

IMPERIO Y JURISDICCION VOLUNTARIA

FERNANDO DUPUY MONTORI



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1996

¿Tiene el Poder Judicial la exclusividad de ejercer la jurisdicción? ¿Es posible que la Constitución, el Código Civil, el Código Procesal Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial tengan en este tema raíces equívocas?

La respuesta es afirmativa. Así lo sostiene Fernando Dupuy Montori, abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Maestría en Derecho en la Universidad Internacional de Andalucía -Sede Latinoamericana de La Rábida.

El análisis del precepto romano, que distingue la jurisdicción contenciosa de la voluntaria por el hecho de existir una actitud litigiosa entre los intervinientes, o la carencia de la misma, abre un sugerente campo de investigación.

La función exclusiva del Poder Judicial es la de fallar litigios, el *Iudicare*, que es diferente a la Jurisdicción. Si los intervinientes en un acto jurídico están de acuerdo, aunque tengan intereses contrapuestos, podrán formalizar sus voluntades fuera del Poder Judicial.

La misma pauta es aplicable a procesos considerados actualmente en la ley como contenciosos sin serlo, entre ellos el Divorcio por Mutuo Disenso. ¿Por qué se formalizan ante el Poder Judicial y no ante Notarios?

La inquietud del autor por estos temas es así compartida con el público e investigadores interesados en profundizar en estos temas.

IMPERIO Y JURISDICCION VOLUNTARIA

IMPERIO
Y JURISDICCION
VOLUNTARIA

FERNANDO DE PUJ MONTE

IMPERIO Y JURISDICCION VOLUNTARIA

FERNANDO DUPUY MONTORI



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1996

Primera edición: abril de 1996

IMPERIO
Y JURISDICCION
VOLUNTARIA
FERNANDO DUPUY MONTORI

Imperio y Jurisdicción Voluntaria

Copyright © 1996 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18 San Miguel. Lima, Perú. Telfs. 462-6390 y 462-2540 Anexo 220

Derechos reservados

ISBN 9972-42-002-7

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú - Printed in Peru

A Elvira, mi esposa, cuyo apoyo y colaboración hicieron posible este libro; a Juan Diego y Gonzalo, mis hijos, con amor.

Es usual en los libros dejar constancia del agradecimiento del autor hacia aquellos que de una u otra forma hicieron posible su libro. Deseo que mi agradecimiento incluya un especial reconocimiento a Elvira Mendez Chang, nuestra ilustre romanista, que colaboró con su erudición, guía y consejo, en todas las facetas del desarrollo del trabajo con la generosidad, humildad, y desinterés, de los que tienen verdadera pasión de investigador. Tengo una deuda especial con René Ortiz Caballero y su ilustrada y aclaradora conversación. Con Marcial Rubio Correa por su amable presentación y con Armando Zolezzi Möller que estuvo siempre presente con su valioso apoyo.

Quiero mencionar también a Fernando de Trazegnies que sembró en mí la inquietud por investigar y, finalmente, a Alberto Florez Barrón quien fue partícipe de la concepción de este trabajo. A todos ellos mi más profunda gratitud.

INDICE

Presentación de Marcial Rubio Correa	15
Prólogo de Elvira Mendez Chang	19
INTRODUCCION	23
I EL <i>OFFICIUM</i> Y LA JURISDICCION COMO ATRIBUTOS DEL <i>IMPERIUM</i> EN LA EXPERIENCIA JURIDICA ROMANA	
1. Cuestiones preliminares	31
2. <i>Imperium</i>	
Antecedentes y fuentes	50
Concepto	54
Atributos	57
Delegación del <i>Imperium</i>	58
3. <i>Officium</i>	
Concepto	59
Atributos	92
Relación con el <i>Imperium</i>	92

4.	<i>Iurisdictio</i>	
	El problema etimológico	93
	Concepto	95
	Contenido	98
	A) Delegación de la <i>Iurisdictio</i>	107
	B) <i>Iurisdictio</i> contenciosa	114
	C) <i>Iurisdictio</i> voluntaria	115
	D) Críticas a la división	117
	E) Relación de la <i>Iurisdictio</i> con el <i>Officium</i>	121

II LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EN LA EXPERIENCIA FRANCESA. TRADICIÓN ROMANISTA Y RUPTURA

1.	Antecedentes	123
	Las Siete Partidas	125
	Contenido	126
	Tratamiento de la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria en las Siete Partidas	130
	Influencia en la normatividad colonial	134
	La experiencia francesa: Ruptura	148

III LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL PERÚ

1.	Antecedentes	161
2.	Ley del Notariado	167
	Funciones del Notario	169
	Rol del Notario en relación con la jurisdicción	170

IV APROXIMACIÓN A UNA TEORÍA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

1.	Introducción	171
2.	El problema del destinatario de la ley	176
3.	Procesos de cognición y procesos de ejecución	184
4.	Contenido del concepto	190
5.	El problema del valor protegido por la ley	194
6.	Propuesta de jurisdicción voluntaria en el Perú	206

BIBLIOGRAFIA	209
--------------	-----

PRESENTACION

Fernando Dupuy propone en este libro que los Notarios puedan asumir la función de resolver conflictos en la sociedad. ¿Es posible llegar a propuestas como ésta a partir de un estudio meditado de la administración de justicia desde el punto de vista jurídico? Sí lo es y tal vez el mérito más significativo de la obra que presentamos sea, precisamente, su esfuerzo imaginativo en el presente a partir de las lecciones irrepetibles del pasado.

Vivimos acostumbrados a un mecanismo de administración de justicia centralizado en el Estado, más precisamente en uno de "los tres poderes" del Estado: el Judicial. Esta forma de organizar las cosas ya tiene antigüedad y, probablemente, podamos encontrar sus primeros pasos en la Inglaterra que emerge del triunfo de Guillermo El Conquistador en el año 1066: el *common law* inglés es resultado de una rudimentaria pero trascendental centralización de la resolución de conflictos judiciales.

Sin embargo, la administración de justicia no fue siempre como la historia que reseñamos nos ha enseñado que debe hacerse. La Roma de la antigüedad tuvo buena parte de su fuerza en el sistema jurídico que organizó, que todavía estudiamos, y que fue construido en muchas instancias de su vida sobre el trabajo de ataduras de quienes, de una u otra manera, tenían que ver con la función jurisdiccional, es decir, de resolución de conflictos.

El Pretor, por ejemplo, renovó íntegramente el Derecho fundado en la Ley de las XII Tablas, desarrollado por el Colegio de Pontífices, abriendo nuevas posibilidades de accionar (es decir, de reclamar ante los jueces) con lo que estableció una inmensa cantidad de derechos inexistentes antes de él. La colección de todos estos derechos se compen-

dió en el *Edicto del Pretor* que fue una de las fuentes más importantes del Derecho Romano. También las opiniones de los grandes jurisperitos como Ulpiano, Papiniano, Paulo, Modestino, hicieron huella imborrable en el Derecho universal a partir del Derecho Romano.

Pretores y jurisperitos tienen en común el haber participado en una administración de justicia con jueces privados y, tal vez precisamente por ello, su influencia en el Derecho Romano pudo ser tan grande. La historia de lo que pudo ser no es historia sino fantasía, pero a juzgar por el devenir posterior, puede afirmarse que es probable que sin jueces privados, aquellos actores de la administración de justicia romana no hubieran llegado a tener la trascendencia que alcanzaron.

Esto hace ver que un sistema de jueces distinto del que predomina entre nosotros puede llegar a ser muy exitoso por la forma en que se organiza integralmente la solución de conflictos en la sociedad. De hecho, Roma y su colosal derecho son un testimonio aún vivo de ello.

Fernando Dupuy tiene el mérito de haberse internado en los pliegues y vueltas del Derecho Romano para investigar los detalles de esta actividad jurisdiccional y, luego, para pensar en la realidad actual con esos instrumentos. Es la forma de renovar el acervo cultural de las disciplinas al mismo tiempo que se conserva lo esencial de ellas, el aporte que las hizo trascendentes. También es interesante el recorrido del medioevo para llegar al rompimiento definitivo que con el pasado elabora el liberalismo de los siglos XVIII y XIX. Para los especialistas y también para el lector interesado en general, esta visión de la continuidad histórica y sus fracturas es muy importante: el presente se entiende en sus raíces y, sobre todo en el Derecho, son importantes las tres dimensiones y no sólo el largo por ancho de un presente sin profundidad y sin historia.

La reflexión de Fernando Dupuy es tanto más útil ahora cuando, desde diversas perspectivas, nos encontramos con la devolución a la sociedad de mucho de lo que en el pasado fue asumido en exclusividad por el Estado. Esta tendencia es muy importante en la Administración de Justicia y por muy diversas razones que van desde la velocidad y flexibilidad con que la jurisdicción voluntaria resuelve los conflictos, hasta las insuficiencias manifiestas de los aparatos estatales de justicia, no sólo en

el Perú ni en los países subdesarrollados, sino en la mayoría de los países del mundo. En esta perspectiva, la obra de Dupuy es tremendamente sugestiva, ilustrativa y, desde luego, polémica.

Desde hace varios años, la Pontificia Universidad Católica del Perú ha dado impulso renovado al estudio de las raíces romanistas de nuestro Derecho y esta obra colabora decisivamente a ese esfuerzo. Después de todo, es una investigación realizada en esa Casa de Estudios, a la que pertenecemos hace ya varios años el autor y yo, sentados en la misma aula y, muchas veces, en la misma carpeta. Me alegra que nuestra amistad de décadas se haya reencontrado en la común afición por un Derecho que ya cuenta sus años por miles y, sobre todo, que Fernando haya tenido la generosidad de pedirme escribir estas palabras de presentación.

Lima, octubre de 1995.

MARCIAL RUBIO CORREA
Vice Rector
Pontificia Universidad Católica del Perú

PROLOGO

La generosidad del autor me ha concedido el honor de hacer este prólogo; en estas líneas, me permitiré expresarle mi más vivo reconocimiento por la investigación realizada en el campo de los estudios romanistas.

El derecho interno del Perú forma parte del sistema jurídico romanista, de modo que sus conceptos, instituciones y principios se nutren de un largo proceso de evolución que hunde sus raíces en el Derecho Romano. Ello lleva a plantear la necesidad de analizar los problemas jurídicos que enfrentamos en la actualidad teniendo en cuenta el desarrollo histórico-jurídico; especialmente, a través de una investigación romanista.

Esta aproximación resulta ventajosa toda vez que el estudio histórico de una institución y los principios aplicables permite lograr su adecuada ponderación en el tiempo, a fin de que ésta pueda ser entendida y posteriormente criticada dentro de los lineamientos del sistema, con lo cual se puede plantear una propuesta importante y coherente.

Siguiendo esta línea, Fernando Dupuy ha realizado un trabajo de investigación de gran calidad académica en un tema de innegable actualidad: la jurisdicción voluntaria. De este modo, partiendo de un estudio histórico y romanista de la jurisdicción, el autor analiza los problemas actuales en torno a la jurisdicción voluntaria y su articulación con el Poder Judicial.

Para entender el complejo tema de la jurisdicción y darle una dimensión adecuada, se parte por determinar su origen y desarrollo dentro de la experiencia romana. A través de un estudio directo del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, se observó que la *iurisdictio* (de *ius* y *dicere*, decir el derecho) jugó un papel fundamental en la teoría sustantiva y procesal

romana, teniendo una innegable relación con los conceptos de *imperium* y *officium*. La *iurisdictio* era un atributo del *imperium* e incluía varias especies, entre las cuales encontramos lo que hoy se denomina jurisdicción voluntaria. El sistema romano operó correctamente gracias a un elevado sentido del honor que daba mayor importancia al magistrado, quien ejercía tanto la jurisdicción contenciosa como la voluntaria.

El aporte romano justiniano no se perdió en occidente, ya que en las fuentes del derecho ibérico (tal es el caso de las Siete Partidas) mantenían las bases del pensamiento romano. Sin embargo, la normatividad francesa post-revolucionaria produjo una fractura en esta concepción romana de la jurisdicción, estableciendo una contraposición entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria. Este planteamiento se difundió el siglo pasado, dada la innegable influencia del derecho francés en distintos Estados del mundo, proceso del cual no se sustrajo el derecho peruano.

Al hacer el análisis de la legislación del Perú sobre la jurisdicción voluntaria, se encuentran los rastros del planteamiento romanista-ibérico y la posterior fractura francesa. Una revisión de los principales cuerpos de leyes vigentes que se refieren a la materia (la Constitución Política del Perú de 1993, el Código Procesal Civil, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley del Notariado) corrobora esta apreciación puesto que en éstos se advierte la huella indeleble dejada por la legislación francesa que, apartándose de la tradición romana e ibérica, confunde y contrapone el concepto y alcance de la jurisdicción, afectando la claridad en la determinación de las funciones de los operadores del Derecho y generando una falta de colaboración entre ellos.

La cuidadosa investigación realizada permite comprobar que, sobre la base de la tradición romanista, la función del Notariado se interrelaciona y colabora con la jurisdicción; en especial, con la jurisdicción voluntaria. Asimismo, no hay incompatibilidad entre las funciones del Notario y las de los Jueces del Poder Judicial, pues ambos están al servicio de los individuos desde distintas perspectivas: el juez actúa principalmente en los supuestos en los que hay conflicto; por su parte, el Notario actúa en los supuestos en los que hay acuerdo entre las partes. Por ende, no se puede señalar *a priori* que uno sea más adecuado para la protección de los derechos.

Como resultado de la investigación, el autor presenta una propuesta de lineamientos básicos sobre la materia, que puede resumirse en lo siguiente: las actividades de jueces y notarios deben darse en un clima de colaboración y coordinación, sin duplicación innecesaria de esfuerzos. Por ende, la jurisdicción voluntaria puede estar en manos de los notarios, lo cual reduciría la carga de trabajo del Poder Judicial. No obstante, es necesario legislar lo relativo a la jurisdicción voluntaria en un cuerpo orgánico, incluyendo los mecanismos procesales que le den mayor rapidez y eficiencia.

Esta investigación y la propuesta planteada son sólidas y coherentes, habiéndose combinado adecuadamente la seriedad científica, gran erudición y un manejo teórico y práctico de las instituciones jurídicas. Asimismo, el trabajo realizado es de gran interés en la medida que no es frecuente que en el Perú se desarrollen investigaciones que estudien las raíces histórico-jurídicas de nuestras instituciones y brinden respuestas a problemas actuales. El gran esfuerzo de Fernando Dupuy permite reforzar la importancia del Derecho Romano en la formación de nuestro sistema jurídico romanista así como su función de crítica y de desarrollo del Derecho.

La publicación de esta investigación se produce dentro de la larga experiencia de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el desarrollo de los estudios romanistas y la difusión del Derecho Romano, experiencia en la que, junto con Marcial Rubio, hemos participado directamente. Ojalá que trabajos como los de Fernando Dupuy sirvan para incentivar otras investigaciones romanistas que permitan un mejor conocimiento del Derecho en el Perú y el planteamiento de propuestas adecuadas para nuestro país.

ELVIRA MENDEZ CHANG
Profesora
Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

«La ley, al regular el proceso debe buscar economía de tiempo, dinero y molestias. No se concibe que para un mismo objeto se concedan dos vías; una tortuosa y otra expedita, y menos que si el interesado elige esta última se le conceda el derecho de intentar después la otra.»

«La ley no tiene ningún interés en que haya litigio, y mucho menos cuando éstos son inconducentes. El mecanismo judicial no se mueve, no puede moverse, para satisfacer caprichos u obtener resoluciones inocuas; ha sido, por el contrario, instituido con los fines concretos y elevados de obtener la actuación del derecho o la satisfacción del interés tutelado por el mismo. De manera que, cuando ni una ni otra cosa determinan la demanda, la actividad jurisdiccional no tiene por qué prestarse.»

David Lascano, Hacia un nuevo tipo de proceso, *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Año I, 1943, primera parte, págs. 92 y 888.

INTRODUCCION

La presente investigación es el fruto de una antigua inquietud derivada de la labor desarrollada durante los últimos 17 años en un Oficio Notarial de Lima, y de la reflexión suscitada por las críticas constantes percibidas contra una institución como el Notariado, de utilidad para la comunidad y que es de uso general en el Perú.

La existencia del Notariado responde a una tradición de confianza institucional, la cual no emana de una costumbre que nos dice que debemos respetarla sino porque tiene validez en sí misma. Pero, a pesar de ello, es materia de crítica. Es a raíz de esas críticas que se tomó la decisión de profundizar el concepto de jurisdicción voluntaria para aclarar ideas y responder las preguntas escuchadas a lo largo de muchos años, entre ellas las relacionadas con la jurisdicción, la jurisdicción voluntaria y su aparente rival, la jurisdicción contenciosa. Esta percepción se da inclusive en el medio judicial, en donde se observa cierto menosprecio hacia funcionarios como los Notarios, que dan fe, como si su función disminuyera la propia función judicial. Sin embargo, en la práctica, el Notariado estaba disminuido al depender de la Corte Superior para el nombramiento de sus miembros y un supuesto derecho de control de su conducta en relación de subordinación, situación que felizmente a la fecha se ha superado.

Dicha actitud se basaba en la falta de una conciencia acerca de la función que el Notariado cumple, y subsiste la pregunta acerca de por qué los actos se formalizan ante los Notarios si, al mismo tiempo, se pueden realizar ante los Jueces.

Los Jueces son partícipes de un poder del Estado y los Notarios, no. Entonces, ¿de dónde proviene su autoridad?

Hasta la promulgación de la nueva Ley del Notariado, éstos eran nombrados por la Corte Superior, quien decidía acerca de la aptitud de los aspirantes a Notarios, previa calificación de méritos y un examen. Pero no era de conocimiento público en qué consistía este examen. A pesar de ello, los Notarios estaban allí y cumplían su función. Muchos de ellos eran personas respetables e importantes en la Comunidad, pero siempre las rodeaba una niebla que empañaba su existencia en sí, como si fuera una sinecura propia de la época en que la legislación española autorizaba la venta de oficios o su herencia entre miembros de la misma familia. La idea de un privilegio no justificado estaba latente.

Posteriormente, se crearon los concursos destinados a proveer las plazas de Notarios, se daba publicidad a los cuestionarios de trabajo, los nombramientos de sus miembros se desvincularon del Poder Judicial; pasaron a ser autónomos, integrando su propio Colegio Profesional, creando su propio organismo de control interno y ejerciéndolo en forma seria. Sin embargo, sigue existiendo una atmósfera que no explica cómo se llegó a la creación del Notariado como institución. Hay antecedentes que se remontan a la época de Roma y su actuación aparece de las fuentes del Derecho Romano, referida a la función de los *tabelliones*. Estos ejercieron la jurisdicción voluntaria, lo cual parecería ser una «hermana menor» de la jurisdicción contenciosa, ya que si no es ejercida por el Poder Judicial, no parecería ser tan importante.

Para dar respuesta a estas inquietudes e interrogantes, nos hemos aproximado a las fuentes, sistematizando los conceptos que en nuestra opinión dan sustento a la jurisdicción, la jurisdicción voluntaria y el fundamento del *officium*, que era la dignidad alrededor de la cual se ejercía la función notarial. El aclarar este tema es el punto de partida del sistema de aplicación de la jurisdicción voluntaria.

La hipótesis planteada es: basándonos en la tradición romanista, la función del Notariado se interrelaciona y colabora con la jurisdicción, en especial, la jurisdicción voluntaria. No hay contradicción interna alguna entre las funciones de los miembros del Poder Judicial y del Notariado. Ambas instituciones están al servicio de la mejor administración de la relación de los individuos que forman la sociedad con la ley, pero desde diferente perspectiva: el Poder Judicial en situaciones de conflicto y el Notariado en situación de acuerdo. El fundamento de esta propuesta deri-

va de su eminente sentido práctico, por su celeridad, acceso directo de los intervinientes al Notario, la posibilidad de recibir asesoría y porque no se ha probado que el derecho se encuentre más protegido mediante otro sistema paralelo destinado a la declaración de derechos.

El método empleado es el histórico y sistemático. Para desarrollarlo, hemos subdividido el presente trabajo en cuatro capítulos.

El primer capítulo trata de los fundamentos del Notariado, de su origen relacionado con la capacidad de *imperium* de los magistrados; del *officium* como el atributo, actividad, dignidad de que gozaban los *tabelliones*, antecesores de los actuales Notarios. Luego, viene la jurisdicción como atributo del imperio y que fue ejercida por los magistrados en uso del *imperium*. El segundo capítulo versa sobre la proyección histórica del derecho romano acerca de la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria y cómo se acercó a nuestro mundo actual. El derecho castellano, a través de las Siete Partidas, tuvo plena vigencia e inspiró la legislación de la primera época republicana. El derecho francés, inspirador de los códigos modernos, participó en gran medida en el espíritu de las legislaciones posteriores a la Revolución Francesa, que por ser una creativa legislación para una época de excepción, sirvió de modelo para muchas legislaciones modernas, aunque fue en detrimento de algunas figuras, como la jurisdicción voluntaria.

En el segundo capítulo, trataremos de seguir este viaje en el tiempo a través de las huellas que han quedado en el derecho español y el derecho francés, donde se legisló y reglamentó sobre el tema de la jurisdicción voluntaria. A través del manejo de los monarcas españoles, se distorsionó lo ejemplar de la institución notarial en su origen, impidiéndonos ver claro los roles que cumplieron. Se perdió, a partir de los Siglos XVI y XVII, una función pública basada en el honor y la dignidad, la que se convirtió en campo de comercio al permitirse la venta de oficios, lo que indudablemente perjudicó la imagen y seguramente el ejercicio de la función notarial.

En el capítulo tercero, nos aproximamos al caso peruano, en el cual el Notariado como tal no existió hasta este siglo. Las funciones fueron cumplidas por el Poder Judicial y la distinción entre actos de jurisdicción contenciosa o voluntaria carecía de utilidad, ya que fueron ejercidas por

la misma persona. Vemos cómo se da la jurisdicción en la actualidad, en cuanto a su origen y la confusión que se ha creado entre los actos de jurisdicción contenciosa asumidos por el Poder Judicial, los de jurisdicción voluntaria o no contenciosos, que se ventilan en el mismo fuero, y aquellos actos de jurisdicción voluntaria que ejercen los Notarios.

En el capítulo cuarto nos aproximamos a la relación funcional de la persona con la ley, estableciendo el rol del intermediario necesario a fin de asegurar el mayor valor protegido por la legislación como es la paz social. Vemos cómo la aproximación al tema que motiva la relación jurídica en la actualidad, siempre conlleva por parte del tercero interviniente (llámese Juez o Notario) una etapa de conocimiento y, recién cuando es necesario un fallo mediante la ejecución forzada de una prestación, se requiere la intervención del Juez (sentencia). Ello equivale a que la jurisdicción ejercida por virtud del imperio delegado no requiere en su aplicación hacer uso del imperio en sí, salvo el caso de ejecución forzada de derechos, lo cual, regresando a las fuentes romanas, sería un distintivo claro acerca de lo que fue la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria. En Roma, existió Imperio tanto en la jurisdicción voluntaria como en la contenciosa. Ello equivalía a ejercer el imperio sin el cual la intervención del Notario o el Juez perdía sentido. Este imperio es un atributo del cual carece, en la actualidad, la jurisdicción voluntaria.

Finalmente, cabe mencionar que este trabajo no pretende agotar el tema investigado sino dejar constancia de un problema, cuyo estudio ayudaría al progreso y desarrollo de la ciencia del derecho con innegables ventajas.

Como ideas generales que se puedan extraer de la investigación mencionamos las siguientes:

- 1) En Roma, el sistema legal y político estaba basado en el honor como el más valioso atributo que podía poseer un ciudadano. El honor permitía desarrollar un oficio, aspirar a una magistratura y eventualmente al Senado, merecía el reconocimiento ciudadano, y permitía ejercer como magistrado la jurisdicción en casos que no estuvieran en el campo de acción de su competencia, de solicitarse lo las partes interesadas en su arbitraje.
- 2) La tónica del ejercicio de la jurisdicción llevó un sentido de cola-

boración entre los distintos funcionarios que la ejercieron: magistrado, árbitro, juez, y *tabellión* trabajaron en conjunto y en relación.

- 3) El *Officium* se convirtió en el período justiniano en la organización ciudadana en que se apoyó el poder del *populus*. Los *officii* ejercieron imperio y jurisdicción, y gozaron de discrecionalidad.
- 4) Los magistrados tuvieron la más amplia discrecionalidad en el desarrollo de los oficios. Los entendidos en derecho, magistrados, jueces, *tabelliones* y jurisconsultos tuvieron, de acuerdo a ley, la capacidad de incorporar las costumbres que habían probado ser buenas en la legislación.
- 5) No se ha encontrado en Roma una diferenciación de fondo entre la jurisdicción contenciosa y voluntaria, salvo las diferencias en cuanto a su ejercicio. Se puede decir que una diferencia entre ambas, es la carencia de ánimo litigioso en la jurisdicción voluntaria, y la comprobación de que el mismo ánimo litigioso siempre está presente en la jurisdicción contenciosa.
- 6) La magistratura, en el período romano, nunca delegó su facultad de imperio, salvo casos excepcionales, lo cual tampoco existe en la legislación actual. El imperio es y debe ser exclusivo del Poder Judicial.
- 7) En Castilla, había un mayor número de procesos lo que justificó que la administración adoptase funciones más especializadas, separando la jurisdicción contenciosa de la voluntaria. El oficio de los Notarios perdió su importante posición en la sociedad, por haberse modificado en las Siete Partidas la estructura de ejercicio del poder, ligado a un estado monárquico autoritario, en que se privilegió el centralismo, resintiéndose de ello las instituciones. No fue ajena a este hecho la jurisdicción voluntaria, en cuyo ejercicio se observó la decadencia.
- 8) La búsqueda de la estabilidad política, como consecuencia de la independencia del imperio español, llevó a los legisladores latinoamericanos a adoptar la legislación de inspiración francesa, que motivó la desaparición de instituciones como la jurisdicción voluntaria.
- 9) No existe en la legislación peruana interpretación alguna acerca del rol del Notario en relación con la jurisdicción voluntaria, menos aún que tenga relación con algún tipo de jurisdicción.
- 10) En la legislación peruana se ha tratado la jurisdicción y la judicatu-

ra como términos sinónimos. Esta confusión motivó que al legislar se incurra en errores, mencionando la palabra jurisdicción en lugar de la de judicatura, que es un término con contenido más amplio. Esto se observa en la Constitución Política vigente, Código Procesal Civil y en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

- 11) Los actos de jurisdicción voluntaria que se encuentran legislados en forma inorgánica en el Perú, hacen necesario definir los actos que la integran para colocarlos en un cuerpo legal unificado.
- 12) Se recomienda establecer que la formalización de los actos de jurisdicción voluntaria, se debe hacer ante el Poder Judicial sólo como excepción.
- 13) Se debe legislar siguiendo la tendencia que existe en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el sentido de que los Jueces asumirán la formalización de procedimientos de jurisdicción voluntaria sólo en caso de ausencia o impedimento de Notarios y, a su vez, establecer la obligación de los Notarios de informar documentadamente a los Jueces, de los asuntos con vocación litigiosa que se susciten ante ellos, derivados de la formalización de los actos de jurisdicción voluntaria, expresando su posición como fedatario frente a los mismos actos.
- 14) Se debe aprovechar la experiencia de los Notarios, que por haber funcionado como formalizadores de los actos de jurisdicción voluntaria, pueden aportar su experiencia acerca del funcionamiento de la asesoría de las partes y cómo se puede adecuar ésta a los nuevos procedimientos.
- 15) Históricamente, los procedimientos de jurisdicción voluntaria se hacían ante Notarios.

De ellos, los inventarios, la administración judicial de bienes, las adopciones, la autorización para disponer derechos de incapaces, la declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta, la constitución de patrimonio familiar, el ofrecimiento de pago y consignación, la comprobación de testamentos, la inscripción y rectificación de partidas y la sucesión intestada, son actos de jurisdicción voluntaria que en otras legislaciones realizan los Notarios. Aparentemen-

te, por falta de conciencia y una óptica dogmática acerca de las funciones del Poder Judicial, no se ha hecho un estudio serio acerca de la posibilidad de incorporarlas dentro de las funciones del Notario.

- 15) El Notario, según la ley peruana, es funcionario público mas no depende del Estado. La atribución de público es porque realiza una función pública.
- 16) El problema central del Notariado frente a la jurisdicción contenciosa es de interrelación y colaboración, y no hay contradicción interna alguna entre los miembros del Poder Judicial y el Notariado.
- 17) El fundamento de la propuesta de revalorizar la jurisdicción voluntaria se deriva de su eminente sentido práctico, por su celeridad, acceso directo de los intervinientes al Notario, la posibilidad de recibir asesoría independiente, y porque no se ha probado doctrinariamente que el derecho se encuentre más protegido mediante otro sistema paralelo destinado a la declaración de derechos. Así mismo, ello permitiría descargar las labores del Poder Judicial.
- 18) El Poder Judicial se encuentra recargado innecesariamente con procesos no contenciosos que, por su naturaleza, deberían ser eliminados como tendencia de su campo de acción. Ello ayudaría a descargarlo de gestiones innecesarias que distorsionan la función y favorecería una mejor administración del sistema de aplicación del derecho.

I

EL *OFFICIUM* Y LA JURISDICCIÓN COMO ATRIBUTOS DEL *IMPERIUM* EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA ROMANA

1. CUESTIONES PRELIMINARES

Al aproximarnos al ejercicio del Imperio en Roma, adquirimos una de las experiencias más interesantes acerca del desarrollo de una cultura. Roma, bajo los influjos de la filosofía estoica desarrolló con una genialidad sin igual un sistema jurídico que ha influido y servido de base para el derecho moderno.

«Panecio representaba un dogmatismo menos rígido que sus predecesores, elaborando las doctrinas éticas más bien según la vida práctica, lo cual, precisamente, las hizo más accesibles al espíritu romano.»¹

Este privilegiado sistema no se creó en forma inmediata sino que tuvo un largo proceso de maduración que duró varios siglos, hasta alcanzar el nivel de influencia sobre todo el sistema jurídico de las civilizaciones posteriores.

Se inició a través del crecimiento de una ciudad-estado que paulatinamente fue absorbiendo a las civilizaciones que la rodeaban, extendien-

1 DE SANTIS, Gaetano. *Historia Universal. Hélade y Roma. El origen del Cristianismo*. Madrid: Espasa Calpe, 1933. Tomo II. Pág. 360.

do posteriormente su dominio a los territorios que rodeaban el Mediterráneo y la mayor parte de Europa. Este crecimiento se dio gracias a las grandes cualidades de organización y la fuerte disciplina de la población romana. La genialidad del sistema es que este notable crecimiento no se da dentro de un sistema centralista que acumuló el poder en forma desmesurada, sino a través del desarrollo de un sistema de participación masiva ciudadana, que creó prosperidad entre los miembros de la sociedad y los hizo participar en actos de gobierno, con una organización política sólida de amplia base.

«El formalismo que hemos visto imperar en la vida romana, el respeto a la ley y al orden articulado...fueron causa, de que el pensamiento romano se orientase tanto más hacia las instituciones tradicionales del derecho y las fórmulas en que éstas se expresaban, cuanto más el progreso de la cultura y el contacto con otros pueblos, cuya vida ético-social había alcanzado un grado superior, impulsaba a los romanos a transformar sus representaciones jurídicas. Esto no aconteció por eliminación de lo viejo y sustitución por lo nuevo, sino que se interpretaron las doctrinas tradicionales del derecho, se buscó una determinación más exacta de su contenido y se realizaron en el nuevo espíritu todas las posibilidades contenidas en los preceptos tradicionales.»²

Esto permitió el desarrollo del comercio, se establecieron rutas de intercambio, la unificación de territorios; el crecimiento del imperio se convirtió en una necesidad de subsistencia para el mantenimiento de un mundo que o desarrollaba o desaparecía.

Este desarrollo se dio en Roma en forma embrionaria en la primera etapa, cuando era una ciudad pequeña, rodeada de ciudades-estado tan o más fuertes que ella; como una necesidad de subsistencia, se organiza y disciplina. No hay lucha exterior, sin paz interior. El gobierno de Roma, consciente de la necesidad de contar con el apoyo de su pueblo, creó una legislación en que la búsqueda de la justicia ocupa el primer lugar y, paralelamente, desarrolla un sistema de aplicación del derecho tan eficiente como su legislación. Este desarrollo fue paulatino.

2 *Ibíd.*, Pág. 315.

Uno de los aspectos más originales de los romanos está en aprovechar los medios y avances de sus vecinos. Así, seleccionaron de Grecia las mejores leyes existentes en su época y las adaptaron a su realidad.

Esta legislación tenía que tener un arraigo popular. Imaginemos esta Roma de los primeros tiempos, pequeña, en que todo aquello que se innovara era del conocimiento general. En cierto momento, la legislación se plasmó en tablas escritas que se pusieron en exhibición en el Foro, lugar por donde circulaba el ciudadano romano en sus labores cotidianas. Las normas estaban al alcance de todos pero no podían ser entendidas por el común de los ciudadanos; así se formó el Colegio de Pontífices, personajes especializados en leyes, cuyo criterio y espíritu de justicia era conocido, y que adquirió autoridad moral y respeto de la ciudadanía. Para la interpretación de las leyes, surgieron intérpretes y se llenaron los vacíos de acuerdo a la casuística de la vida diaria. La legislación se enriqueció y surgió la Ley de las Doce Tablas, que se conoce como la primera legislación compendiada después del Código de Hammurabi. El orden interno y la prosperidad permitieron conquistar a sus vecinos y extender la civilización romana con todos los elementos de un estadio de desarrollo superior. La relación constante entre la autoridad y el pueblo permitió la creación de magistrados que participaban del gobierno al crearse el cargo de Tribunos de la Plebe, es decir, miembros del pueblo que hablaban desde las tribunas del Foro y voceros de los deseos populares. Frente a esta participación ciudadana, subsistieron los representantes de la clase privilegiada anterior que formaron la base de un cuerpo de gobierno colegiado. Este cuerpo estaba formado por los hombres de más amplio criterio y experiencia; y como estaba formado por los participantes de mayor edad de la sociedad, se llamó Senado, que viene del latín *Senex*, que significa anciano. Paralelamente, se eligieron magistrados con un prestigio fuera de toda duda y que gozaban del respeto de todos. Las normas que dieron los magistrados formaron el derecho honorario, que se incorporó a la legislación, aunque, por la variedad en cuanto a sus orígenes, no formó un cuerpo de leyes ordenado sino un derecho abierto al cual diariamente se le incorporaban normas conforme surgía su necesidad.

La legislación, por la forma en que se dio el proceso histórico, tuvo peculiares características, ya que subsistió en Roma una tradición madura con reconocimiento popular, y se aplicó al mismo tiempo en lugares extraños y ajenos a la cultura romana. Esto creó dificultades, pero es gra-

cias a esa anómala situación que poseemos el testimonio de leyes que han llegado hasta nosotros.

El derecho de conquista basado en el dominio de los territorios conquistados y la sustitución de su régimen de gobierno por el de Roma no se dio en forma pacífica, tal como podemos recoger de testimonios en *Las Guerras de las Galias* de Julio César. Este proceso de conquista violenta es lo que jurídicamente conocemos como el Imperio de Espada o mero, que es un concepto absoluto. La capacidad de definición de los romanos no justifica la situación de hecho, pero por sus características de orden y su civilización lo incluyen en la legislación, como parte del proceso de formación del derecho. Este espíritu práctico que recoge las más variadas situaciones en forma creativa es lo que constituye la originalidad del sistema y lo hace único.

Paralelo al Imperio de Espada o mero, se da el imperio mixto, que es la misma figura aplicada a la organización y al mundo del derecho, que permitió que se aplicara la legislación romana en los nuevos territorios. Esta conquista no sólo por las armas, sino cultural, se dio al absorber los romanos los usos y costumbres de los territorios conquistados, con lo cual se facilitaba la ocupación y, al mismo tiempo, se enriquecía la legislación, ya que muchos de los usos cuando demostraban ser de aplicación y utilidad general, fueron incorporados como parte de la cultura romana y aplicados en otras zonas del imperio. Los romanos nos dejaron un testimonio invaluable del mundo de su época, que absorbió lo mejor del mismo.

El derecho romano es aplicado al comienzo por los militares en sus juzgamientos de los pueblos conquistados. A fin de asentar la civilización romana se crearon funcionarios que ejercieron el derecho en los territorios conquistados. El gobierno de los militares es un régimen de excepción y no es el índice de normalidad. Llegaron a los nuevos territorios los Pretores, que en Roma son urbanos y en los nuevos territorios se llaman peregrinos.

En Roma, la cultura general jurídica era parte de la conciencia de los ciudadanos, quienes se adherían a los pronunciamientos de los magistrados y acataban sus fallos. En provincias, el legislador, dando ejemplo de sabiduría, plasmó el derecho con esmero en forma escrita, como una

guía para el Pretor pero también como una forma de enseñar a los pueblos conquistados la civilización romana. La especialización del funcionario le permite no sólo aplicar la ley sino también el derecho a través de la costumbre de los lugares conquistados. La capacidad de asimilar conocimientos está introducida en la mentalidad del colonizador. El mismo estaba dotado de la facultad de discrecionalidad en el más alto grado y esta discrecionalidad se reflejó en la legislación, al establecer que al aplicar la legislación romana, se debería hacer lo necesario a las circunstancias, no a lo que se haría en Roma. La flexibilidad del legislador es proverbial. Esto sólo era posible con magistrados con una cultura general y preparación fuera de lo común. El espíritu de los mismos se había formado dentro de una escuela que premiaba la capacidad, el esfuerzo y la lealtad. Al extenderse el Imperio Romano y el poder derivado del mismo, crecen las poblaciones y se integran al mundo de los romanos. Muchos de los pueblos conquistados se dan cuenta de las ventajas de formar parte de una organización que les permite prosperar. Se extiende el comercio y se adoptan instituciones del mismo tipo de Roma en los territorios conquistados. La cultura general también crece y con ella la necesidad de volver a crear funcionarios que llenen los requisitos de una nueva sociedad. Surgen los diferentes oficios y hay un cambio sutil en la forma de aplicación del derecho. Los magistrados aplicaban el derecho en uso de su imperio, con las más amplias facultades. Tenían el imperio de espada, mas éste deja de ser empleado al no haber más guerras de conquista. Lo que hay es administración de las ciudades así como gobierno y administración del derecho de los ciudadanos. El Pretor llena ese rol, mas el número de casos le toma demasiado tiempo, por lo que se ve obligado a delegar en terceros sus facultades de juzgamiento. Es así como surgen los árbitros en una época temprana y luego los jueces. En el período de arbitraje, el magistrado frente al pedido de los particulares, delega en un ciudadano de virtudes cívicas y que goza del respeto de los litigantes la facultad de buscar una solución que permita armonizar las pretensiones de los ciudadanos emitiendo una sentencia que debe ser de cumplimiento forzoso. Ante el incumplimiento de una de las partes interesadas, la otra adquiere el derecho de recurrir al magistrado para que obligue al cumplimiento forzoso de la prestación. Paralelo al litigio, se daban casos de verificación de la existencia de contratos que a fin de adquirir estabilidad, necesitaban de la ratificación del magistrado. Estos casos son los que posteriormente conoceremos como de jurisdicción voluntaria. En una etapa posterior, el Pretor puede dar la causa en arbitraje pero, cuando por

las características de la acción se requiere un juzgamiento, nombra a un juez para que emita una sentencia. Es un período de mayor madurez en la aplicación del derecho, ya que la creación de la institución de los jueces permite la delegación de mayores atributos que las del árbitro. La ley dice que se da jurisdicción y con ella todo lo necesario, equivalente a la parte necesaria del imperio para el cumplimiento de los fallos. Luego, además de la jurisdicción, se está delegando parte del imperio mixto. El juez tiene la capacidad de exigir el cumplimiento de sus fallos, lo cual no quita al magistrado parte de su imperio, sino que él mismo funciona como instancia superior en caso de apelación. Al mismo tiempo, surge una abundante legislación acerca de la delegación y cómo se debe dar. La lógica de la legislación romana sobre delegación se aplica aún en nuestros días. Los casos de jurisdicción voluntaria, por su inmediatez siguieron en manos del Pretor, quien formalizó todos los pedidos de convalidación de actos jurídicos con pleno acuerdo de los interesados.

En los casos de jurisdicción voluntaria, el jurista Marciano (D.1.16.2.pr.1) nos deja una obra en la cual trata de sintetizar la aplicación del derecho en provincias, mencionando la diferenciación a su criterio entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria. No lo hace mediante una definición sino mediante una descripción; sobre todo mediante la atribución de un nombre a la jurisdicción voluntaria. Marciano no define ningún atributo de la misma sino que deja constancia que es contenciosa la acción en la cual hay un ánimo de litigio y es voluntaria la acción que carece de dicho ánimo. En consecuencia, en su origen, lo que distingue a las dos entidades es la actitud litigiosa o de acuerdo de los interesados en la acción legal. Procesalmente, se aplicaban en su inicio con los mismos formalismos, mediante las mismas acciones y ante el mismo magistrado. Posteriormente, se distinguieron en cuanto al ejercicio, ya que para actos de jurisdicción contenciosa se crearon árbitros y luego jueces; para los actos de jurisdicción voluntaria se siguió acudiendo al Pretor. Inclusive en la aplicación de normas de derecho a provincias, el Pretor en pleno uso de su imperio tenía jurisdicción voluntaria por el hecho de ser magistrado, aunque no hubiera llegado a la provincia en la cual se le nombró como Pretor. Sin embargo, no puede realizar procesos de jurisdicción contenciosa hasta que no entre en territorio de la provincia para la cual se le nombró, así como tampoco puede nombrar árbitros ni jueces salvo en su provincia. Los delegados no pueden ejercer funciones hasta que el Pretor entra en el territorio de su Pretura. Observamos

claramente dos cosas: una es la jurisdicción territorial de la Pretura, lo cual no tiene que ver con el hecho de ser magistrado. El derecho de la magistratura es absoluto, como veremos en el presente trabajo, mas de ello aprendemos que en materia de jurisdicción voluntaria, por la inmediatez de su ejercicio y no estar sujetos los actos a discusión ni controversia en cuanto a capacidad del funcionario ni en cuanto a los alcances del acto formalizado, la ley facilitó su ejercicio en la más amplia de las formas, permitiendo que se llevaran a cabo en las más variadas circunstancias y ante los diversos tipos de funcionarios.

La principal fuente directa del Derecho Romano es el *Corpus Juris Civilis* del Emperador Justiniano, que es la más grande codificación de la legislación romana que haya llegado hasta nosotros. No es cronológica, estando agrupada por materias. Esto crea dificultad en cuanto a ubicar en que época se emitió la disposición legal. A pesar de ello, hemos procurado reconstruir el ejercicio del poder tal como lo expresan las normas, de las cuales se ha podido abstraer el qué y el cómo del ejercicio de la autoridad. Es conveniente que antes del estudio de la institución romana en su conjunto profundicemos en el cómo se aplicó la norma por razón de la competencia de los magistrados. De la lectura de las fuentes, vemos el origen de los magistrados y cómo se crearon las Preturas. Se crearon distintos tipos de magistrados para desempeñar las variadas funciones de la vida ciudadana, producto de una delegación de los magistrados mayores.

Es curioso el sistema de determinación de rangos dentro del orden civil. La ley no da una definición exacta del oficio y de las funciones que desempeña, sino que nos informa en líneas generales el objeto de su creación. Al mismo tiempo, nos dice que son funcionarios mayores aquellos a los cuales la ley no les asigna una función concreta. En consecuencia, tienen todas las funciones y son menores aquellos a quienes la ley les da un campo concreto para accionar; por consiguiente, tienen como norma las atribuciones asignadas y por excepción aquellas que posee por razón de magistratura. Una primera observación es que la aparente confusión de roles podría ser negativa; pero en la práctica no fue así y más bien funcionó como uno de los más originales, versátiles y creativos sistemas de gobierno. Los magistrados mayores realizaban todas las funciones, pero eran menos numéricamente. Los magistrados menores eran más numerosos que los mayores, pero tenían un campo de acción definido. La sabiduría de la ley estaba en premiar mediante estímulos y dignidades a

los magistrados para que desempeñasen con el máximo nivel de calidad sus atribuciones. Esta actitud de los legisladores en la práctica permitió agilizar la eficiente aplicación de la justicia.

El magistrado, por el hecho de ser mayor o menor, tenía atribuciones amplias. Se supone que el mayor tenía pleno imperio, es decir, imperio mero y mixto. En cambio, el menor sólo tenía el mixto. Pero ambos tenían discrecionalidad en el ejercicio de su magistratura, lo cual equivale a responsabilidad delegada, la cual se ejercía de acuerdo a los mandatos de la ley y a los precedentes legales existentes, teniendo el magistrado, de acuerdo a su calidad intelectual, la capacidad de enriquecer los fallos de acuerdo a su experiencia y versación. Es por ello que la ley permitió que los particulares escogieran dentro de la variedad de magistrados a alguno concreto para que conociera su caso. Era una atribución extraordinaria que premiaba el buen desempeño de determinado magistrado y le daba gran prestigio. Aquél que era buscado por su saber, su prudencia y el actuar con equidad, era reconocido en la sociedad. Ello nos permite afirmar que las atribuciones de los magistrados romanos se daban como tendencia. Absorbían las funciones propias de su oficio de magistrados y aquellas que les correspondían por derecho de magistratura. El campo de su accionar era mayor dentro de su oficio pero, por el hecho de ser magistrado, era considerado como un funcionario de rango elevado y podía actuar en otras actividades de regulación social. Todos los magistrados realizaban actos de jurisdicción voluntaria y de jurisdicción contenciosa, estos últimos dentro de sus atribuciones territoriales o en casos especiales y a pedido de los litigantes para que emitan el fallo en un caso concreto. Los de jurisdicción voluntaria, al no ser materia de controversia, los podían realizar todos los magistrados y en cualquier circunstancia.

