

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LA FUNCIÓN NOTARIAL Y LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA(*) (1344)

JORGE A. BOLLINI

SUMARIO

A. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria. B. Analogía y diferencia entre la actividad judicial y la notarial. C. Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria. D. Materias propias de la jurisdicción voluntaria.

A. JURISDICCIÓN CONTENCIOSA Y JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Ha sido muy discutida la cuestión de si la jurisdicción voluntaria envuelve en realidad actividad de carácter jurisdiccional o si, por el contrario, por no tener esa naturaleza, las materias por ellas comprendidas deberían encargarse específicamente a órganos administrativos, o a los notarios, para integrar la función que éstos desempeñan en la legitimación de relaciones jurídicas.

La doctrina de los Congresos Internacionales nos encamina hacia una nueva concepción de la función notarial y de su adecuación a los vertiginosos cambios del mundo presente.

El escribano, al decir de Bardallo(1)(1345), "se subordina al principio de la 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".

El acto o negocio adquiere, en la forma jurídica notarial (contexto o texto y documento), realidad material, existencia física, deviene ente y pasa a integrar el mundo de lo real de las cosas con que podemos contar.

Con esta visión de la función notarial es fácil comprobar sus posibles aplicaciones a otros campos de actividad en los que pueda prestar utilidad. Como escribanos, dice el autor antes citado, podemos colaborar muy eficazmente en la solución de muchos problemas de procedimiento; podemos integrar a la competencia notarial procedimientos que están en la órbita judicial, sólo por razones históricas.

El escribano y el juez son imparciales y objetivos en sus actos en los que intervienen como funcionarios; se orientan por la verdad y la realidad sin subjetivismos. El testimonio fehaciente del escribano imprime autenticidad a las formas notariales, asegura veracidad.

Ha sido una aspiración del notariado argentino que los actos considerados como propios de la jurisdicción voluntaria sean traspasados a la actuación notarial, pero dentro de un criterio medido y prudente que no invada ni la competencia de los jueces y tribunales, ni la de los actos escuetamente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

administrativos, ni la de otros profesionales del derecho.

Evolución histórica

La jurisdicción voluntaria es más reciente que la contenciosa. La necesidad de reparar una violación del derecho por un pronunciamiento judicial apareció antes que el anhelo de prevenir por publicidad oficial de un acto jurídico, una futura violación del derecho o la confusión de una situación jurídica. También para las disposiciones administrativas de carácter jurídico constitutivo, tal en asuntos de tutela o sucesorios, se consideraba por de pronto como más indicada la actividad de la autoridad administrativa que un procedimiento judicial. La evolución de formas especiales de procedimientos no contenciosos comenzó en el campo de la actividad tutelar y de la atestación documental y se extendió sobre todo a los asuntos sucesorios y registrales.

Entre los siglos XI y XII, dice Font Boix(2)(1346), se marca el momento fundacional del notariado con la adquisición de la fe pública.

La función autenticadora de negocios había pasado por distintas manos antes de llegar al notario, quien cumplía distintas funciones públicas o privadas, pero desprovistas de fe pública.

Con todo acierto, Núñez - Lagos(3)(1347) 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 medieval, etcétera.

Entre el notario de la edad romana y el notario medieval, 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. 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. Esos notarios, de funcionarios estatales, pasaron a formar luego parte de la casa del emperador.

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 cuerpo especial de funcionarios, los tabeliones, organizados en corporación. La legislación justiniana reguló de modo definitivo el oficio del tabellio, pero no le concede fe pública.

Después de la invasión y establecimiento de los longobardos en el territorio italiano, la propiedad inmobiliaria sufrió una permanente transformación, y así llegamos al siglo VII, donde se activa el movimiento inmobiliario, de lo que derivó una continua necesidad de documentación, actuando los notarios eclesiásticos y otras categorías, 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 y se llegó, incluso, a estimar al notario como el primer eslabón de una carrera cuyo peldaño inmediato, era el juez.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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 difusión adquiere la fe pública; consigue que los documentos notariales, para ser válidos y producir la eficacia de *actio iudicati*, no tengan necesidad de la presencia del juez.

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

El rasgo fundamental del proceso civil romano, dice Von Mayr(4)(1348), es la peculiar división en procedimiento *in iure*, ante el magistrado, o *in iudicio* ante el *iudex*.

Toda contienda debía tramitarse desdoblándose necesariamente en procedimiento *in iure* e *in iudicio* (*iurisdictio contentiosa*), a menos que se tratase simplemente de celebrar negocios amistosos (*iurisdictio voluntaria*).

El procedimiento *in iure* concluía con la *litis contestatio*, entonces el magistrado remitía el proceso al juez con la fórmula.

La primera etapa de simplificación - dice Núñez - Lagos - (5)(1349) fue suprimir la fórmula de sentencia, bastando 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 la eficacia de la *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 actuación ante aquél, y que el documento que redacta, con la *pseudo confessio* de las partes, adquiera, 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 cláusula *guarentigia* solía redactarse de esta manera: "Dan poder a los señores jueces y tribunales de S.M. para que al cumplimiento de lo pactado en esta escritura les compelan y apremien por todo rigor de derecho y vía ejecutiva, como por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada consentida, y no apelada, pues por tal la reciben".

La *in iure cessio*, las interrogaciones y la *confessio in iure*, en Roma, la *auflassung*, en Germania; la *reorganizance*, 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.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El tráfico dinerario de las ciudades italianas, dice Núñez - Lagos(6)(1350), 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 Odafredo, Baldus, Benedictus de Barzis, Alejandro Tartacnus, Jasson de Mayno, y, después, estableciendo, como dice Bliegleb, que todo notario legalmente nombrado debía ser considerado inmediatamente también como iudex ordinarius, desde luego, únicamente en cuanto a los actos de jurisdicción voluntaria y otros parecidos, a los que se caracterizó con el término iudex cartularius o notario, de los que son una manifestación, no ciertamente la única, los instrumentos guarentigia.

Una de las fórmulas más antiguas del praeceptum notarii 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 1396 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. Es posible la existencia de fuentes legislativas más antiguas.

Según el derecho antiguo, los instrumentos, por públicos y autorizados que fuesen, no traían aparejada ejecución, excepto en algunos casos especiales; mas luego se les reconoció fuerza ejecutiva, aunque carecieran de la cláusula guarentigia.

A través de su evolución histórica, la escritura pública notarial ha logrado, en cuanto a la relación jurídica de fondo, tener la misma eficacia constitutiva que la stipulatio romana, e igual valor firme y ejecutivo que una sentencia; como la sentencia, producía la actio iudicati.

