

Justicia notarial

Viene paralela y subsidiariamente la Magistratura notarial con su autoridad y funciones de justicia auxiliando en su administración a la judicial, coadyuva a la tutela jurídica, colabora en la afirmación del régimen legal y contribuye al reinado social del Derecho privado en el pueblo.

Las leyes civiles se actúan en la esfera notarial por una función de justicia que exige la conformidad de las acciones con ellas para que realicen sus preceptos el fin social de evitar o resolver los conflictos que los intereses encontados provocan, y mantener la armonía en las relaciones de los hombres. La justicia notarial desempeña las funciones de legalización, autenticidad y ejecución de los actos jurídicos cual fines de la forma pública.

En Roma, el Magistrado, por medio de un proceso ficticio legalizaba muchos actos jurídicos, revistiéndolos de forma procesal, pública y solemne con efectos declarativos, probatorios y ejecutivos de los derechos y obligaciones que creaba el negocio por la conformidad de las partes. Así nació la jurisdicción voluntaria con autoridad y funciones de justicia, trámites y diligencias procesales para la firmeza y certeza, notoriedad y publicidad que requerían por su importancia, duración y trascendencia social bastantes negocios.

Se transformó posteriormente reduciéndose a formalizar con solemnidad los actos de concordia sin simular un proceso (fingido) semejante al verdadero, mas conservó la configuración de un breve enjuiciamiento y la naturaleza del juicio. Los jueces la ejercieron mucho tiempo, autorizando contratos públicos y documentos auténticos hasta que se ha separado de la contenciosa y pasó al No-

tariado. Cada jurisdicción quedó con su materia propia y su potestad de autorizar o condenar, conduciendo a la voluntad sumisa o rebelde a la esfera de la Ley por medio de las formas civiles o procesales.

Corresponde a la Magistratura notarial autorizar solemnemente los actos de concordia, formalizar por los trámites y diligencias de la jurisdicción voluntaria con la voluntad conforme de ambas partes, contratos públicos y documentos auténticos, que por su eficacia declarativa, probatoria y ejecutiva de los derechos y obligaciones que crean, evitan su reconstitución en juicio y pueden cumplirse inmediatamente, por lo cual han lugar de sentencia, pues cuando no la sustituyen la sirven de base, facilitando la resolución del litigio. Al restaurar la institución conforme a su verdadera naturaleza deben figurar en el título, placa y medalla su carácter: Magistratura notarial; sus principales cualidades: virtud, honor, deber, y sus funciones más importantes: Ley, verdad, justicia.

Los antiguos, observando que el orden jurídico debía ser forma y resumen del orden social y éste a su vez reflejo del gran concierto del universo, a semejanza de las leyes naturales, regulares y constantes que mantienen la armonía entre los mundos, implantaron otras en el seno de la sociedad que le sirvieron de vínculo de cohesión y conservaron la paz entre los hombres. Consiste, pues, el Derecho en una ordenación de las acciones para la existencia y protección de la sociedad con reglas claras, precisas y uniformes, que corten los conflictos, armonicen los intereses y aseguren las bases de la convivencia, cual normas de acción que coordinan aspiraciones en contraste.

La sociedad supone convergencia en las acciones y coordinación en los actos, porque si no, los hombres permanecerían aislados y cesaría la vida en común. Los une la necesidad, para cumplir sus fines de la existencia y cooperación que exigen normas comunes de conducta y maneras de obrar idénticas.

Limitar, regular y conciliar los intereses para conseguir el concierto de los individuos y el orden social en la convivencia humana, es función de la Justicia que debe establecer y conservar el equilibrio entre las personas y en sus relaciones constantes por medio de normas jurídicas de coordinación y sanción de los actos. Las leyes civiles son las normas que la voluntad general de los aso-

ciados para ordenar con seguridad el régimen jurídico de la vida social, impone a los individuos regulando la infinita variedad de sus relaciones que se desarrollan en la sociedad, con el fin de proteger, combinar y concordar sus intereses particulares.

Por las leyes se mantiene la concordia entre las personas, la seguridad en sus vínculos jurídicos y el orden en la sociedad, realizando las funciones de paz y armonía que corresponden a la justicia.

