

## CAPITULO V

### QUIEN CONOCE DE LAS DILIGENCIAS DE JURISDICCION VOLUNTARIA

#### a) Aplicabilidad de la Ley de Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras Diligencias

La Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras Diligencias, no expresa en forma general los alcances de la misma, sino que hace una enumeración de los casos donde el notario puede intervenir, esos casos son los siguientes:

- Segundas nupcias
- Ausencia del padre o madre que debe dar su consentimiento para el matrimonio de un menor.
- Determinación del peculio profesional o industrial de un hijo de familia.
- Omisiones o errores en partidas del Registro Civil.
- Establecimiento subsidiario de un estado civil o de muerte de una persona.
- Deslinde voluntario.
- Remedición de inmuebles.
- Titulos supletorios.
- Apertura y publicación de testamento cerrado.
- Aceptación de herencia.

- Comprobación de preñez o falta de preñez de la mujer viuda o divorciada; y del parto.
- Notificación de revocación de poderes o sustituciones.
- Traducciones.
- Diligencias previas al nombramiento de curador at-litem a un ausente no declarado.
- Discernimiento de tutela o curaduría testamentaria.
- Oposición y levantamiento de sellos. (La palabra correcta es aposición)
- Notificación de títulos a los herederos.
- Compulsa de procesos o instrumentos.
- Copias fidedignas de documentos.
- Identidad personal.
- Calificación de edad.

El Artículo 1 expresa: "Esta ley es aplicable a los asuntos de jurisdicción voluntaria y diligencias que en la misma se confían a los notarios, sin perjuicios de las actuaciones notariales que determinan otras leyes". Observamos que en el artículo no se mencionan esos casos, habla sobre el campo de aplicación de esta ley, y está reducido a los casos en que únicamente en esta ley se mencionan.

¿Qué sucede cuando surge el conflicto ante el notario y éste lo remite al juez?

A ello se refiere la parte final del inciso primero del Artículo 2, que textualmente dice: "Si iniciado éste hubiere oposición el notario se abstendrá de seguir conociendo y remitirá lo actuado al tribunal competente dentro de los ocho días hábiles, previa notificación de los interesados".

Los problemas que se dan en la práctica son debidos a esa dualidad de regulación, como ejemplo de esa discrepancia entre la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras Diligencias y otras legislaciones, tenemos:

- a) El legislador en el Artículo 1, además de haber señalado el campo de aplicación de la ley, circunscribiéndola a los casos que él considera de jurisdicción voluntaria, debiendo haber señalado también que según los trámites que la ley dispone de igual manera, así en las segundas nupcias, como lo prescribe el Artículo 8 de esta ley, en donde el notario recibirá las pruebas que le presentan, previa audiencia al Procurador General de la República quien pronunciará su resolución.
- b) Cuando se manda oír a la Procuraduría General de la República, y ésta no responde de acuerdo a los trámites

Judiciales se le acusa de rebeldía; pero la Ley de Jurisdicción Voluntaria en el inciso primero del Artículo 6, el silencio se entiende como favorable a lo solicitado, lo cual está en oposición a las reglas del proceso civil, ya que existe el llamado silencio procesal, pero con diferentes efectos; sólo es eso: silencio, para eso están los acuses de rebeldía; en la Ley de Jurisdicción voluntaria, donde se obliga al notario a un trámite procedimental, se habla de audiencias, como en el caso antes mencionado de la audiencia al Procurador General de la República, y le dan vuelta a la regla del silencio, en cuanto a lo que este caso se refiere teniendo un sentido afirmativo.

¿Cuál es la razón de esto? No se encuentra desde el ángulo notarial, ni procesal, ya que habría que respetar la teoría del silencio procesal, pero lo que se ha dado es la celeridad notarial, haciendo un simil con la celeridad procesal, para que se agilice el trámite notarial.

- c) El mencionado Artículo 6 en su inciso primero curiosamente habla de días hábiles, la función notarial se puede ejercer en cualquier día, entonces no se debe hablar de días hábiles o no hábiles, además el término apropia

do sería "días feriados", que no es lo mismo, este vocablo es propio del derecho administrativo y de leyes de tránsito.

