

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

***COMPETENCIA DEL NOTARIO EN LA LLAMADA JURISDICCIÓN
VOLUNTARIA***

JORGE A. BOLLINI(*) (1059)

Hace poco tiempo, con motivo de un proyecto de ley elevado al Poder Ejecutivo de la Nación por el Honorable Consejo Directivo del Colegio de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Escribanos sobre las sucesiones extrajudiciales y otras materias de la jurisdicción voluntaria, se escucharon por diversos conductos del gremio de los profesionales del derecho, objeciones a dicho proyecto, que en términos generales se refieren: a) naturaleza y alcance de las funciones que el anteproyecto confiere a los escribanos, b) naturaleza y alcance de la función notarial, c) principios de economía y celeridad, y d) cuestiones profesionales.

Con todo el respeto que me merecen las instituciones que así se han expresado, considero que las observaciones al proyecto no han conseguido desvirtuar las razones que se tuvieron en mira por parte del organismo que confió su redacción a un prestigioso procesalista: "la agilización y modernización del procedimiento".

Quiero destacar y aclarar en esta disertación, que todos los conceptos que he expuesto, y los que expondré, lo son a título personal, y en ninguna forma puede quedar comprometido el Consejo Académico del cuerpo, al que con tanto orgullo hoy me incorporo, ni el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos, cuya vicepresidencia, también con el mismo orgullo, desempeño.

Mi dedicación al estudio de esta materia y por haber sido uno de los primeros notarios que incursionó sobre el tema, en este tema que hoy despierta polémicas, me dan la suficiente seguridad para reiterar que el análisis crítico del instituto jurisdicción voluntaria no fue hecho con la profundidad que se supone en estudiosos del derecho. Soy respetuoso de las ideas opuestas, cuando ellas tienen razón y fundamento, pero cuando se apoyan en pequeñas cuestiones profesionales sin tener en mira otro alcance, pierden consistencia, y personalmente considero que no merecen ser consideradas.

No está en mi ánimo la defensa de las objeciones a las que me he referido. Ya habrá tiempo más adelante para así hacerlo, pero no hoy; esta disertación, por respeto a las dos instituciones que la patrocinan y a este distinguido auditorio, debe tener un carácter académico y doctrinario, y en ese sentido encaminaré mis esfuerzos. Pero lo que tal vez no pueda silenciarse y que hay que desvirtuar, es la opinión equivocada de que la tramitación extrajudicial reconoce dos o tres antecedentes bastante pobres en el mundo. El que así ha opinado, no conoce la legislación comparada sobre la materia.

Para los procesalistas, el poder jurisdiccional, en cada uno de los órganos investidos de él, se nos presenta limitado; estos límites constituyen su competencia.

La competencia de un órgano - dice Chiovenda -(1)(1060)es por lo tanto la parte del poder jurisdiccional que puede ejecutar. Los límites con arreglo a los cuales la ley distribuye la jurisdicción entre los órganos son de distinta naturaleza. La competencia se halla determinada por materia o valor, por territorio, por conexión o continencia del pleito.

"Nadie puede negar - dice Gattari -(2)(1061)que la primera facultad del notario sea la competencia. La prueba inmediata la da precisamente la incompetencia, por cuanto el notario, trabado por los límites que se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

establecen en la ley, no podrá actuar válidamente, ni sus autenticaciones tendrán valor legítimo, si extralimitare su aptitud funcional".

En un sentido jurídico, la competencia deriva de la ley; consiste en la capacidad que ésta atribuye a una institución o alguna función personal para entender en un asunto dado.

En términos generales y en los diversos ordenamientos legales, la competencia del notario está limitada por la capacidad de actuación y el ámbito geográfico y las demás especificaciones que exige la determinación de la habilitación funcional.

Tal el caso del Reglamento Español de 1944, al afirmar que "al notario corresponde íntegra y plenamente el ejercicio de la fe pública en cuantas relaciones de derecho privado traten de establecer o declararse sin contienda judicial".

Como principio rector, las leyes orgánicas de nuestro país consideran al notario como configurador y autor del instrumento público, actúa al servicio del derecho. ". . . Corresponde al notario, dice el título preliminar de la ley 6191, el ejercicio pleno de la fe pública en todas las relaciones de derecho privado, sin contienda judicial y previa rogación de los interesados".

El anteproyecto de ley notarial nacional, preparado por el Instituto de Cultura Notarial, establece la competencia del notario y las causas que la limitan.

Y el anteproyecto de reformas a la ley 12990, en el capítulo III se habla de la competencia material y territorial y establece cuáles son las funciones notariales, de competencia privativa de los escribanos de registro, a requerimiento de parte.

Por analogía y ya refiriéndonos al campo de actividad del notario en la llamada jurisdicción voluntaria, diremos que es la aptitud para el conocimiento de materias o funciones que por su naturaleza caen dentro de su competencia.

Dentro de la organización política a que su estructura responda, se define al Estado como la organización jurídica de un pueblo dentro de un territorio determinado.

El hombre es, por naturaleza, libre, independiente, titular de derechos individuales inalienables e imprescriptibles; de derechos llamados naturales, indisolublemente unidos a su calidad de hombre.

Las sociedades se han formado por aproximación voluntaria y consciente de los individuos que se han asociado con el fin de asegurar sus derechos individuales naturales. Sin duda esta asociación, si bien limitaba los derechos de cada uno, aseguraba el libre ejercicio de los derechos de todos.

Dice De Vicente y Caravantes: "La justicia existe por sí misma, como la luz y como la verdad; ha sido además grabada por Dios en nuestra conciencia por medio de la recta razón, destello sublime de la luz natural. Esta luz divina basta para guiar al hombre en el uso legítimo de sus derechos, a no hallarse nublado por el denso velo que arrojan sobre su inteligencia la mala fe y bastardas pasiones".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El derecho como producto social ha existido en todas épocas, pero a medida que las costumbres variaban y se desarrollaban los conceptos jurídicos, su forma de protección fue evolucionando. Originariamente, la defensa del derecho es función privada, luego, al consolidarse la familia, las querellas se solucionaban mediante la conciliación y cuando ello no era posible se recurría a la intervención de terceros. A veces, para cumplir la sentencia y ante la resistencia del vencido se recurría a la violencia. Al aparecer los primeros núcleos sociales, y para mantener la tranquilidad en ellos, la facultad de administrar justicia se delegó en la autoridad militar y política. Del jefe de la tribu, esa facultad pasó al príncipe, quien terminó por considerarla un atributo de su persona; y de ahí derivó a la soberanía del Estado moderno.