Conforme maduró la civilización romana, también maduró la magistratura. Aparecieron nuevos tipos de funcionarios y el ejercicio del poder se volvió más complejo con una delegación indirecta. En los primeros tiempos de Roma, los magistrados fueron personas que por un desempeño notable eran elegidos por el pueblo. El ejercicio de la magistratura estaba basado en los atributos personales de quien ejercía el cargo. Ello fue positivo y permitió que se desarrollara la organización a la par que crecieran los territorios que integraron el imperio. Pero ante la vastedad del mismo y la imposibilidad de que el gobernante eligiera a

ciudadanos virtuosos porque simplemente no los conocía, surgieron los oficios. *Officium* equivale por aproximación a nuestros actuales colegios profesionales, pero con mucho mayor rango y atribución. El poder se ejerció a través de su accionar y los miembros de la organización actuaron como autoridades con facultades semejantes a la antigua magistratura. Pero, por razones históricas, al crearse la institución del Emperador, no son llamados magistrados. El Poder se dirige hacia el Príncipe, sin desaparecer los atributos de los antiguos magistrados y Pretores, cuyos cargos siguen vigentes. Aparentemente el Poder Político se apoyó en oficios con una afinidad mayor para el Emperador, superponiéndose a las magistraturas tradicionales. Dentro de este orden, también se enriquece el mundo de lo jurídico, ya que se crearon nuevos oficios para ejercer las respectivas jurisdicciones, mediante la creación de jueces estables, para el caso de la jurisdicción contenciosa y de *tabelliones* para el ejercicio de la jurisdicción voluntaria. Su creación obedece al sinnúmero de casos que tenían que desarrollar, lo que obligó a separarlos de las labores del poder político y a desarrollarlos como representantes de sus respectivos oficios. Recordemos una vez más que en Roma había libertad de intervenir en diferentes casos de solicitarlo así los particulares. Los campos de competencia no fueron tan rígidos como los actuales. Así, un juez podía intervenir por excepción en casos de jurisdicción voluntaria y un *tabellion* en casos de jurisdicción contenciosa. Es por eso que afirmamos que las competencias se daban como tendencias. En las fuentes encontramos la atribución legal que nos indica que el *Tabellión* y el Juez eran magistrados con *Imperium* y *iurisdictio*.

El sistema de delegación funcionó con gran eficiencia, a niveles que en la actualidad es difícil imaginar, pero que en Roma se dio con firmeza y permitió la difusión del mundo civilizado de acuerdo a la época, en un territorio cuyos límites fueron los más extensos que se hubieran dado hasta ese momento.

En el período clásico, en Roma, los magistrados ejercían el poder en forma colegiada.

Vemos que en el período clásico se crearon los magistrados mayores y menores. Los magistrados mayores eran aquellos cuyas funciones no estaban definidas, lo cual significaba que tenían pleno imperio y toda clase de jurisdicciones. Los magistrados menores tenían imperio y juris-

dicción aplicable al campo concreto para el cual fue creado el cargo. Pero los campos de competencia en Roma, no tenían la definición que se atribuye en nuestros tiempos a los oficios. Los magistrados tenían pleno imperio en el desempeño de su oficio, y también lo tenían en otros oficios, cuando en casos de excepción les era solicitada su intervención.

Con el paso del tiempo, al instaurarse el Imperio como régimen de gobierno, evoluciona la organización gubernamental y las magistraturas superiores, van perdiendo sutilmente parte de su poder. Se empiezan a crear nuevos cargos en reemplazo de los anteriores, sin desaparecer los primitivos. Al adjudicarse al Príncipe y Presidentes en las provincias todas las facultades que con anterioridad tenían los Pretores e inclusive una mayor discrecionalidad, se complejiza la definición de un cuadro ordenado de las jerarquías poseedoras de Imperio, apareciendo nuevas jerarquías, derivadas de ser partícipe de un Oficio especial. El término Oficio es el cargo u ocupación habitual de una persona, y también la agrupación de personas que ejercían un Oficio determinado, que según su rango y utilidad para el régimen político, adquirieron importancia como institución. Los Oficios eran presididos por el Maestre de los Oficios, funcionario cuyo poder efectivo y rango honorífico era considerable. También accedían al rango de Maestre de los Oficios, los funcionarios que por ancianidad adquirían la dignidad y honor del cargo superior, aunque no poseyeran la labor de ejercerla sistemáticamente. Estos tenían imperio y jurisdicción dentro de su campo de acción y, por el principio de "a pedido de parte", podían ejercer actividades de juzgamiento de solicitarlo de mutuo acuerdo los interesados, lo que ha contribuido a la confusión que los estudiosos del derecho romano encuentran hasta nuestros días.

La organización burocrática romana estaba basada en el sentido del honor que se apoyó en el estímulo constante y público que premiaba los méritos personales de los funcionarios. Hemos mencionado que la burocracia romana se basaba en un vínculo de horizontalidad de autoridades más que en la verticalidad de la delegación. Con esto queremos decir que la característica de ejercicio de la autoridad no fue de tipo oligárquico sino que se permitió la participación ciudadana en el más alto grado. La población participante de los diferentes oficios tenía acceso al rango superior por méritos. Para entender el problema de la creación de los oficios, es necesario comprender el particular carácter que en Roma se atribuyó al honor y el hecho de que éste ocupara un lugar importante en la

comunidad de su época. Los romanos, descendientes de las tribus celtas primitivas, de italias, latinos y sabinos, se impregnan del mundo mediterráneo, asumiendo rasgos profundamente civilizados, en que la condición del ser humano tiene un sentido especial.

Dentro de este medio, existía un criterio valorativo de la persona, en la medida que servía a un sistema burocrático que se fue configurando con el paso del tiempo. Conforme se extiende el Imperio Romano y la aplicación del derecho a todos aquellos territorios recientemente adquiridos, y a sus pobladores, éstos asumen la organización romana y ante todo, sus valores.

En la línea de la protección de los valores, la división del derecho romano, entre público y privado es significativa. Se identifica el derecho público con lo sagrado, sacerdotal, y el derecho de los magistrados, al mismo nivel. Eso prueba la diferente óptica que los romanos tenían acerca del ejercicio del poder.

El oficio que ejercían los ciudadanos esclarecidos tenía un rol institucional, el cual fue enaltecido, y al cual se le dio el agradecimiento y respeto de la población.

La protección de las dignidades y de los honores tuvo tanta importancia como los atributos morales de sus titulares. Se logró crear toda una mística alrededor de aquellos con méritos, que respondían a la calidad de las funciones encomendadas. El viejo principio de que la autoridad se respeta, en la medida que sea digna de respeto, tuvo plena vigencia. Hay variedad de dispositivos destinados a sancionar con severidad a quien falta el respeto a la autoridad, así como también fueron severamente sancionadas las malas autoridades.

Los *Officii* trabajaban como colegios profesionales, con Imperio y jurisdicción sobre sus miembros. La primera jurisdicción sobre los miembros de un *officium* respecto a asuntos relacionados con su profesión la ejercían sus iguales.

El *officium*, como entidad, estaba presidido por el Maestro de los Oficios, cuya dignidad era grande; no sólo por tener la facultad derivada de su propia magistratura sino como representante de su *officium*. Era

una forma de acumulación de dignidades y jurisdicciones, propia de su magistratura y derivada de su cargo. Con los años, el cargo de Maestre de los Oficios adquirió un matiz honorífico adicional, ya que los miembros de un *officium* importante al momento de jubilarse recibían la dignidad de Maestre de los Oficios. Si bien no era el primero dentro del oficio, adquiría la dignidad honorífica y la facultad derivada de la autoridad del cargo, aunque la función usual de gobierno del *officium* la ejerciera el delegado que la adquirió por sus méritos. Si examinamos las fuentes encontraremos que gran parte de las mismas, se dirigen al Maestre de los Oficios, como funcionario obligado a verificar su cumplimiento. Los Jueces como funcionarios constituyeron su propio Oficio.

El acceso al Patriciado, el más alto honor que podía recibir un romano, el cual tenía rango hereditario, era la más alta aspiración que podían desear los miembros de la jerarquía romana. Entre los rangos de poder más alto, con aspiración al Patriciado, se encuentran los Maestres de los Oficios, en los cuales se apoyó en parte el poder romano.

La facultad de administrar justicia, es decir, el lograr de la persona señalada por la ley para intervenir entre particulares que quieren dejar constancia de algún hecho, algún contrato o tienen algún litigio, fue tratado en la época del Derecho Romano de diversas formas.

Como herederos de una tradición jurídica, adoptaron la organización legal de los distintos pueblos conquistados y enriquecieron esta herencia creando instituciones que han llegado hasta nuestros días. La administración de justicia se dio como un proceso evolutivo en que la organización creada fue ampliada y se adaptó a las necesidades de los nuevos tiempos.

De ser una organización simple, con esquemas primarios, adquirió complejidad y se fue delimitando la participación de los magistrados y árbitros en los diversos asuntos que les fueron encomendados. Paralelamente, los precedentes de tradición oral, propios del período clásico, de los cuales participaba la población romana se plasmaron en fórmulas escritas a fin de posibilitar su aplicación en provincias que carecían de una tradición. Así mismo, también se aplicó el procedimiento en juicio en forma escrita, permitiendo que los precedentes, las fórmulas escritas, llegaran hasta nosotros.

El *imperium* del cual participaban los magistrados, que constituía la médula del sistema, la autoridad en sí misma no fue delegada en ningún momento de la organización de administración de justicia, salvo en forma muy restringida. El magistrado, cónsul o funcionario tenía imperio. Por razón de sus múltiples ocupaciones políticas, al centralizarse el gobierno y la administración de justicia en las mismas manos, el magistrado, maestro, podía delegar en árbitros la declaración de derechos. El árbitro poseía jurisdicción pero no imperio, el cual era potestad del magistrado.

En el período formulario, el sistema se fue aplicando en cuanto a organización delegada en igual forma, pero ya los árbitros no tenían la autonomía de criterio del período anterior. La aplicación del derecho se da mediante fórmulas, que son indicativas acerca de que en determinada institución se aplica el derecho en determinado sentido. Cuando un caso era complejo se requería mediante la acción extraordinaria la intervención del magistrado quien, ante la negativa de alguna de las partes, aplicaba sentencia en uso de su imperio.

En el período justiniano, la acción extraordinaria se convierte en la forma más común de administración de justicia. Esto no significa que las otras formas y la intervención de árbitros se hubiera abolido, sino que el ejercicio de administración de justicia se especializa, y la vida social, mediante el crecimiento del comercio, se vuelve más compleja, reservándose para los árbitros aquellos procesos que el magistrado considera delegables.

El proceso de administrar justicia no era exclusivo de los jueces. Más bien, era exclusivo de los magistrados, quienes delegaban funciones en árbitros y jueces. La jurisdicción no fue atribuida a estos últimos sino a los magistrados, quienes las delegaron en los jueces para casos concretos. Recién en el período justiniano, con la generalización de la acción extraordinaria, se volvió usual el nombramiento de jueces como administradores normales de justicia; aunque los magistrados nunca perdieron sus atribuciones y preeminencias.

La confusión que creó la superposición de jurisdicciones, unida a que los estudiosos que se han acercado al tema lo han hecho a partir de una óptica derivada de las instituciones jurídicas vigentes en la actuali-

dad, han causado la pérdida de perspectiva del funcionamiento de la jurisdicción en el Imperio Romano. Si estudiamos el desempeño de la jurisdicción magistratural, encontramos que los campos de acción de su ejercicio representan una aproximación a un campo de competencia realizada mayoritariamente por determinado tipo de funcionario, mas no exclusivamente.

De entre los cargos administrativos que conferían dignidad, el caso de los *tabullarios* o Notarios es especial por la variedad e importancia de las abundantes referencias como profesión. La mayor parte de ellas aparecen en los últimos libros del *Corpus Juris Civilis*, en especial en las *Novelas*, lo cual nos lleva a concluir que fue uno de los últimos oficios en crearse, en relación con otros que ya existían en los primeros tiempos romanos pero al que, por la importancia de los precedentes, no podemos dejar de mencionar en el rango que se merecen. Aparentemente, alcanzaron un prestigio grande por la cercanía al poder y la utilidad de la función.

La naturaleza de sus servicios fue tomada muy en cuenta por los Emperadores, ya que dejaron constancia de su deseo de crear un régimen de privilegio, equiparando la función notarial a las principales del Estado. Se rescató la función de asesoría que prestaban y el rol de apoyo al poder y a la comunidad. Hemos encontrado información reglamentaria del método obligado para conservar los archivos, que a través de los siglos no han sufrido modificación sustancial, pero que no se incluye en los alcances de este trabajo. Observemos cómo, a lo largo de esta investigación, un porcentaje bastante importante de las referencias legales se dirigen al Maestro de los Oficios, a fin de ponerlas en ejecución. Los Notarios, como magistrados, tuvieron imperio y jurisdicción, y por la naturaleza de su cargo es evidente que la mayor parte de su actividad se dedicaba a los actos de jurisdicción voluntaria.

Para fallar un proceso, los interesados iban a un magistrado quien, en el período clásico o por fórmulas, lo delegaba en un árbitro o directamente en un Juez en el período justiniano. Pero no olvidemos que la ley establece que los fallos que emitiera un magistrado a pedido de parte, aunque no fuera dentro de su jurisdicción usual, eran válidos. Suponemos igualmente que las personas que querían ultimar una transacción iban donde los Notarios, como principales funcionarios a cargo de los ac-

tos de jurisdicción voluntaria. Por otra parte, su cargo era tan importante, que al recibir una nueva dignidad, tenían derecho a conservar la denominación de su anterior cargo. Dentro de los Oficios, el de los Notarios estuvo entre los principales.

Un aspecto que debemos destacar es el de la vigencia del *officium* en la sociedad romana. Siendo una institución moderna en relación con la existencia de las magistraturas, el *officium* tuvo amplia difusión en el período justiniano. Se ha tomado una muestra de las *Novelas*, última obra del *Corpus Juris* y se refiere a los Edictos de los Emperadores, en uso de su potestad de Imperio. Los Edictos, como todas las Constituciones, tienen como característica común incluir en la introducción el nombre del funcionario o la entidad a la cual están dirigidos. Para comprobar la vigencia del *officium*, se han tomado como muestras las Constituciones de los Emperadores que figuran en las *Novelas*.

En resumen, de las Trece Constituciones del Emperador Justiniano Augusto, una se dirige al Arzobispo de Constantinopla, cinco se dirigen a Prefectos del Pretorio y las demás no se atribuyen a ningún funcionario en especial.

De las Constituciones del Emperador Justino Augusto, sólo la V se dirige a Diómedes, Prefecto del Pretorio.

Las otras nueve Constituciones de Justiniano, Justino y Tiberio Augustos se dirigen: una a un Pretor, dos a Teodoro y dos a Narsés Patricio en Italia; la primera y la segunda al mismo personaje y al Senado.

En las *Novelas* del Emperador León Augusto, dieciocho Constituciones se dirigen a Esteban Santísimo Arzobispo de Constantinopla y las restantes noventa y uno se dirigen a Styliano, Sacro Maestre de los Oficios.

Como podrá apreciarse, en el período cercano a Justiniano el gobierno del país se profesionalizó y se apoyó casi con exclusividad en los *Officii*, a través de los Maestres de los Oficios.

Un aspecto que hemos resaltado es el de los atributos de la primiti-

va jurisdicción, donde se afirman las radicales diferencias con la jurisdicción actual, visualizándose claramente la confusión de roles entre autoridad política, juzgador de procesos, y administrador de la voluntad de las partes. Desde luego, entendemos por qué en el derecho romano se le atribuyó al magistrado, al ejercer en forma paralela funciones de gobierno con las de magistrado encargado de la administración del sistema jurisdiccional, el carácter de sujeto activo del poder, el rol rector de las relaciones contractuales, concepto que ha evolucionado en la actualidad, en que se reconoce el papel del particular como sujeto activo de la acción legal en caso de litigios y de sujeto activo del acuerdo de voluntades en los casos de jurisdicción voluntaria.

En el derecho moderno, se desvinculan los roles funcionales, pero manteniéndose vigente en algunas facetas la confusión de actividades. Como, por ejemplo, en los actos que por delegación legal entran en el campo de la llamada «Jurisdicción Voluntaria», en los cuales intervienen los jueces por mandato expreso legal, los notarios por haber reservado la ley determinado campo a su accionar y, en algunos casos, los jueces de paz, que realizan actos de jurisdicción llamada voluntaria por ausencia o impedimento de Notarios en los lugares donde no existan éstos. También realizan los Jueces de Paz el rol de juzgadores para casos de menor cuantía, expresamente señalados en la ley.

Esta simplicidad de la institución en su inicio permite también visualizar la potestad derivada del Imperio. Este Imperio se manifestaría en la institución que contiene la capacidad de legislar y decidir cuándo la administración de los derechos es susceptible de ser delegada, a quién, con cuáles requisitos o atributos personales, y en qué parte del derecho.

La existencia de un mandato unificado es válida, pero parecería que, al perfeccionarse el sistema de gobierno, no ha madurado la conciencia de que al ejercicio del poder bajo el régimen democrático de separación de poderes, le corresponde un *imperium* en el sentido primitivo, es decir, que el Poder Ejecutivo legisla en forma reglamentaria y tiene la iniciativa de proponer leyes; el Poder Judicial juzga y debería tomar la iniciativa de proponer leyes que le permitan mejorar su campo de acción; y el Poder Legislativo en caso de dar normas reglamentarias está indirectamente gobernando, así como también al investigar supuestos delitos y proponiendo el juzgamiento del presunto culpable, está indirectamente juzgando.

La jurisdicción moderna, con la complejidad de la vida social, ha ido adquiriendo una singular importancia en sí misma, al extremo, de que la función jurisdiccional, por la extensión de su aplicación, ha adquirido autoridad, perdiéndose la perspectiva que la subordina como una rama funcional del Imperio. El imperio es inherente a la autoridad, a la función política de gobernar. El imperio, expresado a través de la jurisdicción, es una de las formas en que se manifiesta en la vida en su conjunto. En el mundo de lo jurídico, el imperio, la jurisdicción y la coerción, en la ejecución de los fallos judiciales, se han visto entremezclados, al extremo que se ha creado una confusión que impide que veamos con claridad cada faceta del fenómeno. Del Imperio no sólo emana la facultad de juzgar y hacer efectivos los fallos, sino la facultad de nombrar jueces, la facultad de emitir fallos, de dirigir el proceso y de regular el ejercicio del poder jurisdiccional al regular las consecuencias del acto litigioso.

En los casos de jurisdicción voluntaria, el Notario a su vez es nombrado por concurso de méritos, con intervención de su colegio profesional, quien eleva al Poder Ejecutivo los resultados del examen para que se emita el nombramiento. Es responsable de la legalidad de los actos y contratos que ante él se celebran; es responsable de verificar la capacidad de las partes para contratar, precaución que la ley no asigna a los jueces en cuanto a la capacidad para litigar directamente, ya que no se verifica la capacidad de las personas que litigan salvo en las diligencias personales, porque en el resto del proceso no hay relación directa entre el Juez y el litigante. También, se atribuyó al Notario la verificación del cumplimiento de obligaciones tributarias por parte de los contratantes, en el caso de los contratos de sociedad y aumentos de capital al exigir la documentación que acredite el cumplimiento de los aportes, los asientos contables de Aumentos de Capital y el discriminar los documentos que acrediten fehacientemente el cumplimiento de las obligaciones del contrato. Tiene la potestad de rechazar la formalización de un contrato determinado, cuando el comportamiento de las partes hace sospechar la existencia de dolo. Las dos jurisdicciones han adquirido importancia independiente y se han desarrollado como un sistema, lográndose que cada parte del proceso del juzgamiento y la formalización de voluntad de las partes sea objeto de estudio en forma autónoma.

El imperio permite de acuerdo a las necesidades de la sociedad, la creación de instituciones que llenen vacíos, inevitables en el complejo

mundo de hoy. Es función de quienes ejercen el imperio, tomar la iniciativa promoviendo en aquellos con facultad para legislar, la actitud destinada a llenar los vacíos y desarrollar el sistema jurídico. Es necesario ampliar el marco teórico de aplicación del ejercicio de las necesidades jurídicas de la sociedad.

La jurisdicción se ve enriquecida, al visualizarse todo un campo de aplicación derivado del hecho de administrar justicia. Simultáneamente con el problema de la independencia del fuero judicial de la autoridad política, se hizo necesario el estudio de la jurisdicción, el estudio de los medios y procedimientos de ejecución, que con anterioridad no estaban discriminados como materia de estudio independiente. Se observa en el período romano que conforme adquirió validez el fuero judicial, en el ejercicio del poder jurisdiccional se descubrió la necesidad de delegarle parte del imperio, como una forma de obtener la ejecución de fallos. Se le dio al imperio un sentido de punición o castigo, limitado al de ejecución forzada de los fallos, perdiendo el sentido, la riqueza y el contenido del término. El imperio, de ser origen de la jurisdicción, se subordinó como un atributo de la misma, perdiendo el carácter prioritario que tuvo en el derecho romano. El imperio, de ser fundamento de la institución, se convirtió en una consecuencia muy importante pero subordinada de la jurisdicción.

El Imperio es un concepto mucho más rico que la sola ejecución de los fallos. El empleo constante de este último atributo del imperio ha hecho que lo identifiquemos con la coerción judicial, cuando imperio en realidad es poder y discrecionalidad en el más amplio de los sentidos, y su aplicación al servicio del bien permite el libre ejercicio de las necesidades sociales. El imperio permite actuar allí donde hay un vacío legal u otra circunstancia no prevista por la ley.

Las instituciones y legislación romanas se transmiten al mundo medioeval a través de los monarcas castellanos, en especial Alfonso X, llamado el Sabio, quien acomete la empresa de crear una legislación castellana, que constituye el más grande esfuerzo de codificación del medioevo. Las Siete Partidas es un serio trabajo de organización legislativa que sirvió de modelo durante siglos a legislaciones posteriores.

En las Siete Partidas, encontramos que el término «jurisdicción vo-

luntaria» no figura expresamente mencionado, pero se da de hecho en la legislación al crearse los cargos por los cuales se desempeñan las labores de jurisdicción. Las características de la figura contienen los mismos elementos heredados del romanismo, excepto la denominación. El análisis va desde la concepción de Imperio asociada al poder y la identificación de Poder Político con Jurisdicción. Sin embargo, extrañamos en el texto medioeval la independencia de criterio y la discrecionalidad que era inherente a los magistrados en Roma. El estado castellano, en guerra contra el mundo musulmán, es fuertemente autoritario y centralista. El poder central no se apoya en una burocracia de méritos como en Roma, sino que el poder está ligado a la tenencia de la tierra. Los Jueces y Notarios están subordinados al poder político y, si bien se mantienen por la utilidad de la función, van perdiendo los atributos del honor en el desempeño del cargo. La balanza política se inclina a un poder de tipo oligárquico ligado a la tenencia de la tierra, que guía el orden social destinado a consolidar un estado cristiano frente al orden musulmán. Se pierde el sentido del honor al uso romano y la posibilidad de estímulo de acuerdo al sistema romano que permitía la movilización social. La característica de la clase política castellana era de tipo cerrado. Era casi imposible cambiar de clase social, salvo por méritos en la guerra.

Los avenidores de la ley castellana son lo más parecido a los árbitros del Derecho Romano. Mas no olvidemos que en el mismo derecho romano, la institución del arbitraje fue superada por reglas de juego muy concretas que dieron una mayor delegación al juzgador. La ley distingue otro tipo de jueces como alvedriadores, sin definir claramente la institución. Extrañamos la amplia discrecionalidad del Derecho Romano que delegó con libertad, pero también con responsabilidad.

El hecho de dejar constancia de los fallos aun en los casos de jurisdicción voluntaria, se hacía con la intervención de Escribanos (*tabelliones*), según señala la versión latina de las Siete Partidas, haciendo referencia directa de su antecedente romano. El Notario pierde la importancia que tuvo en el derecho romano, pierde su atribución política como miembro del *officium* y la calidad del magistrado. No existe identidad entre el que juzga o deja constancia de su decisión y el que escribe. Tampoco existe identidad entre los tipos de Escribanos. El Escribano de Consejo tiene funciones propias, que no son las de Secretaría del señor, sino Secretaría de los contratantes.

El Escribano era un funcionario con una situación límite de delegación, porque según el texto de la ley era el redactor de los actos y contratos de aquellos que en la actualidad denominamos de jurisdicción voluntaria, que requerían para su sanción de la intervención de otro personaje que era el Canciller (Notario en latín), el guardador de los sellos del señor, pero con discrecionalidad en los casos que debía usarlos o no. La sola atribución de «criterio» del funcionario, en el caso del Escribano y del Canciller revelan una cierta autonomía de hecho en sus atribuciones. Hubo delegación y cierta discrecionalidad del poder de redactar documentos. El Canciller a su vez poseía por delegación la capacidad de ratificar los documentos con el sello del Señor, pero sin que fuera imprescindible la intervención del Señor.

La normatividad castellana se aplicó plenamente en América. Los funcionarios españoles se guiaron por las leyes castellanas. A partir del descubrimiento de América nos encontramos con una abundante producción jurídica, parte de la cual es conocida en la actualidad como Leyes de Indias. Del análisis de las disposiciones que se aplicaron en América a raíz de la conquista, vemos reglamentar la vida económica de los americanos y los derechos de la corona. Hay una amplia documentación referida a la defensa de los pobladores aborígenes de América, mas no se encuentra ninguna reglamentación referente a alguna variación en la legislación española en materia de jurisdicción. Recién con la llegada de los Borbones al poder, en el reinado de Felipe V, encontramos una norma definitoria.

2. *IMPERIUM*

Antecedentes y fuentes

Para comprender la evolución de la noción de Imperio, es importante observar la propia evolución del régimen político romano, del cual emanó el ejercicio del poder y que dio origen a la noción de imperio.

A diferencia de otros pueblos celto-germánicos, en cuya estructura tribal se acentuaba el poder basado en el clan de las familias dominantes, en el imperio romano existió una aplicación del derecho cuya característica distintiva es una tendencia a la horizontalidad. La organización esta-

ba basada en una burocracia de origen popular que convivía con la aristocracia, a la cual podía acceder por méritos. Esta flexibilidad y movilidad social se expresan en las siguientes citas del Digesto y las Institutas:

D.1.2.2.1. «Y ciertamente en el comienzo de nuestra ciudad el pueblo determinó primero vivir sin ley cierta, sin derecho cierto, y todo se gobernaba con la fuerza por los reyes.»

D.1.2.2.3. «Expulsados después los reyes, por la ley Tribunicia, cayeron en desuso todas estas leyes, y comenzó otra vez el pueblo romano a regirse más bien por un derecho incierto y por la costumbre, que por ley alguna promulgada, y toleró esto casi veinte años.»

D.1.2.2.4. «Después para que esto no continuase por más tiempo, plugo que se constituyeran con autoridad pública diez varones, por los que se buscasen leyes en las ciudades griegas, y la ciudad de Roma se fundara en leyes, las cuales grabadas en tablas de marfil, pusieron en los *Rostra* del Foro, para que más claramente pudieran conocerse. Y por aquel año se les dio la suprema potestad en la ciudad, para que si fuese necesario, corrigiesen las leyes, y las interpretasen, y de ellos no se apelase, como de los demás magistrados. Ellos mismos advirtieron que algo faltaba a estas primeras leyes, y por esto el año siguiente añadieron otras dos a las mismas tablas, y así por este accidente se llamaron Leyes de las Doce Tablas.»

D.1.2.2.6. «Después, casi al mismo tiempo se formaron de estas leyes las acciones, por las que los hombres litigasen entre sí, cuyas acciones, para que el pueblo no las instituyese a su arbitrio, quisieron que fueran ciertas y solemnes, y a esta parte del derecho se le llama acciones de la ley, esto es acciones legítimas. Y de este modo casi a un mismo tiempo, nacieron estos tres derechos: Las leyes de las Doce Tablas, de ellas comenzó a derivarse el derecho civil; de las mismas se formaron las acciones de la ley. Pero la ciencia de todas ellas, y la de interpretarlas, y las acciones residían en el Colegio de los Pontífices, de los cuales se nombraba uno que cada año presidiese el conocimiento de las causas particulares, y esta costumbre siguió el pueblo, casi por espacio de cien años.»

D.1.2.2.8. «Posteriormente cuando había en la ciudad la Ley de las Doce Tablas, y el Derecho Civil, y además las acciones de la ley, aconteció que la plebe se puso en discordia con los patricios, y se separó y estableció leyes para sí, cuyas leyes se llaman Plebiscitos. Después cuando la plebe fue atraída de nuevo, como quiera que nacían muchas discordias por causa de estos plebiscitos, se determinó por la ley Hortensia que también se observasen como leyes, y se

hizo de modo que, aún cuando los plebiscitos y la ley mediasen diferencias de constitución, fuese sin embargo, la misma su autoridad.»

D.1.2.2.9. «Después, como empezó a ser difícil que la plebe se conviniera, y el pueblo ciertamente con mucha más dificultad en medio de tanta multitud de hombres, la misma necesidad transfirió al Senado el gobierno de la República. De esta manera comenzó a interponerse el Senado, y se observaba cuanto determinaba, y este derecho se llamaba Senadoconsulto.»

D.1.2.2.10. «Por este mismo tiempo también los magistrados restitufan derechos, y para que supieran los ciudadanos que derecho declararfa cada uno sobre cada asunto, y se previniese, promulgaban Edictos, cuyos Edictos constituyeron el derecho honorario de los Pretores. Dícese honorario, porque había dimanado del honor de los Pretores.»

D.1.2.2.11. «Ultimamente así como la facultad de constituir leyes parecía haber pasado a pocos individuos por exigirlo los mismos negocios, aconteció por causa de los Partidos, que fuese necesario que por uno solo se cuidara de la República, porque el Senado no podía gobernar bien igualmente todas las provincias. Así pues, habiendose constituido un Príncipe, se le dio la facultad, de que lo que hubiera determinado se tuviese por valedero.»

D.1.2.2.12. «De esta suerte, en nuestra ciudad se determina o por derecho, ésto es por ley, o hay derecho civil propio, que sin estar escrito consiste en la sola interpretación de los jurisconsultos, o hay acciones de la ley, que contienen la forma de proceder, o plebiscitos, que se establecieron sin la autoridad de los Patricios, o edicto de los magistrados, de donde nace el derecho honorario, o senadoconsulto, que sin ser ley se establece constituyendolo solamente el Senado, o constitución del Príncipe, esto es lo que el mismo príncipe determina que se observe como ley.»

D.1.2.2.14. «Por lo que a los magistrados atañe, consta que en el principio de esta ciudad, los reyes tuvieron toda la potestad.»

D.1.2.2.15. «También se sabe que en los mismos tiempos hubo Tribuno de Los Céleres. Este era el que mandaba a los caballeros, y tenía como el segundo lugar después del rey. De su número fue Junio Bruto, autor de la expulsión del Rey.»

D.1.2.2.16. «Expulsados después los Reyes, constituyeronse dos Cónsules, en los que se estableció por ley, que estuviese el ejercer la suma potestad. Llamaronse así, porque mirasen con grandísimo

cuidado por la República. Mas para que del todo no vindicasen para sí la potestad real, se dispuso por una ley promulgada, que de ellos hubiera apelación, y no pudiesen sin el consentimiento del pueblo imponer pena capital a ningún ciudadano romano; sólo se les dejó facultad para que pudiesen corregir y para que mandasen que fuera uno llevado a las prisiones públicas.»

D.1.2.2.17. «Luego después, como el Censo hubiera de hacerse ya en mayor espacio de tiempo, y no bastasen los cónsules, también para este cargo se crearon censores.»

D.1.2.2.18. «Aumentado después el pueblo, como se suscitasen frecuentes guerras, y por los pueblos vecinos se hicieran algunas más terribles, plugo, mientras el caso lo exigía, que se constituyera un magistrado de mayor potestad; y así se crearon Dictadores, de quienes no hubo ni el derecho de apelar, y a quienes se concedió hasta la imposición de pena capital. Esta magistratura, por lo mismo que tenía la suma potestad, no era lícito retenerla más de seis meses.»

D.1.2.2.20. «En aquellos mismos tiempos, cuando la plebe se hubo separado de los patricios, a corta diferencia en el año décimo séptimo después de expulsados los Reyes, creó para sí en el monte Sacro Tribunos, que fuesen magistrados plebeyos; llamados Tribunos, porque antiguamente el pueblo estaba dividido en tres partes, y se elegía uno de cada una, o porque eran elegidos por el voto de las tribus.»

La autoridad política se ciñó a un sistema de leyes que ha pasado a la posteridad como el Derecho Romano, cuyos principios y conceptos son de aplicación aún en nuestra época.

I.1.2.3. «Pero consta nuestro derecho o del escrito o del no escrito, como entre los griegos, de leyes escritas y no escritas. Es derecho escrito la ley, los plebiscitos, los senadoconsultos, las Constituciones de los Emperadores, los Edictos de los Magistrados, las respuestas de los jurisconsultos.»

I.1.2.8. «Respuestas de los jurisconsultos son las sentencias y opiniones de aquellos a quienes se había permitido fijar el derecho. Porque antiguamente se había establecido que hubiese quienes públicamente interpretaran el derecho, a los cuales se dio por el César el derecho de responder, y se les llamaba jurisconsultos: todas cuyas sentencias y opiniones tenían tal autoridad, que no era lícito a un juez apartarse de la respuesta de aquellos, según se halla establecido.»

Como se puede apreciar, la noción de *imperium* está íntimamente vinculada al poder, que en Roma tenía su base y fundamento en el *Populus Romanus*.

Concepto

El *imperium*, en el sentido de ejercer la facultad de mandar, dominar (lo que en el Imperio Romano era equivalente a ejercer por delegación la dignidad imperial), era un concepto de capital importancia dentro del sistema político social de la organización romana, que se fue robusteciendo conforme Roma adquirió las proporciones de potencia mundial. La figura del militar romano contenía la función de organizador de las tierras conquistadas, subordinándolas al ordenamiento jurídico imperante, con lo que se identifica la condición de autoridad política y el rol de administrador. Dentro de la organización de la sociedad, la función romanizadora de la conquista implicaba la incorporación de elementos culturales o religiosos de los pueblos conquistados, de acuerdo a los cánones romanos. La propia función de organizadores, obligó a los conquistadores a establecer reglas de juego por escrito, que adquirieron paulatinamente vigencia en los pueblos sometidos.

«Recientemente De Giovanni ha realizado un estudio de conjunto de las Instituciones de Marciano, del que nos interesa destacar, a los efectos de nuestra investigación, dos conclusiones: a) La especial atención que Marciano presta en su obra a la forma en que debe aplicarse el derecho a las provincias, y b) Que Marciano escribe sus Instituciones, en una época en que la jurisprudencia, en las obras de carácter didáctico, dedica especial atención a definir del modo más apropiado los conceptos jurídicos, así como a dar una clasificación de los mismos.»³

Caso típico de legislación extranjera que se aplicó en el ámbito romano es el de las leyes inspiradoras de las Doce Tablas, en que la legislación de los pueblos griegos se incorpora como parte de la legislación romana.

3 FERNANDEZ DE BUJAN, Antonio. *Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano*. Madrid: Reus, 1986. Pág. 19.

Es a raíz de la expansión del imperio, que se amplía el ámbito de aplicación de la legislación romana a las nuevas provincias y se empieza a legislar por escrito, permitiéndose la difusión de los textos, muchos de los cuales han llegado a nuestros días. El orden romano, en el período anterior al siglo V a. C., se sustentaba en precedentes de transmisión oral, cuyo sustento formaba parte de la cultura general de los ciudadanos a quienes iba dirigida la función jurisdiccional. La tradición, en el sentido de transmisión oral del mensaje jurídico, formaba parte de la cultura general del pueblo romano.

El *imperium* es el poder en sí mismo. Los romanos tenían conciencia de su ejercicio al servicio de la expansión política, al conquistar territorios habitados por otros pueblos. Era lo que se conocía como Imperio de Espada y que se incorpora en la legislación como «mero imperio».

Pero el *imperium* en el derecho romano era un concepto más amplio que la jurisdicción. Como consecuencia de tener *imperium*, se tenía jurisdicción. Es una visión más evolucionada y tiene relación con una segunda etapa del proceso de conquista pues nace de la imposición del ordenamiento romano en los nuevos territorios. Por consiguiente, se elabora toda una noción de juridicidad anexa al poder. La mente racionalista del gobernante tiende a la consolidación del poder, pero con un sesgo de autoridad moral derivada del orden jurídico.

D.2.1.3. «El Imperio o es mero o es mixto. Mero Imperio es, tener potestad de espada para castigar a los hombres facinerosos, el cual también se llama potestad. Es mixto imperio, al cual está también aneja la jurisdicción, el que consiste en dar la posesión de bienes. La jurisdicción es también facultad de dar juez.»

Observamos que en esta definición de Imperio y Jurisdicción, se atribuye la descripción de la institución a dar la posesión de bienes. O sea, que se atribuye al derecho que conocemos como civil o a la decisión de dar juez a las partes, reglamentándose así el hecho de administrar justicia. Conforme evoluciona el poder político, la autoridad se atribuyó a distintos personajes que la ejercieron sucesivamente.

«El Imperio como poder supremo, o como ejercicio de todos los poderes, fue ejercido en la antigua Roma por el Rey, más adelante

por los magistrados supremos, como los cónsules, y desde Augusto, por el Emperador propiamente dicho.»⁴

En la organización romana, el *imperium* se ejercía por una variedad de funcionarios, como representantes del poder central. En provincias, el Presidente representaba al Emperador de Roma; el Presidente podía delegar su *imperium* en forma parcial, según lo exigiese la situación.

D.1.18.4. «El Presidente de una Provincia tiene en ella mayor imperio que todos, después del Príncipe.»

Los magistrados con facultad delegada toman distintos nombres según se hiciera necesaria su presencia en determinada función en las provincias. Es claro el concepto cuando se hacía necesario el *imperium* de espada o el *imperium* mixto.

«El título de *Imperator de Jure*, lo tiene todo magistrado superior, (Cónsul, Pretor) que ejerce el *imperium* dentro (*imperium domi*), y fuera de la ciudad (*imperium militiae*).»⁵

El carácter de la autoridad atribuida al magistrado era irrestricta y el incumplimiento de sus mandatos convertía al infractor en sujeto de pena. El concepto de autoridad se convalida. Ello es evidente en esta cita de Javoleno:

D.1.17.199. «No puede estar exento de dolo el que no obedeció al Imperio del magistrado.»

El *imperium* se ejercía a través de la potestad o el poder de mandar, decidir o realizar alguna cosa y se ejercía frente a los miembros que conforman la comunidad, como imperio, pero también tenía un carácter familiar en cuanto a Patria Potestad, que era concebida en condiciones de autoridad extrema frente a los hijos, y frente a los esclavos.

4 CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario del derecho usual*. Buenos Aires: Editorial Arayú, 1968. Pág. 341.

5 OMEBA. *Enciclopedia Jurídica*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1954. Pág. 979.

D.50.16.215. «Con la palabra potestad, se significan muchas cosas: tratándose de la persona de los magistrados, imperio, en cuanto a la persona de los hijos, patria potestad, y respecto de la persona del esclavo, dominio.»

El ejercicio del poder frente a un mandato del Pretor y establecer garantías frente a la estipulación son actos de pleno imperio. Son acciones en que el hecho de imponer autoridad resulta más importante que la función misma. Es una afirmación de la potestad. El magistrado está actuando por sus propias atribuciones, sin pedido de terceros para su accionar.

D.2.1.4. «El mandar que se de caución por la estipulación pretoria, y el poner en posesión es más del Imperio que de la jurisdicción.»

Este último fragmento ya trae la confusión (que deriva en la óptica de nuestro tiempo) en que el imperio irrestricto no es concebido como absoluto en la legislación. El imperio como noción queda subordinado al cumplimiento del fallo emanado del Poder Judicial. Hay una disociación entre el Imperio mixto y el Poder Político; en el Poder Judicial queda sujeto exclusivamente a la ejecución forzosa de fallos. En Roma, el Imperio mixto quedaba subordinado a la ley romana; pero en las provincias, el imperio mero y mixto se confundían.

«Los actos de potestad jurisdiccional emanados de los magistrados judiciales en el desempeño de sus funciones, como autoridad competente, tienen toda la fuerza de la ley que aplican. Por eso los jueces poseen *Imperium*, es decir una autoridad que se basta a sí misma, se ejerce sobre las personas, y no reconoce ninguna jerarquía mayor dentro del derecho.»⁶

Atributos

El imperio representaba la autoridad omnímoda al servicio de los ideales romanos. Tal como hemos visto, el imperio dentro de su variedad se usaba comúnmente en dos sentidos: como derecho de conquista, impe-

6 SANCHEZ VIAMONTE, Carlos. *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Kapeluz, 1943. Pág. 70.

rio mero o de espada; y mixto, en el cual se daba la facultad de administrar justicia o de intervenir discrecionalmente en cualquier rama de la administración de derechos en la que se requiriese un funcionario con autoridad.

El atributo inherente al Imperio es la jurisdicción. Sin embargo, conforme se desarrolla la civilización romana y se vuelve cada vez más compleja la gama de relaciones humanas y contractuales, se hace necesario discriminar los actos que son materia de juzgamiento ante la autoridad; pero sin perder facultades, ya que el representante del poder, mantiene su potestad intacta, aunque existe delegación para algunos actos concretos, lo cual da origen a funcionarios especializados.

Como ejemplo, podemos citar magistrados mayores que gozaron del imperio en el más alto grado como son los Cónsules, Pretores y posteriormente los Príncipes, cuyas atribuciones estaban dadas por la falta de una determinación de sus atribuciones. Al no tener ninguna función definida se entendía que podían realizar todas las que fueran necesarias en el desempeño de su cargo.

Los magistrados menores, por tener un campo de actividad definido, gozaban de jurisdicción para aquellas funciones para las cuales se crearon los cargos respectivos. Caso típico de magistrados menores son los representantes de los diferentes oficios que señala la ley, los cuales tenían atributos definidos derivados del cargo que desempeñaban, y que eran su campo de jurisdicción. Además tenían atributos derivados de su magistratura. Es decir, que a pedido de parte podían realizar las funciones que les fueran encomendadas cuando por sus calidades personales eran elegidos por los particulares por ser su buen juicio digno de crédito.

Delegación del *Imperium*

La identificación del poder político y jurídico en la persona del magistrado trajo como consecuencia inevitable la delegación de facultades.

D.1.4.1.pr. «Lo que plugo al Príncipe tiene vigor de ley; como quiera que por ley regia, que se promulgó acerca de su autoridad, el pueblo confiriese a él y para él, todo su Imperio y potestad.»

Para el gobierno de las provincias se nombraron príncipes que representaban al Emperador, con las mismas facultades. Bajo los Príncipes se nombraron a los Presidentes, tal como consta en D.1.18.4. ya citado.

El Imperio de los funcionarios provinciales tuvo un carácter territorial, circunscrito al lugar para el que se le nombró y en el que debería ejercer su cargo.

D.1.18.3. «El Presidente de una provincia tiene imperio, tan sólo sobre los hombres de su provincia, y esto, mientras reside en la Provincia; porque si hubiera salido de ella es persona privada. Tiene a veces potestad también sobre los extraños, si hubieren cometido algún delito con armas, porque también se expresa en los mandatos de los Príncipes, que cuide el que preside la provincia de purgar a ésta de hombres malos; y no se hace distinción de donde sean.»

El Emperador, como autoridad suprema, daba fallos que eran inapelables. Se crea para los Emperadores la figura de la retractación; es decir, la potestad de revisar sus propios fallos. El criterio eminentemente legalista buscó la justicia como ideal y no escatimó en los medios para asegurarla, incluso por la actitud de los Emperadores de autolimitarse, con tal de hacer justicia.

N.83.12.1. «Pero mandamos que de todos modos admitan nuestros jueces las apelaciones, y que absolutamente ninguno tenga licencia para rechazarlas, a excepción de tu sola eminencia, a la cual se le concedió esto en un principio por el Imperio, introduciendo el auxilio de la retractación.»

3. *OFFICIUM*

Concepto

El ejercicio del poder en Roma en el período clásico se desarrollaba en forma colegiada. El gobierno y la administración de justicia se llevó a cabo a través de funcionarios llamados magistrados quienes dirijan, mediante actos de gobierno, las distintas funciones de la administración pública y de administración de justicia.

Existían magistrados mayores y menores. Los magistrados mayores eran aquellos cuyas funciones no estaban definidas, lo cual significaba que tenían pleno imperio y toda clase de jurisdicciones. Los magistrados menores tenían imperio y jurisdicción aplicable al campo concreto para el cual fue creado el cargo. Pero los campos de competencia en Roma no tenían la definición que se atribuye en nuestros tiempos a los oficios, que además de ser organismo máximo de la profesión tenían una función política. Los magistrados tenían pleno imperio en el desempeño de su oficio y también lo tenían en otros oficios, cuando en casos de excepción les era solicitada su intervención. Con el paso del tiempo, al instaurarse el Imperio como régimen de gobierno, evoluciona la organización gubernamental y las magistraturas superiores van perdiendo sutilmente parte de su poder. Se empiezan a crear nuevos cargos en reemplazo de los anteriores, sin desaparecer los primitivos. Al adjudicarse a los Príncipes y Presidentes en las provincias todas las facultades que con anterioridad tenían los Pretores, e inclusive una mayor discrecionalidad, se complejiza la definición de un cuadro ordenado de las jerarquías poseedoras de Imperio, surgen nuevas jerarquías derivadas de un Oficio especial. El término *Officium* no es el cargo u ocupación habitual de una persona; es la agrupación de personas que ejercían un Oficio determinado; así mismo, según su rango y utilidad para el régimen político, adquirieron importancia como institución. Los Oficios eran presididos por el Maestre de los Oficios, funcionario cuyo poder efectivo y rango honorífico era considerable. También accedían al rango de Maestre de los Oficios los funcionarios que por ancianidad adquirían la dignidad y honor del cargo superior, aunque no ejercieran la labor sistemáticamente. Estos tenían imperio y jurisdicción dentro de su campo de acción y además, a pedido de parte podían ejercer actividades de juzgamiento de solicitarlo de mutuo acuerdo los interesados, contribuyendo a crear la confusión que los estudiosos del Derecho Romano encuentran hasta nuestros días.