En el Artículo 1 se determina el campo de aplicación de la ley, pero existe un vacío en cuanto a los procedimientos a seguir en caso de controversia, ya que cuando el asunto se vuelve conflictivo, el proceso notarial se convierte en judicial.

- d) ¿Qué sucede si los procesos no coinciden?. En el inciso primero del Artículo 2 nos dice en la parte final: "El notario se abstendrá de seguir conociendo y remitirá lo actuado al tribunal competente dentro de los 8 días hábiles previa notificación de interesados".
- e) El mismo artículo nos dice: "En cualquier momento la tramitación puede convertirse en judicial o viceversa, quedando válidos los actos procesales cumplidos, y se remitirá lo actuado a quien corresponda con noticia de partes". Hay que reparar que el legislador habla de partes procesales, cuando en materia notarial se debe hablar de comparecientes y los actos deben ser notariales y no procesales utilizando una terminología inadecuada.

A fin de especificar más claramente el vacío procedimental antes mencionado, hay que ejemplificar un caso concreto en la ley que estudiamos la cual expresa en el inciso cuarto del Artículo 2, en cualquier momento la tramitación notarial puede convertirse en judicial y viceversa, dicha ley expresa que quedarán válidos los actos procesales cumplidos y se remitirá lo actuado a quien corresponda, para mayor claridad tomemos el caso concreto de la ley como lo es las diligencias de segundas nupcias, en las cuales el interesado, formulará su petición al notario en una declaración jurada y el notario recibirá las pruebas que se le presenten y previo a pronunciar la resolución final se dará audiencia al Procurador General de la República, en cambio en las diligencias ante el juez competente, se concede la audiencia a un Curador Especial nombrado al efecto, de antemano no está demás recalcar que tanto la audiencia al Procurador, como al Curador Especial es con el fin de velar por los intereses de los menores si es que los hay, pero si se presenta algún opositor a que se continúen las diligencias de segundas nupcias ante notario ya en estado de dictar la resolución final, y estas se remiten dentro del término que la ley señala al juez competente, quedará equiparada la audiencia que se dió al Procurador, con la que menciona el Artículo 812 Pr. C., al Curador Especial, a fin de dictar la sentencia respectiva, o

será necesario hacer el nombramiento del Curador que señala el Código de Procedimientos Civiles, para los efectos de ley, aquí quedaría sujeto a criterio del juez competente.

b) Potestatividad del Trámite Notarial de la Ley de Jurisdicción Voluntaria

Según el Artículo 2 de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras Diligencias, el legislador dejó a la potestad de los interesados optar por el trámite notarial o el judicial, por eso el Artículo 2 en el inciso primero parte inicial, dice: "El interesado podrá optar por el procedimiento ante el notario conforme a la ley o ante el juez competente conforme el Código de Procedimientos Civiles..."

Allí se perfiló un desliz del legislador cuando dice de acuerdo al Código de Procedimientos Civiles, ya que existen procedimientos de jurisdicción voluntaria que no están regulándose en el referido código; por ejemplo la remediación de inmuebles la cual se encuentra regulada por la Ley de Ingenieros Topógrafos; otros ejemplos son: la aceptación de herencia que se encuentra regulada sólo por el código civil al igual que el título supletorio.

Para no incurrir en esos vacíos, debió expresarse simplemente "ante el juez competente", porque tal como aparece redactado el precepto, se introdujo el elemento duda.

El artículo mencionado continúa "por sí o por medio de apoderado especial o con cláusula especial".