Existe en la defensa del derecho, por lo tanto, una sustitución de la actividad individual, no voluntaria, sino necesaria por el Estado cuando la norma jurídica resulta insuficiente para imponer la solución del conflicto.

El concepto de jurisdicción es esencialmente jurídico, significa declarar derecho cuando se invoca la lesión de él.

Gramaticalmente, etimológicamente jurisdicción del latín, *jurisdictio*, refiérese casi exclusivamente a la autoridad de declarar la ley y por antonomasia al territorio donde se hace. Jurídicamente es el poder o autoridad que tiene alguno para gobernar y poner en ejecución las leyes, y especialmente la potestad de que se hallan investidos los jueces para administrar justicia o sea para conocer los asuntos civiles, o criminales, o así de unos como de otros y decidirlos o sentenciarlos con arreglo a las leyes.

La jurisdicción admite, por razón de su origen, una primera división en eclesiástica y temporal, si bien la primera ha desaparecido en la generalidad de los países que no admiten que la Iglesia tenga injerencia en la función jurisdiccional.

La declaración constitucional de que la justicia emana del Estado no significa otra cosa sino la exclusiva pertenencia de la jurisdicción a la soberanía del Estado(3)(1062).

La temporal o secular es la que emana del poder del Estado. De acuerdo con los órganos a los cuales se ha conferido su ejercicio, tenemos: la judicial, atribuida a un órgano independiente, cuyos miembros integran el poder judicial; la administrativa, ejercida por el poder administrador, y la militar.

La mayoría de los autores admiten dentro de la jurisdicción judicial la división entre contenciosa y voluntaria.

La misión principal de los jueces es resolver los casos litigiosos sometidos a su consideración, y ese es, sin lugar a dudas, el verdadero sentido de la jurisdicción, pero también ellos ejecutan actos que no suponen una controversia, sino que, por el contrario, se fundan en el acuerdo de partes.

Llámase jurisdicción contenciosa, por opción a voluntaria, la que se ejerce por el juez sobre las pretensiones opuestas de dos o más partes, y que las termina por una sentencia, reconociendo el derecho de una y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

negándose a la otra.

Llámase jurisdicción voluntaria, dice Caravantes(4)(1063), la que ejerce el juez en actos o asuntos que por su naturaleza o por el estado en que se hallan no admiten contradicción de parte, emanando en parte intrínseca de los mismos interesados que acuden ante la autoridad judicial, la cual se limita a dar fuerza y valor legal a aquellos actos.

Para distinguir los actos de jurisdicción contenciosa de los actos de jurisdicción voluntaria, dice Chiovenda(5)(1064), es necesario mirar a la substancia más que a la forma. Cuando el magistrado no es llamado a suplir capacidades jurídicas defectuosas, y a cooperar a la formación de estados jurídicos, o al desarrollo del comercio jurídico, sino a actuar derechos, a comprobar y reparar la infracción de deberes jurídicos de partes frente a partes, los actos que el mismo realiza son de jurisdicción contenciosa.

Los tratadistas consideran que la jurisdicción voluntaria no es jurisdicción, por cuyo motivo la oposición tradicional señalada entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria es impropia en la actualidad.

Originariamente llamóse con denominación romana jurisdicción voluntaria, en la doctrina y en la práctica del proceso italiano medieval, al conjunto de actos que los órganos jurisdiccionales realizaban frente a un solo interesado, usándose también el nombre para abarcar a aquellos actos que pasaron con el tiempo de la competencia de los jueces ordinarios a las de los notarios. De los procesos simulados ante el juez, pásase a la constitución de instrumento con la cláusula de garantía expedida por el notario, llamados por esto iudices chartularii(6)(1065).

La jurisdicción voluntaria - dice Chiovenda -(7)(1066)es, pues, una forma particular de la actividad del Estado ejercitada en parte por los órganos judiciales, en parte por los administrativos y perteneciente a la función administrativa, pero distinta también de la masa de los actos administrativos por ciertos caracteres particulares.

Goldschmidt la define como una acción jurídica meramente preventiva y como la tutela de los intereses civiles de las personas necesitadas de la misma con el objeto de evitar futuros litigios(8)(1067).

Para Carnelutti(9)(1068), la diferencia entre el proceso contencioso y proceso voluntario se funda en la distinción entre conflicto actual y conflicto potencial de intereses. La finalidad del proceso contencioso es típicamente represiva; hacer que cese la contienda y la litis es el conflicto actual de intereses.

La prevención de la litis es el fin específico del proceso voluntario.

La jurisdicción voluntaria dentro del concepto genérico de jurisdicción es un procedimiento ordenado por el Estado para la solución de cuestiones jurídicas por órganos encargados de la administración de justicia.

Munzel ve en la actividad de la jurisdicción voluntaria, desde el punto de vista conceptual, una actividad estatal, que solamente por sus estrechas relaciones a ramas del derecho privado fue transferida a la justicia.

Bettermann no cree posible un deslinde conceptual claro entre la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jurisdicción voluntaria y la administración, sino que clasifica la jurisdicción voluntaria en parte en la jurisdicción o en la administración, o bien en la jurisdicción administrativa.

Es difícil determinar en qué consiste la esencia de la jurisdicción voluntaria, cuanto más que no se pueden tomar puntos de apoyo seguros en el concepto de la voluntariedad, designación derivada del derecho romano. La opinión dominante se basa en sus tentativas de encontrar una solución satisfactoria en el objeto del procedimiento, pero existe amplia confusión en qué consiste la finalidad del procedimiento de la jurisdicción voluntaria frente al proceso contencioso. Los unos lo ven en una creación del orden jurídico privado; otros consideran como esencial que en la jurisdicción voluntaria se previene la violación de un derecho, mientras que el proceso civil sirve a la restauración de la justa situación jurídica tras una violación del derecho.

Una tercera concepción ve lo decisivo que en el procedimiento de la jurisdicción voluntaria no se trata como en el proceso contencioso por la individual y decisiva comprobación o realización de derechos subjetivos, sino por la creación de una situación jurídica individual, aun frente a la falta de derechos subjetivos, por ende, por una asistencia jurídica que puede ser de naturaleza general o concreta.