«Que todos los magistrados tengan auspicio y jurisdicción, y que el Senado se componga de ellos. Que los decretos del Senado sean válidos; pero si otra potestad igual o mayor interpone el veto, sea su texto archivado.»⁷

7 CICERON, Marco. *Las Leyes*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1953. Pág. 205.

Para entender el problema de la creación de los oficios, es necesario comprender el particular carácter que en Roma se atribuyó al honor y al hecho de que esta virtud ocupara un lugar importante en la comunidad de su época. Los romanos descendientes de las tribus celtas primitivas, de itálicas, latinos y sabinos, se impregnan del mundo mediterráneo, asumiendo rasgos de un mundo profundamente civilizado en que la condición del ser humano tiene un sentido especial, donde se premia la capacidad además del origen familiar.

Dentro de este medio, existía un criterio valorativo de la persona, en la medida que servía a un sistema burocrático que se fue configurando con el paso del tiempo. Hay que tomar conciencia que estamos acercándonos a una civilización que se convirtió en el mayor imperio de su época, con un bagaje cultural que se fue enriqueciendo en la relación con sus vecinos.

Coexistieron un fuerte e inteligente orden social, que valorizaba al ser humano, con la esclavitud; un derecho civil, circunscrito a los ciudadanos romanos, y un derecho de gentes para aquellos que no gozaban de la ciudadanía romana.

Conforme se extiende el Imperio Romano y la aplicación del derecho a todos aquellos territorios recientemente adquiridos y a sus pobladores, éstos asumen la organización romana, pero, ante todo, sus valores.

En la línea de la protección de los valores, la división del Derecho Romano entre público y privado es significativa. Como ejemplo vemos que se identifica el derecho público con lo sagrado, sacerdotal, y el derecho de los magistrados, al mismo nivel. Eso prueba la diferente óptica que los romanos tenían acerca del ejercicio del poder.

El oficio que ejercían los ciudadanos esclarecidos tenía un rol institucional, el cual fue enaltecido y al cual se le dio el agradecimiento y respeto de la población.

D.1.1.1.2. «Dos son los aspectos de este estudio, el público y el privado. Es derecho público, el que se refiere al estado de la cosa romana; privado, el que a la utilidad de cada individuo; pues unas cosas son útiles pública, y otras, privadamente. El derecho público consiste en las cosas sagradas, las de los sacerdotes y las de los magistrados. El derecho privado consta de tres partes, pues está

compuesto de los preceptos naturales, o de los de gentes, o de los civiles.»

El principio de que todos los Magistrados tenían jurisdicción se puede observar claramente en el diálogo de Cicerón con Atico texto al cual, por ley, se le atribuía la condición de norma jurídica de cumplimiento obligatorio por los jueces y la población en general, por ser escrito de un jurisconsulto, que en Roma era fuente de derecho.

«Marco: Ante todo, alabemos, pues, la misma ley, con las alabanzas verdaderas que le son pertinentes.

Atico: Muy bien, al igual que hiciste con la ley de los cultos religiosos.

Marco: Ya veís, pues, que la esencia de la magistratura está en el gobernar y disponer ordenes rectas, útiles y conformes a las leyes. Del mismo modo que las leyes gobiernan a los magistrados, así el magistrado gobierna al pueblo, y puede decirse en verdad que el magistrado es una ley con voz, y la ley un magistrado sin ella.»⁸

Adicionalmente al Imperio y la jurisdicción, el régimen político estaba basado en el honor, que se expresaba a través de la consecución de la Dignidad, que era la condición honorífica atribuida al cargo. El honor era la esencia del cargo mismo, siendo el Imperio y la jurisdicción sus atributos.

C.12.1.2. El Emperador Constantino, Augusto, a Volusiano, Prefecto del Pretorio.

«No estarán expeditas las puertas de la dignidad ni para los tachados de infamia y con nota, ni para aquellos a quienes mancha un crimen o la torpeza de su vida, y a quienes la infamia los segrega del conjunto de las personas honradas.»

La estructura del poder, al estar en manos de funcionarios llamados magistrados, requiere de éstos cualidades morales que les permitan desempeñar sus cargos de gobierno y estructurar el orden romano. Para asegurar el éxito de las nuevas medidas, se dieron disposiciones de carácter legal destinadas a garantizar la integridad y protección de las personas que ejercían las funciones.

8 CICERON, Marco, Op. Cit., Pág. 193.

C.12.1.5. El Emperador Constancio, Augusto a Clearco, Prefecto de la ciudad.

«Ningún Prefecto de la ciudad sujete a cargo alguno sin mandato o conocimiento nuestro a un Senador; nadie mancille con cruel injuria a nuestra curia. Porque si acaso se les hubiere de encomendar alguna cosa a los revestidos de dignidad senatorial, ésto ha de estar reservado a nuestro juicio; sea, pues, dignidad la que se sostiene mandándolo nosotros.»

La protección de las dignidades y de los honores tuvieron tanta importancia como los atributos morales de sus titulares. Se logró crear toda una mística alrededor de aquellos con méritos, que respondían a la calidad de las funciones encomendadas. Es el viejo principio de que la autoridad se respeta en la medida que sea digna de respeto. Hay una variedad de dispositivos destinados a sancionar con severidad a quien falta el respeto a la autoridad, así como también fueron severamente sancionadas las malas autoridades. A continuación se revisan algunos textos justinianos:

C.12.1.11. Los mismos Augustos a Procopio.

«El Senador u otra muy esclarecida persona tenga de condición privada los hijos nacidos ciertamente antes de recibir él la dignidad; lo que es sabido que no solamente se estableció respecto a los varones, sino que también se ha de observar en cuanto a las hijas con igual condición. Mas como no es conveniente que los hijos envidien los honores paternos, se ha de saber que habrá de permanecer en la dignidad de muy esclarecido, el habido de un Senador, o de persona solamente muy esclarecida.»

El concepto de honor está siempre presente. Las penas que se establecían por delitos, no sólo eran de tipo penal, sino que en igual rango se encontraba la pérdida de honores y privilegios. Notemos que se les quita el honor y que en lo futuro serán tratados como los peores y como plebeyos. O sea, que el sólo hecho de ser nombrado juez ya creaba un *status* privilegiado propio de los aspirantes al patriciado y dignidades mayores.

C.12.1.12. Los Emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio, Augustos, a Neoterio, Prefecto del Pretorio.

«Los jueces que hubieren sido convictos de haberse manchado con hurtos y crímenes, sean considerados, habiéndoseles quitado las insignias de los diplomas y siendo despojados de su honor, entre los peores y como plebeyos, y en lo sucesivo no se enorgullezcan con el honor de que ellos mismos se juzgaron indignos.»

La ley del Emperador Zenón es frecuentemente citada en los precedentes. El honor era el valor supremo a que podía aspirar un ciudadano romano y por ser honorable se adquirían todos los atributos derivados de una organización que premiaba las virtudes. La organización de las jerarquías y dignidades estaba ligada a la consecución de honores. El estímulo derivado de una buena actuación daba lugar al reconocimiento ciudadano y éste se daba como premio a la seriedad, probidad y capacidad en el desempeño de una función u oficio. El reconocimiento público no sólo constituía un estímulo sino que abría las puertas del privilegio, se accedía al poder, se permitían ascensos, se adquiría importancia en la comunidad y era un valor muy deseado por el ciudadano romano. El sistema estaba planificado para exigir un buen actuar y premiar a quien hacía uso correcto de la confianza delegada. De allí el éxito y la inteligencia de la burocracia romana. Basado en ello, el principio de delegación funcionó tan eficientemente.

Prueba de la importancia que en Roma se daba al honor, es la abundante legislación que protege a los ciudadanos probos, creándoles un régimen de privilegio fundado en que aquél que por méritos mereció reconocimiento ciudadano tenía derecho a un tratamiento especial por parte de la justicia. El honor los ponía por encima del hombre común. En dicha disposición de Zenón se establece que en caso de acción legal contra el juez, éste no recibía el trato que se daba al común de los ciudadanos, dándole el privilegio de su propia custodia, inclusive como caución o garantía, su palabra. El juramento era rodeado de un aspecto de sacralización. El dogma de su santidad estaba en la conciencia de los ciudadanos. Por consiguiente, el perjurio fue severamente castigado.

C.12.1.17. El Emperador Zenón, Augusto, a Arcadio, Prefecto del Pretorio.

«Cuando por demanda privada civil o criminal de cualquiera han de ser citados varones ilustres, no sean vejados por concusión alguna para que den fianza, sino consigan por especial privilegio quedar encomendados a su propia fidelidad, debiendo prestar por ellos caución juratoria. Y si no la prestaren, y contra el juramento incluido en la caución se hubieren ausentado ellos mismos o sus procuradores, el juez competente dispondrá lo que la autoridad de las leyes y la calidad del caso requirieren.»

Igual trato se da a los funcionarios y magistrados en cuanto a la libertad de movimientos por el territorio del Imperio. La autoridad celosa

del orden, a fin de evitar rebeliones, sólo permitió un tránsito restringido en el territorio de la república, de cuyos permisos exoneró a los magistrados. La posesión de dignidades y honores constituían privilegios reales con un sentido práctico. Se creaba un *status* privilegiado que era muy deseado por aquellos que no participaban de él.

C.12.1.18. El Emperador Anastasio, Augusto a Eusebio, Maestre de los Oficios.

«Mandamos, que, quedando salvo el honor que se defiere por el llamamiento de una sacra epístola, les sea lícito a todos los que ejercen potestades, tanto mayores como menores, y también a los honorarios ilustres, ya si hubieren partido de esta regia ciudad, precediendo por supuesto, consentimiento del Príncipe, ya si habitando en provincias, quisieren dirigirse al sacratísimo condado (por requerirlo a la verdad sus negocios), venir a esta regia ciudad aún sin sacra epístola de llamamiento.»

En este precedente encontramos una de las pocas referencias a rangos dentro del período justiniano que nos indica el paralelismo entre los diferentes títulos. El Conde de los Domésticos y el Maestre de los Oficios parecen haber sido dignidades equivalentes en esa época. Las precisiones vagas en cuanto a atribuciones en los diferentes cargos de magistrados romanos y el hecho de no encontrar en la legislación que la calificación del cargo con un título determinado lleve un atributo especial, nos lleva a pensar que la existencia de títulos y su importancia era exclusivamente honorífica. La calificación legal: “por supuesto entre los agentes”, hace referencia a algún atributo que no se ha podido precisar.

C.12.16.1. Título XVI. De los Silenciaris y de sus Decuriones. Los Emperadores Honorio y Teodosio, Augustos a Urso, Prefecto de la Ciudad, a Aureliano Prefecto del Pretorio de Oriente y a Estrategio, prefecto del Pretorio de Iliria.

«Tengan los Decuriones de nuestro Palacio, después de acabado fielmente su servicio y después de haberse eximido de los juramentos de su milicia, derecho para elegir, ya si prefirieren obtener de nuestra majestad, como agentes, la dignidad de exmaestre de los oficios, ya si ser contados entre los ilustres varones, Condes de los Domésticos, por supuesto, entre los agentes, de suerte que tanto para adorar a nuestra serenidad, como para saludar a los administradores y para los demás privilegios del susodicho honor, se les guarde de todos modos también en nuestro consistorio la consideración honorífica.»

Se estableció un rígido sistema de orden de prioridades por las dignidades. La dignidad más antigua precedía a la más moderna. Se vinculó el honor al tiempo, ennobleciendo en el tiempo a las magistraturas y a los miembros de familias de magistrados, lo cual les daba privilegios e importancia en la sociedad.

C.12.3.1. Título III. De los Cónsules y de que por ellos no se eche dinero al pueblo, y de los Prefectos, Maestros Militares y Patricios. Los Emperadores Teodosio y Valentiniano, Augustos, al Senado.

«Antiguamente se estableció que a los varones consulares les precedieran ciertamente los demás que estuvieran honrados con la excelcitud de la misma trábea, pero que los iguales por las ínfulas precedieran solamente por consideración del tiempo. Porque ¿tratóndose de un mismo género de dignidad quién habría de ser considerado primero, sino el que primero mereció la dignidad? El posterior, aunque pretenda las prerrogativas del mismo honor, debe ceder, sin embargo, al Cónsul del tiempo en que él no lo hubiere sido. Debiéndose observar esto, también si alguno hubiere ascendido reiteradas veces a la dignidad del Consulado. Porque las fasces repetidas comprueban las virtudes del que con frecuencia las mereció, pero no las aumentan, porque no hay nada más alto en dignidad. Mas si el nombrado primeramente Cónsul y pospuesto a otro Cónsul posterior y también Patricio adquiriera después el Patriciado, es conveniente que sea pospuesto el que primero obtuvo el patriciado después que aquél fue distinguido con el honor de la dignidad de Patricio.»

El principio de orden de méritos basado en la capacidad de la persona ha sido frecuentemente plasmado en la legislación y revela la inteligencia del sistema y fue una de las bases del éxito de la burocracia romana.

D.50.2.7. «Los honores y los cargos se han de conferir no según el número de orden, sino a los mejores.»

La legislación permitió que los distintos tipos de funcionarios se agrupasen en corporaciones, según el tipo de actividad. La actividad en sí se llamaba oficio (*officium*), y las corporaciones *officii* con el nombre de la corporación agregada. Los *officii* trabajaban como colegios profesionales, con Imperio y jurisdicción sobre sus miembros. La primera jurisdicción sobre los miembros de un *officii* en relación con asuntos vinculados al ejercicio de su profesión la ejercían sus iguales.

Los *officii* como entidad estaban presididos por el Maestre de los Oficios, cuya dignidad era grande, no sólo por tener la facultad derivada de su propia magistratura, sino como representante de su *officium*. Era una forma de acumulación de dignidades y jurisdicciones: la propia de su magistratura, y la derivada de su cargo de Maestre de los Oficios. Con los años, el cargo de Maestre de los Oficios adquirió un matiz honorífico adicional, ya que los miembros de un *officium* importante, al momento de jubilarse, recibían la dignidad de Maestre de los Oficios. Si bien no era el primero dentro del oficio, porque adquirían la dignidad honorífica, el rango, y la facultad derivada de la autoridad del cargo, por la falta de referencias no se puede precisar las funciones adquiridas, anexas al nuevo título. Todo indica por la tradición de colegiatura romana que pasaban a formar parte de un cuerpo deliberante que gobernaba a los miembros del Oficio, mas las funciones específicas deben haber sido delegadas en uno de ellos. La función usual de gobierno del *officii* es lógico que la ejerciera el delegado que la adquirió por sus méritos, no exclusivamente por honor. Si examinamos la legislación, encontraremos que gran parte de la misma se dirige al Maestre de los Oficios como funcionario obligado a verificar su cumplimiento. Los jueces, como funcionarios, constituyeron su propio Oficio.

I.4.17.pr. «Resta que hablemos del oficio del juez. Y a la verdad, debe ante todo cuidar el juez de no juzgar diferentemente de como en las leyes, o en las constituciones, o en las costumbres se halla establecido.»

La frecuencia de las referencias a los honores merecidos por aquellos ciudadanos esclarecidos, partícipes de un Oficio, abundan en la legislación.

C.1.26.4. Los mismos Augustos a Nomo, Conde y Maestre de los Oficios.

«Conviene que se concedan premios por sus virtudes a los que los merecen, pero los honores de unos no deben ser ocasión de perjuicios para otros. Así, pues, cuando o para nuestros jueces, o para otra cualquier persona se hubiere solicitado una estatua por alguna corporación u oficio, ya en esta Sacratísima ciudad, ya en las provincias, en manera ninguna consentimos que los gastos se reúnan por reparto, sino que mandamos que la estatua se coloque a expensas propias de aquél en cuyo honor se pide.»

El acceso a los Colegios Profesionales por los Magistrados o funcionarios de rango alto estaba permitido. Los magistrados en general, inclusive los que no se dedicaban usualmente al rol de jueces, tenían Imperio, facultad de juzgar y jurisdicción.

C.1.48.3. Título XLVIII. Del *Officium Diversorum iudicum*. Los mismos Augustos a Constantino, Prefecto del Pretorio de las Galias.

«Sepan los jefes superiores, los cornicularios, los oficiales primeros, y también los jueces, que se les habrán de exigir de sus bienes tres libras de oro, si para los honorables varones, a quienes también les está concedida la facultad de entrar en nuestro consistorio, no estuviese expedita la entrada de la cámara de los jueces, o si al saludarles no se les guardare reverencia, o si les fuera denegada la facultad de tomar asiento juntos con el juez.»

Ratificando la observación anterior, se hace referencia a los funcionarios, que si bien no emiten fallos en forma usual, fallan ocasionalmente, debiéndoseles el respeto correspondiente a su rango. La frase «aquellos a cuyo juicio son usualmente llevados», no requiere mayor explicación.

C.1.48.2. Los Emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio, Augustos a Principio, Prefecto de la ciudad.

«Sepan todos los jueces, que se han de tributar los honores debidos a los funcionarios más altos, y a aquellos a cuyo juicio son a veces llevados, y no se atrevan a llamarlos hermanos en sus comunicaciones, debiendo ser multado el cuerpo de alguaciles, al que corresponde este cuidado.»

El proceso de administrar justicia no era exclusivo de los jueces. Más bien era exclusivo de los magistrados, quienes delegaban funciones en árbitros y jueces. La jurisdicción no fue atribuida a estos últimos sino a los magistrados, quienes las delegaron en los jueces para casos concretos. Recién en el período justiniano, con la generalización de la acción extraordinaria, se generalizó el nombramiento de jueces como administradores normales de justicia; aunque los magistrados nunca perdieron sus atribuciones y preeminencias.

D.1.2.2.34. «En su consecuencia, de todos éstos administraban justicia en la ciudad diez tribunos de la plebe, dos cónsules, dieciocho pretores y seis ediles.»

Al referirnos a las Dignidades, nos referimos en especial a la de los Senadores, por ser el cuerpo colegiado, el *officium* más importante de la sociedad romana. Los privilegios por el hecho de ser partícipes de una dignidad, obligaron a los legisladores a reglamentar su ejercicio.

D.1.9.5. «Por hijo de Senador debemos admitir no solo al que lo es natural, sino también al adoptivo; y no importaría de quién o de qué manera hubiere sido adoptado; ni tampoco hace al caso que lo hubiere adoptado, ya constituido en la dignidad senatoria, o antes de tener esta dignidad.»

Los *officii* también son tratados frecuentemente en la legislación, ya que la organización burocrática romana, se apoyó en ellos. Los *officii* eran entidades autónomas en cuanto al manejo de los miembros de la corporación. Eran presididos por los funcionarios que poseían la dignidad de Maestros de los Oficios, quienes ejercían la jurisdicción sobre sus miembros. Abunda la legislación en la que se pena al oficio como entidad, en caso de transgresiones a la ley por parte de sus miembros. Se sancionó por omisión a la Corporación por no actuar oportunamente en castigar a sus miembros que hubieran delinquido. Los *officii* más importantes son tema de reglamentación en la ley. Como muestra, veamos los siguientes títulos del Libro 1 del Digesto:

- D.1.10.1. Título X. *De Officio Consulis.*
- D.1.11.1. Título XI. *De Officio Praefecti Pretorio.*
- D.1.12.1. Título XII. *De Officio Praefecti Urbi.*
- D.1.13.1. Título XIII. *De Officio Quaestoris.*
- D.1.14.1. Título XIV. *De Officio Praetorum.*
- D.1.15.1. Título XV. *De Officio Praefecti Vigilum.*
- D.1.16.1. Título XVI. *De Officio Proconsulis et Legati.*
- D.1.16.2. *De Officio Proconsulis.*
- D.1.17.1. Título XVII. *De Officio Praefecti Augustalis.*

- D.1.18.1. Título XVIII. *De Officio Praesidis.*
- D.1.19.1. Título XIX. *De Officio Procuratoris Caesaris
Vel Rationalis.*
- D.1.20.1. Título XX. *De Officio Iuridici.*
- D.1.21.1. Título XXI. *De Officio eius, cui mandata est
iurisdictio.*
- D.1.22.1. Título XXII. *De Officio Assessorum.*

Estos Maestros de los Oficios compartían en común la dignidad inherente a su cargo, la jurisdicción sobre los miembros de su oficio, las atribuciones propias del cargo, la capacidad de ser jueces en caso de decidirlo así los litigantes, su imperio en el área del gobierno que les era atribuida y la capacidad magistratural para intervenir en casos especiales fuera de su jurisdicción, de requerirlo así la situación.

La discrecionalidad era una de las características que se exigía a los magistrados, añadiéndole la capacidad de incorporar la costumbre a la jurisdicción. En Roma, se estimaba que la costumbre que permanecía con el tiempo demostraba que era buena y que debía ser incorporada por los precedentes judiciales. Si observamos las atribuciones que la ley establece para los cargos siguientes, podemos abstraer el desempeño de los oficios. Al del Prefecto del Pretorio, después del Senado y del Príncipe, le correspondía la mayor autoridad. La autoridad moral del cargo era tan grande como la autoridad del desempeño del cargo. La solidaridad entre los que ejercían el *officium* era obligatoria e indivisible. Como cuerpo colegiado, tenían obligaciones conjuntas de las que no se podían liberar. El *officii* era el supervisor de los miembros que conformaban la orden, y los Maestros de los Oficios, los encargados de ejecutar las disposiciones tomadas.

D.50.1.11. «El Emperador Tito Antonino respondió por rescripto a Léntulo Vero, que el oficio de los magistrados es indivisible, y común la responsabilidad del mismo; lo que se debe entender de modo que se le atribuya al colega la responsabilidad solamente, si ni del mismo que administró, ni de los que por él afianzaron se pudiera recobrar la cosa, y si no fue solvente al deponer su cargo ho-

norfíco; de otra suerte, si la persona o la caución fuera abandonada, o si fue solvente al tiempo en que pudo ser demandada, cada cual quedará responsable por lo que administró.»

La confusión que creó la superposición de jurisdicciones, unida a que los estudiosos que se han acercado al tema lo han hecho a partir de una óptica derivada de su aproximación a las instituciones jurídicas vigentes en la actualidad, ha causado la pérdida de perspectiva del funcionamiento de la jurisdicción en el Imperio Romano. Si estudiamos el desempeño de la jurisdicción de la magistratura, encontramos que los campos de acción de su ejercicio representan una tendencia a acercarse a un campo de competencia realizada mayoritariamente por determinado tipo de funcionario, mas no exclusivamente. El Prefecto del Pretorio gozó de la grandeza del Príncipe y tuvo privilegios extraordinarios en cuanto a dignidad.

D.1.11.1.1. «La autoridad de los Prefectos nacida con tales comienzos logró llegar a tanto auge, que no se podía apelar de los Prefectos del Pretorio. Pues como antes se hubiese preguntado, si sería lícito apelar de los Prefectos del Pretorio, y fuera lícito en derecho, y hubiera ejemplos de quienes habían apelado, después por sentencia del Príncipe públicamente leída se prohibió la facultad de apelar; porque creyó el Príncipe, que aquellos que por sus singulares conocimientos, después de probada su fidelidad y su gravedad, son elevados a la grandeza de este cargo, no habrían de juzgar por su sabiduría y por el brillo de su dignidad de otro modo que el mismo juzgaría.»

El Prefecto Urbano tenía la jurisdicción derivada de los crímenes que se cometían en las ciudades. Esta fue sólo una de las formas de jurisdicción, no exclusiva. A pesar del nombre del cargo, ejercía jurisdicción fuera de la ciudad de Roma.

D.1.12.1.pr. «En la carta del Divino Severo dirigida a Fabio Cilon, Prefecto de la ciudad se declara que la Prefectura de la ciudad avocó a sí el conocimiento absolutamente de todos los crímenes, no tan sólo de aquellos que se cometen dentro de la ciudad, sino también de los de fuera de la ciudad, dentro de Italia.»

Ante la imposibilidad de asumir los Prefectos toda la problemática de la urbe romana, se creó el Oficio de los Cuestores, quienes asumieron parte de las atribuciones de la Pretura.

D.1.13.1.3. «Y hoy se observa, que indiferentemente se crean cuestores, así patricios, como plebeyos; pues es ingreso y como principio para obtener honores y para emitir voto en el Senado.»

El acceso al Patriciado, el más alto honor que podía recibir un romano y que tenía rango hereditario, era la más alta aspiración que podían desear los miembros de la jerarquía en Roma. Entre los rangos de poder más alto, con aspiración al Patriciado, se encuentran los Maestres de los Oficios, en los cuales se apoyó en parte el poder romano.

D.13.3.3. «A nadie le sea lícito ascender al sublime honor del Patriciado, que se antepone a todos los demás, a no ser que antes obtenga el honor del Consulado, o se conozca que, colocado a la verdad en activo, desempeñó el cargo de la Prefectura del Pretorio, o de la Iliria o de la ciudad, o el de Maestre Militar o Maestre de los Oficios, de suerte que solamente a estas personas, ora desempeñando todavía el cargo, ora desempeñándolo después, les sea lícito (cuando esto le pareciera bien a nuestra majestad), conseguir la dignidad de Patricio. Y por cuanto creemos deber mirar de todos modos por esta gloriosísima ciudad, que es cabeza del orbe de la tierra, mandamos que todos los que en lo sucesivo sean revestidos por munificencia del Príncipe con las insignias del Consulado Honorario, suministren cien libras de oro para reparar el acueducto público, a semejanza de aquellos que se glorian con el nombramiento de cargos consulares por el tiempo de un año. Porque también a ellos mismos les conviene que esta muy floreciente ciudad, favorecida por la munificencia de las cien libras de oro, disfrute igualmente del Consulado Honorario.»

En esta ley, vemos claramente cómo por méritos se podía acceder al Senado. El ascenso social y magistratural era permitido. Se premiaba la virtud y el desempeño meritorio del cargo. Un aspecto interesante a destacar es que ascender a una dignidad implicaba un egreso a favor de la sociedad, para la persona promovida. Se demuestra así la importancia social del nombramiento por ser, en la línea de méritos, la forma de ascender a los puestos más elevados. En el mismo derrotero está el siguiente precedente, en que un esclavo ejerció una magistratura, ignorando la población su condición de tal. Se impuso el espíritu práctico antes que la rigidez del sistema, lo cual fue un rasgo común dentro de los romanos.

D.1.14.3. «Barbario Filippo, siendo esclavo fugitivo, pretendió la Pretura de Roma, y fue designado Pretor; pero dice Pomponio, que de ningún impedimento le sirvió la esclavitud, como si no hubiere

sido Pretor. Mas la verdad es que ejerció la Pretura; pero con todo eso, veamos, si siendo esclavo hubiere estado revestido de la dignidad Pretoria, mientras ocultó su estado, ¿qué diremos? ¿sus edictos, sus decretos, serán acaso de ningún valor, o lo tendrán por la utilidad de aquellos que ante él litigaron o por ley, o por algún otro derecho? Y yo ciertamente opino, que ninguna de aquellas disposiciones se anulan. Pues esto es más conforme a equidad, toda vez que el pueblo romano pudo también discernir a un esclavo esta potestad; pero de suerte que si hubiera sabido que era esclavo, lo habría hecho libre. Cuyo derecho con mucha mayor razón se ha de respetar en el Emperador.»

Frecuentemente encontramos precedentes en que la jurisdicción asignada al cargo tiene un carácter territorial; en otros casos es una función específica. El caso de los baños públicos, sólo es explicable en Roma, en que las termas eran una institución en la vida social de la población, pues en ellas se realizaban contactos de negocios y sociales. Las damas romanas también acudían a las termas, que eran los lugares de reunión por excelencia. Los romanos acudían a ellas a continuación de realizar sus actividades en el Foro.

D.1.15.3.5. «También esta constituido Juez contra los guardarropas, que por estipendio reciben en los baños los vestidos para guardarlos, a fin de que él mismo conozca en los casos en que se hubiere cometido algún fraude en la guarda de los vestidos.»

Estamos hablando de que el *Praefecti Vigilum* poseía imperio y jurisdicción en el desempeño de su cargo. Se reafirma también la territorialidad del cargo.

D.1.16.1. «El Procónsul tiene ciertamente en todas partes las insignias Proconsulares, desde luego que sale de la ciudad; mas no ejerce potestad, sino en aquella sola provincia que le está asignada.»

La distinción entre los dos tipos de jurisdicción está marcada por la actitud litigiosa de los litigantes, y no por el tipo de funcionario ante el cual se ejerce la jurisdicción. El funcionario era nombrado con determinado campo de acción, como tendencia. No era exclusiva su actividad dentro de este mismo campo y podía ejercer jurisdicción en litigios o actos de jurisdicción voluntaria, de solicitárselo las partes. El Procónsul, una vez que entraba al territorio que se le asignaba, recuperaba su pleno Imperio y jurisdicción. Antes de llegar a su territorio, sólo podía formali-

zar actos de jurisdicción voluntaria. En este caso es Magistrado en toda circunstancia, pero es Procónsul sólo en su territorio.

D.1.16.2.pr. «Todos los Procónsules tienen jurisdicción, desde luego que hubieren salido de la ciudad; pero no contenciosa, sino voluntaria, de modo que ante ellos pueden manumitirse así hijos como esclavos y hacerse adopciones.»

D.1.16.2.1. «Mas ante el legado del Procónsul, nadie puede manumitir, porque no tiene tal jurisdicción.»

El Procónsul representaba la autoridad política además de la administrativa y jurídica en la provincia. Por ello, se reglamentó detalladamente la delegación de actos que se podían celebrar en su nombre.

D.1.16.4.5. «Después que así haya entrado en la Provincia, debe conferir la jurisdicción a su legado, y no debe hacerlo antes de que hubiere penetrado en la Provincia. Porque es muy grande absurdo, que antes que él adquiera la jurisdicción, pues no le compete antes que hubiere llegado a aquella Provincia, delegue a otro la que no tiene; pero si así lo hubiere hecho antes, y entrado en la Provincia hubiere persistido en la misma voluntad, se ha de creer, que el legado parece tener jurisdicción, no desde que se le delegó, sino desde que el Procónsul entró en la Provincia.»

Entre sus funciones expresas estaba el administrar justicia o el delegar la administración de justicia.

D.1.16.7.2. «Mas como tenga plenísima jurisdicción el Procónsul, le corresponden las atribuciones de todos los que en Roma, o como magistrados, o extraordinariamente administran justicia.»

El Procónsul ejercía en la provincia los dos tipos de imperio; de espada o mero imperio y mixto, en el que se incluían facultades jurídicas y administrativas.

Determinados magistrados, como los municipales, tenían funciones específicas. Es uno de los pocos casos mencionados en la legislación en que tienen más jurisdicción que imperio. El Estado directamente les delegó jurisdicción específica y no amplitud de facultades, como a otros funcionarios. Evidentemente estamos hablando de un funcionario menor ya que carecía de imperio, el cual es mencionado expresamente como atri-

buto de los magistrados mayores. Recordemos que la jurisdicción es la parte del Imperio aplicada a un campo específico.

D.50.1.25. «Los magistrados municipales, como desempeñan una sola magistratura, representan también las veces de una sola persona; y esto se les concede de ordinario ciertamente por la ley municipal; pero aunque no les haya sido concedido, con tal que no les haya sido denegado, compete por la costumbre.»

D.50.1.26.1. «El magistrado municipal no puede hacer lo que más bien es de Imperio, que de jurisdicción. A los magistrados municipales no se les permite que restituyan por entero, o que manden poseer los bienes para conservar una cosa, o para conservar la dote, o para conservar los legados.»

Sin embargo, existe una atribución de la magistratura en que tienen imperio relativo y potestad de fallar, en caso de que los litigantes de mutuo acuerdo decidieran solicitarle el fallo de su litigio. En ese caso, tenían jurisdicción e imperio.

D.50.1.28. «Entre los que en ello convengan, se litigará aún por mayor cuantía, ante los magistrados municipales.»

Hay una atribución de la magistratura por el territorio de ejercicio y otra atribuida al cargo.

D.50.1.29. «El habitante debe obedecer a aquellos magistrados en cuya jurisdicción habita, y a aquellos en cuya jurisdicción es ciudadano; y no solamente está sujeto en ambos municipios a la jurisdicción municipal, sino que también debe desempeñar todos los cargos públicos.»

La territorialidad del cargo de Procónsul es esencial para los romanos. El Procónsul una vez que hubiera entrado en Roma, perdía su imperio. El Senado se cuidaba de los generales con mucho poder y manejo de los ejércitos en la provincia, con posibilidad de poner en peligro el régimen. Fue una precaución quitarle al Procónsul su atribución política, su imperio. De lo contrario, se le hubiera quitado exclusivamente la jurisdicción.

D.1.16.16. «El Procónsul luego que ha entrado por una puerta de Roma, depone su Imperio.»

Al notar el Senado que en determinados sitios se necesitaba alguien con poderes especiales para ejercer el gobierno, se crearon los Presidentes.

D.1.18.1. «El título de Presidente es genérico, y por esto los Procónsules, los legados del César, y todos los que gobiernan provincias, aunque son Senadores, se llaman Presidentes; la denominación de Procónsul es especial.»

En este caso, se trata de que la jurisdicción está circunscrita al proceso civil. La deportación era una pena y estaba dentro de la jurisdicción penal, cuyo rol de juzgador estaba dentro de las facultades de funcionarios con mandato expreso.

D.1.19.3.pr. «Los procuradores del César no tienen derecho para deportar, porque no tienen jurisdicción para imponer esta pena.»

Es el mismo caso que hemos visto anteriormente. Lo que se encontraba en el campo penal era materia de juzgamiento sólo por los magistrados mayores. Esta institución ha llegado hasta nuestros días en nuestro derecho penal, en que hasta hace poco tiempo el juez instructor no podía fallar. En la actualidad, sus dictámenes siguen siendo materia de revisión por los Tribunales Correccionales, que llenan la función que se atribuyó a los magistrados mayores en el derecho romano. En segunda instancia, se señala la pena y se la impone.

C.1.43.1. Título XLIII. *De officio Praefecti Vigilum*. Los Emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio, Augustos a Nebridio, Prefecto de la Ciudad.

«Los Prefectos de los Vigilantes de esta ciudad no deben resolver nada por su propia autoridad en las causas capitales, sino dar cuenta, si algo de esta naturaleza ocurriere, a la alteza de tu potestad, para que sobre las mencionadas causas se juzgue con más alta sentencia.»

En relación con los alcances penales, es interesante dejar constancia quiénes son los funcionarios encargados de la administración de las penas y de cuidar el orden público. Entre ellos, se encuentran los Maestros de los Oficios, para que en coordinación con los otros funcionarios puedan actuar cada uno de acuerdo a su campo. Las autoridades policiales, militares, los encargados del juzgamiento, y de las profesio-

nes no fallaban en materia penal. Es interesante ver que no se comunica la violación de la norma a ningún funcionario específico, sino a los superiores de la corporación. Al parecer, hubo una delegación de coordinación en la administración de justicia y gobierno, en que los Maestres de los Oficios fueron los magistrados obligados.

Entre los privilegios de los oficios, se encuentran las inmunidades. Es interesante el grado de poder que alcanzaron en la organización romana. El *primicerio*, o sea el primero entre otros, aquél que alcanzó el más alto grado dentro de la profesión, no podía ser antepuesto por otros funcionarios que alcanzaron el honor con anterioridad.

C.12.7.3. «Hemos considerado que nuestra disposición tiende principalmente a esto, a que a nadie le sea alguna vez lícito por ambición o por favor, o con pretexto de cualquier ocasión, o con motivo de trabajos o de cuidados perturbar la serie de los grados públicos, y menospreciada la razón de tiempos, ser antepuesto a los que ya militaban, y arrebatar por gracioso apresuramiento, los beneficios que promete una vejez ya amparada por largos y continuados servicios. Debiéndose añadir también esto, que el primicerio obtenga según la antigua costumbre, después de haber cesado en el cargo público de los contadores, las ínfulas de Maestre de los Oficios, como si hubiese desempeñado el mismo cargo administrativo cuya dignidad consigue, debiendo ser antepuesto a todos los que estén vacantes, aunque le precedan en tiempo.»

Se estableció para los magistrados con el cargo de Condes del Consistorio, el privilegio de la ley de Zenón, de ser garantes con su palabra y no ser conducidos a juicio sin quedar bajo su propia custodia, como a los funcionarios de mayor nivel en la administración pública o como a los Patricios. El funcionario encargado del cumplimiento de la ley era el Maestre de los Oficios.

C.12.10.2. Título X. De los Condes del Consistorio. El Emperador Anastasio, Augusto, a Eusebio, Maestre de los Oficios. «Mandamos que los respetables varones Condes del Consistorio, y sus mujeres e hijos, y también sus esclavos y colonos, disfruten, tanto al alegar excepciones contra las demandas que por otros se les hayan de proponer, como al formalizar las suyas contra otros, de los mismos privilegios de que gozan por la sacra pragmática sanción de Zenón, de divina memoria, los muy esclarecidos varones príncipes del Colegio de agentes de cosas.»

Determinadas profesiones intelectuales fueron reconocidas como dignidades de primer orden. La valoración intelectual de diversas profesiones agrupadas en Oficios fueron destacadas por la legislación.

C.12.15.1. Título XV. De los Profesores que enseñando en la ciudad de Constantinopla hubieren merecido por ley la categoría de Condes. El Emperador Teodosio, Augusto y Valentiniano, César, a Teófilo, Prefecto de la ciudad.

«Plugo que los gramáticos, tanto griegos como latinos, sofistas y jurisperitos, que ejercen su profesión en esta regia ciudad, dentro del número estatutario, sean distinguidos con honores y contados entre los que tienen la dignidad de exvicarios, si hubieren demostrado que su vida es plausible por sus probas costumbres, si hubieren evidenciado que tenían pericia en enseñar, elocuencia en el decir, agudeza al interpretar y facilidad para discutir, y hubieren sido estimados dignos a juicio de la amplísima corporación, cuando hubieren llegado a veinte años de la continuada observancia y en el cuidadoso trabajo de enseñar.»

Las inmunidades o privilegios no se obtenían por el solo hecho de entrar a formar parte de su oficio, sino que se requería adquirir méritos especiales con el tiempo. El adquirir un *status* dentro de la corporación era premiado. Lo interesante de esta posición es que la ley no sólo premia el mérito sino que va mucho más allá. Hay un aspecto de política educativa de la población en que siempre se premiaron los logros y los avances de los ciudadanos que destacaron.

D.50.6.12. «A algunos colegios o corporaciones, a quienes les está permitido por la ley el derecho de constituirse, se les concede inmunidad, esto es, a los colegios o corporaciones en que cada uno es admitido por causa de su propio oficio, como es la corporación de los obreros, y otras que tengan la misma razón de origen, esto es, que fueron establecidas precisamente para que prestaran su trabajo necesario a las conveniencias públicas. La inmunidad no se da indistintamente a todos los que fueron admitidos en estos colegios, sino solamente a los artífices; y no pueden ser admitidos de toda edad, según plugo al Divino Pfo, el cual rechazó a los hombres de edad muy avanzada o muy tierna. Pero muchas veces se determinó que tampoco los que aumentan sus bienes y pueden soportar los cargos de las ciudades, pueden usar de los privilegios que fueron concedidos a los más pobres, que se hallan incorporados en los colegios.»

La comunicación de los particulares con la autoridad se daba también a través de los Oficios. Esto prueba que eran un nexo entre el legislador y la población. Igual que el legislador se dirige al Maestre de los Oficios para aplicar una ley, también la población se dirige al respectivo Maestre de los Oficios, en demanda de protección.

C.1.40.1. «Y si los defensores tuvieren conocimiento de que por una persona cualquiera se hace algo contra el orden público en perjuicio de los poseedores, tengan facultad para dar cuenta de ello a los ilustres y magníficos varones, maestros de la caballería y de la infantería, y también a los maestros de los oficios, y a los condes así de las Sacras Mercedes, como de los bienes privados.»

Es interesante también el análisis que hace la ley acerca de los cargos, entre los cuales se encuentran las magistraturas. Entre los cargos personales se encuentran todos aquellos que tienen relación directa con la jurisdicción. Son personales los cargos de Jueces y Notarios que tienen un particular interés para nuestro trabajo. Aparentemente, por cargos personales, la legislación se refiere a todos aquellos en cuyo desempeño la atribución es a la persona en concreto, por el hecho de ser ella, y no depende de la función, oficio o la magistratura.

D.50.4.18. «Hay tres especies de cargos civiles; por que algunos cargos son personales, otros se dicen patrimoniales, y otros mixtos. Son personales, los que con disposición del ánimo y con esfuerzo de trabajo corporal se desempeñan sin quebranto alguno del que los desempeña, como la tutela, y la curatela.»

D.50.4.10. «Son personales también los que son destinados a guardas de los edificios, o a Archiveros, o a Notarios de Hacienda, o a contadores, o a proveedores de los peregrinos, como en algunas ciudades, o a intendentes de puertos, o a curadores para construir o reparar los edificios públicos, o palacios, o las cosas navales, o las estaciones, si es que en la ejecución de la obra invirtiesen dinero público, y los que son puestos al frente de la construcción o de la reparación de naves, donde la necesidad lo requiere, están sujetos a cargos personales.»

D.50.4.14. «También es considerada entre los cargos personales, la obligación de juzgar.»

D.50.4.17. «También los mastigóforos, que acompañan a los Presidentes en los certámenes, y los Secretarios de los magistrados, desempeñan cargo personal.»

D.50.5.28. «Todos estos cargos que hemos dividido en tres especies, están comprendidos en una sola significación; porque los personales, y los de los patrimonios y los mixtos son llamados cargos civiles o públicos.»

El cargo desempeñado por mandato legal era claro y correspondía a las magistraturas y a los cargos públicos. El cargo de quienes desarrollaban un oficio, no requiere mayor explicación. Se daba por la especial preparación de alguna persona que formaba parte de alguna corporación. El cargo por donativo era especial y no correspondía a ninguna de las formas especificadas en la legislación. La referencia a que era espontáneo y materia de alabanza, nos lleva a pensar en situaciones de altruismo, que evidentemente no eran remuneradas ni recibían honores oficiales, pero sí reconocimiento especial. Se cita con carácter referencial, por ser representativo de la amplitud de visión de la legislación romana hacia los miembros de la comunidad, aunque no parece aportar interés en nuestro trabajo.

D.50.16.214. «Es propiamente cargo el que necesariamente desempeñamos por la ley, por costumbre, o por mandato del que tiene potestad para mandar. Mas son propiamente donativos los que se dan sin ninguna necesidad de derecho, ni de oficio, sino espontáneamente; y si no se dan, no hay represión alguna; y si se dan, hay de ordinario alabanza. Pero, en suma, se llegó a esto, a que no cualquier prestación sea considerada también como donativo; pero a lo que fuere donativo sea llamado rectamente prestación.»

También son cargos públicos los oficios de personas privadas que, en determinadas circunstancias excepcionales, son vitales para la comunidad. Por lógica, esta situación es extrema y se debe haber dado en caso de catástrofes y para circunstancias temporales. Un caso excepcional encontrado en los precedentes es el de los escritos de los jurisperitos y hombres de leyes, a los que se les dio fuerza de ley, y a sus autores, un valor especial.

D.50.16.3. «Es cargo público el oficio de un hombre privado, del cual resulta utilidad extraordinaria por Imperio del magistrado a todos y a cada uno de los ciudadanos, y a los bienes de éstos.»

También se da el caso de que determinados funcionarios realizaban actividades que no correspondían a su campo usual de acción. Así, como vemos que funcionarios de otros campos juzgaban en litigios, también

los mismos funcionarios tenían intervención en los casos de jurisdicción voluntaria, como es el caso de formalización de actas que vemos a continuación.

C.1.56.2. Título LVI. De los Magistrados municipales. 1. Los Emperadores Valentiniano y Valente, Augustos, a Germaniano.
«Tengan los magistrados autoridad para formalizar las actas.»

De entre los cargos administrativos que conferían dignidad, el caso de los *Tabullarios* o Notarios es especial por la variedad e importancia de las abundantes referencias como profesión. La mayor parte de ellas aparecen en los últimos libros del *Corpus Juris Civilis*, en especial en las *Novelas*, lo cual nos lleva a concluir que fue uno de los últimos oficios en crearse, en comparación con otros que ya existían en los primeros tiempos romanos, pero al que por la importancia de los precedentes, no podemos dejar de mencionar en el rango que se merecen. Aparentemente, alcanzaron un prestigio grande por la cercanía al poder y la utilidad de la función.

La naturaleza de sus servicios fue tomada muy en cuenta por los Emperadores porque dejaron constancia de su deseo de crear un régimen de privilegio, equiparando la función notarial a las principales del Estado. Se rescató la función de asesoría que prestaban y el rol de apoyo al poder y a la comunidad. Los precedentes siguientes son del Emperador Zenón, quien fijó la política en términos jurídicos, del reconocimiento de honores y preeminencias de los magistrados.

C.12.7.2. El Emperador Zenón, Augusto, a..., Maestre de los Oficios.

«Creemos que debe ser robustecida y fomentada con diversos títulos de beneficios la preclara y noble corporación de respetables tribunos notarios, que con servicios merecedores de gloria proporcionan alguna conveniencia y lustre a la república.»

Abundando en el mismo sentido el último párrafo de C.12.7.2.2 ratifica la calificación del título honorífico de tribuno, que equivalía a la plena magistratura, es decir, al magistrado con Imperio y Jurisdicción. El *Corpus Juris* señala los atributos del tribunado en D.1.2.2.20, ya incluido en este trabajo en el capítulo referente a *Imperium*, siendo uno de los pocos precedentes aclaratorios de un funcionario cuya legitimidad viene directamente de un origen popular, a cuya dignidad asciende por méritos.

C.12.7.2.2. «Mas los que hubieren dejado de presentarse durante todo un quinquenio, disfruten, excluidos de la matrícula, solamente del nombre de Tribunos mas no de los privilegios de su orden, disponiéndose esto de modo que hayan de tener exención de censo, de revisión, de iguala y de otra cualquier cosa.»

Se ha encontrado información reglamentaria del método obligado para conservar los archivos, que a través de los siglos, no ha sufrido modificación sustancial, pero que por la naturaleza de esta investigación no se ha incluido. Observamos una vez más, cómo, a lo largo de este trabajo, un porcentaje bastante importante de los precedentes son dirigidos al Maestre de los Oficios, a fin de ponerlos en ejecución. Los Notarios, como magistrados, tuvieron imperio y jurisdicción, y por la naturaleza de su cargo es evidente que la mayor parte de su actividad estuvo dedicada a los actos de jurisdicción voluntaria, aunque sabemos que ningún funcionario romano ejercía exclusivamente algún tipo de jurisdicción.

