más perfecto, más capaz y de mayor confianza.

La Iglesia, tuvo el privilegio de tener un Notario particular, “*Notarii Canonicus*” que representaba tanto al poder temporal como al espiritual. Era una creación del Derecho Canónico, tenía un carácter más aristocrático y divino por su sabiduría y sus constantes estudios. Se lo utilizaba en todos los documentos eclesiásticos y ducales, de los príncipes y del Rey.

2.8. AL FINAL DE LA EDAD MEDIA.

El *Notarii* (Notario), tenía autoridad superior a la del *Scriba* y *Tabellion*. La Ley Adelchi Duque de Benavente.- De estirpe real Longobardo del año 797 indica: “Todos los *Notarii* (Notario) tendrán autoridad para redactar documentos, nunca en privado, siempre en público, para evitar falsedad”.

En el “*Catularium Longobardo*”.- Se establece que todo documento público, debe llevarse a efecto mediante un sistema de preguntas y respuestas; por ejemplo: el comprador contestaba al vendedor con palabras precisas y casi sacramentales de una tercera persona, que podía ser el propio Notario al que se llamaba “*Orator*”. El Notario no debía intervenir en el pensamiento de los contratantes, solo se limitaba a la autorización al final del documento con las palabras sacramentales “*Yo autorizo*”, “*Intervine*”.

En la Dominación de los Francos.- Caída la dominación Longobarda, sucedió la de los Francos, con Carlomagno el año 773. Al *Tabellion* se le denominó con la palabra de “*Canciller*”, figura que guardaba íntima relación con la del Notario.

Durante el Rey Dagoberto, se introdujeron solemnidades en los actos jurídicos del

Derecho Romano. Referente al Notarii, se le dio jurisdicción, competencia, atribuciones y otros poderes para el ejercicio de sus funciones.

El concepto de Notario, durante la dominación bárbara, era de una autoridad extrajudicial que labra documentos públicos entre partes. Emplea la escritura, que se difunde por todos los pueblos con elemento probatorio. El Notario representaba el contrato y el acuerdo de voluntades que hacían ley entre partes.

El vestigio más antiguo sobre el Notario en la dominación Franca, (Italia) es el “Capitular Teodorese”, de Carlomagno que *lleva* el nombre de “Scribus et Notarii” (del Scriba al Notario) donde explica que: *El Scriba*, es únicamente un amanuense, mayordomo de servicio, o coprador de escritos. *Notario*, se considera una autoridad con capacidad de redactar y dar autenticidad a los documentos, como un *vencedor* del tecnicismo.

Las leyes de Lotario, aproximadamente en el año 832, dan mucha importancia al Notario. Lo catalogan en el orden jerárquico de “Canciller” y “Notario”, como cosa idéntica o separada, que tiene las mismas funciones y por lo tanto: Notarii es de origen romano, longobardo y franco.

Las leyes de Lotario indica que el Notarii es la autoridad dedicada a *convertir* actos de Derecho Privado en Derecho Público. Según el texto de la ley, tiene delimitación territorial y demarcación del sitio de ejercicio. Está prohibido recibir documentos de bienes situados en otros condados, donde existía otro Notario. Cuando no cumplía la jurisdicción de su territorio, sus actos eran nulos y debía ser castigado con rigor. Desde Lotario a Ludovico Pío, se les aplicaba la pena del corte de la mano derecha, y si era zurdo, la mano izquierda.

Lotario, en su ley 72 , determina concretamente: En el caso de impugnación de un

documento faccionado por el Notario, este debe jurar conjuntamente con los testigos ante el Magistrado, que presenciaron el acto de principio a fin. Si los testigos hubiesen fallecido, debía llamarse a doce testigos. Este procedimiento se llamó “Conjurados y Testigos Sacramentales”. Estas pruebas *motivaron* grandes injusticias, porque los testigos sacramentales, lo único que podían *aseverar* era la honradez y el buen nombre del Notario. Todos estos juicios, estaban a la voluntad y buena fe del Notario. Podía favorecer a cualquiera de las partes que mayores ventajas le ofrecían, lo que causó mucha inmoralidad.

Desde el siglo X, los pueblos francos crearon “Notarios Sacri Palati”, nombrados por los Condes Palatinos, y también por el Rey, con atribuciones ilimitadas.

En el siglo XII, el Emperador comenzó a nombrar Notarios entre sus allegados. Que reunían cultura notarial, y reunían los requisitos para el ejercicio de este oficio. Muchas veces el Rey, los Príncipes y los Duques vendían los cargos en números ilimitados, lo que causó desprestigio a este oficio de importancia en el Derecho.

El Derecho Canónico del año 1162, por medio de “Las Decretales” (Decretos religiosos) y amparándose en la “Fide Instrumentarium” (Instrumento Verdadero), pedían doce testigos sacramentales para un documento notarial. Que era juzgado de falso.

En el año 1170, los Notarios de esa época exigían que todo documento lo debían firmar las partes contratantes, los testigos y al final firmaba y sellaba el Notario. Se entregaba a los otorgantes el original. El Notario no tenía ninguna responsabilidad de guardar ni conservar el documento.

El Derecho Romano de Justiniano, en todas las naciones, adquiría mayor arraigo, inclusive en los pueblos bárbaros, donde no tenían contacto con Roma. La figura

jurídica del Notario evolucionaba en el método de trabajo.

En los documentos, se exigía una esquela, (minuta) que contenía brevemente la esencia del acuerdo, de la cual el Notario, en presencia de las partes, sacaba un original corrigiendo a su capricho, en un lenguaje jurídico, que las partes desconocían. Luego firmaban los testigos, las partes y el Notario. A estos documentos, por décadas, se les llamó: “Auténticos” .

En el siglo XII, se produjo la separación de los documentos notariales en la siguiente forma:

- 1) Originales archivados,
- 2) Las copias entregadas a cada uno de los otorgantes.

Es el principio de la responsabilidad de la guarda y cuidado de los documentos originales por el Notario.

El término Notarii, Notarius o Notario, en el principio del Derecho Romano se les aplicaba a los “Escritores de las ideas de personas particulares”, estas funciones las realizaban los Libertos que tenían cultura griega y romana.

En el siglo XIII, el Notario alcanzó su plena evolución profesional y jurídica, en todos los pueblos italianos, inclusive la Iglesia RomanoPontificia, designó Notarios Eclesiásticos en todos los Obispados del mundo católico, por la importancia de las funciones que desempeñaban dentro del Derecho Romano.

Después de la toma de Constantinopla por los turcos, el Derecho Romano Bizantino, conservó su prestigio y su autoridad entre los vencedores. Continuó vigente con todas sus instituciones durante varios siglos.

El Derecho Romano desde el siglo XVI hasta nuestros días no evolucionó, pero se fundaron las escuelas: “Histórico-Crítico”, del Derecho Natural. Dieron vigencia, como fuente de un ordenamiento jurídico para el Derecho Moderno.

En todos estos periodos del Derecho Romano, la institución notarial se mantuvo en las legislaciones y fue evolucionando en su procedimiento.

Los nombres de Scriba, Escribano, Tabellio, Tabellion y Notario en la ciencia jurídica actual son sinónimos.

Las disciplinas del Derecho Romano, Ciencia del Derecho, literatura Jurídica, Historia de Roma y sus Instituciones, la Bibliografía Jurídica y del Derecho Comparado, son apéndices del gran Derecho, codificado por Teodosio El Grande y Justiniano.

El Notario tiene el mismo tiempo de creación del Derecho Romano, es el pilar de las instituciones creadas por esta ciencia. Es también el fiel reflejo de todos los pueblos antiguos, que con sus leyes, costumbres e historia llegaron a nuestra época el Derecho.⁽⁶⁾

⁶ Para el análisis de esta temática histórica, Fernando Mendoza Arzabe cita la siguiente bibliografía: H. Job-Punke: «El nomencamen Itispe». edic. 1930 + Paris (France). De las Casas, Gonzalo: «Diccionario General del Notariado». P. Assisi: «Lo Instrumenta». - Paris-Lux 1950. Durando: «El Tabelionato» edic. 1939. Paris-Lux. Falquera: «Tabelión» edic. 1940.- Paris-Lux. Savigny: «Historia del Derecho Romano en la Edad Media», edic. Staliana Bellati volumen I. 1960.

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS DEL NOTARIADO LATINO

3. PRINCIPALES SISTEMAS INTERNACIONALES DEL NOTARIADO.

Hacer una clasificación, o dar un concepto que englobe todos los sistemas del Notario, es una tarea casi imposible, ya que el Notariado, en sentido general, es un producto del sistema Político – Social, de las costumbres, tradiciones y características de cada pueblo. Saltan a la vista dos tipos fundamentales: el Anglosajón o “privado” que actúa sin ataduras, sin liga alguna con el Estado y que por ello produce un documento privado, y el Notariado de tipo latino - francés o “público”, que por estar investido por el Estado de la capacidad de dar fe, produce un documento público, independientemente de estos dos grandes sistemas existe uno que no reviste gran importancia ni trasciende las fronteras por las funciones, organización y características medievales, que tiene y que en su momento ilustraremos; conocido comúnmente como sistema notarial germano.

3.1.EL NOTARIO LATINO, DIFERENCIAS CON EL SISTEMA ANGLOSAJÓN.

Queremos partir diciendo que la intención de hacer un parangón entre estos dos grandes sistemas viene motivada por el deseo de que pueda ser apreciado de manera ostensible y clara, las ventajas que ofrece el Sistema Latino, traducido esto en garantías

y seguridad jurídica, para aquella persona que va en busca, entre otras cosas, de tranquilidad y sosiego a la notaria: el compareciente.

En el sistema Latino, el Notario actúa como funcionario público y como profesional del Derecho, Requisitos que están indisolublemente ligados para su formación, habilitación y nombramiento. La institución esta jurídicamente estructurada y organizada; los notarios están constituidos en colegios, siendo estos los que norman y regulan la vida del escribano: en lo que se refiere a su competencia, abarca casi todas las actuaciones extrajudiciales, o lo que es lo mismo preside las Relaciones contractuales, los hechos y relaciones no contenciosas y los actos de jurisdicción voluntaria que la ley les confiere.

Este funcionario, dotado por el Estado del don jurídico de dar fe pública en su lugar, es un funcionario especializado, un perito de la contratación que cumple dos funciones fundamentales, una de ellas ya mencionada asesorar a los comparecientes o sujetos interesados; y la otra, dar fe pública notarial de los actos o hechos que estos declaren. En lo que respecta al instrumento público notarial, tiene un valor de prueba plena que variará solamente si en proceso judicial se logra probar su ineficacia. Su veracidad y autenticidad se presumen, permeando de seguridad jurídica los negocios. Este valor perdurara gracias a la protocolización de las matrices, a diferencia del sistema anglosajón en el que no existe el protocolo ni se conserva nada.

En el sistema “público” el Notario si conserva los originales de los documentos que autoriza, circulando, con todos sus efectos, las copias en el comercio jurídico; que no es otra cosa que el papel ó dicho de otra manera la escritura (en el caso) que nos llevamos a la casa después de concertado un contrato de compra - venta, por citar un ejemplo. Diferenciando este final podemos decir que en el sistema anglosajón los interesados son los que conservan el original llevando consigo. No existe tal copia, el documento nace y muere en manos del compareciente, adoleciendo por tanto de carácter imperecedero.

Expuestas ya algunas diferencias entre estos dos grandes sistemas, podemos completar diciendo que en el sistema “privado” el “notary” no tiene que ser ni funcionario público, ni profesional del derecho, es simplemente un cargo añadido a la dedicación habitual de un ciudadano, que da lo mismo que sea médico ó curandero, verbigracia. Por lo tanto no asesora a los particulares que ande celebrar un contrato ó que ande firmar un documento, ni interpreta, ni da la forma a la voluntad de los comparecientes. Tampoco califica dicha voluntad ni se preocupa de lo que concurran en ello los requisitos necesarios para que resulte conforme a la ley. De forma general, no agrupa a los notarios en colegio ni a sus funciones en un cuerpo único u orgánico. El documento público notarial funciona como una prueba más en el ámbito judicial, donde necesita ser convalidada. Pero no se hace prueba plena. En el plano de la legalidad no cumple ninguna de las funciones propias del Notario latino; que además de legitimar el acto, autentica el documento del cual es autor, constituyendo pues, otra diferencia, por que el "notary" no es autor en ninguna medida del instrumento que ya fue redactado por las partes limitándose a añadir al mismo un certificado para identificar a los firmantes, legitimar sus firmas y recoger declaración de que lo contenido en el documento es su voluntad.

Podemos concluir planteando que el Notario anglosajón no es un funcionario público, pues el Estado no lo inviste del poder de dar fe publica. El instrumento no esta sujeto a ningún rito ni formalidad estando exento a la sujeción a leyes adjetivas. Sobre la inexistencia de un órgano especializado o estructurado. SANAUJA sostiene que existe una actuación social de autenticación sin un órgano específico y propiamente autenticador.

Todo esto se contrapone, llegando casi a los 180 grados con el Sistema latino, donde el escribano es, según la ley, un profesional del derecho que ejerce una función de orden pública, por la fe de que esta investido por mandato y disciplina del Estado. Si a este Notario – Escribano se le priva de su carácter de funcionario, queda convertido en un

simple abogado, si se le despoja del carácter de profesional del Derecho quedará convertido en un funcionario Administrativo. No se le pueden extirpar al notario latino ninguno de estos dos requisitos para el desempeño total de sus funciones, que se materializan en la construcción, solemnización y autenticación del instrumento público notarial.

Entre los países que pertenecen al sistema Notarial Latino se encuentran: Francia, Bélgica, Portugal, España, Argentina, Brasil, Chile, México, Uruguay, Cuba, Puerto Rico y casi todos los países Latinoamericanos. Al sistema Anglosajón pertenecen: Gran Bretaña, Estados Unidos y Suecia.

La legislación Puertorriqueña, por ejemplo, refleja las características del notario latino en la regla dos del Reglamento de la Ley Notarial al expresar: “El notario es el profesional del Derecho que ejerce una función pública, que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, dar fe de hechos, redactar los instrumentos adecuados a ese fin, conferirles autenticidad, conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido”.

La ley Brasileña regula que los servicios notariales y de registro están dirigidos a garantizar la publicidad, autenticidad, seguridad y eficacia de los actos jurídicos, y que el notario es un profesional del derecho dotado de fe pública.

En el sistema notarial Germano, no se puede hablar del notario germano en general, ya que cada estado determina su competencia y características. Existe en los Estados de Baden, Wustenberg y Hamburgo donde el Notario - Juez, es decir, los notarios son como magistrados y están subordinados a los tribunales de segunda instancia de su adscripción. Su competencia es más judicial que extrajudicial, pues esta a su cargo el registro de la propiedad como jueces registradores; intervienen en testamentarias, en la ejecución de sentencias y en la administración judicial de bienes, también intervienen

en actos privados actuando con carácter extrajudicial como notarios libres, obligados a dar fe del conocimiento de las partes y de la legalidad interna del acto. Estos Notarios son retribuidos por el Estado.

3.2. LA UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO.

La Unión Internacional del Notariado es una Organización no Gubernamental (ONG) acreditada ante la Organización de las Naciones Unidas, la UNESCO y otros organismos relevantes.

Reconoce su origen en el I Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en la ciudad de Buenos Aires, en el año 1948, materializándose así la fecunda iniciativa del notario Argentino José Adrián Negri.

Fueron sus fundadores los notarios de 19 países: Argentina, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, España, Francia, Italia, México, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Suiza, Uruguay y como se puede apreciar, Bolivia – vuestro país – y Uruguay estuvieron entre los fundadores.

En la actualidad agrupa a los notarios de 71 países que forman parte de cuatro continentes: Africa, América, Asia y Europa. La más reciente incorporación ha sido la del Notariado de China. En el Planisferio puede apreciarse la importancia del área mundial atendida por notarios Latinos.

Los objetivos de la Unión fueron los factores aglutinantes de estos Notariados, ya que la organización siempre procuro y procura mantener la unida espiritual y los lazos fraternos existentes entre los notarios de tipo latino, encaminando sus esfuerzos a que todos ellos logren la mejor capacitación posible, estabilidad y progreso institucional.

En este orden de ideas, el I Congreso a que recién nos referíamos, se marco como propósitos fundamentales:

- a) La difusión de ideas, estudios, proyectos é iniciativas tendientes al mayor progreso, estabilidad y elevación del Notariado de tipo Latino y la formación y determinación del Derecho Notarial.
- b) La creación de una oficina notarial permanente de Intercambio Internacional, destinada a contribuir al propósito anteriormente enunciado y
- c) La publicación de una revista notarial de carácter Internacional destinada a mantener la vinculación entre todos los notarios.

Estos propósitos se han cumplido y se siguen cumpliendo:

- La difusión de ideas, estudios, etc., tiene, lugar principalmente, mediante las reuniones de los diversos órganos de la Unión, la realización de jornadas regionales y Congresos Internacionales – hasta el momento, se han celebrado veintitrés Congresos Internacionales: el I, en Buenos Aires, en 1948, como quedo dicho, el penúltimo en Atenas, en 2001 y el ultimo el XXIV, el de la ciudad de México en el 2004.
- La oficina Notarial de Intercambio Internacional (ONPI), está en pleno funcionamiento y permanente actualización.
- La revista, es lo hoy en día denominada RIN (Revista Internacional del Notariado).

La estructura organizatíva de Unión Internacional de Notarios Latinos, resulta del organigrama que gentilmente preparó para esta ocasión el Presidente Honorario de la Unión y Presidente Honorario de la Comisión de asuntos americano el Escribano Hugo Pérez Montero. En términos generales y básicos, encontramos a la Asamblea de Notarios Miembros integrada por los presidentes de las organizaciones Notariales de los Notariados, el Consejo Permanente cuyos miembros son propuestos por sus por sus respectivos notariados; también tenemos diversas comisiones y grupos de trabajo, de

entre las cuales destacamos, por que nos concierne muy de cerca, a la Comisión de Asuntos Americanos.

Ahora, todas las agrupaciones, de personas o de países, responden al axioma “la unión hace la fuerza ” o, lo que es lo mismo, se puede más si nos integramos.

En este sentido no cabe duda a cerca de que frente a los poderes Públicos, a otras instituciones Nacionales o Internacionales, Públicas ó Privadas, una organización es un interlocutor más valido que un individuo. Ocurre también que la organización suele tener mayor persecución en la prensa, en la comunidad, etc.

Con la fuerza de sus componentes, la Unión puede, entonces, bregar por la dignidad, la independecia y la estabilidad de los notarios, mediante declaraciones, entrevistas con las autoridades públicas, formalización de encuentros en los países cuyos Notarios Necesitan ser apoyados, etc., así como por la conservación de la Identidad del Notariado Latino.

Esto nos conduce a recordar, brevemente, qué es el Notariado Latino, lo que nos llevará directamente al tema que nos convoca, o sea los principios fundamentales del Notario Latino.

3.3.DOS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS Y SU VINCULACIÓN CON EL NOTARIADO.

Por su trascendencia en el mundo, dos grandes sistemas jurídicos se destacan principalmente: el sistema Anglosajón o de common law y el sistema Romano - Germánico o de derecho escrito.

En el sistema Anglosajón, la ley es una fuente de Derecho minoritaria, ocupando el primer puesto la jurisprudencia constituyendo los fallos de los jueces precedentes de

aplicación obligatoria. El juramento es prueba de mucho peso y las convenciones se asientan en documentos privados, ya que no se prevé la existencia de instrumentos públicos con contenido privado. Los contratantes suelen ser asesorados por sus respectivos abogados- lo que es facultativo- y el llamado notary public solo tiene atribuida la autenticación, no siendo de su competencia asesorar, controlar la legalidad o la legitimidad. Esto trae como consecuencia que no hay una seguridad jurídica preventiva, sino que debe recurrirse a una seguridad resarcitoria de perjuicios, instrumentada mediante la contratación de seguros. De ahí que, con relación a Estados Unidos de Norteamérica suele hablarse frecuentemente de la “industria del pleito” y de la “industria del seguro”.

El Notariado Latino se enmarca dentro del sistema jurídico románico – germánico, que se basa primordialmente en la Ley, fuente principal del derecho y en el cual la jurisprudencia es accesoria y dirigida a la interpretación y aplicación de aquella

En este sistema, la Ley atribuye a un profesional especializado, el notario, las facultades y potestades necesarias para que queden garantizadas la seguridad y la paz jurídica, proviniéndose eventuales contiendas. En ello, juega un papel insoslayable, el instrumento público notarial, que es prueba preferente.

A este sistema pertenecemos y, por ello, se hace necesario analizar cuales son los elementos que conforman la identidad del Notariado Latino. Esos elementos son, precisamente, los principios en los cuales basa su unidad, a pesar de algunas notas de heterogeneidad de los Notarios Nacionales que lo componen.

3.4. LOS PRINCIPIOS DEL NOTARIADO LATINO: SU ORIGEN Y SU FUNCIÓN.

Varios congresos, en sus conclusiones y recomendaciones, fueron perfilando pautas generales acerca de la identidad del Notariado Latino, atendiendo a la figura del Notario, a su organización, a su función y al instrumento notarial.

Esas pautas generales, que, como tales, fueron tomadas como principios o bases fundamentales del Notariado Latino, se reunieron en un texto que fue aprobado en la reunión del consejo permanente de la Unión celebrado en la Haya, los días 13, 14 y 15 de marzo de 1986.

La función de estos principios es la misma de la de todos los principios jurídicos: ser fundamento, dar cohesión, orientar y facilitar la interpretación y la integración.

En el texto oficial de los estatutos y reglamentos de la unión, queda perfectamente aclarada la función de los principios de la referencia: Estos principios se desprenden explícita o implícitamente de las conclusiones a las que llegaron los congresos realizados por la unión desde su fundación hasta nuestros días cuando se ocuparon de temas sobre el Notariado, la función notarial ó el instrumento público.

