

El Notario ante la jurisdicción voluntaria

Consejo Permanente de La Haya Holanda

I. ADVERTENCIA PRELIMINAR

Emprendemos este trabajo, no ya con ánimo de elucidar todos los problemas que plantea -lo cual requeriría largos años de estudios- sino para arrojar al menos un haz de luz sobre el sendero del intrincado laberinto de la jurisdicción voluntaria.

II. UBICACIÓN DEL PROBLEMA

La jurisdicción voluntaria ha sido considerada invariablemente un capítulo del derecho procesal; es nuestro deber precisar este aserto. Sin duda que denotar un concepto claro y distinto de lo que constituye la jurisdicción voluntaria en tanto su naturaleza sea jurisdiccional -criterio que no compartimos- lo es.

Sabido es que la estructuración científica del moderno derecho procesal se asentó en tres firmes pilares, a saber: las nociones de jurisdicción, acción y proceso. Y bien, denominando ora "jurisdicción", ora "proceso" voluntario a un complejo y variado plexo de actos de diversa naturaleza, llegóse a la errónea conclusión de ser materia propia de la disciplina procesal.

* VIII Congreso Internacional del Notariado Latino (México, octubre de 1965). Consejo Federal del Notariado Argentino.

Sin embargo es de buena propedéutica no olvidar que cuando una denominación (conteniente) no refleja cabalmente lo denominado (contenido) hay que arrojarla por la borda. Tal es escuetamente el caso de la llamada jurisdicción voluntaria.

Por tanto, debemos inquirir con carácter previo qué es lo que constituye el quid del quehacer notarial, esto es, conformar conceptualmente la función mencionada y a renglón seguido, precisar la naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria, para que, cotejándolos con la actividad notarial, concluir en qué medida ambas ideas se corresponden.

III. LA FUNCIÓN NOTARIAL

Como lo señalara Navarro Azpeitia,¹ "Entre las funciones encomendadas al notariado, la de más trascendencia pública, la que determina su existencia y es causa u origen de todas las demás, es aquella que consiste en investir todos los actos que intervienen en una presunción de veracidad que los hace aptos para imponerse a sí mismos en las relaciones jurídicas y para ser impuestos por su propia virtualidad, por el poder coactivo del Estado".

Consiste substancialmente la actividad notarial en el ejercicio de la

función de autenticar hechos (*lato sensu*), atribuyéndoles cualidad fideifaciente. Siendo función, implica *per se* una potestad ejercitada -en nuestra opinión- no ya en interés ajeno (del solicitante) sino de un interés objetivo (de la sociedad).

Afirma Olavarría Tellez² que "hay una sola función notarial que tiene carácter permanente en la actuación notarial: la autenticación de hechos". Afirmamos la autonomía de la función notarial P y la caracterizamos como función pública específicamente distinta de la jurisdiccional, « sin desconocer que una calificada doctrina se opone a ello, tales, Lavanderas quien sostiene que el notario ejerce funciones jurisdiccionales, y Bellver Can⁷ que enfáticamente afirma que la función notarial es jurisdiccional.

1. "Teoría de la autenticación notarial". Rev: del Derecho Privado, Madrid, 1942. pág. 678.

2. "Contenido Y fuente del derecho notarial".

Sostenemos por tanto que la función notarial es fundamentalmente distinta de la jurisdiccional, pero ambas se ejercitan por delegación del poder público en uso de una atribución soberana.

Los jueces dirimen conflictos y/o declaran (sentencia declarativa) y/o acuerdan (sentencia constitutiva) derechos.

Los notarios ni dirimen conflictos, ni declaran, ni acuerdan derechos," Su específica función es dotar de la cualidad de la fe pública a los hechos que pasen en su presencia, se trate de actas o escrituras.

El notario en ejercicio de la misma, realizará actos o negocios jurídicos," sea que el objeto del acto consista en registrar hechos jurídicos (verbi gratia: actas) o actos jurídicos (v.g: escrituras).

Es menester dejar bien sentado por las vastísimas consecuencias que proyecta, adoptare! siguiente temperamento: la función notarial es en esencia una función autenticante de acontecimientos? que pasen en presencia del escribano, desde que sólo da fe de hechos sensibles (oídos y vistos por él) que, respecto de los otorgantes pueden configurar diversas figuras jurídicas.