Otro signo distintivo se encuentra que en el proceso contencioso se trata de una comprobación y realización de derechos controvertidos, mientras que la jurisdicción voluntaria tiene por fin el aseguramiento de derechos incontrovertidos.

Finalmente se buscan puntos de referencia en la diversidad de los medios con los que la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria persiguen sus objetivos, en especial en el diferente efecto de las resoluciones que ponen término a los dos tipos de procedimientos.

En suma, el concepto material de la jurisdicción voluntaria, en su sentido original y real, se define como un procedimiento de la jurisdicción ordenado de un modo determinado, que se propone como meta la solución de asuntos jurídicos no contenciosos de carácter privado por aseguración y asistencia en tanto ofrezcan una respectiva necesidad de regulación jurídica.

El deslinde jurídico positivo de la jurisdicción voluntaria, de otros campos del procedimiento, sin embargo de ninguna manera depende del deslinde conceptual expuesto precedentemente.

Hay procedimientos contenciosos que se desarrollan sin contradictorio; otros que producen decretos u ordenanzas, y otros que son anormales por diversas causas. Y está el interrogante de que un proceso a veces establecido como jurisdicción voluntaria cambia, presenta un contradictor, una sentencia, por cuyo motivo debe averiguarse si la mutación es puramente exterior o también intrínseca.

Se ha creído encontrar la diferencia entre ambas jurisdicciones, en el carácter contencioso de la relación jurídica, pero aquél no es esencial al proceso; puede haber proceso sin contienda, y puede haber proceso en que el demandado reconozca las pretensiones adversarias(10)(1069).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La coacción, dicen los procesalistas, tampoco es un carácter exclusivo del proceso; no es exacto que toda resolución de jurisdicción voluntaria carezca de carácter obligatorio.

Para Roland de Villargues, "se trata de una jurisdicción distinta de la que compete civilmente a los tribunales, diferenciándose en que la resolución dictada por la autoridad judicial no es, propiamente hablando, una sentencia, sino más bien una aprobación dada a demandas, que por su naturaleza o al estado de las cosas no son susceptibles de contradicción".

Planiol y Ripert dicen al referirse a los actos de jurisdicción graciosa: "estos actos llevan con frecuencia el nombre de sentencias, de las cuales en realidad no tienen sino la forma exterior, ya que en el fondo son actos de autoridad y no de jurisdicción; no hay en ellos ni litigio ni condena".

Con mayor profundidad, Redenti(11)(1070)ha investigado las dos formas de jurisdicción, en la aplicación de sanciones, que se hallan en la contenciosa y faltan en la voluntaria.

En definitiva, para Visco(12)(1071)"la jurisdicción voluntaria no es más que una especialidad de la jurisdicción ordinaria, una de las formas a través de la cual el magistrado actúa el derecho como norma de disciplina en las relaciones privadas, en el sentido de la convivencia social".

Es lógico admitir que este procedimiento no pueda desenvolverse dentro de un campo estrictamente o netamente delimitado, por lo que es frecuente la interferencia entre los procedimientos de jurisdicción voluntaria y contenciosa.

La jurisdicción contenciosa se ejerce inter invitos, o por mejor decir in invitos, esto es, entre los que no estando de acuerdo tienen que acudir al juicio a pesar suyo o contra su voluntad; y por ello se llama contenciosa, tomando su nombre de la contención o disputa sobre derechos y delitos que siguen ante el juez las partes contrarias.

La jurisdicción voluntaria se ejercita, por el contrario, in volentes o inter volentes, a solicitud o por consentimiento de las dos partes que están de acuerdo. El ministerio del juez que ejerce la jurisdicción voluntaria es, en algunos casos, puramente pasivo, y, en otros, con conocimiento de causa. Es puramente pasivo cuando el juez no tiene que hacer indagaciones sobre los motivos en que se funda la demanda; y lo es con conocimiento de causa cuando el juez no puede interponer su autoridad o decidir la contienda sin examinar previamente los fundamentos en que ésta se apoya. Un ejemplo del primer supuesto lo tenemos cuando se pide la apertura de un testamento cerrado y su elevación a escritura pública; y del segundo, en los interdictos y en los expedientes de adopción, legitimación, etc., o en aquellos casos en que es necesario averiguar si se han cumplido las condiciones previstas por la ley.

Así la jurisdicción, unas veces encubiertamente, otras declaradamente, primero ante el juez, después ante el notario, pero siempre con forma y efectos típicamente procesales, dice Sanahuja y Soler(13)(1072),

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cumplió la función de asegurar el derecho en la normalidad, dando sanción oficial a los negocios privados.

DIFERENCIAS

Hemos de analizar las diferencias entre ambas jurisdicciones: en la jurisdicción contenciosa la sentencia produce el efecto de cosa juzgada, de cuyo principio se deducen tres reglas que dominan el procedimiento: a) las partes no pueden someter nuevamente a resolución judicial una cuestión ya resuelta; b) las partes no pueden poner en cuestión la validez del procedimiento en que se hubiera dictado el fallo; c) el juez no puede modificar su sentencia.

Por el contrario, en la jurisdicción voluntaria el pronunciamiento no tiene efecto de cosa juzgada, y el acto puede ser revisado nuevamente.

En la jurisdicción contenciosa la resolución del juez es sólo declarativa, en el sentido que se limita a constatar relaciones preexistentes, y por ello debe aceptar el debate como las partes lo presentan; en la voluntaria, en cambio, se trata de un acto que sólo tiene apariencia de sentencia porque emana del juez o del magistrado.

Los jueces no pueden hacer declaraciones abstractas, por consiguiente sólo intervienen en los casos concretos sometidos a su estudio. Es necesario que exista un litigio; y por ello se dice que la jurisdicción contenciosa no se ejerce inter volentes.

Por el contrario, la jurisdicción voluntaria se ejerce entre personas que se hallan de acuerdo sobre el acto que se ejecuta, por ello se dice que se ejerce inter volentes.

En la contenciosa, el juez procede con conocimiento legítimo, y en la voluntaria con conocimiento informativo, es decir que en el primer caso, el juez actúa como consecuencia de un conocimiento personal; en cambio en el segundo lo hace en base de los informes de los interesados.

La contenciosa se ejerce pronunciando un fallo con arreglo a lo que resulte de lo expuesto y probado por las partes, mientras que en la voluntaria el pronunciamiento sólo tiene por objeto dar autenticidad a un acto o certificar el cumplimiento de algún requisito de forma. Por último, es necesario no confundir la jurisdicción voluntaria con la arbitral; la principal diferencia consiste en que en esta última la facultad de juzgar no deriva del Estado, sino con las mismas partes litigantes, con la ausencia de aquél.

