

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

***PROCESO VOLUNTARIO (Competencia notarial)(\*)(1)***

JOSÉ V. SAN MARTÍN

**SUMARIO**

Introducción. - II. Jurisdicción. Breve noción conceptual. - III. Competencia. Aptitud funcional. - IV. Proceso. Concepto y breve consideración de su significación. - V. Procedimiento. Definición conceptual. Su aplicación. - VI. Jurisdicción voluntaria. El notario en su "campo" de acción. - VII. Proceso y función notarial. Competencia del

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

notario. - VIII. Conclusiones. Nuestra ponencia.

<b>CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN</b>
--------------------------------

No pretendemos dilucidar ni introducir conceptos nuevos sobre el tema materia de este ensayo: "El notario en el campo de la jurisdicción voluntaria", pero sí adoptar una postura de opinión personal frente a la realidad del ordenamiento jurídico, sin por ello dejar de reconocer que todo aquello que no participa de nuestro criterio, tiene también un fundamento que lo rebate y que bien puede ser atendible, toda vez que ha revitalizado la polémica interpretativa a través de siglos, para ser objetivos desde el nacimiento del derecho romano y más precisos aun desde el origen del derecho, respecto no de la actuación del notario que tal vez entonces tuvo su participación en lo que se denominó "jurisdicción voluntaria", concepto este último desvirtuado contemporáneamente por la imprecisión doctrinaria de la división pretendida entre "jurisdicción contenciosa" y "jurisdicción voluntaria".

La lectura de numerosos y prestigiosos tratadistas nacionales y extranjeros, que luego analizaremos muy brevemente haciendo su comentario, nos anima a anticipar que tales discrepancias doctrinarias entre unos y otros estaría dada por la confusión, en el sentido de inclusión, o mejor dicho de la separación debida o indiscriminación de lo que es y separa la "jurisdicción" de la "competencia".

Una está inmersa en la otra, pero no obstante ello y como luego veremos, existe un hito de separación de la territorialidad, del poder y de la facultad de su ejercicio por el Estado a través de sus representantes idóneos.

Y ya que mencionamos el Estado, y concebimos a éste en la versión republicana con clásica división montesquiana de poderes, diremos en cuanto a "jurisdicción voluntaria" se refiere, que una gran mayoría de autores, y de ahí las diferentes interpretaciones, no coinciden en la estricta separación de tales poderes: ejecutivo, legislativo y judicial, ya que en muchos casos algunas funciones atribuidas en especial a uno de ellos, no lo es tanto, en cuanto se requiera el complemento o intervención de otro o de los demás poderes para su debida ejecución, y en apoyo de lo antedicho, la jurisdicción que sería común a todos, se reduce al ámbito de su aplicación mediante la "competencia" (ésta rari *ratione materiae, personae*, etcétera).

Si admitimos como probable una diferencia aunque fuera sutil, que a nuestro entender no lo es tanto, deberíamos establecerla tratando de definir: qué es jurisdicción y qué es competencia. Tarea difícil, larga y extensamente tratada. Sus dimensiones son enciclopédicas y nuestro propósito la brevedad; y así trataremos de hacerlo comenzando por analizar ambos conceptos separadamente, apartándonos en lo posible de las citas, salvo en lo indispensable para la omnicomprensión, aunque personalmente hayamos tomado partido.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Es que así considerado, el problema se minimiza por el enfoque objetivo del mismo, aunque las dudas que surgen a través de las mencionadas lecturas, crean un complejo subjetivo de difícil superación, y la razón es una: la tecnología, nueva ciencia que regula las disciplinas científicas y artísticas y todo el quehacer humano, ha impreso una sistematización metodológica cambiante que moderniza conceptos y que si bien algunos fueron oportunamente tratados por los maestros, intérpretes, diríamos los forjadores del derecho, éstos, sin que importe una falta de consideración o respeto hacia ellos, conforma sí una nueva técnica para el desarrollo irrefrenable de la evolución del hombre en su historicismo humano y en su desarrollo intelectual. Lejos estaban los artífices del derecho germánico-romano, de concebir divisiones del derecho que hoy lo encasillan en lo aeronáutico y en lo espacial.

En la medida que el hombre avanza, avanzan sus conocimientos, sus ciencias, sus artes, sus métodos. Es pues tarea ciclópea pretender un estudio en su devenir positivista que conforme las exigencias modernas en sentido general.

Lo nuestro será breve, sintético, modesto con pretensión de interpretar las distintas corrientes doctrinarias, adhiriendo a unos, rechazando a otros y, de ser posible, compatibles en cuanto a un enfoque genérico y específico.

## CAPÍTULO II JURISDICCIÓN

### Breve noción conceptual

Jus dicere: decir el derecho. ¿Quién lo dice? El que lo crea, el que lo aplica: El Estado. Apelemos al viejo Diccionario de Joaquín Escriche(1)(2)"La palabra «jurisdicción» se deriva de la expresión latina Jus dicere, no de ,juris ditone como algunos han pretendido; y así no envuelve ni lleva consigo la potestad de formar o establecer el derecho, sino tan sólo la de declararlo o aplicarlo a los casos particulares.... Es el poder o autoridad que tiene alguno para gobernar y poner en ejecución las leyes; y especialmente, la potestad de que se hallan revestidos los jueces para administrar justicia, o sea para conocer de los asuntos civiles o criminales, o así de unos como de otros y decidirlos o sentenciarlos con arreglo a las leyes. También se toma esta palabra por el distrito o territorio a que se extiende el poder de un juez, y por el término de algún lugar o provincia; como igualmente por el tribunal en que se administra la justicia . . . ".