La ley contempla tres situaciones, la primera, con intervención personal (por sí), la segunda, por medio de apoderado especial, y la tercera, por medio de apoderado general con cláusula especial; sobre estos aspectos podemos hacer las siguientes observaciones, tal como lo trataremos de explicar:

La característica de los poderes especiales es la siguiente: el mandante le determina qué carácter limitativo tiene el mandatario, por esa razón es especial, por otra parte, si encomienda el mandante el mismo negocio a otro mandatario, el primero queda sustituido, lo cual no ocurre en el poder general, dentro de este orden de ideas la forma de constituir el mandato especial, para que el mandatario pueda actuar en diligencias de esta ley, sería especificando la diligencia o diligencias en que el mandatario pueda intervenir, pero en la práctica se confiere mandato especial al doctor X, para que pueda intervenir en esta

ley sin especificar a qué caso en especial se refiere, por lo que aquí no se está hablando de un mandato especial, y es que no hay razón jurídica alguna para lo anterior, habrá casos en que realmente sea necesario el mandato especial, y es cuando la gestión que va a ser objeto de la actuación, pertenezca al campo de los derechos personalísimos, por ejemplo: cuando el padre de familia va a dar el consentimiento para el matrimonio del menor hijo o cuando se va a comprobar la preñez de la mujer.

Siempre en el Artículo 2 podemos hacer esta abreviación, que dice: "Si se presentare oposición dentro del trámite se remitirá al juez competente". Nos preguntamos oposición de quién, es fácil hablar de contrapartes en el procedimiento judicial, en cambio en materia notarial es difícil entender esa situación, ya que aquí se habla de personas que comparecen en actos, que son de naturaleza distinta a la judicial.

¿Quiénes pueden presentar oposición en las diligencias de jurisdicción voluntaria?

- a) El Ministerio Público.
- b) Terceros ajenos al acto, perjudicados por las diligencias.

c) Personas llamadas al trámite públicamente a través de edictos.

d) Aquellos que habiendo sido parte del acto notarial se oponen a que se continúe.

Por ejemplo una persona con derecho a una sucesión intestada, inicia trámites de aceptación de herencia ante un notario, al publicarse los edictos, se entera otra persona con igual derecho, quien se presenta ante el notario y le expresa que no desea que se continúe el trámite ante sus oficios. En este caso, el notario al comprobar el derecho del opositor, suspende las diligencias y las remite a un juez competente.

Así que cualquiera que tenga interés, por ser perjudicado por las diligencias notariales puede perfectamente presentar oposición como la misma ley lo dice.

Es necesario hacer la aclaración, que a partir de la creación de la Secretaría Receptora y Distribuidora de Demandas en la Capital, todos los notarios optan por enviar las diligencias a esa oficina, para que sea ella quien haga la designación del juez competente.

## CAPITULO VI

### LA FUNCIÓN NOTARIAL

El presente tema es muy amplio y complicado, como para dar un concepto específico, ya que éste sería muy aventurado, a pesar que el derecho positivo adoptado por cada país ciertamente es universalmente uniforme por la igualdad de relación de causa y efecto, pero no podemos decir lo mismo de las relaciones jurídicas de cada estado, pues en cada país tiene sus propias normas jurídicas, doctrinas y jurisprudencia, etc., teniendo pues un tipo distinto de creación y ordenamiento jurídico.

Por lo que se ha expresado anteriormente, podrán existir analogías, relaciones semejantes, pero no son exactamente iguales por lo que las estructuras que conforman la función notarial ofrecen más de un contraste. Para que quede más clara la idea que pretendemos establecer, el notario anglonórdico-sajón y el notario latino han adoptado una organización funcional absolutamente diferente, ya que el notario anglo-nórdico-sajón, actúa en un ordenamiento jurídico completamente consuetudinario, fundado en reglas empíricas, pero no coligado al Poder Judicial, mientras el notario latino, actúa a base de reglas o normas jurídicas

preestablecidas, teniendo que apegarse al ordenamiento jurídico existente, por lo que la función pública se ejerce distintamente, según los caracteres que le han impuesto a la norma jurídica que lo regula.

En virtud de todo lo que hemos expresado anteriormente resulta casi imposible definir su sentido genérico, de una manera precisa y clara el concepto de **función notarial**, por lo que podríamos expresar que es una consecuencia del conjunto de hechos apegados al derecho encaminados a la recepción de la voluntad del otorgante y redacción de la misma en el acto jurídico hasta la autorización del instrumento público que los contiene. En otras palabras la función notarial contiene específicamente el hacer jurídico y legal con todos los elementos formales de la voluntad de los otorgantes a través de los documentos notariales.

