

LAS PERSPECTIVAS DE LA DEJUDICIALIZACION

RECOMENDACIONES

de

LA UNION INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

Sobre las posibilidades de transferencia o reparto de competencias entre jueces y notarios en materia no contenciosa

(Recomendaciones elaboradas con motivo del Simposio sobre el tema de la desjudicialización celebrado en Brasilia el 9 de noviembre de 2023)

El fenómeno actual de la *desjudicialización*¹, observado en muchos países, se inscribe en la más amplia tendencia contemporánea de la contractualización del derecho, del auge de los derechos fundamentales, de la emergencia de nuevas libertades y del retroceso progresivo del orden público. La desjudicialización es también cada vez con mayor frecuencia la respuesta de los poderes públicos a la congestión de los tribunales. En todos los ámbitos, el Estado trata de racionalizar sus acciones públicas y, en particular, en materia judicial, para prevenir y reducir la excesiva carga de trabajo de los tribunales².

Sin embargo, son muy pocos los Estados dispuestos a confiar todo a la autonomía de la voluntad y a desentenderse por completo de prestar apoyo a las relaciones humanas y familiares. Más que a una privatización total de las materias, sobre todo familiares, como el divorcio, el derecho de sucesiones, el derecho de las personas vulnerables (...) asistimos más bien a una sustitución de la autoridad pública: las competencias ejercidas originariamente de forma exclusiva por el juez se transfieren totalmente a otra autoridad o se comparten con ésta.

Porque el notario es

- profesional del Derecho altamente cualificado,
- fedatario público, nombrado y controlado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta;

¹ Entendido aquí como el fenómeno en virtud del cual, asuntos que antes eran competencia exclusiva de los tribunales civiles dejan de serlo.

² Véanse, en particular, los trabajos del grupo de trabajo CEPEJ-SATURNE en el marco del Consejo de Europa.

- titular de la autoridad pública,

Y porque:

- ejerce su función de forma imparcial e independiente;
- es responsable de la eficacia jurídica de sus actos;
- participa, por la seguridad jurídica que presta, en la buena administración de la justicia y en el mantenimiento de la paz social,

El notario constituye la autoridad pública más apta como alternativa al juez en asuntos no contenciosos.

La función del juez, en materia no contenciosa o en ausencia de conflicto, es garantizar el consentimiento libre e informado de las partes o comprobar la legalidad, y a menudo el equilibrio, de un acuerdo. Si bien el juez está perfectamente legitimado para desempeñar esta función, la ausencia de controversia que resolver nos lleva naturalmente a la conclusión que no es el único que dispone de esta legitimidad como autoridad pública: también es el núcleo de la función del notario, verdadero magistrado de jurisdicción voluntaria. Esta constatación abre la vía a la posibilidad de transferir o compartir competencias en diversos ámbitos.

En consecuencia,

Considerando la voluntad de los Estados de racionalizar su acción y mejorar la eficacia de sus servicios públicos y, en particular, de descongestionar los tribunales y acelerar los procedimientos judiciales;

Considerando la naturaleza de ciertas materias no contenciosas, propicias a una transferencia de competencias;

Constatando la proximidad de las profesiones de notario y magistrado (en cuanto a su estatuto, formación, deontología, disciplina, etc.), consagrada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que calificó a los notarios de "magistrados de la justicia amistosa" en la sentencia Ana Ionita c. Rumanía, de 21 de marzo de 2017;

Obrando en pro de la mejora del servicio público, la correcta administración de justicia y el mantenimiento de la paz social;

La Unión Internacional del Notariado hace las siguientes observaciones y recomendaciones a los Presidentes de los Notariados miembros:

Sobres las tareas y materias cuyas competencias pueden compartirse con el juez, transferirse al notario o ser objeto de colaboración entre ambos:

Las siguientes competencias en tareas no jurisdiccionales (se destaca que la lista es indicativa y no exhaustiva), en ausencia de litigios que dirimir, pueden compartirse con el juez, transferirse al notario o ser objeto de una colaboración entre ambos:

La Pareja

- divorcio o separación legal de mutuo acuerdo, en su caso únicamente en ausencia de hijos menores;
- Modificación del régimen matrimonial:
- Celebración de matrimonio:
- Constitución, inscripción y disolución de parejas de hecho;
- Procedimientos no contenciosos en materia de administración de bienes comunes en caso de incapacidad de uno de los cónyuges;
- Autorización para que uno de los cónyuges represente y exprese el consentimiento del otro cónyuge incapacitado.