Su sistematización con un texto dividido en artículos implica, en primer lugar, la ventaja de poder invocar estos principios ó bases sin que sea necesario revisar las conclusiones de los congresos; en segundo lugar, la de precisar las ideas, y sobre todo, la de ofrecer un instrumento de trabajo que servirá de guía de integración a los notarios integrantes de la unión y deseosos de formar parte de la misma, los que propondrán promover la promulgación de una ley notarial o mejorar o perfeccionar su legislación en esta materia.

En las memorias del cincuentenario de la Unión (1948 – 1998), se señala, que “al tiempo que se elabora el documento que contendrá los servicios básicos del Notariado latino, se abandona por ser prácticamente irrealizable, dada la autonomía y diversidad de los notariados el proyecto de una - Ley tipo o modelo– del Notariado latino”. Aquí queda de manifiesto el esfuerzo a que antes nos referimos, por mantener la unidad pese a la heterogeneidad.

Como se podrá observar en seguida, tal como ocurre oficialmente en las legislaciones, los principios no están enunciados, sino que se establecen reglas de las cuales, por inducción tenemos que extraer los principios que esas reglas encierran. Entendemos que, tratándose de un producto doctrinario, hubiera sido mas apropiado enunciar los principios y, de cada uno, hacer una breve descripción.

3.5. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS DEL NOTARIADO LATINO.

Las bases o principios del Notariado latino están sistematizados en tres títulos y diez y nueve artículos:

- ✍ El Título Primero, del Notario y de la función notarial, abarca los artículos 1 a 4.
- ✍ El Título segundo, de los documentos notariales, comprende los artículos 5 a 14.
- ✍ El Título tercero, Organización de la profesión notarial, contiene los artículos 15 a 19.

En el **Art. 1**, nos encontramos con los principios de profesionalidad, autenticidad, o fe pública, autoría, asesoramiento, rogación o requerimiento: “1.- El notario es un Profesional del derecho especialmente habilitado para dar fe de los actos y contratos que otorguen o celebren las personas, de redactar los documentos que lo formalicen y de asesorar a quienes requieran la prestación de su ministerio”.

Profesionalidad: el notario latino es un profesional del Derecho. Esta calidad, señalada ya desde el art. 1, se reitera, con otras expresiones, en el art. 2, como luego veremos.

Autenticidad o fe pública: en virtud del poder de fe pública que la ley le asigna, el notario confiere autenticidad a los documentos que autoriza los que gozan de una presunción de veracidad que solo cede ante los estrados judiciales, mediante querrela de falsedad, este principio presupone la inmediación entre el notario y los hechos por el percibidos, en la cual la fe pública queda sin sustento, ya que la creencia obligatoria de los sujetos en la ocurrencia de hechos respecto de los cuales ellos no han tenido evidencia, reposa en la evidencia que sí ha tenido el notario.

Autoría: El notario latino es autor del documento y, por lo tanto, debe tener la potestad de redactarlo. Este principio esta redactado en los artículos 5, 12 y 13 Al 5 y al 12 nos referimos más adelante, pero el art. 13 lo tendremos en cuenta ahora, por que trata especialmente del tema de la minuta, de gran incidencia sobre este principio de la autoría contenido en el art. “13.- No se podrá imponer al notario la obligación de que los documentos que autorice deban redactarse conforme a minuta que les presente un letrado o los propios interesados. El notario es libre o no de aceptar la minuta, o de introducir en ella, con la conformidad de los otorgantes, las modificaciones que estime pertinentes.”

Asesoramiento: debe el notario latino brindar a las partes el asesoramiento y consejo imparcial y equilibrante que las ayude a decidir con la libertad que se deriva de conocer las opciones y las consecuencias. En cuanto a esta cuestión, el III Congreso (París, 1954) considero que la cualidad de asesor profesional resulta reconocida de hecho o de derecho, al notario, en todos los países de la Unión, formulando votos para que tal cualidad fuera expresamente reconocida por los poderes públicos en los países de la Unión en los que todavía no se hubieran hecho.

Rogación o requerimiento: La intención notarial siempre debe ser requerida por el interesado en estos servicios, la doctrina- dentro de ello quiero recordar a un eminente notarialista Uruguayo, el profesor escribano Julio R. BARDALLO- indica que este requerimiento debe ser libre, exento de presiones, expreso, o sea, ser manifestado y concreto, es decir, para acto determinado⁽⁷⁾.

En el **Art. 2**, están contenidos los principios relativos al **ejercicio privado de una función pública y a la independencia**, del notario: “2.- La función notarial es una función pública que el notario ejerce de forma independiente sin estar encuadrado entre los funcionarios al servicio de la administración del estado u otras corporaciones públicas”.

Función pública ejercida privadamente: Vimos que el art. 1 habla del notario como un profesional del derecho y no se refiere a él como un funcionario público considerado este término en sentido estricto, o sea tomando por funcionario público al que integra las plantillas laborales del Estado y esta sometido a su jerarquía. En este art. 2, se reafirma que el notario latino no esta dentro de los cuadros administrativos del Estado, por lo cual no es un funcionario público stricto sensu y, por lo tanto, es un particular que tiene la calidad de profesional de derecho. Se recoge a si la definición de notario latino dada por el I Congreso, en cuanto expresa que “El notario latino es un profesional del derecho encargado de una función pública...”.

Independencia: Este principio, en nuestra opinión debe ser entendido en un doble aspecto: **independencia funcional**, o sea no dependencia del Estado ú otras entidades públicas- señala el español GARRIDO que el notario no es un servidor del Estado, sino fundamentalmente un servidor de la Ley⁸, y así mismo, **independencia Técnica**, es

⁷ BARDALLO, Julio R. : *Relaciones Jurídicas Notariales, separata de la Revista del Notario No. 717, 1971, p-15.*

⁸ GARRIDO CERDA, Emilio (con la colaboración de Pedro Martínez Pertusa): *Funciones Públicas y Sociales del Notario. XXI Congreso Internacional del Notario Latino (Berlin 1995), consejo General del Notariado 1995 p.62.*

decir independencia de criterio. Es corolario del principio de independencia el de estabilidad ó inamovilidad, que, por lo tanto podríamos considerara comprendido entre estas bases fundamentales del notario latino, pues además a sido invocado a varios congresos, al enunciar entre los requisitos para buen ejercicio de la función notarial” una recia independencia incompatible con los nombramientos a plazo y con la sumisión al arbitrio gubernativo”.

Del **Art. 3**, inferimos el principio de **capacitación**: 3.- “No se podrá acceder al Notario si no se han seguido con éxito los estudios que se exigen en cada país para el ejercicio de profesiones jurídicas”.

Se recomienda exigir a los candidatos que para llegar a ser notarios, superen ciertas pruebas teóricas y prácticas.

Capacitación: siempre a sido aspiración de la U.I.N.L. que el notario tenga el mayor grado de capacitación que corresponda como profesional del derecho. Con mucha claridad ya lo señalaba el I congreso, en el año 1948: “Los estudios deberán ser universitarios y abarcaran la totalidad de las disciplinas jurídicas”.

En el **Art. 4**, esta contenido el principio de **imparcialidad**: “4.- El notario debe cumplir su función de forma escrupulosamente imparcial. Se establecerán al efecto las incompatibilidades que se estimen pertinentes”.

Imparcialidad.- el notario no puede tomar partido en los asuntos en que es llamado a intervenir. El siempre recordado maestro Uruguayo profesor escribano Rufino LARRAUD quien también fuera consejero de la unión, sentó esta máxima: El escribano “es escribano de las partes y de ninguna en particular”⁹. Esa postura es imparcialidad, esencial en el notario latino, no es una mera actitud pasiva sino que, por el contrario, debe ser una imparcialidad activa y equilibrante. Con ello queremos

⁹ LARRAUD, Rufino: *Curso de Derecho Notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1966 P. 140.

significar que, sin tomar partido, el notario debe procurar establecer, en lo posible una relación de igualdad entre las partes, elevando al menos conocedor al nivel del que sea más experto o experimentado en la vinculación negocial. En materia de actas, este principio debe aplicarse en todo su rigor, evitando que el interés del rogante prevalezca sobre los intereses igualmente legítimos de otras personas frente a quienes se ejercita la función notarial, o de los terceros a los que puede afectar, como destaca Rodríguez Abrados.⁽¹⁰⁾

Del **Art. 5** podemos extraer los principios de **matricidad o protocolo y conservación**, además de reiterar el de **autoría**: “5.- Los documentos notariales son los redactados y autorizados por notario y que este conserva en su poder, clasificando los por orden cronológico”.

Matricidad o protocolo: De conformidad con este principio, el notario mantiene en su poder los originales de los documentos que autoriza, en concreto, cuando se trata de escrituras públicas y actas, los que constituyen matrices que se reproducen en copias y testimonios que son los que circulan en el tráfico jurídico.

Conservación del documento: este principio está íntimamente ligado con el anterior (matricidad), pues al quedar los originales en poder del notario, se asegura su conservación, protegiendo su existencia, integridad, inalterabilidad y disponibilidad—mediante la expedición de otros traslados, en caso de extravío o destrucción de los primeramente librados.

Si pasamos al **Art. 6**, aparecerá el principio de **competencia material**, “6.- los documentos a que se refiere el art. anterior podrán tener por objeto actos y negocios jurídicos de toda clase, sean unilaterales, bilaterales o plurilaterales, así como la

¹⁰ RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio: *Cuestiones de Técnica Notarial en materia de actas*, R.D.N., abril-junio 1987, p. 272.

comprobación de hechos que le consten al notario por percepción sensorial directa ó por notoriedad. También podrán formalizarse en documento notarial requerimientos o notificaciones.”

Competencia material: por razón de la materia, el notario latino es competente en negocios jurídicos y actos jurídicos, a lo que se agrega:

- ✍ De conformidad con el art. 14, las legitimaciones ó certificaciones de firmas y la expedición de traslados: “14.- La actuación notarial se extiende también a la legitimación de firmas y particulares puestas en documentos privados (salvo que se traten de documentos que formalicen actos que deban constar en documento notarial), a la expedición de testimonios de toda clase de documentos y al cotejo de estos con sus originales, dando fe de la conformidad entre el original y la copia.”
- ✍ La jurisdicción voluntaria ó no contenciosa, según resulta de los congresos I (Buenos Aires, 1948), VIII (México, 1965), XII (Buenos Aires, 1973) y XX (Cartagena de Indias, 1992).
- ✍ En este último, se puso especial énfasis en el tema, recomendando que al notario le sean encomendadas por los diversos ordenamientos nacionales las más amplias funciones en el ámbito de la tradicionalmente denominada “jurisdicción voluntaria o no contenciosa” y propugnando que esa denominación se restrinja a la actividad judicial y se acoja para el derecho notarial el término “competencia notarial en asuntos no contenciosos”.
- ✍ El asesoramiento, según ya vimos al analizar el Art. 1.

En el **Art. 7** además de la referencia que al asunto hace el art. 14 ya analizado y el art. 8, que tendremos en cuenta en seguida, encontramos el principio de **reproducción documental o comunicación** y también el principio de **confidencialidad, reserva o secreto profesional**: “7.- Los otorgantes de un documento notarial tendrán derecho a obtener copias autorizadas de aquél. El notario podrá también, sin perjuicio de cumplir en general su obligación de guardar secreto profesional, librar copias autorizadas a favor de personas que, a su juicio, tengan interés legítimo de conocer el contenido del documento.”

“8.- Las copias autorizadas de los documentos notariales surten los mismos efectos que el original.”

Reproducción documental o comunicación: Este principio es corolario del de matricidad, ya que si los originales quedan en poder del notario, es natural que a los interesados se les expida traslados que tengan el mismo valor que dichos originales.

Confidencialidad, reserva o secreto profesional: A raíz de la confianza que el requirente suele depositar en el notario, deriva para este, la obligación de guardar secreto. Dentro de este principio, queda comprendida la reserva referente al protocolo. Desde luego que el límite está en el conocimiento de hechos constitutivos de delito.

De los art. 9 y 10 se desprenden los principios de **legalidad y de exactitud o de certeza**: “9.- Los documentos notariales gozan de una doble presunción de legalidad y de exactitud. La presunción de legalidad comporta que el acto ó negocio jurídico que formaliza el documento reúne los requisitos legales requeridos para su validez y, particularmente, que el consentimiento de los otorgantes se ha manifestado en presencia del notario libre y conscientemente. La presunción de exactitud significa que los hechos que el documento relata y que han sido presenciados por el notario ó a que este le consten por notoriedad, se reputan ciertos”

“10.- Las presunciones de legalidad y exactitud a que se refiere el art. anterior solo podrán ser contradichas por vía judicial”.

Nos parece que la claridad de la enunciación de estos principios, exime de otros comentarios, así que pasaremos al art. 11.- en el que esta contenido el principio de **responsabilidad personal directa**: “11.- Si el notario en el ejercicio de su función notarial ocasiona, por negligencia o mala fe, daño a la persona que ha requerido la prestación de su ministerio, esta obligado a indemnizar a la parte perjudicada”.

Responsabilidad personal directa: Dada la naturaleza de profesional del derecho y no de funcionario público del notario, responde el mismo, en forma personal y directa, por las irregularidades que cometa. La disposición en examen, al hablar de indemnización, nos esta remitiendo a la responsabilidad civil, pero todos sabemos que la responsabilidad del notario es más amplia y abarca más áreas: penal, fiscal, disciplinaria. En cualquier forma, el III Congreso (París, 1954), acotó en algo la responsabilidad, en nuestra opinión, acertadamente, al recomendar que se llame al notario a intervenir en el juicio que se le siga y que el legislador evite extender la responsabilidad del notario a casos que no constituyan una consecuencia directa de su actividad profesional. En el art. 12, aparece el principio de **eficacia del documento notarial** y, una vez más, el de autoría: “12.- los notario redactaran los documentos notariales conforme a su legal saber y entender y reflejarán en ellos claramente la voluntad de los otorgantes, que previamente habrán de interpretar, adaptándola a las exigencias legales o de técnica jurídica necesarias Para su plena eficacia”.

Eficacia del documento notarial: El documento notarial será plenamente eficaz en la medida en que permita legalmente concretar el fin perseguido por los otorgantes, debiendo el notario otorgar todos los medios idóneos para alcanzar ese resultado.

Los principios de **numerus clausus o cantidad adecuada de notarios y circunscripción territorial**, resultan claramente del Art. 15: “15.- La ley determinará el área territorial que delimita la competencia de cada notario, así como el número de notarios, cuidando de que en todo caso dicho número sea necesario a fin de que el servicio notarial esté debidamente atendido y se eviten situaciones monopolística.

Se desaconseja que el número de notarios no este sujeto a limitaciones y, a si mismo, que la competencia notarial territorial de cada Notario se extiende a todo el país.”

El principio de **circunscripción territorial** de actuación también surge del art. 16: “16.- la ley determinara igualmente la población donde debe instalarse cada despacho notarial.”

Los art. 17, 18 y 19 contienen el principio de **colegiación**, esto es, la afiliación necesaria de los notarios a un colegio que tendrá sobre ellos potestad disciplinaria, incluyendo los aspectos deontológicos, refiriéndose a estos en forma expresa el art. 19, que resulta así también comprensivo del principio de **moralidad o deontología**: “17.- los notarios deberán pertenecer obligatoriamente a un colegio que los agrupe y organice corporativamente”.

“18.- Existirá un organismo central compuesto exclusivamente por notarios que asumirá la representación del notario de su país. Actuará en relación con los colegios notariales.”

“19.- Corresponderá tanto a los colegios notariales como al organismo central velar por que la función notarial se ejercite dentro del marco de la más exigente deontología profesional.”

El XXII Congreso (Buenos Aires, 1998), se refirió especialmente a la deontología, especificando que está, si bien en otras profesiones puede ser considerada como un elemento natural de ellas, otro más de las que las configuran, en el caso de la profesión notarial la deontología es un elemento esencial, sin cuyo conocimiento es imposible el correcto ejercicio de la función, lo que es consecuencia del elevado contenido ético de la profesión notarial.

Los vistos son, entonces, los principios ó bases fundamentales del notario latino, cuya revisión puede realizarse en reuniones del Consejo Permanente de la Unión, tomando en cuenta que, los principios deben ser simplemente enunciados y acompañados de una explicación sencilla, demás tienen que ser realmente esenciales y, por lo tanto, no debieran ser muchos.

Con esto se lograría que se recordáran fácilmente, contribuyendo a sí a su cumplimiento, lo que no es poca cosa. Al respecto me parece oportuno recordar la exhortación formulada por el presidente de la Unión, Francisco Arias, en una reciente visita a Montevideo: "...quiero exhortar a que cada Notario realice un profundo análisis y vea cuales son sus fortalezas y sus debilidades... de nada sirve que la Unión tenga unos sagrados principios, unas bases fundamentales, si hay algunos notarios que votan a favor de ellos pero que, al final de alguna manera, los ajustan hacia su interior". Se interpreta estas expresiones del presidente, en el sentido de que los Notarios de la Unión tienen que sentirse comprometidos con estos principios.

A esto, es bueno recordar el pensamiento de Stephen R. Covey para destacar la importancia de los principios: "los principios correctos son como la brújulas: siempre señalan el camino. No cambian ni se desvían y si sabemos como interpretarlos, no nos perderemos ni nos confundiremos ni nos engañaran las voces ni los valores opuestos".

3.6. LOS PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN EL DERECHO NOTARIAL BOLIVIANO.

Conocidos los principios del Notariado Latino, tenemos que en Bolivia, dichos principios se aplican en la actualidad, debiendo tenderse a su afirmación en una futura reforma de la ley de Notariado, cuyo análisis lo hizo la Dra. Juan Aide Mariaca Valverde cuando fungió el cargo de Presidenta del Colegio de Notarios de La Paz y en ocasión de dictar un módulo en el Diplomado de Derecho Notarial año 2005, y es como sigue:

3.6.1. Principio de la Forma:

Si bien no es exclusivo del Derecho Notarial, constituye en el ámbito del instrumento público la esencia misma de su conformación, desdoblada, como afirma Gonzáles Palomino, en formas de ser (principio del instrumento forma) y formas de valer (principio de la prueba preconstituida). (art, 1 de la ley del notariado).

En el principio de la forma se distinguen las formas del ser y las formas del valer, que pueden ser exigidas por la Ley o establecidas por los particulares con la finalidad de hacer valer el negocio ya perfecto. La forma constitutiva de negocio es siempre forma de declaración de voluntad forma de ser a quien la ley exige específicamente una forma de solemnidad, sin lo cual el negocio jurídico instrumentado no se perfecciona. El principio de la prueba preconstituida permite la oportunidad a terceros.

3.6.2. Principio de la Escritura:

Consecuentemente con el anterior, el principio de la escritura trasciende la materialidad de la gráfica para constituirse en forma esencial del instrumento,

garantizando su existencia y contenido. Debe contener necesariamente las siguientes partes: la comparecencia, la parte expositiva, la parte dispositiva, el otorgamiento y la autorización y la firma del notario de fe pública. (Art. 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 37, 38, 39, 40 de la ley del notariado).

3.6.3. Principio de Inmediación:

Objetividad de la formula: “Ante mí”, que ha de requerir la inexorable presencia del notario en la comparecencia del instrumento, por sí o por representación, de las partes interesadas en él y la exhibición en relación con las cosas que motiva el otorgamiento, y sobre todo lo que ha de fundarse el principio de la fe pública ó autenticidad, la función del notario es de visu, es decir, testimoniar hechos en forma documental o de presencia. La función notarial es personalísima é indelegable. (Art. 24 de la Ley del Notariado).

3.6.4. Principio de Notoriedad:

Está basado en los fundamentos de los juicios del notariado y debemos distinguir en el, tres fases:

- a. El notario debe emitir juicios ciertos de la identidad y la capacidad de los comparecientes.
- b. El notario emite juicios basados en testimonios de personas (testigos, peritos, traductores y otros).
- c. El notario emite juicios basados o por medio de documentos idóneos, aportados al instrumento.

Se trata de dar fe de hechos, actos o circunstancias de relevancia jurídica de los que se derivan o declaran derechos o intereses legítimos para las personas o de cualquier otro acto de declaración lícita”.

3.6.5. Principios de Unidad de Acto:

Este principio se encuentra estrechamente vinculado al de intermediación. La audiencia notarial debe ser plena y debe estar integrada por los sujetos básicos del instrumento notarial (comparecientes por sí o su representación) y testigos en su caso, salvo en aquellas circunstancias de escrituras adhesivas que puedan ser complementadas con posterioridad. (Art. 24 de la ley del Notariado: Segundo párrafo:.. Las escrituras serán leídas de principio a fin a todas las partes y a los testigos).

3.6.6. Principio de Matricidad o Protocolo:

Los documentos notariales se redactan en forma original y conjuntamente con los documentos agregados deben conformar el archivo y/o el protocolo notarial.

Este principio corresponde a la función de ser custodio de los documentos notariales (Art. 12, 30, 31, 32, 33, 41).

3.6.7. Principio Testimonial.

Como la función notarial se refiere también a las actas en contra posición al principio de matricidad o protocolo, el notario tiene una función de visu, es decir, testimoniar hechos en forma documental o de presencia, que no van a formar parte de su protocolo, En la doctrina, a esta actividad notarial se la denomina testimonios notariales, toda vez que el notario da fe de hechos evidentes ante él, ya por vía documental o por presencia notarial, física, ante el hecho testimoniado o percibido por los sentidos (Testimonio por exhibición o fe de vida).

3.6.8. Principio de legalidad.

Siguiendo nuestra legislación positiva, la actividad del notario, en su conjunto constituye actos reglados por el derecho, tanto en la formación del instrumento como tal y de su contenido negocial (actos ad-solemnitatem), como de aquellos otros que han de servir como prueba preconstituida.