Por lógica, para fallar un proceso, los interesados iban a un magistrado quien lo delegaba en un árbitro en el período formulario, o directamente ante un Juez en el período justiniano; pero no olvidemos la ley que establece que los fallos que emitiera un magistrado a pedido de parte, aunque no fuera dentro de su jurisdicción usual, eran válidos. Suponemos igualmente que las personas que querían realizar una transacción iban donde los Notarios, como principales funcionarios a cargo de los actos de jurisdicción voluntaria. La calidad de la función y la importancia que le atribuía el Estado se desprende de la lectura del siguiente precedente. Por otra parte, su cargo era tan importante que al recibir una nueva dignidad, tenían derecho a conservar la denominación de su anterior cargo. Dentro de los Oficios, el de los Notarios estuvo en uno de los principales lugares.

C.12.7.1. Título VII. Del Notario Mayor y del Segundo y de los Notarios. Los Emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio, Augustos, a Eutropio, Prefecto del Pretorio.

«Tiene especial intención nuestra piedad respecto al Título de los Notarios, y por tanto, si alguna vez los individuos de esta corporación cambian su trabajo por el descanso o cesan en él por senectud, o si después de ésta ostentaran otra cualquier dignidad, no supriman el título de su primer cargo, sino asuman el provecho de la siguiente distinción honorífica. Y si algún temerario oficial muy principalmente de tu sublimidad, los molestare para el pago de cen-

...sos, o para revisiones, iguales u otra cualquier cosa, sepa su oficio que descubierta la ofensa aún de culpa leve, habrá de ser castigado con el quebranto de cuantiosa multa, y que la corporación de los contadores quedará disminuida con la supresión del autor de la injuria.»

El acercamiento de miembros de este Oficio al poder político se evidencia en los testimonios encontrados, donde el deseo de dejar constancia de la dignidad e importancia se antepone a los testimonios referentes a otros Oficios.

C.10.47.11. Los mismos Augustos a Siagrio, Prefecto del Pretorio. «Mandamos que sean declarados exentos de todos los cargos civiles los que con el honor de Condes y con el nombre de maestros estuvieren encargados de los memoriales, de las epístolas o de los libelos, y también los que asimismo sirven a nuestra mansedumbre para extender y firmar las respuestas. Así, pues, los que con este grado se hubieren retirado de nuestro palacio, gloriense de tener los competentes privilegios; mas los que hubieren ascendido a dignidades superiores, regocíjense, sin embargo, con que les favorecieron los privilegios de este lugar.»

En otro precedente se deja constancia de la importancia de los Notarios, a los cuales se les reconoce un rol de asesores del Imperio. El rol de los Emperadores era de tanta importancia que las referencias a su participación en el poder se dejan apreciar, mas no se dicen expresamente. Cuando se habla de la calidad de asesoría que reciben, no se hace referencia a ella, sino como apariencia. La omnipotencia atribuida al cargo de Emperador y su atribución de divinidad, no admitía la posibilidad de que requiriesen ayuda. La participación de los Notarios en el ejercicio del poder se vislumbra claramente.

C.12.9.1. Título IX. De los maestros de las Sacras Secretarías. Los Emperadores Teodosio y Valentiniano, Augustos, a Zoilo, Prefecto del Pretorio de Oriente.

«Se ha de conceder la liberalidad de nuestra benevolencia a los respetables varones maestros de todas las Sacras Secretarías, que en cierto modo parece que asesoran a nuestra majestad. Y por lo tanto, mandamos que también después de haber dejado su cargo estén completamente inmunes de toda carga de impuestos, ora de jueces civiles, ora de militares, de suerte que ni aún ciertamente por la amplia sede de tu alteza se les imponga absolutamente ninguna molestia para que acepten cualquier gravamen público o privado.

Queremos que este beneficio se extienda también a los agregados de las Sacras Secretarías y a los exagregados; debiendo ser castigado con la condena de cincuenta libras de oro el oficio de tu alteza, si hubiere permitido que se haga alguna innovación contra las disposiciones de nuestra clemencia.»

Dentro de los cargos, aquellos con derecho a usar cingulo como atributo de la dignidad, adquirirían una especial importancia. Entre ellos, los Notarios fueron incorporados a los principales con derecho de preeminencia.

C.12.50.3. Los mismos Augustos, a Rufino, Prefecto del Pretorio.
«Mandamos que los numerarios de tu amplísima sede posean cingulo y tengan orden en la milicia.»

El presupuesto del Estado requería frecuentemente recursos y los funcionarios eran obligados a financiarlo mediante el pago de intereses sobre capitales concedidos en Mutuo en forma forzosa por el Estado. El exonerar de este trato a un Oficio fue una forma de dejar constancia del poder de la Corporación.

C.12.1.8. Los mismos Augustos a Protógenes, Prefecto del Pretorio.

«Mandamos que los empleados de Secretaría o los numerarios del oficio de tu grandeza no sean obligados de ningún modo en lo sucesivo a tomar dinero en mutuo, o a prometerlo a cualquiera por razón de expensas públicas; y no queremos que ellos sufran molestia alguna después de haber dejado su empleo.»

El honor, atributo de los más elevados cargos dentro del mundo romano, se concedió en grado especial a los Notarios Imperiales. Se hace referencia a estos funcionarios de la última disposición de Zenón, reservada para las dignidades superiores.

C.12.1.12. El Emperador Anastasio Augusto, a Aspártico, Prefecto del Pretorio de Iliria.

«Mandamos por esta divina pragmática sanción, que lo que es sabido se observó antes, cuando se les concedía la dignidad de Tribuno pretoriano a los que en las Secretarías o en los grados de la oficina de tu excelsitud dejan su cargo, se les otorgue también respecto al honor de la dignidad de Conde, de suerte que la resolución que haya de proferirse al final de su milicia contenga también la mención de la dignidad. Y basten también estas disposiciones aún sin

especial sanción de credenciales o de divinas resoluciones, para alcanzar la misma dignidad y los privilegios a ella consiguientes; pero de suerte que obtengan la dignidad de Conde de primer orden por disposición de la misma potestad el corniculario y el cartulario y el primero de la Secretaría, y el numerario de la Secretaría de Macedonia y de la Secretaría de Dacia y de la Secretaría de obras y de la Secretaría del oro. Observándose esto mismo también respecto de los que dejaron su cargo después de la última disposición de Zenón, de divina memoria, que habla de las mismas personas.»

En el período justiniano, los funcionarios imperiales adquirieron nuevas denominaciones y se hacen más complejos los rangos atribuidos a los diferentes cargos. Surgen disposiciones destinadas a establecer la prioridad de los cargos y honores asignados a ellos.

C.12.8.2. Los Emperadores Teodosio y Valentiniano, Augustos, a Ciro, Prefecto del Pretorio.

«Sepan todos, que los privilegios de las dignidades se han de guardar con tal orden, que en primer lugar sean considerados los que hallándose en activo desempeñaren ilustres cargos administrativos; que en segundo lugar vengan los supernumerarios que presentes en la corte hubieren merecido el cingulo de una dignidad ilustre; consideramos tercero el orden de aquellos a quienes hallándose ausentes se les envía el cingulo de una dignidad ilustre; cuarto, el de los honorarios, que hallándose presentes alcanzaron de nuestro númen, sin el cingulo, solamente las credenciales de una dignidad honoraria; y quinto, el de aquellos a quienes ausentes se les envían del mismo modo, sin el cingulo, las insignias de una dignidad ilustre. Pero decretamos que los administradores y los condes de los bienes privados sean antepuestos a todos los supernumerarios y a todos los honorarios. Mas no creemos que todos los supernumerarios que vienen después de los administradores han de ser ya antepuestos a todos los honorarios, sino aquellos supernumerarios a los honorarios que alcanzaron igual dignidad, de suerte que el que la tiene de prefecto sea antepuesto al que la tiene de cuestor, no el que de cuestor al que de prefecto, y de igual modo sea preferido el que la tiene de cuestor al que la tiene de censor, y no sea preferido el conde supernumerario del tesoro o el conde supernumerario de los bienes privados al cuestor honorario o al Maestre Honorario de los Oficios. Y decidimos que sean contadores entre los administradores también aquellos a quienes ceñidos con el cingulo como ilustres en nuestro sacro consistorio les encomendamos antes o les encomendaremos después, para que la desempeñen, alguna comisión de dignidad ordinaria, por ejemplo, si a un maestre militar supernumerario se le encomendara la dirección de guerra. Pues ¿por qué será llamado maestre militar supernumerario el magnífico varón

Germano, a quien le encomendamos la guerra contra los enemigos, o por qué se dirá que no desempeñó la prefectura el excelentísimo Pentadio, por cuyas ilustres disposiciones, teniendo el cingulo de la viceprefectura del pretorio, el ejército tuvo abundancia de provisiones en la expedición?»

Finalmente, es importante señalar el papel de los *Tabullarios*, correspondientes a los Notarios, cuyo nombramiento era sacramental. La Constitución que da origen al cargo de los Notarios merece especial interés, por la importancia del Oficio y por las implicancias de la misma. En N. 115, se establece el régimen para acceder a la función, la calidad de las pruebas, las condiciones personales del Notario, su capacidad de examinar a los contratantes y analizar las condiciones de los contratos. Se establece también que en caso de falsarios o de autores de ardises contrarios a la ley, los autores serán sujetos de pena, comportamiento que también era extensible a los testigos. Estamos hablando de que la ley no precisa que el Notario deba denunciar al delinciente ante otro funcionario, sino que los autores de delitos en el negocio jurídico serán sujetos de pena. Tomando en consideración los antecedentes relacionados con las facultades de otros funcionarios, se entiende que el Notario era juez en estos casos. No era su función normal, pero sí la que la ley atribuye en caso de excepción. En la misma línea de pensamiento, podríamos afirmar que tenían anexo el Imperio a la jurisdicción. La ley, que dice que la jurisdicción trae implícitas las facultades necesarias para la labor de juzgamiento, es de plena aplicación en este caso.

El examen de méritos para adquirir el nombramiento está reglamentado con más detalle que en cualquier otro oficio sobre el cual se haya legislado. La seriedad y preparación para acceder al Notariado, lo convertían en uno de los oficios de mayor importancia.

N.115.1. Constitución CXV: De los Tabularios.

De los Edictos del Emperador Señor León sobre objetos políticos el primero trata de los tabularios, cuyo Capítulo primero dice:

«El que haya de ser admitido tabulario debe sujetarse al voto y al examen del primicerio y de los tabularios que están con él, de suerte que tenga el conocimiento y la ciencia de las leyes, aventaje a los demás en la escritura manual, no sea gárrulo o porfiado, o de vida disoluta, sino antes bien conspicuo con sus costumbres e irreprochable por su prudencia, juicioso e inteligente, hábil para hablar y apto para raciocinar, a fin de que no sea fácilmente llevado de acá para allá, por escrituras de falsarios y argumentos de astu-

tos; de modo que si acaso se hallara que alguno ejecutaba con ardi-des cosas contrarias a la ley, y a lo convenido y a lo que se encomendó que se escribiese, habrán de estar sujetos a pena también los que le hayan servido de testigos.

En el segundo capítulo dice: El que haya de ser admitido debe tener a la mano los cuarenta títulos del manual de las leyes, y el conocimiento de los sesenta libros, haber aprendido todas las enseñanzas para no cometer yerros en las escrituras, o para no sufrir equivocación en las palabras y tener también tiempo cabal para que cumplidamente sea examinado de inteligencia y de cuerpo. Ponga manos en las escrituras en el Colegio y no las haga de improviso, pero si en esto fuera descubierto, decaiga de su grado.

En el tercer capítulo dice: Mas él debe ser admitido de este modo: Después de la testificación y de la investigación sea presentado, revestido con la eféstride, con el Colegio de Tabularios y el Primicerio al ilustrísimo Prefecto de la ciudad, jurando éstos por Dios y por la salud de los Emperadores que no lo promovieron a este grado por gracia alguna o por favor, o parentesco, o amistad, sino porque también él es apto para todo por su virtud, su saber y su prudencia; y después de la afirmación de los juramentos es él admitido al sello en la oficina del prefecto por el que tiene la dirección de la misma; luego es así incluido en el Colegio y contado entre los tabularios; entra después en el templo cerca del cual tiene su habitación, yendo todos los tabularios revestidos con la eféstride, y es consagrado por la oración del sacerdote estando despojado de la eféstride y cubierto con una vestidura blanca y rodeado de todos los tabularios revestidos con la eféstride, sosteniendo el primicerio el incensario, y dirigiéndole el buen olor, en tanto tiene en las manos la ley, para dirigir el camino de él, simbolizado por el incensario, como el incienso a la presencia del señor; y de este modo es colocado gloriosamente en la cátedra, que ha obtenido; y por último regresa a su casa con el aparato de su dignidad, celebra al punto un banquete con los concurrentes y recibe las felicitaciones.»

La administración, celosa de la seriedad en la función y buscando la especialización, manda que los Escribanos deberán ser enviados a prestar funciones en el Oficio Municipal. Se aprovechaba la capacidad de los vinculados en las profesiones útiles al Estado, en puestos que requerían especialización.

C.10.69.1. Título LXVIII: De los Contadores, Escribanos, Logógrafos y Empleados en el Censo. Los Emperadores Constancio y Constante, Augustos, a Catulino, Prefecto del Pretorio.

«Absolutamente ningún Contador, o Escribano o Logógrafo, ni sus hijos, militen en una oficina cualquiera, sino que habiendo sido hallados en ellas, y habiendo sido retirados, no habiéndose cumplido

todavía un quinquenio, de todas las oficinas, aunque desempeñen su cargo dentro de nuestro palacio, sean restituidos desde luego a los oficios municipales.»

Los oficios eran sometidos a una supervisión constante a fin de que cumplan con sus obligaciones frente al Estado. Esta supervisión es prueba del carácter institucional que se le atribuía a los *officii* y su importancia dentro de la organización política romana. De la lectura de las fuentes, tomamos conciencia que, adicionalmente a la existencia de magistrados y funcionarios, el ejercicio del poder se dio a través de entidades colegiadas que no eran autónomas. Era el precio del privilegio concedido por el Estado. El orden de la sociedad era jerarquizado en cuanto a preeminencia, pero la situación de jerarquía estaba ligada al desempeño de un rol dentro de la organización del Estado.

C.1.42.1. Título XLII. De los estados cuatrimestrales, tanto civiles, como militares. Epítome de la constitución griega, tomada de las Basílicas.

«Envíen los magistrados y sus oficios, sin falta, con verdad y diligencia, estados cada cuatro meses, temiendo una multa de cincuenta libras de oro y la pérdida del cingulo y de la dignidad, si en este punto se les hubiese hecho alguna reprensión. Amenace también la misma multa al tracteuta, que por escrito no diere cuenta al Presidente de la nepligencia cometida.»

Un aspecto que debemos destacar es el de la vigencia de los *officii* en la sociedad romana. Hay un interrogante derivado de su existencia y cómo se afirmó como una de las instituciones sobre las cuales se apoyó el poder del Estado. La explicación una vez más la encontramos en el principio de delegación que se ejerció en forma tan creativa en Roma. De una sociedad política basada en su inicio en la organización administrativa de la ciudad estado, evolucionó hasta formar una extensa burocracia dependiente del poder central, pero a la cual la cultura de la delegación con responsabilidad, evidenciada en la amplia discrecionalidad que le señaló la ley a los magistrados romanos, dio un toque de originalidad que demostró con el tiempo haber sido acertada y de una efectividad que sorprende aún hoy. Esta organización delegada no sólo se dio en personas que desempeñaron los cargos, sino en el conjunto de personas que ejercieron un oficio determinado. En los *officii*, la delegación se dio en mayor medida en aquellos que representaron una mayor ayuda y apoyo al poder estatal. Casos típicos son los oficios de los jueces o *tabelliones*,

que tienen frecuentes referencias en la legislación. Después de una rebelión, se acudía al *officium* de los jueces para que juzgaran a los rebeldes de una provincia. El *officium* de los *tabelliones* redactaba la documentación necesaria para que se plantearan las reformas. Su labor de Secretaría estuvo presente en la legislación y ésta se hace evidente cuando analizamos en la legislación el número de disposiciones que se dirigen a estos magistrados en su calidad de Maestros de los Oficios y no exclusivamente a la persona del magistrado que fue la forma usual en anteriores épocas.

Siendo una institución moderna en relación con la existencia de las magistraturas, los *officii* tuvieron amplia difusión en el período justiniano. La muestra, que podemos apreciar a continuación, ha sido tomada de las *Novelas* y se refiere a los Edictos de los Emperadores, en uso de su potestad de Imperio. Los Edictos, como todas las Constituciones imperiales, tienen como característica común poner en la introducción el nombre del funcionario o de la entidad a la cual están dirigidos, a fin de ponerlos en vigencia y darles cumplimiento. Las *Novelas* ofrecen estadísticamente el grado de vigencia de los *officii* frente a otras instituciones de la organización política romana. Es evidente, por el número de referencias a los Maestros de los Oficios frente a otros funcionarios, que estos magistrados creados en el período justiniano fueron el eje del poder político en los cuales se apoyó el sistema de gobierno. Así, tenemos:

a) *Edictos del Emperador Justiniano Augusto:*

- | | |
|--------------|--|
| Edicto I: | A los amantísimos Arzobispos y Santísimos Patriarcas de toda la tierra. |
| Edicto II: | A Juan, Prefecto del Pretorio. |
| Edicto III: | No se atribuye a un funcionario en especial. |
| Edicto IV: | A Juan, Prefecto del Pretorio. |
| Edicto V: | No se atribuye a un funcionario en especial. |
| Edicto VI: | No se atribuye a un funcionario en especial. |
| Edicto VII: | No se atribuye a un funcionario en especial. |
| Edicto VIII: | A Basso, gloriosísimo Prefecto del Pretorio. |
| Edicto IX: | A Triboniano, Prefecto de la ciudad. |
| Edicto X: | No se atribuye a un funcionario en especial. |
| Edicto XI: | A Pedro, segunda vez gloriosísimo Prefecto de los Sacros Pretorios Orientales, segunda vez |

- Conde de las Sacras liberalidades y Ex-Cónsul.
- Edicto XII: No se atribuye a un funcionario en especial.
- Edicto XIII: No se atribuye a un funcionario en especial.

b) *Novelas de Justino Augusto:*

- Edicto V: A Diómedes, Prefecto del Pretorio.
Las demás Constituciones de este Emperador no se atribuyen a un funcionario en especial.

c) *Otras Constituciones: Justiniano, Justino y Tiberio, Augustos:*

- Edicto II: El Emperador Justiniano Augusto a Domingo Prefecto del Pretorio y de Iliria.
- Edicto III: El Emperador César Flavio Justino a Teodoro.
- Edicto IV: El Emperador César Flavio Justino a Teodoro.
- Edicto V: El Emperador César Flavio Justiniano a Narsés Panfronio y al Senado.
- Edicto VI: El Emperador César Flavio Justiniano, a Narsés, Patricio en Italia.

Las tres últimas Constituciones no se atribuyen a un funcionario en especial.

d) *Novelas Emperador León Augusto:*

- Edicto I: A Styliano, Ilustrísimo Maestre de los Sacros Oficios.
- Edicto II: Las Constituciones II hasta la XVII están dirigidas a Esteban, Santísimo Arzobispo de Constantinopla y Patriarca Universal.
- Edicto XVIII: A Styliano, Maestre de los Sacros Oficios.
- Edicto XIX: A Esteban, Santísimo Arzobispo de Constantinopla y Patriarca Universal.
- Edicto XX: Desde la Constitución XX hasta la LXXIV, se dirigen a Styliano Maestre de los Sacros Oficios.
- Edicto LXXV: A Esteban, Santísimo Arzobispo de Constantinopla y Patriarca Universal.
- Edicto LXXVI: Desde la Constitución LXXVI hasta la Constitución CXI se dirigen a Styliano Maestre de los Sacros Oficios.

En resumen, de las Trece Constituciones del Emperador Justiniano Augusto, una se dirige al Arzobispo de Constantinopla, cinco se dirigen a Prefectos del Pretorio; las demás no se atribuyen a ningún funcionario en especial.

De las Constituciones del Emperador Justino Augusto, sólo la V se dirige a Diómedes, Prefecto del Pretorio.

Las otras Constituciones de Justiniano, Justino y Tiberio Augustos, nueve en total se dirigen una a un Pretor, dos a Teodoro y dos a Narsés, Patricio en Italia; la primera, y la segunda al mismo personaje y al Senado. Las demás no se atribuyen a nadie en particular.

En las *Novelas* del Emperador León Augusto, dieciocho Constituciones se dirigen a Esteban Santísimo Arzobispo de Constantinopla, y las restantes noventa y uno se dirigen a Styliano Sacro Maestre de los Oficios.

Como podrá apreciarse, el período cercano a Justiniano, época de la más grande producción jurídica y cuando el sistema de gobierno de Roma llegó a su máximo apogeo, el gobierno del país se profesionalizó y se apoyó casi con exclusividad en los *officii*, a través de los Maestres de los Oficios. Este apoyo se dio a través de los profesionales que actuaban en diferentes campos de la vida civil. Estos profesionales organizados en forma gremial ejercían una supervisión directa sobre los miembros de su oficio y tenían considerable poder sobre ellos. Las directivas del Emperador dirigidas a una función se daban a través de los dirigentes del oficio interesado. Estos controlaban e introducían la ley en su sector y se aseguraban de su cumplimiento. De esta forma los oficios de trascendencia en la comunidad vinculados a actividades que constituyeran ejercicio del poder alcanzaron una participación directa en el manejo de la comunidad romana. Lamentablemente, no se han encontrado referencias biográficas de Styliano, por lo que se ignora cuál era la naturaleza del oficio al que perteneció antes de ser elevado a la Dignidad de Maestre de los Sacros Oficios.

Atributos

Dentro de los atributos del *officium*, encontramos los siguientes:

- 1.- Los oficios tenían en común la dignidad inherente a su cargo.
- 2.- La jurisdicción sobre los miembros de su oficio.
- 3.- Las atribuciones propias del cargo.
- 4.- La capacidad de ser jueces en caso de decidirlo así los litigantes.
- 5.- Su imperio en el área del gobierno que les era atribuida.
- 6.- La capacidad magistratural para intervenir en casos especiales fuera de su jurisdicción, de requerirlo así la situación.
- 7.- La discrecionalidad era una de las características que se exigía a los magistrados, a la cual se añade la capacidad de incorporar la costumbre a la jurisdicción.

Relación con el *Imperium*

Un aspecto interesante a destacar es que el *officium* al participar en la organización política del estado tenía *imperium*. Al ser los *officii* Corporaciones de magistrados, el *officium* desarrollaba jurisdicción sobre sus miembros e *imperium* sobre la sociedad a través de la propia actividad de los miembros del *officium*. El ejemplo más claro es el de los *officii* de los jueces, cuyos miembros ejercían el imperio derivado de la ejecución de los fallos y la jurisdicción derivada del hecho de administrar justicia. Los *officii* llenaron un importante papel y formaron parte de la organización social de Roma, por lo que ejercieron el Imperio derivado de ejercer un rol en la estructura política del Estado. El *imperium* se ejercía sobre la sociedad a través del cumplimiento de las obligaciones propias de los miembros del *officium*; ellos eran también los encargados de verificar su ejecución. Además, por delegación del imperio estatal, se hacían cumplir, a través de los Maestres de los Oficios respectivos, las normas referentes a existencia y funcionamiento de los tribunales, las leyes aplicables relacionadas con el oficio y los Maestres del oficio de los jueces eran responsables del fiel cumplimiento de las funciones de los jueces supervisando la seriedad y probidad de su actuación.

4. *IURISDICTIO*

El problema etimológico

Los juristas tradicionalmente han recurrido a la etimología como una forma de aproximación al contenido de la jurisdicción. En el caso del concepto de jurisdicción, vemos a través de los textos que la idea misma de *iurisdiction* trasciende los límites de la semántica, que no permite encontrar una explicación cabal del concepto. Sin embargo, a través de los estudiosos del derecho vemos que, sin resolver el problema, el estudio de la definición en las fuentes romanas nos aproxima a los alcances de los términos relacionados con el *ius* y a la intencionalidad que contiene.

D.1.2.2.11. «Dícese derecho en varios modos. En un modo, cuando se llama derecho lo que es siempre equitativo y bueno, como es el derecho natural. En otro modo, lo que en cada ciudad es útil para todos o los más, cual es el derecho civil, y no menos rectamente se llama derecho en nuestra ciudad el derecho honorario. Dícese también que el Pretor administra derecho, aun cuando decide inicuaemente, atendiéndose por supuesto, no a lo que de tal manera hizo el Pretor, sino a lo que convino que el Pretor hiciera. En otra significación, llámase derecho al lugar en que se administra el derecho (*ius reddere*), dándose la denominación de lo que se hace al lugar en donde se hace; cuyo lugar podemos determinar de este modo: donde quiera que el Pretor, salva la majestad de su imperio y salva la costumbre de los mayores (*mos maiorum*) determina pronunciar derecho (*ius dicere*), este lugar se llama con razón *ius* (derecho).»

La referencia al Pretor nos da la clave de la actitud del magistrado frente al derecho. Nos habla de administración del derecho atendiéndose «no a lo que de tal manera hizo el Pretor sino a lo que convino que el Pretor hiciera». Hay una orientación de actitud y hay un mensaje valorativo manifiesto. Esta orientación abre la posibilidad de orientar lo jurídico, no sólo en cuanto al procedimiento sino en cuanto a los criterios jurídicos de fondo empleados.

«La palabra jurisdicción se forma de dos palabras «*Jus*» y «*Dicere*», aplicar o declarar el derecho, por lo que se dice, *iurisdiction* o *jure dicendo*.»⁹

9 CABANELLAS, Guillermo, Op. Cit. Pág. 469.

La afirmación de Antonio Fernández de Buján, no es suficientemente clara en cuanto a que *ius* sea la raíz de un sinnúmero de derivaciones. Lo cual no equivale a que *ius* tenga el mismo sentido que sus derivadas.

«Etimológicamente, el término deriva de «*ius dicere*», lo que parece que hace referencia, a primera vista, a la idea de decir, mostrar o indicar por parte del magistrado el derecho aplicable, pero la misma raíz etimológica, constituye la base de los términos *iudex*, y *iudicium*, y parece claro que el juez privado del *ordo iudiorum privatorum*, no tenía *iurisdictio*. Por ello, como se ha puesto de relieve por la doctrina, el análisis filológico no nos arroja excesiva luz sobre el problema que nos ocupa.»¹⁰

Para comprender la magnitud del problema, nos referiremos a que lo que realiza el magistrado es un problema de conocimiento de la situación jurídica, ya que no está fallando. Frente a una situación determinada, tiene que decidir si da un juez a las partes, si falla sobre el interés en conflicto o si formaliza un acto determinado. En consecuencia, opinamos que la aproximación filológica sí es útil para aproximarnos a la jurisdicción.

Sin embargo, el concepto *Jus Dicere* arroja una nueva luz. Lo que está en discusión no es una definición basada en el contenido de la raíz latina, sino en la tendencia expresada por el vocablo.

«En el proceso ordinario, el magistrado no juzgaba, sino que remitía esa función al Juez, pero sí juzgaban directamente los magistrados *extra ordinem*. La actividad del Pretor es la de *Jus dicere*, sea entre ciudadanos romanos, (*Praetor urbanus*), sea entre peregrinos (*Praetor Peregrino*) o ciudadanos y peregrinos. Esta *iurisdictio* implica la facultad de publicar Edictos en que se enuncian los criterios del Magistrado acerca de la administración de justicia. *Ius dicere* significa indicar el cauce jurídico del litigio no fallarlo (*iudicare*).»¹¹

10 FERNANDEZ DE BUJAN, Antonio, Op. Cit., Pág. 40.

11 Cita de Alvaro D'ors. En CICERON, Marco, Op. Cit., Pág. 200.

Esto nos lleva a señalar el carácter estrictamente jurídico que el problema asume en el derecho público romano y que le ha valido su permanencia, en el léxico especializado de nuestro tiempo, sin necesidad de recurrir a la etimología *Jus - dicere* (decir el derecho o declararlo), que es un modo de legitimar la autoridad.

El mismo raciocinio se aplica a los Maestros de los Oficios. Apparentemente, los Maestros de determinados oficios apoyaban al Emperador en su función de legislador. Además, sabemos que tenían jurisdicción sobre los miembros de sus oficios y, por otra parte, en el caso del Oficio de los Tabularios, redactaban documentos que llevaban a declarar derechos de particulares. Recordemos que, para los magistrados romanos, la jurisdicción sea contenciosa o voluntaria, era atribuida al Magistrado y no a las partes como en el derecho moderno. El legado del magistrado y el Notario tenían la misma jurisdicción. En el caso del árbitro o juez delegado, el *iudicare* se aplicaba a los litigantes; en el caso de los Oficios, el *iudicare* se aplicaba a aquellos que transgredían las normas de los Oficios. Pero el *Ius dicere* era común a todos los funcionarios.

Concepto

Observando los atributos de la primitiva jurisdicción, se encuentran radicales diferencias con la jurisdicción actual, se ve claramente la confusión de roles entre autoridad política, juzgador de procesos y administrador de la voluntad de las partes.

Desde luego, tomamos conciencia del porqué en el derecho romano se atribuyó al magistrado el ejercicio, en forma paralela, de funciones de gobierno con las de la administración del sistema jurisdiccional, asumiendo el carácter de sujeto activo del poder y el rol rector de las relaciones contractuales, concepto que en la actualidad reconoce el papel del particular como sujeto activo de la acción legal en caso de litigios y de sujeto activo del acuerdo de voluntades en los casos de jurisdicción voluntaria.

En el derecho moderno se desvinculan los roles funcionales, pero subsiste en algunas facetas la confusión de roles. Por ejemplo, los actos que por delegación legal entran en el campo de la llamada «Jurisdicción Voluntaria», en los cuales intervienen los jueces por mandato expreso legal, los notarios por haber reservado la ley determinado campo a su ac-

cionar y, en algunos casos, los Jueces de Paz, que realizan actos de jurisdicción llamada voluntaria, en caso de ausencia o impedimento de Notarios. También realizan los Jueces de Paz el rol de juzgadores para casos de menor cuantía, expresamente señalados en la ley.

Esta simplicidad de la institución en su inicio permite también visualizar la potestad derivada del Imperio y decidir la función de delegación cuando se estime conveniente. Este Imperio se manifestaría en la institución que contiene la capacidad de legislar y decidir, cuando la administración de los derechos es susceptible de ser delegada, a quién, con qué requisitos o atributos personales y en qué parte del derecho.

En la actualidad la existencia de un mandato unificado es válida, pero parecería que, al perfeccionarse el sistema de gobierno, no hubiese madurado la conciencia de que al ejercicio del poder bajo el régimen democrático de separación de poderes, le correspondería un *imperium* en el sentido primitivo; es decir, con un Poder Ejecutivo que legisla en forma reglamentaria y tiene la iniciativa de proponer leyes; un Poder Judicial que juzga y debería tomar la iniciativa de proponer leyes que le permitan mejorar su campo de acción; y un Poder Legislativo que en caso de dar normas reglamentarias está indirectamente gobernando, y que al investigar supuestos delitos y proponiendo el juzgamiento del presunto culpable está indirectamente juzgando.

La jurisdicción moderna, con la complejidad de la vida social, ha ido adquiriendo una singular importancia en sí misma, al extremo de que la función jurisdiccional, por la extensión de su aplicación, ha adquirido autoridad, perdiéndose la perspectiva que la subordina como una rama funcional del Imperio. El imperio es inherente a la autoridad, la función política de gobernar. El imperio expresado a través de la jurisdicción es una de las formas en que se manifiesta en la vida en su conjunto. En el mundo de lo jurídico, el imperio, la jurisdicción y la coerción en la ejecución de los fallos judiciales se han visto entremezclados, al extremo que se ha creado una confusión que impide ver con claridad cada faceta del fenómeno. Del Imperio, no sólo emana la facultad de juzgar y hacer efectivos los fallos, sino la facultad de nombrar jueces, la facultad de emitir fallos, de dirigir el proceso y de reglamentar el ejercicio del poder jurisdiccional al regular las consecuencias del acto litigioso. En los casos de jurisdicción voluntaria, el Notario a su vez es nombrado por concurso

de méritos, con intervención de su colegio profesional, quien eleva al poder ejecutivo los resultados del examen para que se emita el nombramiento. Es responsable de la legalidad de los actos y contratos que ante él se celebran, es responsable de verificar la capacidad para contratar de las partes, precaución que la ley no asigna a los jueces en cuanto a la capacidad para litigar directamente, ya que no se verifica la capacidad de las personas que litigan, salvo en las diligencias personales, porque en el resto del proceso no hay relación directa entre el Juez y el litigante. También se atribuyó al Notario la verificación del cumplimiento de obligaciones tributarias por parte de los contratantes; en el caso de los contratos de sociedad y aumentos de capital, el exigir la documentación que acredite el cumplimiento de los aportes, los asientos contables de Aumentos de Capital y el discriminar los documentos que acrediten fehacientemente el cumplimiento de las obligaciones del contrato. Tiene la potestad de rechazar la formalización de un contrato determinado, cuando el comportamiento de las partes es sospechoso de existencia de dolo. Las dos jurisdicciones han adquirido importancia independientemente y se han desarrollando como un sistema, lográndose que cada parte del proceso del juzgamiento y de formalización de voluntad de las partes, sea objeto de estudio en forma autónoma.

El imperio permite, de acuerdo a las necesidades de la sociedad, la creación de instituciones que llenen vacíos que son inevitables en el complejo mundo de hoy. Es función de quienes ejercen el imperio, tomar la iniciativa promoviendo en aquellos con facultad para legislar, la actitud destinada a llenar los vacíos y desarrollar el sistema jurídico. Es necesario ampliar el marco teórico de aplicación del ejercicio de las necesidades jurídicas de la sociedad.

La jurisdicción se enriquece al verse todo un campo de aplicación, derivado del hecho de administrar justicia. Simultáneamente con el problema de la independencia del fuero judicial de la autoridad política, se hizo necesario el estudio de la jurisdicción, el estudio de los medios y procedimientos de ejecución que con anterioridad no estaban discriminados como materia de estudio independiente. Se observa en el período romano que, conforme adquirió validez el fuero judicial, es decir el ejercicio del poder de juzgamiento, se descubrió la necesidad de delegarle en forma expresa con citas legales parte del imperio del magistrado, con el fin de permitir la ejecución de fallos. Se le dio al imperio un sentido de

punición o castigo, limitado al de ejecución forzada de los fallos, perdiendo sentido la riqueza y contenido del término. El imperio, de ser origen de la jurisdicción, se subordina como un atributo de la misma, perdiendo su carácter prioritario, que es como la recibimos del derecho romano. El imperio, de ser fundamento, se convirtió en una consecuencia muy importante pero subordinada de la jurisdicción.

El Imperio es un concepto mucho más rico que la sola ejecución de los fallos. El empleo constante de este último atributo del imperio ha hecho que lo identifiquemos con la coerción judicial, cuando imperio en realidad es poder y discrecionalidad en el más amplio de los conceptos, y su aplicación al servicio del bien permite el libre ejercicio de las necesidades sociales. El imperio permite actuar allí donde hay un vacío legal u otra circunstancia no prevista por la ley.

Contenido

En la Roma de la antigüedad, la jurisdicción se dividía por razón del desempeño de cargos, o función administrativa, lo que equivalía a un derecho administrativo con contenido más amplio de lo que entendemos en la actualidad.

Se reconocían cuatro formas de jurisdicción: La jurisdicción derivada de la formalización de negocios, equivalía a la jurisdicción voluntaria; la resolución de litigios, equivalía a la jurisdicción contenciosa; la estimación de alguien que reglamentaba el particular rol del honor en el desempeño de cargos bajo perspectiva romana. Finalmente, el derecho penal propiamente dicho.

D.2.13.5. «El número de las jurisdicciones, como proviene de varias causas, no se puede dividir fácilmente en géneros, a no ser que se haga una división sumaria. Así, pues, el número de las jurisdicciones se puede dividir en unos cuatro géneros; porque o se trata del desempeño de honores o de cargos, o se discute sobre negocio pecuniario, o se conoce sobre la estimación de alguien, o se cuestiona sobre delito capital.

1. Estimación es el estado de dignidad ileso, comprobado por las leyes y las costumbres, que en virtud de delito nuestro se menoscaba o se pierde por la autoridad de las leyes.

2. Se menoscaba la estimación, siempre que subsistiendo la libertad, somos castigados con pena respecto al estado de dignidad,

como cuando uno es relegado, o cuando es removido del orden, o cuando se le prohíbe que desempeñe honores públicos, o cuando un plebeyo es castigado con varas, o es condenado a obra pública, o cuando uno cayó en tal condición, que es enumerado por causa de infamia en el Edicto perpetuo.»

Coincidiendo con Fuenteseca, vemos que el imperio es el fundamento de la jurisdicción. La jurisdicción es la parte del imperio que se delega a fin de realizar determinada tarea del quehacer jurídico.

«Con la finalidad de nuestro trabajo, nos interesa especialmente resaltar que el fundamento de la declaración vinculante en que consistiría la *iurisdictio*, no puede ser más que el *imperium*.»¹²

Por razón del imperio, se tenía jurisdicción. En el período formulario, los magistrados realizaban directamente los actos de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, era usual delegar los de jurisdicción contenciosa a los árbitros quienes administraban justicia, y para la ejecución de los fallos, los litigantes regresaban ante el magistrado. El magistrado no siempre delegaba el juzgamiento en árbitros, podía asumir la función de juzgamiento directamente. Es recién en el período justiniano que se crea el cargo de Jueces y Notarios como un oficio dependiente de los respectivos Maestros de los Oficios, sin perder la eventual supervisión de los magistrados. Los Cónsules y los Pretores, antes de llegar a su territorio, ejercían jurisdicción en la formalización de actos jurídicos (los que en la actualidad son de jurisdicción voluntaria) y, al entrar en su respectivo territorio, recién adquirían la facultad de intervenir en actos de jurisdicción contenciosa.

«Serían competentes en materia de *iurisdictio* todos los magistrados provistos de *imperium*, lo que explicaría, como ha puesto de relieve Luzzato, que la participación de los cónsules en la *in jure cessio* y en otros actos de jurisdicción meramente formal es, precisamente, el residuo de una originaria jurisdicción ejercitada por los magistrados en cuestión.»¹³

12 FUENTESECA, Pablo. «Las *Legis actiones* como etapas del proceso romano». En: *Investigaciones de Derecho Procesal Romano*. Salamanca: Imprenta Nuñez, 1969. Tomo I, Pág. 54.

13 Citado por FERNANDEZ DE BUJAN, Antonio, Op. Cit., Pág. 42.

El Presidente de la provincia era el magistrado supremo y representaba al Emperador. Tenía, por su imperio, jurisdicción sobre todas las personas de su provincia, inclusive sobre aquellos que se encontraban en tránsito.

D.50.1.37. «Es de los Presidentes de las provincias el conocimiento del derecho de todos los habitantes, que cada ciudad reclama para sí. Mas cuando alguien dice que él no es habitante, debe litigar ante el Presidente de la provincia bajo cuyo cuidado está aquella ciudad por la que es llamado a cargos, no ante el de aquella de la que él mismo dice que es oriundo; y esto respondió por rescripto el Divino Adriano a una mujer, que habiendo nacido en una parte, se casó en otra.»

La estabilidad y el respeto a la función de los jueces, hizo que se reglamentara su ejercicio de acuerdo a las leyes vigentes al inicio del litigio. El grado de civilización era realmente amplio, al extremo que el Emperador, para garantizar el buen uso de la función judicial, se autoimpuso límites.

N.83. El mismo Emperador, Augusto, a Juan, segunda vez, gloriosísimo Prefecto de los Pretorios de Oriente, Ex-cónsul y Patricio.

«De los jueces, y de que ninguna manera sea alguien elegido juez con juramento de estarse a él; de que de todos modos admitan los jueces las apelaciones; y de que no atiendan los jueces a disposición dada a la mitad del litigio sobre el modo como debe decidirse el conocimiento.»

El separar en cuanto a ejercicio actos de diferentes tipos de jurisdicción en el Imperio Romano, carecía de sentido. La identidad entre el magistrado, como funcionario competente para la jurisdicción ya sea contenciosa o voluntaria, hacía de la división un tecnicismo. Había una amplia discrecionalidad.

D.2.1.1. «El cargo del que administra justicia es muy lato; porque puede dar la posesión de bienes, y poner en posesión, nombrar tutores a los pupilos que no los tienen y dar jueces a los litigantes.»

La discrecionalidad del magistrado no era susceptible de delegación en forma absoluta. Los magistrados que no tenían funciones determinadas (como los Príncipes y Pretores) tenían imperio absoluto. Los

funcionarios cuyos oficios tenían funciones específicas, no podían invadir otras jurisdicciones, sin facultad expresa.

C.3.4.1. Título IV. Quienes pueden por razón de su jurisdicción nombrar o ser nombrados jueces. 1. Los Emperadores Teodosio y Valentiniano, Augustos a Ciro, Prefecto del Pretorio.

«Mandamos, que en las delegaciones de causas se observe rigurosamente esto, que sean válidas de esta suerte, si pertenecieran a la jurisdicción del delegante. Mas si alguno hubiere creído que debía delegar causa de ajena jurisdicción, mandamos que el juez nombrado no preste obediencia al mandato; y si contra el tenor de las leyes obedeciere al delegante, mandamos que se tenga por no hecho todo lo que por esta delegación se hace, de igual modo que si los mismos que habían hecho la delegación se hubiesen constituido jueces de ajena jurisdicción, de suerte, que ni necesidad de apelar contra estas sentencias tengan los condenados. Rijan estas disposiciones, a no ser que los jueces, nombrados por nosotros que especialmente los deleguemos, hubieren delegado en otros las causas que han de ser juzgadas; pues siendo éstos los que deleguen, los juicios volverán a ellos por el derecho de las apelaciones, sin ninguna distinción de personas o de causas.»

En la misma línea del precedente anterior, la ley señalaba que cuando se delegaba jurisdicción, se delegaban las facultades inherentes a ella. En el caso del Imperio, sólo se delegó en forma normal en el período justiniano a través de la institución de los jueces *extraordinem*, que con el correr del tiempo se convirtieron en usuales. En el período formulario, las reglas de delegación eran restringidas.

D.2.1.2. «A quien se le dio jurisdicción, se considera que se le concedieron también aquellas cosas, sin las cuales no pudo ejercerse la jurisdicción.»

Las distintas jurisdicciones atribuidas a los Oficios se podían delegar; mas el delegado no las podía delegar, salvo que expresamente se le hubiera concedido dicho atributo.

D.2.1.5. «Por costumbre de nuestros mayores se halla establecido, que tan sólo pueda delegar la jurisdicción, el que la tenga por derecho propio, no por beneficio de otro.»

Este fragmento concuerda con la línea general aplicada a los precedentes, afirmando que la delegación debe ser expresa. Si hay la facultad de delegar en terceros, la delegación es válida.

D.1.16.12. «El legado tiene facultad para nombrar juez en la jurisdicción que se le confirió.»

Esta ley marca el momento en que se deja constancia de la necesidad de que los jueces sean profesionales. Es una profunda transformación del derecho en que se sintió la necesidad de elevar el nivel de formación de los delegados. Pierde fuerza el arbitraje tradicional y ganó terreno el juez a dedicación exclusiva. También en el mismo período se creó la legislación de los tabularios, a quienes se encomiendan la mayoría de los actos de jurisdicción voluntaria, pero a la usanza romana en que la jurisdicción no era exclusiva.

N.83. «Prefacio: Por Zenón de piadosa memoria, se escribió sobre el orden de los juicios una ley, que recibió ciertamente muchas alteraciones en los tiempos subsiguientes, pero que ha llegado al punto de caer paulatinamente casi en completo desuso. Porque han fallecido todos los jueces pedáneos que en ella fueron establecidos, y han pasado en silencio muchas de las cosas del derecho establecido, y no han merecido memoria cierta, sino que apoderándose de ellas el uso les ha dado otra forma. Así, pues, nosotros viendo enteramente confundido el orden de los jueces, hemos estimado que era menester determinar sobre estas cosas por una ley, que ponga en la materia el orden conveniente. Porque hemos juzgado que no convenía que tengan el nombre de jueces algunos, principalmente los que son imperitos en las leyes, y en segundo lugar los que no tienen experiencia en los negocios. Pues a nuestros administradores les asisten en todos los casos también asesores, explicando lo que se refiere a las leyes, y supliéndoles en sus ocupaciones, porque retenidos por muchos cuidados que cerca de nosotros tienen, con razón suplen sus funciones en los juicios con la presencia de sus asesores. Mas no teniendo aquellos cingulo, ni prestándonos servicio, si no pudieren conocer por sí lo que es justo, sino que debieran mendigar en otra parte respetabilidad para juzgar, ¿cómo no resultaría grandísimo daño a la república de no confiar los litigios a los que por sí sepan lo que se ha de hacer, sino de dejar que ellos busquen otros, de quienes les sea lícito aprender lo que es conveniente para que ellos mismos pronuncien al juzgar? Con razón nos movieron estas cosas a dictar la presente ley, procurando por nuestros súbditos, y queriendo que tengan también expedito y fácil lo que se refiere a los juicios, y que éstos se terminen sin ninguna dilación.»

En provincias, el Presidente poseía el pleno *imperium* y ejercía las funciones de todas las jurisdicciones.

D.1.18.11. «Pues pertenecen al cargo de los Presidentes todas las pretensiones provinciales, que en Roma tienen asignados varios jueces.»

Se reglamentó la discrecionalidad dada a los Presidentes. Por ello, la abundante legislación acerca de los atributos necesarios para el nombramiento de magistrados. Recordemos que el Presidente ejercía el Mero imperio y el imperio mixto.