DENOMINACIÓN

Se ha sostenido por parte de los tratadistas que la palabra jurisdicción es inadecuada para calificar los actos tan diversos y dispares como los recogidos bajo la denominación de jurisdicción voluntaria, y que mientras

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

se use, despertará reivindicaciones jurisdiccionales.

No es jurisdicción, porque dentro de los negocios que la integran será difícil halla alguno que satisfaga fines jurisdiccionales; no es voluntaria, porque con frecuencia la intervención judicial resulta para los interesados tan necesaria como en la contenciosa.

El término jurisdicción voluntaria viene aplicándose desde las Instituciones de Marciano(14)(1073), que expresaba: "Todos los precónsules tan pronto han salido de la urbe, tienen jurisdicción, pero no contenciosa, sino voluntaria, de modo que ante ellos pueden ser emancipados tanto los libres, como también los esclavos y se pueden hacer adopciones". Así también en la doctrina del derecho romano se hace destacar la distinción, la iurisdictio contenciosa y la iurisdictio voluntaria, y para la caracterización de esta última se citan la emancipación de los hijos, la liberación de esclavos y la adopción.

Autores de diversos países, no deseando emplear una terminología inadecuada, hablan al referirse a ella, de die sogennaute, o bien de la cosa detta; de la soi disante, y sin embargo pese a su notoria impropiedad, el nombre de jurisdicción voluntaria subsiste y persiste por el lastre de la tradición.

Otros escritores la individualizan como honoraris, los franceses la llaman graciosa y los italianos hablan del procedimiento en cámara de consejo.

Los notarialistas españoles, estudiando las características de actos tan diversos y dispares como los que caen bajo esa denominación, y de que no se trata de actos jurisdiccionales, ya que iuris dictio es el poder de declarar el derecho ignorado, discutido o vulnerado, para el que se exige un juicio con todas las garantías de régimen abierto y amplias controversias y pruebas, mientras que la facultad de comprobar hechos y reducir las consecuencias legales que a esta comprobación son aplicables, sin litigio y solamente a pedido de parte interesada, es potestad legitimadora, que no consiste en una declaración de derechos, sino en una edición del derecho adecuado al hecho que lo provoca y que autorizadamente se comprueba, hablan buscando una nueva nomenclatura, de una juris - adito; una ius - adición; no una autoridad jurisdiccional, sino una potestad ius adicional.

Como muestra de la búsqueda de un término sustituyente puede citarse a Sperl y Wolf, que optan por denominarla "procedimiento extralitigioso", y a Carnelutti que estima mejor "proceso voluntario".

Algunos autores argentinos, buscando también la palabra adecuada, prefieren la de "jurisdicción no contenciosa" y "competencia voluntaria instrumental".

Carnelutti(15)(1074), con respecto al nombre, dice: "Verosíblemente el nombre de jurisdicción voluntaria proviene en que el juez no decide entre dos litigantes, y por tanto contra uno de ellos (contranotentem), sino en relación a uno solo, qué le pide que provea (adversus volentem); en este sentido la denominación, si no es muy expresiva, tampoco es incorrecta, y, aunque sólo sea por la dificultad de encontrar una mejor, merece ser conservada y hasta extendida al proceso, ya que voluntario puede ser no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sólo el proceso de cognición, sino también el proceso ejecutivo, e incluso el proceso cautelar..."

Escobar de la Riva, aludiendo a que la función notarial no es jurisdiccional, sino de carácter administrativo, aclara en cuanto al término jurisdicción: "Más compatible con lo anterior es lo cierto que algunos autores se obstinan en cerrar herméticamente la puerta del derecho notarial a la palabra jurisdicción, error que nace de atribuir a ésta una significación judicial, forense, siendo lo cierto que dicha palabra tiene en el derecho, en las leyes y en la práctica un significado mucho más amplio, esto es, de actividad pública que se ejerce dentro de un radio de acción determinado, en cuyo concepto puede legítimamente ser empleada en derecho notarial".

Tal vez la solución sería no tratar de buscar un nombre genérico que abarque las innumerables materias de la jurisdicción voluntaria, pero sí en asignarle una denominación ajustada a todo lo que el notariado considere que es de su competencia. Si adoptamos la denominación de juris - aditio, y aceptamos que la declaración de identidad de personas y las sucesiones mortis causa, no contenciosas, corresponden al ámbito de la actividad notarial, pues habrá que separar estas materias de la denominada jurisdicción voluntaria para transplantarlas al juris - editio.

Conviene puntualizar que así como la denominación inadecuada ocasiona bastantes dificultades, a ello debe agregarse la desorientación legislativa que existe sobre nuestro tema, pues en la generalidad de las legislaciones, en los mismos textos relativos al auténtico proceso civil, se halla regulado el instituto que motiva este estudio. Excepción a esto lo constituye el caso de Alemania, donde la jurisdicción voluntaria se halla legislada en el "F.G.G.", que es un verdadero cuerpo legal.

En nuestra opinión, esa denominación debe conservarse en virtud que tiene el mérito de recoger en su concepto no sólo aquella actividad que la tradición ha consagrado ser de genuina marca voluntaria, sino también todas aquellas que no han encontrado una ubicación dentro de los rígidos esquemas del proceso contencioso.

ANTECEDENTES

Este tema de la jurisdicción voluntaria ha tenido tratamiento por el notariado en el ámbito internacional y nacional; tanto en la doctrina de los autores como en congresos, encuentros internacionales y jornadas locales, para no extendernos demasiado, baste citar que tuvo tratamiento en el I, IV y VIII Congresos Internacionales del Notariado Latino celebrados en Buenos Aires (1948), Río de Janeiro (1956) y México (1965); en el IV Encuentro Internacional del Notariado Americano (Bogotá, 1968) y en la Primera Reunión de Decanos de Colegios de Notarios de América del Sur (Lima, 1972).