A todo lo anterior debemos expresar que la función notarial está en constante evolución y lo ha estado a través de la historia y esa evolución constante se debe a la necesidad de resguardar los vínculos jurídicos creados por la voluntad humana o sea la protección de los negocios jurídicos por el personaje calificado para ello, provisto de las atribuciones especiales que le da la ley; por lo que si nos remontamos a las relaciones primitivas, la función

intrínsecamente hablando era la propia buena fe de los contratantes, y que más tarde sería bajo la potestad y autoridad del Estado, de esto se colige que la función notarial ha venido evolucionando y sofisticándose cada vez más dentro del campo del derecho. De la buena fe de los otorgantes o contratantes se convierte a la fe pública subordinada a normas jurídicas dentro del ámbito del derecho.

Cualquiera que sea la forma en que surgió la función y la forma que a través de la historia se ha desarrollado en sustancia la fe pública, no ha tenido ni tiene otro objetivo que el de legitimar los actos jurídicos emanados de la voluntad, que es lo que hoy se llama la fe pública. De la aseveración anterior se puede afirmar que el escribano es un funcionario público, aunque esto no es totalmente compartido por la doctrina. Pero los que cuestionan este punto no sustentan sus argumentos en bases sólidas, y quienes la afirman se sustentan en **la fe pública**, por lo que es consecuencia un atributo del Estado. Ahora bien cabe señalar que la fe pública reside en el Estado, quien tiene toda potestad revestida de autoridad y poder, ya que éste califica y regula todas las actividades funcionales.

En el caso de expresar la voluntad extra protocolo, este caso se considera realizado bajo título de la fé pri-

vaya por revelarse de las solemnidades requeridas por la ley, pero este acto es válido sólo entre las partes que así lo han acordado, por lo que es requisito esencial la fe pública; esto le da el sello de autenticidad y garantía e impresa por la intervención del notario, por lo que si desglosamos dicho análisis, no puede existir el instrumento público sin la fe pública y el funcionario público,

En consecuencia de la relación existente entre la fe pública y el funcionario público, podemos concluir que para que el instrumento público pueda existir se debe de cumplir con dos elementos típicos del ordenamiento jurídico que son:

a) **La Fe Pública**, que es aquella verdad oficial que el Estado debe imponer a toda clase de actos que emanen de él, así como de los documentos y de los funcionarios con los atributos de autoridad, por delegación del Estado, ya que de no ser así, ninguna ley, ni documento alguno o sentencia judicial podrían ser eficaces ante la sociedad establecida y organizada, ya que cualquiera, a cada instante podría poner en tela de duda la autenticidad y legitimidad de su contenido.

- b) **El Funcionario Público**, es éste la persona calificada para otorgar la autenticidad de documentos, por eso para que exista la función notarial es menester ese armónico enlace entre el funcionario público y la fé pública siendo éste un autenticador de hechos y relaciones jurídicas, pero no obstante ser motivo de ostentación y calificación antes de documentarse en el protocolo, sólo constituyen una prueba a priori, por lo tanto para que tenga la calidad de cosa juzgada es necesario disipar toda incertidumbre existente y esto sólo se consigue a través de la vía judicial, mediante la sentencia dictada por el juez competente.
- c) **El Sentido Jurídico**, son las tareas con las que cumple el notario en el procedimiento aplicado a la formación y debida autorización del instrumento público.

Este concepto es tan antiguo por lo que está tan arraigado, por lo tanto no admite vacilación, esta fundamental razón es por la que se estima que la función notarial es la fuente básica y esencial de donde emana el instrumento público, en vista de todo lo anterior se concluye que primero nace el hecho y luego surge la norma a través del legislador quien regula el hecho antes mencionado a través de la norma. Para Aristóteles, el ver

verdadero principio de todos los casos es el hecho, por lo que en la actualidad se dice que la función ha sido y es siempre que el órgano y el hecho es el acontecimiento que da paso al acto o contrato.