En su función ejecutiva instrumental, desde el punto de vista del principio de la legalidad, el notario debe asumir el la voluntad de las partes, apoyarse en las normas que regulan el negocio a autorizar y a calificar las minutas presentadas por estas en la audiencia notarial, ajustándolas a las normas legítimas que regulan el negocio de se trate.

“En la parte dispositivas de la escritura se hará constar la voluntad de los otorgantes en forma de estipulaciones o cláusulas que el notario redactará con claridad, presión y propiedad de estilo, ordenándolas prelativamente a los efectos jurídicos del acto o contrato que se autoriza, procurando incluir, en cada una, aquellas circunstancias que tengan entre sí alguna relación”. (Art. 1 de la ley del Notario).

3.6.9. Principio de Consentimiento.

Este principio es consecuencia del principio de legalidad, se manifiesta tanto en la esfera de los hechos como del derecho.

✍ **En la esfera de los hechos:** El compareciente consiente en todo cuando el notario requiera, presencie o narre, con arreglo a las normas notariales vigentes (otorgamiento, lectura, enmiendas, adiciones y firmas).

✍ **En la esfera del derecho:** debemos distinguir la existencia del consentimiento y su idoneidad para la validez del acto y estará configurado por los límites de disponibilidad del negocio, por la capacidad civil y la legitimación de la parte para el acto de que se trate.

3.6.10. Principio de Representación Instrumental.

Debe existir la audiencia notarial y debe ser privada y el protocolo debe ser secreto, careciendo en este sentido de publicidad; el acto trasciende mediante la copia autorizada, que no es más que la representación instrumental del acto notariado y su modo de comunicación es el comercio jurídico, tanto nacional como internacional. (Art. 16,34, 36 de la Ley del Notariado).

3.6.11. Principio declarativo de Hechos y Derechos.

Este principio sustenta la función notarial referida a las actas de notoriedad y la actuación de la jurisdicción voluntaria, como función específica del notario, conlleva una carta de ciudadanía para estos actos extrajudiciales.

Da fe de hechos, actos y circunstancias de relevancia jurídica de las que se deriven o declaren derechos o intereses legítimos para las personas o de cualquier otro acto de declaración lícita.

CAPITULO IV JURISDICCION Y COMPETENCIA

4. CONCEPTO ETIMOLÓGICO

Siguiendo en esta parte a Mario A. Oderigo en sus Lecciones de Derecho Procesal, el nos dice lo siguiente: Jurisdicción, de *ius* y *dicere*, en síntesis, representa decir el derecho.

Esta primera noción, etimológicamente lograda, resulta indispensable para alcanzar la que en definitiva interesa al procesalista, cuya misión -recordamos consiste en fabricar un instrumento destinado a la dicción del derecho, que de alguna manera se ocupa de que se diga el derecho; pero no puede bastarnos, porque es demasiado general.⁽¹¹⁾

Por otro lado, uno de los autores que más a ahondado en la temática de lo que es la jurisdicción y la competencia, además con acierto científico, es de seguro el maestro de maestros Dr. Eduardo J. Couture⁽¹²⁾, al cual seguiremos estrictamente en lo que concierne a la jurisdicción, y es como sigue:

4.1. ELEMENTOS DEL ACTO JURISDICCIONAL

4.1.1. Forma de la jurisdicción.

La jurisdicción tiene algunos elementos formales, de carácter externo, que permiten indicar su presencia.

¹¹ ODERIGO A. MARIO: *Lecciones de Derecho Procesal*, Ediciones Desalma Buenos Aires, 1989 P.195.

¹² COUTURE J. Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma Buenos aires 1981 P. 34 a 55.

Las partes son, normalmente, un actor y un demandado. Eventualmente los terceros pueden o deben asumir la condición de partes en los casos previstos en la ley.

Los Jueces son, normalmente, los jueces de Estado. En ciertos países los órganos de la jurisdicción eclesiástica subrogan o sustituyen a los órganos del Estado en algunas relaciones de familia.

Existen también jurisdicciones domésticas, como la jurisdicción deportiva, o la jurisdicción asociacional, que regula la disciplina interna de las asociaciones civiles. Pero esas actividades que en algunos casos pueden ser también verdaderos subrogados de la jurisdicción, no son jurisdicción en sentido estricto.

También es elemento formal el procedimiento. La jurisdicción opera con arreglo a un método de debate que se denomina procedimiento. A su estudio se halla dedicado este libro (nos dice Couture). La presencia externa de este procedimiento, en forma de proceso, normalmente revela la existencia del acto jurisdiccional, pero no es forzoso que sea así.

Algunas corrientes de doctrina, en la imposibilidad de configurar la función jurisdiccional por elementos sustanciales, se han atenido a sus elementos de forma.

Su error se advierte no bien se observa que existen procedimientos que tienen todas las características formales de la jurisdicción y que, por carecer del contenido de ésta, no pueden ser calificados como actos jurisdiccionales. Así, por ejemplo, el proceso simulado, que es una pura forma, sin contenido ni función lícitos propios. Los procedimientos de jurisdicción voluntaria tienen ciertos elementos formales de la jurisdicción pero, en virtud de no adquirir autoridad de

cosa juzgada, pertenecen a la función administrativa. El juicio arbitral necesario tiene forma de proceso y órgano idóneo indicado por la ley, pero no tiene naturaleza jurisdiccional en razón de carecer los árbitros del imperium, que es uno de los atributos de la jurisdicción.

En sentido contrario, existen actos jurisdiccionales sin forma de tales, como acontece con el juicio en rebeldía, en el cual no existe propiamente controversia en sentido formal, y en el divorcio por voluntad de la mujer, en el cual la ley quita al marido toda forma de ingerencia, y que tiene, sin embargo, autoridad de cosa juzgada.

La forma, pues, caracteriza normalmente a la jurisdicción; pero no es su único elemento integrante; Solamente cuando a las formas jurisdiccionales se unen los otros atributos de esta función, puede hacerse de ella una calificación correcta.

4.1.2. Contenido de la Jurisdicción

Por contenido de la jurisdicción se entiende, la existencia de un conflicto con relevancia jurídica que es necesario decidir mediante resoluciones susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada. Es lo que en doctrina se denomina el carácter material del acto.

La cosa juzgada pertenece al campo de la jurisdicción. Si el acto no adquiere real o eventualmente autoridad de cosa juzgada, no es jurisdiccional. Si un acto adquiere autoridad de cosa juzgada es jurisdiccional. No hay jurisdicción sin autoridad de cosa juzgada.

También pertenece a la esencia de la cosa juzgada y, en consecuencia, de la jurisdicción, el elemento de la coercibilidad o ejecución de las sentencias de condena, siempre eventualmente ejecutables.

No han faltado escritores que, habiendo partido de nociones puramente formales, han debido luego evolucionar hacia conceptos mas complejos que traten de abarcar forma y contenido.

Otros han creído suficiente la determinación del contenido genérico de la función para caracterizar a ésta. Pero en estos casos se advierte, también, la insuficiencia de ese tipo de delimitaciones. Los llamados actos de jurisdicción laboral legislativa y administrativa, son también verdaderos subrogados de la jurisdicción con su mismo contenido; pero no son jurisdicción, sino legislación y administración.

Pero este conjunto de circunstancias no puede hacer perder de vista que la delimitación del contenido de la jurisdicción es, sin duda, el elemento más importante para resolver las cuestiones prácticas que este problema propone. La jurisdicción es tal por su contenido y por su función, no por su forma. La forma es la envoltura. El contenido caracteriza la función.

Ese contenido ha sido delimitado, frecuentemente, como la reparación del derecho lesionado, la tutela del derecho subjetivo, la restitución de los bienes despojados, etc. Pero esta corriente de doctrina, en la que se hallan casi todos los representantes de la escuela francesa, aun los más prestigiosos, y no pocos de la escuela alemana, no ha reparado que la jurisdicción no sólo expide sentencias de condena, que son las que, efectivamente, reparan los derechos lesionados, tutelan el derecho subjetivo, etc. También dicta sentencias absolutorias, que se limitan a relevar al demandado de las imputaciones formuladas en la demanda; dictan

sentencias de mera declaración, en las que no hay derechos conculcados ni violados; sentencias constitutivas que crean estados jurídicos nuevos, inexistentes antes de su emisión, que no contienen ninguna condena; decisiones en cuestiones de estado civil; declaraciones de incapacidad; sentencias estimativas que se limitan a determinar el *quantum* de una prestación; sentencias de disolución de la sociedad conyugal a pedido de cualquiera de los esposos; etc.

También se ha señalado como contenido de la jurisdicción, su carácter sustitutivo.

Esa sustitución se produce de dos maneras: en el proceso de conocimiento, el juez sustituye con su voluntad, la voluntad de las partes y de los terceros; y en el proceso de ejecución, la sustitución consiste en que los funcionarios del Estado, actuando coactivamente, realizan los actos que debió haber realizado el obligado y de los cuales fue omiso, tales como la venta de bienes para percibir el precio, el lanzamiento, la demolición de las obras indebidamente realizadas, etc.

Pero el concepto, correcto en la mayoría de los casos, en especial en las sentencias de condena, no caracteriza a la función jurisdiccional en los otros casos en los cuales no hay tal sustitución: la sentencia penal, la sentencia de divorcio, la mayoría de las sentencias inherentes al estado civil, no son sustitutivas de la actitud omisa de las partes.

4.1.3. Función de la Jurisdicción

La actividad de dirimir conflictos y decidir controversias es uno de los fines primarios del Estado. Sin esa función, el Estado no se concibe como tal. Privados los individuos de la facultad de hacerse justicia por su mano, el orden jurídico les ha investido del derecho de acción y al Estado del deber de la jurisdicción.

Entre la autoridad de la cosa juzgada y la efectiva vigencia del derecho hay una relación de medio a fin. La cosa juzgada se concibe sólo como medio de despejar la incertidumbre del derecho y como forma de hacerla coactivo en los casos de resistencia u omisión de su cumplimiento.

Pero la cosa juzgada y su eventual coersibilidad, son inherentes a la jurisdicción. El carácter de irrevisabilidad que da a las decisiones judiciales la autoridad de la cosa juzgada, no aparece en ninguno de los otros modos de actuación del poder público. Una Constitución puede ser sustituida por otra Constitución; una ley puede ser derogada por otra ley; un acto administrativo puede ser revocado por otro acto administrativo; un acto jurídico privado puede ser modificado y reemplazado por otro acto jurídico; pero una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, no puede ser sustituida, derogada, ni revocada por otra sentencia.

Considerando este problema en sentido teleológico, la observación de que la cosa juzgada es un fin de la jurisdicción, resulta limitativa de los propios fines del Estado. Esto es así, porque la cosa juzgada por sí misma no se justifica; su singular energía vale como medio y no como fin.

El fin no es, por supuesto, la inmutabilidad. Lo es la justicia, La Paz, el orden, la seguridad, es decir, los valores a los cuales el derecho accede y sirve.

La función jurisdiccional en su eficacia es, pues, un medio de asegurar la necesaria continuidad del derecho. Y el derecho, a su vez, es un medio de acceso a los valores que son, éstos sí, los que merecen la tutela del Estado.

4.2. EL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN

4.2.1. Definición de jurisdicción.

Para LINO PALACIO: “la ideal de jurisdicción es ajena a una categoría de procesos judiciales, como lo son los voluntarios y gran parte de los contenciosos”. El autor utiliza el término “función pública procesal”, en reemplazo del vocablo jurisdicción, al referirse a las actividades que desempeñan los órganos judiciales y arbitrales, como sujetos primarios del proceso. Para este autor, si se considera a la jurisdicción al igual que la legislación y administración como una de las funciones estatales, definiéndosela como aquella mediante la cual los órganos judiciales del estado administran justicia en los casos litigiosos. Pero si este esquema coincide con la teoría de la división tripartita de los poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial), se lo confronta con la realidad jurídica positiva, se advierte que no toda la función jurisdiccional se halla encomendada a los órganos del poder judicial (ejemplo: El Senado: ejerce jurisdicción en un juicio político) y que los órganos judiciales no siempre ejercen actividad jurisdiccional (ejemplo: Reglamentaciones judiciales, designación de empleados, intervención en caso de jurisdicción voluntaria).

Para LASCANO, “es una función que ejerce el Estado cuando entre dos partes media un conflicto de intereses, para resolver dicho conflicto como tercero imparcial, con el fin de procurar la actualización de la ley”.

Según ALSINA, “es la potestad conferida por el Estado a determinados órganos para resolver mediante la sentencia las cuestiones litigiosas que le sean sometidas y hacer cumplir sus propias resoluciones”.

PODETTI, la define como “el poder público que una rama del gobierno ejercita de oficio a petición del interesado instruyendo un proceso para esclarecer la

verdad de los hechos que afectan el orden jurídico actuando la ley en la sentencia y haciendo que ésta sea cumplida”.

Siguiendo en este capítulo a *Couture*, este nos dice: Tomando de las ideas precedentemente expuestas los elementos inherentes a la forma, contenido y función del acto jurisdiccional, sería posible definir la jurisdicción en los siguientes términos: *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 determina 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.*

4.2.2. Alcances de la definición

La jurisdicción, ante todo, es una función. Las definiciones que la conciben como una potestad sólo señalan uno de los aspectos de la jurisdicción. No se trata solamente de un conjunto de poderes o facultades sino también de un conjunto de deberes de los órganos del poder público.

Esa función se realiza mediante órganos competentes. El orden jurídico que regula la organización estatal, crea los órganos adecuados para el ejercicio de cada una de las funciones públicas.

Normalmente los órganos de la jurisdicción son los del Poder Judicial; pero esta circunstancia no excluye que funciones jurisdiccionales puedan ser asignadas a otros órganos.

La función se realiza, en el Estado democrático, por institución del orden jurídico. La justicia no se emite en nombre del rey, ni del presidente de la República, ni del pueblo. Se emite en nombre de la Nación organizada como tal.

La idoneidad de los órganos supone la idoneidad de los agentes que desempeñan los cometidos del órgano. Esa idoneidad exige, ante todo, la imparcialidad. El juez designado *ex post facto*, el *judex inhabilis* y el *judex suspectus* no son jueces idóneos.

Una garantía mínima de la jurisdicción consiste en poder alejar, mediante recusación, al juez inidóneo. Los ciudadanos no tienen un derecho adquirido a la sabiduría del juez; pero tienen un derecho adquirido a la independencia, a la autoridad y a la responsabilidad del juez.

La jurisdicción se cumple mediante un adecuado proceso. El proceso es una relación jurídica continuativa, consistente en un método de debate con análogas posibilidades de defensa y de prueba para ambas partes, mediante el cual se asegura una justa decisión susceptible de cosa juzgada.

Como se expone reiteradamente en este libro, no todo debate es un proceso en el sentido que aquí se estudia. No lo es ni el debate parlamentario, ni la tramitación administrativa. El proceso jurisdiccional debe ser bilateral, con garantías de ser escuchadas ambas partes y con posibilidades eficaces de probar la verdad de sus proposiciones de hecho.

La idea de un debido proceso se halla de tal modo adscrita al concepto mismo de jurisdicción que buena parte de las vacilaciones de la doctrina provienen, como se ha dicho, de concebir como términos idénticos, jurisdicción y proceso.

La función jurisdiccional asegura la vigencia del derecho. La obra de los jueces es, en el despliegue jerárquico de preceptos jurídicos, en el ordenamiento normativo, un grado avanzado de la obra de la ley.

Los preceptos legales serían ilusorios si no se hicieran efectivos, en caso de desconocimiento o violación, en las sentencias de los jueces. Esto no significa asignar a la jurisdicción un carácter necesariamente declarativo, como

erróneamente lo sostienen muchos. La jurisdicción es declarativa y constitutiva al mismo tiempo. Declara el derecho preexistente y crea nuevos estados jurídicos de certidumbre y de coerción inexistentes antes de la cosa juzgada.

El cometido inmediato de la jurisdicción es decidir conflictos y controversias de relevancia jurídica. Por conflicto se entiende toda pretensión resistida o toda pretensión insatisfecha. Por *controversias* se entienden todas aquellas cuestiones de hecho o de derecho que, no pudiendo resolverse mediante los procedimientos de autotutela o autocomposición, reclaman un pronunciamiento de los órganos del Estado.

No toda la función jurisdiccional supone la existencia de un conflicto. Hay intervenciones jurisdiccionales necesarias. Puede no existir, por ejemplo, pretensión resistida o insatisfecha en materia de divorcio. Pero el divorcio no puede lograrse por autotutela ni autocomposición. La jurisdicción penal no siempre es jurisdicción de pretensiones resistidas o insatisfechas. Es jurisdicción tuitiva, necesaria, determinada por la ley.

El objeto propio de la jurisdicción es la cosa juzgada. Este contenido no pertenece ni a la función legislativa ni a la función administrativa. Los actos administrativos irrevisables para la administración pueden ser siempre revisados en la verificación jurisdiccional de los actos de ella.

La cosa juzgada es, en este orden de elementos, la piedra de toque del acto jurisdiccional. Donde hay cosa juzgada hay jurisdicción y donde no hay cosa juzgada no existe función jurisdiccional.

Esa cosa juzgada es susceptible de ejecución en el caso de que imponga una condena. El triunfador no está *obligado* a ejecutar la sentencia de condena; pero debe estar *facultado* para hacerla cuando desee. Sin esa facultad la jurisdicción se frustra.

La idea de jurisdicción, como la de proceso, es esencialmente teleológica. La jurisdicción por la jurisdicción no existe. Sólo existe como medio de lograr un fin. El fin de la jurisdicción es asegurar la efectividad del derecho. En el despliegue jerárquico de preceptos, propio de la normatividad, la jurisdicción asegura la continuidad del orden jurídico. Es, en ese sentido, un medio de producción jurídica. El derecho instituido en la Constitución se desenvuelve jerárquica mente en las leyes; el derecho reconocido en las leyes, se hace efectivo en las sentencias judiciales. Esto asegura no sólo la continuidad del derecho, sino también su eficacia necesaria.

4.3. JURISDICCIÓN CONTENCIOSA, VOLUNTARIA y DISCIPLINARIA

4.3.1. Extensiones del concepto de jurisdicción.

En el lenguaje forense, aun en ciertas leyes, se hace una aplicación extensiva del concepto de jurisdicción.

Se habla, entonces, de jurisdicción contenciosa, voluntaria y disciplinaria, tal como si fueran tres formas o manifestaciones de una misma función.

Corresponde fijar el alcance de cada uno de estos conceptos.

4.3.2. Jurisdicción contenciosa.

Se denomina habitualmente jurisdicción contenciosa a la jurisdicción propiamente dicha.

La palabra *contenciosa* deriva, en nuestro derecho (dice Couture), del acto según el cual el juicio es la *contienda legal* sometida a la resolución de los jueces. Contienda es controversia, disputa, discusión.

Pero creemos haber demostrado en otra oportunidad (dice Couture), que existen juicios o procesos sin contienda, es decir, sin controversia.

La controversia es sólo uno de los elementos de la jurisdicción. Su ausencia no significa forzosamente que no exista función jurisdiccional. Por lo demás, los vocablos *jurisdicción contenciosa* se utilizan aun para referirse al juicio en rebeldía, donde la contienda es sólo potencial y no actual.

El vocablo *jurisdicción* corresponde a los que actualmente se denominan actos de jurisdicción contenciosa, los cuales son procesos jurisdiccionales en sentido estricto.

4.3.3. Jurisdicción voluntaria.

Un texto antiguo, con más fortuna de la merecida, denominó jurisdicción voluntaria a los procedimientos judiciales seguidos sin oposición de partes, y en los cuales la decisión que el juez profiere no causa perjuicio a persona conocida.

Algunas definiciones legales fijan este contenido, pero añaden que son procedimientos de jurisdicción *voluntaria* aquellos en que "sea *necesaria* o se solicite la intervención del juez... ". La contradicción entre la denominación y el contenido aparecía desde la propia definición de la ley.

Acontece, así, que en la actualidad, la denominada jurisdicción voluntaria no es jurisdicción ni es voluntario. Su índole no es jurisdiccional, por las razones que se darán inmediately; y no es voluntaria porque en muchos casos, la intervención de los jueces se halla impuesta por la ley bajo pena de sanciones pecuniarias, o privación del fin .esperado.

Algunos códigos latinoamericanos, siguiendo el modelo español, han organizado en torno a un Título o Libro especial, diversos procedimientos de esta índole.

Pero cuando se estudia en esos códigos dicho capítulo, o el que abarca los distintos "procedimientos especiales", que en su mayoría son procedimientos de jurisdicción voluntaria, se halla un abigarrado conjunto de previsiones de la más diversa naturaleza.

Un estudio relativamente cuidadoso de estos textos, nos ha permitido hallar no menos de cincuenta procedimientos con fines distintos. El Código de Panamá tiene 46; el del Brasil, 28; el de Haití, 22. El que menos tiene llega a 10.

Por razón de método científico, es necesario hacer un esfuerzo de sistematización de todos estos procedimientos. Antes de determinar la índole y los elementos de la jurisdicción voluntaria, es necesario saber en qué consiste materialmente. Intentaremos, pues, por vía de ejemplo, una ordenación de algunas actuaciones de esta índole especialmente previstas en el derecho uruguayo (nos dice Couture y que sirve de ejemplo también para nuestra realidad boliviana).

- a) **Medidas de publicidad.** Apertura y protocolización del testamento cerrado; inscripción tardía en el Registro del Estado Civil; rectificación de partidas del Registro del Estado Civil; matrícula de comerciantes; inscripción en el Registro de Comercio; etc.
- b) **Actos judiciales de homologación** Aprobación de la cuenta particionaria; aprobación del concordato extrajudicial o judicial; separación judicial de bienes.
- c) **Autorización para realizar un acto.** Información del art. 113 del Código Civil (Uruguayo), para el segundo matrimonio; venia para la enajenación de bienes de menores, ausentes e incapaces; habilitación para comparecer en juicio.