En el orden local tiene como antecedentes la VI y la X Jornadas Notariales Argentinas, celebradas en la ciudad de La Plata (1958) y en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

San Salvador de Jujuy (1964) y en las Primeras Jornadas de la Justicia, celebradas en la ciudad de Buenos Aires en el año 1965. En breve síntesis, sus conclusiones expresaron:

a) Que la comprobación de los hechos y actos que determinan la transmisión de bienes por causas de muerte, debe ser función notarial específica. En consecuencia las respectivas actuaciones tienen que tramitarse ante el notario, quien tendrá competencia para producir el documento que alcance los efectos legales pertinentes.

b) Que la competencia notarial deberá extenderse, además, a la comprobación y autenticación de otros hechos y actos que impliquen procesos voluntarios, consistentes en determinar y declarar el cumplimiento de requisitos establecidos por la ley para producir determinados efectos jurídicos.

c) Ello se fundamenta en que el notario, por su investidura, participa del poder autenticador del Estado, y además ejerce función legalizadora y control de legitimación.

d) Su actuación en dicha jurisdicción voluntaria debe ser siempre protocolar, sea en forma de escritura o de acta, por la garantía que otorga el principio de matricidad.

e) En todos los casos las cuestiones controvertidas necesitarán de la intervención judicial para resolver los incidentes que pudieren plantearse.

f) Que el documento notarial tiene la ventaja respecto al judicial de elaborarse con mayor economía procesal, y al propio tiempo permite descongestionar la labor de los tribunales, haciendo que el juez desarrolle su función específica, en jurisdicción contenciosa.

g) Que, finalmente, debe quedar aclarado que cuando el notario interviene en la producción de estos documentos, lo hace como funcionario autenticante y no como profesional de derecho, sin suprimir la intervención del letrado.

Es necesario destacar la declaración propiciada por el Colegio de Escribanos de esta ciudad, durante la celebración de la Primera Jornada de la Justicia, organizada en la ciudad de Buenos Aires por la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia, sobre el tema "La agilización y modernización del proceso": "Pueden contribuir los notarios a la agilización del proceso mediante la derivación a su ámbito de las causas donde no existe litigio, en los que se vincula con la llamada jurisdicción voluntaria y la necesidad imperiosa de su regulación separada. Que la regulación de la intervención notarial en esta materia, es uno de los medios idóneos para aliviar a los jueces en la pesada tarea de administrar justicia".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

HISTORIA

Entre los siglos XI y XII, dice Font Boix(16)(1075), se marca el momento fundacional del notariado con la adquisición de la fe pública. La función autenticadora de negocios había pasado por distintas manos que el notario. El notario cumplía funciones distintas, públicas o privadas, pero en cuanto éstas desprovistas de fe pública.

Con todo acierto, Núñez - Lagos ha podido distinguir entre historia de la función notarial, ejercida por pretores, magistrados, jueces, notarios, etc., e historia del órgano notarial, notarios romanos y eclesiásticos, tabeliones, notarios longobardos y francos, notario medioeval, etc. Entre el notario de la edad romana y el notario medioeval, no hay otra nota en común que el nombre. El notario romano, al decir de los autores, era una especie de taquígrafo, que al servicio de personas que ejercían actividades públicas, tomaba nota de los discursos o extendía al dictado las primeras versiones de las defensas o trabajos. Como taquígrafos, los notarios en un segundo tiempo formaban un cuerpo al servicio de los Tribunales, donde cumplían funciones que hoy desempeñan los secretarios judiciales, registraban demandas, respuestas de los interrogados, testigos, etc. Esos notarios, de funcionarios estatales pasaron a formar parte de la casa del emperador cumpliendo funciones diferentes, desde redactar las actas de los consistorios hasta ejercer funciones estatales.

A imitación de estos funcionarios, la Iglesia de Roma tuvo desde el siglo III un propio cuerpo de notarios. Pero en la edad imperial, la tarea de redactar los actos por cuenta de los particulares estuvo atribuida no ya a los notarios, sino a otro especial cuerpo de funcionarios, los tabelliones, organizados en corporación. La legislación justiniana reguló de modo definitivo el oficio de tabellio pero no le concede pública fe.

Después de la invasión y establecimiento de los longobardos en el territorio italiano, la propiedad inmobiliaria sufrió una permanente transformación y se llega al siglo VII, donde se activa el movimiento inmobiliario, de lo que derivó una continua necesidad de documentación, actuando los notarios eclesiásticos y otra categoría que, no estando provistos de fe pública, redactaban contratos a instancia de personas privadas en la forma permitida por la ley.

En esta época algunos notarios acumularon en su oficio el de juez. En el siglo IX este fenómeno se hace frecuente. Se llegó incluso a estimar al notario como el primer eslabón de una carrera cuyo peldaño inmediato era el oficio del juez.

Hay autores que dan al juez y al notario un origen común, en el sentido de que, así como la actividad propia del notario es desprendimiento de la actividad jurisdiccional, así el notario es desprendimiento del juez.

En el curso del siglo XI, con más exactitud entre los siglos XI y XII, el notario italiano que había conseguido un alto prestigio y una gran

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

difusión, adquiere la fe pública. Consigue que los documentos notariales para ser válidos y producir la eficacia de *actio iudicata* no tenga necesidad de la presencia del juez.

En la historia, la falta de un notario dotado de fe pública hizo que los efectos que hoy se derivan de aquélla se alcanzaran de los juicios fingidos o aparentes. En Roma, a esta necesidad se llegó a través de las dos especies procedimentales admitidas, la *in iure* y la *in iudicio*.

El procedimiento *in iure* se desarrollaba ante el magistrado mediante fórmulas solemnes y gestos simbólicos que tomaron el nombre de acciones, más tarde *legis actiones*, bien por haber sido introducidas por la ley, bien por reproducir fórmulas contenidas en ella.

El procedimiento *in iudicio* es una consecuencia de la *litis contestatio*. El procedimiento se sigue ante el *iudex*.

La primera etapa de simplificación fue suprimir la forma de sentencia. En efecto, se admitió que si el demandado antes de contestar la demanda, reconocía a *puerum iudicem* el derecho del actor, no había posibilidad de *litis contestatio* y por tanto de sentencia, bastando con que el juez dictase un simple *praeceptum de solvendo*, de idénticos efectos que la sentencia en cuanto a la *actio iudicati*. La segunda etapa fue suprimir la necesidad de la demanda. Las partes comparecían ante el juez, y previo requerimiento de una parte, pero sin formular demanda, la otra confesaba y el juez pronunciaba un simple *praeceptum de solvendo*, con eficacia de *actio iudicati*.