3. Conforme Sanahuja, Derecho notarial. t. 1, pág. 88; Bollini, Jurisdicción voluntaria. Colegio de Escribanos Capital Federal.

4. Conf. Andrea Oiuliani, "El Notariado en Italia", Revista del Notariado. 1947, No. 556.

5. Conf. Gilménez Amau, "Introducción al derecho notarial", Madrid, Revista de Derecho Privado;

Mustápicich. Tratado teórico-práctico de derecho notarial t. 1, pág. 37; Bollini, op. cit.

6. "Acto público, ministerio notarial", en Revista th Derecho Privado. 1915, pág. 228.

7. Principios del régimen notarial comparado. Madrid, pág. 16 Y ss.

8. Contra Ruiz del Castillo, Manual del derecho poluico, Instituto Editorial, Madrid, 1939, pág. 144.
9. Spota, Contratos en el derecho civil: En el derecho argentino es indistinto hablar de actos o negocios jurídicos.
10. Olavarría Tellez, op. cit.

Es dable distinguir en los negocios jurídicos el contenido y las formas de los mismos. Esta distinción es ciertamente clara en los hechos jurídicos. Respecto de los hechos y actos jurídicos (su contenido) por sabido, no nos detenemos.

Por forma entendemos "todos los medios de declaración de la voluntad por las cuales ésta se exterioriza, sea convenida o impuesta por la ley, ya a los fines de la prueba, ya como requisito esencial para la existencia o validez de un acto. 11

González Palomino» destaca que "la teoría de las formas jurídicas es la fuente fecunda para la creación de un derecho notarial nuevo".

Los efectos jurídicos que dimanen de estos hechos o actos jurídicos (prescindiendo de la forma notarial, caso de ser exigida), son independientes de la intervención del escribano; éste no se hace parte en el contrato (v. g.: escritura de venta) y en general, salvo excepciones (v. g.: escritura de venta) y en general, salvo excepciones (v. g.: respecto de la oponibilidad de la escritura de hipoteca, arto 3135, Cód. Civil Argentino) debe ser considerado un tercero.

Por tanto> podemos sostener que el escribano no es parte del negocio jurídico (v. g.: venta, testamento) que se registra; de lo cual no se concluye que el notario no ejecute un acto jurídico, ni que su intervención no tenga consecuencias en el derecho. Muy por el contrario, las tiene y vastísimas.w

Los efectos jurídicos que se originan con la intervención del escribano son los que resultan consecuencia de la constatación

1 1. Spota, Contrato en el derecho civil, 1.11, pág. 107.

12. "Hacia un dereconotarial"^M, Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1934, t. XXI, pág. 288.

13. Mustápich, op. cit., t. 1, pág. 12.

14. Gaetano Doiiá, Elementi di diritto notarile, 2a. edic., pág. 17: Concibe la relaciÓlljurídica notarial como una relación distinta de la substancial, estableciendo por un lado el enlace entre las partes y el notario; y de éste con los terceros por el otro.

Auténtica misma (v.g.: en el derecho argentino sólo opera la transmisión del dominio en materia inmobiliaria la tradición y la escritura de venta); por tanto en trascendental medida coopera a la producción del efecto (mutación dominial) la intervención del notario.

De lo dicho se concluye -como queda expuesto-c-é que hemos de distinguir

forma y contenido de los actos. Sabemos que la forma puede ser constitutiva, cuando el negocio no surge a la vida del derecho si ella falta, y probatoria cuando Pese a no haber sido observada, el acto existe.

Los actos formales ad solemnitatem, son escasos, tanto en nuestro derecho (arts. 838, 1184, inc. 7, Y 1810 Cód. Civil) como en el comparado.

En los actos ad probationem, los efectos jurídicos del negocio surgen de una voluntad, a la cual la ley aprehende, como factum para otorgarle efectos jurídicos.

En éstos, el acto ha nacido (v. g.: boleto de venta), aun cuando para producir sus efectos propios (transmisión del dominio) requiere a la sazón la complementación formal (escritura pública).

Es así que sólo en los actos de forma constitutiva la intervención notarial hace a la vida del negocio. En éstos, la voluntad jurídica (contenido) y el acto o escritura (forma) se concatenan para dar a la luz el ente jurídico.