- Caben también estos actos entre las medidas de tutela previstas en la letra *f*.
- d) **Producción de pruebas.** Expedición de segundas copias de escrituras públicas; información *ad perpetuam*.
 - e) **Liquidación judicial de impuestos.** Procedimiento sucesorio (el cual, por su complejidad, participa a la vez de otras funciones).
 - f) **Tutela de menores, ausentes e incapaces.** Juicio de incapacidad; discernimiento de tutor o curador; legitimación adoptiva; declaración de ausencia.
 - g) **Intimaciones y protestas.** Oblación y consignación; interpelación judicial de pago; protesta de daños y perjuicios; jactancia.
 - h) **Administración judicial.** Herencia yacente. Corresponde insistir en que esta enumeración es sólo por vía de ejemplo, que corresponde a las actuaciones más conocidas del derecho uruguayo, y que no incluye providencias que se hallan en todos los otros códigos del Continente.

¿Es posible que exista un común denominador para tan diversas funciones? ¿Será posible dar un Criterio que comprenda, al mismo tiempo, la forma, la sustancia y la función de la jurisdicción voluntaria frente a panorama tan complejo?.

Para contestar esta pregunta será necesario hacer un cierto paralelo entre los elementos de la llamada jurisdicción voluntaria y la jurisdicción propiamente dicha. Pero tal tarea sólo será posible si se escoge uno solo de los procedimientos de la jurisdicción voluntaria para utilizarlo como elemento de confrontación. De no seguirse ese temperamento, el esfuerzo es inútil.

El más adecuado de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, a estos efectos, es la información *ad perpetuam*. En él, un particular acude a un juez pidiéndole que, en virtud de la justificación que suministrará, declare la existencia de un hecho y le otorgue la documentación que acredite el procedimiento cumplido. El juez, previa intervención del Ministerio Público, recibe la información, y si la halla satisfactoria *prima facie*, en mérito de ella, "en cuanto haya lugar por

derecho", aprueba la información ofrecida y emite, expresa o implícitamente, el pronunciamiento que se le solicita.

Es éste el acto que se trata de examinar. Para ello sería conveniente comenzar por darle una denominación adecuada, tal como lo hacen los códigos de Chile y de Honduras, que le denominan "actos judiciales no contenciosos". Pero por razones de brevedad y de común entendimiento, será necesario seguir utilizando la denominación convencional toda vez que la naturaleza de la exposición no exija otra cosa.

4.3.4. Forma de la jurisdicción voluntaria.

El acto judicial no jurisdiccional no tiene partes en sentido estricto. Le falta, pues, el primer elemento de forma de la jurisdicción.

En él, el peticionante o pretensor no pide nada contra nadie. Le falta, pues, un adversario. Él no es *parte*, en sentido técnico, porque no es *contraparte* de nadie.

Tampoco tiene controversia. Si ésta apareciere, si a la pretensión del peticionante se opusiese alguien que se considera lesionada por ella, el acto judicial no jurisdiccional se transforma en contencioso y, por lo tanto, en jurisdiccional.

Todo acto no contencioso lleva la contienda en potencia, ya sea de parte interesada, ya sea de parte de los órganos del Ministerio Público, a quienes se da normalmente ingerencia en estos procedimientos.

La condición del juez en esta materia difiere en cierto sentido de su actuación en materia jurisdiccional. Al actuar *inaudita altera pars*, carece de uno de los elementos más convenientes a la emisión de un juicio jurídico: la comprobación de una tesis con su antítesis. Normalmente, la sentencia proferida en la jurisdicción voluntaria se dicta bajo la responsabilidad del peticionante. El juez no conoce más

verdad que la verdad que le dice la parte interesada, lo que es una manera muy relativa de conocer la verdad.

Se ha planteado reiteradamente el problema de saber si tales decisiones admiten apelación por el requiriente. Algunos códigos tienen textos expresos en sentido afirmativo. Pero el problema consiste en saber si puede causar agravio, y en consecuencia si es apelable una decisión que no juzga ni prejuzga y que siempre puede ser reconsiderada en otro procedimiento de jurisdicción voluntaria, ante el mismo u otro juez. La respuesta no debe buscarse en el campo de la apelación, sino en el principio de economía procesal. Lo que puede obtenerse en otro procedimiento y ante otro juez, también puede obtenerse por vía de apelación, con menor desgaste de energía y costo. Debe, pues admitirse la apelación del peticionante cuando su pretensión ha sido desechada.

4.3.5. Contenido de la jurisdicción voluntaria.

El art. 1958 del Código de Panamá dice: “estas informaciones tendrán el valor de una presunción legal”.

El art. 302 del *Proyecto* (uruguayo) de 1945 establece: "Las declaraciones emitidas por los jueces en los procedimientos de la jurisdicción voluntaria no hacen cosa juzgada, ni aun cuando, por haber sido objeto de recurso, hayan sido confirmadas por los jueces superiores”.

“Declarado un hecho mediante estos procedimientos se presume cierto hasta prueba en contrario; y los terceros que adquieran derechos de aquellos en cuyo favor se ha hecho la declaración judicial, se presumen de buena fe hasta prueba en contrario”.

Este contenido no coincide con el del acto jurisdiccional. Es propio de éste, como se ha visto, dirimir controversias mediante decisiones susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada y de eventual ejecución. Las resoluciones que se dictan en un procedimiento judicial no contencioso, se emiten "en cuanto proceda por derecho", "sin perjuicio" (eventual de ser revocadas si perjudicaren a terceros), "en cuanto haya lugar". Todas estas expresiones son circunloquios forenses utilizados para caracterizar la ausencia de cosa juzgada. Mediante ellas, los jueces no juzgan ni prejuzgan. Se limitan a fiscalizar si lo que ha afirmado el peticionante es *prima facie* cierto, con arreglo a la justificación que el mismo suministra. Es una tarea de simple verificación externa, unilateral, formal. En otros casos, como los de venias, homologación, etc., se actúa también con prueba sumaria, *de plano et sine strepitu*, como se decía en el derecho antiguo.

Por oposición a la sentencia jurisdiccional, cuyo contenido puede ser declarativo, constitutivo, de condena o cautelar, las decisiones que se profieren en la jurisdicción voluntaria son siempre de mera declaración. Ni condenan ni constituyen nuevos derechos.

Acaso podría pensarse que, dada su índole, algunas de ellas, como las venias, etc., pueden incluirse entre las providencias cautelares. La proposición sería parcialmente correcta. Pero las providencias cautelares cautelán contra la lentitud del proceso. Previenen tan sólo el riesgo de que la demora en llegar hasta la sentencia no haga ilusorio el fin del proceso. En la jurisdicción voluntaria, por el contrario, no es el *periculum in mora* lo que se trata de evitar, sino la incertidumbre, la falta de una documentación adecuada, el carácter equívoco del derecho, o en otros casos, una garantía requerida por la ley.

El contenido de los pronunciamientos de jurisdicción voluntaria es, por este motivo, de carácter documental, probatorio, fiscalizador. Tienden a suplir una

prueba, a dar notoriedad a un hecho que no lo era, a requerir una demostración fácilmente accesible a todos.

Cuando el cumplimiento de la jurisdicción voluntaria supone la obtención de una anuencia prescrita por la ley, tal como acontece en las venias o autorizaciones judiciales, el contenido del acto es de mera fiscalización. El juez acuerda o niega la autorización con los elementos que tiene a la vista. La ley no le exige más que eso. Su decisión no juzga rigurosamente en el sentido jurídico de la palabra, sino en su sentido meramente lógico o formal.

4.3.6. Función de la jurisdicción voluntaria.

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 aplicada a un caso particular o para dirimir una controversia entre partes. Por su contenido propende al bienestar general, al funcionamiento de los servicios público con la aplicación de la ley a un caso concreto; por su eficacia, es siempre susceptible de revisión en vía jurisdiccional; por su función es productivo 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 la jurisdicción.

Un mismo acto requiere a veces intervención judicial y otras no. El impuesto sucesorio se liquida judicialmente; pero el impuesto que grava las enajenaciones entre personas llamadas a heredarse, o el impuesto sustitutivo del de herencias, se liquidan extrajudicialmente. La partición de bienes hereditarios, se puede hacer en vía judicial; pero cuando ese patrimonio es una pensión que sirve un Instituto del Estado, la división de la misma se hace en sede administrativa. La inscripción en el Registro de Estado Civil se hace administrativamente; pero si se ha de realizar fuera de plazo debe acudir a la vía judicial. La adopción es a veces un acto privado y otras un acto administrativo ante el Consejo del Niño; la legitimación adoptiva requiere la intervención de la autoridad judicial, pero la legitimación de un hijo natural es un acto ante el Registro Civil.

La razón de esta dualidad de criterios se halla, normalmente, en la mayor o menor trascendencia y proyecciones sociales del acto judicial. Cuando un acto de publicidad, de autorización, de tutela, adquiere significación excepcional, se prefiere la autoridad de los jueces a la autoridad de los agentes de la Administración. Ellos constituyen una garantía mayor. 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 aún que vuelvan a su fuente de origen como se ha propuesto.

Lo que no podrá acontecer nunca es que los cometidos jurisdiccionales queden sometidos a la administración sin procesos ulteriores de revisión. Y ello acontece porque una de las garantías sustanciales del acto jurisdiccional es que él emane de jueces que sean, como se señala reiteradamente a lo largo de este libro, independientes, responsables y dotados de autoridad como para imponer su voluntad a la de los gobernantes.

En los últimos tiempos, una doctrina que se ha llamado a sí misma *revisionista*", ha puesto de nuevo en cuestión las proposiciones de la tesis tradicional. Por las razones aquí expuestas y dadas las características propias del proceso civil latinoamericano, preferimos mantenernos en la tesis admitida. Para volver sobre ella sería necesario revisar el concepto de acto jurisdiccional, incluyendo en él a la jurisdicción voluntaria. Esta tarea, en las actuales circunstancias, no redundaría en provecho de la ciencia del proceso.

4.3.7. Jurisdicción disciplinaria

Las leyes procesales y de organización judicial contienen con frecuencia disposiciones de carácter disciplinario. Se habla en algunos casos de *jurisdicción disciplinaria*.

Las normas de derecho disciplinario tienen como contenido axiológico el orden. Se instituyen para asegurar el ordenado desenvolvimiento de la función jurisdiccional. El derecho disciplinario presupone jerarquía y subordinación. Quien tiene la potestad jerárquica, puede imponer formas de conducta previstas en la ley, para asegurar el cumplimiento de la misma. El que está sometido a una

subordinación debe obedecer y ajustar su conducta a lo preceptuado por el jerarca.

Pero en todo caso, la disciplina está a su vez jerárquicamente subordinada a la ley. No es posible, a pretexto de la disciplina, cometer una injusticia, La jurisdicción no se justifica por el orden, sino por la justicia. El apóstrofe de Goethe de que es preferible soportar una injusticia a sufrir un desorden no ha sido, ciertamente, el pedestal de su gloria.

La llamada jurisdicción disciplinaria contiene, en nuestro derecho, la potestad jerárquica de imponer modos de comportamiento a los jueces, funcionarios y profesionales, por parte de la Suprema Corte de Justicia; a los funcionarios, partes, profesionales y auxiliares de la jurisdicción, como los testigos y peritos, por parte de los jueces que están conociendo de un asunto; por parte de los funcionarios superiores de la administración judicial a los funcionarios inferiores de ella.

Pero en todos esos casos, el derecho disciplinario es derecho administrativo o derecho penal.

4.4. NATURALEZA DE LA JURISDICCIÓN

Partiendo de la concepción de la unidad normativa de Kelsen, se plantea el problema de la posible unidad básica de la JURISDICCIÓN CONTENCIOSA y de la VOLUNTARIA, considerándola como única función con diversos modos de ejercicio. El proceso voluntario puede ser de conocimiento o de ejecución, definitivo o cautelar, singular o colectivo. La organización constitucional de los estados modernos, se funda en la separación de los poderes, de tal forma que entre ellos se limitan, fiscalizan y se complementan en una interdependencia para la realización de sus fines, primordialmente el respeto por la persona humana. La jurisdicción contenciosa pertenece en forma privativa prácticamente al Poder Judicial, que garantiza los derechos individuales consagrados.

Frente a esto, la técnica jurídica ha creado dos órganos a los que le atribuye competencia: Para las relaciones de acuerdo, el notario, para las relaciones de desacuerdo, el juez.

La Jurisdicción voluntaria o no contenciosa, se ejerce *inter volentes*, o sea, entre personas que están acordes sobre un determinado acto, o a petición de una única persona, siempre y cuando no aparezcan en contradicción intereses de terceros.

La jurisdicción contenciosa, en cambio, se ejerce *inter nolentes*, es decir, entre personas que tienen que acudir necesariamente a la justicia para resolver sus pretensiones recíprocas contradictorias.

La opinión doctrinal preponderante está a favor de la tesis de que la jurisdicción no contenciosa puede y debería atribuirse a los notarios, esta opinión está fundada en:

La jurisdicción no contenciosa declara hechos y situaciones jurídicas, pero no declara derechos de una manera directa.

Las resoluciones de los actos de jurisdicción no contenciosa no tienen el carácter de cosa juzgada.

No habiendo declaración de derechos controvertidos ni posibilidad de que haya oposición en esta clase de asuntos no tiene por qué intervenir el Juez.

Por ser de esencia y naturaleza actos extrajudiciales la intervención en los mismos debe ser de conocimiento de los notarios.

Los asuntos de jurisdicción no contenciosa recargan la labor del Juez, que si bien en un principio se vio a la organización judicial con la más capacitada, el avance en la

capacitación técnica de la administración actual, hace que esto deba ser sujeto a revisión.

4.5. ÁMBITO JUDICIAL Y NOTARIAL

Nuestra legislación atribuye en parte competencia voluntaria a los jueces, quienes al desempeñar una función pública como profesionales del derecho demostrar la imparcialidad al no negarse a la prestación de su actividad y brindar la fe pública, determinan similitudes con la labor de los notarios. Pero es también evidente que las distinciones entre ellos debe implicar que la distinción entre controversia y consenso delimitan campos de acción diversos.

Todo aquello que determine la necesidad de dirimir una cuestión para reintegrar la justicia en la aplicación de la norma, es función judicial; mientras que todo acto negocial o verificación de hechos necesarios para constituir un derecho o preconcebir una prueba, tiene por naturaleza que ser de competencia notarial.

Respecto de la vigencia de la ley, la acción del juez deberá ser terapéutica, porque estará orientada al ámbito patológico del no cumplimiento de la norma, mientras que la acción notarial se encamina a facilitar la permanencia en las relaciones normales referentes al orden normativo.

No establecemos con esto una exaltación de la labor notarial, sino un encuadramiento de su actividad, lo que determina su materia propia: a requerimiento de partes, celebrar actos y constatar hechos que determinen la constitución, transmisión, adquisición y extinción de cualquier tipo de relaciones jurídicas.

Esto no va en desmedro del ejercicio profesional de los abogados patrocinantes y representantes, no solamente del proceso controvertido, sino también del voluntario, más consideramos que la función a desempeñar por ellos es gravitacional en todos

aquellos casos donde se requiera por la complejidad del proceso, el patrocinio jurídico. El incremento de la actividad se fundamenta en el logro de una mayor descentralización del Estado, de una mejor eficacia operativa, celeridad y economía procesal recreando al mismo tiempo la posibilidad de que los jueces dediquen toda su tarea a restablecer la justicia.

La realidad es que el Estado ha distribuido materias de competencia voluntaria a dos distintos órganos: uno de ellos, el jurisdiccional, de jerarquía constitucional, parte de ésta, y el otro, el notario que jerárquicamente depende en nuestra legislación del mismo poder judicial.

Al igual que el poder judicial, el notario goza de elementos que permitirían si una norma jurídica lo consagra, la aptitud para absorber toda la competencia jurídica de índole voluntaria, a saber:

- Delegación de imperium del Estado, para determinadas funciones,
- Capacitación profesional plena,
- Obligación de imparcialidad en el ejercicio de su tarea.
- Tutela de intereses jurídicos conforme a la ley.

En conclusión, afirmamos que el otorgamiento de las facultades que estamos analizando podrán o no atribuirse a un órgano de gobierno u a otro. Esto es cuestión de Política Legislativa. Lo que no puede discutirse, es su especial naturaleza que la diferencia de la contenciosa.

4.6. COMPETENCIA.

Mario A. Oderigo, en sus Lecciones de Derecho Procesal paginas 243 al 256 nos habla de lo que se debe entender por **competencia** y nos dice que: La imposibilidad material

de que un solo juez cumpla la función jurisdiccional con relación a la totalidad de los procesos que se promuevan, de que dé abasto para llevar a cabo íntegramente la misión del Estado de administrar justicia, es de toda evidencia, y trae aparejada la necesidad de asignar esa función a varios jueces, de contar con varios jueces.

Primariamente, esa necesidad quedaría satisfecha mediante una simple división del trabajo hecha sobre base numérica, vale decir, atribuyendo a cada uno de los jueces instituidos una parte proporcional, pero indiferenciada, de esa totalidad.

Sin embargo, no es necesario que todos intervengan indistintamente en asuntos de cualquier naturaleza; y tampoco parece que fuera conveniente, porque, en alguna medida, conviene especializar a los jueces.

Por eso, las leyes no han hecho un simple reparto numérico, sino un reparto calificado: han hecho una división calificada del trabajo entre los jueces. Atendiendo a determinadas circunstancias, que permitan una clasificación razonable de los asuntos, han formado con ellos diferentes categorías y atribuido el conocimiento de cada una de esas categorías a cada uno de los jueces o grupos de jueces.

No es que hayan parcelado la función jurisdiccional, sino que han señalado los límites dentro de los cuales cada uno de los jueces puede ejercitarla; han determinado la esfera de acción de cada juez, su competencia.

La competencia, pues, estará abstractamente representada por el conjunto de asuntos en que pueda intervenir el juez de que se trate. De cada asunto, considerado en concreto se dirá que cae dentro o fuera de la competencia de determinado juez, según que las leyes hayan atribuido a éste, o no, el conocimiento de aquél.

A veces, se ha dicho que la competencia es una parte de la jurisdicción; pero esto no es cierto. Cualquier juez, por limitada que sea la categoría de asuntos en que le corresponda intervenir, ejercita la función jurisdiccional en su plenitud; cuenta con la *notio, la vocatio, la coertio, el iudicium y la executio*, es decir, con todos los elementos que integran la jurisdicción; sólo que no puede funcionar con relación a cualquier categoría de asuntos, que su esfera de acción es limitada.

Mario A. Oderigo continúa diciendo que, la función es la misma para el juez de Buenos Aires y para el de Tucumán, para el juez civil y para el del crimen, etc. Lo que ocurre es que el primero puede ejercitarla en los asuntos porteños y no en los tucumanos, el segundo en éstos y no en aquéllos, el tercero en los asuntos civiles y no en los criminales, y el cuarto en los criminales y no en los civiles.

La Corte Suprema y el más modesto de los jueces de paz, coinciden en la jurisdicción y difieren en la competencia: ésta no es una parte de aquélla, sino la medida de su ejercicio.

4.6.1. Distribución.

Veamos ahora cuáles son esas circunstancias, mencionadas más arriba, que las leyes tienen en cuenta para hacer una clasificación razonable de los asuntos, y sobre cuya base distribuyen la competencia, sobre cuya base reparten el conocimiento de la totalidad de los asuntos entre los distintos jueces.

4.6.2. Competencia por razón de lugar.

Las primeras circunstancias computables, que aparecen, son las relativas al dónde, las circunstancias de lugar.

Asuntos, materia justiciable, hay en todas partes, en el país entero; y contando con muchos jueces a los que podemos diseminar en el territorio asignándoles determinada competencia local, sería absurdo concentrarlos en un solo sitio, o permitir que los asuntos originados en uno de los confines pudiera ser llevado para ventilarse en el otro; que la materia justiciable de La Paz, por ejemplo, pudiera ser tratada en Tarijeña, o en cualquier otra parte.

El principio especialidad, nos lleva también a reconocer la conveniencia de especializar a los jueces en razón del lugar; de instituir un juez o un grupo de jueces para cada zona, de organizar a la justicia de manera que haya coincidencia entre el lugar en que se produzca la materia justiciable y el lugar de asiento del juez. No tanto porque la vida jurídica acuse particularidades locales, porque las modalidades sanjuaninas de los contratos difieran de las cordobesas, o porqué la delincuencia chaqueña sea distinta de la riojana; sino porque la proximidad en el espacio facilita el conocimiento. El juez necesita conocer un hecho histórico, penetrar en sus detalles, obtener cabal conocimiento de causa, y para esto se ha de facilitar su acceso a las probanzas, acercarlo a éstas.

Esto es lo que las leyes captan cuando asignan el conocimiento exclusivo de cada asunto al juez del lugar, y lo que traducen al idioma jurídico diciendo que es competente el juez del lugar, o utilizando cualquier otra expresión por el estilo.

Tenemos, pues, determinada la competencia por razón del lugar; tenemos la medida espacial dentro de la que cada uno de los jueces puede ejercitar la jurisdicción.

Trasportada esta idea al plano de lo concreto, tenemos jueces competentes para los asuntos de la Capital, para la provincia de Buenos Aires, para la de Córdoba, para la de Entre Ríos, etc.

Para establecer el lugar de la materia justiciable, los códigos de procedimientos contienen diversas reglas.

El de Procedimiento en lo Civil y Comercial distingue según se trate de acciones reales o de acciones personales, y entre las primeras, según que se refieran a bienes inmuebles o muebles:

Será juez competente cuando se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles, el del lugar donde esté situada la cosa litigiosa.

Si éstas fuesen varias, el del lugar donde esté situada cualquiera de ellas, con tal que allí mismo tenga su domicilio el demandado. Y no concurriendo ambas circunstancias, el juez competente será el de la situación de la cosa de mayor valor, según las últimas evaluaciones para el pago de la contribución directa.