La jurisdicción en su accionar para decir y aplicar el derecho por vía de la ley procedente y a través del procedimiento que la regule, es indivisible, y por lo tanto no se puede aislar y precisar satisfactoriamente en distintos matices o decantadas subdivisiones si admitimos que es potestad del Estado para aplicarla como organización jurídica a su pueblo y en su territorio.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Introducimos en la constitución política, en su esfera judicial y en las formas de su aplicación, sería entrar precisamente en lo que no queremos, en el enciclopedismo doctrinario a través de interpretaciones plurivalentes, de largo análisis y determinación.

Diríamos que la jurisdicción es del interés del Estado y su obligación para la pacífica convivencia de sus habitantes, de aplicar la ley para el mantenimiento del orden jurídico creado por él mismo con la necesidad de su intervención para asegurarla.

Dicho enfoque tenderá a demostrar que es por la vía de la función y del proceso que debe canalizarse la actividad exclusiva del notario, para lo cual y a fin de comprender la particularidad de nuestra posición, haremos someramente conforme al esquema del temario, breve análisis de los conceptos procesales de jurisdicción, competencia, proceso y procedimiento para arribar a la consideración de la jurisdicción voluntaria y las conclusiones en virtud de las cuales encaramos nuestro estudio, que no pretende ser original puesto que tiene coincidencias sustanciales con ponencias que en el mismo sentido se formularon en Jornadas Nacionales y en Congresos Internacionales, en especial, el VIII, celebrado en México en 1965.

El ordenamiento jurídico de nuestro país está regido y condicionado por la Constitución Nacional, ley fundamental del mismo que a través de su articulado normativo, original y posteriormente reformado, dio las pautas para la determinación del ámbito aplicable con sentido de ley y de territorialidad respecto de la jurisdicción en que hubiere de ejercerse a través de sus Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, y que correspondieren según las cosas o personas sujetas a ellos la actuación de los tribunales federales o provinciales.

Esto debe interpretarse en medida bien extensiva, tanto en lo referente al ordenamiento jurídico, lo que aún hoy sigue llamándose "derecho de fondo", como en lo que por relación estructural jurídica se complementaría o expresaría mediante el "derecho de forma".

El proceso judicial no tiene por qué apartarse de las demás relaciones jurídicas, las administrativas entre ellas, debiendo significar que su concepción como instrumento normativo, integra el denominado "ordenamiento jurídico", constituyendo como expresión estatal la unidad política de cada nación, con sus propias leyes, sus propias reglamentaciones, su propia jurisprudencia.

La mayoría de los autores son coincidentes en que no se puede concebir la jurisdicción, sin relacionarla, según hemos visto, con la norma jurídica, es decir la ley creada para tales fines, principalmente en función de garantía, para la cual el mandato va dirigido a regular las relaciones de las personas en general (normas de convivencia), que obligan a la observación de una conducta determinada; y subsidiariamente y en lo que a lo personal se refiere, a la observación por parte del transgresor en particular, para la ejecución y cumplimiento de dicho mandato, realizando obligatoriamente los actos o absteniéndose de hacerlos por omisión en los que le son aplicables la sanción compensatoria o

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

resarcitoria correspondiente.

Mercader(2)(3) recuerda la clásica tipificación de los elementos, ya dijimos, inseparables, que conforman la jurisdicción como verdadera actividad jurisdicente (decir el derecho) de los magistrados; y ellos son: notio, vocatio, coertio, indicium y exsecutio.

Esta división, como veremos, ha servido para la larga y erudita controversia autoral, admitiendo una tripartita subdivisión: contenciosa, voluntaria; judicial y administrativa. Y aclara: (esto para el logro de nuestro propósito de referirnos a la "jurisdicción voluntaria"), "que existe entre aquellos elementos tipificantes caracteres comunes, constantes e imprescindibles". La función cognoscente (notio) y la decisoria (indicium) no lo son tanto como las demás; pero la vocatio en cuanto a imperio que se identifica con la facultad de citar y emplazar a los justiciables para que acudan a la instancia; y la coertio y exsecutio en la medida que se identifican con la trascendencia compulsiva, no siendo necesarias ni constantes en el proceso inter volentes, son las que podrían deslindar el "campo de la aludida jurisdicción voluntaria" sin que ello suponga una escisión de todo el conjunto configurante de la jurisdicción propiamente dicha.

Simplemente, en los procesos alitigiosos, en los que son imperceptibles las facultades de conocer y compeler, el *ius dicere* del magistrado queda reducido en su expresión como tal, pero de ninguna manera y como hemos de verlo, excluido del mismo.