D.1.18.12. «Pero aunque el que preside una provincia deba desempeñar las veces y el cargo de todos los magistrados de Roma, no obstante, no se ha de atender a lo que se hizo en Roma sino a lo que deba hacerse.»

Esta ley es muy clara en cuanto al respeto al derecho en Roma. Se reafirma el criterio y discrecionalidad de los Jueces. El fallo debería referirse a la situación litigiosa tomando en consideración las variables del proceso y combatiendo la rigidez en los precedentes.

Primero, se refiere al carácter del Juez. El cingulo era un rasgo honorífico que se otorgaba al Juez que formaba parte del Oficio de los Jueces. Luego, deja constancia del principio de estabilidad legal en el proceso. Una nueva ley no debe perjudicar a algún contratante. Finalmente, prescribe que todo litigante tiene derecho a tener juez y a apelar conforme a las leyes sin restricción.

N.84.13. «Mas todo juez, ya si tiene cingulo, ya si juzgara de otro modo, guarde las leyes, y profiera sus sentencias con arreglo a ellas, y aunque acontezca que en el intermedio se expide alguna orden nuestra o sacra disposición, o pragmática sanción, que diga que se proceda de otro modo, aténgase a la ley, porque nosotros queremos que prevalezca lo que quieren nuestras leyes. Si, pues, un litigio se constituyera en apelación, admita ciertamente de todos modos el juez la apelación presentada, sin excusarse absolutamente por nada, en los casos que es de todo punto lícito apelar, pero asista a todos respecto a las apelaciones recurso por el cual le sea lícito al lesionado querellarse y obtener corrección o de los que juzgan en la apelación, o de nosotros mismos, si la sentencia fuese remitida a nosotros.»

Como elemento procesal que debe estar presente en todo litigio, figura el juramento del Juez y de las partes como elemento esencial. Inclu-

sive se define el juramento como medio de alejar la mentira y la falsedad. Era un atributo que garantizaba la seriedad de la administración de justicia.

N.97. «Aunque parezca que la ley, que preceptúa que se debe jurar al ser nombrados los magistrados y al comienzo de los litigios, se opone al divino precepto, que manda que en absoluto se eviten los juramentos, sin embargo, si alguien penetra en el sentido de las palabras, hallará que ella no fue dada para cosa diversa, sino que por el contrario descubrirá el empeño de hacer por medio de la institución del juramento lo mismo que quiere la ley sagrada, al privar de dispensa para jurar. Porque está ciertamente, para cerrarle por completo el camino a la mentira, veda en absoluto que se jure, mas aquella, queriendo esto mismo, toma como auxiliar el juramento, para ahuyentar la mentira. Por lo cual, dirigiendo también nosotros la mente no a la materialidad de las palabras, sino al fin propuesto, nos ha parecido conveniente no despreciar el decreto civil, como si pugnara con el divino mandato del señor, sino conservarle su honor, como por tender a lo mismo.»

Se rinde homenaje a los jueces más esclarecidos, dejando constancia del honor y el respeto al saber jurídico. Se gratificó constantemente en la legislación a los oficios ilustres, manteniendo el saber y honor como estímulo para que fuera emulado por los otros jueces.

N.83.1. «Pero como es conveniente que haya también algunos jueces superiores en dignidad, elevados por su experiencia de muchas causas, o ejercitados mucho tiempo en grandes magistraturas, o adiestrados por la multitud de éstas, los cuales sean también afectos a nuestra piedad, por ello hemos, a la verdad, fijado nuestra atención, entre los gloriosísimos patricios, en Platón muy glorioso patricio, que estuvo largo tiempo en la Prefectura de la ciudad, y que por segunda vez se halla en aquella sede; en Víctor, también él gloriosísimo, que gobernó tanto en la grande Grecia, como en la noble ciudad de Alejandría, y ejerció la jefatura de la Prefectura de la ciudad, y no es inexperto en las leyes; en Foca, gloriosísimo, que ha de ser contado entre nuestros jueces, varón a quien tu sede conoció sirviéndola loablemente, conocedor además de lo que se refiere a las leyes; y entre éstos también en el muy magnífico Marcelo, a quien ciertamente siempre tuvimos presente y de cuyo culto a la justicia nos admiramos, y que sabemos fue por esto pedido por casi todos los que se dirigieron a nosotros, y que se sirve de un loable consejero, a fin de poder disponer lo que corresponde por las leyes, esto es, de Apión, varón espectable, y abogado del fisco,

y que en otras cosas tiene muy buena reputación tanto para los demás como para nosotros mismos.»

Al estudiar la jurisdicción, se intentó reglamentar la competencia de los magistrados, evitando la superposición de jurisdicciones.

D.5.1.58. «Se extingue el juicio prohibiéndolo el que había mandado juzgar, o también el que tiene mayor imperio en aquella jurisdicción, o, igualmente, si el mismo juez, hubiere comenzado a ser del mismo imperio de que era el que mandó juzgar.»

Se atribuye función pública al cargo de juzgador.

D.5.1.78. «Porque el juzgar es cargo público.»

La jurisdicción es el atributo legal que permite el ejercicio del Imperio. En el derecho romano existió en su inicio una jurisdicción global, en que la autoridad política ejercía igualmente la actividad jurisdiccional. Posteriormente y en forma paulatina, ante lo recargado de la tarea, se ve la necesidad de ir separando campos de acción y se empieza a discriminar la jurisdicción por temas. Este es un proceso que se dio ininterrumpidamente a través del tiempo y sembró el inicio de la especialización.

Según Luzzatto:

«...la *iurisdictio*, comprendería el conjunto de facultades atribuidas a los magistrados a los cuales se confió en Roma, la administración de la justicia civil, y a partir del siglo III d.C., y con ciertos límites, también la criminal.»¹⁴

Hubo delegación para actos que participaban de la jurisdicción, pero sin imperio. Fueron actos concretos de delegación.

«La *iurisdictio*, que encuentra, como es sabido, su fundamento en el *imperium*, se atribuyó, no obstante, a algunos magistrados sin imperio, o bien mediante una expresa disposición legislativa, como ocurre en el caso de los *praefecti iuri dicundo*, o a través de una

14 Giurisdizione. Enciclopedia del Diritto. Pag. 1. Citado por FERNANDEZ DE BUJAN, Antonio, Op. Cit., Pág. 40.

delegación del titular de la *iurisdictio*, por ejemplo, en el supuesto de los magistrados municipales.»¹⁵

Hay otros casos que conocemos, como de jurisdicción voluntaria, que fueron ejercidos aun cuando el funcionario no hubiera adquirido su jurisdicción normal.

«...por lo que serían competentes en materia de *iurisdictio* todos los magistrados provistos de *imperium*, lo que explicaría, como ha puesto de relieve Luzzatto, que la participación de los cónsules en la *in iure cessio* y en otros actos de jurisdicción meramente formal es, precisamente, el residuo de una originaria jurisdicción ejercitada por los magistrados en cuestión.»¹⁶

Esta definición de jurisdicción, según se aprecia de los precedentes mencionados, es insuficiente porque no engloba los actos de jurisdicción voluntaria, que son *jus dicere*, mas no *ius iudicare* y sobre los cuales no recae sentencia, no son cosa juzgada y no dependen del Estado.

«El ámbito institucional, dentro del cual se ejerce válidamente el poder público sobre las personas y las cosas, se llama jurisdicción.»¹⁷

En el derecho romano, se definió muy claramente la dependencia de la jurisdicción respecto del imperio.

D.1.18.6.8. «Todos los que gobiernan provincias tienen jurisdicción de espada, y también se les ha concedido potestad para condenar a las minas.»

Se dejó constancia de criterios jurídicos que sirvieran de guías a los jueces al momento de sentenciar.

D.1.3.12. «No pueden comprenderse en las leyes o en los senadoconsultos determinadamente todos los casos; pero cuando en alguna ocasión está manifiesto su sentido, debe el que ejerce jurisdicción proceder por analogía, y de este modo proferir sentencia.»

15 FERNANDEZ DE BUJAN, Antonio, Op. Cit., Pág. 65.

16 Citado por FERNANDEZ DE BUJAN, Antonio, Op. Cit., Pág. 42.

17 OMEBA. Op. Cit., Pág. 981.

Se ratificó el criterio anterior. La fidelidad de los jueces a la ley al momento de sentenciar se impuso como obligación, y los precedentes que emitían en uso de la facultad de administrar justicia eran revisados por su respectivo oficio.

D.1.3.13. «Pues, como dice Pedio, siempre que por la ley se ha introducido una u otra disposición, es buena ocasión para que o por la interpretación, o ciertamente por la jurisdicción, se suplan las demás que tienden a la misma utilidad.»

Estamos ante un nuevo caso de regulación de la competencia. La jurisdicción de aquél que no la poseyera en el litigio, no era obligatoria. Esto es por la amplitud de jurisdicciones de los distintos magistrados, que se superponían.

D.2.1.18. «Si se hubiere convenido, que juzgase la causa otro Pretor distinto de aquel de quien fuese la jurisdicción, y antes de que se compareciera ante él, se hubiere mudado la voluntad de las partes, no hay duda alguna que nadie será compelido a estar a semejante convenio.»

La jurisdicción no se adquiría sino por ejercicio de magistratura o por delegación. Los particulares no podían crear árbitros y los fallos de los árbitros, cuyo nombramiento no era sujeto a la ley, eran revisables.

C.3.13.3. Los mismos Augustos a Judas.

«El consentimiento de los particulares no hace juez al que no tiene jurisdicción ninguna, y lo que éste decidió no tiene autoridad de cosa juzgada.»

La santidad de la cosa juzgada era un dogma. No era revisable. Es un elemental principio de la administración de justicia.

D.50.17.207. «La cosa juzgada es admitida como verdad.»

A) Delegación de la *Iurisdictio*

La delegación de la jurisdicción fue en Roma la forma usual de administración de lo jurídico. En el período clásico, el nombramiento de árbitros fue la modalidad más extendida de administración de justicia. En el período formulario, se perfeccionaron las formas de accionar mediante el empleo de fórmulas, pero subsistió la delegación de su administración

a través de terceros. En este período, el imperio se extendió y la administración del derecho en manos de magistrados civiles contribuyó a la difusión del sistema de delegación. En el período justiniano, en que la administración imperial se volvió más compleja, se difundió el empleo de la acción extraordinaria ante el magistrado, lo que obligó a la creación de Jueces y Notarios profesionales, quienes ejercieron en la misma forma que cualquier oficio. Hasta antes del período justiniano, los actos de jurisdicción voluntaria se formalizaban directamente ante el magistrado, siendo los de jurisdicción contenciosa frecuentemente delegados. De allí la cantidad de información que existe respecto a la jurisdicción contenciosa, que requirió la reglamentación para su mejor desarrollo, y la falta de fuentes respecto a la jurisdicción voluntaria que, por ejercerse directamente por los magistrados, no se reglamentó.

D.5.1.12.1. «Pueden nombrar juez aquellos a quienes se concede esto por ley, o Constitución, o Senadoconsulto. Por ley, como el Procónsul. También aquél a quien se confirió jurisdicción puede nombrar juez, como son los legados de los Procónsules, también aquellos a quienes está esto permitido por la costumbre por virtud del poder de su Imperio, como el Prefecto de la ciudad y los demás Magistrados de Roma.»

El proceso de delegación no se dio en forma inmediata, sino fue gradual. Se reglamentó esta transición porque en un territorio tan extenso como el Imperio Romano siempre estaba en proceso de organización al uso romano algún nuevo territorio; mientras, en Roma misma se requería una organización más compleja. Convivieron los dos sistemas, uno fuertemente arraigado en que la cultura general de los ciudadanos tenía vigencia y otro en provincias, en que pueblos de cultura más atrasada adquirían rudimentos de civilización.

N.83.2. «Así, pues, queremos que éstos sean jueces después de nuestros administradores, y a todos ellos les delegamos los negocios según lo que nos pareciere. Mas si alguno de nuestros jueces quisiere delegar causas, encomiéndeselas a estos jueces pedáneos que han sido establecidos por nosotros, y de ningún modo a otro alguno, a no ser que encomendare particulares exámenes a sus propios consejeros, pero debiendo él proferir la sentencia respecto a la totalidad del negocio.»

Para proteger el derecho de los ciudadanos, el principio en vigencia era dejar constancia expresa del objeto de delegación. Lo no establecido

expresamente no estaba contenido en la misma. Esta se equiparaba al actual mandato, cuyo origen se encontraba en las reglas acerca de la delegación primitiva y se limitaba estrictamente a los términos de la delegación. El magistrado era muy estricto en delimitar facultades.

D.1.16.13. «Los legados del Procónsul no tienen ninguna atribución propia, si por el Procónsul no se les hubiere conferido jurisdicción.»

La delegación tenía formalidad y era consecuencia de la potestad del magistrado en uso de su imperio. Si no había un mandato expreso de delegación, ésta no existía. La rigidez del principio de delegación era tan importante que, si por mandato expreso legal o disposición del Senado o por algún otro tipo de disposición se delegaba algún mandato al magistrado, éste no estaba facultado para delegarla. Podía delegar cualquier facultad cuyo origen fuera por derecho de magistratura, mas no podía delegar la que le fuera encomendada por mandato legal.

D.1.21.1.pr. «Cualesquiera facultades que especialmente son concedidas por una ley, o un senadoconsulto, o una constitución de los Príncipes, no se transfieren con la jurisdicción delegada; pero pueden delegarse las que competen por derecho de la magistratura. Y por esto se reputan que yerran los magistrados que teniendo delegado por una ley o senadoconsulto el ejercicio de los juicios públicos, como el de la ley Julia sobre adulterios, y si hay algunas otras semejantes, delegan su jurisdicción. Es prueba vigorosísima de esto, que en la ley Julia sobre la fuerza se manda expresamente, que aquel a quien se hubiere conferido este ejercicio, pueda delegarlo, si se ausentare. Por tanto, no podrá delegarlo de otro modo, que cuando hubiere comenzado a ausentarse, mientras que en otro caso se delega la jurisdicción aún por el que está presente. Y si se dijere que un señor ha sido muerto por la familia, el Pretor no podrá delegar el conocimiento de la causa, que tiene conferido por senadoconsulto.»

Se ratifica el principio de la ley anterior, en el sentido que no se crea jurisdicción si ésta no se da expresamente por aquél con facultad para delegarla. Se distingue entre el imperio y la jurisdicción en el sentido que se puede delegar la jurisdicción para un determinado asunto pero nunca el imperio mero, que es abierto e ilimitado. Sólo se delega el imperio concreto y necesario para la ejecución del fallo. Curiosamente, el concepto de imperio es de aplicación constante en nuestro tiempo; en el caso del derecho romano era el del legado, mas no el del magistrado.

D.1.21.1.1. «El que recibió jurisdicción delegada, no tiene nada propio, sino que ejerce la jurisdicción de aquel que se la delegó. Porque es muy verdad, que según la costumbre de nuestros mayores se transfiere ciertamente la jurisdicción, pero que el mero imperio, que se da por la ley, no se puede transmitir; por lo cual nadie dice que el legado del Procónsul tenga facultad de castigar por su jurisdicción delegada. Paulo hace notar: es lo más cierto, que también el Imperio, que está anejo a la jurisdicción, se transmite con la jurisdicción delegada.»

Se ratifica lo anterior, por lo que éste precedente mantiene el principio que es constante en la legislación romana.

D.1.21.5.pr. «Es evidente que la jurisdicción delegada a uno no puede ser por éste transferida a otro.»

D.1.21.5.1. «Con la jurisdicción delegada a un particular, se reputa que también se le delega el Imperio, que no es mero, porque es nula la jurisdicción sin facultad de alguna leve corrección.»

La delegación de la jurisdicción era limitada en el tiempo. Si aquél que delegó la jurisdicción falleciera, la jurisdicción se extingue.

D.2.1.6. «Y porque ni la jurisdicción se le dio a él particularmente, ni la misma ley defiere, sino que confirma la jurisdicción delegada; por esto, si hubiere fallecido el que delegó la jurisdicción, antes que el negocio hubiere comenzado a ser conocido por aquel a quien la jurisdicción se delegó, dice Labeón que se extingue el mandato, lo mismo que en los demás casos.»

Al reglamentar la delegación, se deja claro que el delegado no actúa en nombre propio sino en nombre del delegante. Si el delegado fuera magistrado, al actuar como delegado siempre lo hará en nombre de aquél de quien provino el mandato.

D.2.1.16. «Suele el Pretor delegar la jurisdicción; y o la delega toda, o una especialidad; y aquél a quien se delegó la jurisdicción, desempeñará las veces del que la delegó, no las suyas.»

Sabidamente, la legislación romana distingue casuísticamente la situación del delegante y del delegado, dejando constancia de la discrecionalidad del Pretor de delegar facultades respecto de personas o casos específicos. Así mismo, si el delegante tuviera una causal cuyo origen fuera anterior al evento, está autorizado a delegar.

D.2.1.17. «Así como el Pretor puede delegar a otro toda su jurisdicción, así también puede delegarla respecto de ciertas personas, o sobre una sola materia; mayormente, habiendo tenido la justa causa de haber aceptado antes de ser Magistrado la defensa de una de las partes.»

El principio que el arbitraje no era obligatorio está plasmado en la legislación. Sin embargo, la obligación de ejercer el arbitraje es absoluta para aquel que la aceptó. La norma es que la responsabilidad es de cumplimiento obligatorio.

D.4.8.3.1. «No obstante que el Pretor no obligue a nadie a aceptar la facultad arbitral, porque ésta es cosa libre e independiente y puesta fuera de la obligación de su jurisdicción, sin embargo, hubiere alguien aceptado el arbitraje, juzga el Pretor que la cosa corresponde a su cuidado y solicitud, no tanto porque procure que los pleitos se terminen, sino porque no hayan de ser defraudados los que le eligieron como hombre bueno, por juez árbitro entre ellos. Porque supón, que después de examinada ya la causa una y dos veces, después de descubiertas las intimidades de ambas partes, y después de conocidos los secretos del negocio, el árbitro, o cediendo al favor, o corrompido con sordideces, o por otra cualquier causa no quisiera pronunciar sentencia; ¿quién puede negar, que sería muy justo que el Pretor hubiera debido interponerse, para que cumpliera el encargo que aceptó?»

La responsabilidad en el desempeño del cargo por parte de los árbitros era obligatoria, inclusive cuando el delegado fuera magistrado. La única limitación era cuando el delegado era un magistrado mayor en cuyo caso no se le podía imponer la obligación.

D.4.8.3.3. «Trataremos de las personas de los árbitros. Y, a la verdad, obligará al árbitro, de cualquiera dignidad, aunque sea consular, a desempeñar el cargo que hubiere aceptado; a no ser quizá que estuviere colocado en alguna Magistratura o potestad, siendo acaso Cónsul o Pretor, porque sobre éste no tiene poder.»

La jurisdicción delegada debe limitarse al fondo del problema juzgado. De ninguna manera, el delegado podrá ampliar su campo de acción.

D.4.8.15. «Ha de saberse por los que ejercen el cargo de árbitro, que todos sus actos han de emanar del mismo compromiso; porque a ninguno le será lícita otra cosa, mas que la que allí se expresó

que pueda hacer. Así, pues, no podrá el árbitro resolver cualquiera cosa, sino respecto de aquella sobre la que versa el compromiso, y hasta cuánto alcanza el compromiso.»

Además de estar limitado el tema de la delegación, también se estableció la limitación en el plazo del ejercicio del delegado. Si el plazo se vencía, había que pedir prórroga del mismo; de lo contrario, se extinguía la delegación.

D.4.8.21. «El árbitro no puede hacer nada que esté fuera del compromiso, y por esto es necesario que se añada en él lo pertinente a la prórroga del término del compromiso; de otra suerte, impunemente no se obedecerá al que lo mande.»

La delegación estuvo limitada al asunto materia del hecho controvertido. Las consecuencias del mismo no estaban incluidas en la delegación. El principio de la delegación es que, en caso de cualquier divergencia de opiniones en materia de delegación, ésta se entendía con criterio restrictivo.

D.4.8.46. «El árbitro puede juzgar de aquellas cosas, cuentas y controversias, que desde un principio hubiesen existido entre los que otorgaron el compromiso, no de aquellas que después sobrevinieron.»

El fallo del árbitro no tiene la calidad de cosa juzgada. El principio del mismo era que se establecía una pena para el que no acatare el fallo. Sin embargo, se estableció un plazo dentro del cual existía la obligatoriedad del cumplimiento. El incumplimiento del interesado fuera del plazo liberaba de la obligación.

C.2.56.1. Título LVI. De los recibidos como árbitros. El emperador Antonino, Augusto, a Nepociana.

«Con frecuencia se respondió por rescriptos, que no se puede apelar de la sentencia del árbitro al cual se recurrió en virtud de compromiso legalmente hecho, porque tampoco se puede dar en virtud de ella la acción de cosa juzgada, y por esto se promete por ambas partes una pena, para que por miedo a ella no se separe ninguna de lo convenido. Mas si se pronunció sentencia pasado el día fijado en el compromiso, es nula la sentencia, y no incurre en pena alguna el que no la hubiere obedecido.»

El procedimiento para recurrir ante árbitros tenía la sacralización del juramento, que era realmente importante dentro del derecho romano. El compromiso libremente asumido era obligatorio para las partes.

C.2.55.1. «Así, pues, si entre el actor y el reo y aun el mismo juez se hubiere convenido, que se proceda al litigio con la santidad del juramento, y esto lo hubieren consignado verdaderamente los mismos litigantes en las escrituras por su propio puño o valiéndose de personas públicas, o ante el mismo árbitro hubieren declarado de viva voz en las actas, que el árbitro ha sido elegido habiéndose prestado los juramentos, añadiéndose también esto, que también el mismo árbitro había prestado juramento de dirimir el litigio con entera verdad, mandamos que de todas maneras se guarde su decisión, y que ni el reo ni el actor puedan separarse de ella, sino que de todos modos les obligue, en tanto, que sean compelidos a obedecerla.»

La versatilidad del derecho romano en materia de arbitraje permitía el arbitraje libremente concertado, cuyos fallos no eran de cumplimiento obligatorio. Sin embargo, se establece una reglamentación en caso de incumplimiento. Este fallo tenía plazo en cuanto a poder ser impugnado. Recién, en caso de no ser impugnado, adquiriría validez y era plenamente exigible ante el magistrado.

C.2.55.5. El mismo Augusto a Juliano, Prefecto del Pretorio.

«Como antes se había mandado respecto a la elección de árbitros, que ni la pena del compromiso confirmaba, ni el juez había nombrado, sino que sin ninguna sentencia previa creaba la común elección para que se estuviere a la sentencia de los mismos, que si verdaderamente recayese resolución arbitral a favor de la parte demandada, naciese para ella excepción como de un pacto, pero que si la decisión fuese dada a favor del actor, no le resultase de ella ninguna garantía, hemos dispuesto respecto a los árbitros que antes mencionamos, y que tal consentimiento hubiere elegido con el pacto, consignado o no, por escrito, de que se estaría a su decisión, si verdaderamente hubieren escrito a seguida, después que hubiere recaído la decisión, que su sentencia no desagradaba a ninguna de las partes, que no sólo nazca para el reo excepción como de un pacto, sino también por nuestra voluntad la acción por el hecho a favor del actor, a fin de que pueda llevarse a ejecución la sentencia de aquél, en esta real ciudad por ministerio de la eminentísima prefectura, o de aquél a cuyo tribunal está sujeta la parte del demandado, y en las provincias así por los gobernadores, como por sus alguaciles, o por los jueces cuya jurisdicción teme la parte demanda-

da. Mas si después de la sentencia no hubieren consignado ciertamente en manera ninguna, que ellos aceptan la decisión del árbitro, pero la hubieren confirmado con su silencio, y dentro de los diez días siguientes no se hubiere enviado al juez o a la contraria por una de las partes declaración en que se manifieste que no se ha de aceptar la decisión, entonces que quede confirmada la sentencia por el silencio de las partes, y compete al condenado la excepción, y la susodicha acción al actor. Pero rehusándolo una de las partes en la forma antes dicha, y no queriendo en manera alguna cumplir lo resuelto, que no se cause perjuicio ninguno, y no se dé o excepción al reo, o acción al actor; excepto, por supuesto, cuando los árbitros fueron elegidos bajo la santidad del juramento, según la nueva constitución de nuestro numen, porque entonces se debe observar todo lo que se estableció en nuestra ley, sobre esta manera de conocer.»

La protección al litigante era absoluta. Se permitía acudir a la jurisdicción de los oficios o de autoridades de otras ciudades cercanas en caso de oposición de las autoridades correspondientes para acoger los derechos. El sistema estaba diseñado para ser lo más legalista posible. La búsqueda de la justicia y valores éticos estaba protegida y estimulada.

C.1.55.9.1. «También permitimos, que, si a los habitantes de nuestras provincias, que deseen hacer constar las injurias o lesiones recibidas, se les denegase por los defensores la formación de actas, se les conceda licencia para presentar en los sitios más frecuentados de las ciudades el escrito de su propia querrela, redactado a tenor de lo que se había de hacer constar, y para citar a los Escribanos, y avisar a los Secretarios y a los demás oficios públicos, por quienes deberá recibirse la querrela, y contra la voluntad de las personas antes mencionadas, hacerles intervenir mediante la formación de actas, por cuyo examen puede investigarse la verdad; probada la cual, muéstrase el rigor de los jueces contra los que resultare que denegaron la pedida formación de actuaciones.»

B) *Iurisdictio* contenciosa

La referencia a la calidad de contenciosa aplicada a la jurisdicción se encuentra en una cita de Marciano (D.1.16.2.pr.1), que no profundiza en cuanto al carácter de la jurisdicción, sino que hace referencia al hecho de la actitud litigiosa de los contratantes. Históricamente, las diferencias con la jurisdicción voluntaria sólo las encontramos en la casuística de su ejercicio, ya que hasta el período justiniano se desarrollaron ante el mis-

mo funcionario. Por consiguiente, la distinción es meramente descriptiva de la actitud de los contratantes a pesar de que la calidad de la relación jurídica protege intereses de distinta forma: en la contenciosa, en situación de excepción, por ser el litigio por principio una situación anormal, de excepción y de conflicto, mientras que en la voluntaria, en situación de normalidad, por ser la forma común de ejercicio de la jurisdicción al formalizar la infinidad de acuerdos de voluntades que se presentan en la vida diaria. No hemos encontrado referencias a atributos de las mismas como indicativas de un diferente rango o preeminencia de una jurisdicción sobre otra.

C) *Jurisdicção voluntaria*

La primera referencia al tema de la jurisdicción voluntaria la encontramos en un texto de Marciano (D.1.16.2.pr.1), que representa el primer intento que conocemos de legislar discriminando la existencia de varios tipos de jurisdicción. Estamos frente a un intento de Marciano de dejar pautas de aplicación del derecho frente a problemas concretos de la realidad creando, a través de la jurisprudencia, precedentes para ser utilizados en el futuro. Es gracias a esta guía (D.1.16.2.pr.1) para la aplicación del Derecho Romano en las provincias que podemos acercarnos a una institución en la cual participaban los funcionarios de Roma y que, al darse la legislación, llevó una función civilizadora a los nuevos territorios conquistados como una forma de afirmación del poder romano.

La expresión jurisdicción voluntaria aparece por primera vez en las fuentes jurídicas y extrajurídicas en Marciano y su mención se encuentra recogida en:

D.1.16.2.pr.1 «Todos los Procónsules tienen jurisdicción, desde luego que hubieren salido de la ciudad; pero no contenciosa, sino voluntaria, de modo que ante ellos pueden manumitirse así hijos, como esclavos y hacerse adopciones.»

Tal como podemos comprobar en la siguiente cita, la información es descriptiva y, al referirse a jurisdicción, no está distinguiendo entre diferentes jurisdicciones, tal como han pretendido probar muchos defensores de la jurisdicción voluntaria, sino que se refiere al ánimo de litigar.

D.1.16.2.1. «Mas ante el legado del Procónsul, nadie puede manumitir, porque no tiene tal jurisdicción.»

«...en estos textos, parece que el término *contentiosus* no se emplea en un sentido técnico calificador de la *iurisdictio*, sino que más bien se utiliza como exponente de una propensión o tendencia a una actuación litigiosa.»¹⁸

Lo importante de la cita de Fernández de Buján es haber profundizado en el carácter de la institución de la jurisdicción voluntaria. El hecho que el *tabellion* tuviera *officium* aclara cuál era el papel de la delegación. En la medida que el magistrado conservara el Imperio, el poder, no importaba que la actividad registral o el intermediario en la contratación fuera un *tabellion*, o el juez un árbitro. La capacidad de estos últimos de ser dignos de confianza no estaba en discusión y recibieron todo el apoyo del Estado. El elemento que los diferenciaba era el ejercicio del poder, no el hecho de intervenir en juicios, dar sentencias, o dejar constancia de hechos o contratos mediante documentos que eran admitidos como prueba plena.

«En el texto de Marciano el término de la contraposición a la *iurisdictio contentiosa* corresponde a la *iurisdictio voluntaria*. El vocablo voluntaria no alude en el caso presente a que el magistrado, por propia voluntad, pueda conceder o negar su participación, porque ésta constituye en los casos en que está prevista, un deber, un *officium*, sino que apunta a que la participación del magistrado se ejerce *intervolentes*, es decir, entre personas que espontáneamente, voluntariamente, reclaman o solicitan su intervención, y que están de acuerdo de antemano sobre el resultado de la misma, con la particularidad de que tal acuerdo debe persistir hasta el momento de la resolución del magistrado.»¹⁹

En la aplicación del derecho a las provincias es donde observamos con más claridad el desarrollo del derecho romano. El funcionario romano concentra el poder político y el poder jurídico. Conforme la organización del nuevo territorio se iba fortaleciendo, empiezan a participar por delegación, funcionarios que desempeñan funciones de policía, administración, etc.

18 FERNANDEZ DE BUJAN, Antonio, Op. Cit., Pág. 21.

19 *Ibíd.*, Pág. 23.

«A finales de la República, en contraposición a la pérdida de poder político y militar de los cónsules, se produce un aumento de sus funciones jurisdiccionales. La competencia que se les atribuye en el Principado y en el Imperio no es de ámbito general, sino que se circunscribe a determinadas cuestiones...lo que pone de relieve la colaboración de los cónsules en supuestos de la denominada *iurisdictio voluntaria*.»²⁰

Como hemos podido apreciar de las citas precedentes, la jurisdicción estaba centralizada y, en consecuencia, también lo estaba la jurisdicción voluntaria. En el período clásico, los actos de jurisdicción voluntaria se daban mediante *legis actio* al igual que cualquier litigio. Durante la época del período formulario, la realización de los mismos actos se daba ante árbitros, cuyos actos eran ratificados por el magistrado. En el período justiniano, ha evolucionado la estructura de aplicación de justicia y ya existen en forma paralela magistrados y *tabelliones*, estos últimos los antecesores de los actuales notarios. No se ha encontrado en las fuentes el tema de la institución del arbitraje en el período justiniano. Ya para entonces existen registros públicos y la obligación de llevarlos corresponde a los *tabelliones*.

El imperio sigue en poder del magistrado. El árbitro y el *tabellion* no tienen imperio sino oficio, lo que significa que se obligaban a ejercer sus funciones mediante juramento que los comprometía a aplicar las leyes y los principios generales del derecho, de acuerdo a la cultura de la época.

D) Críticas a la división

Las críticas a la división de los dos tipos de jurisdicciones nacen de las diferencias históricas encontradas por diferentes tratadistas, las cuales han sido recogidas por Antonio Fernández de Buján:

a) «En relación con la titularidad, *iurisdictio contentiosa* y *iurisdictio voluntaria* no corresponden a las mismas personas. La

20 WENGER: Instituzione de procedura civile romana. Citado por FERNANDEZ DE BUJAN, Antonio, Op. Cit., Pág. 62.

jurisdicción contenciosa se atribuye a partir de las Leyes *Licinia* al pretor, mientras que la jurisdicción voluntaria, como veremos, la pueden ejercitar, además del Pretor otros magistrados: Cónsules, Dictadores, *tribuni militum consulari potestate*, etc.»²¹

Esta es una diferencia de carácter operativo propia del momento histórico romano, mas no amerita encontrar en ella una distinción real entre los dos tipos de jurisdicciones.

b) «En relación con las reglas por las que se rigen, en cuanto al lugar y al tiempo en que se ejerce la jurisdicción.»²²

Los procesos en Roma se realizaban en el Comicio o en el Foro en días *Fasti*. El magistrado sentado en la silla curul y rodeado de su *consilium* ejercía la *iurisdictio*. Sin embargo, se debió producir en este punto una evolución en sentido contrario, como ponen de relieve otros textos clásicos, en los que se admite que los actos de la denominada *iurisdictio* voluntaria pueden realizarse fuera del tribunal. El lugar de realización de los actos de jurisdicción contenciosa o voluntaria tampoco significa una diferenciación sustancial entre jurisdicciones.

c) «En relación con la presencia de *licttores*, cabe afirmar que éstos son siempre necesarios en la realización de las actuaciones de *iurisdictio contentiosa*. Por el contrario, se aceptan supuestos excepcionales en materia de *iurisdictio voluntaria*, en los que no se requiere su presencia como requisito de validez del acto.»²³

La presencia de un funcionario adicional no convalida un atributo que justifique la diferencia.

21 GIRARD: Historia de la organización Judicial de Roma. Citado por FERNANDEZ DE BUJAN, Antonio, Op. Cit., Pág. 29.

22 AULUS GELIUS. Noctes Atticae XX.1.11, D.20.2.9. - 1.2.20. Comentado por FERNANDEZ DE BUJAN, Antonio, Op. Cit., Pág. 30.

23 ULPIANO: D.40.2.8. Comentado por FERNANDEZ DE BUJAN, Antonio, Op. Cit., Pág. 31.

d) «En relación con la circunscripción territorial, en materia de *iurisdictio voluntaria*, se establece que el magistrado pueda actuar fuera del ámbito de su jurisdicción, lo que contrasta con la norma establecida en sentido contrario en materia de jurisdicción contentiosa.»²⁴

El Procónsul, desde el momento que sale de Roma, tiene, hasta que llega a su provincia de destino, la facultad de jurisdicción voluntaria. La territorialidad no constituye un atributo de la jurisdicción, en consecuencia, no es un elemento representativo de la misma, por lo que no debe ser tomado en cuenta.

e) «En relación con los actos *in rem suam*, los supuestos de *iurisdictio contentiosa* y *voluntaria* se rigen también por reglas diferentes, puesto que si bien al magistrado romano no se le permite realizar actos de *iurisdictio contentiosa* que le afecten a él o a sus familiares, por el contrario, se acepta su competencia para conocer en actos de *iurisdictio voluntaria* que le afecten a él mismo o a sus familiares.»²⁵

Esta atribución de los romanos ha sido suprimida por las legislaciones actuales. La independencia de criterio del juez y el notario deben ser mantenidas; en especial, en el caso de intervenir en causas propias.

f) «En relación con la tramitación, cabe afirmar que los supuestos de *iurisdictio contentiosa* se tramitan mediante el procedimiento formulario a partir de las *leges Iuliae iudiciorum privatorum*...por el contrario, los supuestos de *iurisdictio voluntaria* se continuaron tramitando durante toda la época clásica mediante *legis actiones*, constituyendo, por tanto, el campo de la jurisdicción voluntaria el único en el que se produce la supervivencia de la *legis actio*.»²⁶

24 MARCIANO. D.1.16.2.pr. Comentado por FERNANDEZ DE BUJAN, Antonio, Op. Cit., Pág. 32.

25 ULPIANO. D.2.1.10. Comentado por FERNANDEZ DE BUJAN, Antonio, Op. Cit., Pág. 33.

26 Gayo, 4.31. Comentado por FERNANDEZ DE BUJAN, Antonio, Op. Cit., Pág. 36.

El tipo de acción empleada procesalmente no es esencial para el acto jurídico, en consecuencia, es una diferenciación irrelevante.

g) «Resulta significativo, como ha puesto de relieve Alvarez Suárez, que los verdaderos casos de jurisdicción delegada que nos ofrecen las fuentes correspondan a actos de *cognitio extraordinaria* y de *iurisdictio voluntaria*.»²⁷

La observación de Alvarez Suárez es clara en cuanto a que procesalmente los actos de jurisdicción voluntaria y de *cognitio* extraordinaria son actos de excepción y, en los precedentes, no los tratan en la misma forma que los litigios.

«En el actual Derecho español, la atribución, con carácter exclusivo, de la denominada jurisdicción voluntaria a la Judicatura, constituye una decisión de política legislativa, que encontraría en parte su justificación histórica en la competencia habitual del órgano jurisdiccional en muchas de las actuaciones tradicionalmente consideradas de jurisdicción voluntaria, pero que quizá, de *lege ferenda*, debería ser matizada y revisada, en función de una posible ampliación de las competencias del notariado en esta materia y el reconocimiento, en consecuencia, de una competencia compartida entre Judicatura y Notariado respecto de la tutela de los derechos e intereses de los particulares en determinadas actuaciones...»²⁸

Como podemos apreciar de la lectura de las diferencias históricas encontradas por diversos tratadistas, no existe una diferenciación de fondo respecto a la distinción entre una u otra de las jurisdicciones, salvo las derivadas del devenir anecdótico que nos trae el transcurso del tiempo. La real diferencia entre los dos tipos de jurisdicción es la carencia de ánimo litigioso en la jurisdicción voluntaria y el hecho de que el ánimo litigioso siempre está presente en la jurisdicción contenciosa.

27 D.1.21.2.1. Comentado por FERNANDEZ DE BUJAN, Antonio, Op. Cit., Pág. 36.

28 FERNANDEZ DE BUJAN, Antonio, Op. Cit., Pág. 115.

E) Relación de la *Iurisdictio* con el *Officium*

Los oficios, en su libre accionar, tenían imperio y jurisdicción. El hecho de que un magistrado perteneciese a un oficio determinado no agregaba facultades especiales de jurisdicción. La diferenciación se da en cuanto a la calidad del oficio concreto. Evidentemente, el oficio de los obreros no tenía los mismos atributos del oficio de los jueces. Los jueces, por la naturaleza de su oficio, tenían una jurisdicción sobre otros miembros de la sociedad que no tenían los miembros de otros oficios. La jurisdicción de los oficios generalmente se daba sobre los miembros de su propio oficio.

Como conclusión, dejamos constancia de que la creatividad del sistema romano, basada en la capacidad, probidad y delegación con responsabilidad a los magistrados, fue de capital importancia para la calidad de una organización que ha llegado a nuestros días con un prestigio intelectual jurídico que no se ha repetido, que fue original y que a pesar del transcurso de los siglos, dicho sistema es consultado con respeto y sigue teniendo vigencia. Esto fue posible gracias al peculiar sistema de concepción del ser humano al servicio del Estado y la organización, al concepto del honor, al estímulo derivado de la existencia del mismo y a la creatividad que generó la confianza y el reconocimiento de los méritos personales. Esta concepción no es asimilada por la legislación posterior. Se conoce el Derecho Romano, sus fuentes, pero no se conoce suficientemente la causa de este éxito en la construcción del raciocinio lógico-jurídico.

Las legislaciones posteriores adaptaron el Derecho Romano en lo aplicable y de ello se ha beneficiado el derecho civil. Mas los principios de organización quedaron atrás al existir en la actualidad regímenes políticos de distinta naturaleza que no han asimilado sino parcialmente el mensaje de la historia en detrimento de nuestra época.

II

LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EN LA EXPERIENCIA FRANCESA. TRADICIÓN ROMANISTA Y RUPTURA

1. ANTECEDENTES

El derecho castellano heredó una tradición romanista que existía como parte de la cultura de la península. Roma conquistó y latinizó la península ibérica muchos siglos antes de la llegada de los visigodos. Las invasiones germánicas destruyeron la organización política de los romanos, pero no pudieron evitar absorber la institucionalidad y superioridad de los valores culturales de los mismos. Tomaron el control del país, avasallaron a la población, se repartieron las tierras, pero absorbieron el derecho civil. La organización municipal no sufrió variación, el derecho de gentes se aplicó y, lo más importante, se incorporó la costumbre, que dentro del romanismo estaba incorporada en la legislación y que para los visigodos era fuente de derecho. Los conquistadores tenían una cultura propia, pero asimilaron los valores de la población con organización romanista.

La jurisdicción voluntaria pasó del derecho romano a la legislación castellana como una adaptación de la cultura romana imperante en Castilla, cuando ésta era provincia de Roma. Los monarcas castellanos de origen visigodo dieron a la legislación elementos de derecho germánico, rescatando y adaptando los usos en boga en los distintos territorios de la península ibérica. De la lectura de Las Siete Partidas, se observa que la institucionalidad pasa al derecho castellano, adaptándose a la peculiar situación política imperante: Castilla estaba abocada a la reconquista de los territorios de la península en poder musulmán. El poder y todos los es-

fuerzas se daban a favor de obtener los medios necesarios para su recuperación. Fue una larga guerra de carácter expansionista y religioso. Alfonso X, llamado El Sabio, estableció su capital en Sevilla, recuperada por la guerra y quiso organizar su reino al modo castellano. Uno de los medios de que se valió fue la redacción de Las Siete Partidas, en las que sistematizó el saber jurídico, permitiendo la pacificación paulatina de sus territorios. El rasgo que encontramos en Las Siete Partidas, con respecto a la legislación romana, es el fuerte centralismo de gobierno que no otorga la delegación con un margen tan amplio como en Roma. El Rey concentraba el Poder absoluto, al cual se le agrega un atributo religioso (al dejar constancia de que el poder le era concedido por Dios). El Rey era representado en las tierras que conformaban sus dominios por los señores feudales. Se dio una proyección en pequeño de las atribuciones que el Rey tenía sobre todo el reino, nombrando a los funcionarios, administradores y recaudadores de impuestos. Era una pirámide en que se daban los atributos del gobierno y el poder en pequeño. El señor feudal equivalía al magistrado y tenía el imperio mero o de espada y el imperio mixto que era el necesario para crear y delegar actos de gobierno y administración. En el mundo de lo jurídico el imperio se dio mediante la creación de Jueces, Escribanos y Notarios.

En cuanto a estructura, la relación entre los distintos funcionarios es parecida a la organización romana, pero intrínsecamente apreciamos diferencias saltantes. El magistrado romano, a diferencia del señor, era elegido por su capacidad para la administración. A través de un buen desempeño de gobierno y administración, ascendía a dignidades superiores que eran hereditarias; mas el hijo heredaba los bienes de los padres, que eran frecuentemente adquiridos en el desempeño de negocios. Para los oficios de policía y militares, se nombraban a los versados en el arte de la guerra, recolectados entre los más capaces y que mejor papel hubieran desempeñado en anteriores oportunidades. El oficio militar se desempeñaba como cualquier otro oficio y permitía el ascenso a dignidades superiores. El Estado se apoyó en una organización burocrática de la sociedad.

En Castilla, el nacimiento y la tenencia de tierras de origen hereditario estaba ligado al poder. La nobleza de origen predominantemente castellana lo detentaba y el gobierno se apoyaba en el dominio de los señores, quienes gobernaban por derecho de nacimiento los territorios de

sus señoríos. El señor feudal debía al Rey tributo y vasallaje, los cuales fueron materia de constantes luchas en toda la historia de Castilla. El Rey tenía que exigir el reconocimiento de su primacía y se le rendía tributo en armas, soldados y dinero para sus guerras. El general, señor feudal y magistrado eran una sola persona y su buen desempeño en algún rol no lo validaban como bueno en el otro. Las luchas entre el Rey y los señores feudales eran constantes y la historia ha dejado múltiples testimonios de ello. A diferencia de la profesionalidad de los magistrados y funcionarios romanos, no podemos afirmar lo mismo de los homólogos castellanos. Un señor feudal, iletrado y dependiente en materias administrativas de sus consejeros, tenía un dudoso criterio para elegir a sus Jueces, Escribanos y Cancilleres. El papel de los oficios como colegios profesionales no existió en la organización castellana. La única organización regulada fuera del gobierno era la iglesia. La posibilidad de ascenso dentro de la organización era limitada y los funcionarios estaban condenados a mantenerse para siempre en sus puestos, lo cual estaba más ligado al servicio del señor que a la verdadera eficiencia en el desempeño de sus cargos. De allí la desaparición de las definiciones y atribuciones tan diferenciadas en el derecho romano, como el Imperio y la jurisdicción. Al poder político le interesaba una organización dependiente y subordinada a la monarquía. La atribución del poder de origen divino en la práctica permitía más libertades que un Emperador con la fiscalización del Senado. A la monarquía le interesó aumentar el dominio, y la preocupación por su pueblo se dio más bien por el mensaje religioso de la caridad. El pueblo nunca más tuvo el poder que alcanzó en Roma. La horizontalidad de la organización romana fue sustituida por la verticalidad de la castellana.

Las Siete Partidas

En las Siete Partidas, encontramos que el término «Jurisdicción Voluntaria» no figura expresamente mencionado, pero se da de hecho al crearse los cargos para las labores de jurisdicción. Las características de la figura contiene los mismos elementos heredados del romanismo, excepto la denominación. El análisis va desde la concepción de Imperio asociada al poder y la identificación de Poder Político con Jurisdicción. Sin embargo, extrañamos en el texto medioeval la independencia de criterio y la discrecionalidad que eran inherentes a los magistrados en Roma. Los Jueces y Notarios son subordinados al poder político y si bien

se mantienen por la utilidad de la función, van perdiendo los atributos del honor en el desempeño del cargo. La balanza política va en el mismo sentido que el poder de tipo oligárquico ligado a la tenencia de la tierra. El orden social se pone al servicio de la consolidación de un estado cristiano frente al orden musulmán. Se pierde el sentido del honor tal como era concebido en Roma, como logro y ascenso por méritos, siendo reemplazado por una cultura de la caballería sin la posibilidad de estímulo de acuerdo al sistema romano que permitía la movilización social. La clase política castellana era de carácter cerrado, esto es, que era casi imposible cambiar de clase social, salvo por méritos obtenidos en la guerra.

Las Siete Partidas trae definiciones parecidas a la atribución de la calidad personal que se requiere para el desempeño de oficios. A diferencia del Derecho Romano, el nombramiento es realizado por el Rey, Señor Feudal o el funcionario con facultad para ello, pero con un rol totalmente subordinado al Señor, sin la connotación de rol social propio del período, en que como funcionario del Estado adquiría importancia en la comunidad.