Legalización.—Las leyes civiles, inspirándose en principios de justicia, reglamentan los actos jurídicos en su figura y forma. Por cuyo motivo suele definirse la justicia conformidad de las acciones con los preceptos legales. La justicia civil realiza una función legalizadora de los actos, exigiendo que se amolden a la Ley, ya voluntariamente en la esfera oficial por el imperio de sus preceptos, ya forzosamente por su sanción en la vía jurisdiccional. La legalidad parece una de las bases fundamentales del régimen jurídico. La observancia de las leyes civiles por los Órganos notariales encargados de guardarlas y hacerlas cumplir en la esfera oficial, por sus fuerzas dominadoras de los actos, es el ejercicio de la función legalizadora de la justicia que los legitima y los coloca al amparo del régimen legal que los tutela eficazmente, les reconoce valor y les concede efectos. Realizan la función ejecutiva de la Ley con soluciones justas en los casos concretos de la vida, actuando las normas que los rigen. En la esfera oficial la Ley no puede infringirse y debe observarse en la celebración de los actos jurídicos. Por eso se llama al Notario Ministro de las leyes civiles para ejecutarlas y darlas sanción en la práctica, siendo la mayor fuerza de ellas y la más segura garantía de su observación. En cumplimiento de la Ley está obligado a rechazar todos los negocios que por ilícitos o inmorales no los tolere el orden jurídico y los que no reúnan los requisitos necesarios para su validez.

Es el Notario juez del acto que ejerce la función legalizadora de la justicia en la aplicación de las normas impuestas a todos los actos de la vida jurídica, como una de las condiciones del consorcio civil. El Magistrado intervenía antiguamente en muchos de los actos jurídicos que las partes celebraban de común acuerdo en la forma pública y solemne de un proceso ficticio, para legitimarlos con la interposición de su autoridad. En cumplimiento de la tute-

la jurídica hoy tiene el Estado órganos que en la esfera de la jurisdicción voluntaria cumplen por medio de la forma pública las solemnidades protectoras de los actos, impiden los injustos, facilitan los lícitos, coadyuvan a su legalidad con la unión de la voluntad y la norma, sustanciando el proceso de la subsunción de ambas por los trámites de un breve enjuiciamiento en un expediente jurídico del negocio.

Las partes eligen el Juez notarial y solicitan que ejerza funciones de justicia, aplicando la Ley al acto que celebran, para legitimarlo. Suave judicatura que desempeña amigablemente su ministerio conciliador de paz y concordia para conseguir el acuerdo entre las partes, armonizar en el contrato sus pretensiones encontradas, equilibrar sus prestaciones con medida de igualdad, ligarlas con los vínculos de la Ley y autorizar en forma pública de firmeza y certeza el acto jurídico con su autoridad que lo confirma y sanciona, aumentando su valor y efectos. Funciones de justicia que legalizan el acto, cumpliendo en su formación los requisitos de la Ley y lo ponen bajo la tutela del régimen jurídico con las garantías de seguridad que ofrece en la protección de los intereses individuales de las partes y los generales de la sociedad. Por medio de la forma pública de los actos ejerce el Estado la tutela del orden jurídico y coadyuva al régimen legal de la sociedad.

Las partes, por su ignorancia jurídica, sólo prestan los elementos voluntarios y económicos y el Notario los normativos y técnicos en la formación del acto. Las personas que lo celebran no suelen tener una clara noción de la categoría jurídica a que corresponden los efectos que persiguen y se limitan a indicar el resultado a que aspiran en su aspecto económico. Se proponen un fin jurídico y la Ley pone a su disposición los medios de conseguirlo con la figura y forma de los actos (1).

Las normas son preceptos abstractos que rigen numerosas relaciones de la vida práctica reconocidas y garantizadas del Derecho, estableciendo categorías jurídicas en donde entran infinidad de casos concretos. Con función de justicia el Notario aplica la Ley exactamente al negocio adaptándola a las varias formas de la actividad humana que se propone regular. Ejerciendo la virtud

(1) A. Tuhr: «Parte general del Derecho civil», pág. 117.

de la justicia valúa con número, peso y medida los intereses de ambas partes y equilibra sus prestaciones en el contrato, juzga con imparcialidad e igualdad los elementos económicos y voluntarios, los normativos y técnicos y los fusiona en la figura jurídica del negocio.

Se conceptúan los actos jurídicos manifestaciones de la voluntad, cuyos efectos no proceden solamente de lo pretendido por el declarante, sino de lo dispuesto en la Ley. Nace el acto por virtud de la Ley, que tutela a la voluntad cuando se manifiesta conforme al orden jurídico. La voluntad no causa los efectos jurídicos porque no puede crear por sí sola el derecho. La Ley le concede su protección cuando se conforma con sus preceptos y por tal motivo corresponde a la forma una función legalizadora.