El juez, por lo tanto juzga, y para hacerlo decide, extrae las conclusiones propias de cada juicio cualquiera sea su condición y lo hace en base a conclusiones del proceso aplicando una regla y un hecho sobre el elemento esencial del derecho. Es decir, en tono amplio y omnicomprensivo, aplica la justicia conforme al ordenamiento normativo del derecho; de ahí la continuidad privativa del juez, haya o no contienda, pues, según hemos visto, las distintas etapas formativas de la jurisdicción no son excluyentes y sí integrantes para la proclamación de un hecho o de un derecho, con o sin sentencia coercitiva. Omito ejemplos repetidamente reiterados por quienes estudiaron el tema en profundidad formando una verdadera doctrina jurisprudencial al respecto. Por lo expuesto, no creemos necesario extendernos sobre el concepto general, siguiendo la línea de la brevedad trazada, dejando así expuesta la escueta noción de jurisdicción para el desarrollo de este ensayo, aclarando que la única división que admite la jurisdicción, y sólo en cuanto a su órgano de aplicación la competencia -, es la que surge de nuestra organización política, es decir, la federal que corresponde a todo el territorio de la República y es por lo tanto nacional; y la de carácter local, que emana del poder estatal de cada provincia. Las demás divisiones son puramente didácticas y atienden a una funcionalidad específica de lugar y materia.

Todo lo que escape por extensión al poder coercitivo de la sentencia derivada del litigio, ya sea por la falta de él, o por configurar un acto preparatorio para llegar a ella, es una función que puede ser extrajudicial,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

sin que por ello desaparezca la potestad judicial, que aprecia y debe valorar las mismas para decidir la cuestión litigiosa o alitigiosa, prestándole en esta última su homologación o convalidación, acorde con su derecho nacido de la vocatio, elemento que como hemos visto constituye una de las partes componentes de la jurisdicción.

**CAPÍTULO III COMPETENCIA**

Aptitud fundamental

La competencia es la aptitud de los órganos del Estado para ejercer la función jurisdiccional, según la Constitución, leyes, reglamentaciones, acordadas, etc., refiriéndonos a la organización de nuestro derecho. He aquí la anunciada diferencia entre uno y otro concepto distintivo.

Para determinar con fijeza esta aptitud del órgano ejecutor, se hace necesario examinar previamente, si la capacidad del mismo, a quien se confía el ejercicio de la actividad jurisdiccional, se circunscribe en el ámbito de su conocimiento o quehacer específico, es decir, si ese ámbito corresponde a la acción del poder judicial, militar, policial o administrativo; y aun fuera de ella, si la competencia actúa en función especial de la jurisdicción eclesiástica.

La competencia en este orden de actuación se delimita en la doctrina atendiendo factores y elementos determinantes de tipo objetivo, funcional y territorial.

COMPETENCIA, sintéticamente explicitada ES FUNCIÓN. De cum con y petere dirigirse a, pedir; es la aptitud que la configura en la especialización que le asigna la jurisdicción para actuar en determinado ámbito y con las facultades inherentes a ella. Deriva de la ley en lo que ésta le acuerda capacidad atributiva suficiente en orden institucional, jerárquico o administrativo, por intermedio del agente idóneo, ideal o físico, acorde con su aplicación.

La competencia se correlaciona con la jurisdicción en cuanto es la medida o el ámbito en que aquélla se manifiesta. Si existe correlación poco importa para su estudio si una es la especie y la otra el género; lo que es indudable es que NO HAY JURISDICCION SIN COMPETENCIA Y viceversa. Nosotros creemos que la jurisdicción incluye en su caracterización el imperium y éste se exterioriza a través de la competencia que lo señala selectivamente, acorde con la materia y el fuero en que se aplica.

Se es competente en la materia para aplicar la jurisdicción, cuando en primer término la norma se hace aplicable específicamente y ella se regula mediante el procedimiento que le da la competencia.

La competencia es una realidad jurídica, asentada en el texto de la ley y de permanente vivencia. Además y por ahora - discrepancias doctrinales de por medio -, resulta ser una fórmula transaccional para soslayar la cuestionada "jurisdicción voluntaria", ya que el notario en la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

interpretación estricta del contenido jurídico de la jurisdicción, ésta en su sentido lato, no la tiene. Y no la tiene porque carece de imperium, pero podría tener "competencia" por delegación de funciones y en base a ella realizar todos aquellos actos configurantes de la jurisdicción que no requieren la "coerción imperativa", de tal manera que su funcionalidad "competente" adecuaría un hecho jurídico (objeto) a una aptitud funcional (sujeto)

La doctrina admite dos clases de competencias: la COMPETENCIA LEGISLATIVA y la COMPETENCIA JUDICIAL. La primera determina todos los casos en los que se reconoce la aplicabilidad de la ley conforme al fondo y a la forma de una relación jurídica. En la segunda se trata de saber cuál es el juez competente para entender en un asunto determinado. En ambas se reconoce una compatibilidad en función de la ley y de su correcta aplicación.

Insistimos: la competencia es el derecho que tiene un juez o un tribunal para entender en una causa y resolver con autoridad sobre ella. Dicho entendimiento, se comprende, luego de tratada la jurisdicción, que se extiende sobre las personas domiciliadas en el territorio en que ejerce su mandato. Dos, de varias excepciones, estarían sujetas a la jurisdicción militar o eclesiástica en las personas que debieran por su rango o jerarquía ser juzgadas por tribunales especiales y no por los ordinarios, como son los de nuestro tratamiento para el tema. Por la misma razón no incursionamos en la competencia en materia criminal, de distinto tratamiento, dando lugar a veces a una contienda judicial para determinar a qué juez le compete actuar, acción ésta que como vemos admite otra interpretación del término "competencia", pero siempre atendiendo a quién corresponde aplicar el derecho por razones de juridicidad. Esto último también puede ocurrir en cualquier otro juicio contencioso civil, comercial o de otro fuero y aun en los cuales no hubiere contienda propiamente dicha entre los jueces que se asignaran simultáneamente la competencia para actuar, y que simplemente uno de ellos debiera desentenderse de las actuaciones por razones de atracción del proceso atento su universalidad o cualquier otro procedimiento a que diere lugar la o las acciones en sucesivas etapas del mismo.