Es decir: en los actos ad probationem, el notario no genera al mismo, cuanto más coadyuva en ciertos casos a la realización de su objeto propio.

Tratándose de actos ad solemnitatem (escasísimos) la intervención notarial es ineludible para que el acto nazca; empero, ¿puede afirmarse que es el notario quien lo gesta? Evidentemente, no. Su intervención si bien necesaria, no haciéndolo parte, es sólo complemento insustituible establecido por la ley para garantía de la sociedad, brindando la certeza jurídica que hace a su propia función.

Lo que antecede explica que son las partes las que mediante convenciones, se acuerdan (transmiten) derechos, si bien contribuye a este fin la intervención notarial, sea constitutiva o probatoria; empero ésta no acuerda o declara el derecho, su misión es autenticar hechos o voluntades por las cuales se transmiten derechos.

Quiere decir que el notario no acuerda derechos; sólo los constata, autentica que tales hechos sensibles, que jurídicamente serán contratos (v. g.) ocurrieron en su presencia. De lo cual se concluye que los escribanos ni declaran ni acuerdan derechos, lo que prueba la tesis antedicha. Es así que no declarando ni acordando derechos no lo dicen (jurisdictio). 16

Hemos afirmado que los escribanos en el cometido de su función realizan negocios jurídicos: esto es actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato producir consecuencias de derecho. Y bien, la función notarial como legitimadora que es, transmite su propio modo de ser-a los actos que emanan de quien resulta delegatorio de la fe pública estadual. 17

Los notarios comprueban hechos (sonidos que exteriorizan acuerdos o declaraciones de derechos) mediante negocios jurídicos (atinentes a su forma o prueba)," enteramente distintos de los realizados por él o los intervinientes.

Ello no resta un ápice a la jerarquía de la profesión; muy por el contrario, tiende a deslindar el marco de la actividad de quienes ejercitan y merecen el ministerio de la confianza pública. Tan es así que: a) El notario es funcionario público" encargado de la función fideicomisaria.

16. Contra Bellver Cano, op. cit.

17. Mustápic, op.cit. t. 1, pág. 12: "El derecho notarial puede ser justamente denominado derecho formal auténtico o derecho de la autenticidad".

18. Ver Martínez Segovia: Función notarial. pág. 233.

19. ConC. Costa, Reorganización del notariado. del Registro de la propiedad y de la administración de justicia.

b) Es profesional del derecho;20 y lo es por imperiosa necesidad de obrar y aconsejar de manera que el hecho que comprueba sea acorde al derecho (ley) y cumpla el objeto fin que los intervinientes tuvieron en vista al solicitarle su intervención (reglar en forma sus relaciones jurídicas).

En lo atinente a la ubicación de la actividad notarial dentro de las funciones del Estado, es de tenerse muy en cuenta la exposición que hace Castán 'Tobeñas' al respecto.

Así, algunos sostienen que entra en la esfera de la administración o del Poder Ejecutivo del Estado (Alfonso Celorio). Otros le asignan un puesto autónomo, y entre ellos mencionaremos la conspicua personalidad de Romagnosi que distingue entre los ocho poderes que enumera, el Certificante (fe pública). Dentro de la función judicial la ubican Lavandera y Bellver Cano.

Ya hemos sentado nuestra posición. Consideramos que la función notarial es una función pública, 22 ordenada al logro de un interés objetivo, perfectamente diferenciada de las demás funciones estatales.

Afirmamos que siendo la fe pública la que conforma y vitaliza la función notarial,23 no es dable establecer clasificaciones de la mismas 24 y así entendemos que en términos generales lo que hace a ella debe ser propio del quehacer notarial. 25

20. Conf.: Despacho del I Congreso Internacional del Notariado Latino. to 1, pág. 184. 21. Función notarial y elaboración notarial del derecho, Madrid, 1946.

22. Conf.: Castán Tobeñas, Función notarial y elaboración del derecho, Madrid, 1946, pág. 39; González Palomino, Instituciones de derecho notarial, t. I, pág. 119.

23. Ver Couture: "El concepto de fe pública. Introducción al estudio del derecho notarial, en Revista del Notariado, Na 546,1957, pág. 11.

24. Contra Giménez Amau: Introducción al derecho notarial, pág. 25.

25. Conf. Bollini: Jurisdicción voluntaria. pág. 50.

IV. LA JURISDICCÓN VOLUNTARIA

Antes de considerar el tema del epígrafe, nos detendremos en el concepto de jurisdicción.