Si en la formación del negocio no se observan las prescripciones legales, faltan los elementos esenciales que lo constituyen y resulta ineficaz o nulo, sin valor ni efectos. La Ley lo sanciona haciendo que se produzcan los efectos jurídicos que las partes persiguen, precisamente en atención a su voluntad, si se cumplen los requisitos de hecho que integran el negocio como elementos componentes, exigidos por el precepto, para concederle eficacia jurídica dentro del orden legal. El poder jurídico en la celebración de actos válidos no puede garantizarlo la Ley sin una serie de prescripciones que fijen el carácter, la extensión, el uso y las formalidades indispensables en su ejercicio para que adquiera cada uno de ellos fuerza jurídica o sea legalmente obligatorio dentro del régimen del derecho en cada país.

Las normas obligan a todos los sujetos de los derechos y deberes que se derivan de ella debiendo seguirse voluntariamente el procedimiento señalado para conseguir los resultados que se intentan. Por eso sus preceptos se dirigen a la voluntad de las personas como destinatarios, exigiéndoles obediencia. Los jueces del acto son los que deben guardar, cumplir y ejecutar las leyes en la esfera de la jurisdicción voluntaria, realizando la sanción de sus preceptos. emplean la técnica jurídica para resolver por una consciente aplicación de los principios, los problemas y cuestiones que suscitan las necesidades de la vida, con la ciencia y arte de la práctica notarial. Ejercen la función legalizadora del negocio aplicando la Ley que lo rige con la adaptación de sus normas a los distintos

elementos que lo constituyen. Por un juicio de valoración de los elementos voluntarios, económicos y legales deducen los derechos y deberes, las consecuencias jurídicas que se producen en lo cual consiste la aplicación. Realizan la función interpretativa de la Ley que la explica y aclara, analiza su letra y penetra su espíritu para que las partes la conozcan y comprendan. Solucionan los casos concretos aplicando las reglas de la Ley con los elementos de juicio que utilizó el legislador para formar su criterio de justicia, en vista de las circunstancias en que se desarrolla la vida del país. El conocimiento y el juicio de la verdad jurídica son la resolución de un problema de justicia. Las verdades jurídicas no tienen la exactitud de las ciencias matemáticas, sino la aproximación de las geométricas. Por riguroso que sea el procedimiento lógico para hallarlas conduciendo el razonamiento con precisión, sólo tendremos la certeza moral de haber conseguido una solución justa, probablemente verdadera, según las razones que existan a su favor. Con funciones de juicio y justicia se puede construir el acto jurídico en sus elementos componentes, naturaleza, estructura y configuración por un procedimiento de firmeza y certeza.

La relación jurídica que se crea entre las partes con el carácter y fuerza de una Ley, es el producto de una combinación del elemento normativo y el voluntario, de la conjunción de la acción de la norma y de la voluntad. Las voluntades que forman el negocio se ligán las unas con las otras por medio de sus declaraciones respectivas, se unen y fusionan con las disposiciones de la Ley. Asiste, examina y depura a la voluntad para la perfecta correspondencia entre la voluntad real y la declarada y su manifestación sincera sin los vicios de error, simulación, violencia y dolo que privan de valor al consentimiento e invalidan el negocio. El juez del acto conduce la voluntad sumisa a la esfera de la Ley y adapta a sus pretensiones los preceptos, dirige y coadyuva al proceso de subsunción en que ambas se juntan y fusionan. Autoriza la tramitación del expediente jurídico del acto en que nace la Ley especial del caso con la firmeza y certeza de la sentencia, que lo reconstituye, con la grandeza y fuerza de la Ley general. Así ejerce una parte de la autoridad de justicia.

La justicia notarial con su función de armonía no sólo coadyuva a formar con seguridad una Ley entre las partes y ajustar al ré-

gimen jurídico la contratación o tratados de paz de cuyo conjunto resulta la tranquilidad colectiva y el orden público, sino que contribuye a extender y afianzar el reinado del Derecho en la sociedad. La justicia notarial desempeña la función sancionadora de la Ley con el imperio de sus fuerzas dominadoras de los actos; rechaza los injustos y legaliza con plena eficacia los que son conformes al régimen jurídico poniéndolos bajo su tutela. Coadyuva a su realización y evita su perturbación por medio de la forma pública de los actos (oral y escrita) que los jueces notariales como funcionarios del Estado tramitan y autorizan documentando las declaraciones de voluntad de un modo público y visible, durable y permanente, para que pueda circular libremente en el comercio jurídico, con sus efectos manifiestos que protege la Ley en títulos de obligaciones y derechos, con las debidas garantías de firmeza y certeza. Para su duración indefinida reclama una organización jurídica la sociedad que, respetando su estructura, señala la esfera de acción de cada persona y liga sus voluntades con fuertes vínculos en la celebración y cumplimiento de sus convenios para proteger los intereses y conservar la armonía de los asociados. Fundamento del régimen legal en que se basa la coexistencia social.