Son, pues, numerosas las aptitudes legales de los jueces para ejercer su jurisdicción; de entre ellas, las del domicilio de las partes, las del constituido contractualmente, las de ubicación de los bienes si éstos constituyeran la materia litigiosa; los lugares fijados para una administración de bienes, de tutelas o de curadurías; las del lugar de las causas hereditarias para las acciones posesorias; las del domicilio - cualquiera sea su especie -, del peticionante de una herencia, de la ubicación de los bienes demandados, de los de su entrega si éstos fueran cosas materiales o muebles, etc.

**CAPÍTULO IV PROCESO**

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Concepto y breve consideración de su significación

PROCESO son todas las etapas sucesivas que van conformando el presupuesto jurídico del juicio o actuación judicial, comprendiéndose en esta última las que son atípicas y constituyen las acciones extrajudiciales, pero que caen dentro de su órbita; y el procedimiento, como hemos de verlo, es la forma de actuación para cada una de esas etapas.

Constituye el objeto particular del conocimiento de la ciencia o arte del derecho procesal. Se complementa con la acción y la jurisdicción, cuyas normas, como hemos dejado establecido en los capítulos precedentes, son reguladoras del poder estatal para la seguridad y la realización del derecho.

Proceso, del latín *procedere*, entre otras acepciones significa avanzar, camino a seguir hacia un fin propio y determinado. Jurídicamente consiste en el conjunto de acciones tendientes a la aplicación de la ley a través de las sucesivas etapas que componen el mismo. La jurisdicción se realiza a través del proceso y los actos que el juez y las partes configuran en el mismo tienen carácter jurídico y están precisados en las leyes adecuadas al mismo.

Las etapas, fases o grados que se suceden en su formación o sustanciación se desarrollan consecuentemente hasta la obtención del logro final, que es, como hemos dicho, la aplicación del derecho positivo conforme a la norma aplicable en cada caso específico.

Couture(3)(4), al respecto dice: "En la primera acepción del proceso como secuencia éste constituye una acción humana que se proyecta en el tiempo; es una situación análoga a la que existe entre el ser y el devenir; los actos procesales devienen proceso. En su segunda acepción, en tanto relación jurídica, el proceso es un fenómeno intemporal e inespacial; un concepto, un objeto jurídico ideal, constituido por el pensamiento de los juristas. En su tercera acepción, como expediente o conjunto de documentos, el proceso es un objeto físico, ocupa un espacio en el mundo material, es una cosa".

Correspondería que continuáramos desarrollando el proceso y la instancia, aquél y la litis, los distintos tipos de procesos y sus relaciones jurídicas, es decir, explicar el objeto del conocimiento de la ciencia procesal, de suyo muy extensa y diversificada por la teorización de importantes tratadistas en la materia y que por lo tanto exceden la breve nota explicativa que al respecto nos hemos propuesto dar para el compendio de nuestro ensayo.

Biológicamente considerado, el ser puede admitir un proceso que altere su funcionalidad orgánica físico - química: una enfermedad. Su recuperación se intenta mediante el procedimiento (que es la acción) que se reputa adecuado conforme a la técnica aplicable al caso a tratarse.

En el derecho, la alteración de su normatividad existencial en el medio social en que el ser actúa, puede verse distorsionado también en función de su persona o personalidad, según se trate de un ser de existencia



**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

visible o bien de otro de existencia ideal, en cuanto al ejercicio de sus derechos o al cumplimiento de sus obligaciones; da lugar entonces a la intervención judicial para proclamar unos, mediante una decisión declarativa, o de consagrar los otros mediante una sentencia.

En ambos casos cabe la falibilidad del hombre y del método pero la terapéutica es única: la intervención del técnico competente para resolver la cuestión planteada.

## **CAPÍTULO V PROCEDIMIENTO**

Definición conceptual. Su aplicación

PROCEDIMIENTO es la manera o modo de hacer una cosa; judicialmente llámase procedimiento al conjunto de normas que regula la tramitación o instrucción de los juicios(4)(5).

Los medios jurídicos a través de los cuales se realizan los actos para la ejecución de las medidas que requiere el proceso no sólo se extienden a los que comprenden la actividad administrativa, sino a toda la función, es decir, el procedimiento regulado que incluye reglas de legitimación, representación, patrocinio, recusación, excusación, notificaciones, pruebas, perención de instancia, nulidades, así como procedimientos especiales tales como concursos y licitaciones, entre otras muchas más. El procedimiento debe adecuarse a la materia cuyas etapas deben resolverse por los medios típicos esenciales, como por ejemplo lo sería el procedimiento tributario, que comprendería las normas o el conjunto de ellas a que deben sujetarse tanto la administración pública como los particulares para determinar la órbita del ejercicio de cada uno, en cuanto haya lugar al derecho que les corresponda, así como en cualquier otro adecuado a los juicios civiles, comerciales, laborales, etc., y muy especialmente los penales, municipales y policiales.

El procedimiento alude a la actuación ritual en la actividad preestablecida por la ley procesal que realizan las partes por un lado, y el órgano jurisdiccional por el otro.