Escríche" pone de relieve que consiste en la administración de justicia; a lo cual Calamandrei 27 poco añade.

La idea no satisface, prefiriendo la que sostiene que la jurisdicción implica no sólo la atribución de decir o declarar el derecho, sino también de aplicarlo y hacer cumplir la decisión jurisdiccional."

Enseña Chíoventa 29 que es "la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la substitución por la actividad de los órganos públicos de la actividad de los particulares, o de otros órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva".

Entendemos que no es de la esencia de la jurisdicción como parece pensar Goldschmidt -desde que lo incluye en su definición-la resolución de cuestiones litigiosas.

Consideramos que lo fundamental es "la atribución de decir o declarar el derecho?" o el afirmar "la existencia de la voluntad concreta de la ley", parafraseando a Chíoventa."

Entrando derechamente a la jurisdicción voluntaria es digno de consignar que el maestro Carnelutti" señala que el conflicto de intereses es presupuesto tanto de la jurisdicción voluntaria como de la contenciosa; lo cual no le impide sentar que el fin del proceso voluntario es la prevención de la litis.³³

26. Diccionario de legislación y jurisprudencia. 1906.

27. Instituciones del derecho procesal civil. Bs. As., 1943. pág. 34.

28. Bie1sa, MJurisdiccion y competencia M, Rev. La Ley.

29. Instituciones de derecho procesal civil. Madrid, 1954, pág. 1.

30. Bie1s&, op. cit.

31. Op. cit .• loe. cit.

32. Sisteema de derecho procesal civil. t. 1, pág. 281.

33. Instituciones de proceso civi~ Bs, As., E.J.E.A., 1959/60, v. 1, pág. 81.

Otros autores consideran que se trata de actos que no admiten contradicción de parte³⁴ o que es actividad jurídicamente preventiva con el objeto de evitar futuros litigios."

Calamandrei³⁶ afirma que comprende aquellas actividades con las cuales el Estado interviene para integrar la actividad de los particulares dirigida a la satisfacción de sus intereses mediante el desarrollo de las relaciones jurídicas.

En opinión de Chíoventa ³⁷ el magistrado tratándose de actos de jurisdicción voluntaria es llamado a suplir capacidades defectuosas y a cooperar a la formación de estados jurídicos, o al desarrollo del comercio jurídico.

Arduo ha sido, y es, sin duda, formarse una idea acabada del concepto y naturaleza de la jurisdicción voluntaria. En nuestra modesta opinión, dado el complejo y variado contenido de actos que abraza tal denominación, no es posible globalmente considerado abrir juicio sobre su naturaleza, y corresponde evaluar cada uno de ellos particularmente, a los efectos de puntualizarla.

Así veremos a continuación que existe una verdadera anarquía doctrinaria al respecto. Sin duda se ha desandado al hacer informar la naturaleza de ciertos tipos de actos sobre los otros por encontrarse ciertos caracteres comunes a todos (v. g.: ausencia de contenciosidad, forma de conocimiento, etc.), sin pretender particularmente desenmascarar fuera de todo marco grupal la entraña de su esencia jurídica. Prueba de ello es la abundante y caótica bibliografía que damos cuenta --en parte- a continuación.

Sostienen que es función administrativa: Chíoventa," Calamandrei." ROCCO,⁴⁰ Mustápich," Guasp," Alsína-' Glasson y Tissier."

34. De Vicente y Caravantes, Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, lo I.

35. Goldsmichdt James. Derecho procesal civil. pág. 126.

36. La jurisdicción voluntaria. traducción Sentís Melendo, pág. 112.

37. Ensayos de derecho procesal. t. II, pág. S4.

38. Op. cit. .• lo n. pág. 16.

Sin embargo, Vitervo⁴⁵ asevera que "El tribunal al dictar una resolución no contenciosa, también queda al margen de la relación que con su intervención crea (ésta) no liga prácticamente al tribunal con el solicitante, que es lo que caracteriza principalmente al acto administrativo, y por lo tanto no se trata de un acto administrativo en sentido estricto".