En Las Siete Partidas no hemos encontrado referencias a la jurisdicción y, menos aún, a la jurisdicción voluntaria.

Contenido

La ley XIV de las Siete Partidas identifica al Rey como la única persona de la cual emanan las leyes y su aplicación. Desaparece como atribución del pueblo y del Senado, que se extingue como institución. También desaparece la magistratura cuyos miembros ya no crean normas edictales; los pronunciamientos de los jurisconsultos esclarecidos ya no son fuente de derecho y sólo la reglamentación de la costumbre permanece como fuente aunque más teórica que práctica en la realidad.

«Primera Partida. Título I. Ley XIV. Quien puede espaladinar las leyes et facer que las entiendan quando hobiere dubda. Dubdosas seyendo las leyes por yerro de escriptura o por mal entendimiento del que las leye, porque hobiesen menester de ser bien espaladinadas et fechas, et entender la verdad dellas, esto non puede ser por otri fecho sinon por aquel que las fizo, o por otro que sea en su lugar que haya poder de las facer de nuevo, et guardar aquellas fechas.»

El poder político del autor de las leyes establece el Imperio de la ley y su cumplimiento obligatorio por los particulares, pero agrega un nuevo elemento: el ser habitante del señorío. Empieza a configurarse la figura del señor feudal como el personaje que tiene la potestad de administrar justicia. Este es un elemento mixto de derecho germánico, con un elemento tribal, de probable herencia visigoda, adecuando a su propia concepción del poder las reglas de juego romanistas, basadas en una organización de carácter burocrático, en que no sólo había una jerarquía de nacimiento, sino ascenso social por méritos.

«Primera Partida. Título I. Ley XV. Como deben obedecer las leyes et judgarse por ellas. Todos aquellos que son del señorío del facedor de las leyes sobre quien las él pone son tenudos de las obedescer et guardar, et judgarse por ellas, et non por otro escripto ninguno de otra manera fecho. Et el que la ley face es tenudo de la facer complir.»

Los feudatarios son dependientes de la justicia del señor, quien tenía el más amplio arbitrio para la administración de justicia. La delegación por los reyes de la calidad de juzgadores a los grandes señores, consta en la ley XVI de las Siete Partidas. Recordemos que, a diferencia del magistrado romano que era elegido por la profesionalidad, el señor lo era por nacimiento y en muchos casos era analfabeto.

«Primera Partida. Ley XVI. Como son tenudos todos de guardar las leyes. Guardar debe el rey las leyes como a su fechura et a su honra, porque recibe poder et razon para facer justicia...en sus fechos; ca pues que hi es lo que tañe a loor de Dios et acrecentamiento de la fe, et otros si lo que tañe a los reyes et a los grandes señores en como deben facer para endereszar su señorío et otrosi a los de la tierra.»

El concepto de Imperio es tratado en el medioevo como una atribución del hecho de ser creado por Dios. La religión está ligada a la legislación. El imperio dejó de ser una atribución del Estado, para convertirse en una atribución divina delegada en el rey quien a su vez lo delegó en sus señores. La costumbre, gran fuente del derecho romano, pierde la fuerza de su aplicación, empleándola sólo en forma fragmentada. El origen de las leyes es atribución divina.

«Segunda Partida. Que cosa es Emperador, et porque ha así nom-

bre, et porque convino que fuese, et que lugar tiene. Imperio es grant dignidat, et noble et honrada sobre todas las otras que los homes pueden haber en este mundo temporalmente. Ca el señor a quien Dios tal honra da es rey et Emperador, et a el pertenesce segunt derecho et el otorgamiento quel ficieron las gentes antiguamente de gobernar et de mantener el Imperio en justicia, et por eso es llamado Emperador, que quier tanto decir como mandador, porque al su mandamiento deben obedescer todos los del Imperio.»

La reglamentación del ejercicio del poder, del Imperio, es clara. El Rey responde de sus actos ante Dios, lo cual en la práctica significa ante nadie. Al no existir una entidad reguladora como el Senado, que pusiera freno a los excesos reales, se dio origen a la creación de los sistemas de gobierno absolutistas, tal como podemos comprender del texto adjunto:

«Segunda Partida. Ley II. Que poder ha el Emperador, et como debe usar del Imperio. El poderío que ha el Emperador es en dos maneras, la una de derecho, et la otra de fecho; et aquel que ha segunt derecho es este, que puede facer ley et fuero nuevo et mudar el antiguo, si entendiere que es a pro comunal de su gente; et otrosi quando fuese escuro ha poder de lo esclarescer; et puede otrosi toller la costumbre usada quando entendiere que era dañosa, et facer otra nueva que fuese buena. Et aun ha poderío de facer justicia et escarmiento en todas las tierras del Imperio...En el Imperio et maguer muchos grandes señores lo obedescen non la pueden facer en su tierra, sinon aquellos a quien él otorgase que la ficiesen. Et aun ha poderío de poner adelantados et jueces en las tierras que judguen en su lugar segunt fuero et derecho.»

En el derecho castellano, la atribución del poder al Rey se da como una prolongación del derecho divino. La dependencia del poder a la fiscalización divina en realidad creó una libertad irrestricta.

«Segunda Partida. Ley V. Et los santos dixeron que el rey es señor puesto en la tierra en lugar de Dios para cumplir la justicia et dar a cada uno su derecho.»

Como proyección de la figura del rey los señores feudales poseen el Imperio de administrar justicia, pero con algunas limitaciones. La delegación de parte del imperio de la monarquía funcionaba de hecho con las mismas atribuciones en pequeño que el reino. Este sistema permitió las frecuentes luchas intestinas entre la monarquía y los grandes señores. Observemos el siguiente párrafo:

«Segunda Partida. Ley XII. Que poderío han los señores sobredichos que han el señorío de las tierras por heredamiento...Et ha poderío cada uno dellos en su tierra de facer justicia en todas las cosas que han ramo de señorío, segúnt dicen los previllejos...Non pueden legitimar nin facer ley.»

La doctrina castellana distinguía entre jurisdicción contenciosa y voluntaria por razón del principio de subdivisión de roles, sin distinción doctrinaria, pero sí graduando la importancia de los procesos. Lo interesante es que distingue los procesos donde se debe aplicar la capacidad de imperio de los que no la poseen. Sin decirlo, separan aquellos actos que tradicionalmente se conocen como de jurisdicción voluntaria, reafirmando que el juzgador tiene imperio y el delegado no. Cuando hablamos del juzgador hablamos del Señor y no del Juez o el Escribano equivalente a nuestros actuales Notarios. Luego el Señor ya no otorga imperio al Secretario y muy restringido al Juez. Esta definición es un avance con respecto a la doctrina romana, en el sentido que especializa más a los titulares de cada una de las dos jurisdicciones. Aparentemente, en el período castellano ya había un mayor número de procesos y los titulares adoptan funciones más especializadas separándose ambas jurisdicciones.

El imperio, a su vez, es identificado como sinónimo de señorío. Existió además una jurisdicción vinculada a la cuantía, en que causas inferiores a 300 maravedís eran delegadas en jueces de menor rango.

«Tercera Partida. Ley XVIII. Quales son los pleytos que los jueces ordinarios pueden encomendar a otro que los libre et quales non. Contienen muchas veces los homes et han pleytos sobre que vienen a juicio: et como quier que estos sea de muchas guisas, pero los sabios antiguos las departieron en tres maneras: La primera et la mayor es todo pleyto sobre que pueda seer dada sentencia de muerte o de perdimiento de miembro, o de echamiento de tierra o de tornar home a servidumbre o darlo por libre: et al poderío de judgar tales pleytos como estos llamaron *merum imperium*, que quiere decir como puro et esmerado señorío.»

«Tercera Partida. La segunda et la mediana manera de librar los pleytos es dar guardadores a huérfanos, o a locos o a desmemoriados, o a apoderar a algunos querellosos en tenencia de bienes que fuesen de otri, mostrando razón derecha de como les pertenesce la herencia dellos, o mandar facer entrega de algunos heredamientos o de otra cosa qualquier por alguna razón guisada.»

«Tercera Partida. La tercera manera de pleytos et la menor es toda contienda que fuese sobre cosa que valiese de trescientos maravedis de oro en ayuso...maguer non haya ninguno de aquellos embargos grandes que desuso deximos.»

La legislación castellana, desde el punto de vista de ejercicio del derecho civil, adquirió una claridad e hilación que sorprende. La concepción del derecho por el legislador es de un rigor científico notable; la lógica del idioma y expresión de ideas es absolutamente coherente. La limitación que se encuentra es la derivada de la concepción del derecho público ligado a la estructura del Estado de tipo monárquico autoritario, en que lo que se privilegió es el centralismo en el sistema de ejercicio del poder, resintiéndose de ello las instituciones, no siendo ajena a este hecho la jurisdicción voluntaria, que pasa de ser ejercida por magistrados probos de gran discrecionalidad, a los que el estado romano cedió jurisdicción, y que como *officii* fueron uno de los pilares de la administración del Estado, convirtiéndose en Castilla en simples auxiliares de contratación, carentes de rango y honores y cuyo nombramiento estuvo ligado al señor de turno, perdiéndose la característica de preparación y calidad, que fue precisamente una de las causas de la decadencia del Notariado como institución siglos después.

Tratamiento de la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria en las Siete Partidas

En Las Siete Partidas, encontramos la misma posibilidad de delegar funciones jurisdiccionales del Derecho Romano. Los principios generales romanos pasan a la legislación castellana, pero en la estructura de su ejercicio vemos algún parecido con el período formulario, en cuanto a lo que era considerado normal. Los arbitrajes mediante avenidores están legislados como una forma de delegación común (a diferencia del período justiniano, en que parecería haber perdido parte de su vigencia). De hecho, al estar presente, la fuente era romana mas representa un retroceso, ya que la organización de Roma probablemente más compleja que la castellana, se vio obligada a delegar más facultades que el arbitraje. El imperio mixto de los jueces justinianos es mayor que en los avenidores castellanos.

«Tercera Partida. Ley XIX. Que cosas han de guardar et de facer los jueces delegados que son puestos para oír algún pleyto señala-

do. Delegados tanto quiere decir como jueces que son puestos para oír algunos pleytos señalados por mandado del rey o de los otros jueces ordinarios.»

No se legislaron las delegaciones al estilo romano con atribuciones muy concretas y con mandatos de normas restrictivas. La precisión que existía en la delegación en Roma no la encontramos en el derecho castellano.

«Tercera Partida. Ley XX. Que cosas ha de catar el rey quando las partes le pidieren que les de juez delegado para librar algún pleyto, et que poderio han los delegados...Otro sí decimos que el delegado non se debe trabajar de librar otro pleyto entre ellos sinón aquel que señaladamente le fue encomendado que librase, fueras ende por avenencia de amas las partes; ca entonce bien lo podrie facer.»

Los avenidores de la ley castellana son lo más parecido a los árbitros del Derecho Romano. Mas no olvidemos que en el mismo Derecho Romano la institución del arbitraje fue superada por reglas de juego muy concretas que dieron una mayor delegación al juzgador. La ley distingue otro tipo de jueces como alvedriadores, sin definir claramente la institución. Extrañamos la amplia discrecionalidad del Derecho Romano que delegó con libertad, pero también con responsabilidad.

«Tercera Partida. Ley XXIII. Cuantas maneras son de judgadores de avenencia, et como deben seer puestos. Arbitros en latin tanto quiere decir en romance como jueces avenidores que son escogidos et puestos de las partes para librar la contienda que es entre ellos; et estos son de dos maneras: la una es quando los homes ponen sus pleytos et sus contiendas en manos dellos que los oyan et los libren según derecho...La otra manera de jueces de avenencia es a que llaman en latin arbitratores, que quiere tanto decir como alvedriadores et comunales amigos que son escogidos por placer de amas las partes para avenir et librar las contiendas.»

«Tercera Partida. Ley XXVI. Que es lo que deben facer et guardar los jueces de avenencia quando las partes quisieren meter algún pleyto en su mano...Et por ende decimos que quando algunos meten sus pleytos en mano de avenidores, que aquellos que los reciben mucho se deben trabajar de los avenir judgandolos et librandolos de manera que finquen en paz.»

«Tercera Partida. Ley XXXIV. Porque razones se puede excusar la parte de non pechar la pena maguer non obedeciese mandamiento

de los judgadores de avenencia. Excusada puede seer la parte de non caer en la pena que prometio quando metieron el pleyto en mano de avenidores maguer non obedesciese el juicio o el mandamiento dellos: et esto serie quando non podiese complir su mandado por embargo de grant enfermedad quel acaecio en aquella sazón, o porque habie de ir en servicio del rey o de su concejo, cuyo mandamiento non podrie excusar...Pero si despues que fuese librado de qualquier de los embargos sobre dichos non quisiese complir el mandamiento, caerie entonce en la pena.»

El hecho de dejar constancia de los fallos, aun en los casos de jurisdicción voluntaria, se hacía con la intervención de Escribanos (*Tabelliones*), según señala la versión latina de las Siete Partidas, haciendo referencia directa de su antecedente romano. El Notario pierde la importancia que tuvo en el Derecho Romano, su atribución política como miembro del *officium* y la calidad de magistrado. No existe identidad entre el que juzga o deja constancia de su decisión y el que escribe. Tampoco existe identidad entre los tipos de Escribanos. El Escribano de Consejo tiene funciones propias, que no son las de Secretaría del señor, sino Secretaría de los contratantes.

El Escribano era un funcionario con una situación límite de delegación porque, según el texto de la ley, era el redactor de los actos y contratos de aquellos que en la actualidad denominamos de jurisdicción voluntaria, que requieran para su sanción de la intervención de otro personaje que era el Canciller (Notario en latín), el guardador de los sellos del Señor, pero con injerencia en los casos que debía usarlas o no.

La sola atribución de «criterio» del funcionario, en el caso del Escribano y del Canciller, revelan una cierta autonomía de hecho en sus atribuciones. Había delegación de un poder de redactar documentos, de acuerdo a su criterio y el Canciller tenía la delegación de sellar los documentos con el sello del Señor, pero sin que fuera imprescindible la intervención del Señor.

«Tercera Partida. Ley I. Escribano tanto quiere decir como home que es sabidor de escrebir: et son dos maneras dellos; los unos que escriben los previllejos, et las cartas et las actas en casa del rey, et los otros son los escribanos públicos que escriben las cartas de las vendidas, et de las compras, et los pleytos, et las posturas que los homes ponen entre si, en las cibdades et en las villas.»

En el texto antes citado, el Escribano no sólo interviene dejando constancia de los acuerdos, sino que su intervención también se extiende a la certificación de hechos (et de las posturas), en los cuales se requiere aplicar criterio propio. Es un testimonio de mayor importancia acerca del campo de acción del mismo.

«Tercera Partida. Ley III. Poner Escribanos es cosa que pertenece señaladamente a Emperador o a rey, et esto porque es uno de los ramos del señorío del regno. Ca en ellos es puesta la guarda et la lealtat de las cartas que se facen en la corte del rey, et en las cibdades et en las villas, et son como testigos públicos en los pleytos et en las posturas que los homes facen entre si.»

Se afirma también la facultad de los señores feudales de crear los puestos de Escribanos y Escribanos Públicos en sus señoríos. Las Siete Partidas no establecen criterios de selección; además, la elección no depende del *officium* (como colegio profesional) sino del Señor, que en muchos casos era un buen hombre de armas, pero analfabeto y sin criterio para establecer nombramientos.

Se establecen dos tipos de Escribanos, de los cuales el Escribano Público de consejo era lo más parecido a nuestros actuales Notarios. Lo importante de la ley es que establece el principio de la fe pública en todo el reino para los documentos redactados por los Escribanos.

«Tercera Partida. Ley III. Pero decimos que aquellos que pueden poner judgadores en sus logares, pueden hi poner Escribanos que escriban las cosas que pasaren ante ellos en juicio: mas escribanos públicos de concejo, cuyas cartas deden seer creidas por todo el regno.»

El sello fue el emblema que usó el señor feudal y era la constancia de su voluntad. El origen de los sellos se encontraba en el hecho de que muchos señores con poder no sabían leer ni escribir. Posteriormente tuvo un carácter de ratificación de la voluntad, que le agregaba valor al mandato. Era una especie de atributo formal al que la sociedad le confería valor.

«Tercera Partida. Ley I. Seello es señal que el rey o otro home qualquier manda facer en metal o en piedra para firmar sus cartas con él: et fue fallado antiguamente porque fuese puesto en la carta

como por testigo de las cosas que son escriptas en ella, et tiene pro a muchas cosas; ca por el las donaciones et las tierras et las heredades que los señores dan a sus vasallos, las han firmes et seguras: et otrosi las mandaderias que home envía por sus cartas, son más guardadas et van en mayor poridat por la cerradura del seello.»

Influencia en la normatividad colonial

Como resultado de la política expansionista del imperio romano, la península ibérica, la actual España, se latinizó y participó en la organización política y jurídica del imperio. La organización de las ciudades y los sistemas de gobierno de las mismas se adaptaron a los usos de Roma, y España fue uno de los principales focos de expansión de la civilización occidental latina hacia el mundo. Las invasiones germanas no destruyeron la organización de la población ibérica sino, por el contrario, absorbieron las costumbres, la legislación, la administración de las ciudades y el sistema municipal de gobierno de las mismas. Los germanos aportaron la peculiar organización política de origen vertical, en que acceder al poder, generalmente no era por méritos sino por el hecho de haber nacido dentro de una familia de origen privilegiado y ligada a la tenencia de la tierra.

Siglos después, las peculiares condiciones de esta cultura de un carácter mixto en cuanto a influencias, llevó a uno de sus principales monarcas, Alfonso X, El Sabio, a percibir la necesidad de consolidar su dominio mediante la dación de leyes que permitieran adquirir la unidad política y administrativa que tanto requería la península. En el período al que nos referimos, Castilla estaba en plena guerra de expansión sobre territorios en dominio de los mahometanos y el dominio castellano se había extendido hacia el sur, en detrimento de los reinos moriscos. El rey fijó su residencia y capital en Sevilla, como una forma de castellanizar y cristianizar los territorios recientemente adquiridos; tuvo conciencia de la necesidad de plasmar por escrito normas que unificaran la identidad política y cultural de los territorios conquistados, pero no únicamente referidas al manejo legislativo de la ley civil o la ley procesal, o a alguna otra rama del derecho. La promulgación de «Las Siete Partidas» representa el mayor esfuerzo realizado por hombres de su época para plasmar en un conjunto legal su particular visión del mundo. Se planteó en este cuerpo legislativo una cosmogonía de tipo cristiano, monárquica. Se inicia con el estudio del poder y su relación con la divinidad. El monarca actúa ba-

sado en el poder recibido de Dios, al cual debe rendir cuentas de sus actos. Establece una organización política basada en el Señorío cuyo poder lo detenta mediante propietarios de la tierra que reciben el poder de su soberano a quien deben obediencia en calidad de vasallos. Actúan por delegación como autoridad política y jurídica en sus señoríos, con atributos semejantes al Rey. Tratan también las Partidas de la organización eclesiástica subordinada al poder real. El Rey tiene el derecho de nombrar las jerarquías eclesiásticas y reglamentar su funcionamiento. Acoge las principales instituciones del derecho civil romano las que ya formaban parte de la cultura de la península y tenían una tradición y autoridad moral derivadas de su aplicación constante.

El elemento realmente llamativo de las Partidas reside en el hecho de haber plasmado el ejercicio del poder bajo la concepción castellana, con un elemento de verticalidad en una organización piramidal en cuya cima se encontraba la autoridad del monarca seguido de los grandes señores, que a su vez son seguidos por la pequeña nobleza, y bajo los cuales se encuentran las instituciones civiles, la autoridad municipal y los ciudadanos. Esta organización representaba un retroceso en relación con la creatividad de la organización romana, en que la característica principal era la horizontalidad de la participación ciudadana, en que coexistía una clase privilegiada y una clase popular con acceso por méritos a la clase dirigente. En la misma, se consagraba el principio de que se preferiese al mejor en el desempeño de los cargos, y el principio de delegación con responsabilidad era usual, lo cual era revolucionario para su época, pero que era inconcebible siglos después, cuando España se encontraba en una guerra de reconquista y en que la debilidad del sistema les hizo concebir el centralismo como la mejor forma de enfrentar el conflicto.

También debemos destacar la capacidad de síntesis del legislador castellano. La parte dedicada al derecho civil es de una sistemática que llama la atención por su claridad y manejo de las instituciones. El derecho romano en el cual se inspiró sorprende en contraposición por la lucidez de manejo de la legislación, la profundidad en que se trata los diferentes temas y la vigencia que mantiene aún en nuestros tiempos, mas carece de la sistemática del derecho castellano. El premio al esfuerzo propio, del sistema de gobierno romano fue estímulo para que aquellos con conocimiento legal elaboraran derecho y se plasmase en los precedentes recogidos por Justiniano en el *Corpus Juris Civilis*. Pero la legis-

lación romana no es un código y su redacción no es la usual en la legislación actual. La lógica de la misma es diferente ya que de la lectura de los fallos y disposiciones se puede reconstruir el manejo de una institución.

El derecho castellano dio a las mismas instituciones una lógica más acorde con nuestra mentalidad. El desarrollo de las instituciones es resultado de un seguimiento en que el raciocinio es derivado del tema central. Hay una coherencia en el desarrollo, en que no se requiere abstraer conclusiones ya que la enunciación es expresa. Donde más se perdió mensaje es en la óptica y el ejercicio del poder, que fue concebido en forma distinta por los dos pueblos.

La normatividad castellana se aplicó plenamente en América. Los funcionarios españoles se guiaron por las leyes castellanas. A partir del descubrimiento de América nos encontramos con abundante producción jurídica, parte de la cual es conocida en la actualidad como Leyes de Indias. Del análisis de las disposiciones que se aplicaron en América a raíz de la conquista, vemos reglamentar la vida económica de los americanos y los derechos de la corona. Hay una amplia documentación referida a la defensa de los pobladores aborígenes, mas no se encuentra ninguna reglamentación referente a alguna variación en la legislación española en materia de jurisdicción, con la sutileza que a partir del descubrimiento de América, algunas instituciones jurídicas españolas se adaptan a las peculiares condiciones de gobierno y administración derivadas de la necesidad de controlar un vasto imperio colonial, donde las distancias y la falta de vías de comunicación apropiadas impedían una comunicación constante con la metrópoli. Donde sí hay diferencias sustanciales es en la organización política de las colonias, lo cual indirectamente influyó en la jurisdicción y condicionó la gran confusión entre los distintos tipos de jurisdicciones que apreciamos en la época de la república. Recién con la llegada de los Borbones al poder, en el reinado de Felipe V, encontramos una norma definitiva:

«La legislación de Castilla es supletoria de la indiana en los casos que ésta no determine. El despacho de 4 de abril de 1744 corrobora este principio general.»²⁹

29 MURO OREJON, Antonio. *Cedulario Americano del Siglo XVIII*. Sevilla:

La legislación de Castilla se aplicó supletoriamente en todos los dominios americanos de la colonia. En materia de jurisdicción no se estableció ninguna reglamentación adicional hasta la república, y en materia de jurisdicción voluntaria es recién en este siglo que se da la primera Ley del Notariado.

La institución tutelar por esencia es la Real Audiencia, que tiene su origen en la facultad de los Reyes de Castilla de conceder un espacio al pueblo para conocer sus necesidades y administrar justicia. No olvidemos que, de acuerdo a las Partidas, el Rey de España gobernaba, administraba justicia, nombraba Jueces y Escribanos según fuera necesario para los casos de jurisdicción contenciosa y voluntaria, y que estas facultades eran delegadas en los grandes señores en sus respectivos señoríos. Esta facultad de conceder audiencias se reglamenta de acuerdo a las Ordenanzas de Toro durante el reinado del Rey Enrique II de Castilla, en el año de 1371, quien tomando conciencia de la necesidad de delegar la administración de justicia en personas debidamente capacitadas, decide nombrar a siete Oidores, buscados entre Obispos y Letrados, a fin de administrar justicia en nombre del Monarca.

La primera referencia a la aplicación de las instituciones españolas en América la encontramos en el libro II, Título XV, de la «Recopilación de Leyes de los Reynos de la Indias», en que se estatuye las Audiencias y Cancillerías Reales:

«Para que nuestros vasallos tengan quien los rija y gobierne en paz y en justicia.»³⁰

Las Audiencias se establecieron con las mismas facultades de la metrópoli y se invistió a sus miembros de toda la autoridad explícita destinada a ejercer el poderío real, en representación del soberano. El hecho de la distancia llevó a la Monarquía a racionalizar que las audiencias americanas debían tener características especiales, por lo que:

Publicaciones de la Escuela de Estudios Hispanoamericanos de Sevilla, 1977. Pág. XVIII.

30 RUIZ GUIÑAZU, Enrique. *La Magistratura Indiana*. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1916. Pág. 15.

«Con tan altanera jerarquía, con idénticos títulos, pero con mayor jurisdicción aún, se ordenó por el Emperador don Carlos a 14 de setiembre de 1526, residiera la primera audiencia americana de Santo Domingo.»³¹

Estas audiencias se fueron multiplicando en América, conforme se iba visualizando la necesidad de su existencia, y todas tuvieron en su inicio las facultades propias de la *Chancillerías*, es decir las depositarias del Sello Real que ratificaba la voluntad del monarca respecto de los más variados asuntos, ya sea de gobierno o de administración de justicia. Recordemos al respecto que, en su inicio, la figura que ejercía en Castilla los actos de jurisdicción voluntaria era la del Escribano Público cuyos actos debían llevar la ratificación mediante sello que imprimía el *Chancellor*. Ambas figuras, el Escribano y el *Chancellor*, se han unido para dar origen a nuestros actuales Notarios.

Estas audiencias eran superiores en atribuciones a las de la península, ya que tuvieron especiales atribuciones en actos de gobierno y conocieron, en segunda o tercera instancia, los casos de juzgamiento ante los jueces. La comunicación de las audiencias con el Rey o el Consejo de Indias en España era directa y ejercieron el gobierno directo del Virreinato en caso de acefalía. Se conocen precedentes como la Real Cédula de 1552, a la Audiencia de México, que dice textualmente:

«Por la gran distancia de esas provincias y por relevar a las partes de fatigas y costas tenemos por bien que en esa audiencia se puede conocer de ello. Y si visto en la audiencia, pareciere ser justo lo que el dicho Virrey hubiese proveído, darse ha, sobre carta de ello.»³²

Con este precedente se suplantaba la acción del Consejo Supremo de Indias por la acción de las Audiencias, dándoles a las mismas un poder extraordinario del que carecían las españolas. Su facultad política-administrativa era enorme, ya que por Real Cédula dada en Valladolid el 13 de febrero de 1559, se les dio atribuciones para usos menores como el derecho de fijar aranceles de Notarios, Ministros y Oficiales de Tribuna-

31 *Ibíd.*, Pág. 16.

32 *Ibíd.*, Pág. 19.

les Eclesiásticos y, en general, toda contribución de la iglesia. Los miembros de las Audiencias no ejercían exclusivamente la labor de juzgamiento sino que tenían multiplicidad de funciones, las cuales no correspondían originalmente en España a los Oidores. Eran parte integrante del juzgado de la Santa Cruzada, del Juzgado de bienes de difuntos, debían visitar la tierra, inspeccionar la armada, entre otros. Cuando se trataba del patrimonio real, intervenían en forma de junta con los Virreyes, Oficiales reales y Contadores, bajo la denominación de «Acuerdo general de Hacienda».

El Virrey en ningún caso, aunque dijese que procedía a título de gobierno, podía negar el recurso libre de apelación a la audiencia ni mezclarse en asuntos de administración de justicia. Si revisamos la legislación indiana, encontramos la importancia excepcional de las audiencias, que tenían la facultad de imperio y de jurisdicción en el más alto grado. Constituyeron un balance a la situación de poder político del Virrey. Este actuó como delegado del monarca en asuntos políticos, «la Audiencia en contraposición era el Monarca mismo», que intervenía discrecionalmente cuando veía actitudes que estimaba contrarias a la corona. Como ejemplo, podemos citar el enfrentamiento del Virrey Blasco Nuñez de Vela con la Audiencia de Lima, que terminó con la derrota del Virrey y su regreso a España, o el caso de la Audiencia de Charcas, que intervino levantando un ejército y luchando contra los portugueses en 1765 cuando éstos avanzaban sobre territorios americanos de la Corona española. El Virrey era el Presidente de la Real Audiencia de Lima, las demás Audiencias de América del Sur fueron subordinadas al Virrey en Lima. El mismo rol tuvo la Real Audiencia de México para las colonias del Norte y Centro América.

La calidad de la Audiencia como institución no dejó de tener errores en cuanto a su ejercicio y es interesante citar unas cartas de los licenciados Monzón y Lope García de Castro; este último, en su carácter de Presidente, que escribía al Concejo Supremo el 8 de enero de 1565, diciéndoles que:

«...las Audiencias eran “muy amigas de probeer officios” y cita de paso varias mercedes en favor de parientes de los Oidores.»³³

Es claro que existía una tradición derivada de la unión del poder político con los tribunales de justicia. Esta no sólo fue una situación concreta de los países americanos pero se dio con mayor énfasis en ellos, y explica por qué el nombramiento de notarios y jueces evoluciona de la época romana y castellana, en que el nombramiento de los mismos correspondía a la autoridad política, a ser nombrados por el Poder Judicial. El hecho de que el Poder Político y el Poder Judicial en el caso de las Audiencias se identificaran en cuanto a ejercicio por la misma entidad, contribuyó a la confusión que llega a nuestros días acerca de la ausencia de una diferenciación entre los encargados de la aplicación de los actos de jurisdicción contenciosa y de los actos de jurisdicción voluntaria, ya que en la época de ejercicio por las audiencias americanas, muchos de aquellos actos de una u otra jurisdicción dependieron de las audiencias.

En los primeros tiempos de la república nos encontramos con un panorama de desconcierto general sobre lo que se tenía que hacer. Aproximarnos a la forma de ejercicio del Imperio y de la jurisdicción en este período, nos lleva a tratar de reconstruir todo un proceso de tránsito de una época de subordinación a una autoridad externa que ejercía el Imperio, como era el Rey, pero era un Imperio lejano. Sus manifestaciones se dieron mediante la delegación, pero no al estilo romano en que hay una disposición expresa que establece que las autoridades en provincias deberían hacer aquello que fuera necesario, y no lo que se hizo en Roma. Esta discrecionalidad tan propia de la organización romana y que tantos ejemplos de creatividad nos ha legado, no se daba con reglas tan claras en el imperio español. Los romanos en su actuar fueron fieles a una filosofía política de delegación que era estimulada y premiada. En España, en contraposición, eran fieles a una filosofía política ligada directamente a la persona de un Rey con nombre y criterios propios de gobierno, más rígidos y cambiantes que la institucionalidad de los romanos. El margen de actuación y la discrecionalidad fue más estrecho. La delegación funcionó con riendas cortas. Había que dar explicaciones al Rey sobre sus actos y sobre los principios en que se basaron para actuar. En caso de desacuerdo la sanción era inmediata y muchas veces dependía del estado de ánimo del Monarca.

La jurisdicción estuvo de hecho en manos del Virrey y de las Audiencias y de las personas que formaban parte de la administración.

Pero, al llegar la República, el panorama se oscurece. La pregunta surge automáticamente: ¿quién ejerció el imperio y quién la jurisdicción? Durante la gesta libertadora definitivamente los jefes de gobierno fueron los jefes de los ejércitos libertadores. Ellos ejercieron el imperio y la jurisdicción que consideraron necesarios. La institucionalidad de las instituciones españolas debe haber sufrido una parálisis temporal. Luego éstas deben haber seguido funcionando porque la vida seguía su curso; y en la medida que no interfirieran con la nueva organización, las entidades probaron su vigencia. La legislación del período es creación exclusiva de San Martín y Bolívar. La experiencia adquirida en sus países de origen debe haberles servido para saber qué se debía hacer y cómo funcionó en otros lados. La participación del pueblo en la elaboración de la nueva constitución es histórica pero, como veremos más adelante por la historia de la codificación, el papel de los jefes de gobierno fue determinante e hicieron discrecionalmente todo lo que estimaron conveniente para dotar al país de una legislación. En otras palabras, ejercieron el imperio y la jurisdicción en el más alto grado que podamos concebir, y la parte de jurisdicción que fue delegada debe haber sido dirigida mayormente a la resolución de asuntos patrimoniales. La oscuridad de este período, como todos los de cambio, debe haber contribuido a la pérdida de la concepción institucional y fueron muchos años, los suficientes como para que una generación de pensadores perdiera la esencia del carácter de algunas instituciones, cuya visión, por el paso del tiempo, debe haber sufrido distorsiones. El legislador se encontró con la tarea de construir una organización política, crear una legislación acorde con ella y un sistema legislativo coherente con la nueva situación. La filosofía que inspiraba la reforma no traía aparejada la legislación ni el modelo a seguir. La revolución francesa traía el mensaje inspirador y el ejemplo de síntesis de la codificación. La Constitución de los Estados Unidos fue el documento que puso por escrito los principios libertarios y que sirvió de modelo para las Constituciones latinoamericanas. A raíz de esto, la legislación española y la castellana de las Partidas que tenían plena vigencia aparentaban legislar sobre temas que habían perdido valor. El ejercicio del poder era democrático frente a la concepción monárquica de las Partidas. El ideal libertario menospreciaba el poder de la iglesia que estuvo unida al poder español y enfatizó su divorcio del poder político, en consecuencia, minimizó su participación en la legislación. La legislación civil tenía plena vigencia pero estaba asociada al trato colonial y al mensaje del antiguo régimen, lo que conllevó una búsqueda del trato de las mismas insti-

tuciones en otras legislaciones. La síntesis del Código Civil y el de Enjuiciamientos francés fue preferida como modelo, lo que causó la improvisación del sistema legal adecuado a la nueva forma de gobierno democrático. Existía una organización basada en la aplicación de las leyes castellanas, que no tenían relación con el espíritu imperante en el nuevo gobierno. Era claro que el papel de los legisladores era el de crear un nuevo orden social, acorde con las ideas libertarias. Se creó una organización basada en el equilibrio y división de poderes del estado, de las cuales existían como únicas fuentes, la Constitución americana, los escritos de los filósofos y enciclopedistas franceses y, en materia de derecho civil, la legislación francesa.

Un fenómeno que no podemos dejar de observar es el hecho de que el Perú estuvo a la zaga de otros países latinoamericanos en cuanto a legislación, explicable por el hecho de ser el país con mayor concentración de fuerzas españolas y, por tanto, fue la última nación de América del Sur en independizarse. Esto motivó un atraso en cuanto a la concepción de la nueva legislación e inevitablemente recibió influencias de otros países latinoamericanos más avanzados.

El Estatuto de San Martín intenta crear las bases de un sistema de gobierno basado en principios democráticos, pero lo escueto del mismo impidió que se pudiera cubrir la amplia gama de necesidades legislativas que correspondían a la organización de un nuevo país independiente. De hecho, se aplicó la legislación española y, en materia de jurisdicción contenciosa y voluntaria, no se delegó la facultad de nombramiento de Jueces y Escribanos al Poder Judicial, pero se le delegó la facultad absoluta del control de las funciones de los mismos, homologándose la condición de Escribano de juzgado con la de Escribano público, que eran los titulares de la jurisdicción voluntaria y que son los antecedentes de nuestros actuales Notarios. Las únicas normas que hemos podido detectar de este período referente a la condición de Escribanos es la ley de 27 de agosto de 1821 referente al vestuario de los Vocales y Escribanos, para distinguirlos de los antiguos miembros de las Audiencias; más interesante es la ley de 12 de enero de 1825, que establece la obligación de tratar con dignidad a los Escribanos como depositarios de la fe pública, criticando de esta forma al gobierno español que menospreciaba dicha actividad; el 7 de marzo de 1825 se establece que los oficios de Escribanos y Procuradores no son heredables; la ordenanza de 19 de julio de 1831 se refiere al

nombramiento de Escribanos por el Poder Ejecutivo, el arancel que ellos deberían emplear se promulgó por ley del 7 de marzo de 1835 y se promulgaron también varias leyes sobre pesquisas en los oficios de los escribanos por miembros del Poder Judicial.

La legislación en general está marcada por la influencia del gobernante de turno, siendo interesante resaltar las fuentes que dejaron huella en el espíritu de nuestra legislación y, por consiguiente, en la concepción del derecho. Como ejemplo tenemos la adopción de la legislación boliviana, de claro espíritu francés, por el Perú durante el predominio de la Confederación Perú-Boliviana presidida por don Andrés de Santa Cruz. Este, educado en Francia y Gran Oficial de la Legión de Honor de ese país, creó para los casos boliviano y peruano, cargos semejantes a los franceses como la Legión de Honor de Bolivia y la Legión Nacional del Perú. Durante la vigencia de la Confederación se promulgaron varios códigos, cuyos artículos iniciales son una verdadera muestra de lo que estaba ocurriendo en materia de legislación. Con este ánimo, se dio un nuevo código penal el 28 de octubre de 1833 para el estado Sur Peruano, que dice en forma mesiánica en el primer considerando:

«Que la regeneración del orden civil del estado no puede llevarse a efecto, sin una legislación acomodada a sus necesidades, y que no lo es la que hoy rige, por la incoherencia de sus disposiciones, por la diferencia de las épocas y gobiernos en que se sancionaron, y por lo voluminoso de las colecciones en que se encierran. Que es universal el clamor por los agravios y retardos que sufren los intereses privados, sometidos a una legislación tan imperfecta, y el deseo de su completa e ilustrada mejora.»³⁴

Con la misma tendencia se promulgaron el nuevo Código Civil y el de Procedimientos Judiciales, ambos por ley de 22 de mayo de 1836, cuyos considerandos son semejantes a las leyes anteriores:

«Que el estado Sud Peruano no está ni puede estar convenientemente regido por las leyes españolas, esparcidas en diferentes volúmenes, contradichas por la práctica de los tribunales, y confundidas por la glosa de los comentadores.»³⁵

34 *Revista de Legislación Peruana*. Lima: Imprenta Justo Masías, 1836. Pág. 91.

35 *Ibíd.*, Pág. 92.

El 28 de octubre de 1836 se promulgó en los mismos términos el Código de Procedimientos del Estado Nor Peruano; el 1 de noviembre de 1836 siguió el Código Civil del Estado Nor Peruano, los cuales rigieron hasta el 31 de julio de 1838, en cuyos considerandos aparecen las mismas disposiciones generales antes citadas. Al ser derrotado el Mariscal Andrés de Santa Cruz y anulada la Confederación Perú Boliviana, estos cuerpos legislativos se derogaron por ley de 31 de julio de 1838, dictada durante el gobierno del Presidente Luis José de Orbegoso que estableció:

«Art. 2. Se restablece en consecuencia la observancia de la legislación preexistente a los Códigos, y los tribunales y juzgados se arreglarán a ella en lo sucesivo, mientras que la Representación Nacional delibere otra cosa.»³⁶

Restablecida la legislación española, se aplicó hasta el 29 de diciembre de 1851 en que se promulgó el Código de Enjuiciamientos, y en materia civil hasta 1852, en que se promulgó el Código Civil.

Es interesante destacar que la codificación de la Confederación Perú Boliviana fue derogada por haber sido la Confederación basada en el predominio de Bolivia, no por el hecho de que la legislación fuera objetable en cuanto a planteamientos teóricos. Se derogó la misma por ser políticamente odiosa para el grueso de los peruanos, y en su lugar se nombró la comisión codificadora pertinente, conformada por peruanos.

En los considerandos de la Exposición de Motivos de la Comisión Codificadora se expresa:

«Cerciorada la Comisión de que en la legislación Romana adoptada de la de Grecia, y de la de otros pueblos más antiguos y en alto grado civilizados, existen los principios de la justicia eterna, benéficos y protectores de los derechos de los hombres, los ha conservado, y aún no ha variado la nomenclatura de la legislación. Han tenido los miembros que componen la Comisión el cuidado de arreglarlos a los principios establecidos en los Códigos españoles.»³⁷

36 *Ibíd.*, Pág. 97.

37 *El Peruano*, 16 de Mayo de 1846. Pág. 3.

Causan sorpresa las omisiones acerca de las fuentes de la legislación. Los principios de la justicia eterna, benéficos y protectores de los derechos de los hombres, son los promovidos por los filósofos y enciclopedistas franceses en reemplazo de los valores cristianos del derecho castellano. El legislador no pudo ser más explícito para no herir las susceptibilidades de los pobladores del Perú de mayoría católica. De esta pugna, mostramos como ejemplo el trato a la jurisdicción y en especial a la jurisdicción voluntaria que, ante la pérdida de su *status* jurídico, por estar legislada en las Partidas en la parte referente a la definición del poder y que fue materia de derogación, ha perdido su vigencia histórica, perjudicando así a los usuarios e indirectamente al sistema de aplicación de justicia. A raíz de esta situación observamos:

- a) La codificación y el hecho de establecer en un solo cuerpo de leyes las disposiciones legales más importantes de un país, es una iniciativa tomada de la legislación francesa, que motivó como modelo a los legisladores posteriores.
- b) Los principios humanitarios y la concepción del ser humano en términos de igualdad de derechos son franceses.
- c) La legislación española de las Partidas legisla la representación del Rey en la tierra como un derecho divino, del cual éste debe rendir cuentas a Dios, concepción que desaparece en la legislación republicana.
- d) La segunda partida legisla acerca de las jerarquías eclesiásticas y los bienes de la iglesia, resolviendo el legislador peruano omitir toda referencia a lo divino y bajar el mensaje legal a un mensaje humanista, por el que proteger los principios de libertad, igualdad y fraternidad es el valor supremo.
- e) La libertad que se tomó el legislador para eliminar todo aquello que no consideraba prioritario lo llevaron a suprimir con la misma libertad la sistemática romanista de algunas instituciones, como la jurisdicción voluntaria, y despierta inquietud acerca del destino de otras instituciones que no son materia de este trabajo.

El Código de Enjuiciamientos de 29 de diciembre de 1851 eliminó, a pesar de mencionar expresamente lo contrario, toda referencia al marco jurídico romano respecto a la jurisdicción en general y a la jurisdicción voluntaria en especial y lo incluyó como parte del capítulo dedicado a la prueba documental en juicio, en los artículos 735 al 788. En estos artícu-

los legisló fuera de contexto la forma de llevar los archivos notariales y los principios de fe pública de los documentos otorgados ante Escribanos del Estado.

La jurisdicción voluntaria perdió así no sólo su marco teórico, sino su independencia como institución, de ese modo quedó subordinada al Poder Judicial, con el exclusivo rol de dejar constancia de la formalización de contratos y hechos con valor probatorio en juicios y fuera de ellos, sin discrecionalidad alguna.

Este Código rigió hasta 1911 en que se promulgaron una Ley Orgánica del Poder Judicial y una Ley del Notariado, y se creó un nuevo Código de Procedimientos Civiles. En esta nueva legislación se ha dejado huella en mayor medida de las fuentes, lo que no ocurrió con el Código de Enjuiciamientos.

Así, tenemos la siguiente referencia que aparece en dictamen dispositivo, documentos parlamentarios respecto al Código de Procedimientos Civiles :

«Erigida nuestra legislación actual, en materia de procedimientos, sobre las bases y con los elementos de la metrópoli, que tenía para nosotros la consagración de los siglos que duró el régimen de la colonia.»³⁸

Los procedimientos no contenciosos que históricamente se habían realizado ante Notarios y que en el Código de Enjuiciamientos Civiles se incluyeron como parte de las atribuciones del Poder Judicial, por no contemplar la legislación otras formas de jurisdicción que la del poder antes citado, se incluyeron en el nuevo Código como atribuciones del mismo a pesar de que la exposición de motivos en la sección tercera dejó constancia de lo siguiente:

«El proyecto dedica su última sección a todos los actos declarativos de un derecho no contradicho inmediatamente y que

38 DE LA LAMA, Miguel. *Código de Procedimientos Civiles*. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1912. Pág. 5.

tiene lugar ante la autoridad judicial. La intervención de ésta determina la diferencia entre estos actos y los puramente administrativos, y la carencia de contención los separa de lo controvertible. En los procedimientos de que se ocupa esta sección, no se trata de resolver cuestiones jurídicas sobre derechos objetados, ni de hacer efectivas obligaciones contradichas: se solemniza un acto por voluntad espontánea de los interesados únicamente.»³⁹

El legislador de 1911 no se engañaba acerca de la naturaleza de los procesos no contenciosos. A diferencia del Código de Enjuiciamientos anterior, que no tenía una sección exclusiva sobre esta materia y que trataba sobre los procedimientos no contenciosos en forma diseminada y en diferentes títulos, los agrupó según su naturaleza en un solo título y en la exposición de motivos dejó constancia de que la falta de controversia los separa de lo controvertible, profundizó inclusive en su naturaleza al afirmar que el hecho de que dichos procedimientos se realizaran ante el Poder Judicial determinaba la diferencia entre estos actos y los puramente administrativos. En otras palabras, lo que calificaba la naturaleza de los mismos era la vía de su realización. Sin embargo, no se estableció otra alternativa. El problema era que el legislador tuvo como bagaje cultural la aplicación por la vía del Poder Judicial exclusivamente. Prueba de ello es que al referirse a los Notarios para justificar su exclusión del Código de Procedimientos Civiles, dice:

«17, Escrituras Públicas.- La reglamentación de su otorgamiento, testimonios, etc. está fuera de lugar en el Código, y aún en la Ley Orgánica del Poder Judicial; y en tal concepto se ha formulado por separado un proyecto de ley del Notariado.»⁴⁰

La jurisdicción voluntaria y su contrapartida, la jurisdicción contenciosa, son de calificación romana. La tradición francesa, al hablar de jurisdicción se refiere a la teoría del Enjuiciamiento. El codificador deliberadamente no quiso tocar el tema:

«Jurisdicción en general.- No son de orden procesal, las declaraciones relativas a la jurisdicción en general: Su lugar se encuentra en los tratados de la Teoría del Enjuiciamiento.»⁴¹

39 Ibid., Pág. 22.

40 Ibid., Pág. 64.

41 Ibid., Pág. 55.

Para mayor ilustración sobre el problema de la jurisdicción voluntaria y los Notarios como principales formalizadores de los actos y contratos, cabe mencionar que en las referencias históricas del Código de Procedimientos Civiles, el único tratadista citado, como autor de la doctrina inspiradora del nuevo código, es Pothier, que dice:

«Un Código de Enjuiciamientos, ley procesal o formal, es como dice Pothier: la forma en que debe intentarse las demandas ante la justicia, defender, intervenir, instruir, juzgar, apelar de las sentencias y ejecutarlas.»⁴²

Revisando la obra de este eminente autor francés, encontramos que en su Tratado de Derecho de Obligaciones trata de todo lo que se refiere al campo notarial en el libro de Obligaciones, en el Capítulo Primero, respecto a la Prueba Literal, fuera de contexto y sin relación con la jurisdicción, pero en un contexto adecuado dentro de la peculiar tradición de la legislación francesa. Similar trato de la institución se encuentra en el Código de Enjuiciamientos del Perú de 1851.