Autenticidad.—La facultad de formalizar documentos auténticos sólo puede otorgarse a una autoridad públicamente reconocida para que sean autorizadas, de autor cierto, fácilmente conocido. Correspondía al Magistrado por la dignidad e importancia de su cargo la potestad de autorizar documentos de forma pública y auténtica, con lo cual ejercía funciones notariales en acto de jurisdicción voluntaria. En la misma esfera los Tribunales también autorizaban contratos públicos y documentos auténticos desempeñando la función notarial. Al separarse las dos jurisdicciones se concedió al Notariado la contratación y documentación pública, materia y forma de la voluntaria. Son sus documentos auténticos y solemnes los de la autoridad pública judicial, que ejercía antiguamente el ministerio del Notario. Se llaman auténticos porque proceden de autor cierto, públicamente conocido. Pero también por su fuerza de prueba, derivada de la certeza moral que se funda en el grado más elevado de la probabilidad del documento como verdadero, por el procedimiento de su formación. Su fe jurídica no puede confundirse con la fe humana, que es la aceptación de la

verdad documental por vía de autoridad con la garantía de una persona digna de crédito que responda de la misma, pues aun mereciendo completa confianza por la gravedad de su magistratura y cualidades morales e intelectuales, podía negarse crédito a su testimonio siempre que perjudicase los intereses de alguno.

Una prueba documental de plena eficacia por su firmeza y certeza sólo puede practicarse en la esfera de la jurisdicción voluntaria por uno de sus procedimientos solemnes autorizándola un órgano del Estado que ejerza funciones de autoridad de justicia, semejante a las del Juez en la formación de los medios probatorios dentro del juicio. El documento privado, después de reconocido por las partes tiene entre ellas y sucesores valor probatorio porque pierde su carácter dudoso, se sabe que es verdadero, y el Juez, en virtud de la comprobación por sus autores, debe declararlo auténtico y concederle eficacia probatoria para demostrar el acto que contiene. Reconocido por confesión o sentencia como verdadero, adquiere firmeza y certeza, recibe autenticidad con fuerza de prueba y no se le puede argüir de falso. La Ley le concede entre las partes y sucesores el mismo valor probatorio de la escritura. Carnelutti lo niega, porque la formación del documento privado por su autor queda fuera de su órbita probatoria y hay que demostrarla con otros medios de prueba y en cambio la acredita con sus funciones documentales la escritura pública.

El documento público se forma con iguales trámites y diligencias: las partes manifiestan solemnemente su voluntad, se copian fielmente sus declaraciones en el escrito, se lee o publica en audiencia notarial, aquéllas lo aprueban y firman por expresar exactamente sus declaraciones y el Estado lo confirma, autorizando uno de sus órganos todas las formalidades con función de autoridad. Se observan los mismos trámites de autorizar el documento por un procedimiento de jurisdicción voluntaria que lo comprobaba y ave-riando que era verdadero le confería autenticidad con fuerza de prueba, le daba fe pública o certeza legal para todos. Las formalidades de la insinuación con que se publicaba y ratificaba el documento del tabelón ante el Magistrado para que todos lo conociesen y conceptuasen auténtico con la fe indudable que le otorgaba la sentencia. Las diligencias de prueba documental que se practicaban entre las partes dentro del juicio para reconocer o demos-