En opinión de otro nutrido grupo de autores: Visco,⁴⁶ Carnelutti, Satta, Micheli y Álvarez Castellanos, es función jurisdiccional. Para Eisner" integra una categoría de naturaleza especial sui generis, diferenciada tanto de la

actividad jurisdiccional como de la administrativa. Chóvenda," si bien la encuadra en la función administrativa, sostiene que se diferencia de la generalidad de los actos administrativos por ciertas características particulares.

En el criterio de Fassalari es una actividad intermedia entre administración y jurisdicción.

Estamos persuadidos que tales desavenencias doctrinarias obedecen a un planteamiento desafortunado de la cuestión. No se deben escudriñar por el método de la síntesis la jurisdicción voluntaria, sino observar analíticamente los actos que la componen, para de ese modo evitar escollos y llegar a conclusiones lausibles.

39. Instituciones de derecho procesal civil, Os As., 1943, pág. 112.

40. Derecho procesal civil, pág. 73.

41. Mustápic, op. cit., l. 1, pág. 44.

42. Comeltario a la ley de eljuiciamiento civil, t. 1, pág. 269.

43. Tratado teáricopráctico de derecho procesal civil y comercial, Os. As., 19S7, l. II, pág. 431.

44. Traité theorique et pratique d'organizati6n judiciaire, de competence et de procédure civile, l. 1, pág. 32.

4S. "La jurisdicción voluntaria ante la doctrina M, Rev. de Derecho Procesal, año VI, No. 4, 1948, pág.

349.

46. Procedimenü di giurisdizione voluntaria.

47. "Acerca de la actividad jurisdiccional extra-contenciosa", Rev. La Ley, l. 110, pág. 968.

48. Op. cit., loco cit.

Sin perjuicio de detenemos -más abajo- en la considera. 6n de los actos que abarca la llamada jurisdicción voluntaria, 2S del caso afirmar la impropiedad de tal denominación.

En lo que al vocablo "jurisdicción" respecta, diremos que se presta a equívocos, por cuanto --en nuestro pareceruchos de los actos comprendidos en la jurisdicción volunta- a no participan de la naturaleza jurisdiccional. Tan es así, que maestro Carneluttí 49 propuso substituirlo por "proceso" voluntario), en nuestro concepto acertadamente, a falta de una terminología más precisa. 50 Es este un paso adelante en la depuración del concepto, al tiempo que se erradica el equívoco hombre "jurisdicción".

Guardando atinencia con el adjetivo "voluntario" hemos de afinar con Pondé 51 el error conceptual que implica, desde que, la mayor parte de las actividades involucradas en la llamada jurisdicción voluntaria, priva lo conminatorio, y

permanece por tanto ausente el elemento voluntario.

V. EL NOTARIADO ANTE LA JURISDICCION VOLUNTARIA

Aprehendidos los conceptos de la función notarial y la jurisdiccional, cabe afirmar que cada uno de los actos que abarca la denominada jurisdicción voluntaria que participen de una y otra naturaleza, deben ser materia de competencia de notarios de jueces, según fuera el caso.

Contra la opinión de Zanolini^v entendemos que aquellos actos en los cuales el órgano judicial interviene simplemente para registrar o certificar hechos jurídicos de la vida privada, no constituyen actividad administrativa, sino propiamente ejercicio de la función notarial.

49. Op. cit.

50. Ontra Pondé: Intervención notarial de la llamada jurisdicción voluntaria. pág. 7.

51. Op. cit. • pág. 8.

52. Sull'administrazione pubblica del diritto privato.

La exigencia de una especial garantía de autoridad por parte de los órganos a los que se les confía la realización de actos de jurisdicción voluntaria explica que el Estado adopte la propia jerarquía de lo judicial ordinario. 54

Es sin duda por motivos de carácter histórico que han sido atribuidos al conocimiento del juez" determinados actos, por completo ajenos, a su natural competencia.

Entendemos no es del caso señalar -puesto que la bibliografía abunda- las diferencias específicas entre los actos propios de la función notarial, jurisdiccional y administrativa. Bástenos con lo consignado.

Navarro Azpeitia" considera --con razón- de competencia judicial dentro de la llamada jurisdicción voluntaria a los actos de amparo o protección de personas con capacidad nula o disminuida." reservando -así lo entendemos a contrario sensu- a la intervención notarial las autenticaciones calificadoras ante fedatarios y las inscripciones registrales."