Cuando se ejerciten acciones reales sobre bienes muebles, el del lugar en que se hallen o el domicilio del demandado, a elección del demandante.

Cuando se ejerciten acciones personales, el del lugar convenido para el cumplimiento de la obligación, y a falta de éste, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, con tal que el demandado se halle en él, aunque sea accidentalmente.

El que no tuviere domicilio fijo podrá ser demandado en el lugar en que se halle o en el de su última residencia.

4.6.3. Competencia por razón de la materia.

Pasando a otras circunstancias que se computan para esa clasificación razonable de los asuntos, de que venimos hablando, enseguida encontramos las relativas al cómo de la conducta justiciable.

La materia justiciable, la conducta humana que se ha de justiciar, ofrece distintos tipos, fácilmente perceptibles; por lo pronto dos, percibidos desde antigua data: el tipo civil y el tipo penal.

Al considerar la historia procesal, hemos tenido oportunidad de comprobar que los griegos y los romanos especializaron a sus tribunales, dividiéndolos en civiles y penales, y señalando las diferentes formas en que unos y otros debían proceder. Al examinar la geografía procesal, también hemos verificado que en la actualidad, cuando menos la organización judicial de los países de occidente, responde, con mayor o menor intensidad, a ese mismo principio; y si nos tomamos el trabajo de revisar las actas de los congresos penales, veremos que casi todos han incluido temas relativos a la especialización del juez del crimen, ⊕ a la formación del juez del crimen, en el sentido de la especial formación del juez del crimen, etc.

La conveniencia de contar con tribunales diferentes para lo civil y para lo penal, parece indiscutible. Ambas materias son demasiado amplias para que una misma persona pueda conseguir sobre ellas el relativo dominio que hace falta para juzgar a través de sus normas; y por otra parte, son muy diferentes las actitudes judiciales ante el hecho civil y ante el hecho penal, que constituyen los objetos de los respectivos procesos, porque también son diferentes las actitudes sociales ante esos mismos hechos. Corrientemente, todo esto lleva a posturas genéricas más o menos incompatibles en una misma persona; sólo por el modo de hablar, aunque no se trate de la justicia ni del derecho, no es difícil darse cuenta de quién es juez

del crimen y quién lo es de lo civil; Y estas circunstancias, estos datos de la experiencia, no deben perderse de vista cuando se organizan los tribunales.

Dentro de esos dos tipos iniciales, civil y penal, con el tiempo se han ido formando subtipos, también en consideración a las circunstancias de la materia justiciable y en función del principio de especialidad.

La vida civil, la conducta civil, definida por oposición a la conducta penal, dentro de su generalidad, frece en seguida una modalidad especial: la conducta comercial, los actos de comercio.

No revisemos ahora el abolengo de los tribunales mercantiles, especialmente instituidos para solucionar los conflictos producidos con motivo de actos de comercio. Bástenos recordar que nosotros, desde el coloniaje, contamos con un tribunal especial, el Consulado, que se ocupaba exclusivamente de los asuntos comerciales; y que desde entonces la materia justiciable. tipo civil, subtipo comercial, ha seguido atendida por jueces especiales, sucesores de aquel tribunal, por los denominados jueces en lo comercial, distintos de los jueces en lo civil, que tienen a su cargo la materia justiciable que llamaríamos tipo civil, sub tipo civil residual, la que resta después de quitada la comercial.

Pero, es que la materia civil y también la comercial, ya venían soportando un recorte, constitutivo de otra especialidad.

Secular, milenariamente, se ha reconocido que existe diferencia entre justiciar lo grande y justiciar lo chico; siempre, grande ha sido diferente de lo chico. En tiempos de su apogeo, el pretor de la república romana despreció los asuntos de menor cuantía, de mínima *non curat praetor* y Dios castigó su soberbia con la mano de los poderosos prefectos imperiales, que un buen día aparecieron en

escena, henchidos de autoridad, y le arrebataron la facultad de decidir las cuestiones más importantes; cada vez se redujo más su competencia? y así, de desgracia en desgracia, hoy se llama pretores a los jueces que se ocupan de asuntos de poca monta sobre el mismo suelo del Lacio.

Anotemos esto para prevenir la arrogancia judicial; pero sobre todo destaquemos que siempre hubo alguien para ocuparse de lo chico, destaquemos que es muy larga la estirpe pueblerina, de barriada, de la justicia de paz.

Hoy día, en algunos lugares, por ejemplo en la ciudad de Buenos Aires, los jueces de paz han perdido su carácter de jueces de barrio, porque intervienen en asuntos de bastante importancia y porque su competencia territorial por razón del lugar alcanza a todo el distrito metropolitano; pero se mantiene su diferenciación con los jueces de lo civil y comercial, con los que podríamos llamar jueces de mayor cuantía, ocupándose, los de paz, de los asuntos civiles y comerciales de menor cuantía.

Está bien que esta diferencia se mantenga, porque no se puede juzgar con la misma mentalidad un divorcio, o el reconocimiento de un hijo, y el cobro de una cuenta de almacén; ni resolver la quiebra de alguna empresa importante y pasar enseguida a ocuparse del desalojo de un cuarto, aunque todos esos asuntos deban decidirse con arreglo a la ley. No es que los asuntos confiados a los jueces de paz carezcan de importancia, pues todos los asuntos son importantes para los interesados y también para la sociedad; sino que son asuntos distintos, que requieren un enfoque especial. Precisamente, porque la legislación les reconoce importancia es por lo que instituye para ellos jueces especiales; para evitar que los jueces de mayor cuantía, dedicados a los asuntos más cuantiosos, adopten respecto de aquéllos una actitud semejante a la del pretor romano.

Finalmente, las materias civil y comercial, de mayor y de menor cuantía, han soportado otro desmembramiento: de ellas ha nacido otra materia justiciable, la materia laboral, constitutiva de una nueva especialidad.

Estas ideas llevadas a la práctica, han producido, dentro del orden civil: jueces en lo civil, competentes en la materia civil propiamente dicha (todo lo civil, deducido lo comercial, lo laboral y lo de menor cuantía); jueces en lo comercial, competentes en la materia comercial (todo lo comercial, deducido lo laboral y lo de menor cuantía); jueces de paz, competentes en las materias civil y comercial de menor cuantía (deducido lo laboral); y jueces del trabajo, competentes en la materia laboral (sin deducción).

Y dentro del orden penal: jueces en lo penal, de instrucción y de sentencia, competentes en la materia penal (deducido lo correccional); y jueces de ejecución de sentencia.

4.6.4. Competencia por razón de grado.

Sigamos ocupándonos del cómo, pero esta vez no del cómo de la materia justiciable, sino del cómo de la actuación del juez.

Nuestra legislación es de las primeras, de las que organizan la doble y en algunos casos la triple instancia.

Inicialmente interviene un juez unipersonal, que realiza todo el proceso y dicta la sentencia (primera instancia o primer grado del conocimiento); luego, mediante los recursos, el asunto puede ser llevado a una cámara, a un tribunal colegiado que, previo un breve proceso complementario, destinado a perfeccionar el conocimiento, revisa la sentencia del juez para aprobarla o desaprobala (segunda

instancia o segundo grado del conocimiento); y finalmente, en casos excepcionales, ese asunto puede ser llevado al más alto colegio judicial, a la Corte Suprema, que realizando también otro breve proceso complementario, revisa la sentencia de la cámara con las mismas miras con que ésta revisó la del juez (tercera instancia o tercer grado del, conocimiento).

Anticipamos desde ahora nuestra preferencia por el régimen vigente, por motivos de orden psicológico, por aquello de vamos por partes; más adelante tendremos oportunidad de considerar, con la amplitud que corresponde, la conveniencia de uno u otro sistema.

Para el punto que estamos tratando, nos basta destacar que una cosa es intervenir inicialmente, conocer desde el principio, dictar la primera sentencia, y que otra cosa es revisar una sentencia anterior. Aunque para ambas actividades se ejercite la jurisdicción, ésta se aplica a esferas distintas: unos jueces sólo pueden intervenir **ab initio** y otros a posteriori.

Esas distintas actividades, que integran el conocimiento gradual, constituyen distintas especialidades judiciales.

En definitiva: unos jueces tienen competencia originaria, también llamada de primera instancia o de primer grado, mientras que otros tienen competencia de impugnación, es decir, que sólo pueden ejercitar la Jurisdicción cuando alguien, mediante la interposición de alguno de los recursos autorizados por las leyes, impugna la sentencia que haya pronunciado el órgano jurisdiccional inferior.

A su vez, la competencia de impugnación o competencia apelada, como también se la denomina con alguna impropiedad, puede ser de segunda instancia o de

segundo grado, y de tercera instancia o de tercer grado, según el orden en que corresponda intervenir al órgano jurisdiccional de que se trate.

4.6.5. Competencia en razón de la persona.

Pasemos ahora a las circunstancias relativas al quien de la materia justiciable, que se tienen en cuenta para distribuir la competencia entre los jueces.

Nuestras instituciones no permiten el reconocimiento de fueros personales; pero, como el principio igualitario que las fundamenta no puede llegar al desconocimiento de ciertas desigualdades personales, tan valiosas para una democracia como para una aristocracia, son posibles ciertos .tratamientos jurídicos especiales, ciertas soluciones especiales, con tal de que se apliquen a todos los individuos que se hallen en igualdad de condiciones. Por eso, en nuestro caso, en el terreno de las soluciones procesales, nuestras leyes pueden tomar en consideración determinadas peculiaridades del quién de la materia justiciable, determinadas circunstancias personales, para la clasificación que nos preocupa.

Dentro de este orden de ideas, vemos aparecer a los jueces de menores, especialmente instituídos para Ocuparse de los asuntos concernientes a las personas que no han alcanzado, por su edad, el nivel mental del adulto. Para éstas, existen ciertas normas jurídicas, civiles y penales, de especial conocimiento; pero, aun la aplicación a ellas de las normas comunes, de las que se han dado tanto para los mayores como para los menores, demanda en el juez una mentalidad especial; y por este motivo es que se aconseja la formación de tribunales especiales para menores, que se ocupen exclusivamente de sus asuntos; inclusive, tribunales integrados no sólo por abogados, sino también por pedagogos y por médicos.

4.6.6. Competencia por razón de turno.

Por último, llegamos a las circunstancias relativas al cuándo, de las que no se ocupan las leyes propiamente dichas, porque consideran que ellas originan un problema de mero detalle, que debe solucionarse por un mecanismo más ágil que el de la legislación.

Precisamente por esto es que de dichas circunstancias se han hecho cargo los reglamentos judiciales.

A veces, la competencia de determinado juez es única, exclusivamente suya, tales son los casos de los jueces de turno en materia civil y de turno en materia penal durante las Vacaciones Judiciales.

CAPITULO V

INTERVENCIÓN NOTARIAL EN PROCESOS JUDICIALES DE DISTINTA NATURALEZA

5.1. ACTOS NO CONTENCIOSOS

En un mundo en plena transformación, no cabe duda que al Notario le debe corresponder un importante papel social, a nivel de su comunidad, debiendo conjuntamente con el Juez, satisfacer las pretensiones jurídicas de las partes e interesados, precaviendo sus derechos el primero, ejerciendo una potestad cautelar y restituyendo las pretensiones violadas el segundo, ejercitando una facultad restitutiva.

Los Actos voluntarios, mal llamados "JUDICIALES" porque no lo son, atendida su naturaleza, no persiguen la satisfacción de pretensiones violadas o no reconocidas jurídicamente, sino que se refieren a trámites o actuaciones necesarias para legitimar un determinado estado de cosas o pretensión, no siendo jamás contradictorio y por ende sujetos al imperio judicial, pues desde el momento que lo son, dejan de ser Actos Voluntarios y se transforman en contenciosos propiamente tales.

Si bien jurídicamente se encuentra justificada esta materia dentro del quehacer notarial, lo cierto es que igualmente y desde el punto de vista práctico se justifica su entrega al Escribano, el cual sin añadir mayores costos que los ya existentes pasa a desempeñar

una función de evidente interés social, actuaciones que por su naturaleza, no requieren necesariamente de la actividad jurisdiccional propiamente tal; restándola a su vez del campo judicial, y por ende permitiendo que los Jueces asuman funciones que le son más propias.

La doctrina y jurisprudencia del sistema jurídico occidental en general los denomina ACTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA mientras que una parte de la doctrina y el Código de procedimiento Civil Chileno, los ha denominado "ACTOS JUDICIALES NO CONTENCIOSOS"; de los cuales podemos decir que no constituyen propiamente actuaciones jurisdiccionales y no son desde luego voluntarios sino obligatorios. No comportan actuación jurisdiccional pues no hay litigio ni controversia para dirimir; por otra parte se trata de actuaciones obligatorias, toda vez que su inobservancia impide la satisfacción de posibilidad de ejercicio de determinadas pretensiones o derechos, en su caso.

¿Entonces que son propiamente estos actos?. De acuerdo con el artículo 1811 de la Ley de Enjuiciamiento Español, son: "...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..."; o como acertadamente lo señala el Código de Procedimiento civil chileno en su artículo 817 al expresar que: "...son aquellos que según la ley requieren la intervención del Juez y en que no se promueve contienda alguna entre partes" (Actos no contenciosos de competencia Notarial, La mal llamada jurisdicción voluntaria) - Eugenio A. GAETE GONZÁLEZ - Revista del Notariado - año II 1.988 - chile.

Por otro lado, Lino Enrique PALACIO en su "MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL", tomo II, los caracteriza como: "Procesos voluntarios" y considera que: "...el objeto del proceso voluntario está constituido por una petición procesal extracontenciosa en cuya virtud se reclama, ante un órgano judicial y en interés del

propio peticionario, la emisión de un pronunciamiento que constituya, integre o acuerde eficacia a determinado estado o relación jurídica privada”. Se expreso también que dicha petición se diferencia de la pretensión en que no persigue una decisión entre dos partes, sino solamente con relación al sujeto o sujetos que reclaman el ejercicio de la actividad judicial en el caso concreto. De allí que se dijera que, en el proceso voluntario el concepto de parte debe ser sustituido por el de peticionario, y el de demanda por el de solicitud. (Manual de Derecho Procesal Civil - PALACIO, Lino Enrique, Tomo II)

5.2. PONENCIAS

En la XXVI Jornada Notarial Argentina llevado a efecto del 3 al 5 de octubre de 2002, se presentaron diversas ponencias, mismas que recopiladas en especial las que presentaron Daniel Lamber y Marina Lopez P., se tiene lo siguiente:

- 1) El notario de tipo latino, profesional de derecho, dador de fe pública, reúne las características adecuadas para asumir la tercerización de ciertas funciones judiciales y los procesos no contenciosos, permitiendo así: a) que los jueces se aboquen con mayor exclusividad a la resolución de conflictos, buscando una mejor calidad de respuesta jurisdiccional, y b) dar respuesta armónica a la tendencia a la "desjudicialización", que propone la impuesta globalización, de ciertas áreas del derecho privado, acercando a nuestro país a aquellos países más desarrollados, con un sistema notarial como el nuestro.
- 2) El acta de notoriedad, y el procedimiento para su conclusión, es el instituto idóneo, para aquellos procedimientos no contenciosos, que requieran la acreditación de un hecho público y notorio con consecuencias legales determinadas (atribución de derechos subjetivos).
- 3) A fin de un debido resguardo de los derechos de los interesados, todo proceso de tercerización de funciones judiciales, o requerimiento de actas de notoriedad para procesos no contenciosos, debe ser fundado en la autonomía de la voluntad de las

partes, y por ende, siempre opcional, al trámite judicial; conteniendo una suerte de “cláusula gatillo” de suspender el proceso extrajudicial, para recurrir al juez en cualquier momento, a pedido de cualquiera de las partes o interesados.

- 4) Dado el carácter opcional de éstos, para garantizar el debido derecho de defensa de las partes, se debe cumplir con patrocinio letrado, cuando éste sea obligatorio si se hubiere optado por la vía judicial, salvo excepción de la ley de fondo.
- 5) La función tercerizada o el proceso no contencioso, deberá tener el control particular para el caso, del Juez con competencia en la materia o proceso.
- 6) El notario desarrollará su actuación de acuerdo a las normas de la ley local de organización del notariado, y estará sometido al control disciplinado propio, que podrá en algunas jurisdicciones estar delegado al Colegio Notarial local, pero siempre bajo el contralor judicial pertinente de un Tribunal de alzada.
- 7) Se propone la posibilidad de realizar audiencias de prueba en sede extrajudicial, con la asistencia de las partes y sus letrados patrocinantes, y la intervención de un notario, libremente elegido por las partes, a efectos de constatar con fehaciencia su desarrollo documental en acta notarial, para agregar al expediente. La elección de ésta vía, deberá ser efectuada por acuerdo de todas las partes; y en caso de oposición de cualquiera de ellas, en cualquier instancia, se deberá recurrir a la tradicional audiencia judicial. En ningún caso supondrá la prohibición al Juez de solicitar la reiteración, ampliación o complemento de la prueba en instancia judicial.
- 8) Se propone la posibilidad de optar por la vía del acta notarial de notoriedad, para los procesos no contenciosos, hoy exclusivamente en sede judicial, en especial las sucesiones extrajudiciales y las informaciones sumarias.
- 9) Se propone la regulación en las leyes locales de la vía notarial para el procesos extrajudiciales de las sucesiones, testadas o intestadas, con libre elección del notario con competencia territorial en el Último domicilio del causante, por unanimidad de partes, y respetando la institución del patrocinio letrado, en las jurisdicciones en que sea obligatorio, sus leyes locales de honorarios y provisionales.

5.3. FUNDAMENTO A LAS PONENCIAS

Tercerización o privatización de funciones judiciales.- El proceso Latino se ve caracterizado por la sobrecarga de trabajo de los Tribunales, producto del alto índice de litigiosidad, nunca antes alcanzado; llevando a la excesiva extensión de los procesos y a la baja calidad de las respuestas jurisdiccionales, que finalmente afecta a los justiciables, cuya solución "debe acometerse desde la perspectiva del litigante que es el destinatario final del accionar de la justicia y quien sufre las consecuencias directas de sus defensiones"

Esta problemática judicial, no es exclusiva de nuestro país, tal como señala el Magistrado del Tribunal Constitucional de España, Dr. Vicente Jimeno Sendra: "La crisis de la Justicia Civil ha sobrevenido como consecuencia de la capacidad adquisitiva de las clases medias y el aumento, por tanto, de la litigiosidad, que ocurre fundamentalmente, tras la II guerra mundial. A partir de éste momento, es una preocupación de los constituyentes europeos, no sólo garantizar las principales garantías del proceso en la constitución, sino también importar nuevos principios como la eficacia, la economía y la rapidez. De ésta manera, en Europa,, al Art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, consagra el derecho que a todos asiste a tener una Justicia en un plazo razonable. Y el Art. 24-2 de la Constitución Española, establece también ese "olvidado" derecho a un proceso sin dilaciones indebidas".

En éste sentido, en Inglaterra ha comenzado a regir desde el 26 de abril de 1999 la llamada reforma Wolf que, entre otras cosas, persigue limitar la intervención de los magistrados a cuestiones que no pueden resolverse por otros medios; debiendo explicarse porqué han llegado a requerir de la intervención jurisdiccional. En España se han buscado soluciones como el despenalizar ciertas figuras, en el año 1989, lo que ha llevado a la transferencia de actividades del fuero criminal al civil. y el Dec. Ley

290, de 1992, les confió a los notarios el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria.

Esta "hiperjudicialización" convierte en escasos los recursos asignados a la Justicia, para su funcionamiento, en cuanto a su mantenimiento edilicio, de recursos humanos, e insumos y en especial en nuestro país, donde el Estado ha declarado su default.

Esta grave situación hace necesario buscar nuevos procedimientos, a fin de garantizar el derecho humano, y por ende constitucional, del acceso a una justicia razonable y eficaz; mediante la transferencia de funciones que cumple el poder judicial, pero que no importan la resolución del conflicto, es decir, la función puramente jurisdiccional.

Este desprenderse, tercerizar actividades que no son contenciosas, permite abocarse al órgano jurisdiccional con mayor exclusividad a la solución de conflictos; y aprovechar mejor el tiempo optimizando la cantidad de empleados dedicados a las causas contenciosas, recursos edilicios, la afectación de gastos en inmuebles, materiales y útiles en dichos procesos, y no en actividades tercerizadas, cuyos gastos serán trasladados hacia quién los realiza, y de gestión judicial.

Así, se permite direccionar los recursos a funciones específicas, y se profundiza la especialización de todos los dependientes judiciales en la actividad de procesos contenciosos, optimizando la calidad de la respuesta jurisdiccional, así como su rapidez.

Esta tendencia se patentiza en una suerte de "desjudicialización" de ciertas causas, limitando en ellas la actuación jurisdiccional (p. Ej.: proceso monitorio, mediación, etc.); o la tercerización de trámites antes exclusivos de la sede judicial (p. Ej, declaratorias de heredero, reconocimiento de firmas y rubricas, notificación en el domicilio sin la intervención del oficial de justicia, etc.).

Mas allá de las reformas de la ley de fondo, la tercerización de actos propios del proceso, debe conllevar el doble control: 1) del juez que dirige el proceso particular, en cuanto al debido cumplimiento de las normas rituales para el acto en sí; y 2) sobre la persona encargada de la función tercerizada, a través de un órgano específico, con injerencia y supervisión de la facultad de Superintendencia de las Cámaras o Tribunales Superiores locales.

La intervención del notario en la tercerización de ciertas funciones o actos procesales, adiciona la ventaja de la fe pública notarial, en cuanto a la certeza y seguridad jurídica de lo "visto y oído" por el notario, plasmado en un documento público, fruto de un procedimiento estricto y garantista de los derechos de las partes, con un control de ejercicio, siempre dependiente del Poder Judicial.