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

"Elevado el notario a la calidad de fedatario, dice Font Boix(7)(1351), se le atribuyó, por separación de la jurisdicción, aquella tarea formalizadora de negocios que hasta dicho momento se venía realizando a través de juicios. El notario encontró, así, lo que en el transcurso 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 en que el magistrado actuó en virtud de su imperium, y que en la época posclásica, por deformación del concepto, terminaron designándose como actos de jurisdicción voluntaria."

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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 antes era 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, si no todo, lo que hoy se estima de jurisdicción voluntaria extrajudicial, se incorpore al quehacer notarial.

Sintetizando, todos estos antecedentes dan la razón a Couture(8)(1352), 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 aunque vuelvan a su fuente de origen, como se ha propuesto".

Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria

Tanto los ordenamientos procesales como la doctrina de los autores admiten desde antiguo dos clases de jurisdicción. La contenciosa, donde la función del órgano Judicial consiste en dirimir un conflicto o litigio que se suscita entre las partes; y la voluntaria, en la que dicha función se limita a integrar, constituir o acordar eficacia a determinadas relaciones jurídicas privadas.

Ya en la antigüedad, y nos referimos al derecho romano, se denominaba Jurisdicción voluntaria a aquellos casos en los que el magistrado decidía las cuestiones que las partes de común acuerdo, voluntariamente, le sometían, tales como la manumisión, la adopción, la emancipación, la in jure cessio, la missio in possessionem bonorum, la designación de tutores o curadores, etcétera.

Autores clásicos como Caravantes(9)(1353) diferencian la jurisdicción contenciosa de la voluntaria, en que la primera se ejerce inter nolentes, esto es, entre personas que tienen que acudir al juicio contra su voluntad y por no hallarse de acuerdo en cuanto a sus pretensiones; en cambio, la segunda se ejerce inter volentes, es decir, entre personas que están de acuerdo en cuanto al acto que se ejecuta o a solicitud de una persona a quien importa la práctica de un acto en cuya contradicción no aparece interés de terceros.

Analizando el proceso italiano medieval, se designaba con la denominación romana de jurisdicción voluntaria a aquellos actos que los órganos Jurisdiccionales realizaban frente a un solo interesado o por acuerdo de más interesados (inter volentes). Se incluían entre tales actos aquellos que, con el transcurso del tiempo, pasaron de la competencia de los jueces a la de los notarios, a quienes se denominaba iudices chartularii por expedir instrumentos con la cláusula de garantía.

El hecho saliente de los procesos voluntarios reside - dice Palacios en el hecho de que su iniciación no responde, como acontece en los procesos contenciosos, a la finalidad de obtener una decisión que declare la existencia de algún efecto o consecuencia jurídica en contra o frente a una persona distinta de quien reclama el ejercicio de la función Judicial, sino a la necesidad de lograr un pronunciamiento al cual la ley condiciona el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nacimiento o la eficacia de una determinada relación jurídica(9 bis)(1354).

Lazcano(10)(1355) observa: "En la jurisdicción contenciosa se requiere la intervención de dos partes, una a favor de la cual se debe hacer el pronunciamiento y otra frente o contra la cual se dicta, porque todo conflicto supone dos intereses diversos, pertenecientes a dos sujetos distintos. En la jurisdicción voluntaria, en cambio, no interviene sino una sola parte, porque la relación procesal tiene lugar en interés único del recurrente".

Para Redenti(11)(1356), los actos de jurisdicción voluntaria tienden exclusivamente a la "preservación de la litis", pero en ningún caso, como afirma Guasp(12)(1357), a satisfacer coactivamente una pretensión procesal mediante la resolución de conflictos.

La más calificada doctrina jurídica sostiene que, pese a la tradicional designación mediante la que se los reconoce, los actos de jurisdicción voluntaria no trasuntan el ejercicio de actividad jurisdiccional en sentido estricto. Por el contrario, la doctrina es casi unánime en admitir que las decisiones mediante las cuales culminan los procesos voluntarios constituyen actos administrativos, en cuya virtud, como sostiene Palacios(13)(1358), "el Estado, a través de los jueces y tribunales de justicia, colabora en la constitución, desarrollo e integración de relaciones jurídicas privadas".

Por ello, Calamandrei(14)(1359) ha podido definir a la denominada jurisdicción voluntaria como la "administración pública del derecho privado, ejercida por órganos judiciales". Coincidentemente con lo expuesto, se expiden, entre otros: Redenti(15)(1360), Guasp(16)(1361), De la Plaza(17)(1362), Gómez Orbaneja(18)(1363), Couture(19)(1364) y Lazcano(20)(1365).

La circunstancia de que sean los jueces quienes comúnmente intervengan en los asuntos de jurisdicción voluntaria, entre otras razones, obedece a la índole estrictamente jurídica que presentan, al hecho fácil de derivar en una contienda entre partes y a la conveniencia de que ciertos actos celebrados por particulares, por la trascendencia de los efectos que están llamados a producir, sean objeto de una previa y segura comprobación y fiscalización.

"Con respecto a lo expuesto, expresa Lazcano(21)(1366), son circunstancias especiales, razones de orden circunstancial las que pueden determinar la competencia judicial en tales situaciones y no otras que hagan a la esencia de la función jurisdiccional misma".

Para Guasp(21 bis)(1367) la asignación de la llamada jurisdicción voluntaria a órganos judiciales no reside en ninguna razón de principio, sino que viene dada por justificantes de oportunidad, variable como tales, en el tiempo y en el espacio. También conviene destacar la trascendencia del apego de la legislación a razones meramente tradicionales.

No obstante ello, y así como lo hemos manifestado al comienzo de este estudio, así como los órganos jurisdiccionales sólo pueden intervenir en los asuntos llamados de jurisdicción voluntaria, cuando la ley así lo dispone, no existe razón legal para que aquéllos no sean distraídos del conocimiento de dichos órganos y transferidos a la competencia de organismos administrativos o notariales. Este paso de transferir funciones no afecta

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ninguna norma constitucional.

La jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Nación tiene reiteradamente decidido, fundamentado en los artículos 18 y 95 de la Constitución Nacional, que la intervención de un órgano judicial resulta ineludible cuando se trata de conflictos o contiendas suscitadas entre particulares o entre particulares y el Estado, referentes a derechos subjetivos privados de los primeros, o bien si se encuentra en tela de juicio la aplicación de sanciones de naturaleza penal(22)(1368).