La filiación

- Recolección de los consentimientos para la adopción;
- Adopción de mayores de edad;
- Reconocimiento de niños;
- Recolección de consentimientos en el contexto de la procreación médicamente asistida, y en su caso, de maternidad subrogada.

Las sucesiones

- Expedición de certificados de notoriedad / certificados de herencia / Certificado Sucesorio Europeo;
- Procedimientos de apertura y validación de testamentos;
- Opción sucesoral:
 - Recepción de una renuncia a la herencia, a beneficio de inventario
 - Expedición de la autorización para aceptar o renunciar a una herencia o legado, si se requiere dicha autorización
- Procedimientos relativos a sucesiones vacantes;
- Apertura de la sucesión;
- Elaboración de un inventario;

- Otorgamiento de legados;
- Presentación de las cuentas del albacea y revocación; autorización de actos de disposición por el albacea;
- Operaciones de liquidación y partición, tanto en el marco de una partición amistosa como de una partición judicial (en este último caso en colaboración con el juez).

Derecho de las personas

- Rectificación de errores puramente materiales en las actas del estado civil;
- Aprobación o autorización judicial para el cumplimiento de actos de disposición, seguridad u otros relativos a los bienes y derechos de menores o mayores sujetos a una medida judicial de protección;
- Consentimiento para la donación de órganos;
- Establecimiento de poderes preventivos de representación como un "mandato de protección futura"; posibilidad de nombrar o excluir de antemano a un representante (tutor, curador, etc.);
- Acuerdo amistoso sobre la pensión alimenticia.

Otros

- Prestación de juramento; toma de testimonios, pruebas escritas;
- Expedición de apostillas, trámites de legalización;
- Participación en la resolución extrajudicial de litigios/realización de procesos de mediación/conciliación;
- Procedimientos de ejecución.

Sobre el papel del contrato:

- *La importancia y necesidad de asesoramiento:* La autonomía concedida a las partes para determinar sus propios acuerdos hace imprescindible que un profesional cualificado pueda ayudarles a comprender las normas de derecho, las opciones de que disponen y las consecuencias de dichas opciones.
- *La imparcialidad:* El espacio reservado a la voluntad de las partes se inscribe naturalmente en un marco desprovisto de litigios, y el asesoramiento que debe prestarse no debe dar lugar a que se creen dificultades; así pues, se requiere imparcialidad en la asistencia prestada

en la redacción de los contratos, que sustituyen a las sentencias en sectores desjudicializados.

- *Mantenimiento de la presencia de una autoridad pública para un control de legalidad:* La correcta aplicación de la Ley por las partes, por un lado, y el control del cumplimiento de la Ley en los contratos, por el otro, abogan a favor del control y verificación de estos contratos desde su suscripción (ex-ante) y no a través de un litigio posterior (ex-post) que prosperaría a causa de un contrato mal redactado o de una incorrecta aplicación de la Ley.

Sobre el papel de la escritura pública notarial:

- *Fuerza probatoria y ejecutiva:* El documento público notarial (instrumentum) parece ser el sustituto perfecto de la sentencia judicial, al tener el mismo valor probatorio y fuerza ejecutiva que una sentencia firme.
- *Inscripción en los registros públicos:* Numerosas resoluciones judiciales están destinadas a inscribirse en registros públicos relacionados con el estatuto personal (adopción - reconocimiento de la filiación - divorcio - uniones registradas - etc.) y la admisión en estos registros de escrituras privadas, en lugar de las sentencias, sólo podría degradar considerablemente la seguridad que de estos registros se espera. También en este caso, el instrumento notarial parece poder substituir a la decisión del juez con la misma seguridad.
- *Conservación:* Las razones de seguridad necesariamente vinculadas a estos mismos documentos hacen indispensable su conservación; el instrumento público notarial conlleva esta legítima exigencia en su propia esencia.

Brasilia, 10 de noviembre de 2023