La diferenciación con el proceso radica en que el procedimiento es incidental y que tiene aplicación en cuestiones que teniendo conexiones con una principal, sus acciones pueden ser diversas aunque conserven su unidad no obstante el variado procedimiento seguido y varias las instancias a que aquéllas hubieren dado lugar.

## **CAPÍTULO VI JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**

El notario en su "campo" de acción

Compete al Poder Judicial discernir en nombre del Estado justicia, y ello ocurre cuando se producen conflictos de intereses o morales que afecten

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

a sus habitantes, o se produzca entre éstos y aquél una alteración de la paz social, aplicando en todos los casos la sanción correspondiente a la violación del derecho con la aplicación normada por la ley positiva y regulada por la de orden procesal. Esta intervención estatal es la que característicamente constituye su poder jurisdiccional.

Eisner(5)(6), en su estudio sobre "Juicio de jurisdicción voluntaria", comienza aclarando que "la doctrina no ha hallado aún el concepto unívoco de jurisdicción, pese a los múltiples esfuerzos realizados para lograrlo, y no habiendo alcanzado tampoco a fijar los precios límites separativos que permitan distinguir sin dudas la actividad jurisdiccional de la administrativa o ejecutiva, debemos confesar", continúa diciendo, "desde un comienzo que más ardua es todavía la tarea de determinar con algún acierto el sentido y alcances de aquella función del Estado que desde tiempo antiguo se conoce con la denominación de «jurisdicción voluntaria», y también algunas veces con el peculiar calificativo de «graciosa» u «honoraria»."

Si el enfoque que numerosos tratadistas de derecho notarial ha tendido a justificar la intervención del notario en funciones "administrativas" derivadas de la aplicación de la "jurisdicción", considero, coincidiendo con la mayoría de ellos, el error de referirse a ésta, que, como hemos de ver más adelante, sería mejor conceptuarlo desde el punto de vista de la "función notarial y sus atribuciones dentro de la legalidad", por una parte, y como contributiva en el sentido de su expresión como auxiliar de la justicia en el proceso, no en el procedimiento, desde que este último es privativo del juez.

Nosotros estudiaremos el problema entonces teniendo en cuenta que lo fundamental y que caracteriza la "función cautelar" en el proceso, es la prevención del litigio, y aun cuando éste se hubiere producido, contribuir por parte del notario con su poder fedante delegado por el Estado. a realizar tareas en la "prueba", no separativas sino concomitantes con las del juzgador.

Couture(6)(7) dice: "Un texto antiguo con más fortuna de la merecida. denominó jurisdicción voluntaria a los procedimientos judiciales seguidos sin oposición de partes y en los cuales la decisión que el juez prefiere no causa perjuicio a persona conocida".

Mattirolo, citado en la mencionada obra de Eisner, definía: "Jurisdicción voluntaria es la que ejerce el magistrado sin que haya pleito o cuestión, a instancia de una sola parte o también de varias, las cuales tienen todas un interés y están conformes en reclamar la resolución del juez".

Chiovenda(7)(8) interpreta que "la jurisdicción voluntaria, es una forma particular de actividad del Estado, ejercida en parte por los órganos judiciales, en parte por los administrativos y que pertenecen a la función administrativa, diferenciándose, sin embargo, de la generalidad de los actos administrativos por ciertas características particulares".

Entre nosotros, Alsina(8)(9), sin duda un especialista en derecho procesal, opina que en cuanto a la jurisdicción voluntaria, la intervención en ella por el juez "sólo tiene por objeto dar autenticidad al acto o

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

verificarel cumplimiento de una formalidad" y agrega: "se trata de uno de los supuestos en que el juez ejerce funciones administrativas".

Las precedentes definiciones son en parte concomitantes con las conclusiones a las que arriba el prestigioso analista del derecho notarial Firmo Da Silva(9)(10), cuando acepta en primer término que el poder jurisdiccional en el sentido jurídico es estatal, de tal manera que por ello delega a los jueces el poder de aplicar el derecho y la ley, y sigue: "cuando se trata de dirimir controversias y litigios". Les atribuye a los jueces "competencia" en lo contencioso y no en lo administrativo "forzosamente", ya que esto caería dentro de la función notarial.

Por lo que hemos deslindado dentro de los términos "jurisdicción" y "competencia", disentimos parcialmente con el nombrado tratadista Firmo Da Silva, en cuanto a la adjudicación discriminada de funciones atribuyéndole el ejercicio exclusivo de la "jurisdicción voluntaria", en cuanto no admitimos esta última como un desprendimiento parcial de la genérica y específica "jurisdicción".

Nuestro Códigos no hacen tal distinción; sin embargo y retomando las referidas definiciones antes transcriptas - unas pocas - si se admite que para ello también el juez como "autenticador" realiza actos administrativos, puede también interpretarse que tales funciones - y ésta es nuestra concordancia - que no por vía de procedimiento (privativa del juez) sino por la de proceso, pueden ser realizadas por funcionarios con delegación estatal autenticante con más la facultad de dar "fe pública", como lo son precisamente los escribanos o notarios, que pueden y deben ejercer dichas funciones administrativas.

Su actuación en esta particular y autónoma rama del derecho es ejercida en virtud de leyes que regulan su aplicación y ejercicio inter volentes, ya que la misma no necesita recurrir a la imperatividad coercitiva de la sentencia.