Analizando los fallos, vemos que el alto Tribunal de Justicia ha delimitado con precisión el ámbito de la jurisdicción judicial, con exclusión de aquellos otros asuntos que son propios de la jurisdicción voluntaria.

Los autores se plantean la pregunta de saber a que órganos o funcionarios habría que traspasar los actos de jurisdicción voluntaria y si ese paso debe abocar el todo o parte de esos actos.

Con respecto a los órganos o funcionarios, la doctrina se orienta a encaminar la reforma a los sectores del notariado, por las razones, dice Guasp(23)(1369), de que la idoneidad de estos funcionarios garantiza un adecuado control sobre la corrección formal y material de las respectivas actuaciones.

En cuanto al segundo aspecto, debe considerarse - dice Palacios - (24)(1370) la eventual necesidad de ejercer potestades inherentes a la función jurisdiccional propiamente dicha (adopción de medidas cautelares y ejecutivas), y la mayor o menor posibilidad de que los asuntos encuadrados dentro de la denominada jurisdicción voluntaria desencadenen conflictos o controversias entre partes. Por las razones expuestas, no es aconsejable traspasar a la actividad notarial la totalidad de los asuntos de jurisdicción voluntaria que son del resorte de los órganos jurisdiccionales en nuestro derecho. Como ocurre en el caso del título I del libro VII del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que engloba bajo la denominación de procesos voluntarios la autorización para contraer matrimonios; tutela y curatela, copia y renovación de títulos; autorización para comparecer en juicio y ejercer actos jurídicos; examen de los libros por el socio; reconocimiento, adquisición y venta de mercaderías, pues en ellos predomina la función consistente en el juzgamiento de hechos, en los que puede no existir conformidad entre los intervinientes. "Todas aquellas circunstancias, dice Palacios(25)(1371), que impliquen la existencia potencial o efectiva de cuestiones litigiosas o requiere el ejercicio de potestades coercitivas debe quedar reservada a la competencia de los jueces y tribunales de justicia."

Consideramos que casos muy diferentes, como lo son los actos de comprobación o verificación, en los que prevalece la función autenticante, deben trasplantarse del ámbito judicial al notarial.

Decía el doctor Couture(26)(1372). al referirse a las sucesiones extrajudiciales: "La solución que consiste en la posibilidad de tramitar la sucesión no litigiosa ante un escribano, limitando la actividad del juez a la homologación de lo actuado ante él constituiría un sensible descongestionamiento de esta fatigosa e inútil actividad, permitiendo la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aplicación de las horas ahorradas a la actividad propiamente conexas con la justicia."

Es coincidente con las ideas expuestas el informe elevado al Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de esta Capital(27)(1373) por los escribanos Luis Prato y el autor, quienes expresaron: "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. La práctica judicial ha demostrado que ha de beneficiar a la administración de justicia una poda en las misiones demasiado recargadas y, muchas veces, relativas a materias no contenciosas, que se imponen sin necesidad a los jueces".

Díaz(28)(1374), luego de destacar la necesidad de que el juez no distraiga su atención de los asuntos contenciosos, se pregunta: "¿Qué inconveniente, pues, podría existir, en atribuir a la propia administración la actividad registral?, ¿O en derivar la parte informativa fiscal y registral del proceso sucesorio a la actividad notarial?".

Una reforma procesal en que la actividad de los órganos judiciales quedara limitada a los casos de contiendas entre partes, o entre éstas y terceros o reparticiones públicas, al diligenciamiento de medidas cautelares o ejecutivas y de aquellos actos que por su trascendencia están confiados a la autoridad judicial, por ejemplo, la declaratoria de herederos y la aprobación del testamento, esa reforma procesal así encarada permitiría descongestionar la tarea de los jueces y tribunales y permitiría la actuación del notariado en el proceso sucesorio extrajudicial.

Tomando como antecedente los lineamientos del proyecto de Couture(29)(1375), el proceso sucesorio extrajudicial ha sido reglamentado en Guatemala, en su Código Procesal y Civil del año 1964, artículos 488 a 502, y por decreto N° 54, del año 1977, se amplió la función del notario a fin de que pueda llevar a cabo aquellos actos en que no hay contención, tales como la presentación de declaración de ausencia, disposición y gravamen de bienes de menores incapaces y ausentes; el reconocimiento de preñez o parto omisión y rectificación de partidas y actas del Registro Civil; constitución de patrimonio familiar y la adopción.

Y, en México, con respecto a la sucesión testamentaria, por el Código de Procedimiento Civil del Estado de Veracruz, artículo 674. Lo expuesto es en el ámbito americano.

En la legislación europea el Código de Procedimiento Civil francés, cuyos artículos 976 y 977 concuerdan con el artículo 828 del Código Civil, autorizan a los jueces a remitir el proceso sucesorio a un notario a fin de que practique la partición.

En cuanto al derecho alemán, también existe una ley sobre jurisdicción voluntaria, que es un verdadero código y donde se legislan las materias que le son propias. Ultimamente, una comisión de juristas, designada para la preparación de las reformas a la jurisdicción civil, en la consideración del problema de si la competencia de la jurisdicción voluntaria debía ser transferida a funcionarios administrativos, ha llegado a la conclusión de que, desde el punto de vista de la uniformidad federal, debe permanecer la competencia de los tribunales para la resolución de las cuestiones de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jurisdicción voluntaria y respectivamente de los escribanos en la actividad vinculada a la atestación documental.

Es copiosa la legislación notarial argentina en su aporte al proceso sucesorio extrajudicial. Conviene citar los trabajos presentados al VIII Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en México en 1965, por Jorge A. Bollini(30)(1376), Raúl García Coni(31)(1377), Nicolás A. Gattari(32)(1378), Eduardo Bautista Pondé(33)(1379), Oscar Eduardo Sarubo(34)(1380), Domingo C. B. Silva Montyn(35)(1381).

También debemos hacer referencia a los trabajos presentados a la X Jornada Notarial Argentina celebrada en San Salvador de Jujuy, en 1964, donde presentaron trabajos sobre el tema Jorge Aníbal Forastieri(36)(1382), Eduardo Bautista Pondé, Oscar Eduardo Sarubo y Rubén Eduardo Gallard (37)(1383) .

En el ámbito procesal argentino se han adherido a la solución que busca el notariado, Díaz(38)(1384) y Reimundín(39)(1385), y en el americano podemos citar a Niceto Alcalá Zamora Castillo(40)(1386), Eduardo J. Couture(41)(1387) y Mario Aguirre Godoy(42)(1388).

Nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, así como los ordenamientos procesales que a él se han adaptado, legislan sobre la sucesión extrajudicial (art. 698) (según ley 22434) al disponer que, aprobado el testamento o dictada la declaratoria de herederos, en su caso, si todos los herederos fueren capaces y, a juicio del Juez, no mediare disconformidad fundada en razones atendibles, los ulteriores trámites del procedimiento sucesorio continuarán extrajudicialmente a cargo del o de los profesionales intervinientes. "Cuando se produzcan desinteligencias entre los herederos o entre estos y los organismos administrativos intervendrá el órgano judicial.

Una norma similar está contenida en el artículo 726 del mismo Código Procesal, y es cuando, en el capítulo VI, se refiere a la partición y adjudicación: "Art. 726. Partición privada (según la ley 22434): Una vez aprobadas las operaciones de inventario y avalúo, si todos los herederos capaces estuviesen de acuerdo, podrán formular la partición y presentarla al juez para su aprobación. Podrán igualmente solicitar que se inscriban la declaratoria de herederos o el testamento [...]".

Con referencia a la norma legal, considera Palacios(43)(1389) que se ha dado un importante paso. Por un lado, la primera etapa del proceso requiere en su integridad la intervención del juez, y, por otro lado, la posibilidad del trámite extrajudicial se halla supeditada a la inexistencia de herederos incapaces. Al estructurarse un proceso sucesorio extrajudicial, de carácter optativo para los interesados, cuyo trámite se confiere a un escribano público de registro, esas limitaciones desaparecerían, fundamentándose en la indiscutible necesidad de descongestionar en ponderable medida la función de los jueces y tribunales, sustrayéndoles el cumplimiento de menesteres de simple orden administrativos, lo que le ha de permitir una mayor dedicación a su función específica, es decir los asuntos contenciosos, y, además, al imponer al escribano la obligación de protocolizar el expediente sucesorio se ganaría en seguridad frente a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pérdida y extravío de las actuaciones.

La reforma debe ir encaminada, también, al cumplimiento por parte del notario, de numerosos actos de constatación, destinados a acreditar la existencia de hechos que han producido o puedan producir efectos jurídicos, constituyendo al mismo tiempo prueba para el proceso.

El autor deja aclarado que en el presente capítulo no ha incursionado sobre el concepto de la función jurisdiccional, su evolución jurídica, concepto de jurisdicción, división de la jurisdicción, denominación, por cuanto ya han sido tratados en su trabajo sobre jurisdicción voluntaria presentado al VIII Congreso Internacional del Notariado Latino y publicado en sus Anales t. II, pág. 27.

Diferencias entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria

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 el 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 de 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 magistrado.

Son necesarios, para poder diferenciar cuándo el acto es de jurisdicción voluntaria o contenciosa, los siguientes caracteres: a) los jueces no pueden hacer declaraciones abstractas, porque esa es misión del legislador; por consiguiente, sólo intervienen en los casos concretos, sometidos a estudio. Es necesario que exista un litigio; y, por ello, se dice que la jurisdicción contenciosa no se ejerce inter volentes, sino inter nolentes.

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(44)(1390).

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

La contenciosa se ejerce pronunciando un fallo con arreglo a lo que resulta de lo expuesto y aprobado 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.

Es posible también que la jurisdicción voluntaria pueda constituirse en contenciosa, pues, al desaparecer el acuerdo de partes, surge el conflicto de intereses: así, el ejemplo del heredero que en un juicio sucesorio se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

opusiera al reconocimiento de igual calidad en un pretendiente; o de un crédito a cargo de la sucesión, o no estuviera conforme con la división o adjudicación de bienes.

Otra diferencia que se propone para distinguir los actos o juicios contenciosos, de los llamados voluntarios, es la de la obligatoriedad de los primeros, y eso es equivocado. Por el contrario, las decisiones que no son contenciosas no pueden ser alteradas, sino cumplidas por las partes; mientras las de las sentencias dictadas en casos contenciosos no son obligatorias. Así, las partes, después del fallo del juez, pueden de común acuerdo no cumplirlo; solamente las relativas al estado civil son obligatorias. Tampoco puede fundarse diferencia en los llamados actos de jurisdicción voluntaria en que éstos constituyen o crean derechos, y los actos contenciosos sólo declaran derechos, pues también hay sentencias constitutivas de derechos, o sea, de derechos que antes no existían.

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 de las mismas partes litigantes, con la ausencia de aquél.

B. ANALOGÍA Y DIFERENCIAS ENTRE LAS MAGISTRATURAS JUDICIAL Y NOTARIAL

Parece exacto - dice Castan - (44 bis)(1391), prima facie, el punto de vista en que se apoya la concepción jurisdiccional del notariado. Cuando menos no cabe duda de que hay coincidencias muy acusadas entre la función propiamente judicial y la notarial, en rigurosa correspondencia con las que se dan entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria.

Las dos jurisdicciones, dice Lavandera(45)(1392), comprenden la facultad necesaria para la declaración del derecho; ya en su origen por voluntad directa de las partes; ya en el momento de ser desconocido, sufriendola y obligándola a reconocerla. En una y otra se aplica la ley al caso, con el acuerdo o sin la conformidad de los interesados, pero venciendo dificultades técnicas y prácticas. Requieren igual ciencia para el conocimiento de la ley y el mismo arte para ligar a ella la voluntad.

Tanto una como otra son funciones de justicia. El notario como el juez son órganos de ella, que persiguen por finalidad asegurar el triunfo de la misma, y, consiguientemente, de la moralidad, que, en las relaciones civiles, va inseparablemente unida a la justicia. Como bien dice Lavandera(46)(1393), el notario juzga la necesidad o conveniencia, verdad y sinceridad, legalidad y moralidad, bondad, utilidad y justicia del acto. [...] Dirige la vida jurídica, regulando la utilidad de la vida económica y el comercio de la vida social. [...] Tienen los notarios su balanza para procurar imparcialmente la igualdad de las partes, base de toda justicia. Debe destacarse el concepto de imparcialidad, que es común al juez y al notario.

La idea de asimilar el notario al magistrado y, en ciertos casos, sustituirlo, proviene de su poder de homologación, de legitimación y de imposición de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

credibilidad pública; sus actuaciones tienen presunción de prueba privilegiada y en muchos casos, exención de prueba.

Desde luego, considerarnos que la fuerza y autoridad que las distintas legislaciones puedan atribuirles dependerán de la formación, preparación y autoridad del fedatario público.