La experiencia francesa: Ruptura

El derecho francés fue tradicionalmente un derecho consuetudinario. La legislación romana tuvo una difusión muy amplia en el sur de Francia, donde se aplicó de hecho. La monarquía francesa se opuso sistemáticamente a la dación de un cuerpo legislativo del tipo de Las Siete Partidas de Castilla, por temer que la definición de la monarquía y de los atributos de la misma podían representar en la práctica una limitación para los poderes reales. A esto se sumaba la rivalidad del Rey de Francia con el Emperador del Sacro Imperio Romano Germano que se atribuía el rol de heredero del Imperio Romano, y ante la eventual adopción del derecho romano podría convertirse en superior en rango con pretensiones sobre Francia.

En el plano científico, el renacimiento del derecho romano tuvo aún mayor efecto: todos los juristas estudiaron las reglas del derecho romano con las cuales se familiarizaron muy pronto. El entusiasmo por el

42 Ibid., Pág. 50.

derecho romano fue tal que el Rey de Francia debió preocuparse por ello. Por lo demás, su intervención no estuvo dictada por el deseo de orientar a los estudiantes hacia otra disciplina, sino por el peligro que la introducción del derecho romano representaba para la soberanía francesa.

«La codificación justiniana contenía textos que definían el poder del Emperador, del que pretendían ser herederos los Emperadores del Sacro Imperio. Admitir que el derecho romano se imponía como tal, a los súbditos del rey de Francia, era reconocer el señorío de un vecino emprendedor. Así, el Rey de Francia sostenía siempre que los países del mediodía no habían recurrido al derecho romano más que por apreciarlo mucho y a título de costumbre, pero no como impuesto a ellos. En 1219, Felipe Augusto obtuvo, del Papa Honorio III, la Bula *Super Specullam*, que prohibía la enseñanza del derecho romano en la Universidad de París. Pero esa interdicción no fue respetada mucho tiempo, y la influencia científica del derecho romano había de marcar duraderamente a los juristas franceses, sea cual sea la costumbre a que pertenecieran.»⁴³

Sin embargo, las leyes romanas sobre diversos temas entraron en el mundo de la juridicidad francesa y se incorporaron como costumbre. Los precedentes y algunas instituciones romanas fueron aplicadas, sobre todo en materia de derecho civil. La jurisdicción voluntaria se dio a través de los Notarios, a los que la doctrina francesa, al incorporarlos por la costumbre, asume como suyos y de creación francesa. Esta experiencia histórica, vivida en forma anecdótica, marca el gran cambio en el derecho porque muchas instituciones se incorporan en la legislación francesa, sin la sistemática y lógica propia del derecho romano, formando parte de la legislación como instituciones sin raíces y sin pertenencia a un sistema especial, salvo al derecho francés. Resulta sorprendente encontrar en doctrina francesa la referencia al Notariado como una institución típicamente francesa, alejada de su origen romano. La jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria se desarticulan como un sistema interrelacionado y con un sentido de colaboración precisamente en Francia, de esa manera sirvió de modelo a otras legislaciones que, pretextando adquirir lo más avanzado en legislación, lo obtuvieron mediante la codificación que fue

43 MAZEAUD, Henry, Leon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959-1965. Tomo I, Pág. 60.

el avance más importante de su época, creando un marco jurídico de estabilidad. Con los años, vemos que el precio de este avance fue la fragmentación de la legislación que discriminó el sistema de jurisdicción. Los cambios sociales propios del período revolucionario desestabilizaron el sistema. Desapareció como clase social privilegiada la nobleza, cuyos miembros fueron en gran parte eliminados. Desaparecieron también el derecho de primogenitura y los mayorazgos. El poder basado en la tenencia de la tierra quedó abolido al quedar repartidas entre la población las tierras de la Corona, la nobleza y la iglesia, creándose un nuevo círculo de poder rural. El nuevo grupo de poder pugnó por alcanzar situaciones de privilegio. Los parlamentos se enfrentaron con los otros poderes del Estado y el ánimo polémico de los parlamentarios, unido al individualismo, llevaron a Francia al caos. La imposibilidad de encontrar un marco jurídico dentro del cual se definieran las instituciones, cuyo fundamento se encontraba en costumbres materia de cuestionamiento, motivó al primer Cónsul Napoleón a concebir la necesidad de la promulgación de un Código, que concibió como temporal, con una vigencia de máximo treinta años, para que se convalidaran las instituciones y se produjera la dación de un nuevo código. A pesar del mensaje de su inspirador, el Code Napoleon está vigente aún en nuestro tiempo. La legislación del siglo XIX está directamente relacionada con el Código Napoleónico. Se creó un vacío, que en Francia tenía un fundamento histórico propio. Las legislaciones de otros países de occidente tomaron como ejemplo la legislación francesa que, por permitir la creación de la democracia, creó la falsa expectativa de representar el principio más elevado de pensamiento jurídico. El Código, el primero de su época, fue imitado y reproducido sin tomar en consideración que el espíritu no necesariamente estaba en relación con el medio en el cual la legislación iba a ser aplicada. La ley francesa tuvo lagunas que se explican porque el Código Civil fue concebido y promulgado en sólo cuatro meses. Esa precipitación respondió a una particular situación de la vida de Francia como nación. Posteriormente se dio un Código de Procedimientos Civiles y, años después, una ley del Notariado que fue la más avanzada de su época, pero que respondió a un proceso histórico que produjo muchas leyes que pretendían llenar un vacío de legislación y que, por las peculiares circunstancias históricas de Francia, no pudieron constituir una legislación orgánica. Sin embargo, muchos países, entre ellos España y el Perú, imitaron la legislación francesa con sus vacíos y deficiencias, lo que impidió asimilar orgánicamente instituciones como la del notariado.

La oposición de los distintos grupos de poder dificultó que el Código fuera promulgado con anterioridad y fue necesaria la presencia de un hombre como Napoleón para llevar a buen fin el proyecto.

«Para comprender la historia de la redacción del Código Civil de 1804, resulta necesario conocer la organización legislativa del Consulado.

Las leyes eran preparadas por el Consejo de Estado, primeramente por su sección legislativa, y luego en Asamblea General. El proyecto era transmitido al primer Cónsul. Si este lo aprobaba, (sólo tenía la iniciativa de las leyes), lo transmitía al Tribunado, donde era defendido por tres Consejeros de Estado...El proyecto era sometido finalmente al Cuerpo Legislativo, compuesto por 300 miembros...El proyecto fue presentado y faltaba que fuera votado. Bonaparte tropezó en seguida con la hostilidad del Tribunado; éste contaba entre sus miembros con antiguos revolucionarios, que soñaban con un Código filosófico. A solicitud del Tribunado, el cuerpo legislativo rechazó el primer título. Bonaparte retiró entonces el conjunto del proyecto. Para vencer la oposición, redujo a la mitad el número de los tribunos y dividió al Tribunado en secciones, una de ellas de legislación, que pudo cubrir con partidarios del proyecto. Tuvo igualmente la idea de solicitar el parecer del Tribunado por una comunicación oficiosa, antes de someterle oficialmente el texto; el Tribunado podía entonces presentar sus críticas, cuya oportunidad era discutida ante el Consejo de Estado. Gracias a la depuración del Tribunado y al sistema de la comunicación oficiosa, el trabajo legislativo fue facilitado y considerablemente acelerado. Los 36 títulos del Código...fueron promulgados entre marzo de 1803 y marzo de 1804.»⁴⁴

Los parlamentos en el medioevo son los grandes rivales, como grupo de poder, de la monarquía. La frecuente intromisión de los parlamentos en decisiones de gobierno creó la atmósfera especial que llevó a la discriminación de las facultades de los poderes del estado. La sustitución de los monarcas por las autoridades de la revolución no cambió esta situación. El enfrentamiento entre los parlamentos caóticos y el intento de la autoridad de organizar un gobierno explican el siguiente párrafo:

«Los revolucionarios, temerosos de los excesos de los antiguos parlamentos, e imbuidos de las teorías de Montesquieu, admitieron el

44 Ibid., Págs. 67 y 68.

principio de la separación de poderes, en virtud del cual el poder judicial no puede inmiscuirse ni en el orden legislativo ni en el orden administrativo.»⁴⁵

Esto significó la creación de una variedad de jurisdicciones separadas de la judicial, que subsisten hasta nuestros días. El principio de la separación de poderes debía llevar a disminuir más aún los poderes del Juez y del poder judicial frente al ejecutivo.

«Los revolucionarios habían prohibido a los jueces inmiscuirse en la administración y resolver cualquier controversia en que la misma estuviera en juego.»⁴⁶

La pugna legislativa entre el poder ejecutivo y el legislativo sacrificó al poder judicial, que no participó en la discusión. La defensa de los fueros respectivos llevó a la Francia post-revolucionaria a la creación de dos jurisdicciones paralelas, inclusive en la fase contenciosa. Así, hay una jurisdicción administrativa y una jurisdicción judicial cuyos fallos son autónomos y no sujetos a revisión por el poder judicial. Esta anómala situación se prolonga hasta nuestros días y ha sido parcialmente copiada por muchas legislaciones. Quedaron plasmadas instituciones jurídicas que representaron un avance sustancial en la concepción del ser humano como el principio de igualdad ante la ley, o como, al eliminarse los mayorazgos y permitirse la adopción quedó sin efecto la prohibición de que los patrimonios no fueran heredados sino dentro de los miembros de la misma familia; así mismo desapareció la unidad de patrimonios o derecho de primogenitura al poder ser heredados por varios hermanos, entre otras. Esto creó un ambiente de inquietud en la determinación de lo correcto y ajustado a ley. La pérdida de la costumbre tradicional ante estos cambios y como hasta entonces fue la única fuente del derecho, hizo necesaria la búsqueda de una estabilidad, que arrasó con muchas de las figuras jurídicas que tuvieron siglos de historia y de vigencia. El absurdo es que a pesar de no haber tenido una legislación coherente y consistente, la jurisdicción voluntaria, se siguió aplicando a través del Notariado y el Poder Judicial.

45 *Ibíd.*, Pág. 176.

46 *Ibídem.*

«Imbuidos en las teorías expuestas por Montesquieu, los revolucionarios consideraban como un dogma la división de las actividades del estado; es el principio de separación de poderes, en virtud del cual no debe producirse ninguna confusión entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Más bien que conducir a una estricta distribución de las actividades, el principio de la separación de poderes iba a ser dirigido, por completo, contra el poder judicial. La monarquía había experimentado grandes dificultades ante las usurpaciones de los parlamentos, que pretendían erigirse en legisladores y en administradores por medio de sus sentencias de reglamento y con el uso del derecho de amonestación...Aleccionados de tal peligro, los revolucionarios iban a reducir, exageradamente, en nombre del principio de la separación de poderes, los del juez.»⁴⁷

El sinnúmero de conflictos de competencia han obligado al legislador francés a crear el Tribunal de Conflictos.

«La dualidad de las jurisdicciones judiciales y administrativas procede de la misma idea. El juez del orden judicial no puede, en principio, conocer de un asunto en el que sea parte la administración. Por otro lado, existen numerosas excepciones que tornan muy delicadas las cuestiones de competencia. A fin de obligar a los tribunales del orden judicial a respetar la separación de poderes, ha sido instituida una jurisdicción especial, el Tribunal de los Conflictos.»⁴⁸

Esta dualidad de jurisdicciones ha llevado a que se legisle sobre diversos temas divorciando la unidad que tuvieron en el pasado, tal como ocurrió con la legislación notarial que en Francia se legisló con posterioridad, sin relación alguna con el poder judicial con el que participó históricamente de un origen común. La cronología en la promulgación de muchas leyes indica cómo la legislación post-revolucionaria se dio en Francia como un intento de llenar vacíos sin responder a una concepción orgánica.

«Por esas razones históricas el rasgo característico del sistema jurisdiccional francés es la dualidad de jurisdicciones: el conocimiento de las controversias entre los particulares pertenece a los tribuna-

47 Ibid., Pág. 183.

48 Ibid., Pág. 177.

les judiciales. Mientras que las diferencias en las cuales está interesada la administración son incumbencia de los tribunales administrativos.

La línea de demarcación no está, por otra parte, absolutamente clara. La intervención de los tribunales del orden judicial, enteramente distintos de la administración, es una seria garantía de los derechos de los particulares.»⁴⁹

Sigue presente, en el caso francés, la vieja polémica de la falta de límites claros entre el campo de acción de la jurisdicción contenciosa con el de la jurisdicción voluntaria.

«Los tribunales del orden judicial tienen un doble carácter: contencioso, o sea, que resuelven los litigios que oponen a los litigantes; y voluntario, lo cual significa que fuera de toda contradicción, adoptan ciertas medidas para proteger algunos intereses privados.»⁵⁰

Muchos actos considerados por la doctrina como de jurisdicción voluntaria están incorporados en la jurisdicción de los tribunales. La falta de definición legal ha hecho más profunda la confusión entre los dos tipos de jurisdicción. En Roma, se les pudo distinguir y se discriminó qué funcionarios eran los encargados de aplicarlas. Se hizo una diferenciación basada en cuanto a ejercicio en la experiencia casuística de los magistrados. El ánimo litigioso desapareció como un requisito esencial para definir una u otra jurisdicción. La confusión creada por la legislación francesa eliminó la diferenciación de la institución que en Roma adquirió su máximo desarrollo. En Castilla subsistió aunque perdió gran parte de la riqueza de sus atributos y en Francia se confundió con la judicatura.

«El cometido de los tribunales es, ante todo, poner fin a los litigios que plantean los litigantes, asegurando la jurisdicción contenciosa. Pero sus poderes no se detienen ahí. El legislador les confía el cuidado de tomar medidas fuera de toda controversia. Se trata, pues, no ya de actos de jurisdicción contenciosa, sino de jurisdicción voluntaria.»⁵¹

49 *Ibíd.*, Pág. 187.

50 *Ibíd.*, Pág. 178.

51 *Ibíd.*, Pág. 195.

El intento de diferenciar una institución en forma teórica cuando la aplicación práctica de la misma se encuentra confundida, llevó al legislador, por la falta de definición, a profundizar la confusión, creando leyes en las que actos de jurisdicción voluntaria no se pueden realizar sino ante jueces y casos en que actos de jurisdicción voluntaria realizados ante jueces no tienen validez.

«La distinción entre los actos de jurisdicción contenciosa y voluntaria es difícil de efectuar a veces en la práctica: hay actos que participan de ambas jurisdicciones (por ejemplo, la autorización para proceder a un embargo crediticio).»⁵²

Lo absurdo de esta situación es que la tradición francesa valoriza la institución del Notariado, dándole la importancia que se merece, mas la legislación no ha plasmado en leyes con el rango que se merecen las disposiciones respectivas.

«El Notariado es muy antiguo en Francia y el empleo de los documentos notariales ha pasado a nuestras costumbres diarias...El Notariado, con la importancia que tiene es, por tanto, una institución esencialmente francesa.»⁵³

La legislación francesa, al no recoger la distinción romana entre los dos tipos de jurisdicciones, creó una falta de definición mayor, ya que jueces y notarios perdieron su identificación con las respectivas manifestaciones institucionales de la jurisdicción en forma definida, y se ahondó el problema al adoptar el Poder Judicial en Francia atribuciones propias de la jurisdicción voluntaria. Más grave aún es que la doctrina francesa haya recibido, vía la costumbre, la institución del notariado pero sin su historia, llevando a tratadistas de la categoría de Planiol-Ripert a afirmar que es una institución francesa.

«Los Notarios son oficiales ministeriales y sus funciones están sujetas a las reglas generales sobre los oficios ministeriales; además, están sujetos a una especial vigilancia de su contabilidad. La ley de Ventoso los denomina funcionarios públicos.

52 Ibid., Pág. 196.

53 PLANIOL-RIPERT. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. La Habana: Editorial Cultura, 1927. Tomo VII, Pág. 781.

Los Notarios son oficiales públicos, encargados de redactar los documentos a los cuales los particulares quieren conferir autenticidad...Reciben del Estado facultades para atribuir la autenticidad a sus documentos y para expedir títulos ejecutivos.

En la práctica, los Notarios no son solamente redactores de documentos: como es natural han adquirido una función muy importante, la de consejeros officiosos de las familias, especialmente para los matrimonios, sucesiones, particiones, colocación de fondos, compra y venta de casas, tierras.»⁵⁴

A pesar de la poca definición que en la ley francesa encontramos para esta función, en la práctica, vía leyes reglamentarias, se le asignan labores de importancia en la vida diaria. Pero la ley no permitió vislumbrar cómo se da la función notarial ni la jurisdicción.

«En cuanto a los documentos o actos, la competencia de los Notarios es general por su propia naturaleza. Tienen un monopolio para otorgar los documentos y contratos de interés para los particulares, excepto sólo aquellos respecto a los cuales la ley ha designado especial y exclusivamente a otros funcionarios públicos. La competencia de los Notarios concurre con la de los Jueces de Paz, o, en el extranjero, con la de los agentes diplomáticos o consulares.»⁵⁵

No concuerda la importancia que la ley da al Notariado con el estrecho marco legal del que está dotada como institución. A pesar de la poca definición del Notariado francés, se llegó a extremos al dar validez a documentos notariales en determinadas figuras, quitándole la validez a los actos realizados ante jueces.

«Pero, los Notarios disfrutaban de un monopolio en cuanto a la constatación auténtica de los actos y contratos celebrados por los particulares. Sin embargo, un contrato privado puede resultar accidentalmente comprobado de modo auténtico, mediante acta levantada por un escribano, cuando haya sido confesado por las partes ante el juez. Lo mismo sucede cuando los dos adversarios se ponen de acuerdo por ante el Juez de Paz, en un acto preliminar de conciliación; el acta levantada hace constar su arreglo.»⁵⁶

54 Ibid., Tomo VII, Pág. 782.

55 Ibid., Tomo VII, Pág. 783.

56 Ibid., Tomo VII, Pág. 785.

Existen casos limitados en que la realización de actos de jurisdicción voluntaria tienen necesariamente que ser hechos ante el Notario. Es uno de los pocos casos de preeminencia del Notariado frente al Poder Judicial.

«En principio, los actos jurídicos pueden, conforme a la voluntad de las partes, dar lugar a la redacción de un documento auténtico o de un documento privado. Sin embargo, ciertos actos necesariamente han de ser recibidos u otorgados por un Notario, siendo en este caso el documento notarial un elemento de forma.»⁵⁷

Se cayó en actitudes extremas al no haber una definición doctrinaria acerca de la pertenencia de la actividad del Juez o del Notario, en alguna forma de jurisdicción. Sin la historia, la atribución del Notario o Juez nace del mandato legal que señala quién debe realizar la función de formalización de determinados actos restando organicidad a los mismos, porque se distorsiona y aleja la posibilidad de una calificación base que ordene las atribuciones de cada uno de los tipos de jurisdicción.

«La facultad de otorgar documentos en materia hipotecaria constituye para los Notarios un monopolio absoluto, con exclusión de todos los demás funcionarios públicos. Por consiguiente, el artículo 54, párr. 2, Pr. civ. expresa que en las actas de conciliación levantadas por el Secretario del Juzgado de Paz, tienen «fuerza de obligación privada», lo que significa que, a pesar de su carácter auténtico, no pueden contener válidamente una constitución de hipoteca, lo que se reserva para el documento notarial.»⁵⁸

Se rescató inclusive la labor de asesoría a las partes, lo cual aparece como una tradición francesa; sin embargo, por la investigación sabemos que la orientación es típicamente romana, al darse al magistrado el rol activo en la contratación.

«Frente al deudor, el Notario está obligado moralmente a advertirlo sobre los peligros del préstamo y exhortarlo si fuera posible a buscar un medio menos oneroso de restaurar el buen estado de sus negocios, pero es muy raro en la práctica que ese deber moral se traduzca en una obligación jurídica.»⁵⁹

57 Ibid., Tomo VII, Pág. 791.

58 Ibid., Tomo VII, Pág. 417.

59 Ibídem.

La legislación francesa ha influido en legislaciones que sirven de modelo en algunas figuras para los peruanos. En este tema, la legislación española contemporánea ha sufrido las consecuencias del afrancesamiento sin las ventajas que conllevaban las tradiciones francesas y españolas primitivas, perdiendo así su herencia románica.

El Imperio del Poder Judicial debería darse en mayor medida al proponer cambios de fondo en el sistema de administración de la jurisdicción. En alguna medida, debería establecer guías para que la comunidad no recargue inútilmente el sistema judicial mediante actos de jurisdicción voluntaria. Debería propugnarse la iniciativa de los jueces a recomendar, antes de admitir las acciones de jurisdicción voluntaria, que éstas se realicen ante Notarios en la medida que lo permita la ley. A su vez, se debería propugnar un proyecto de legislación que establezca los casos de jurisdicción voluntaria que se podrían realizar ante Notarios.

La ley francesa le atribuye al Notario la capacidad de asesorar a los contratantes, pero le crea responsabilidad por su asesoría. A su vez, lo separa totalmente de la judicatura.

Cabe citar a Mazeaud porque sus críticas al Poder Judicial Francés son válidas para el caso peruano:

«En nuestros días se advierte, como por una especie de regresión, un retorno al arbitraje privado. En numerosas esferas, el estado retira a sus tribunales, que, sin embargo son emanación suya, el conocimiento de ciertos procesos, para confiárselos a árbitros privados o a comisiones compuestas por particulares y presididas por funcionarios... Esas derrotas sucesivas, manifestaciones de la debilitación del estado, deberían ser para el legislador materia de reflexión: si existe hoy tendencia a recurrir a organismos paralelos más bien que a sus propios tribunales, es porque se considera que éstos no están ya equipados para cumplir la función jurisdiccional que incumbe al Estado. Correspondería entonces al legislador atacar el problema principal que es el de la reorganización judicial... Realizada con los medios de que se disponía en esa época, en función de los transportes y a fin de que la justicia no esté nunca alejada del justiciable, es, en la hora actual, arcaica, caduca y, por eso, se halla sobrecargada.»⁶⁰

60 MAZEAUD, Henry, Leon y Jean, Op. cit., Tomo I, Pág. 182.

«Los mismos particulares, antes de sufrir las dilaciones de un procedimiento muy lento y demasiado complejo, y también para conservar el secreto de sus diferencias, prefieren dirigirse a los árbitros privados... Ese desenvolvimiento es la prueba de la debilitación, en terreno donde su intervención era sin embargo indispensable, de un Estado que dispersa sus fuerzas en tareas diversas.»⁶¹

La falta de un marco histórico llevó a que otras legislaciones, perdiendo su propia perspectiva histórica se vieran influidas arrastrando el problema que nos ocupa.

- 1) La ideología de la Revolución Francesa creó una nueva concepción del ser humano en que la libertad, igualdad y fraternidad eran los valores supremos, los cuales se plasmaron en la legislación.
- 2) En armonía con la filosofía, la legislación plasmó en leyes el mensaje revolucionario transformando la esencia misma de muchas instituciones, las cuales han llegado a nosotros enriquecidas por el pensamiento de grandes juristas de la revolución.
- 3) La búsqueda de la estabilidad política llevó a los legisladores a la promulgación del Code Napoléon, cuya sistemática representa la revolución más importante de la juridicidad del Siglo XIX.
- 4) Lamentablemente, al haberse basado el derecho francés en la costumbre, las instituciones del derecho romano perdieron en la versión francesa su historia, lógica y sistemática.
- 5) Por la precipitación en la dación de leyes en el período napoleónico, éstas adolecieron de suficiente estudio, eliminándose aportes históricos de trascendencia.
- 6) La iniciativa de la codificación por la síntesis de fórmulas jurídicas a fin de incluirlas en un articulado que fuera resumen y contenido del derecho conocido, motivó que algunas ramas del saber jurídico fueran eliminadas involuntariamente.
- 7) Los vacíos de la ley han sido subsanados mediante la dación de leyes posteriores como la del Notariado, que recién se conoció cuarenta años después, y que padecen del problema de derivarse de un derecho consuetudinario, sin relación con la sistemática romana.

61 Ibíd., Tomo I, Pág. 183.

III

LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL PERÚ

1. ANTECEDENTES

La actual Constitución peruana deja un silencio elocuente acerca de la jurisdicción voluntaria. Se sigue el ejemplo de la legislación francesa, que inspiró todos los códigos promulgados a partir del siglo XIX. La jurisdicción, desde la antigüedad, se trató en forma unitaria como institución, aunque se distinguieron diferencias en su ejercicio. Con posterioridad a la dación de la legislación francesa y a la codificación de inicios del siglo XIX, dejó de tratarse en forma unitaria y más bien se unificó en cuanto ejercicio ante el Poder Judicial. El Notariado en el Perú tiene un campo de acción restringido, limitado en cuanto a formalización de figuras jurídicas que tradicionalmente fueron consideradas de jurisdicción voluntaria. Hay grandes discusiones acerca de si la jurisdicción voluntaria es jurisdicción por el hecho de no tener imperio. Sabemos que la jurisdicción en su inicio fue solo una. El hecho de aparecer una actitud litigiosa en los contratantes marca la diferencia y determina el porqué se acude al Poder Judicial. El hecho de poseer imperio no atribuye a la jurisdicción una jerarquía mayor. En su inicio, los Notarios y Jueces tuvieron imperio mixto; la especialización y atribución exclusiva de los litigios al Poder Judicial le trasladaron la facultad de imperio en forma exclusiva. Ello hizo innecesaria la atribución de imperio a los Notarios. Por ello surge la pregunta, ¿es útil la jurisdicción voluntaria en el Poder Judicial en el Perú?

El art. 139 de la Constitución Peruana de 1993 dice:

«Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1) La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.»

El enunciado constitucional sigue los pasos de la legislación española. Sabemos que hay más jurisdicciones en el mundo del derecho. Lo que la norma debió decir es que la jurisdicción contenciosa es la que ejerce el Estado directamente y la voluntaria, por excepción. La jurisdicción y la jurisdicción contenciosa no son términos sinónimos. Cuando el articulado de la Constitución se refiere a jurisdicción respecto al Poder Judicial, se está refiriendo a los litigios y no a la jurisdicción como principio declarativo de derechos.

El mismo artículo de la Constitución señala la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional como una de las garantías de la administración de justicia. El principio tiene un marco estrecho. Todos sabemos que la jurisdicción no es una, que es un término más rico y que incluye además de la jurisdicción contenciosa, la voluntaria, la arbitral, la administrativa, entre otras. Al referirse el artículo constitucional a la garantía de la administración de justicia, debió referirse a que el Estado garantiza la administración de justicia a través de los órganos competentes. Debió hacer referencia a que no se pueden establecer competencias en materia de jurisdicción contenciosa, salvo la arbitral y la militar.

En consecuencia, por defecto de información, se deja constancia de un vacío, existente también en otras legislaciones.

En el nuevo Código Procesal Civil se repite el principio constitucional, sin tomar en cuenta que la palabra jurisdicción es más amplia en cuanto a contenido que lo que expresa el Código; debió decirse la «potestad jurisdiccional contenciosa del Estado en materia civil», corrigiendo el texto actual tal como vemos a continuación.

El nuevo Código Procesal Civil ha establecido en el art. 1 del Primer Título que:

«La Potestad Jurisdiccional del Estado en materia civil, la ejerce el

Poder Judicial con exclusividad. La función jurisdiccional es indelegable y su ámbito abarca todo el territorio de la República.»

Se omitió la aclaración de la contención. Como consecuencia de la atribución de jurisdiccionalidad exclusiva a los tribunales de la República, se deja sin amparo constitucional la variedad de jurisdicciones que ejercen otros organismos del Estado, inclusive la jurisdicción voluntaria que ejercen los Notarios.

La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial reitera en su art. 1 lo siguiente:

«La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos, con sujeción a la constitución y a las leyes.

No existe ni puede instituirse jurisdicción alguna independiente del Poder Judicial, con excepción de la arbitral y militar.»

La atribución al campo de lo jurisdiccional se refiere a la independencia del Poder Judicial en todo lo que sea declaración de derechos, y parecería que en el espíritu del enunciado estuviera implícita la labor de juzgamiento. Una definición apropiada debería haber precisado la independencia en lo jurisdiccional «mediante la emisión y ejecución de fallos». La falta de precisión limita el concepto.

El art. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dice:

«El Poder Judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la Constitución y a la presente ley.»

En el artículo 25 de esta Ley Orgánica se repite la referencia a «funciones jurisdiccionales» cuando las atribuciones del Poder Judicial son más amplias que la sola jurisdicción, ya que por tener imperio e intervención expresa en la facultad de proponer leyes que regulen su accionar, debería tomar la iniciativa de proponer la reforma que contribuya a la descongestión de los juzgados y a la mejor administración de justicia. Hubiera sido deseable que al Poder Judicial se le mencionara expresamente en el art. 107 de la Constitución, al establecer el derecho de iniciativa en la formación de leyes. El Poder Judicial puede proponer reformas legisla-

tivas por una norma de carácter general al igual que cualquier órgano, sin referencia expresa a su accionar.

El art. 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dice:

«El Poder Judicial desarrolla las funciones jurisdiccionales que la Constitución y las leyes le otorgan. Para ello se gobierna institucionalmente con la autonomía, facultades y limitaciones que la presente Ley establece.

En esta Ley se señalan los órganos encargados de administrar justicia en nombre del pueblo y los que norman, rigen, controlan y ejecutan su propia actividad institucional y administrativa.»

El enunciado del artículo 57 nos revela hasta dónde está vigente la confusión acerca de lo que representa la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria.

«Los Juzgados de Paz Letrados conocen:

En materia civil:

Inc. 3) De los procedimientos de jurisdicción voluntaria que establezca la ley, diligencias preparatorias y legalización de libros contables y otros.»

El Poder Judicial normalmente realiza actos considerados de jurisdicción voluntaria, los cuales, de suscitarse alguna controversia, se convierten en actos de jurisdicción contenciosa que son materia de juzgamiento. Son actos de jurisdicción voluntaria aquellos que no llevan implícita la contienda, el litigio. La ley, al señalar en el Nuevo Código Procesal Civil los procedimientos no contenciosos, los atribuye en el artículo 750 a los Jueces Civiles y a los Jueces de Paz Letrados. Agrega que la competencia de los Jueces de Paz Letrados es exclusiva para los procedimientos de inscripción y rectificación de partidas y para los que contienen en la solicitud una referencia patrimonial inferior a cincuenta unidades de referencia procesal. Luego, se está distinguiendo entre procesos contenciosos, identificándolos con jurisdiccionales que, como hemos visto, no son sinónimos. Además, se reservan como atribución expresa procedimientos en Juzgados de Primera Instancia como los no contenciosos, sin tomar en consideración que igualmente se les podría atribuir, a la luz del derecho romano y de algunas legislaciones extranjeras, la calidad de procedimientos de jurisdicción voluntaria. El legislador, cuando dijo que los Jueces de Paz Letrados son competentes en materia de procedimien-

tos de jurisdicción voluntaria según el artículo 57, quería afirmar que los Jueces de Paz asumirían las labores notariales, o tradicionalmente atribuidas a los Notarios, en los lugares en que no hubiera Notarios. Esta aproximación a la legislación positiva sólo pretende ser un llamado de atención a que la jurisdicción voluntaria no es una especie de hermano menor de la jurisdicción contenciosa y es tan útil funcionalmente como el juzgamiento en materia de litigios, por lo que se le debería dar un espacio que, según la historia, es amplísimo. En doctrina, la mayoría de procedimientos de jurisdicción no contenciosa, que no es lo mismo que procesos, se distinguen como una categoría especial por el hecho de no ser litigiosos. Hay amplias discusiones acerca de por qué están en la categoría de actos de jurisdicción contenciosa o voluntaria. El problema se vuelve más complejo cuando estudiamos la estructura de los mismos y a quién responsabiliza la ley como ejecutores de las voluntades.

De conformidad con los precedentes históricos, estos actos no contenciosos son de jurisdicción voluntaria. La prolongada desaparición de los Notarios en nuestra legislación y la aplicación legal de la jurisdicción voluntaria dentro del campo de acción del Poder Judicial, no los convierte en una categoría independiente de la misma jurisdicción voluntaria. La atribución de los actos que la ley del Notariado establece como desarrollados por Notarios, tampoco son definidos como de jurisdicción voluntaria. Luego, al atribuir a los Jueces de Paz Letrados actos de jurisdicción voluntaria, recién se estaría definiendo a qué tipo de jurisdicción pertenecerían dichos actos. La confusión creada por el legislador a la vista de los precedentes merecería un revisión que aclare qué es jurisdicción, qué es jurisdicción voluntaria y, tomando en cuenta el servicio a la comunidad, quién sería el más apto para desempeñarla. No debemos perder de vista el rol de la tradición peruana, pero tampoco cómo desarrollar un buen servicio público.

El art. 58 dice:

«Los Juzgados de Paz Letrados, cuya sede se encuentra a más de diez kilómetros de distancia del lugar de residencia de un Notario Público, o donde por vacancia no lo hubiera, o en ausencia del Notario por más de quince días continuos, tienen además respecto de las personas, bienes y asuntos de su competencia las siguientes funciones notariales...»

Estamos ante el mismo problema en cadena que viene desde la Constitución, el Código Procesal Civil, la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero la incoherencia del sistema al heredar un problema del pasado, se da en la misma Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 57, inc. 3, citado anteriormente.

Esa es la primera referencia acerca de la jurisdicción voluntaria que encontramos en una ley esencial del sistema y que conlleva una contradicción en sí misma. Si se alude a jurisdicción voluntaria, se está refiriendo a una institución que no contempla la Constitución ni el primer artículo de la misma ley orgánica.

El art. 750 del Código Procesal Civil, establece:

«Competencia.- Son competentes para conocer los procesos no contenciosos los Jueces Civiles y los de Paz Letrados.

En el proceso no contencioso es inaplicable la competencia por razón de turno.

La competencia de los Juzgados de Paz Letrados es exclusiva para los procesos de inscripción y rectificación de partida y para los que contienen en la solicitud una estimación patrimonial no mayor a cincuenta Unidades de Referencia Procesal.»

Al referirse a que los Jueces de Paz Letrados serán competentes en casos de jurisdicción voluntaria, éstos deberfan ser capaces de ver los procesos no contenciosos en general, como que son de jurisdicción voluntaria al no tener ánimo litigioso. Sin embargo, por una ley se atribuye y por otra se limita el mismo principio, llegando al absurdo de que algunos actos que la doctrina califica como de jurisdicción voluntaria son ejercidos por Notarios, con limitaciones por mandato legal a aquellos que señala la ley. Lo que se quiso es dejar constancia del principio de que los Jueces de Paz Letrados pueden intervenir en casos de jurisdicción voluntaria en lugares donde no haya Notarios, al amparo del artículo 58 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No se trataba de crear en el Poder Judicial un fuero de jurisdicción voluntaria que distorsionase el sistema de administración de justicia. Se recargó innecesariamente al Poder Judicial, al existir una dualidad de funcionarios dedicados al mismo objetivo, agravado además porque en el sistema del Poder Judicial la formalización de actos de jurisdicción voluntaria carece del amparo legal destinado a la verificación y supervisión de la función, que sí existe en la ley del Notariado mediante la fiscalización de su respectivo colegio profesio-

nal. Por otra parte, la confusión entre los dos tipos de jurisdicciones se agrava al no desvirtuarse la línea equívoca del trato de la jurisdicción voluntaria en la legislación que, sin amparo constitucional, la ejercerían los Juzgados de Paz Letrados. Este problema se disiparía por ser la jurisdicción voluntaria un acto de jurisdicción. Más bien, el problema estaría relacionado con el hecho de determinar cuáles son los actos de jurisdicción voluntaria que se formalizarían ante los Jueces de Paz y descubrir si son los mismos que se formalizan ante Notarios. En consecuencia, tácitamente los Notarios estarían realizando actos de jurisdicción voluntaria calificados así por la ley, al haber analogía entre los realizados por los Jueces de Paz no letrados y los Notarios; aunque esta dualidad de jurisdicciones cree mayor distorsión al sistema. Este principio de distorsión legal se da en diferentes leyes.

«En consecuencia las cuestiones señaladas en el Código Civil, el Nuevo Código Procesal Civil, Código de Comercio y Ley Orgánica de Municipalidades y atribuidas a los jueces, Tribunales, administración edilicia, para este efecto carecen de amparo constitucional. Deberían ser conferidas al Notariado. Los asuntos que no pueden ser resueltos por la vía notarial y se vuelven conflictivos pasarían de inmediato al Poder Judicial, para la resolución final.»⁶²

2. LEY DEL NOTARIADO

La primera referencia peruana a los Notarios fue la Ley 1510 del 15 de diciembre de 1911 (derogada), que se incluye como antecedente y que en su Título Primero, Art. 1 dice:

«Los Notarios dan fe de los actos y contratos que ante ellos se celebran.»

El art. 3 de la misma ley dice:

«Los Notarios ejercerán sus funciones dentro de los límites de la provincia para la que son nombrados.
Con permiso de la Corte Superior podrán trasladarse a una provin-

62 FLOREZ BARRON, Alberto. *Jurisdicción Judicial-Competencia Notarial y Fe Pública*. Trabajo presentado en el XX Congreso del Notariado Latino. Lima: 1992. Pág. 3.

cia inmediata perteneciente al distrito judicial de la misma Corte, con el objeto de autorizar instrumentos, siempre que en dicha provincia no haya Notario, o que habiéndolo no pudiese intervenir en el acto por causa de enfermedad o de incompatibilidad. En estos casos, se insertará en el instrumento aquel permiso.»

En cuanto al nombramiento de Notarios el art. 7 dice:

«Los Notarios serán nombrados por la Corte Superior, previa convocatoria por el periódico durante treinta días.»

Los restantes artículos de la ley no hacen referencia al tipo de función que realizan, su ubicación en el ordenamiento legal, ni califican en forma alguna el tipo de jurisdicción que poseen los Notarios.

La última norma sobre Notariado es el Decreto Legislativo 26002, del 26 de diciembre de 1992, actualmente vigente, que en su artículo segundo dice:

«El Notario es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe, de los actos y contratos que ante él se celebran. Para ello, formaliza la voluntad de los otorgantes, redactando los instrumentos, a los que confiere autenticidad, conserva los originales y expide los traslados correspondientes. Su función también comprende la comprobación de hechos.»

Hay un avance sustancial con respecto a las funciones que la antigua ley señalaba, mas no hace ninguna definición ni un marco teórico de la institución, acusando timidez en cuanto a las definiciones. Una ley, para la importancia de esta institución, merecería rescatar las funciones del Notario con un dispositivo que precise sus alcances mediante una ley orgánica. Definir a los Notarios a partir de su actividad concreta, sin precisar el carácter del notariado, nos hace regresar a una ley al estilo francés, aunque mejorada en cuanto a detalles del quehacer notarial.

El artículo sexto nos trae un avance en cuanto al nombramiento de Notarios, ya que no subordina su nombramiento al criterio de los miembros de la Corte Superior, actitud legal que no existe en ninguna legislación, creando un híbrido sin identidad, sino al Concurso Público de Méritos:

«Art. Sexto.- El ingreso al Notariado se efectúa mediante Concurso Público de Méritos ante jurado constituido según lo dispuesto en el art. 11. Las etapas del concurso son las de calificación del curriculum vitae, examen escrito y examen oral.»

El art. 13 nos trae una norma interesante, y dice:

«El Notario deberá incorporarse al Colegio de Notarios dentro de los treinta días de expedido el título, previo juramento o promesa de honor, ante la Junta Directiva.»

La atribución al honor y al juramento es rescatada recién en el art. 13. Es increíble que un funcionario que vaya a ser el depositario de la fe pública se defina a través de sus funciones, sin mención alguna a los atributos e importancia del hecho de ser Notario.

Funciones del Notario

La nueva ley del Notariado establece como funciones del Notario:

- a) Extender instrumentos públicos notariales, mediante los registros de Escrituras Públicas, de testamentos, de actas de protesto, de actas de transferencia de bienes muebles registrables y otros que la ley determine.
- b) En el art. 98 dice:

«El Notario extenderá actas en la que se consigne los actos, hechos o circunstancias, que presencie o le conste y que no sean de competencia de otra función.»

Es un gran avance con respecto a la ley anterior porque su actividad no se limita únicamente a la redacción de documentos en que administra la voluntad de las partes, sino que adquiere la facultad de dejar constancia de hechos, sin la limitación de que se celebren ante él.

Aparentemente, se estarían dando pasos para rescatar una función que estuvo en una posición pasiva, con respecto a la intervención del Poder Judicial, en el caso de actos de jurisdicción voluntaria, que por el proceso histórico y la voluntad del legislador se realizan en otros campos relacionados con el devenir jurídico y que distorsionan la administración de la formalización de la voluntad de las partes.

Rol del Notario en relación con la jurisdicción

No existe en la legislación peruana interpretación alguna acerca del rol del Notario en relación con la jurisdicción voluntaria; menos aún al hecho de que tenga relación con algún tipo de jurisdicción. Ante la polémica acerca de si existe la jurisdicción voluntaria, ha habido una abstención del legislador a atribuir el carácter jurisdiccional a la actividad notarial. Sabemos que históricamente los Notarios tenían jurisdicción y que eventualmente ejercían imperio, el cual se fue perdiendo conforme se centralizó el poder político absoluto. El presente trabajo no pretende agotar el tema pero sí dejar constancia de que la existencia de los precedentes que conforman la investigación, merecen una mayor revisión, más allá de los prejuicios sobre el tema derivados de la falta de información sobre lo que representa la jurisdicción voluntaria y el papel de los Notarios en el ejercicio de la misma.

Los actos materia de formalización ante el Notario se plasman en un documento llamado Escritura Pública que contiene la voluntad de las partes y que adquieren mediante dicho formalismo la situación de certeza frente a terceros. Los derechos sobre los cuales el Notario da Fe Pública tienen la condición de actos declarativos de derechos, ya que para su formalización los interesados han pasado por el examen previo que acredita su capacidad mediante la fe de conocimiento, la libertad con que actúan, la legalidad de los actos realizados y el equilibrio en la contratación. La escritura pública contiene también las exigencias que señala la ley acerca del cumplimiento de insertar la documentación necesaria para certificar la veracidad del acto y el cumplimiento de las obligaciones tributarias, de todo lo cual el Notario dará parte o aviso al Registro Público. Es evidente que el Notario está realizando un pleno trabajo de jurisdicción (*Juris dictio*), en el auténtico sentido del término, es decir, un acto de declaración de derechos, que no debemos confundir con el ejercicio del Poder Judicial, en que además de jurisdicción, en los actos declarativos se da la judicatura (*iudicare*), que es el término referido a los actos de juzgamiento con contención.

IV

APROXIMACIÓN A UNA TEORÍA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

1. INTRODUCCIÓN

La jurisdicción llamada voluntaria ha sido estudiada en diferentes oportunidades desde el punto de vista del contenido abstracto del concepto, sin llenar el vacío que representa su evolución, el testimonio escrito, el proceso histórico vivo inherente a cualquier proceso de evolución y desarrollo. La jurisdicción nace como una facultad unitaria. Se fue enriqueciendo en su ejercicio.

Con el transcurso del tiempo se crearon normas generales, llamadas leyes, a las que se atribuyó permanencia. Para el ejercicio de esta serie de normas de carácter general, se creó el cargo de magistrados, advirtiéndose la necesidad de establecer competencias y diversificándose los campos de acción. Los magistrados desarrollaron funciones inherentes al poder político, antes que jurídico. Pero, por el hecho de tener autoridad no fueron ajenos a cumplir el rol de administradores de justicia e inclusive el de testigos privilegiados de determinados actos que, por su importancia, requieran la formalización ante testigos y ante el funcionario.

Se buscó proteger los derechos de los intervinientes en el convenio. Se reconoció la libertad de contratación y de ejercicio de derechos patrimoniales en forma directa. Se crearon los canales a través de los cuales se podían expresar las manifestaciones de voluntad libremente.

Al Juez, en el caso peruano, se le atribuye en muchos casos el rol

de testigo frente al cual se debe dejar constancia de aquellos actos a los que atribuye la necesidad de una protección especial, sin tomar en consideración una tradición que permitía que anteriormente se hicieran ante otros funcionarios o ante quien ejerciera la autoridad.

Hay un problema derivado de la supervivencia del primitivo imperio atribuido al juzgador. Se ha perdido la perspectiva de que, como consecuencia del imperio, se puede delegar determinados actos que podemos llamar de jurisdicción voluntaria. Esta denominación tiene una connotación no basada en la etimología, sino que nació por la necesidad de una función que llenara el rol de formalizar actos sin litigio. La evolución histórica, nos lleva a considerar que la jurisdicción voluntaria nace por mandato de la ley, al haberse evidenciado la necesidad de la creación de la norma legal específica, que ha perdurado hasta nuestros días.

En este contexto, se creó una tradición derivada del ejercicio de la jurisdicción voluntaria a través del Notariado.

A pesar de tener detractores, no se puede eludir la evidencia de su existencia y el servicio que presta. Por consiguiente, se asume que la jurisdicción voluntaria y su ejercicio a través del Notariado es el tipo de organización legal más idóneo para afrontar adecuadamente el problema de la formalización de actos y manifestaciones de voluntad de los particulares.