Seguimos en el tratamiento de Firmo da Silva, como reconociéndole una teoría valiente de avanzada a través de sus aspiraciones, cuando afirma en forma concluyente que los referidos actos administrativos están inmersos en la rama o "campo" como él la denomina de la "competencia" que se transforma así en lo que considera la verdadera jurisdicción voluntaria.

Nosotros, sin desconocer el valor jurídico y analítico del autor que comentamos, según lo establecimos anteriormente, no admitimos una verdadera escisión entre "jurisdicción" (en sus distintas interpretaciones), incluyendo por supuesto su aspecto diferencial en su aplicación de lo "administrativo", con su complementario modo de aplicación que es la "competencia". Les asignamos a cada término su valor conceptual a la luz de nuestro derecho positivo.

Así, reiteramos, el término "jurisdicción" sería para nuestro concepto el género y sus distintas gradaciones la "especie".

De ahí que para llegar a esta comprensión no es necesario recurrir al análisis integrante de "todos los actos" que la conforman y que sin tener que ser ellos forzosamente controvertidos, para elucidarlos, como pasos

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

previos al dictado de la "sentencia", son imprescindibles como elementos de "valoración" (prueba) que el juez deba realizar en función precisamente definitoria, de "decisión". Todos esos actos que conforman "la jurisdicción" que ejerce, cualesquiera sean su naturaleza o las distintas etapas y sus características propias, pueden transformarse a través del procedimiento entre partes, que comenzaron siendo inter volentes y concluyeron luego como inter nolentes.

También admitimos que tal situación no se produzca, y que la voluntad de las partes no sufra alteración alguna durante el juicio voluntario; ello no implica despojar al juez de su jurisdicción, pues la misma voluntad deberá ser declarada y así reconocida por el magistrado.

Nos inclinamos, por la vía de la delegación de funciones administrativas que no resuelven contiendas litigiosas, en que si la declaración del juez es autenticante, pueda transferirla - como en la realidad lo hace en el secretario o actuario - a los notarios, repetimos, funcionarios idóneos, legalmente capacitados para la dación de fe, pero sobre la base del proceso y su funcionalidad notarial.

El varius jus dicere de los autores en cuanto a la indefinibilidad para la configuración de la jurisdicción voluntaria oponiéndola a la contenciosa, deriva de la inseguridad de poder precisarla a la luz de las diferentes interpretaciones del género: jurisdicción; y de la especie: contenciosa y voluntaria.

La necesidad de deslindar procesalmente una de otra, deriva del quehacer jurídico en base a la tecnificación, que también como ciencia moderna comprende y abarca el derecho, susceptible éste de subdivisiones o ramas en su normatividad específica, cuanto en las de su aplicación o procedimiento para cada una de ellas, desde que la universalidad del conocimiento es prácticamente inasible tanto para el legislador como para el juzgador y de decir o aplicar el derecho propiamente dicho.

No haremos, conforme a lo prometido, historia de la materia de nuestro estudio, remontable a los tiempos de los procónsules romanos con el análisis del Digesto y las particularidades del mismo atribuidas a Elio Marciano, en cuanto al alcance de la institución que nos ocupa.

Mercader, en su obra citada, al referirse al tratamiento del tema, y luego de relevantes estudios sobre él, dice: "Para mí, éstas y demás disputas pueden ser liquidadas si se comienza por admitir que la jurisdicción antes que contenciosa, voluntaria, judicial, administrativa y también legislativa o graciosa, honoraria, etc., ES JURISDICCIÓN. O lo que es lo mismo, que su naturaleza no cambia en razón del órgano o del modo en que se la ejercite".

Cita en la misma página a Alfredo Rocco para precisar el concepto jurisdicción con prescindencia del órgano o modo en que ella se ejerza, y así concluye con Lieber, que el Estado se constituye para realizar lo que el hombre no puede hacer, no debe hacer o lo que no quiere hacer, de tal manera que la existencia del Estado trasciende por medio de la actividad jurisdiccional.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

El mismo autor al analizar las conclusiones de tres grandes procesalistas: Carnelutti, Goldschmidt y Calamandrei, resume: que el primero, sin considerar superadas las dificultades demarcatorias, coloca a la jurisdicción voluntaria entre los limbos del proceso sin litigio y de la jurisdicción administrativa, la cual, no obstante, necesita la indispensable tutela judicial.

A Carnelutti lo ubica, junto con otros procesalistas de nota, Caravantes, Fazzalari y Manresa, en el punto de partida para reconocer el principius divisionis de la jurisdicción voluntaria o contenciosa, ateniéndose a la multacentenaria oposición entre los actos judiciales inter volentes o inter nolentes.

De Goldschmidt concluye que, para éste, la oposición real existente entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción competente, sin perjuicio del derecho positivo que las desvirtúen, podría expresarse como la represión o justicia compensativa y la prevención o justicia preventiva (policía jurídica).

Y por último, Calamandrei entendió: "En substancia, pues, la contraposición entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa tienen este significado: que sólo la jurisdicción llamada contenciosa es jurisdicción, mientras que la llamada voluntaria no es jurisdicción, sino administración ejercida por los órganos judiciales".

## **CAPÍTULO VII PROCESO Y FUNCIÓN NOTARIAL**

### Competencia del notario

A raíz del pretendido carácter "preventivo" de la jurisdicción voluntaria, frente al "represivo" de la contenciosa, se ha admitido una suerte de controversia doctrinal acerca de prevenir o reprimir la "lesión" del derecho.