El notario debe tener la misma preparación jurídica inicial que el juez y el abogado y en la misma situación de responsabilidad y de investidura estatal que el juez, pues, en caso contrario no podrá pretender para su actividad los mismos efectos legitimadores y homologantes, que produzcan la misma fijeza de derechos y situaciones.

Fuera de las diferencias que afectan a las respectivas organizaciones y adjetivación funcional, señala Vázquez Campo(47)(1394) las siguientes:

a) por el caso o supuesto que da lugar a la intervención de uno y otro; "El notario actúa en sentido positivo. sólo cuando las normas objetivas del derecho hallan en las voluntades privadas la adhesión debida; el juez interviene o debe intervenir solamente cuando se presume o se demuestra que alguna de dichas voluntades se despegó de tales normas, ya de un modo espiritual. desconociéndolas, negándolas, ya de un modo material, vulnerándolas, perturbándolas";

b) por la forma en que intervienen: el notario interviene en forma preventiva; el juez, en forma reintegradora; es lo que corrientemente se dice que la función notarial es fisiológico - jurídica; la del juez, patológico - jurídica. Esto no quiere decir que la reintegración del derecho no haya a veces de valerse del notariado, lo mismo exactamente que la terapéutica se sirve alguna vez de medios higiénicos;

c) por los intereses que reclaman la distinta intervención: la intervención del notario es solicitada por intereses aislados o enlazados; el juez, por intereses contrapuestos. El juez debe intervenir cuando la contraposición de intereses se opone directamente por uno o más de sus titulares, o el trastorno a que da lugar la expresada contraposición se produce en términos de extrema gravedad, cuestión penal.

A todo ello hay que añadir los efectos que las diferentes intervenciones producen: la sentencia, o sea el acto jurisdiccional por excelencia, lleva en sí plenamente la autoridad de cosa juzgada. El acto notarial no produce por sí la cosa juzgada en su más propio sentido, y solo lleva consigo una prevención iuris tantum de legitimidad y autenticidad. Se suele decir, entre los tratadistas, que el proceso notarial atribuye a los actos jurídicos valor y fuerza de sentencia; pero ello no debe ser entendido en el sentido de cosa juzgada.

Núñez - Lagos(48)(1395), con su habitual claridad, trata la diferenciación entre el documento público y la cosa juzgada: "El documento público obliga a juzgar conforme a él; la cosa juzgada obliga al juez a no Juzgar el mismo asunto". El documento público da lugar a acciones o pretensiones; la cosa juzgada extingue el derecho de acción del demandante. La escritura pública tiene la promesa, por ley, de una tutela jurisdiccional específica; la cosa juzgada elimina dicha tutela en vía de acción sobre las mismas relaciones jurídicas.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La declaración legitimadora notarial está subordinada a la definitiva decisión judicial, en caso de contienda promovida por quien se crea postergado o perjudicado.

Gaetano Doná(49)(1396), partidario en definitiva de la concepción jurisdiccional del notariado, rechaza también la atribución al acto notarial de la cosa juzgada.

Como dice Lavandera(50)(1397), "Si alguna parte reclama por faltar los supuestos de la verdad legal en que se funda su normal reconocimiento por el legislador, no puede quedar satisfecha la conciencia de la sociedad con la ofensa inferida a la justicia, y se permite recurrir a los tribunales encargados de velar por las leyes e imponerlas forzosamente en caso de discordia, para revisar con juicio más amplio el proceso notarial y corregir sus elementos injustos que perturban el orden jurídico."

Esta posibilidad de revisión judicial no es, sin embargo, absoluta. La necesidad de conceder a la fe pública, en el ámbito que es propio de ella, la eficacia debida hace que no puedan ser contradichas o rectificadas las aseveraciones del instrumento público, que quedan amparadas por la fe del notario.

Estos lineamientos son, fundamentalmente, los que unidos a la confianza que se ha tenido en los jueces para llevar a cabo la función legitimadora que entrañan los actos de jurisdicción voluntaria, han determinado la supervivencia de esta llamada jurisdicción en los códigos.

C. NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Es muy dudoso que pueda atribuirse a los actos agrupados bajo la denominación de jurisdicción voluntaria el carácter de una verdadera jurisdicción, y así lo ha entendido la mayoría de la doctrina moderna.

En la práctica judicial se habla comúnmente del procedimiento de jurisdicción voluntaria para indicar un conjunto de actos de variadísima índole. Trátase de una materia incierta y discutida, en su función, en su finalidad, y, por qué no decirlo, también en su denominación. El mismo término de jurisdicción voluntaria es impropio y se remonta etimológicamente a un concepto romano, actualmente superado.

Aparece por primera vez en un pasaje de las Instituciones, de Marciano(51)(1398): "Todos los procónsules tan pronto han salido de a urbe tienen jurisdicción pero no contenciosa, sino voluntaria, de modo que ante ellos puedan ser emancipados tanto los libres como también los esclavos y se puedan hacer adopciones".

Podríamos decir que se trata de una materia cuya estructura existe y que su estudio debe sistematizarse, como acota Carnelutti(52)(1399), un proceso sin orden ni claridad.

Esta materia es particularmente importante para el notario, puesto que la individualización y concreción del derecho, como ya hemos dicho, se realiza tanto o más por la decisión jurisdiccional, por el negocio Jurídico, que en su forma instrumental autoriza y legitima el funcionario público.

Nos encontramos frente a una categoría de procedimientos especiales que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

se diferencian de los contenciosos, por el solo hecho de que no existe contradicción. Este procedimiento no tiene un campo circunscrito dentro del derecho civil, pues se extiende a todo él.

Para estudiar la naturaleza jurídica de este procedimiento debemos saber si nos encontramos en el campo de la jurisdicción o en el de la administración. Si nos remontamos al derecho romano, debemos manifestar que no se llegó en este derecho a un mayor desarrollo de la jurisdicción voluntaria. Tampoco se ignoraban disposiciones administrativas en cuestiones privadas, no contenciosas, como la designación de un tutor, la autorización de negocios jurídicos de un tutelado y el otorgamiento de la posesión a un heredero en la sucesión. Pero esas disposiciones no eran consideradas como un procedimiento judicial, sino simplemente como una manifestación del poder de la autoridad pública.

Mucho se ha discutido, en la doctrina, la atribución de la llamada Jurisdicción voluntaria a la función jurisdiccional, o a la función administrativa, o si todo o parte de esa jurisdicción, hoy de competencia del Juez, debe pasar a la competencia exclusiva del notario, y, dentro de este aspecto, si el notario ejerce el ius postulandi como profesional del derecho, o su facultad de fedatario, como funcionario público.