trar la verdad del escrito privado que sólo ellas conocían. Se autorizaba el proceso documental en la esfera de la jurisdicción voluntaria o contenciosa por una autoridad judicial digna de crédito y confianza para el legislador y los súbditos, por la importancia de la magistratura. Con la forma de autorizar el documento oficialmente se convierte en público y auténtico, queda fuera del alcance de los interesados y se pone de manifiesto a la sociedad. La Ley le reconoce las cualidades de autenticidad y publicidad para que realice funciones de prueba entre las partes y para la sociedad. Por eso se confunden el documento público y auténtico, que demuestran la existencia del acto haciéndolo visible para todos. La forma documental que se tramita con diligencias de publicidad y autenticidad para que pruebe plenamente en cuantos casos puedan presentarse en pro o en contra de todas las personas que resulten favorecidas o perjudicadas, no limita su eficacia a los otorgantes ni se concreta a un litigio. Nadie puede pedir una prueba distinta del acto, por ser la mejor y más perfecta institución probatoria, cual conjunto de las demás. Aprobado el documento por los interesados adquiere entre ellos y los sucesores firmeza y certeza para siempre y no la pierde aunque fallezcan, como si fuera reconocido en juicio. Autorizado por un procedimiento de comprobación cuyas diligencias resumen (como si se practicaran judicialmente) todos los medios de prueba que constituyen la autenticidad, sabe el legislador que es verdadero y confirmándolo con la nota de certeza, no puede parecer falso a los súbditos. Con la autorización del Estado recibe el documento forma solemne de autenticidad y publicidad con efectos para todos, por la eficacia procesal de la jurisdicción voluntaria, teniendo la misma fuerza para los funcionarios e igual valor para los súbditos, ya les favorezca o les perjudique.

Así ejerce el Notariado la autoridad de justicia con que autorizaban los Jueces y Magistrados el proceso documental en la esfera de la jurisdicción contenciosa o voluntaria. Como si se hubieran confirmado judicialmente, prueban por sí mismos, sin corroborarlos en juicio, los documentos extendidos y comprobados en forma solemne por una autoridad notarial con potestad de autorizar las diligencias de autenticidad y publicidad del escrito.

Las Magistraturas Judicial y Notarial autorizan la formación de las fuentes de prueba por distintos procedimientos, según la natu-

raza de cada uno. La institución de la prueba escrita, de forma pública y auténtica, corresponde al Notariado. Se constituye previamente por el procedimiento documental, análogo al de comprobación del escrito en juicio. El legislador debe imponer para la prueba de los contratos la prueba documental, que resiste a las dificultades del tiempo y supera a las demás en la duración, exactitud y fijeza. Son motivos de la prueba preconstituida, fijar formalmente por escrito la verdad del acto al tiempo de celebrarse cuando las partes sólo tienen interés en manifestar sincera e íntegramente su voluntad, sin necesidad de alterarla o desfigurarla en lo más mínimo, y conceder al documento eficacia demostrativa con fe plena correspondiente a su testimonio público, para que no pudiendo discutirse la existencia de los hechos que contiene, evite el litigio o sirva de base que facilite su resolución.

Divididos los medios de prueba en judiciales y notariales correspondieron los documentos auténticos a una autoridad pública que forma parte de la administración de justicia, porque simplifican y abrevian la tramitación del juicio, funcionando la prueba documental previamente practicada como si se ejecutara dentro de él.

Pasó al Notariado aquella potestad de las autoridades judiciales para practicar la prueba documental, comprobando en el juicio escritos privados y concediéndoles en el fallo fuerza para demostrar el contrato que relatan, o autorizar solemnemente en acto de jurisdicción voluntaria documentos de forma pública y auténtica con la misma firmeza y certeza, con una fe de igual valor que les otorgaba la sentencia. Son los documentos auténticos, firmes y ciertos, de fe probatoria que sólo podían proceder de una autoridad pública judicial. El Notario autoriza documentos públicos y auténticos, de fe plena, ejerciendo la jurisdicción de la prueba documental, la potestad de formarla dentro del juicio con la autoridad y función de justicia de los Jueces y Magistrados que presiden y dirigen la práctica de sus diligencias. Con función de justicia la autoridad notarial fija verdaderamente en el escrito por modo fiel y exacto las declaraciones de las partes, quienes discuten y aquilatan las palabras para concretar con precisión sus derechos y obligaciones. El documento privado reconocido en el juicio por las partes o por sentencia como verdadero, se convierte en auténtico, pero su fe se limita a ellas y los sucesores, no debiendo llamarse público, porque el proceso y el

fallo no le comunican la necesaria publicidad social, ni extienden sus efectos fuera de los litigantes. Los documentos que autorizaba el Estado estableciendo a perpetuidad con firmeza y certeza la verdad de los hechos en forma solemne para servir de fuentes de prueba, son públicos y auténticos para las partes y la sociedad, porque su eficacia demostrativa se extiende a todos los interesados en el acto que narran. Oficialmente, verdaderos y confirmados por el legislador con una presunción de certeza para establecer la prueba plena de los hechos jurídicos, no pueden modificarse, ni los súbditos considerados dudosos o falsos.