También es el factor que mueve a la verdadera necesidad de instituir el órgano y de colocar a la norma en un ordenamiento jurídico adecuado, preceptuándole un texto ordenado. En conclusión el derecho nace de la misma necesidad de regular el hecho a través de la práctica y de los conceptos elaborados para sentar los principios esenciales.

Existió un aforismo que nos expresa: "La función hace al órgano", el cual nos quiere indicar que es necesario considerar que aquella es la primera expresión de la actividad del ser, en un aspecto parcializado.

La función se puede considerar desde tres ángulos diferentes: desde el sujeto funcionante, aspecto que no es muy acertado; desde el producto de la función que es el documento que emana de la voluntad de los otorgantes; y la actividad misma del sujeto que es la que nos resulta más interesantes, dentro de la tendencia funcionalista. Como desempeño operativo de sí mismo, tiene un determinado

fin que se halla establecido por la necesidad social que cubre en una época dada. Existe en el orden de las realidades así como las transacciones; primero fue la palabra expresa, luego se constituyó el documento, por lo que podríamos argumentar que la función notarial no puede colocarse en primer término como objeto de la ciencia notarial, ya que por un lado contempla al sujeto, como una actividad de éste y por otro lado dentro de las concepciones notariales de regímenes diversos no existe conciencia ni en el modo ni en la esencia de la misma función, pues esta se adapta a las distintas características que provienen de diferentes necesidades que cubre.

Finalmente debemos recordar que el derecho tiene por objeto material a los hechos jurídicos, por lo que no podrá constituir objeto de la ciencia de la función notarial, ya que se considera como un poder, una potestad o facultad que tiene el notario, la cual sólo al realizarse, o sea al ponerse en el ejercicio mismo produce el hecho que configura lo notarial.

Según algunas tendencias el aspecto profesional del derecho que las mismas leyes reconocen al notario, su calidad de asesor y consejero determinan el día de hoy, objetivamente su realización, o sea el hecho más importante que podemos hallar del campo notarial.

Por otra parte, la complejidad de situaciones jurídicas y la complicación de las leyes y reglamentos continuamente cambiantes precisa de la existencia de un verdadero perito que estudie no sólo en profundidad, sino también en una verdadera extensión cada vez más vasta y por ello sea capaz de dar su palabra ajustada, pues lo que da vitalidad esencial al documento es lo que éste refleja, como resultado del procedente y acertado consejo del notario para con su cliente o consultante.

Asimismo el notario debe cumplir con los elementos propios de su función que son:

1. Debe calificar la naturaleza jurídica del acto apegado a los preceptos legales correspondientes a fin de no equivocar o expresarse impropia mente en el texto del documento otorgado.
2. Examinar cuidadosamente que el acto o negocio sea legal o lícito para que no incurra en una situación que atropelle el derecho, sino que apegado a la ley.
3. Debiendo llevar la mayor fidelidad posible en lo que se refiere a la expresión de la voluntad de las partes, o sea redactar el documento sin palabras superfluas o inú

tales evitando lo intrascendente a fin de que sea lo más claro posible, sin que se desvirtúe la veracidad de la voluntad de las partes.

Una parte muy importante de lo que es la función notarial es la facultad de autenticar, ya que de ello depende la estabilidad del negocio otorgado; por lo que se considera que la fé pública es un elemento básico para que el notario le de la formalidad necesaria al negocio o acto realizado entre las partes, que este sea fiel y veraz, siendo imparcial ya que no debe inclinarse ni a una ni a otra parte de los otorgantes.

La función notarial debe ser pública, y así lo es según lo expresa el Artículo 1 de la Ley de Notariado, ya que con esto se pretende asegurar la paz pública y el orden social.

En conclusión el notariado debe velar porque los actos, sin perder su esencia como tales, se apeguen a derecho redactados de la manera más clara y veraz posible para darle la mayor seguridad y certeza al acto o negocio realizado.