Es evidente la exactitud de tal aseveración, por cuanto es típico de lo jurisdiccional, declarar la voluntad concreta de la ley, de modo que posibilite el ejercicio de sus prerrogativas jurídicas.

Por tanto es dable afirmar que existen actos comprendidos en la

jurisdicción voluntaria que son de naturaleza, ya notarial, ya jurisdiccional, denotando en su inmensa mayoría, varios caracteres peculiares de los actos administrativos.

Podemos recordar que en opinión de un autor 59. Hay jurisdicción voluntaria o graciosa cuando el juez ejerce a falta de todo litigio poderes de constatación, de protección, de tutela, de comprobación"

53. Sólo históricamente, pero no exige ni justifica en modo alguno.

54. Chioyenda, op. cit., t. II, pág. 16.

55. Conf.: Dos Reis, Processo ordinario o sommario, t. I. pág. 49.

56. "Actas notariales de notoriedad". Anales de Acad. Marr. del Notariado, t. I. pág. 84.

57. Conr.: Giménez Arnau.

58. Actas de notoriedad. op. cit.

59. Glasson y Tissier, opus. cit., t. I. pág. 281.

.

Los actos de jurisdicción voluntaria serán propios de la función notarial en tanto se ejerciten poderes de constatación o comprobación. Y así en ciertos actos de jurisdicción voluntaria la intervención del juez sólo tiene por objeto dar autenticidad o verificar el cumplimiento de una formalidad 60. Es precisamente con respecto a ellos que cabe alzar la voz en defensa de la reintegración de la función notarial, como en variados aspectos lo han hecho distinguidos notarialistas, 61

No habiendo en la generalidad de los actos de jurisdicción voluntaria dos partes, ni un bien garantizado en contra de otra persona 62, sino una finalidad constitutiva de estados jurídicos nuevos, 63 a consecuencia de la verificación del cumplimiento de determinadas formalidades o de la autenticación de ciertos actos 64, es notorio que siendo actos específicas de la función notarial, deben ser atribuidos a la competencia de quienes corresponda.

Bajo el nombre "jurisdicción voluntaria" se han designado aquellos actos que con el transcurso del tiempo pasaron -no en todos los países por cierto- de la competencia de los jueces ordinarios a la competencia o función de los notarios. 65

Es decir, que la intervención notarial es realización de ciertas funciones de jurisdicción voluntaria, « esto es aquellas que se corresponden con el quehacer propio de la función notarial.

Castán Tobeñas" afirmó con profundidad que "teóricamente lo que hay que destacar es la procedencia de que se respete siempre la competencia de los

jueces, respecto a la llamada jurisdicción voluntaria, en aquellos casos en los que se trata no ya de una mera actividad legitimadora o constatadora, sino de tutelar los intereses privados, mediante la garantía de la intervención, del órgano del Estado en determinados negocios". La afirmación precedente es inobjetable en cuanto sostiene que la actividad constatadora o legitimadora escapa a la competencia judicial -siendo propio de lo notarial-, pero consideramos que aquellas funciones que sin ser típicamente notariales, tampoco son jurisdiccionales, pueden cuando razones de conveniencia u oportunidad lo exigen ser asignadas al ámbito del ejercicio profesional del notariado.

60. Alsina, op. cit., t. 11, pág. 431.

61. Autores citados por Bollini, opus. cit., pág. 35.

62. Chiovenda, Instituciones de derecho procesal civil, t.II, pág. 19.

63. Wach.

64. Alsina, op. cit., loco cit.,

65. Chiovenda, op. cit., 1. II, pág. 16.

66. Muslápich, op. cit.; autores citados por trat., l. 1, pág. 40.

67. Función notarial, pág. 195.

En lo que respecta al problema de la contenciosidad, se dice que para ser viable la intervención notarial, dentro de la llamada jurisdicción voluntaria, es menester que el elemento controversia permanezca ausente; opinión que a nuestra manera de ver debe ser reconsiderada por ser sólo parcialmente exacta. Así, v.g.: el marido pide al escribano que levante acta a los efectos de comprobar el hecho del adulterio de su mujer, para aportarla ulteriormente a los procedimientos tendientes al divorcio. ¿Hay conflicto? Ni dudarlo, y sin embargo es legítima su intervención. La razón estriba en lo siguiente: si el notario tuviere que emitir un juicio de valor acerca del hecho, sería incompetente; estaría juzgando, dirimiendo un conflicto; sin embargo su actuación es lícita pues él sólo constata un hecho, el cual a su tiempo producirá fundamentales consecuencias jurídicas (sentencia de divorcio por culpa de la mujer).