Con la fórmula certificante *doy fe*, no la confiere el Notario al documento, ni lo hace cierto, ni lo autoriza o confirma, la recibe de las diligencias de comprobación practicadas por una autoridad oficial, con las cuales se verifica la prueba documental, se demuestra su autenticidad y adquiere forma pública. Redactado el documento se publica leyéndolo en audiencia notarial, las partes lo aprueban, los testigos, en representación del pueblo, lo corroboran, y el Notario lo confirma, autorizando esas diligencias de comprobar, demostrar y recibir autenticidad, como si se practicaran judicialmente. Por las formalidades de su formación con el conjunto de medios probatorios que constituyen la autenticidad, merece el documento crédito o confianza para el legislador y le otorga fe plena con fuerza probatoria para todos.

El Notario se halla encargado, como funcionario público, de documentar oficialmente los actos y derechos. La formación del documento oficial comprende su redacción y el modo de darle por los trámites de practicar la prueba documental, forma pública y auténtica para que realice funciones probatorias. Formalidades de la insinuación con que se averiguaba antiguamente que el documento privado era verdadero, se le confería carácter público y auténtico, se hacía firme y cierto, se depositaba en los archivos de la ciudad para conservarlo bajo la protección del Estado fuera del alcance de las partes, quedando exento de toda sospecha de falsedad, a disposición de todos cuantos tuviesen interés en conocerlo, examinarlo y utilizarlo, pues probaba a perpetuidad el contrato que contenía sin necesidad de robustecer su firmeza en juicio.

Los romanos consideraron conveniente a las partes y al Fisco que fuese auténtica la escritura para que mereciese fe el contrato y

la faisa no recibiese fuerza de prueba en el juicio. Digesto, libro 22, título cuarto, Leyes primera, segunda y tercera. Por esas razones, las formalidades de la insinuación indispensable a las cartas de donaciones para conocerlas y evitar abusos, se extendió a todos los contratos para que constasen en documentos auténticos e instrumentos de prueba que los demostrases eficazmente con entera verdad cuando hubiese de pedirse su cumplimiento. Motivos del precepto que exige en las legislaciones modernas el documento público en los negocios importantes como medio de prueba que facilita la demostración del derecho y su ejecución en la vía notarial o judicial.

El documento oficial lo conceptúa el legislador el principal medio de prueba escrita que merece fe plena, y se la concede en virtud de su autenticidad, como un efecto del régimen jurídico, indispensable a un buen sistema de contratación, sin recurrir al testimonio público del autor, ni a la fórmula certificante.

La verdad es la materia de la fe y base de la eficacia probatoria, por cuyo motivo el autor del documento tiene la obligación de representar la verdad del hecho para fijarla formalmente por escrito en correspondencia exacta con la verdad material.

Se llama a la copia documento del documento, porque cual si fuera su fotografía, prueba la existencia del original y representa fielmente como resulta de él los hechos documentados. Lo cual se opone a la sustantividad de la copia, a su distinción en primera o segunda y a los testimonios totales, parciales o en relación.

Ejecución.—Se distingue en la vida del Derecho su declaración y ejecución, dividiéndose el proceso judicial en declarativo y ejecutivo. La sentencia que termina el litigio de un derecho dudoso en su existencia o extensión, lo declara con firmeza y certeza, debiendo ejecutarse.

En la moderna doctrina procesal se considera que el proceso ejecutivo es un procedimiento administrativo en que el Juez sólo actúa de órgano directivo que coadyuva a entregar los bienes al dueño, o adjudicárselos al acreedor o convertirlos en dinero para satisfacer el crédito, autorizando en los límites de la Ley los actos del ejecutante con formas contractuales y funciones más afines a la jurisdicción voluntaria que a la contenciosa. El procedimiento de ejecución no lo constituyen los actos de jurisdicción, sino de imperio, y

así se halla en la órbita de las funciones ejecutivas del Estado (1).

La necesidad de cumplir la obligación *solvendi necesitas* se deriva como consecuencia del vínculo jurídico que construye forzosamente a ejecutar la prestación debida, *necessitate adstringimur*. Aun cuando la sentencia condenatoria se reduce a la *solvendi necesitas*, convertida en precepto judicial o título procesal de fuerza ejecutiva, designando una prestación como necesaria al restablecimiento del orden jurídico, es la Ley la que impone al Poder la obligación de verificar la ejecución.