Es importante pasar revista, aunque sea en forma esquemática de algunas posiciones de la doctrina europea en el campo del derecho procesal y del notarial.

Posición de la doctrina en el campo del derecho procesal

Doctrina italiana. En los autores que más influencia han ejercido en el derecho procesal, predomina la idea de que los actos de Jurisdicción voluntaria pertenecen a la función administrativa y no a la jurisdiccional.

Señala Rocco(53)(1400) que "La diferencia entre jurisdicción verdadera y propia y la jurisdicción voluntaria consiste, pues, en que la primera es verdaderamente jurisdicción, en tanto que la segunda es actividad administrativa."

Chiovenda sostiene también, siguiendo la posición de Wach: "La jurisdicción voluntaria tiene siempre un fin constitutivo; los actos de jurisdicción voluntaria tienden siempre a la constitución de estados jurídicos nuevos y cooperan al desarrollo de relaciones existentes"(54)(1401) .

Redenti(55)(1402) señala que en esta materia la actividad jurisdiccional es sustancialmente homogénea con actividades administrativas y formalmente con actividades jurisdiccionales, e indica que "la preservación del derecho asume en ellas una importancia primordial y preponderante".

Aguirre Godoy(56)(1403), al referirse a este autor, dice que es uno de los pocos que habla de la jurisdicción voluntaria penal.

Calamandrei(57)(1404) concibe la jurisdicción voluntaria como función administrativa, y la define: "como la administración pública del derecho privado ejercida por órganos judiciales".

Carnelutti(58)(1405) destaca que la finalidad del proceso voluntario es la prevención de la litis. En su Sistema califica "que en algunos casos el juez interviene para satisfacción de un interés público mediante una buena

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

administración de los intereses privados."

En sus Instituciones, al referirse a la tutela de los incapaces, a la declaratoria de ausencia y a la declaratoria de quiebra del comerciante, dice: "En todos esos casos, garantizar la certeza o la justicia de las relaciones jurídicas es más bien el medio con el cual opera el proceso, y no el fin por el cual opera. Se repite aquí, en el orden a la investigación del fin del proceso voluntario, una reflexión ya hecha en el orden al proceso contencioso: que las relaciones jurídicas sean justas y ciertas no es un bien en sí, sino una condición de la paz judicial, es decir, de la eliminación del inconveniente que la falta de certeza y la injusticia del derecho implican, inconveniente que tarde o temprano termina por provocar la explosión del conflicto de intereses en la litis, y aun cuando no la determine, es algo que, para el bien de todos, debe ser evitado, en este sentido la prevención de la litis se inspira en la idea de una depuración del conflicto respecto de los gérmenes patógenos que pueden hacer que degeneren en litis, por eso, mientras el proceso contencioso tiene carácter terapéutico, el proceso voluntario se encuadra entre las medidas de higiene social".

Zanobi(59)(1406) excluye de la función jurisdiccional - por comprenderla en la administrativa - aquellos actos en los que el órgano judicial interviene simplemente para registrar o certificar hechos jurídicos de la vida privada.

Si no se procede preventivamente a una selección en el campo de estos actos, no es posible construir una teoría general. La actuación del derecho puede manifestarse con diversas formas y por vía diversa.

En la jurisdicción contenciosa, el derecho se declara frente a dos o más partes en discordia, mientras que en la voluntaria se legaliza una situación de hecho o se defiende un patrimonio.

En suma, el concepto material de la jurisdicción voluntaria, en su sentido original y real, se deja definir como un procedimiento de la Jurisdicción civil 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.

Al concepto de la esencia de la jurisdicción voluntaria corresponden sus cuatro clásicas ramas principales: el régimen tutelar y el sucesorio sirven esencialmente a la asistencia; y lo relativo al régimen de registro y documental, al aseguramiento en el sentido expuesto.

Jurisdicción es una actividad del Estado que se contrapone a aquella administrativa y a aquella legislativa.

Con la legislación, el Estado concreta el derecho como fórmula y como sanción; con la jurisdiccional, la aplica a casos concretos, y con la administrativa promueve la iniciativa necesaria para el resurgimiento de finalidad de público interés.

En una tenemos la ley; en la segunda, la sentencia; y en la tercera, el acto administrativo Rocco(60)(1407) entiende la jurisdicción como la actividad con que el Estado procura directamente la satisfacción de los intereses tutelares del derecho, cuando por falta de certeza o inobservancia, no actúa la norma jurídica que la tutela"

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Scialoja(61)(1408) niega una distinción neta y admite sólo una prevalencia, afirmando que en los actos administrativos prevalece el momento de la voluntad, mientras que en la jurisdicción prevalece el momento del juicio.

Para Visco(62)(1409) la teoría más aceptable es aquella objetiva, que ve en la jurisdicción la actuación de la ley, de la cual aplica el precepto al caso concreto.

Pavanini(63)(1410) cautamente observa que sería excesivo encuadrar toda la jurisdicción voluntaria en la actividad administrativa.

Cagliani(64)(1411) quería hacer entrar dentro de la jurisdicción voluntaria todos los actos administrativos que integran negocios jurídicos privados.

Doctrina alemana. Kisch(65)(1412) dice: "El fin que el Estado persigue en la jurisdicción voluntaria es proteger y asegurar los derechos de los particulares, vigilar la conclusión de los negocios jurídicos, autorizarlos y darles forma e intervenir en la creación y en el ejercicio y liquidación de derechos y relaciones jurídicas. Ejerce, pues, una especie de administración de derecho privado, en cuya gestión no sólo aplica principios jurídicos, sino razones de oportunidad y conveniencia - y todo lo que exigen las necesidades prácticas".

Para Goldschmidt(66)(1413), la jurisdicción voluntaria supone una acción jurídica meramente preventiva. Se podría, pues, quizá, resumir la oposición real existente entre jurisdicción contenciosa y voluntaria, mediante la expresión de "represión o justicia compensativa y prevención o justicia preventiva".

Para Schonke: "A la jurisdicción voluntaria pertenecen todos los negocios del derecho civil en los que para su eficacia jurídica se precisa la colaboración de un órgano judicial del Estado, y los cuales de acuerdo con los preceptos legales no han de sentenciarse por los tribunales de la jurisdicción contenciosa".

Los asuntos más importantes de la jurisdicción voluntaria son los relativos al estado civil de las personas, tutelas, sucesiones, partición de bienes registro mercantil, registro de la propiedad, así como a la documentación por los notarios y otros órganos(67)(1414).