5.4. POSIBLE INTERVENCIÓN NOTARIAL EN FUNCIONES JUDICIALES TERCERIZADAS.

Esta necesidad de dar respuesta a una mejor calidad de justicia, ha llevado a una tendencia de cambios legislativos en todos los países, del cual Bolivia no ha estado exenta, y que se plasmó en su legislación, fundamentalmente en los diez últimos años, buscando aligerar el trabajo de los jueces. Algunos ejemplos del camino que ha comenzado a recorrer nuestro derecho, buscando una solución para una adecuada respuesta del órgano resolutorio de conflictos, son las siguientes:

- a) Reconocimiento de firmas y rubricas
- b) Los inventarios
- c) Las ejecuciones

Por otro lado, crece y se asienta la tendencia desjudicializar actividades que actualmente son propios o privativos del órgano jurisdiccional. Coincidimos con PEYRANO al decir que "existen áreas donde podría ensayarse la "privatización periférica judicial", delegando el Poder Judicial actividades que hasta ahora son desarrolladas "internamente" y que ahora se propone sean confiadas a "terceros" al

sistema, cabe decir, a la propias partes litigantes y sus letrados, y aún a "extraños" al litigio de que se trate, aunque siempre bajo el control y supervisión de los magistrados.

En ese fenómeno de tercerización o privatización de ciertas funciones judiciales, se debe respetar los presupuestos esenciales:

- a) La autonomía de la voluntad de las partes, traducido en la OPCIONABILIDAD del procedimiento mercerizado, que tiene siempre una cláusula implícita de dejar el procedimiento en esfera privada, para trasladarse: a la sede judicial, lo cual es obligatorio, cuando se plantea cuestiones u objeciones que requieran una resolución del órgano jurisdiccional.
- b) el CONTROL JUDICIAL PARTICULAR del procedimiento privatizado o tercerizado en sí, por el juez natural de la causa, quien entenderá con inmediatez en las objeciones al mismo, que podrá revisarlo o anulado total o parcialmente; y el
- c) CONTROL JUDICIAL DISCIPLINARIO correspondiente, de la persona física o jurídica en la que se delega la función tercerizada, que podrá ya tenerlo previsto (P. Ej.; en Prov. de Bs. As., el notario ya tiene su control funcional en la esfera judicial, por el Juzgado Notarial, con competencia específica; o a falta ser ejercido por el Tribunal Superior que ejerza las funciones de superintendencia. En Bolivia, tenemos al Consejo de la Judicatura).

Como en todas ésta áreas que se ha comenzado a ver un atisbo de tercerización; y otras, en especial, los procesos no contenciosos, creemos que el notario de tipo latino, puede dar un eficaz servicio para colaborar con el descongestionamiento de funciones judiciales, que no impliquen resolución de conflictos o labor propiamente jurisdiccional.

El notario de tipo latino, profesional privado que ejerce una función pública, por lo cual desde su naturaleza, contiene la esencia de la tercerización, está en la esfera privada, pero al mismo tiempo su propia profesión se consustancia con el ejercicio de funciones de efectos públicos, estando habituado a procedimientos rituales para obtener cada uno de los documentos en que interviene.

Agrega así, en su actuar dentro de su competencia legal, a los actos pasados ante él, (las funciones tercerizadas) y cumplidas con el procedimiento notarial, la certeza de la fe pública notarial, con las garantías de la seguridad jurídica que implica.

Además, a diferencia de otras personas en que se pueda tercerizar funciones, tiene un procedimiento ya reglado con bastante minuciosidad y responsabilidades profesionales, que permiten un adecuado control de su debido proceso legal, por el propio tribunal, limitando un actuar arbitrado, a lo que se suma un estricto régimen sancionatorio siempre bajo la supervisión última judicial.

También el notariado latino, desde sus orígenes, como en la Constitución del Emperador León IX de Bizancio (año 886 D.C.), Novelas 22 a 24, que requería el conocimiento de los libros de derecho de entonces para acceder a la función, ha permanentemente exigido la capacitación jurídica de quienes ejerzan la función notarial, lo cual se ha visto ratificado en la última mitad del S. XX en nuestro país, con la paulatina exigencia del título de abogado en las nuevas leyes notariales, para el la notaría, poniendo al notariado a altura de los tiempos, y en éste punto en permitir ser un adecuado interlocutor para con los letrados de las partes y el órgano jurisdiccional.

Como se ha señalado, la función tercerizada, para ser realmente tal, debe ser ejercida por una persona "extra judicial" y no "intra judicial". El notario latino, al cumplir tales funciones tercerizadas, cumple acabadamente tales requisitos, pues se trata de un profesional "extra judicial", ya que actuará por requerimiento directo de parte, y no

como perito, o cuando se lo designe de la nómina del Tribunal, debiendo aceptar el respectivo cargo.

En el caso de funciones tercerizadas, no actúa como un "auxiliar de justicia" en el sentido de la doctrina procesal. Se trata de un colaborador externo, pero que el resultado de su actuación, tendrá la seguridad jurídica y la certeza propia, de la fe pública de la que está investido.

Nótese que en la organización judicial, el Juez, con todo el imperium y facultad de "decir el derecho", decidir el caso; no es depositario de la fe pública judicial, la que recae en el Secretario o Actuario. Este funcionario, que tiene la facultad de llevar el expediente (es decir su ordenamiento), quien con su intervención da génesis al documento público judicial. Mientras Su Señoría es el creador del acto procesal sentencia, el Secretario es quien capta tal acto en el documento que se agrega al expediente, del mismo modo que es quien da la fe pública judicial en la recepción de las declaraciones testimoniales en el acta judicial que se agregará en el expediente.

En modo alguno pretendemos asimilar al notario al Secretario de Juzgado, que cumple otras esenciales funciones de auxiliar del Juez, de quien depende directamente, y que se encarga ni más ni menos, que de la ejecución de actos dictados por Su Señoría; pero ésta fe pública de un profesional privado, agrega un suplemento esencial en la tercerización de la función judicial.

Peyrano se pregunta si no habrá llegado la hora de adaptar a nuestro medio algo del "*discovery period*" del proceso estadounidense; etapa preprocesal donde cada parte está legitimada para examinar testigos de la otra tomándole declaración, interviniendo abogados de parte y un "*court reporter*" que representa al Tribunal y toma nota de la sesión.

En un país ajeno a nuestro notariado latino, como los EE.UU., es imposible pensar en un profesional que pueda tomar nota del desarrollo de la sesión y emitir un documento indubitable. Pero creemos que así como el Secretario dentro de la esfera judicial redactará el acta con la fe pública judicial de la sesión; el notario latino puede igualmente realizar similar tarea en la esfera extraprocesal, prestando la función notarial un invaluable aporte a la posible adaptación de las “*dispositions*” a nuestro proceso judicial.

Esta similitud del notario y el Secretario de Juzgado la hacemos sólo desde el ángulo de la fe pública, que el Secretado da con exclusividad en el proceso, y el notario antes y después, fuera del proceso. No pretendemos asimilación con el sistema de esa suerte de parcial privatización de justicia que existía en Prov. de Bs. As., hasta 1913, con los escribanos-secretados, rémora del derecho indiano. Estas Secretarías que funcionaban como escribanías, eran concedidas a un "escribano", que podía disponerlas y pactaba las costas de secretaria con las partes, por su labor de tramitar o sustanciar la causa, que una vez, concluida su tramitación pasaba al Juez que prácticamente se limitaba a pronunciar sentencia de mérito.

La inadmisibles asimilación del actual notario a éste funcionario, tiene como antecedente el fracaso de la división del derecho medieval y feudal, en notarios reales y de número. Mientras que los notarios reales, eran verdaderos funcionarios internos de la administración pública, depositarios de fe pública para ciertos actos cumplidos dentro de su organismo actuante; el notario de número era el que ocupaba el lugar del actual notario, función externa a la administración pública, que lo pone en una adecuada posición para ejercer funciones tercerizadas desde el ámbito privado.

El proceso histórico del notariado latino ha demostrado la inconveniencia de la existencia de llamados "notarios reales", que se había adquirido las deficiencias propias por de administración estatal, llevando sólo a la subsistencia del "notario de número”

Cuando se requiera que el resultado documental de la función judicial tercerizada esté dotado de fe pública, debe ser ejercida por un notario (de número o registro), y no crearse funcionarios, registros, o instituciones ad-hoc, para los actos procesales externos, recreando con nuevos nombres estas suerte de "notarios reales", cuyo fracaso la historia del derecho europeo ha demostrado. El notario en ésta tercerización de funciones judiciales, no pierde su competencia, funciones y límites. Si pretende convertirse en un funcionario judicial ad-hoc (en el estricto concepto técnico), dependiendo su actuación de la designación o aprobación del tribunal, estaría perdiendo la esencia de la privatización parcial que se busca, y dejando en parte de ser ése particular profesional ("notario de número"), corriendo el riesgo de adquirir los vicios de los ajenos "notarios reales", que hicieron a éstos desaparecer.

Lejos ha quedado, en la génesis del notario de tipo latino, leyes como la del rey Longobardo Lotario, del año 890 DC, con la exigencia del reconocimiento de fe pública del documento notarial, hasta universalizarse en estos regímenes legales la autonomía de la particular fe pública notarial, que se delega por el poder ejecutivo, y el control del notario queda a cargo, en ciertos casos, directamente en la esfera del poder judicial.

La función notarial en su organización de tipo latino, es conferida y controlada por diversos poderes del Estado, pero ejercida por un profesional que no integra tales poderes. Esta particular situación, desconocida en los países de organización judicial anglosajón, brinda a nuestro sistema jurídico la posibilidad de contar con una persona que reúne las características funcionales y profesionales adecuadas, para ésta privatización o tercerización de funciones judiciales.

5.5. PRINCIPIOS DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LA TERCERIZACIÓN DE FUNCIONES JUDICIALES

A fin de no desvirtuar una real tercerización, y que no se trate de un mero maquillaje, diciendo que se terceriza sin hacerse en verdad, la actividad del notario debe ser externa al órgano jurisdiccional. No debe inmiscuirse ni intervenir en las cuestiones jurisdiccionales, que son privativas de los jueces.

La actuación debe ser a requerimiento de parte, la que deberá tener absoluta libertad en su elección, no requiriendo designación previa o ratificación posterior del tribunal.

Debe actuar dentro de su competencia, y respetando los procedimientos de la ley notarial local que lo rija para llegar al documento notarial que representará al acto procesal cumplido en instancia privatizada.

Este documento notarial y el acto que representa, deben gozar de fe pública notarial (autónoma), y no necesita ser ratificado, homologado ni confirmado por acto jurisdiccional alguno.

El acto procesal tercerizado estará sometido al control del juez de la causa; y el notario, en cuanto al ejercicio de su función estará sometido al contralor que prevea su ley orgánica notarial; que aún en aquellas jurisdicciones en que el Colegio Notarial tenga facultades disciplinarias, como persona de derecho público, siempre tendrá la revisión última en un órgano judicial.

5.6. NOTIFICACIÓN AL DOMICILIO POR ACTA NOTARIAL

Daniel Lamber y Marina Lopez, desde la legislación argentina nos dice que, señalan la aspiración a la tercerización de los actos de notificación al domicilio, permitiendo

medios alternativos a la tradicional cédula diligenciada por funcionarios judiciales, plasmada en el art. 136 CPN, incorporando la opción de notificar por Acta Notarial, telegrama con copia certificada y aviso de entrega, o carta documento con aviso de entrega. Los mismos medios de notificación a domicilio, con leves diferencias son los establecidos en el proyecto de reforma del Cod. Procesal de la Prov. de Bs. As. ya citada en su Art. 136; y en el Proyecto de ley 281/01 del Chaco, de reforma de su código ritual, que también se incorpora la opción por acta notarial como medio de notificación. Estos nuevos medios de notificación en el CPN quiebran la tradición española de la diligencia de notificación encargada a un funcionario judicial, de la Secretada u oficina de notificaciones.

Se acercan a los ordenamientos procesales modernos, donde las notificaciones no se practican por el tribunal ni por integrantes del poder judicial, estando encargada a un funcionado público, no judicial sino "ministeriales" designado por el poder ejecutivo. Así se regula en países de derecho anglosajón, Francia y la mayoría de los países europeos.

Sin embargo la ley 25.488, es más amplia en la privatización de ésta función judicial, al incorporar a personas jurídica privadas, como lo son hoy en día las empresas de correos en nuestro país (dicen Lamber y Lopez).

Pero al recurrir a la institución notarial de tipo latino, desconocida en los ordenamientos anglosajones, tiene la posibilidad de valerse de un profesional privado, al que el Poder Ejecutivo, ha delegado la dación de fe pública, acercándose así a la característica de esos notificadores ministeriales.

Esta actuación fedante del notario latino no es indiferente al legislador, ya que en el Art. 137 se establece que los actos de notificación más importantes, sólo se pueden

hacer por cédula o acta notarial, dejando de lado la posibilidad de recurrir a los otros medios postales. Igual criterio que el citado proyecto bonaerense.

Demuestra ésta norma, la importancia que se atribuye a que la diligencia se realice por quien tiene la delegación de fe pública; ratificando el principio señalado: el notario no actúa por una investidura que le hará al efecto el Tribunal, sino que lo hace por su propia competencia, y en ejercicio de su función pública, la que le es otorgado por el Poder Ejecutivo, y no por el Poder Judicial.

Las consecuencias de esto son sustanciales al momento de determinar como deberá cumplir su diligencia. En primer término deberá contener todos los recaudos establecidos por el código ritual, tanto en el contenido y forma del instrumento como en la diligencia del mismo, conforme a los Art. 137 a 141 del CPN, asimilado a la cédula diligenciada por el funcionario judicial; pero en lo relativo al procedimiento y elaboración del instrumento acta notarial, se regirá por la ley de organización del notariado local donde se deba cumplir la diligencia.

5.6.1. Opción de la notificación por acta notarial.-

En la legislación Argentina, el nuevo Art. 136 CPN párr. 40 dice: 'La elección del medio de notificación se realizará por los letrados, sin manifestación alguna en las actuaciones'.

Ante la existencia de instrumentos de notificación firmados por el notario, en casos que "no intervenga letrado" (Art. 13740 párr. CPN), la norma debió decir que tal elección también puede ser efectuada por la parte o su representante.

A diferencia, el Proyecto bonaerense, establece que "cuando se optare por la notificación mediante acta notarial, así se manifestará, y el Tribunal entregará

las copias pertinentes al interesado en la notificación, su letrado o persona autorizada.", para luego agregar en el párrafo siguiente: "En los demás casos la elección del medio se realizará por los letrados, sin necesidad de manifestación alguna en las actuaciones". Igual normativa prevé el proyecto de reforma chaqueño.

Al optar por el acta notarial, imponen un requisito más que la Ley nacional: la manifestación en las actuaciones de recurrir a éste medio, en lugar de la cédula de ordinario.

No establecen que el Juez deba aprobar, homologar o autorizar el medio elegido, sólo se le debe avisar, ni siquiera exige que se le indique el notario que la efectuará. El tribunal sólo deberá decir: "téngase presente", ya que no tiene que resolver sobre el particular.

Luego de ésta manifestación, las copias a entregar junto con la notificación, el tribunal las dará al interesado, su letrado o autorizado. No cabe duda que al cambiarse el sistema ordinario de notificación por cédula, se quiere que el Tribunal tome ciertos recaudos de seguridad.

Cuando las cédulas se presentan directamente en la oficina de notificaciones del Juzgado donde esta radicado el Tribunal, el letrado deja las cedulas en secretaría, quién remite la cédula firmada por el letrado, secretario o prosecretario, junto con las copias que se hubieren agregado para traslado, existiendo la posibilidad de control de ellas por el Tribunal.

En este sentido, cuando se debe notificar en otro Juzgado bonaerense, el Tribunal devolverá una vez selladas, las cédulas al letrado para que las diligencie en la Oficina de Mandamientos del Juzgado donde se deba realizar la

diligencia. Existe aquí también la posibilidad de control del Tribunal de las copias que se hubieren agregado oportunamente para traslado (Art. 138 3º párrafo Proyecto bonaerense).

En el Art. 139 de éste Proyecto, con relación a las copias de contenido reservado, expresamente exige que "el sobre será cerrado por personal de Secretaría" con la consiguiente facultad de contralor. Esta manifestación de opción por el acta notarial, es práctica al momento de justificar el porque el interesado, letrado o persona autorizada (que puede ser el notario que va a notificar), desglosa las copias para traslado, no habiéndose librado cédula; y además asume la responsabilidad por la falta de dichas copias en caso de luego pretender notificar por cédula.

Si bien se auspicia la mayor libertad prevista en la Ley Nacional, es probable que ésta norma del Proyecto, aparezca en la "costumbre judicial", por la cuestión pragmática explicada, cubriendo el debido deber de diligencia de los empleados del Tribunal en su función.

Entendemos que la exigencia de manifestación de opción del acta notarial en el Proyecto bonaerense, se limita a los casos especiales de exclusividad de notificación por acta notarial o cédula, de la primera parte del Arto 136, y no a todos los supuestos de notificación del Art. 135, dado además que el párrafo siguiente del Arto 136 dice que en los demás casos la elección del medio se realizará por los letrados, sin necesidad de manifestación alguna.

El Proyecto se queda a medio camino de la elogiada Ley Nacional al no prever la posibilidad de transcripción del contenido de las copias en los otros medios de notificación, pero obedece a una política legislativa más restrictiva que la de la reforma nacional.

5.6.2. Soporte material del acta.

El requerimiento y la diligencia deberá documentarse de acuerdo a la ley de cada jurisdicción donde deba diligenciarse.

Así en la ciudad Autónoma y la Provincia de Buenos Aires, tales actas deberán ser protocolares, no admitiéndose las actas extraprotocolares en las leyes 404 y 9020, respectivamente, con la diferencia que en la primera existe la posibilidad de tener el mismo registro notarial dos tipos de protocolo según los actos o hechos a documentar y en la segunda un protocolo único para todo tipo de hechos y actos.

Pero en las jurisdicciones que la ley local de la organización del notariado, permita la realización de actas extraprotocolares, se podrá utilizar dicho soporte material.

5.6.3. Exigencia de Requerimiento.-

El párrafo 30 del Art., 137 del CPN y del frustrado Proyecto bonaerense, traen la tradicional norma del derecho procesal, en cuanto a que la notificación efectuada por una parte, importa su propia notificación de lo notificado.

En cuanto a la elección de la vía por acta notarial, dicha notificación de la parte notificante, se produce en el momento de realizarse el REQUERIMIENTO de notificación al notario.

En argentina, este principio de requerimiento, es común para toda actuación notarial, por la ley 9020 bonaerense, y 404 capitalina, y se ve ratificado por ésta norma y la proyectada, pudiendo efectuar éste requerimiento el letrado

patrocinante, o excepcionalmente el representante o el propio interesado, con las salvedades que señalaremos para la notificación en extraña jurisdicción.

En requerimiento por la propia parte los instrumentos a notificar que firmará el Secretario, Prosecretario o Notario, según el párr. 4 del Art. 137 CPN y proyecto bonaerense: "Deberán ser firmados por el secretario o pro secretario los instrumentos que notifiquen medidas cautelares o entrega de bienes y aquellos en que no intervenga letrado patrocinante, sindico, tutor o curador *ad-litem*, salvo notificación notarial".

En éstos supuestos, dado que la notificación por acta notarial es siempre OPCIONAL de la parte interesada, y para la intervención de un notario, profesional extra-proceso, que ni siquiera se necesita que esté en la lista de peritos del Tribunal; es la propia parte quien requerirá su actuación, lo que se pone de manifiesto en la segunda causa de firma por los funcionarios judiciales o notados (falta de patrocinante, síndico, tutor o curados ad-litem).

5.6.4. Firma del documento de notificación y entrega de copia.

Los Arts. 137, 140 Y 141 CPN y Proyecto bonaerense, regulan la firma y entrega del documento de notificación.

La firma del documento se traduce en el requerimiento formal que se hace al notario, quién luego encargará de la diligencia de notificación, aún sin la presencia o asistencia del requirente.

Tal requerimiento, tendrá los efectos de firma del documento de notificación, cuando sea efectuado por el letrado patrocinante, en aquellos casos en el, en aquellos casos en que el mismo esté facultado para suscribir las cédulas de notificación. En éste supuesto, el profesional requirente, asume la

responsabilidad propia de su ejercicio, en cuanto al contenido y destino de la notificación (por ejemplo, es él quien se responsabiliza por la fidelidad del objeto de la notificación), ante la posible declaración de la nulidad de la notificación.

Diferente es la situación cuando no se permite la firma del instrumento de notificación al letrado, y lo debe hacer el secretario o prosecretario. Si bien en la notificación por acta notarial es necesario el requerimiento del interesado al notario, no asume el particular, las responsabilidades propias del letrado patrocinante.

Entonces el notario asume alguna de tales responsabilidades. como la coincidencia del objeto de la notificación, y por tanto es quien tiene la carga de la firma del instrumento de notificación; para lo cual deberá hacer las diligencias previas para asegurar la fidelidad de tal contenido, como p. Ej., tomar debida vista de la resolución del expediente judicial.

En cuanto a la entrega de copia del instrumento de notificación y las llamadas copias de traslado, debe proceder el notario igual que el oficial de justicia, según los Arts. 140/41 CPN y proyecto bonaerense.

La copia del instrumento se deja al interesado con constancia de día y hora de entrega y firma del notario notificador; de no encontrarse, a otra persona de la casa, departamento u oficina, o encargado del edificio; y de no haber nadie, la fijará en la puerta de acceso.

El original se agrega al expediente, con las constancias de la diligencia. Debe entenderse por original, el testimonio o primera copia del acta notarial, ya que en ley 9020 debe ser redactada en el Protocolo, teniendo ésta primera copia el carácter de instrumento público.