En los casos de conformidad en el litigio se reduce la misión del Juez a dar firmeza y certeza al acuerdo de las partes por medio de la sentencia, cual documento público auténtico y ejecutivo del contrato judicial. El reconocimiento en juicio por el obligado de la prestación debida, producía los mismos efectos del pronunciamiento o condena judicial, teniéndolo por juzgado *confessus pro judicato est*.

A semejanza del juicio se inventaron para declarar obligaciones y derechos convencionalmente firmes y ciertos, otros procedimientos de jurisdicción voluntaria con el mismo valor de lo juzgado. Así se forma el título de la ejecución futura, al nacer el derecho del contrato o reconocerlo por convenio, con fuerza ejecutiva. La fuerza ejecutiva no puede conferirse sino por una autoridad pública, porque únicamente con la autorización del Poder social cabe dar firmeza y certeza a la relación jurídica y mudar forzosamente el estado patrimonial de hecho de un sujeto jurídico enajenando sus bienes. Se ha concedido a las partes en la formación del vínculo jurídico el poder revestirlo con la eficacia máxima de los pronunciamientos judiciales que engendran la *actio judicati*, manifestando solemnemente el acuerdo con las debidas formalidades ante la autoridad notarial, para que nazca el derecho de un contrato público con fuerza de ejecución, fundado en un título ejecutivo que autoriza el Estado a semejanza de la *confessio in jure* con la presunción de firmeza y certeza de lo juzgado. Tutela ejecutiva que forma parte de la tutela pública del derecho privado.

La Ley con criterio de justicia debe asegurar el derecho del acreedor y mantener el respeto debido a las condiciones e intereses del

(1) D'Palo: «Teoría del título ejecutivo», págs. 55 y siguientes.

deudor, conciliar las garantías del crédito y de la propiedad e impedir los gastos y dilaciones del litigio y las maquinaciones del fraude. Porque si los acreedores pierden la confianza y seguridad de conseguir el pago en el tiempo fijado, sufre el crédito, disminuye la contratación para las operaciones de la agricultura y negocios del comercio e industria, como dice el legislador italiano.

Demogue enseña que sin la intervención del Estado ningún acto es ejecutivo, y no debe llevarse a efecto sin las formalidades que salvaguarden los intereses del acreedor, deudor y terceros; pero la protección judicial a deudores e incapaces resulta larga, complicada y ruinosa. Por lo cual conviene admitir la organización de la justicia privada en virtud de un contrato, invistiendo con autoridad una parte a otra o a un tercero para la solución rápida, imparcial y acertada del negocio; autoridad que adquiere relieve por una facultad o derecho que puede usar un poder jurídico que permite obrar al concedérsele.

La justicia notarial con su función de paz y concordia se halla encargada en la práctica de realizar la protección y armonía de los derechos y deberes, garantías e intereses del acreedor y deudor. Elevóse el Notario a Juez del convenio para regular en justicia el contrato y su cumplimiento. Juez popular elegido por las partes, e investido por su confianza con autoridad para darles soluciones justas, como peritos de las leyes y de los negocios. Juez voluntario de la justicia privada, cuyas decisiones adoptan dócilmente los interesados. Por un pacto accesorio cabe hacer al Notario Juez de la ejecución o inejecución del contrato, concediéndole poder para adoptar las medidas que crea justas, como una autoridad de la justicia social, eminentemente popular.

Una especial y energética garantía de la ejecución se consigue con pactos accesorios de seguridad que refuerzan convencionalmente el vínculo obligatorio para que se cumpla el deber de pagar, *solvendi necessitas*. La conocida cláusula *de que y sea*, que prepara y reglamenta en la vía notarial el procedimiento, es un medio de ejecución que convierte a uno de los juzgados en la otra con autoridad sobre ella: el deudor manana esta cooperar si no paga puede el acreedor vender los bienes, los derechos con las formalidades que haya convenido.