Va de suyo que en cuanto a lo notarial se refiere, no previene en el "campo" de la jurisdicción voluntaria, declara y afirma conceptos y derechos ya consagrados por la ley, la que adecua por medio de su "función específica", reglando los acuerdos voluntarios de las partes que así lo requieran y que constituyen el jus postulandi.

Debe, pues, hablarse de FUNCIÓN, y mediante ésta de PROCESO, para que aquélla se justifique y pueda ser considerada como declarativa y a la vez constitutiva del derecho en la rama autónoma de su aplicación. Recordando a Couture, las decisiones que se dictan en "la llamada jurisdicción voluntaria, son siempre de mera declaración".

Para quienes encuentran en la actividad notarial el signo específico de la jurisdicción voluntaria en la actitud de preferir decisiones, la incluyen en la aplicación de un atributo que como hemos visto no es jurisdicción, por faltarle sus elementos configurantes, entre ellos, el imperium. Si lo admiten, es por su estrecha relación con los actos administrativos, no ajenos, pero sí incluidos en el proceso jurisdiccional y que como normas

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

positivas (así reconocidas en el derecho formal) no conocen ni son susceptibles de una categoría o atributo unitario sino de diferentes tipos en una demarcada etapa del proceso, y que por lo tanto no escapan del contralor o tutela judicial, que las aprecia luego de una valoración por parte de la ley que las impone y del juez que las aplica por medio del procedimiento usual y distintivo para cada caso.

Puede admitirse que tales funciones, por semejanza, asimilen aparentemente las judiciales y las notariales cuando ellas adquieren caracteres propios de las consideradas "extrajudiciales", que sin intervención directa del juez en el proceso, no lo alejan de su conocimiento, tanto que debe recurrir a ellas para decidir, ya sea profiriendo una declaración en lo alitigioso, o una sentencia en lo litigioso.

El notario debe y puede incluirse en el proceso, sustituyendo al actuario o secretario por delegación estatal mediante la ley que así lo declare; o por delegación judicial, cuando, como veremos más adelante, razones la economía procesal así lo aconsejen y este último, si no en forma normativa, de manera reglamentaria.

Ello se deriva de su competencia como funcionario público y de fedatario con el poder que el Estado le confiere de dar fe pública en los actos que fundamentalmente configuran su función: actas extraprotocolares o protocolares para declarar o reservar derechos y de contratos configurantes de instrumentos públicos. Reputo oficioso aquí el análisis de una y otra especie, que si bien hacen a la explicación por el notario de la importancia y su necesaria realización funcional, están ya consagradas por las leyes, decretos y reglamentaciones que regulan su ejercicio. No insistiremos en ello, pero sí en aquello que no se halla aún incluido dentro de su quehacer específico, pero que debe ser incorporado a él en virtud de su **FUNCIÓN Y COMPETENCIA DENTRO DEL PROCESO**.

Esta pretensión ha dado lugar a una interpretación controvertida de "tipo profesional" entre abogados y escribanos sobre una base fundamental del retaceo de funciones o atributos laborales. Se invocó por parte de los primeros, en nuestro medio, la condición equiparable a la de los "jueces" en virtud del art. 58 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, concepto equivocado, pues el mismo sólo se refiere a la dignidad del trato como profesional de derecho y no a la judicatura en sí; y en los segundos, la pretensión de una "magistratura voluntaria o pacífica", que no la necesita, pues la jerarquía de su función ya le ha sido dada por el derecho positivo y por las leyes especiales que regulan el ejercicio de sus elevadas funciones; tanto es así, que éstas últimas requieren actualmente la formación jurídica completa del profesional requiriéndole primero el título de abogado, y luego la especialización notarial.

La contienda no se justifica ni en el orden personal y menos aún en el institucional, siendo este último el que debe prevalecer por el postulado de que la justicia se expresa por medio del derecho y éste es privativo y del interés del Estado en su función social.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**CAPÍTULO VIII CONCLUSIONES**

Hemos visto rápidamente y en forma objetiva y personal, a la luz de las premisas fundamentales del derecho en lo que hace su aplicación en procura de su destino: la justicia; y según esa objetividad, qué entendemos por jurisdicción, qué por competencia y qué por proceso y por procedimiento.

El tema del III Congreso Notarial Brasileiro es concreto: "El notario en el campo de la jurisdicción voluntaria"; el ámbito de su aplicación en el quehacer notarial a través de normas de carácter general a dictarse en tal sentido sobre la base de su función.

Nosotros respondemos amparándonos en la discriminación temática vertida en los capítulos anteriores y para ello hacemos previamente dos preguntas: ¿Es necesario para tales logros buscarlo por la aplicación del cuestionado e incierto camino de la jurisdicción voluntaria? ¿No será más jurídico y real hacerlo por la vía del proceso y la función, que impuesta por las leyes o delegada por el poder estatal y/o los funcionarios encargados de aplicarlas la reputen conveniente o beneficiosa?

Creemos que la respuesta es única; no es necesario insistir en la inapropiada denominación de jurisdicción voluntaria y sí acercarse a la realidad incuestionable de la valoración de la función sobre la base del proceso conveniente, diríamos, como cuando, por ejemplo, el juez delega por imperio de la ley (art. 585 del citado Código Procesal) en un acto controvertido como lo es una ejecución judicial, la facultad de otorgar la escritura directamente sin intervención del ejecutado y por el notario, protocolizando las actuaciones que pasaron ante él.