Entre los siglos XI y XII, el notario, que había conseguido la fe pública, consigue que este juicio aparente sea sustituido por una competencia ante aquél, y el documento que redacta, con la *pseudo confessio* de las partes, adquiere por virtud de la llamada cláusula *guarentigia*, la misma eficacia que el *praeceptum de solvendo* del *iudex*. Nacen entonces los instrumentos *guarentigia*, los instrumentos públicos.

La *in iure cessio*, las interrogaciones y la *confessio in iure* en Roma; la *Auflassung* en Germania; las reorganizaciones en Inglaterra, y sobre todo el *praeceptum de solvendo* y la *confessio apud acta* ante *litis contestationem* del proceso medieval, no son sino los más elementales ejemplos de cómo el juez, al lado de la jurisdicción contenciosa, desarrolló una jurisdicción voluntaria, autorizante de múltiples negocios jurídicos con eficacia de sentencia pero sin proceso, pues, como dice Wach, el proceso aparente reconocido como tal por la ley, no es proceso.

El tráfico dinerario de las ciudades italianas, dice Núñez - Lagos(17)(1076), había multiplicado infinitamente el número de intervenciones judiciales en la contratación. Surge la necesidad de que aquel *praeceptum de solvendo* lo dicte rápidamente el notario. Nadie, sin embargo, podía pensar que las funciones del *praeceptum* no fueran estrictamente judiciales, y se acudió al rodeo de nombrar juez al notario; primeramente por un decreto singular de nombramiento, como hicieron algunas ciudades, según nos cuentan Odofredo, Baldus, Benedictus de Barzis, Alejandro Tartacnus, Jasson de Mayno y después estableciendo,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

como dice Briegleb, que todo notario legalmente nombrado debía de ser considerado de inmediato, también como iudex - ordinarius, desde luego únicamente en cuanto a los actos de jurisdicción voluntaria y otros parecidos, a los cuales se les caracterizó con el término de "iudex cartularius o notarios", de los que es una manifestación no ciertamente la única, los instrumentos guarentigios.

El praeceptum de solvendo o cláusula guarentigia que excluía la litis y concedía la actio iudicati, la pronuncia el notario en vez del juez, según así lo dicen las fórmulas italianas de 1284, quizá de la época de Bártolo, recogidas por las investigaciones del profesor de la Universidad de Camerino, Dina Bizzarri.

La fórmula más antigua que conozco del praeceptum notari, dice Núñez - Lagos(18)(1077), se encuentra en un documento florentino de 1251 que contiene un contrato de permuta entre el obispo de Florencia y el prior de una comunidad religiosa.

A los documentos en que el mandato de ejecución o praeceptum de solvendo se dictaba por el juez, se les llamaba instrumenta confessionata, y a los dictados por el notario, instrumenta guarentigia o cláusula guarentigia.

Legislativamente en España, una ley de Enrique III, de 1366, recogida por Prieto y Castro, menciona ya el nuevo sistema ejecutivo. También lo recogen parcialmente el Ordenamiento de Toledo de 1480 y las Ordenanzas de Madrid de 1502. Tal vez haya fuentes legislativas más antiguas desconocidas.

Sobre si era necesario que todo instrumento público debe llevar para ser ejecutivo, como requisito de forma, la cláusula guarentigia, se originó una disputa entre los autores; sostuvieron la necesidad de la expresión de tal cláusula: Rodríguez Suárez, Juan Gutiérrez, Segura, Suárez de Paz, Corrubias, Boerio y otros; en contra opinaban que no hacía falta o se sobreentendía: Palacios, Rubio, Olano, Juan Graziano, Juan Bautista Villalobos, Matienzo, Castillo, Juan López Avendaño, Perladorio. La gran autoridad de Antonio Gómez decidió la cuestión, seguida por los Tribunales del Rey - según frase de Juan Gutiérrez -, que no hacía falta tal cláusula.

Suárez de Paz, refiriéndose a la compraventa, vuelve a repetir que el vendedor queda obligado como si fuera por sentencia.

Las escrituras de permuta y compraventa se ejecutaban también como si fueran sentencia. A través de toda esta evolución histórica, la escritura pública notarial ha logrado en cuanto a la relación jurídica de fondo, tener la misma eficacia constitutiva de la stipulatio romana, e igual valor firme y ejecutivo de una sentencia; como la sentencia producía la actio iudicati. Hasta las modernas leyes de enjuiciamiento, dice Núñez - Lagos(19)(1078), sentencias y escrituras públicas se ejecutaban por el mismo procedimiento.

Cuanto hemos expuesto, nos sirve para apreciar de conjunto, panorámicamente, la relación entre jurisdicción, jurisdicción voluntaria, función notarial, jueces y notarios.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Elevado el notario a la calidad de fedatario - dice Font Boix(20)(1079), se le atribuyó por separación de la jurisdicción aquella tarea formalizadora de negocios que hasta dicho momento se venía realizando a través de juicios fingidos, el notario encontró así, lo que a través del tiempo se ha venido estimando como función suya típica. Quedó para el juez la actividad propiamente jurisdiccional, el ius dicere en los procesos civiles. Pero quizá por aquel criterio residual de atribuir al que tiene la tarea de aplicar el derecho, toda actividad encaminada a constituir relaciones jurídicas así, quedaron para el juez aquellos actos que el magistrado actuó en virtud de su imperium, y que en la época post - clásica, por deformación del concepto, terminaron designándose como actos de jurisdicción voluntaria.

Quedó consagrada, así, la confusión histórica de distribución de funciones y órganos que ha llegado hasta nuestros días.

Del estudio de los investigadores surge claro que la actividad notarial es desprendimiento de lo que era antes actividad jurisdiccional, y es de desear y a eso aspiramos, que ese desprendimiento que en otras legislaciones se ha operado, se opere también en la nuestra, hasta que todo lo que hoy se estima de jurisdicción voluntaria extrajudicial, se incorpore al quehacer notarial.

Sintetizando; todos estos antecedentes dan la razón a Couture(21)(1080)cuando asevera: "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".

CONCEPTOS FINALES

En realidad, hasta la fecha hemos sido teorizantes en la materia, para lograr la llamada recuperación de la función notarial, sin atrevernos a asentar afirmaciones concretas ni a tomar posiciones definidas que sitúan el problema de la competencia notarial en los actos de jurisdicción voluntaria, en tal forma que contemos con un punto inicial de partida que pueda llevarnos a la ansiada solución.