Si acordamos que la actividad del notario no puede asimilarse a la judicial no debe ser pauta de diferenciación la contenciosidad de la relación, sino su aspecto jurisdiccional. 69

68. Conf. Giménez Amau, op. cit.

69. Bollini, "La jurisdicción voluntaria", Revista del Notariado, Bs. Aires, No. 614, pág. 173.

Podrá interesar a la doctrina procesal el distingo pues es evidente que en la llamada jurisdicción voluntaria, si bien puede haber conflicto, no hay por definición (jurisdicción "no contenciosa") una formal traba de la litis.

Consideramos errónea la opinión de quienes afirman que media diferencia substancial entre los actos notariales y los actos de jurisdicción voluntaria, como parecen entenderlo diversos autores. 70

Sanahuja 71 considera que "la jurisdicción voluntaria es un residuo de la función legalizadora que se asignó al poder judicial, siendo un caso de pseudo-morfosis de una función estrictamente notarial en parte, porque en otra es más que jurisdicción, es juris adictio, función completamente ajena al notario".

Con lo expuesto queda sobradamente acreditado, que dentro de la llamada jurisdicción voluntaria, existen una serie de actos que hacen a la función notarial.

Sin entrar en las clasificaciones que la doctrina ha hecho 72 en tomo a los actos de jurisdicción voluntaria, enumeramos a continuación aquellos actos respecto de los cuales es pacífica la doctrina en admitirlos como tales. Ellos son:

- I) Rectificación de partidas del Registro Civil.
- II) Inscripciones tardías de nacimientos.
- III) Declaración de identidad de personas.
- IV) Mensura, deslinde y amojonamiento de terrenos.
- V) Apertura de testamento cerrado.
- VI) Protocolización de testamento ológrafo.
- VII) Sucesiones.
- VIII) Discernimiento de tutela y curatela.
- IX) Adopción de menores.
- X) Venias para matrimonio de menores.
- XI) Autorización para celebrar operaciones sobre bienes de menores.
- XII) Etcétera...

70. Autores citados por Mustapích, I. I. pág. 41.

71. Tratado de derecho notarial. Barcelona. 1945. pág. 20.

72. Ver Pondé, Intervención notarial en la llamada jurisdicción voluntaria. Colegio de Escribanos de la Pcia. de Bs. As. • pág. 11.

Acorde con lo que ya expresamos (*ut supra*) procede indagar la conformidad de estos actos sea con la función jurisdiccional, sea con la función notarial, para atribuir a la competencia de jueces o escribanos, según corresponda, los supuestos que enumeramos.

Advirtió Alcalá Zamora y Castillo que los actos extrajudiciales propios de la jurisdicción voluntaria deben pasar a integrar la actividad notarial.

Aquellos actos que impliquen per se declarar o acordar derechos, con cierto margen de discrecionalidad son propios de lo judicial, en tanto que conciernen a la actividad notarial los que si bien declaran o acuerdan derechos, presuponen para ello una constatación de requisitos o comprobación de calidades, ejercitada en virtud de una potestad legitimadora.

Son en nuestra opinión, actos cumplidos en ejercicio de la función notarial los enumerados bajo los números I a VI 73 desde que en ellos la autoridad que entiende, comprueba y constata una suerte de requisitos, de los que extrae, sin margen la discrecionalidad, una resolución de la que sí fluye -por así decirlo - consecuencias en el campo del derecho.

Respecto de las sucesiones hasta la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento en cuanto a sus formas, es análoga la conclusión. Empero la declaratoria de herederos el discernimiento de tutela y curatela y la adopción, corresponden a los jueces, pues estos actos suponen otorgar una investidura (de herederos, tutor, curador o adoptante) y/o cumplimentar fines tutelares, actos estos que son específicos de la función jurisdiccional. 75 '

En lo que a las venias para contraer matrimonio o las autorizaciones para enajenar bienes de menores o incapaces atañe, entendemos con Navarro Azpeitia," que deban quedar reservados a la competencia judicial por tratarse de actos de amparo o protección de personas con capacidad nula o disminuida.