Doctrina española. La mayoría de la doctrina española confirma la opinión dominante de que la jurisdicción voluntaria no es una verdadera y propia jurisdicción.

Manuel de la Plaza(68)(1415) la asemeja a la función administrativa. Gómez Orbaneja y Herce Quemada(69)(1416) afirman el carácter administrativo, y que el fin de la contenciosa es proteger o conservar, y el de la voluntaria, constituir, desarrollar o completar relaciones jurídicas privadas.

Jaime Guasp, citado por Aguirre Godoy(70)(1417), consecuente con su teoría sobre la pretensión procesal, afirma "que como en la jurisdicción voluntaria no se trata de satisfacer coactivamente ninguna pretensión procesal, ya sea mediante la resolución de conflictos o la actuación del derecho, no puede sostenerse que tenga naturaleza procesal".

Indica que el órgano jurisdiccional trabaja sobre relaciones de derecho privado, como un administrador de ese derecho.

Prieto Castro, también citado por el mismo autor, alude a varios casos de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

intervención notarial y considera que los negocios y funciones de la jurisdicción voluntaria pueden dividirse en judiciales, notariales y registrales(71)(1418).

Alcalá Zamora y Castillo(72)(1419) afirma: "que se halla bastante generalizada la creencia de que la jurisdicción voluntaria es, por su contenido, de naturaleza administrativa, aunque por motivos históricos y de conveniencia se siga confiando, en todo o en parte, su conocimiento a los funcionarios judiciales". Sin embargo, agrega, "el examen de los actos más típicos integrantes de la misma en el derecho hispanoamericano acaso lleve a sustentar una opinión menos absoluta; en la jurisdicción voluntaria encontramos toda una serie de negocios que no constituyen en sí mismos procesos, pero que no cabe aislar del campo procesal ya que perderían en absoluto su significado y quedarían navegando a la deriva (aludimos a los procedimientos relacionados con la preparación, prevención o aseguramiento de los juicios), mientras que existen otras que nada tienen que ver con el proceso y sí sólo con la dación de fe, cuyo carácter administrativo es indudable y que pueden y deben ser desalojados de los códigos procesales".

Según Guasp(73)(1420), "No puede considerarse a la llamada jurisdicción voluntaria como una verdadera actividad jurisdiccional, sino como una actividad administrativa que por razones de variada índole se confía a los órganos judiciales. La gran mayoría de los notarialistas que se han dedicado al estudio del tema están hoy concordes de que gran parte, si no toda la actividad que compete a la jurisdicción voluntaria, debe pasar a la función notarial".

Doctrina francesa. Para los notarios y autores franceses que se han ocupado del tema, los actos de jurisdicción voluntaria son actos cumplidos por un magistrado judicial, aparte de su misión de juzgar, es decir de resolver en los litigios. Y así es como el concurso del juez es requerido, sea en virtud de que la ley le da a ciertos actos un carácter más solemne (adopción, emancipación, adjudicación) o sea para homologar acuerdos o decisiones anteriores y asegurar que los intereses de determinadas personas (en particular los incapaces) no sufran perjuicio.

Otras veces se acude para que acuerde ciertas autorizaciones, para que dicte determinadas medidas conservatorias o para adecuar normas del régimen matrimonial o para ejercer el control de ciertos actos. Finalmente, cumple el juez actos de pura administración judicial.

Cuando los tratadistas hablan del notario francés como magistrado de la jurisdicción voluntaria, no lo hacen con referencia a los actos enunciados, sino con respecto a la función del notario como consejero de las partes, imparcial y captador de la voluntad de ellas, que armoniza sus puntos de vista, a los que liga, mediante la escritura pública.

No existe, en Francia, en la actualidad, movimiento para reivindicar, para el notario, el cumplimiento de aquellos actos, llevados a cabo por los jueces en materia de jurisdicción graciosa o voluntaria.

Doctrina italiana: La mayoría de los autores italianos no ven con simpatía las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aspiraciones de los notarios de sustituir al juez en la administración de la justicia voluntaria; si bien no son totalmente contrarios a la idea de traspasar una parte de los asuntos de jurisdicción voluntaria, hoy de competencia del juez, al ámbito notarial, lo son con respecto a la atribución indiscriminada de todos los negocios de esa jurisdicción a la esfera notarial, por considerar que contradice con la función del notario el confiarle también las decisiones en materia de autorizaciones negociables. Se acumularían, así, en la persona de un mismo sujeto, las funciones de certificación y la decisoria, entendida ésta como actividad creadora de los presupuestos para la legitimación del sujeto que obra - de confiar el poder de control, o de conveniencia o el de legitimidad sobre los negocios a concluir o concluidos, al mismo sujeto - el notario -, que deberá consagrar - o ha consagrado, mediante escritura pública - la conclusión de esos negocios, con lo que se conmovería por su base la posición de imparcialidad, que, por el contrario, debe permanecer íntegra.

No se encuentra conveniente que el notario estipulante sea al mismo tiempo notario autorizante. No debemos olvidar que el notario italiano ejerce el *ius postulandi*, es decir, que la actividad del notario con respecto a la jurisdicción voluntaria no tendrá carácter notarial fedante, sino de técnico asesorante, como profesional del derecho, en el mismo campo y en el mismo nivel que otros profesionales jurídicos ante los tribunales.

Para los notarialistas italianos no se considera útil, ni práctica la discusión de la atribución de la jurisdicción voluntaria a la función jurisdiccional o a la administrativa, y, dentro del ámbito del ordenamiento jurídico italiano, una solución distinta de la que actualmente siguen la doctrina y la jurisprudencia no parece viable.

La ley notarial italiana ha resuelto atribuir al notario el poder de presentar los recursos de jurisdicción voluntaria, en lugar de hacerlo las personas interesadas a las que la ley se los prohíbe.

Doctrina española: La evolución general de los notarialistas va encaminada a la idea de que la jurisdicción voluntaria no es propiamente Jurisdicción; que si los actos objeto de ella han sido atribuidos a los tribunales, se ha debido a la falta de órganos adecuados y que su regulación no debe estar dentro de las leyes de procedimientos.

No se considera como campo, para el tratamiento y resolución de los asuntos atribuidos a la jurisdicción voluntaria, el administrativo, a no ser que se consideren como actos de jurisdicción voluntaria los que se reflejan en el Registro del Estado Civil o en otros públicos, con legislación y organización peculiar.