Es cierto que un conjunto de condiciones extrínsecas constituyen aspectos de la jurisdicción voluntaria y que muchos de sus actos pueden ser confiados a la competencia del notario, descongestionando la actuación judicial de su intervención en funciones que no le son específicas por falta de controversia que deba definirse por sentencia.

Para que una norma jurídica tome carta en un país, es necesario que el pueblo la crea con su sentido innato; que el legislador la recoja y que se perfeccione con su ejercicio.

Así podemos observar que en el país cuya legislación fue nuestra a través de su evolución jurídica, siempre sobresalió la tendencia de acudir al escribano para acreditar actos de trascendencia de la vida civil privada

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

o pública que no significaran controversia o litigio que exigiera una definición del derecho controvertido.

Es tanto la confianza y el valor que se atribuía al instrumento público en el que se acreditaban hechos bajo la fe del escribano, tanto en España como en Francia, que cuando el rey de Francia Francisco I, prisionero en Madrid de Carlos I de España, meditó sobre los compromisos contraídos al firmar la paz de Aquisgran, después de su derrota en Pavia, y entendió que tales compromisos los contrajo en momento de disminución de su capacidad a causa de su derrota y prisión, requirió a tres notarios de Madrid e hizo constar solemnemente la falta de valor del tratado, para así poder separarse de él. Le apoyaban las actas labradas bajo la fe pública. Así se explica que en España, Francia e Italia, en las que está más vivo el derecho romano, las capitulaciones matrimoniales que participan de la cualidad de actos inter vivos y mortis causas, se confían al notario.

Este regula por instrumento público el régimen futuro del grupo familiar que nace, y, acreditando hechos, como son el matrimonio, nacimientos, mayoría de edad, y la muerte, interviene sin necesidad de actos judiciales en cuanto afecta a las personas, a los bienes y sucesiones de ese grupo familiar durante la evolución natural de su existencia.

Sabido es que las leyes españolas más avanzadas que otras en materia notarial, han establecido las llamadas actas de notoriedad, por medio de las cuales se resuelven pacíficamente muchos problemas civiles de índole privada. Esas actas de notoriedad las creó el pueblo con su buen sentido y por la confianza tradicional en la fe pública notarial, durante la guerra civil, que en ciertas zonas causó el desquiciamiento de la institución encargada de la administración de justicia. Fue tan sencilla la solución ante la falta de confianza en los deformados tribunales, que las diferencias fueron dirimidas acreditando hechos ante el notario, que en un acta, después de las comprobaciones necesarias, hacía constar las obligaciones contraídas y llevaba a instrumento público todos los efectos jurídicos necesarios para su validez entre las partes y ante terceros. Recogida esa realidad por la ley, forma parte de la legislación española.

Receptando, pues, el avance de los países latinos y sajones sobre la materia y reconociendo nuestro crucial momento de renovación, podemos formular la afirmación que ha llegado el día de abordar el problema y de resolverlo descargando a la función judicial de todos aquellos actos en que pueda definirse el derecho sin contienda y entregándolos a la función notarial. Eso sin menoscabo de la administración de justicia, antes bien, enaltecéndola al someter a su competencia actos que les son estrictamente específicos.

La doctrina europea moderna se encuentra encasillada en la tesis por la que la llamada jurisdicción voluntaria no es tal jurisdicción sino actos de simple administración, que por circunstancias especiales e históricas se atribuyen o encargan a los jueces, denominándolos Goldschmit(22)(1081)"justicia preventiva".

Molina(23)(1082)refiere con datos estadísticos la cantidad de causas que tramitaron ante la Justicia Civil, en la Capital Federal. En el año 1970

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fueron 51 los procesos sucesorios iniciados por día; en el año 1971 el promedio aumenta a 66 procesos sucesorios diarios, y en el año 1972 el promedio diario ascendió a 69 causas, lo que está demostrando la congestión judicial, quitándole al magistrado el tiempo tan necesario para dedicarse a los restantes procesos.

Esta disertación no se propone dilucidar los problemas de la jurisdicción voluntaria, sino tan sólo exteriorizar un deseo de colaboración con la actividad de la justicia, colaboración que debe ofrecerla el notariado.

Partiendo de la base en que la jurisdicción voluntaria puede ser judicial y extrajudicial, paralela a las dos ramas de la dación de fe, judicial y notarial, al notariado se le asignaría la casi totalidad de las materias que comprende la segunda.

"Somos auténticos profesionales de las formas jurídicas, dice Bardallo(24)(1083); a ellas dedicamos nuestra capacidad, técnicas idóneas comprobadas, formación especializada, experiencia y medios. De éstos poseemos en exclusividad los registros y documentos notariales y la fideidatio. Nadie está mejor equipado".

En este orden de ideas, el notariado latino debe reivindicar intervenciones que nada justifican no se le atribuyan como exclusivas.

El escribano se subordina al principio de legalidad, objetivamente considerado, y así obtiene validez. El cuidadoso análisis de las situaciones jurídicas subjetivas que sirven de presupuesto a las relaciones que se traban con su intervención, conforma legitimación y así logra eficacia. Hay actos propios de la jurisdicción voluntaria que deben permanecer en la órbita del poder judicial, tales como los actos de amparo y protección de personas con capacidad nula o disminuida, los que protegen o amparan el interés público.

Pero hay otros procedimientos, que hoy no se justifica que continúen asignados a la justicia, tales como: la apertura de testamentos cerrados, protocolización de testamentos ológrafos, las rectificaciones de partidas de registro de estado civil, la declaración de identidad de personas, las actuaciones vinculadas con alimentos, el depósito de personas, las mensuras, deslindes y amojonamiento y la sucesión mortis causa.

Es tan diverso el contenido y tramitación de la jurisdicción voluntaria en los códigos procesales, que Alvarez Castellano(25)(1084)ha afirmado con razón "que bajo dicha denominación se ha integrado un número considerable de negocios de la naturaleza y las finalidades más diversas, que hacen imposible agruparlos bajo un punto de vista general sistematizador".