73. Conforme: Pondé, Intervención notarial en la llamada jurisdicción voluntaria. Col. Ese. Pela. Bs. As., respecto de los Nos. 1,2 Y 4.

74. Conforme: Bollini, op. cir; Col. de Ese., pág. 5

75. Conforme: Otero Valentín, Sistema de la función notarial;

76. Actas notariales de notoriedad. Anales de Acad. Matr. del Notariado. 1. I. pág. 84.

VI. DE LO TEÓRICO A LO PRÁCTICO

Mientras el pensamiento canaliza la profundidad del tema y concluye que es viable que ciertos actos de la denominada "jurisdicción voluntaria" se incorporen a la: esfera de la actuación notarial, se pregunta, con ansiedad de praxis, los resultados que depararían tal intervención.

Debido a razones de diversa índole, antropológicas, etnográficas, culturales, sociales, políticas y económicas, los pueblos conviven y evolucionan siguiendo diferentes pautas de conducta; es así como el latino es romántico y extrovertido, el sajón calculador e introvertido, y más ...

De ello se infiere que siendo lo jurídico normas del humano obrar y debido a la multitud de conductas que en el operar humano se advierten, es por consiguiente, su diferente regulación. Si es académicamente posible sustentar la tesis expuesta es del caso confrontarla con la realidad existencial. No siempre se corresponden noesis y praxis.

Concepción análoga a la mencionada ha hecho carne y se ha institucionalizado en diversos países de sistemas jurídicos diferentes.

Dejemos sentado que el solo comprobar la influencia notarial que en este aspecto se manifiesta en la legislación comparada, no lo esgrimimos aquí como principal fundamento de nuestra posición, que sí será destacado, en tanto y cuanto evaluemos favorablemente sus efectos prácticos en el ámbito forense.

Se cree que mezquinos intereses profesionales nublan el horizonte e impiden se perfila su justa solución. ¡Crasa falsía! Es en homenaje de la verdad y beneficio de la sociedad.

No se exige claudicación de principios ni exclusión de intereses ajenos. y si los hubiere, no cabe duda que son los societarios -únicos dignos de aplauso- los que a la postre decidan.

Sabidas son ya las dificultades que se presentan dentro de los tribunales dada la amplitud comprendida en el campo jurisdiccional y los inconvenientes que éstos ocasionan para el normal desenvolvimiento de las tramitaciones judiciales.

Es por eso que sostenemos la colaboración y por qué no la coparticipación que el notario puede prestar en pro de la agilidad de determinados procesos.

No entendemos que esto puede entorpecer la administración de justicia dado que, como se ha sostenido 77 y del contexto del trabajo surge dichos

actos de jurisdicción voluntaria pertenecen a la actividad notarial.

Debido a las calidades personales del notario -más arriba indicadas--78 es así como la intervención del funcionario fideifaciente redundaría en manifiesto beneficio de los interesados, tantas veces víctimas de la morosidad procesal, características de nuestros tribunales y especialmente en cuanto a procesos sucesorios se refieren. 79

De lo dicho emana que si se da competencia al notario para intervenir dentro de los actos de la jurisdicción voluntaria oportunamente enumerados, reportará, sin dudar, una interesante coordinación de esfuerzos entre profesionales del derecho (abogado-escribano) que redundará, en definitiva, en celeridad y economía procesal, tan ansiosamente reclamada por quienes esperan lo mejor de ella.

77. Despacho aprobado en la X Jamada Notarial Argentina: 1) Siendo que el notario participa del poder del <tdo Y por tanto puede conferir autenticidad a muchos documentos en la actualidad deben hacerlo los jueces, porque se encuentran comprendidos dentro de la jurisdicción voluntaria.

78. Funcionario público y profesional del derecho.

79. Ver Aquiles Vario: La sucesión y su personalidad en nuestro derecho.

VII. PONENCIAS

- 1) Que no es acertado inquirir la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, sino indagar la de los actos por ella comprendidos en particular.
- 2) Que no todos los actos que abarca la llamada jurisdicción voluntaria son propios de la función notarial.
- 3) Que se recabe a los poderes estatales el reconocimiento del derecho a la intervención, por parte de los notarios, en los actos que les son propios, promoviéndose las reformas legislativas correspondientes.