5.7. AUDIENCIA DE PRUEBA E INTERVENCIÓN NOTARIAL

Señalamos anteriormente, la aspiración a obtener un mecanismo similar a las "*dispositions*" del "*discovery period*" del proceso norteamericano, o de la extensión de la norma del Art. 518 de Código de Navegación Argentino.

Se busca la posibilidad de efectuarse la declaración testimonial ante los propios abogados, sin la necesidad de concurrir a los estrados judiciales; con la posibilidad de acelerar el cumplimiento de la prueba, tener una mayor flexibilidad de horario que el tribunalicio, y en el lugar de cumplimiento, lo cual es conveniente en los extensos departamentos judiciales del interior de las Provincias, que les permitiría a los letrados a tomar la declaración en su ciudad de residencia y librarse de la dificultad de la asistencia de los declarantes.

Para tal traslado defunciones, se requerirá como principio el común acuerdo de las partes; y a fin cumplir con el principio de bilateralidad del proceso, la presencia de los letrados de ambas partes, quienes harán el interrogatorio.

Lamber y Lopez, nos dicen que, la actuación debe ser como la regulada en el Art. 518 del código naviero, y así prever la inmediata suspensión de la audiencia y su realización ante los estrados judiciales por la solicitud de cualquiera de las partes.

Creemos oportuno, que para dar fe de la individualización de las personas, es importante la presencia de un notario, requerido para constatar el desarrollo de audiencia que documentará en un acta notarial, para agregar en las actuaciones. Esta actuación notarial será la misma que citamos del "*court reporter*" del derecho norteamericano; que por las especiales funciones del notario de tipo latino puede reemplazar acabadamente, sin necesidad de tener el Estado que disponer de un funcionario interno que lo haga.

Tal notario deberá ser elegido por ambas partes; pero por ser una actuación privada y no funcional ad-hoc designada por el juzgado, si las partes lo prefieren, podrá concurrir un notario por cada una, como sucede en varias asambleas de sociedades o consorcios de copropietarios.

De igual modo en casos de procedimientos "*in audita parte*", como en las declaraciones de las informaciones para medidas precautorias (Art., 197 CPN y otros), efectuadas en el estudio del letrado, cuando sean ante notario que labrará acta al efecto, no requieran su posterior ratificación en primera audiencia.

5.8. PROCESOS NO CONTENCIOSOS

En éste capítulo abordamos la temática de la llamada "jurisdicción voluntaria", expresión harto cuestionada, pues en el estudio del concepto de jurisdicción, se suele recurrir a su etimología "juris dictio" como decir el derecho, indicando la facultad de resolver los conflictos, pero con el poder de imperium del estado para imponer su decisión. Esta facultad de resolver conflictos, es privativa del órgano judicial, y presume la confrontación de dos partes opuestas.

En la llamada jurisdicción voluntaria, no existe esta función de decidir un conflicto, que no se plantea por falta de contendientes con contradictorias pretensiones; por lo cual no se asimila a la función privativa de los jueces, y se trata de procesos no contenciosos, terminología que ha propuesto el Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino de Cartagena de Indias, y que adoptamos.

La expresión jurisdicción voluntaria tiene su origen en el derecho romano, en un texto de Marciano, al parecer-interpolado por un glosador donde se la contrapone a la jurisdicción contenciosa, y en la que se explicaba que cuando el Proconsul, salía de su

territorio de competencia, perdía la jurisdicción contenciosa, pero conservaba la voluntaria.

Era claro que en ella, el magistrado intervenía sin litigio o conflicto, colaborando en la celebración de un acto o negocio jurídico, para cuya celebración se finge la existencia de un proceso, a criterio de voluntariedad de las partes, buscando un control de legalidad y asesoramiento, propio de la jurisdicción voluntaria.

Además en el Derecho Romano, solía recurrirse a la simulación de procesos judiciales, para la celebración de actos formales, como lo era la "*in iure cessio*", donde se fingía un proceso de demanda y allanamiento, para obtener la transmisión de la propiedad de un fundo permitiendo este reconocimiento del Juez o Magistrado romano; al decir de donde, obtener el reconocimiento del estado de un documento autentico, con efectos similares a los que hoy tiene el documento notaria, inexistente en esa época.

Señala Goma Ferrer Sapiña, que la jurisdicción voluntaria correspondía al magistrado y no al juez, y al pasar al segundo las facultades del primero, se trasladó también la jurisdicción voluntaria, que consolidada en el sistema Justiniano, pasó al derecho común.

Existen en éstos procesos, un acto judicial, que no se origina en la contradicción entre partes; y en la que señala Couture, el juez no conoce más verdad que la verdad que le dice la parte interesada, manera muy relativa de conocer; creándose el acto mediante la "cognitivo informativa", o sea en base a pruebas y afirmaciones del interesado, teniendo el juez amplios poderes inquisitorios.

El proceso no contencioso no supone la inexistencia absoluta de eventual conflicto o discusión; lo cual existe en todo contrato, como por ejemplo en la formación del consentimiento para un contrato de compraventa, hasta llegar al punto desacuerdo de

ambas, no requiriéndose recurrir ante el tribunal para su plena validez y eficacia, como ocurría en el derecho romano, en que se debía concurrir ante el magistrado (pretor, cónsul o proconsul) o simular un proceso ante el Juez.

Ahora, desde el primer congreso Internacional del Notario Latino, de Buenos Aires en 1948, el Notario de este tipo, ha reiterado la aspiración de que todos los actos de jurisdicción voluntaria en el sentido dado a la expresión en los países de habla castellana, sean atribuidos exclusivamente a la competencia notarial.

Al respecto se dice que, los procesos no contenciosos que puede asumir el notario, son las sucesiones extrajudiciales, y como ha señalado la XXXI Jornada Notarial Bonaerense: deben ser de competencia notarial, entre otros los siguientes procesos litigiosos: informaciones sumarias; subsanación o rectificación, de partidas, actas de Registro Civil y documentos públicos, e identidad de personas.

5.8.1. Sucesión Extrajudicial.-

Desde un punto de vista de política legislativa cabe preguntar sobre la conveniencia de atribuir a los jueces la competencia en éstos procesos, que cuando son alitigiosos, reúnen las características del proceso no contencioso.

En Argentina se ha asumido la postura de tramitar las sucesiones por vía judicial, pese a no ser ésta la solución en todos los sistemas jurídicos; como los ya clásicos ejemplos del proceso extrajudicial guatemalteco, o los regímenes francés o español, donde se acredita el carácter público y notorio de heredero mediante un acta de notoriedad (en el segundo con exclusividad para la sucesión intestada, conf Arts. 209 y concordantes del reglamento notarial español), siendo ésta la recomendación del Consejo de Europa para todos los países miembros, promoviendo la eliminación de tareas no propiamente jurisdiccionales del ámbito

de actuación de los Tribunales de Justicia, se regula una modalidad de obtención de la declaratoria de herederos mediante el acta de notoriedad, tramitada ante notario o la atribución al notariado alemán de la jurisdicción voluntaria.

También se ha considerado en doctrina, innecesaria la obligatoria intervención judicial en las testamentarias alitigiosas, tanto en la posibilidad de aprobación del testamento en cuanto a sus formas, como en el reconocimiento de la letra y firma del testador que optó por la forma ológrafa.

En el segundo supuesto, se está frente a la "*cognitio informativa*", en el reconocimiento previo a la protocolización, por la declaración de testigos, actividad perfectamente ligada a la información sumada, que se propone se lleve a cabo por un acta de notoriedad.

Esta posibilidad de establecer un proceso sucesorio extrajudicial sin necesidad de reformar la ley de fondo, se nota en los reiterado proyectos sucesiones extrajudiciales en la década de 1990, ya sea ante escribano (anteproyecto de reforma de Código Procesal Civil, Comercial y Laboral de la Nación, FE 66/94, y el proyecto especial del PE 445/94, Y el del Senador Branda: 5.232/96), abogado (Anteproyecto de Miguel A. Sánchez Maríncolo) o Registro Especial de Tramitador Letrado, donde se prevé la opción por el sistema extrajudicial en procesos alitigiosos, sea intestados o testados, con la sola excepción del proyecto del Seno Branda, que prevé que en las testamentarias el notario eleve las actuaciones al juez para que se expida sobre la validez del testamento en cuanto a sus formas (Art. 808).

En los proyectos que no prevén la actuación notarial, no son totalmente extrajudiciales en el de Sánchez Maríncolo, el abogado recaba todos los recaudas previos; sin ir al tribunal, y una vez que está en condiciones de dictar declaratoria

de herederos los eleva al Juez. para su dictado; y en el del frustrado proyecto bonaerense, el registrador, sería un abogado, con la asistencia de un notario como actuario, pero la declaratoria de herederos o aprobación del testamento necesita la homologación judicial, convirtiéndolo en un sistema mixto y no totalmente extrajudicial. –

Dada la particularidad de ésta posible actuación, y el hecho de ser una vía optativa a la judicial, a la que se deberá recurrir en cualquier momento en caso de plantearse controversia, se .deben cumplir supletoriamente los pasos previstos en los códigos procesales locales para proceso sucesorio judicial.

Ello permite por un lado la garantía de defensa y debido proceso legal; y por otro lado, que si se debe llevar al ámbito judicial después de iniciado, no se demore por la falta de cumplimiento de ciertos requisitos procesales.

Esto último, también justifica el requisito del patrocinio letrado en estos procesos extrajudiciales, coadyuvando al mejor desarrollo del mismo, el cual está previsto en los proyectos citados.

5.8.2. Carácter opcional.

La sucesión por vía notarial siempre tendrá el carácter de OPCIONAL, y estará supeditada al acuerdo UNANIME de todos los interesados pretensores; la sola falta de conformidad de uno de ellos, aún sin expresión de causa, obligará a recurrir a la vía judicial.

La existencia de menores o incapaces entre los herederos, no implica la obligatoriedad del trámite judicial, cuya opción será realizada por sus

representantes Legales, padres, tutores o curadores. Si será obligatoria la partición judicial en caso de pretender realizarse mientras subsista la incapacidad.

La actuación del representante legal, instando a acreditar y publicitar el carácter de heredero del incapaz, hace a su deber de buena administración de los intereses de su representado, tal como también lo hace hoy día en un proceso judicial. Los proyectos citados así lo admiten y prevén la intervención o vista del asesor de menores e Incapaces.

Aún iniciada, en cualquier estado del proceso no contencioso, cualquiera de las partes podrá solicitar su remisión al Tribunal, sin deber justificar al notario o juez la razón de su cambio de opción. Por ello, es conveniente que elegido el trámite notarial, igualmente se sortee un Juzgado competente, para que tal eventual remisión, no ocasione demoras en el proceso.

5.8.3. Libre elección del Notario.

En alguno de los proyectos citados, se prevé la creación de listas de notarios con la finalidad de serle atribuido el proceso a sustanciar por sorteo y establecer un orden o turno, aún en caso de permitir al particular elegir profesional.

Esta norma tiende más a mantener un resabio del proceso judicial, donde el sorteo cumple la finalidad de imparcialidad, y que el juez no sea elegido, propio del proceso contencioso, pero que no se da en este caso, en el que la unanimidad de los herederos eligen al profesional y la vía extrajudicial.

La función del notario, tiene mucho que ver con la seguridad y confianza que brinda al requirente. El prohibirle la elección del que crea más adecuado, contrariando la norma de la ley de defensa del consumidor, que establece que es

éste quien debe tener la libertad de opción para escoger al prestador del servicio; ratificado en la tesis de la ley que obliga a las entidades financieras a respetar al notario elegido por la parte para la compraventa, aunque la escritura del contrato de garantía del préstamo que otorgue lo haga el notario por cha elegida. Toda especulación de confabulación entre parte y notario, se ve aventada por la posibilidad que tiene cualquiera de los interesados de recurrir al trámite judicial sin expresión de causa, y el deber de comunicación y publicidad del mismo tenor que en éste.

Los proyectos citados son para la Capital Federal, donde no se presenta la realidad de muchísimos juzgados como hay en la Prov. de Bs. As., y el privado de elegir, quizá al único notario que ejerce en el pueblo u ciudad donde están radicados todos los interesados y letrados, los obligaría a un sorteo que podría remitirlos al notario de otro pueblo, a varios kilómetros de distancia.

Por ello, se debe admitir la libre elección del notario, a quien requerirán directamente la acreditación por acta de notoriedad del carácter de herederos.

En la elección existirá la misma limitación de competencia territorial del notario que del juez, deberá ser del lugar del último domicilio del causante.

Dada la prolongación del proceso de producción de pruebas, citaciones personales y edictales, y comunicaciones obligatorias, y eventuales oficios para acreditar el acervo hereditario, es conveniente el requerimiento en acta notarial, donde además se acredite las causas del proceso, con la partida de defunción, y el interés del o los requirentes, con los respectivos, documentos y otras pruebas.

5.8.4. Patrocinio letrado.

Al igual que en los proyectos citados, se sostiene la existencia del patrocinio letrado en éste trámite por su carácter ordenatorio del procedimiento y su función de garantía de defensa de los derechos de su patrocinado en nuestro sistema jurídico, como ya se adelantó.

5.8.5. Acta de notoriedad, indivisión hereditaria y partición.

Pese a la claridad de los Códigos Civiles, la doctrina ampliamente mayoritaria de considerar que la sucesión sólo concluye con la partición de los bienes, así tenemos que la existencia en los Registros Inmobiliarios de la Capital Federal, Provincia de Buenos Aires y la Pampa de Disposiciones Técnico Registrales, que establezcan que el supuesto de rogar la inscripción de la declaratoria de herederos (o testamento aprobado) sin partición, se deba indicar la proporción de dominio de acuerdo a la parte legítima del herederos, ha motivado, que tratando de superar esa postura jurídica solitaria, la citada XXXI Jornada Notarial Bonaerense, conclusión 3° i), auspicia que éstos procesos deben concluir obligatoriamente con la partición del acervo hereditario, con sucede en otras provincia respetuosas de la legislación de fondo.

La actuación del notario en éste proceso no contencioso, podrá concluir con el acta de notoriedad, y la etapa posterior de partición de herencia, no debe obligatoriamente hacerse ante el mismo notario.

El Código Civil Argentino en el Art. 3460 da a los sucesores, mayores y capaces, la posibilidad de efectuar la partición, total o parcial, del acervo hereditario, de modo privado por escritura pública.

La existencia de un proceso no contencioso, no debe obligar a hacer la partición con el mismo notario, sino que la partición podrá realizarse ante un notario de la misma jurisdicción u otra. Esto permite al particular, asegurarse la intervención del profesional de su confianza, ya que al elegir el notario para el acta de notoriedad debió recurrir a uno del último domicilio del causante, y en la norma de partición privada, no existe limitación por la sede de radicación de la Notaría que escoja ahora.

En el caso de menores o incapaces, si se pretende partir los bienes se deberá recurrir a la partición judicial, debiendo remitirse el acta de notoriedad al tribunal designado al inicio, para que concluya ésta etapa procesal ratificando el criterio que no es el notario que intervenga en éste proceso el que también lo hace en la partición.

No habiendo plazo legal para efectuar la partición, pese a que ésta es transitoria y pasajera, las partes en el caso de haber menores, no suelen recurrir al largo y costoso proceso judicial de partición, y esperan la mayoría de edad. Esto es lo que ha llevado a la práctica de inscribir la declaratoria de herederos sin haber partición.

5.9. ALGUNAS FUNCIONES ACTUALES Y POTENCIALES DEL NOTARIO EN EL SISTEMA DEL NOTARIADO LATINO

5.9.1. Las que constituyen al notario en auxiliar de la justicia:

- **Preconstitución de prueba.**

Dentro de este punto podemos nombrar a las actas de constatación y también a las menos utilizadas audiencias testimoniales en sede notarial: La audiencia tiene lugar en la Notaría, con todos los recaudos que exigen los Códigos de

Procedimientos, en presencia de los abogados de ambas partes, con la certeza de que será tomada por el escribano y no por personal del Juzgado, muchas veces con escasa preparación jurídica. De todo lo ocurrido se deja constancia en el acta respectiva, la que es firmada por todos los intervinientes, autorizada por el escribano y presentada en el expediente. De esta manera ya se tiene por producida la prueba testimonial, pudiendo el Juez solicitar una audiencia ampliatoria en el Juzgado si lo creyere conveniente. Las ventajas de esta audiencia saltan a la vista celeridad: posibilidad de compatibilizar horarios entre profesionales intervinientes y testigos, y también por qué no mencionarlo dada su habitualidad en los últimos tiempos, la seguridad de que la audiencia no se frustrara por algún paro de los empleados judiciales.

- **Informaciones sumarias.**

Este tema abarca una amplia gama de posibilidades. Una de ellas es la de la autorización para contraer matrimonio otorgada por escritura pública. En el supuesto de que uno de los progenitores se negara a dar su autorización o estuviera ausente, se requiere necesariamente la vía judicial. Casos como el de rectificación de partidas de nacimiento, matrimonio y defunción, así como la rectificación de asientos en el Registro de la Propiedad Inmueble, se resuelven fácilmente dentro de la órbita notarial si recurrimos a la poco conocida ACTA DE NOTORIEDAD. En esta acta el escribano, a requerimiento de la parte interesada, auténtica ciertos hechos que le constan por ser públicos y notorios, o si no, se sirve de las declaraciones de testigos y de prueba documental.

Francia, Italia, Bélgica y España, son los países donde el acta de notoriedad goza de mayor difusión. En la legislación francesa y belga, se las utiliza en materia sucesoria, por ejemplo, para dar notoriedad a la no existencia de herederos con derecho a la legítima y para establecer el número y calidad de

herederos; también es usada para rectificar nombres y apellidos y otros tipos de errores de toda clase de documentación, así como para constatar la existencia de una persona o su desaparición. En Italia, estas actas autentican el número y calidad de los herederos de quien falleció intestados y convalidan testamentos ológrafos.

Hay otros supuestos de informaciones sumarias en la doctrina y legislación comparada que se atribuyen a notarios. Por ejemplo, la inscripción tardía de nacimientos; las declaraciones de simple ausencia (Québec); la identificación de personas (Guatemala arts. 440, 441 y 442 del Código Procesal), y las declaraciones de pobreza.

5.9.2. Las que significan un beneficio a la comunidad:

- **Reconocimiento de filiación.-**

En el Código civil argentino de VELEZ SARSFIELD, dentro del Libro I, sección II, título IV, que hablaba de la legitimación (derogado todo el título por la ley 23264). El art. 318 sostenía que el reconocimiento debía hacerse, entre otras formas, por escritura pública. La citada ley 23264, en su art. 248, menciona que el reconocimiento del hijo resultará "...inc. 2), de una declaratoria realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido". Resulta interesante sostiene el autor, realizar una serie de precisiones en cuanto a esta escritura: a) pueden realizarla los menores adultos en virtud del art. 286; b) por tratarse de un derecho personalísimo no pueden actuar por apoderados; c) puede ser efectuada por uno o ambos progenitores, d) es conveniente hacer mención en la escritura, entre las constancias del notario, que se cumple con la diferencia de edad entre el reconociente y el reconocido y acompañar al protocolo fotocopia autenticada del certificado de nacimiento expedido por el profesional médico que atendió el

parto; e) sería de buen técnica que el reconocimiento manifestar haber sido asesorado convenientemente sobre las distintas formas de efectuar el reconocimiento; f) el escribano está obligado por el art. 39 del Decreto Ley 8204/63 (Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas), a remitir a la Dirección de asuntos legales del Registro, dentro del término de diez días hábiles, copia de los documentos pertinentes para su inscripción; g) la escritura de reconocimiento de hijos no constituye título de estado disponible *erga omnes* como así lo hacen las sentencias judiciales cuando se refieren a cuestiones controvertidas en el derecho de familia y los testimonios emitidos por las oficinas del Registro Civil. Sin embargo sirve como presupuesto para la obtención del título de estado ya que la toma de razón del testimonio enviado por el escribano a la Dirección de Asuntos Legales es luego comunicada a la oficina del Registro Civil que corresponda al lugar donde se registró el nacimiento de la persona que se reconoce y una vez que se encuentra allí sentada, esta oficina puede emitir los correspondientes testimonios.

- **Partición de la comunidad hereditaria.**

En la provincia de Buenos Aires y en la Capital federal, al concluir la Declaratoria de Herederos, se procede a la inscripción de la hijuela de cada heredero.

- **Aceptación o renuncia del derecho de habitación del cónyuge.**

Este derecho se incorpora a la legislación Argentina con la sanción de la Ley 20798 del año 1974, que introduce al Código Civil el art. 3573 bis.

- **Liquidación de la sociedad conyugal.**

En la misma legislación Argentina, una vez decretado el divorcio, la liquidación y partición de la sociedad conyugal puede formalizarse en sede notarial sin necesidad de intervención judicial, a menos que se presente controversias.

- **Escritura de avenimiento.-**

La ley de Expropiaciones Argentina número 21499, en su art. 13, indica que una vez declarada la utilidad pública por ley, el expropiante podrá adquirir el bien directamente del propietario dentro de los valores máximos que estime a ese efecto el Tribunal de Tasaciones, incrementado automáticamente y por todo concepto en un diez por ciento. En estos casos no se llega al juicio de expropiación y es el notario quien da por terminado el proceso voluntario con la escritura de avenimiento donde comparecen el vendedor expropiado y el representante legal del Estado Nacional, de la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, de una entidad autárquica nacional, o de una empresa del Estado Nacional, según quién sea el sujeto expropiante. En la escritura debe constar la ley que califica a ese bien como de utilidad pública, así como la ley que exime del pago de actuaciones administrativas e impuesto de sellos.

- **Escritura Pública de Extinción de Contrato de Trabajo.**

En virtud del art. 241 de la Ley de Contrato de Trabajo Argentina, la extinción del Contrato de Trabajo por voluntad concurrente de las partes debe ser efectuada por escritura pública o por ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo.