Hay autores que aun dentro de la actual confusión en esta materia, diferencian tres grupos de procedimientos: a) Los preventivos, preparatorios o cautelares, aunque el proceso no llegue a surgir; b) Los que tienen por objeto rodear de garantías la tramitación de expedientes en que la actividad judicial es preferida por el legislador a funcionarios de otro orden, y c) Aquellos en que el juzgador puede ser sustituido por otros funcionarios, sin mayores inconvenientes y en forma más ventajosa, por la seguridad y celeridad en el trámite.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Existe acuerdo en calificar de voluntarios los siguientes actos: Constitución de derechos (inscripciones de sociedades, discernimiento de tutela, curatela, declaratoria de herederos, designación de árbitros), homologación (aprobación de concordatos en el proceso de convocatoria de acreedores, del testamento o de la cuenta particionaria en los procesos sucesorios), constatación o verificación (declaración de ausencia, reconocimiento de mercaderías y en general todos aquellos actos que tienen por objeto verificar la existencia o inexistencia de un hecho determinado), autorización (venias para la enajenación de bienes de menores ausentes e incapaces, autorización para comparecer en juicio).

En términos generales, los procesalistas son de opinión que las del primer grupo deben permanecer en los códigos de procedimientos; las del segundo tal vez ser objeto de una ley especial, o de un apéndice de los códigos procesales, y las del tercero podrían pasar a los cuerpos legales que regulan la actividad de los funcionarios a quienes se les delegara.

Para Díaz(26)(1085), "...es dable observar que los asuntos de la llamada jurisdicción voluntaria recargan la labor específica del juez distraendo su actuación de los asuntos contenciosos...", y agrega ¿Qué inconveniente puede existir... en derivar la parte informativa fiscal y registral del proceso sucesorio a la actividad notarial?.

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.

Alcalá Zamora y Castillo(27)(1086)involucra dentro de la materia de la llamada jurisdicción voluntaria a todos los juicios universales y por supuesto a los testamentarios, a los ab intestato y aun a la quiebra y asevera: "Los juicios universales están en tránsito de la jurisdicción contenciosa a la jurisdicción voluntaria. La actividad propia de la jurisdicción voluntaria que puede calificarse como extrajudicial, debe pasar a la jurisdicción notarial" .

Entre nosotros, Pelosi(28)(1087)sostiene que toda la actividad que es hoy materia de la llamada jurisdicción voluntaria, ha de llegar en determinado momento a ser materia de la función del notario.

En la extensión de la competencia del notario, éste en el ejercicio de su función autenticante y de su poder fedante no sustituye ni desplaza al magistrado, colabora con él y lo libera de quehaceres que por la fuerza de la tradición, o al decir de Guasp, por justificantes le oportunity variables como tales, en el tiempo y en el espacio, se venían judicialmente conservando y que por no ser jurisdiccionales, deben pasar al órgano más especialmente preparado para ello, y que es el notario.

Palacio(29)(1088)entiende que no es aconsejable traspasarle al notariado la integridad de los asuntos de jurisdicción voluntaria que aún son en el derecho argentino resorte de la actividad jurisdiccional, tales como las cuestiones que el título I del libro VII del Código de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Procedimientos Civil y Comercial de la Nación encuadra en la denominación de procesos voluntarios, pues en éstos predomina la función consistente en el juzgamiento de hechos respecto de los cuales puede no existir conformidad entre los intervinientes: autorizaciones para contraer matrimonio; comparecer en juicio y ejercer actos jurídicos; nombramientos de tutores o curadores; adquisición de mercaderías por cuenta del vendedor; o sea, acuerda la potestad de dictar providencias cautelares: examen de los libros del socio; reconocimiento de mercaderías; venta de mercaderías por cuenta del comprador.

Conviene reiterar una vez más, no obstante que ello está así reconocido por la totalidad de la doctrina y en las legislaciones vigentes, que en todo proceso voluntario que se produce contienda o cuestiones controvertidas, es indispensable la intervención judicial para resolver los incidentes que pudieran plantearse.

En principio, la actuación notarial se desenvuelve en la esfera de la normalidad del derecho; quedan fuera de su ámbito las relaciones que se manifiestan en la esfera contenciosa de perturbación.

Pero como ya lo hemos expresado, entendemos que aquellos actos que constituyen la jurisdicción voluntaria extrajudicial caen dentro del ámbito de la competencia notarial.

En nuestro país, como ya lo hemos expuesto en otra parte de esta exposición, hace tiempo que se viene abriendo paso la idea de desplazar las actividades judiciales donde no hay contienda entre partes, al notariado, con lo que se agilizaría notablemente la tarea de la justicia, al sustraer de los jurisdiccional los actos no - contenciosos.

La actividad notarial en la llamada jurisdicción voluntaria puede realizarse ejercitando su facultad fideifaciente, que le acredita facultad para colaborar con el juez en aquellas actividades que se cumplen en el campo jurisdiccional con garantía homologante, o bien como lo sostienen casi la mayoría de las legislaciones (Italia, Uruguay, México, Portugal, Francia, Austria, Alemania, Grecia, Guatemala, Canadá, en la zona de influencia francesa), el notario actúa en el ejercicio del *jus postulandi*.

Son dos posiciones doctrinarias bien diferenciadas. En el primer enfoque y al que la doctrina notarial argentina está volcada íntegramente, el notario en su carácter de funcionario público colabora con el juez en sus funciones homologantes y sin perjuicio de hacersele a él la rogatoria, para instrumentar los actos de jurisdicción voluntaria, pueden actuar dentro del proceso notarial otros profesionales de derecho, representando y asesorando, con lo que no se invade la esfera de acción de los abogados o procuradores.

En el segundo, la actividad del notario en el ejercicio del *jus postulandi* no tendrá carácter fedante, sino de técnico asesorante, como profesional del derecho, en el mismo campo y al mismo nivel que otros profesionales del derecho.

No estamos de acuerdo con la doctrina coincidente con la segunda posición, porque la representación y actuación en nombre de terceros es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

extraña a la imposición de la fe pública y a la función autenticadora; porque es función de otros profesionales como abogados y procuradores ante los tribunales y porque la representación ante la justicia no es propia del notario. En cambio, reiteramos nuestra posición, coincidente con la doctrina española, de que la competencia del notario en los actos de jurisdicción voluntaria no sustituye ni desplaza al magistrado, sino que lo libera de quehaceres, que por no ser jurisdiccionales deben pasar al órgano comprobador, calificador y legitimador que es el notario.

Es nuestra aspiración, que los actos considerados como propios de la jurisdicción voluntaria, con el alcance dado a esa denominación, sean traspasados a la actividad notarial, pero dentro de un criterio medido y prudente que no invada ni la competencia de los jueces ni la de otros actos escuetamente administrativos, ni la de otros profesionales del derecho.