A imitación de los procedimientos judiciales de ejecución se

crearon los de la voluntaria jurisdicción notarial. Muchos contratos se celebran judicialmente para revestirlos con forma de juicio y fuerza de sentencia. Juicios con figura de pactos o convenios en figura de juicios que se desarrollan por un procedimiento concertado, con el acuerdo de las partes que por sus propios fundamentos el Juez acepta y eleva a sentencia. Cuando la sentencia termina, el proceso declarativo del derecho afirmando su existencia o extensión con seguridad, engendra la acción de lo juzgado para proceder ejecutivamente en el cumplimiento de las obligaciones que impone. El *ius distrahendi*, la facultad del acreedor para elegir y separar del patrimonio del deudor los bienes necesarios al pago de la deuda, embargarlos y venderlos en pública subasta, se ejerce en la vía judicial de apremio por el acreedor. Ambas acciones nacen en la jurisdicción notarial con pactos ejecutivos que se adjuntan al contrato principal y se desarrollan por procedimientos contractuales con la misma fuerza que si surgieran del proceso judicial. Procedimientos notariales de ejecución para abrir la vía de apremio y seguirla hasta lograr el cumplimiento de la obligación. Pueden servir de ejemplo los señalados en nuestras leyes para la realización extra judicial de la prenda o hipoteca.

Invistióse al Notario con autoridad para que fuera el Juez de la justicia privada. El Juez documental recibía confesiones de deuda, señalaba el plazo de satisfacerla y dictaba órdenes de pago. La facultad de dictar preceptos de ejecución, órdenes y términos de pago tan semejante y afin a la potestad de condena, sólo correspondía a los Notarios cuando eran Jueces, *judices chartularii*, y la ejercían en acto de jurisdicción voluntaria con una fórmula sentenciadora, equivalente al pronunciamiento condenatorio de un fallo que abre la vía ejecutiva para seguir los trámites de apremio: *Ejecútese como lo juzgado*.

El acto público que se celebra solemnemente en audiencia notarial por un procedimiento de diligencias orales y escritas correspondiente a la jurisdicción voluntaria, con las declaraciones graves y definitivas de las partes como confesiones, tiene un carácter parecido a la naturaleza interior de justicia de los juicios y la firmeza de lo acordado o convenido en ella, lo que es debido tanto auténtico en que declara el Juez notarial los derechos y obligaciones que manifestaron los interesados ante su autoridad, adquiriendo la fuerza de la sentencia que resu-

miento el litigio recoge y proclama las afirmaciones de las partes, reconstituye por medio de las pruebas el acto celebrado privadamente con anterioridad y lo documenta como verdadero. En ambos casos la autoridad pública recibe o recoge, consagra y sanciona la voluntad de los interesados, sumisa o rebelde, por su conformidad o en medio de la discordia, ya directa y explícitamente, ya en virtud de medios probatorios; le da fuerza de Ley (especial del caso) y la constata en un documento auténtico para que claramente se conozca y conserve a perpetuidad con firmeza y certeza inalterables y pueda ejecutarse. La escritura y la sentencia son los documentos públicos y auténticos y ejecutivos del contrato que se concluye o reconstituye por los procedimientos de la jurisdicción voluntaria o contenciosa: la Ley los considera firmes y ciertos en su contenido y en su calidad de medios probatorios y ejecutivos. Por eso dice Real que los actos públicos y sus documentos auténticos que autoriza el Juez notarial con funciones de autoridad reciben la fuerza y firmeza de lo juzgado irrevocablemente en última instancia.

La fuerza ejecutiva de la jurisdicción notarial se deriva de la forma pública y auténtica, firme y cierta del acto y su documento que autoriza el Juez voluntario de la contratación y documentación. Muy semejante a los acuerdos de las partes en forma procesal que se elevan a sentencia o equivalen y se colocan en el lugar de ella. En la sumisión expresa o tácita que hace en el contrato ejecutivo el obligado, se halla, como si fuera la acción de lo juzgado, el título para ejercitar el *jus distrahendi*, el derecho de ejecutar, la razón de exigir la ejecución. Porque sometidas las partes como por su espontánea condena a la ejecución propia de los pronunciamientos judiciales, se colocan en la misma condición que si fueran condenados por una sentencia firme. Celebrado y documentado el convenio en audiencia notarial con forma solemne por un procedimiento de jurisdicción voluntaria que dirige y autoriza una autoridad oficial, es un contrato público y auténtico, legalizado y sancionado, firme y cierto, de eficacia ejecutiva para cumplirlo inmediatamente en la vía de apremio.

Se considera en la doctrina alemana esta cooperación del Estado en el nacimiento y desarrollo de los derechos, actuación de jurisdicción voluntaria y administración de justicia civil, que tiende a la realización del orden jurídico privado, como la contenciosa.

VICTOR LAVANDERA