Esto configura la intervención estatal que ejerce su jurisdicción a través del juez competente, que delega su competencia en el notario que concreta y determina su aptitud funcional en el proceso.

La insistencia en el uso de la denominación de "jurisdicción voluntaria" para comprender actividades incorporadas o incorporables al quehacer notarial, seguirá produciendo las discrepancias entre profesionales del derecho para reivindicar pretensiones jurisdiccionales atribuidas como "propias".

Ya establecida la diferencia procesal de las distintas etapas y sus tratamientos judiciales y extrajudiciales, atendiendo a la naturaleza de las mismas, entendemos que la denominación en sí resta importancia a la materia de aplicación específica interventora como labor determinante de la autenticación y de la fe públicas y sí para concluir con ella, que adherimos a Carnelutti, cuando propone para las actividades características adjudicadas a la "jurisdicción voluntaria", la de "PROCESO VOLUNTARIO" y nos adherimos firmemente a esta denominación que concuerda con la tesis española de la *juris aditio* o *insadición*, como *propias*, repetimos, del ejercicio de una potestad

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

legitimadora como adición complementaria del derecho aplicado en su esencia privada.

Esta postura que adoptamos condice con la especialización de la actividad notarial, es más, le es propia, no invade ni produce insatisfacciones profesionales por interpretadas usurpaciones jerárquicas y configura la pacificación del derecho, característica ésta del quehacer notarial.

Como puede deducirse de este ensayo, la división y subdivisiones que admite el controvertido término "jurisdicción" es o debe ser preocupación de los procesalistas, ajenos a nuestra interpretación del PROCEDIMIENTO EN EL PROCESO, que considerando de entre aquellas subdivisiones la adjudicación de actos administrativos les son aplicables la designación de la voluntariedad en el proceso y no en la jurisdicción.

Los actos de tipo administrativo que caerían o se ubicarían dentro de la esfera del "proceso voluntario", y que podrían integrar luego como lo hemos demostrado, "el contencioso", son innumerables y constituyen todos aquellos en que el juzgador puede ser sustituido por el notario en su ejercicio, reemplazando la figura del actuario o secretario que actualmente las realiza y que participan activamente en el proceso jurídico.

Procedimientos preventivos (conciliaciones) por la vía cautelar; preparatorios para las decisiones y sentencias judiciales (administrativos propiamente dichos); designaciones de peritos, árbitros; notificaciones, certificaciones de términos, habilitaciones de comparecencias en juicios, identificaciones de partes en los mismos, sus respectivas representaciones; cumplimiento de medidas registrales (éstas por las vías del tracto abreviado o sucesivo y en materia mobiliaria e inmobiliaria); deslindes, mensuras y la correspondiente publicidad jurídica previa; comprobación por actas (típico quehacer notarial) con la autenticidad que da la función con su poder fedante.

Larga sería la nómina de todos los actos configurantes del quehacer notarial, que superando las discrepancias de la "jurisdicción voluntaria" podrían adjudicarse al "PROCESO VOLUNTARIO".

Este último no confiere calidad de "magistrado" al notario, calificación ésta irritativa entre los procesalistas, ya que configura una potestad que incursiona en la jurisdicción propiamente dicha, y que como hemos establecido no es propia del notario sino del juez en cualquiera de sus expresiones y si es o son de competencia del notario todos los actos que fuera de aquélla la integran, no siendo para ello la inclusión de su "naturaleza profesional" en la de la magistratura necesariamente, para precisar con caracteres propios y tradicionales a través de la evolución histórica del derecho, de su calificada y delimitada funcionalidad específica de la que tanto se ha dicho y tratado.

Este es nuestro sentir, nuestro pensamiento derivado de un criterio analítico funcional y que hemos expuesto a través de numerosos trabajos, y de entre ellos para citar solamente uno, el que contiene el



**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

análisis de uno de los primeros aspectos tipificantes de la profesión notarial, intitulado Responsabilidad notarial por asesoramiento, edición del autor, impreso por Talleres Gráficos Fanetti, año 1972, y de ella transcribimos (págs. 26 y sigs.) que "el concepto generalizado y diferencial entre el abogado y el escribano, estriba en que a aquél se le atribuye el deber de defender; mientras que a éste, lo es el de precaver o cautelar". "Se trate de que el escribano sea un funcionario público o un profesional liberal, en ambos supuestos será siempre un «profesional del derecho», y como tal se le reconocerá, como así lo hacen las leyes y las costumbres".

**NUESTRA PONENCIA**

Obtener por la vía de los poderes del Estado, las normas y reglamentaciones adecuadas para la determinación específica y complementaria de la función notarial, incluyéndola en el "PROCESO VOLUNTARIO", como reglas de "técnica operativa" acordes con el avance moderno de la tecnología impuestas por el quehacer funcional atribuibles a cada una de las expresiones incursas en el jus postulandi.

De su competencia deberán extraerse las referidas normas aplicables, según las que al respecto imperen conforme a su constitución política, en los distintos países que integran este Congreso, con la aspiración común de una mejor interpretación de la jerarquía e importancia del específico quehacer notarial en la rama de su especialización, conforme a la aplicación del derecho pacífico alitigioso o extralitigioso.

El plan de acción será pues el que realice cada país unitariamente para establecer luego sobre la base de coincidencias generales una clasificación determinante que vincule los actos propios de la función en nuestro preanunciado "PROCESO VOLUNTARIO".