Todos los demás actos que se atribuyen a esta jurisdicción, o son de comprobación de hechos o bien actos de protección o de autorización, relativos a menores incapaces, situaciones de ausencia u otras causas que puedan producir falta de representación. No corresponde al notariado, ni debe recabar para sí el aspecto puramente administrativo de la llamada jurisdicción voluntaria; pero sí corresponde al notario el extenso campo de aplicaciones jurídicas del derecho al hecho.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

D. MATERIAS PROPIAS DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Como muy bien pone de manifiesto Mengual(74)(1421), "El campo de acción de la fe notarial se halla muy cercenado; el extendido campo que tiene el derecho privado, la existencia de la jurisdicción voluntaria, la extensión de la fe pública a otras organizaciones que no son la institución notarial en muchos actos de la administración pública, y otros tantos hechos, limitan en un coeficiente muy considerable la actuación notarial."

No está desde luego, desprovisto de lógica el deseo del notariado latino de que se reintegren a la órbita de la competencia del notario todas las funciones que, sin razón, le han sido sustraídas.

En tal sentido deben auspiciarse las reformas de las actuales legislaciones, ampliando el radio de acción del notariado, prolongando la función a cuanto signifique exteriorización de la vida del derecho en la normalidad o sin contienda y, en su consecuencia, a los actos de jurisdicción voluntaria, constitución de organismos tutelares, informaciones posesorias, etcétera.

Es extenso el número de notarialistas que han defendido el principio de la reintegración de funciones a la actividad notarial; entre otros, podemos citar a: Morales Díaz(75)(1422), Velazco(76)(1423), Mengual(77)(1424), Giménez Arnau(78)(1425), Navarro Azpeitia(79)(1426), García Martínez(80)(1427), Vázquez Campo(81)(1428), Barahona(82)(1429) y Couture(83)(1430).

Como principio rector, las leyes orgánicas del notariado 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."

Esta ley, aunque ha sido modificada por la 9020, la hemos citado por el claro principio de la actividad notarial.

El anteproyecto de la ley de los documentos notariales, preparado por el Instituto Argentino de Cultura Notarial, establece la competencia del notario y las causas que la limitan.

Y el anteproyecto de reformas a la ley 12990, preparado por el doctor Carlos A. Pelosi y el autor en su capítulo III, 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 va refiriéndonos al campo de la 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.

Sobre este tema de las materias propias de la jurisdicción voluntaria, seguiremos el proyecto preparado por un prestigioso procesalista sobre el proceso de la sucesión extrajudicial, sucesiones abintestato y testamentaria, informaciones y otros asuntos de jurisdicción voluntaria, y el informe elevado al Consejo Directivo del Colegio de Escribanos, con motivo del estudio anterior, presentado, como ya hemos dicho, por el escribano

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Luis Prato y el autor.

Sucesión extrajudicial: Existiendo acuerdo entre los herederos y el último domicilio del causante estuviere situado en la Capital Federal, el proceso sucesorio podrá radicarse ante un registro notarial, siendo aplicable al proceso sucesorio extrajudicial las disposiciones relativas al patrocinio letrado obligatorio (ver proyecto sobre sucesión extrajudicial), arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º.

Sucesiones abintestato: Cuando el causante no hubiere testado o el testamento no contuviere institución hereditaria, los herederos podrán presentarse por escrito ante un registro notarial, debiendo hacerse con los requisitos establecidos para la presentación judicial (ver anteproyecto arts. 15, 16, 17 y 18).

Sucesión testamentaria: Cuando fuere procedente la sucesión testamentaria, los herederos podrán, de común acuerdo, radicar el respectivo proceso extrajudicial, ante un registro notarial; con el escrito, los interesados acompañarán testimonio del testamento o, en su caso, la escritura de protocolización (ver anteproyecto arts. 19, 20 y 21).

Testamentos ológrafos y cerrados: El acto de reconocimiento de la letra y firma de los testamentos ológrafos (abiertos y cerrados) y de la diligencia de reconocimiento de la cubierta y apertura de los testamentos cerrados, así como también su protocolización sin intervención judicial, igualmente pueden confiarse al escribano de registro (ver proyecto de Prato - Bollini).

Inscripciones: Cumplidos los recaudos establecidos por las leyes, el escribano dispondrá la inscripción de las hijuelas, declaratorias de herederos, o testamento, en su caso, y tendrá a su cargo las diligencias ulteriores, de conformidad con lo dispuesto por las normas registrales vigentes (ver anteproyecto, arts. 22 y 23).

Informaciones: Los procesos sumarísimos o las informaciones que las leyes exigen para demostrar la existencia de hechos que han producido o que estén llamados a producir efectos jurídicos, y de los cuales no derive perjuicio a persona conocida, como son las referentes a la inscripción tardía de nacimiento, la modificación, cambio o adición de nombre o apellido, la rectificación de errores de partidas, la declaración de simple ausencia, división de condominio, el reconocimiento de la preñez o de parto, el patrimonio familiar, las designaciones y discernimientos de las tutelas dadas por los padres, así como los acuerdos respecto de la tenencia provisoria y régimen de visitas de hijos menores y de fijación y suministro de cuota alimentaria podrán iniciarse ante un registro notarial.

Informaciones sumarias: También puede conferirse al notario la recepción de las informaciones sumarias tendientes a acreditar los extremos exigidos por el Código de Procedimientos, para la procedencia de medidas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cautelares o precautorias; para acreditar la calidad, de comerciante a los efectos de la apertura de la quiebra solicitada por éste.

Para poner punto final al presente trabajo, he de transcribir un pensamiento de un ilustre notario, ya desaparecido, pero que dio gran prestigio a nuestra función, José A. Negri, quien, sobre la materia de nuestro estudio expresó: "La justicia encontrará, por consiguiente, una bella oportunidad para conceder gran parte de sus actuales atribuciones y facultades, tan celosamente defendidas hasta el presente, a la actuación y responsabilidad del escribano, y todo lo que actualmente representa jurisdicción voluntaria, e inexplicablemente sometida a la intervención de los tribunales, pasará al cuidado más directo, más humano, más caluroso del funcionario notarial, como fiel e indubitable depositario de la fe que a esos documentos es inherente"(84)(1431).

En tal sentido debe auspiciarse la reforma de la actual legislación, ampliando la esfera de acción de la función notarial, extendiéndola a cuanto signifique exteriorización de la vida del derecho en la normalidad, o sin contienda, y, en consecuencia, a los actos que hemos considerado como materias propias de la jurisdicción voluntaria.

|

|