5.9.3. Las que significan un beneficio a la familia:

- **Sucesión extrajudicial.**

La Declaratoria de Herederos en el trámite sucesorio extrajudicial se dictaría “en cuanto hubiere lugar por derecho y sin perjuicio de terceros” y sólo se requiere una verificación formal de la calidad hereditaria cumpliendo con la presentación de requisitos señalados por ley.

- **Acto de reconocimiento de letra y firma.**

En el testamento ológrafo y apertura en el testamento cerrado. Su protocolización sin intervención judicial. Protocolización de testamentos especiales. La asignación de estos procedimientos a los jueces ordinarios ya no se justifica. La doctrina se muestra unánime en reconocer que debieran ser de competencia notarial.

- **Separación de cónyuges y disolución de matrimonio**

Lo anterior por mutuo consentimiento las que dadas las características de la competencia voluntaria, en la separación y disolución de matrimonio de mutuo acuerdo, no existe contención real, ni partes en conflicto, sino comparecientes que tienen definidos sus intereses personales y patrimoniales, mismos que el Notario debe revisar, verificar y valorar, pues si este, el Notario encontrara indicios de contención, de inmediato debe enviar antecedentes al Juez de Partido de Familia, o sea a la jurisdicción contenciosa. Para esto se precisa una reforma legislativa donde el funcionario interviniente deba constatar que se han cumplido una serie de requisitos y entonces no podría negarse a otorgar las

separación o la declaración de disolución de matrimonio, esto sí podría entrar dentro de la competencia notarial.

En el derecho comparado la participación del notario en el juicio de divorcio es limitada. En Guatemala, la reconciliación puede realizarse por escritura pública (art. 432 del Cód. Proc) y en Luxemburgo, el notario toma nota del proceso verbal que se realiza en sede judicial, a pedido de cualquiera de las partes.

- **Proceso de adopción.-**

En la Argentina con la sanción de la Ley 19134, en 1971, se dio a los notarios la competencia para intervenir en la primera etapa del proceso de adopción.

- **Rectificación de partidas de matrimonio, nacimiento y defunción.**

En este tema nos remitimos a lo expresado en el punto A-2, sobre informaciones sumarias.

- **Convenios extrajudiciales de concursos preventivos**

- **Procesos de mensura y deslinde.**

Según los arts. 653 al 655 del Código Procesal Civil y Comercial Argentino, los procesos de mensura y deslinde podrían ser llevados a cabo ante notario existiendo pleno acuerdo de partes. El escribano recibiría el requerimiento, publicaría edictos haciendo saber su nombre y domicilio y citaría a los propietarios de los terrenos colindantes. Una variante consistiría en la publicación de edictos y la citación a cargo del perito certificando el escribano su realización.

5.10. SITUACIÓN DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN NUESTRO PAÍS.

De acuerdo a nuestra legislación, son los Jueces dotados de jurisdicción los competentes y encargados del conocimiento, tramitación y resolución de este tipo de cuestiones.

Los notarios y en general los auxiliares de la administración de justicia, intervienen en varias actuaciones, pero no asumiendo una labor determinante en cuanto al curso de ellas, por ejemplo en el reconocimiento de hijos, en la protocolización de testamentos abiertos, en la inventariación solemne.

En los casos de declaratorias de herederos, mensura y deslinde, rendición de cuentas, rectificaciones de nombre y apellidos, rectificaciones de partidas de propiedades inmuebles, disolución del matrimonio de mutuo acuerdo, etc. es privativa competencia de los Jueces de Instrucción y Partido, casos en los que en realidad no existe contención por lo tanto no existe la necesidad de aplicar jurisdicción sobre los mismos.

Al ingreso de una cuestión no contenciosa como el de la rendición de cuentas de mutuo acuerdo, la división y partición voluntaria, disolución del matrimonio de mutuo acuerdo, etc., se genera en el Juzgado el inicio de un largo procedimiento ordinario, en base a las solicitudes, providencias, notificaciones e intervención de terceros que van formando un expediente que constituye el antecedente histórico de la actuación.

Toda esta seguidilla de procedimientos requiere dedicación (o lo que es igual tiempo), y una infraestructura adecuada. El tiempo que se emplea en estas gestiones, es restado al que debiera dedicarse para cumplir tareas más propias de la administración de justicia.

CAPITULO VI. PROPUESTA LEGISLATIVA

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

El objetivo principal es el de proponer la necesidad de incorporar a la función notarial procesos voluntarios, adecuando nuestra legislación a los requerimientos y necesidades inherentes a tales cambios, considerados de mera actividad administrativa dirigidas a la tutela de intereses privados sin controversia.

Es necesario recalcar que la función notarial en las legislaciones modernas, es considerada como un poder, una potestad que tiene el Notario.

II. TRÁMITES VOLUNTARIOS A INCORPORAR A LA FUNCIÓN NOTARIAL.

Los procesos voluntarios que podrían ser incorporados a la función notarial son:

- 1) La declaratoria de herederos.
- 2) La renuncia de herencia y la aceptación con beneficio de inventario.
- 3) La comprobación, aprobación y protocolización de testamentos.
- 4) Inventarios.
- 5) División de herencia y de otros bienes comunes.
- 6) La mensura y deslinde.
- 7) Rendición de cuentas.

8) La declaratoria de ausencia y presunción de muerte.

III. REFORMULACIÓN DE LA LEGISLACIÓN

Para aplicar los cambios propuestos es necesario proceder a la reformulación de los capítulos y artículos pertinentes a los procesos voluntarios en la ley del notariado, Ley de organización judicial, Código Civil, y Código de Procedimiento Civil y proponer sugerencias para la incorporación en el Anteproyecto de la Ley del Notariado y en la Reglamentación de la Ley.

Para tal efecto ponemos en consideración algunas propuestas de cambio de las diferentes disposiciones legales.

IV. MODIFICACIÓN E INCORPORACIÓN A LA LEY DEL NOTARIADO VIGENTES DE FECHA 5 DE MARZO DE 1858.-

Resulta necesario incidir en el hecho de que es absoluta e imperiosa necesidad la promulgación de una nueva Ley del Notariado, que constituya el punto de arranque para un trabajo notarial mas dinámico, ágil y acorde con las innovaciones modernas de mayor elevación científica.

Sin embargo ajustándose a la realidad y teniendo en cuenta que la Ley del Notariado vigente, data de hace mas 134 años enmarcamos la sugerencia a la reforma de la Ley vigente, en tal sentido se proponen las siguientes modificaciones:

Artículo 1.- Se establece como nuevo sistema del Código de Procedimiento Civil la competencia de los Notarios de Fe Publica de Primera Clase de la República, en el conocimiento de los procesos voluntarios.

Artículo 2.- Todas aquellas cuestiones que no requieran decisiones jurisdiccionales sino la declaración de hechos y derechos se tramitaran en el Oficina Notarial. En el momento se surja controversia se remitirán las actuaciones al Juzgado de Partido de Turno en lo Civil.

Artículo 3.- Son requisitos indispensables para la aplicación de la presente ley:
inexistencia de controversia.
Conocimiento unánime de los interesados.

Artículo 4º. Para la tramitación de los procesos voluntarios es indispensable la intervención de un abogado.

Artículo 5º. Estará a cargo del abogado patrocinante: la presentación de la documentación vinculada al proceso. El pedido de informes y publicaciones de edictos.

Artículo 6º. El notario interviniente será designado por el colegio de notarios de cada distrito de acuerdo al orden numérico preestablecido.

Artículo 7º. El registro de actuaciones notariales en procesos voluntario estará a cargo del colegio departamental de Notarios.

Artículo 8º. Presentada la documentación ante el notario se formará el expediente debiendo el notario notificar a los intervinientes en los plazos procesales establecidos por ley.

Artículo 9º. Finalizando el plazo, el notario finalizará el acto protocolar en presencia de los interesados en la que se instalarán loa documentos presentados, impuestos y otros, la conformidad y firma de los intervinientes, archivandose en libros correspondientes.

Artículo 10°. Concluido el trámite el notario expedirá los testimonios solicitados conforme establece la Ley del Notariado.

Artículo 11°. Los honorarios del notario interviniente se fijaran de acuerdo al arancel notarial establecido al efecto.

V. MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL.

TITULO VIII

CAPITULO II

Artículo 177°. Inc. 3 queda abrogado.

CAPITULO XVII

CAPITULO II

NOTARIAS DE FE PUBLICA

Artículo 278°. Requisitos para su designación, el numeral 6 se deroga.

VI. MODIFICACIÓN AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

TITULO IV

DE LOS PROCEDIMIENTOS VOLUNTARIOS.

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES.

Artículo 640° I. Corresponderá a los Notarios de Fe Pública, conocer de los procesos voluntarios comprendidos en el Art. 639 del C.P.C., mientras no resultaren contenciosos.

II. El procedimiento declarado contencioso será remitido dentro del tercero día al Juez de Partido de Turno en lo Civil.

CAPITULO II

DECLARATORIA DE HEREDEROS.

Artículo 643º. El proceso voluntario deberá iniciarse acompañado:
la partida de defunción del causante.

Los documentos que acrediten el grado de parentesco de los demandantes con el causante.

El nombre o los nombres de los otros coherederos que hubieren.

Artículo 645.- En vista de la prueba acompañada, el Notario elaborara el Acta y protocolización de los documentos que forman parte del tramite como los Certificados de Registro Civil, el inventario o relación de bienes, todas las diligencias realizadas y demás documentos presentados al efecto.

Artículo 646.- El Notario expedirá el Testimonio de la Declaratoria de Herederos.

CAPÍTULO III

RENUNCIA DE HERENCIA Y ACEPTACION CON BENEFICIO DE INVENTARIO.

Artículo 649.- El Notario ordenara la citación de los coherederos y acreedores domiciliados en la jurisdicción notarial y la publicación de edictos por dos veces en el lapso de quince días, con inventario de cinco días entre una y otra, de acuerdo al Código de Procedimiento Civil.

Artículo 650.- Cumplidos los requisitos legales y las citaciones previstas en el articulo precedente, el Notario elaborara el Acta según sea el caso, aceptada la herencia con beneficio de inventario, o renunciada, excepto el caso previsto en el Artículo 1053 del Código Civil.

CAPÍTULO IV

COMPROBACIÓN APERTURA Y PROTOCOLIZACIÓN DE TESTAMENTOS

En el proceso voluntario de comprobación, apertura y protocolización de testamentos debe modificarse el Art. 654 párrafo I, inciso 2) en los siguientes términos:

Artículo 654.- I.- En la audiencia, el Notario dispondrá previo juramento, que los testigos:

Declararan si el testador se encontraba en el uso pleno de sus facultades mentales para manifestar su deseos, expresados en el testamento, o si dio el caso del Art. 1129 del C.C.

Las disposiciones preliminares y posteriores se cumplirán de acuerdo a la normatividad procedimental que señala el Capítulo correspondiente de estos procesos.

CAPÍTULO V

INVENTARIOS

Artículo 663.- En los casos en que se procediere la formación de inventarios enumerativos o evaluativos de los bienes, derechos y obligaciones de una sucesión, el Notario señalará día y hora para la audiencia, previa citación de partes, y en su caso del albacea, coherederos, acreedores, legatarios y otros interesados.

Artículo 664.- I El Notario concurrirá a la elaboración de inventarios con la presencia de los coherederos, albaceas, acreedores, legatarios y otros interesados.

Artículo 675. Concluido el tramite del proceso voluntario el Notario redactara el Acta aprobando la división o en su caso el sorteo para luego protocolizar y entregar Testimonios del mismo, a cada herederos.

CAPITULO VI. DIVISIÓN DE HERENCIA Y DE OTROS BIENES COMUNES

En el proceso voluntario de División de Herencia y otros bienes comunes ante el Notario de Fe Publica,. Se cumplirán íntegramente con las diligencias especificadas en el capitulo correspondientes del Código de Procedimiento Civil, procediendo a su protocolización.

CAPITULO VII MENSURA Y DESLINDE.

Artículo 682°. Cuando un propietario considere necesario aclarar en todo o en parte los linderos de su propiedad urbana ó rústica no edificada, presentará su solicitud en memorial al notario, acompañado de los títulos correspondientes, pidiendo recorrer sus términos y establecer los mojones en su caso.

Artículo 683°. El notario señalará día y hora para la audiencia en ciatción del colindante indicados por el solicitante.

Artículo 686°. A falta de prueba que pudiere guiar al Notario en sus apreciaciones, podrá este cortar la diferencia ordenando la división del terreno entre las partes .
En consideración a la existencia de la Ley de Servicio Nacional de Reforma Agraria en plena vigencia, los procesos de mensura y deslinde de propiedad rústica y agrarias serán de conocimiento de las autoridades agrarias y las que correspondan al radio urbano a los Notarios de Fe Pública dentro del marco del Código de Procedimiento Civil.

CAPÍTULO VIII. RENDICIÓN DE CUENTAS.

Artículo 692. I. si el requiriente o solicitante diere su conformidad o no hubiere formulado observaciones dentro del plazo señalado en el artículo 690, el notario redactará el Acta Definitiva de Aprobación debidamente firmada por las partes.

II. De igual modo redactará el Acta una vez salvado el informe del perito luego de haber sido puesto en conocimiento de las partes, sin necesidad de más trámites.

En la misma forma, los notarios de Fe Pública se registrarán por las normas del procedimiento civil en su integridad.

CAPITULO IX DECLARACIÓN DE AUSENCIA, PRESUNCIÓN DE MUERTE.

En esta clase de procesos, previamente el notario de Fe Pública deberá pedir al juez competente la designación de un curador para que asuma la representación en nombre del presunto muerto o ausente, de esta manera se modificará el trámite establecido en el art. 695 del Código de Procedimiento Civil, continuando las posteriores diligencias normadas en este capítulo.

Todos los procesos indicados, se registrarán además de las disposiciones contenidas en el C.P.C., Ley de Organización Judicial y otras disposiciones legales conexas.

VI. MODIFICACIÓN AL CÓDIGO CIVIL

LIBRO CUARTO DE LAS SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE.

TITULO I

DE LAS DISPOSICIONES COMUNES A LAS SUCESIONES EN GENERAL.

CAPITULO I

DE LA APERTURA DE LA SUCESIÓN DE LA RELACIÓN Y ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA.

SECCIÓN I

DE LA APERTURA DE LA SUCESIÓN

Artículo 1001°. Lugar de apertura de la sucesión y leyes jurisdiccionales. de la facultad de los Notarios de Fe Publica de primera clase llamados a conocer, de las acciones sucesorias se rigen por la Ley de Organización Judicial, Código de Procedimiento Civil, y Código de Familia en caso de Menores é incapaces.

TITULO IV
DIVISIÓN DE LA HERENCIA.
CAPITULO I
DISPOSICIONES GENERALES.

Artículo 1233º. (facultad de pedir la división).

II. El testador, aduciendo un interés serio, puede disponer que la división de la herencia o de algunos bienes comprendidos en ella no tenga lugar antes de transcurridos desde su muerte, un no plazo mayor de cinco años. Sin embargo el notario, a solicitud de los herederos, y mediando circunstancias graves, puede autorizar la división dentro del año ó antes de cumplirse el plazo establecido por el testador.

Todos los procesos indicados, se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley del Notariado, Código Civil, Código de Procedimiento Civil, Ley de Organización Judicial y otras conexas.

CAPÍTULO VII

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

7.1. CONCLUSIONES

Llegado al final del desarrollo y comprobación de la presente tesis, podemos afirmar las siguientes conclusiones:

1. Que se a llegado a demostrar plenamente la hipótesis planteada de que “EN LOS PROCESOS LLAMADOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA, NO EXISTE LITIS NI CONTENCIÓN REAL, POR LO QUE SU CONOCIMIENTO, ES IDEAL QUE PASE DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL A LA ACTIVIDAD NOTARIAL”,
2. Que, existen procesos que en la actualidad son de conocimiento de los jueces, en los que en realidad no existe litis, no existe controversia que dirimir, por lo que tampoco hay partes contendientes sino simplemente solicitantes, como por ejemplo en los procesos de declaratoria de herederos, inventarios, medida y deslinde, rendición de cuentas, apertura y protocolización de testamentos entre otros.
3. Que, evolucionada la doctrina del Derecho Notarial y dentro del sistema Latino en el que se encuentra Bolivia, se tiene que existe firme tendencia de otorgar al Juez, en su plenitud y exclusividad, el conocimiento solo de procesos, verdaderos procesos en los que exista litis, controversia y además partes contendientes con intereses contrapuestos,

dejando para el conocimiento de los Notarios de Fe Pública el conocimiento de los trámites o procesos de jurisdicción voluntaria.

4. Que, la Ley del Notariado Boliviano vigente desde 1885, ya no esta acorde con las necesidades reales de la sociedad Boliviana, pues habiéndose reformulado tanto la Ley de Organización Judicial, el Código Civil y haberse creado el Consejo de la Judicatura, se hace imprescindible contar con una nueva ley del Notariado, en el que se incluya la facultad de conocer de los Notarios de Fe Pública, de los procesos de jurisdicción voluntaria.
5. Que, los Notarios de Fe Pública del sistema Latino en el que se encuentra inmerso Bolivia, a la fecha se encuentran capacitados para conocer de los, procesos llamados de jurisdicción voluntaria, pues entre las exigencias para ser notario, se tiene en forma unánime que el postulante sea profesional abogado, un letrado capacitado en forma plena.
6. Que, en la actualidad existen ingente cantidad de procesos conocidos como de jurisdicción voluntaria, que al estar destinados su conocimiento al juez, distraen la atención y quitan el tiempo de los mismos, pudiendo bien conocer estos solo de procesos con litis o controversia, y así optimizar la administración de justicia en tiempo y calidad.
7. Que, al efecto de la implantación de esta nueva tendencia de conocimiento o atribución de la jurisdicción no contenciosa a los notarios de Fe Pública, es necesario no solo modificar la Ley del Notariado, sino la Ley de Organización Judicial, El Código Civil, el Procedimiento Civil y el Código de Familia incluso. (ver proyecto de ley).

7.2. RECOMENDACIONES

A manera de recomendaciones, en base a la experiencia de la investigación que se hizo en esta tesis, tenemos:

1. Se recomienda, organizar en forma frecuente cursos, diplomados y otros cursos superiores, referentes a la temática del Derecho Notarial, pues su conocimiento no solo ilustrara a los cursantes, sino beneficiara a la población en general pues tendremos mas especialistas en soluciones no contenciosas, bajo el principio de “Notaría abierta, juzgado cerrado”
2. Se recomienda, coadyuvar en forma plena para la consolidación definitiva de los Colegios de Notarios local y nacional, pues a través de ellos se puede organizar a los notarios para su continua formación y control de actividades, dada la importancia de la atribución futura que se atisba, de la jurisdicción no contenciosa en la cabeza de los Notarios.
3. Se recomienda, concienciar a través de cursos a los jueces, de la nueva tendencia beneficiosa de que trata la jurisdicción no contenciosa dentro del Derecho Notaria, para que no piensen los mismos que se les pretende quitar atribuciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ✍ LOGOMARSINO Carlos y URIARTE Jorge: Separación Personal y Divorcio, Editorial Universidad, Buenos Aires 1991.
- ✍ BELLUSCO Augusto Cesar: Derecho de Familia, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1979 T. I, II, III.
- ✍ CORNEJO Ch. Hector: Derecho Familiar Peruano, Gaceta Jurídica Editores, Peru 1999.
- ✍ JIMÉNEZ S. Raúl: Lecciones de Derecho de Familia y Derecho del Menor, T. I y II, impreso en Editora Presencia S.R.L., 2002 La Paz Bolivia.
- ✍ GARECA O, Luis: Derecho Familiar Practico y Razonado, Editorial Lilial Oruro Bolivia 1987.
- ✍ SAMOS O. Ramiro: Apuntes de Derecho de Familia, Editorial Judicial, Sucre – Bolivia 1992.
- ✍ PACHECO de Kolle Sandra: Derecho de la Niñez y Adolescencia, Editorial Alexander, Cochabamba – Bolivia, 2004.

- ✍ PAZ E. Félix: Derecho de Familia y sus Instituciones, Fabrica G. G. Gonzáles, La paz – Bolivia 2000.
- ✍ GUZMÁN F. Saul: Derecho Notarial y Registros Públicos, Impresores Colorgraf Rodríguez, Cochabamba – Bolivia 2001.
- ✍ MENDOZA A. Fernando: Tratado de Derecho Notarial, Editorial Jurídica Conosur Ltda.. Chile 1993
- ✍ COLEGIO DE NOTARIOS, Bolivia: Revista Notarial año 1 No. 1, Artes Graficas Latina La Paz Bolivia, 2000.
- ✍ BORDA Guillermo: Tratado de Derecho Civil T. I y II FAMILIA, Editorial Perrot, Buenos Aires Argentina 1989.
- ✍ PICAZO Luis Diez y GULLON Antonio: Sistema de Derecho Civil, T. IV, Derecho de Familia y Sucesiones, Editorial Tecnos S.A., Madrid España 1992.
- ✍ BARBERO Domenico: Sistema del Derecho Privado, T. II Derecho de la Personalidad, Derecho de Familia, Derechos Reales, Ediciones Jurídicas Europa américa – Buenos Aires 1967.
- ✍ MESSINEO Francesco: Manual de Derecho Civil y Comercial, T. III Derecho de la Personalidad, Derecho de Familia, Derechos Reales, Ediciones Jurídicas Europa américa – Buenos Aires 1979.
- ✍ MORALES G. Carlos: Código de Familia Concordado y Anotado, Editorial Gisbert La Paz Bolivia 1990.

- ✍ LEY DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL de Bolivia

- ✍ LEY DEL NOTARIADO Boliviano

- ✍ CODIGO DE FAMILIA Gaceta Oficial Bolivia.

- ✍ OMEBA Enciclopedia Jurídica.

- ✍ CABANELLAS G. : DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO
USUAL