El fundamento de esta propuesta deriva de su eminente sentido práctico, por su celeridad, acceso directo de los intervinientes al Notario, la posibilidad de recibir asesoría independiente y porque no se ha probado doctrinariamente que el derecho se encuentre más protegido mediante otro sistema paralelo destinado a la declaración de derechos.

Hay una tradición de su administración a través del fuero judicial y ésta no lesiona al derecho protegido sino, al contrario, le da protección, pero a costa de trámites destinados a la declaración que exigen la intervención del Secretario de procesos, con lo que desaparece la atención personal. En este caso la asesoría la prestan terceras personas como abogados de las partes, la intervención del Juez se limita a la dirección del proceso y la confirmación del acto protegido, impidiéndose un papel de asesoría independiente por parte del funcionario especializado.

También se pierde celeridad, aun cuando hay convicción en los intervinientes acerca del acto jurídico cuyas consecuencias se protegen.

La idea inspiradora de este trabajo es contribuir a la creación de una ley más amplia que mejore la legislación notarial y el papel que los Notarios juegan dentro de la sociedad, dotando al derecho protegido de las garantías necesarias.

Se pueden tomar medidas para mejorar la institución notarial, permitiendo dar una mayor seguridad al derecho protegido, mas no se debe perder la perspectiva de la utilidad derivada de la buena administración de los medios para dar seguridad a tal derecho.

El elemental principio de subdivisión de roles lleva a que una administración correcta de las voluntades de ley se pueda llevar a cabo a través de distintos canales, que no son necesariamente procesos ante el juzgador sino procesos de formalización de derechos protegidos por la ley.

Se deben plantear soluciones imaginativas que den las garantías que se requieran en su formalización pero que, al mismo tiempo, sean ágiles y no estén sujetas a procesos, en cuyo contexto la intervención del Juez desaliente la de los particulares, cuyos derechos son administrados, al obligarlos a ceñirse a un calendario procesal que es innecesario para el derecho protegido.

Se evitaría así la demora en su ejecución. Existiría también la ventaja de liberar al fuero judicial de procedimientos que lo recargan funcionalmente de manera innecesaria, y que son susceptibles de delegación por el legislador.

La solución mixta está en plantear la intervención del funcionario especializado, en este caso los Notarios, en los asuntos en que se ventilen derechos ejercidos por todos los interesados en conjunto, que tienen pleno acuerdo en los actos que van a realizar y, cuando no hay conflicto litigioso, con los formalismos y protección que exija la ley. La intervención del Juez es necesaria en todos aquellos casos en que el derecho, materia de la acción, requiera la intervención del juzgador por haber ánimo litigioso, por no estar presentes todos los interesados en la ejecución de

una obligación, por no haber acuerdo entre ellos, por requerirse la ejecución forzada de un derecho, o en caso de advertirse la existencia de circunstancias anormales que requieran la protección de derechos lesionados o en peligro de ser lesionados. Esto no implica que la jurisdicción y la jurisdicción voluntaria deban ser separadas, como estancos autónomos.

Al contrario, por su naturaleza, son interrelacionadas, ya que no se puede hablar de declaración de derechos sin ejecución de los mismos. El nacimiento de derechos siempre crea consecuencias jurídicas y, ante la denegatoria de una de las partes a su ejecución, se hace imprescindible la intervención del Juez.

En el Perú, al Juez se le atribuye en muchos casos el rol de testigo frente al cual se debe dejar constancia de aquellos actos a los que atribuye la necesidad de una protección especial, sin tomar en consideración una tradición, que permitía que dichos actos se hicieran con anterioridad ante otros funcionarios, o ante quien ejerciera la autoridad.

La facultad de delegación, la capacidad de decidir la creación de normas que regulan la vida de otros seres humanos, no corta la posibilidad de estudiar la capacidad de regular mediante el principio de autonomía su propia vida y los actos que realizan bilateralmente o plurilateralmente con la gente que existe en su entorno, que también es materia de estudio del *imperium*.

Hay una actividad intelectual derivada del estudio de la aplicación del derecho que es *erga omnes*. Pero también existe la afirmación de la potestad del imperio individual en aquellas facetas de la vida contractual que llenan necesidades humanas, y que no son materia de delegación. Por su naturaleza, se ejercen directamente, con la única limitación de que no invadan derechos, ni limiten el campo de acción de los demás individuos que conforman la sociedad. Esta actitud ha sido plasmada en la doctrina, al calificarla como perteneciente al principio de la autonomía de la voluntad.

Hemos visto que, en el proceso histórico, el desarrollo de la jurisdicción era unitaria en Roma. La distinción entre los dos tipos de jurisdicción en el período clásico era retórica, porque eran ejercidas por el mismo magistrado. Se distinguió entre jurisdicción contenciosa y voluntaria siendo los mismos magistrados quienes la ejercían directamente. Se

delegó la jurisdicción contenciosa en árbitros como la forma de permitir una más rápida administración de justicia, pero el magistrado con imperio conservó intacta su facultad de resolver casos de jurisdicción contenciosa. Se delegó exclusivamente la facultad de imperio necesaria para el juzgamiento. Los actos de jurisdicción voluntaria no fueron materia de delegación por su inmediatez sino en el período justiniano, cuando se creó el cargo de Notarios a los que se delegó su realización. En el derecho castellano tampoco se distinguió la importancia entre una u otra jurisdicción y se continuó con la tradición de atribuir su cumplimiento a Jueces avenidores en el caso de contención o a Notarios en el caso de jurisdicción voluntaria. El imperio se reservó al Señor. La ruptura histórica se produce en el derecho francés, cuando legisló la jurisdicción contenciosa e incluyó parte de los actos de jurisdicción voluntaria dentro del fuero judicial mediante el Código que se publicó a comienzos del siglo XIX; años después, recién se dio una ley del Notariado. La legislación civil y procesal francesa fue recibida y mayormente copiada, porque la aplicación de la lógica jurídica estaba dirigida a estabilizar el sistema político en países que directamente sufrieron la influencia de la revolución francesa. Esta influencia, aunque fue valiosa, tuvo como consecuencia esta confusión al no haber interpretado una legislación promulgada para un proceso histórico concreto, aplicándola como regla general y modelo de aplicación en otros países.

El problema que nos ocupa toma otra perspectiva cuando nos aproximamos a un análisis del carácter y estructura del proceso de formalización de acuerdos de voluntades ante el Poder Judicial. Es imprescindible tomar conciencia de hasta qué punto ha vivido la jurisdicción voluntaria inmersa dentro de las atribuciones normales de los Jueces, como resultado de la confusión en que se incurrió al mezclarla, en cuanto al ejercicio, con la jurisdicción contenciosa. Derivada de esta confusión, de una errónea concepción de la jurisdicción, encontramos que en la cultura general de muchas personas que ejercen el Derecho, el realizar actos de jurisdicción voluntaria ante el Juez está admitido como normalidad. Contribuyó a ello el transcurso del tiempo. Recordemos que el hecho de formalizar actos de jurisdicción voluntaria ante el Juez es tradicional en el Perú desde 1851, año en que se promulgó el Código de Enjuiciamientos. La legislación vigente en nuestro tiempo, en lugar de resolver el problema lo profundizó en mayor medida, tal como se puede deducir de la lectura de la última Ley Orgánica del Poder Judicial. Para-

lamente, se observa que no existe una estadística clara del número de actos de jurisdicción voluntaria que se llevan a cabo en el Poder Judicial. Es más, sabemos que, de acuerdo a la tradición romana, el atributo esencial para distinguir un acto de jurisdicción contenciosa de uno de jurisdicción voluntaria es el ánimo litigioso para la primera y la carencia de él para la segunda. Con el transcurso de los años, los tratadistas han profundizado estudios que permiten acercarnos al concepto y tratar de determinar cuándo un acto es de una u otra jurisdicción. El problema se hace más complejo cuando encontramos que todas las investigaciones sobre el tema se acercan a él a través de su ejercicio ante el Poder Judicial. La parte de jurisdicción voluntaria atribuida a los Notarios, a pesar de su enorme vigencia, es restringida en el trato legislativo, en relación con el espacio legislativo que da la ley a los procesos de jurisdicción voluntaria realizados por Jueces.

2. EL PROBLEMA DEL DESTINATARIO DE LA LEY

El otro tema relacionado con la discriminación de la actuación del Juez es el del destinatario de la ley. Comprender el problema del destinatario de la ley en el derecho privado contribuye a clarificar el problema de la llamada jurisdicción voluntaria.

En el período romano, la intervención del magistrado en uso de su facultad de imperio era inherente a la administración de la voluntad de los intervinientes. El magistrado concebía que su rol era la parte activa en la relación jurídica, aun en el caso de que se ventilara una relación contractual, reservando para los contratantes el papel de sujetos pasivos, sin tomar conciencia de que el cambio en la relación jurídica era motivado por la actividad de los supuestos administrados. Se confundía el rol rector del gobernante, organizador, magistrado, quien acumulaba todas las funciones, y se restaba importancia a la voluntad de las partes.

«Para Solazzi: el bizantinismo e incorrección de la expresión romana está en la atribución de la voluntariedad al sujeto activo del poder, y no a los sujetos pasivos, que es a quienes verdaderamente corresponde.»⁶³

63 Citado por FERNANDEZ DE BUJAN, Antonio. Op. Cit., Pág. 25.

Este concepto que hoy sorprende, era entendido como normal en una época en que se privilegiaba el rol de la autoridad. Esta propuesta está destinada a rescatar gráficamente el papel del individuo común, al cual se visualiza como ajeno al mundo legal, sin tomar suficiente conciencia de que las leyes y el derecho se han creado para ser administrados y vividos por él.

El concepto evoluciona en el derecho actual, en que ya se discrimina el papel del particular interviniente, como contraparte del otro contratante, y el papel de testigo privilegiado y formalizador del Juez, del Notario o del Juez de Paz, en ausencia del Notario, para los casos considerados de jurisdicción voluntaria.

Por consiguiente, el imperio se manifiesta vía la jurisdicción en cualquier actividad del Estado que implique ejercicio de la capacidad de regular la vida social. Para profundizar nuestro estudio, es útil precisar lo siguiente:

1) El estudio del imperio se da tanto en virtud de analizar la función de delegar alguna forma de ejercicio del poder como de estudiar el poder en sí mismo.

«Las normas de derecho se dan como reglas o pautas de carácter general, que establecen la voluntad del legislador frente a distintos campos del accionar de los seres que integran la sociedad, recogiendo en forma técnica y ordenada, principios destinados a regir la vida en comunidad. Estas normas están dirigidas a todos los miembros que integran la sociedad, y a nadie en particular.»⁶⁴

En relación con la jurisdicción voluntaria, es necesario interiorizar el hecho de que la norma jurídica siempre se dirige al particular, que es el destinatario de la misma. La norma jurídica siempre es de carácter general. Al realizarse un hecho específico que se encuadre dentro de su enunciado, ésta se especializa y se convierte en la norma destinada al hecho concreto que regirá las relaciones entre las personas interesadas. En

64 CALAMANDREI, Piero. *El Proceso Civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. Pág 3.

conclusión, la norma se aplica mediante una abstracción de la voluntad del legislador que la crea para regir relaciones de carácter universal y, frente al hecho específico, se convierte en la norma aplicable al caso concreto; es entonces cuando se dice que la ley se aplica al individuo partícipe del evento.

«La voluntad genérica contenida en la norma misma se concreta y se especializa, y de regla de conducta establecida hipotéticamente para todos aquellos que puedan encontrarse en ciertas eventuales condiciones, se transforma en una regla de conducta establecida de un modo inmediato y definitivo para una determinada persona singular.»⁶⁵

2) La ley siempre se dirige a los particulares. El Juez es director del proceso en la vía del conflicto. La forma de resolver una diferencia de voluntades no es únicamente el conflicto. Aclarado el papel del particular frente a la norma, veamos el papel del Juez.

El desempeño del Juez como titular de la facultad de decidir mediante fallos los litigios permite aclarar el rol del juzgador como dirigente del proceso. El proceso es la vía mediante la cual los litigantes cuestionan los derechos en situación de conflicto frente al papel directivo del Juez, quien emite fallos y establece, con criterio legal, la norma jurídica respecto del caso litigioso. Si el destinatario de las voluntades de ley derivadas de las normas de derecho privado fuese siempre y solamente el Juez, sería preciso admitir que el proceso era la única vía a través de la cual las normas abstractas se convierten en preceptos concretos, lo cual no está de acuerdo a la realidad, ya que el destinatario de la ley, el particular, frente a un acuerdo de voluntades tiene varias vías, que tienen relación directa con la importancia del derecho protegido. Ante todo, se abre la posibilidad de acuerdo directo con el otro contratante. Cuando por la importancia del derecho protegido, éste debe quedar firme, acude a alguna de las modalidades de protección de derechos, mediante la formalización que ofrece la jurisdicción voluntaria y, ante la falta de acuerdo, y sólo entonces, acudirá a la judicatura a fin de que dirima los derechos en conflicto.

65 *Ibíd.*, Pág. 23.

3) La ley se da en principio para regir las reglas de convivencia entre particulares. La vía judicial es el medio de las relaciones jurídicas en situación de conflicto; no es la forma natural de desenvolvimiento de las relaciones sociales. Sólo en caso de desacuerdo por alguno de los litigantes, se da el proceso.

«Aun cuando no falten en la literatura más estrictamente procesal, tentativas de representar la norma jurídica como una instrucción destinada al juez, la doctrina es hoy uniforme, al menos por lo que se refiere al derecho privado, dentro de los límites del cual se contienen mis investigaciones, en considerar como destinatarios de las normas jurídicas...a los particulares.»⁶⁶

4) El espíritu de la ley es servir de guía a la aplicación del derecho en la vida diaria, es decir, su ejercicio por los particulares.

«La ley habla directamente a los sujetos de las relaciones jurídicas surgidas en la vida práctica; les envía directamente sus mandatos y sus prohibiciones; y solamente cuando aquellos no comprendan su palabra, o aún entendiéndola, se niegan a atemperarse a ella, se hace sentir la necesidad de la función jurisdiccional, para declarar la certeza y hacer observar las voluntades de ley ya nacidas de la norma jurídica y dirigidas a los particulares.»⁶⁷

La norma de carácter general no se pone en el caso concreto de la rebeldía a su cumplimiento. El incumplimiento a la voluntad de la ley es siempre una situación de excepción. La ley es incorporada en la sociedad como guía de carácter general de los derechos y obligaciones de los miembros que la conforman. La ley establece los límites del accionar de los particulares determinando la línea sutil dentro de la cual se da el libre albedrío. Pero cuando los miembros que conforman la sociedad quieren variar su entorno establecen vínculos que tienden a modificar una situación que adquiere dinamismo. Estos vínculos son los que permiten precisar los derechos y obligaciones de las personas y la influencia de éstos frente a su entorno. La forma de modificar las relaciones personales y

66 *Ibíd.*, Pág. 24.

67 *Ibídem.*

patrimoniales se da mediante situaciones de acuerdo o de conflicto. El conflicto siempre es motivado por el desconocimiento del mandato legal o, conociendo el mandato legal, por alguna persona que decide su incumplimiento.

Automáticamente, la situación requiere la intervención de un tercero que dirima las diferencias creadas estableciendo la certeza del mandato legal. En este caso, estamos frente a una típica situación de conflicto la cual constituye una excepción a la normalidad.

5) La doctrina distingue entre la voluntad de la ley dirigida a los particulares titulares de la voluntad específica contractual, materia del litigio, y el Juez que es titular de la voluntad de ley derivada de la relación procesal. La concepción de la ley es que la misma es dirigida a los particulares no al Juez, la ley sustancial se puede cumplir sin intervención del Juez. La ley procesal inevitablemente presupone la intervención del Juez.

«La norma de derecho privado no habla al Juez: manda a los ciudadanos en previsión que obedezcan, y no supone previamente la hipótesis de su rebelión. Destinatario de las voluntades concretas derivadas de la norma, es siempre el particular: el Juez, como tal, no es nunca destinatario de las voluntades de ley nacidas con ocasión de la relación jurídica que constituye el objeto, el tema de su decisión.»⁶⁸

En el proceso está contenida una relación jurídica, regulada precisamente por las normas procesales, las cuales teniendo carácter abstracto e hipotético como todas las normas jurídicas, se concretan caso por caso en preceptos singulares destinados a regular la conducta del Juez y de las partes. Debemos concluir que el Juez, como tal, puede ser destinatario de las voluntades de ley, nacidas con ocasión de la relación procesal.

Se distingue entre la ley dirigida a la relación jurídica sustancial y la que regula la relación procesal.

68 Ibídem.

«Es fundamental la diferencia que tiene lugar entre las voluntades de ley que regulan la relación jurídica sustancial que constituye el tema de la decisión, y las voluntades de ley que regulan la relación jurídica procesal que constituye el medio para llegar a la decisión. De la primera, el Juez, como tal, no es nunca sujeto; de la segunda, el Juez, como tal, es siempre sujeto.»⁶⁹

La norma jurídica sustancial es la que rige acerca del tratamiento de la ley frente a una institución jurídica, definiendo los alcances y naturaleza de la misma. La figura jurídica, cualquiera que sea su naturaleza, trae definiciones y enunciados jurídicos de carácter general que tienen vigencia para todos los miembros que conforman la sociedad. La naturaleza de la misma es su universalidad y está dirigida a todos los miembros que conforman la sociedad y a nadie en particular. La relación jurídica procesal por su naturaleza es un método destinado a la obtención de un fin concreto, que por las condiciones en que se da siempre requiere la participación del Juez a fin de dirigir el litigio. De ello se desprende que la relación sustancial se dirige a todos y constituye el fondo de la decisión. La relación procesal se dirige al Juez y constituye el medio necesario para llegar a la decisión.

6) Las normas de derecho que regulan la relación jurídica en sí se constituyen en objeto de la relación entre particulares. Puede existir, por el contrario, una sustitución de actividad en cuanto el precepto jurídico derivado de la norma se dirija a los mismos y exija una determinada conducta por parte de ellos. Cuando estos particulares, desconociendo la voluntad de ley que los afecta, no ejerciten aquellas actividades que se exigiría de ellos, interviene el órgano jurisdiccional para cumplir, en lugar de ellos, lo que la ley quiere en el caso concreto.

Las normas de derecho que son objeto de cumplimiento son susceptibles de producir consecuencias jurídicas derivadas de la actuación de los mismos particulares y éstas pueden ser formalizadas en la vía que escojan los sujetos de la relación contractual.

69 *Ibíd.*

7) Un nuevo elemento, referente a la fase de conocimiento, que lleva a afirmar relaciones de carácter declarativo se deriva de considerar que el destinatario de la norma jurídica es el particular. El establecer la certeza de la existencia de la relación jurídica entre particulares debe ser hecha por lógica en la vía no litigiosa, recayendo en el problema que nos ocupa, que es el de la jurisdicción voluntaria y su ejercicio a través del Notariado. Siguiendo la secuencia, vemos que, dentro del proceso, el Juez realiza una actividad primaria de comprobación de la existencia de la relación materia del proceso y este estudio es lo que se conoce como proceso de conocimiento, que se da previamente a la sentencia y que no implica un acto de juzgamiento.

«Se ha dicho también que la jurisdicción, durante la fase de cognición, tiene carácter declarativo, en cuanto no mira a crear nuevas voluntades de ley sino solamente a establecer la certeza de las ya nacidas fuera del proceso.»⁷⁰

8) Doctrinariamente, se reconoce la necesidad de la intervención del Juez en procesos de conocimiento como fase previa a su intervención en la fase de ejecución. No hay ejecución sin conocimiento previo. El pronunciamiento del Juez es siempre el resultado de un proceso litigioso. Si no fuera así, encontraríamos que las sentencias siempre serían parte de la relación jurídica, lo cual es absurdo.

«Si las normas jurídicas abstractas no pudieran concretarse y especializarse sino a través del pronunciamiento del Juez, el derivar de la norma abstracta una concreta voluntad de ley relativa a la relación controvertida parecería siempre como un hecho del Juez, como una novedad introducida por la sentencia en el mundo jurídico. La sentencia tendría siempre carácter constitutivo, en cuanto en ella solamente se originaría la formación de las voluntades concretas de ley que regulan las relaciones concretas.»⁷¹

9) El Juez no crea la relación jurídica; regula en casos excepcionales y a pedido de un litigante las consecuencias de las relaciones jurídicas. Si interviniera el Juez tomando decisiones en la etapa de conocimiento, sería

70 *Ibíd.*, Pág. 27.

71 *Ibíd.*em.

una parte interesada, lo cual es absurdo, ya que un elemental principio de la relación jurídica es tener legítimo interés en el acto materia del hecho jurídico, y el Juez, por el carácter de su función, es un tercero que por mandato de la ley tiene jurisdicción y posee imperio.

«Si las voluntades concretas de ley que constituyen el tema de la decisión tuviesen por destinatario el Juez, la actividad del Juez no podría consistir en declarar la existencia de éstas voluntades, sino en ejecutarlas; en tal caso, si la sentencia en lugar de ser una declaración fuese una ejecución de normas, vendría a traer una modificación en la relación jurídica controvertida...desde este punto de vista tendría carácter constitutivo.»⁷²

La doctrina, al estudiar la esencia de la intervención del Juez, es unánime en representar la actitud del mismo en su papel de autor y ejecutor de los fallos. Su participación en el proceso de cognición es un paso previo al proceso de ejecución. No hay proceso de ejecución sin proceso de cognición. Pero es interesante que siempre que se refiere a proceso de cognición se refiere a la posibilidad necesaria de un fallo posterior.

De esta actitud de los tratadistas al reflejar el rol del Juez, podemos sacar dos conclusiones:

a) La separación que existe entre el proceso de cognición atribuido al Juez, al aproximarse al tema que es materia del proceso y que también es el campo de acción de la jurisdicción voluntaria, salvo que las consecuencias del proceso de cognición hagan necesaria una sentencia que dirima la cuestión.

b) No se advierte un espacio en la misma para el campo de acción de otros funcionarios que intervengan en procesos de conocimiento, como son los Notarios. El proceso de conocimiento está atribuido exclusivamente al Juez.

72 Ibídem.

3. PROCESOS DE COGNICIÓN Y PROCESOS DE EJECUCIÓN

Al aproximarnos a cualquier relación humana susceptible de derivar en un acto jurídico, estamos iniciando una acción de conocimiento de la relación, de los derechos de los probables contratantes, y de la veracidad de las voluntades en juego. Si todos los elementos que conforman la realización del acto jurídico están en orden, éste se realiza ante el fedatario responsable y por la vía escogida por los interesados.

Este acercamiento a la relación jurídica destinada a conocer sus alcances, es lo que llamamos proceso de conocimiento, el cual no crea consecuencias jurídicas, sino que señala las existentes antes del proceso.

Como resultado de un proceso de conocimiento, se plasma la voluntad de las partes en un documento, que es la prueba concreta de la existencia del acto jurídico.

Este proceso de conocimiento se puede dar con anterioridad a la realización del acto y es el que se formaliza ante el Notario, o Juez de Paz.

Puede ser que los contratantes decidan tomar la vía procesal civil ante el Juez, en que el proceso de conocimiento se da previo a la resolución que aprueba la realización del evento. El acto jurídico formalizado por cualquiera de las vías antes citadas produce consecuencias jurídicas. Sólo se ha encontrado referencias al proceso de cognición como atribución de los Jueces, cuando por sus características, y tal como se da en la realidad, el proceso de conocimiento se da indistintamente a nivel de Notarios, Jueces o Arbitros. Inclusive, hay precedentes históricos que en la fase de cognición han dejado constancia de que se pacta la ejecución, con lo cual el rol del Juez se limitaba a ejecutarla.

Francisco Velasco Gallo, al referirse al Juicio Ejecutivo, hizo referencia a un precedente en la forma del ejercicio por el Escribano, ejerciendo la jurisdicción voluntaria, que presenta particular interés. Este precedente deja claro el rol de la costumbre en materia de jurisdicción voluntaria tal como se aplicaba en la práctica, en una forma que lleva a cuestionar cuál podría ser la actitud de aquellos que ejercen la judicatura frente a la administración de derechos de los particulares, en el sentido

de colaboración. El atribuirle el carácter de sentencia a una cláusula de ejecución no significa que deba ser un uso de carácter general, pero para casos específicos expresamente señalados en la ley, puede ser una sugerencia interesante a evaluar. Si recordamos que la jurisdicción contenciosa lleva un ánimo litigioso y dado el carácter de cosa juzgada de sus fallos, podemos observar que la actitud de los estatutarios italianos no se condicen con las atribuciones que se atribuye en la ley actual a la jurisdicción voluntaria.

«Con el fin de simplificar el trámite procesal, los estatutarios italianos crearon un nuevo tipo de procedimiento, basados en la idea de que las obligaciones que consten con certeza en un documento, deben encontrar inmediato cumplimiento; pero como la ley no ofrecía medios para realizar esa finalidad, la iniciativa privada empezó a insertar en los documentos públicos otorgados ante Notario, la llamada cláusula de ejecución, que consistía en que el deudor autorizaba al Juez para que a la presentación del documento se despachara ejecución, como si se tratara de una sentencia. Pero la falta de una sentencia condenatoria era un obstáculo para los romanistas. Los juristas italianos recurren entonces al Juicio simulado: ante el Juez, el actor demanda su derecho y el demandado lo reconoce; el fallo del Juez ordena cumplir lo convenido en el plazo señalado. Este procedimiento tampoco satisfizo, por lo que los Notarios introdujeron a principios del siglo XIII la siguiente práctica: la confesión de deber se efectuaba ante el Notario, y el *praeceptum de solvendo* lo dictaba el Juez. Como se ve la intervención del Juez era solamente formal, razón por lo que se procedió en otra forma: la confesión se prestaba ante Notario, quien emitía contra el obligado el *praeceptum de solvendo*, u orden de pagar lo convenido en el tiempo pactado, bajo apercibimiento de ejecución. Si el deudor no cumplía voluntariamente con la obligación, el acreedor presentaba el documento al juez para que éste ordenara la ejecución dictando el *mandatum de solvendo*, sin juicio, como si el documento fuera una sentencia.

Con el correr del tiempo el *praeceptum de solvendo* cae en desuso, y el documento privado adquiere la categoría de título ejecutivo, siempre que fuera reconocido ante el Juez y se confesara la verdad de su contenido.»⁷³

73 VELASCO GALLO, Francisco. *Derecho Procesal Civil*. Lima: Grijley, 1993. Pág. 1.

El error se encuentra en confundir procesos de conocimiento como sinónimos de actos jurisdiccionales. El juez hace un pleno acto de jurisdicción cuando falla en un litigio y produce el efecto de cosa juzgada, pero es un acto de jurisdicción contenciosa.

a) Proceso de Cognición:

«Aquel cuya finalidad consiste en obtener una declaración de voluntad y de consecuencias jurídicas por parte de un Juez o tribunal, como oposición al proceso de ejecución.»⁷⁴

Puede darse el caso de que cualquiera de los contratantes incumpla con alguna de las prestaciones a que se obligó en el compromiso inicial. Nos encontramos entonces frente a un proceso de ejecución en que las partes acuden a la vía procesal a fin de pedir la ejecución forzada de la prestación.

b) Proceso de Ejecución:

«El que pretende del órgano jurisdiccional una manifestación de voluntad o actitud distinta de la mera declaración acerca de la pretensión deducida. El proceso de cognición o declarativo en general, y el de ejecución, que conduce a la aplicación del pronunciamiento judicial, abarcan toda la esfera del proceso civil.»⁷⁵

Como prueba de la necesidad de delegación y de simplificar la formalización de las voluntades en actos jurídicos, se dan casos intermedios, que van desde procesos abreviados, como el ejemplo de la ley española que detallamos a continuación, hasta la intervención de Jueces de Paz en Escrituras Públicas, como ocurre en el caso peruano, ante la ausencia de Notarios en una plaza determinada.

«Por ley española de 1944, se ha establecido un proceso de cognición, que en verdad, es un declarativo especial, intermedio entre el juicio verbal y el de menor cuantía. Su conocimiento corresponde a los jueces municipales y comarcales. Toda la prueba se

74 CABANELLAS, Guillermo. Op. Cit. Pág. 250.

75 Ibídem.

practicará en audiencia pública, y en el acto del juicio se efectuarán aquellas probanzas que puedan llevarse a cabo inmediatamente. Rige la oralidad y la amplia intervención judicial, con facultades de investigación.»⁷⁶

Las discusiones comienzan cuando se trata de precisar en qué difiere la función del juez de la del administrador. Si nos aproximamos al tema, siguiendo la línea de investigación de Piero Calamandrei, encontramos dos caracteres representativos de la función jurisdiccional:

«a) que la jurisdicción es una actividad “secundaria”; y b) que la sentencia tiene naturaleza “declarativa“.»⁷⁷

Cuando hablamos de que la jurisdicción es una actividad secundaria, estamos hablando de que la intervención del Juez o del funcionario público en actos de jurisdicción representa siempre una sustitución por un órgano del Estado, a la actividad que debió ser ejercida por los sujetos representativos de la relación jurídica sujeta a discusión. Esta sustitución de actividad se refiere, desde luego, a la existencia de litigio y, por consiguiente, a la jurisdicción contenciosa. Si los particulares, sujetos de la relación jurídica y que tienen la condición de «actores primarios», no resuelven directamente la relación, se requiere recién la intervención de un Juez que realice la actividad secundaria, que constituye por principio una sustitución. Esta situación no se encuentra dentro del campo de lo que llamamos jurisdicción voluntaria sino que es eminentemente contenciosa.

El otro carácter atribuido a la jurisdicción es que la sentencia siempre tiene un carácter declarativo. La sentencia no crea derechos, ni crea nuevas relaciones jurídicas, sino que recoge la orientación legal destinada a regir la relación jurídica que sin intervención del Juez, existía ya antes del proceso.

El carácter declarativo existe en las sentencias de mera declaración de certeza y existe también en las sentencias de condena o de ejecución, en las que el Juez no hace otra cosa que pronunciar el mandato de la ley

76 Ibidem.

77 CALAMANDREI, Piero, Op. Cit., Pág. 20.

que impone al demandado el cumplimiento de una obligación. En las sentencias de ejecución siempre hay un enunciado declarativo de la obligación, que es la que conocemos como la fase de conocimiento, la cual afirma el Juez como fase inicial antes de la condena o de la ejecución forzada de la obligación. La ejecución forzada de la obligación es jurisdicción exclusivamente contenciosa, ya que no actúa como en las sentencias exclusivamente declarativas sobre hechos preexistentes al proceso, sino sobre hechos motivados por la sentencia. Hay que discriminar que la declaración de ejecución en la sentencia es jurisdicción contenciosa y la ejecución en sí es imperio puro. La dinámica del proceso se da así como una etapa de conocimiento que concluye en una declaración, llámese sentencia, auto o resolución de la cual las dos jurisdicciones participan; si hay ejecución, ya estamos hablando de declaración con contención y, si hay acción ejecutiva o punitiva de cumplimiento de la sentencia, estamos hablando de imperio. Lo importante de esta distinción está en desarticular el proceso discriminando qué partes se pueden organizar dentro de cada capítulo jurisdiccional. Si no distinguimos la esencia de la actuación del Juez, no podremos reformar el sistema.

Observamos que la mentalidad de la mayoría de los juristas actuales identifican jurisdicción con juzgamiento.

El aspecto de ejecución forzada es considerado implícito en el concepto y no debía estarlo. El hecho de mencionar el término de jurisdicción referido a la vía judicial no debe llevarnos a confusión con el tema de nuestro trabajo.

Recordemos que el término de jurisdicción unido a voluntaria, se refiere a un contexto específico que es atribuido por ley al Notario, con funciones determinadas, que no tiene relación con la etimología del término. En Roma, la jurisdicción fue una sola y formaba parte de un panorama general que compartía con los litigios, cuyo concepto unitario se ha perdido. Al no haber una definición de la jurisdicción voluntaria se optó por lo más sencillo, que es atribuir su existencia a la ley de su creación, negando el marco jurídico doctrinario con que existió en el derecho romano. El Juez se acerca al estudio del caso pasando siempre por una etapa de conocimiento, en que se aboca al estudio del hecho en sí y, como consecuencia de su estudio, toma la resolución (ejecución). Nuevamente, al mencionar que la jurisdicción es una actividad secundaria, nos estamos

refiriendo a que el Estado realiza una actividad en sustitución de la actividad de los particulares. Debería ampliarse el término al hecho de que el Notario es funcionario público porque realiza una función pública; en consecuencia, dejar claro que el proceso de conocimiento se puede dar en todos aquellos que realizan una sustitución o administración de voluntades con carácter público. El Juez se sustituye poniendo la voluntad de la ley en lugar de la de los litigantes. El Notario no se sustituye sino administra la voluntad de las partes, lo cual también se aplica a los Jueces en los actos de jurisdicción voluntaria o no contenciosa.

A su vez, la sentencia siempre tiene un carácter declarativo ya que, al momento del pronunciamiento del Juez en procesos declarativos o de ejecución, está dejando constancia de una situación legal determinada y de cuál es la voluntad de la ley sobre la misma situación. Aquí, el Juez está declarando el derecho, dejando constancia de un camino para la ejecución del mismo derecho, lo cual no es identificable con la ejecución del ejercicio forzado del mismo derecho. En consecuencia, el carácter declarativo está presente tanto en procesos de conocimiento, como cuando el conocimiento conlleva ejecución.

Al acercarse al conocimiento de la situación jurídica, el Notario analiza los elementos que le son proporcionados por los interesados, realizando una aproximación al tema con las mismas características de cualquier acción de conocimiento para profundizar en el tema y tener un panorama completo de la situación. Frente al pedido de formalización, examina si el documento se ajusta a derecho, le agrega por mandato legal, «agregue lo de ley», todos aquellos recaudos que se exigen en las normas legales para que el documento definitivo surta efecto, con lo cual está realizando una actividad secundaria y el resultado se plasma en un documento con fe pública y carácter declarativo. El sistema legal moderno, en la identificación que establece la ley de jurisdicción contenciosa con jurisdicción en general, ha llevado a que la confusión se profundice en mayor medida.

«La jurisdicción actúa voluntades concretas de ley que sean al mismo tiempo:

- a) Concernientes a personas diversas del Juez;
- b) Nacidas ya antes del proceso, sirve para dar, en mi concepto, una idea clara y precisa de lo que es la función jurisdiccional; la definición de la cual, cuando tenga en cuenta uno solo de los dos

caracteres que acabamos de indicar, resultará probablemente incompleta.»⁷⁸

4. CONTENIDO DEL CONCEPTO

El contenido del concepto de jurisdicción, tal como se ha comprobado a través de este trabajo, trasciende ampliamente la etimología y, de la distinción primitiva romana entre jurisdicción contenciosa y voluntaria, ha evolucionado ampliamente, perdiendo atributos en el transcurso de la historia identificándose erróneamente con la actuación exclusiva por el Poder Judicial. La doctrina, sin negar la existencia de varios tipos de jurisdicciones, se ha especializado, desarrollando con amplitud su relación con los fallos en procesos.

«Jurisdicción común ordinaria.- Es la que se ejerce en general sobre todos los negocios comunes y que ordinariamente se presentan, o la que extiende su poder a todas las personas y cosas, que no están expresamente sometidas por la ley a jurisdicciones especiales.»⁷⁹

Es interesante ver las distintas definiciones de jurisdicción que han servido de inspiración a muchos tratadistas e inspirado legislaciones.

«Chiovenda define la jurisdicción como la 'sustitución de la actividad individual por la de los órganos públicos, sea para afirmar la existencia de una actividad legal, sea para ejecutarla ulteriormente'.»⁸⁰

De acuerdo a los estudios anteriormente citados, sabemos que la sustitución en sí, como actividad secundaria, no es un atributo exclusivo de la jurisdicción. Hay jurisdicción en la actividad privada de particulares destinatarios de la norma que puede ser formalizada ante Notarios y esta acción constituye jurisdicción.

78 CALAMANDREI, Piero. Op. Cit., Págs. 21 y 22.

79 CABANELLAS, Guillermo, Op. Cit., Pág. 470.

80 *Ibíd.*, Pág. 469.

Alsina⁸¹ nos trae una definición de jurisdicción más de acuerdo con el discurso histórico, pero incompleta. El problema de fondo es que el poder judicial dentro de la especialidad que el mundo moderno exige en cuanto a eficiencia de las instituciones, no debería formalizar actos de jurisdicción voluntaria. Lo coherente sería deslindar funciones, respondiendo a una visión clara de lo que representan la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria. Hemos visto que en el Derecho Romano la separación no era absoluta. Los Jueces realizaban por excepción actos de jurisdicción voluntaria y los *tabelliones* realizaban, por excepción, actos de jurisdicción contenciosa. Vemos también que en el Perú los Jueces realizan actos de jurisdicción voluntaria y, en el caso de ausencia de Notarios, los Jueces de Paz hacen sus veces.

Alsina dice que:

«La jurisdicción es la potestad conferida por el estado a determinados órganos para resolver, mediante la sentencia, las cuestiones litigiosas que le sean sometidas y hacer cumplir sus propias resoluciones; esto último como manifestación del imperio.»⁸²

Alsina no menciona los actos de jurisdicción voluntaria que, de hecho, se dan en la legislación como atribución del poder judicial y, tampoco, la que se da fuera del poder judicial. La lectura doctrinaria debería llamarnos a reflexión acerca de que los actos no contenciosos son una actividad agregada dentro de las funciones del poder judicial.

La jurisdicción voluntaria es un concepto que no fue precisado en la ley y cuyo contenido es materia de frecuentes discusiones. Lo verdaderamente comprobable es que existe y que, con prescindencia del concepto, llena una función en la organización social. La discusión sobre su contenido es interminable y hay numerosas fuentes.

«Una verdadera zona gris en el marco de las relaciones entre jurisdicción y administración la constituye la llamada jurisdicción voluntaria que ha planteado a muchos autores la cuestión de si se trata de verdadera jurisdicción. Muchos de ellos, quizá la mayoría,

81 ALSINA. Citado por CABANELLAS, Guillermo. Op. Cit., Pág. 470.

82 Ibidem.

tienden a considerarla materia administrativa, no jurisdiccional, o en otros términos, un caso típico de funciones administrativas confiadas a los jueces por una tradición que, según algunos, bien valdría la pena revisar.»⁸³

Estudiosos de la jurisdicción voluntaria como Fernando de La Rúa, inmersos en la jurisdicción como atributo del poder judicial, han intentado probar acercándose a la experiencia de nuestro tiempo, la existencia y validez de la misma; citando a Calamandrei, en sus estudios de jurisdicción voluntaria, afirma que:

«La primera de las consideraciones relativas a la jurisdicción voluntaria es la inherente a su heterogeneidad. La imprecisión en torno al concepto trasciende en primer lugar a su regulación legislativa; en segundo lugar, a su naturaleza jurídica.»⁸⁴

Al hablar de jurisdicción voluntaria, hablamos de un derecho vivo, que se ejerce en nuestro entorno más frecuentemente que la llamada jurisdicción contenciosa.

Fernando de la Rúa cita también a Alcalá Zamora quien afirma, acerca de la jurisdicción voluntaria, que:

«Los estudios adolecen de un grave y muy visible defecto: el olvido de la casuística.»⁸⁵

Podemos citar muchos casos que se encuadran en la llamada jurisdicción voluntaria, la mayoría de ellos por mandato de la ley, y que por tradición jurídica de cercana data son ejercidos ante el Juez.

Manuel Ibáñez Frocham, citado por Fernando de La Rúa, da una idea de qué actos jurídicos son en su concepto de jurisdicción voluntaria, tal como los enumera a continuación:

83 DE LA RUA, Fernando. *Jurisdicción y Administración*. Buenos Aires: Lerner Editores Asociados, 1979. Pág. 36.

84 *Ibíd.*, Pág. 37.

85 *Ibíd.*, Pág. 38

«a) actos de constitución de derechos, ej. discernimiento de tutela; b) actos de homologación, ej. aprobación del concordato, del testamento, de la cuenta particionaria en el sucesorio; c) actos de constatación, ej. declaratoria de pobreza y de ausencia; d) actos de autorización, ej. venia para enajenar bienes de menores, autorización para comparecer en juicio.»⁸⁶

Hay muchos casos que están encuadrados en situaciones límites y despiertan dudas acerca del tema del cual estamos hablando. Los tratadistas expresan dudas y no hay pronunciamientos claros. Esta afirmación da más sentido a la interrelación que existe entre actos de jurisdicción voluntaria y los pronunciamientos judiciales no contenciosos. Lo fácilmente comprobable es que hay una tendencia a que los actos de jurisdicción voluntaria sean fácilmente ejecutables y formalizables.

Fernando De La Rúa, apasionado defensor de la jurisdicción voluntaria, profundiza en la situación límite del tratamiento de la doctrina respecto a figuras jurídicas cuya atribución a una u otra jurisdicción es dudosa. El hecho de que exista una profunda elaboración sobre la atribución antes citada no quita el precedente histórico que nos enseña que la atribución de una u otra jurisdicción no era tan importante como la diferencia entre una y otra por la actitud litigiosa o la carencia de ella en los intervinientes. Sabemos que la diferencia entre las dos jurisdicciones se presta a dudas, en cuanto a la situación limítrofe que las separa, por lo que es imprescindible discriminar el ánimo con que intervienen las partes que es el mejor criterio de distinción, como tendencia.

Al respecto, podríamos concluir lo siguiente:

- 1) La norma de carácter general se especializa cuando se produce el evento y, de ser una norma que se dirige a todos y a nadie, se convierte en una norma dirigida a un individuo concreto o a un conjunto de individuos.
- 2) El proceso nace cuando la gente no entiende la norma o se niega a su aplicación.
- 3) El Juez es destinatario de la norma procesal. Nunca es destinatario

86 Ibidem.

de la norma jurídica sustancial.

- 4) Si la norma jurídica se concretara siempre a través del pronunciamiento del Juez, la sentencia sería constitutiva de derechos, y el Juez, el inevitable intermediario entre la ley y los sujetos que conforman la sociedad.
- 5) La actividad del Juez durante la etapa de conocimiento no modifica el tema del juicio, sólo pone en claro la existencia y el modo de ser de la relación. Esta actividad siempre tiene carácter constitutivo frente a la relación procesal. El Juez no tiene por función declarar las voluntades de ley sino ejecutarlas.

5. EL PROBLEMA DEL VALOR PROTEGIDO POR LA LEY

En relación a nuestro trabajo, es importante observar el campo de acción de la jurisdicción voluntaria y los problemas derivados de las diferencias que establece la aplicación del precepto romano que la distingue de la jurisdicción contenciosa por la actitud litigiosa de las partes. Tener claro el concepto, nos permite visualizar un vasto campo de acción, que crea la necesidad de discriminar ante qué agente legal se canaliza el tema sujeto a acuerdo o discusión. Si todos están de acuerdo, aunque tengan intereses contrapuestos, como en la Declaratoria de Herederos, podrían formalizar sus voluntades mediante la aplicación de un sistema legal como el notarial, que evite la necesidad de acudir al Poder Judicial para dejar constancia de su acuerdo. Esta actitud, en el caso de los procesos declarativos se percibe con mayor claridad. Lo verdaderamente importante es tomar conciencia de que la misma pauta es aplicable a procesos no considerados, actualmente, en la ley en el capítulo referente a los no contenciosos, y que se formalizan ante el Poder Judicial bajo las reglas de juego de los procedimientos contenciosos, a pesar de no existir en los intervinientes un ánimo litigioso y que, aplicando el mismo principio podrían ser resueltos en el ámbito notarial sin necesidad de acudir ante el Juez, Arbitro o a otro sistema paralelo. Ante la posibilidad de producir un cambio en el mundo del derecho que contribuya a un avance en materia de métodos jurídicos se impone la necesidad de un estudio detallado de las distintas figuras legales, discriminando cuál es su naturaleza jurídica en relación con la voluntad de las partes. Estamos inmersos en un sistema legal que sistemáticamente ha puesto énfasis en la libertad para consentir en el ejercicio de derechos, en la capacidad personal de

los intervinientes, en la licitud del acto jurídico, en la forma que se va a optar al formalizar acuerdos, pero en ningún momento se ha estudiado la actitud litigiosa o la carencia de ánimo litigioso de aquellos que intervienen, como un elemento indispensable al momento de escoger la vía de actuación de derechos. La distinción entre las dos jurisdicciones deja latente la necesidad de estudiar y reconocer la actitud de los interesados en la relación jurídica como un elemento esencial, que debe ser recogido por la ley en forma expresa, que deje en libertad a las partes para decidir el camino más adecuado a sus intereses.

Al analizar la situación legal de las distintas figuras jurídicas que están inmersas en cuanto a su ejercicio en el Poder Judicial, existe la tradición o la idea de que cuando interviene este poder del estado se confiere una garantía mayor al derecho protegido. El hecho de que el Poder Judicial tenga atribuciones políticas adicionales a la labor de juzgamiento, no contribuye a perfeccionar la formalización de voluntades; al contrario, al asumir como contenciosas acciones que en su esencia no lo son, dificulta el ejercicio de éstas, y recarga a la judicatura de labores que desnaturalizan su función esencial de resolución de conflictos y que evidentemente disminuyen su capacidad de actuar en el papel de "Poder del Estado", como ente reformador del mismo poder que ejerce y como supervisor eficiente de sus propias dependencias.

A fin de discriminar la verdadera naturaleza de la idea en discusión, es pertinente la reflexión.

Cuando hablamos del derecho debemos tener claro si nos referimos al derecho en sí, o a sus métodos de aplicación. Por derecho entendemos el atributo de la persona humana dirigido a organizar sus potencialidades más íntimas en sentido de afirmación, que se impone como un imperativo que no admite oposición, porque protege el desarrollo de la especie, su reproducción y proyección hacia el futuro, creando las condiciones de paz social. Para proteger el derecho a la vida, como derecho primario, surgen diferentes derechos que ocupan una graduación de prioridades, desde lo esencial a lo accesorio. La cercanía a los derechos esenciales es la causa de su mayor o menor importancia para la seguridad vital. Frente a estos derechos existen organizaciones sociales que se rigen por normas creadas para asegurar el ejercicio de los mismos derechos. Son métodos creados para proteger los derechos esenciales para la existencia humana.

La complejidad de la organización social ha producido diversas especialidades del derecho relacionadas con la necesidad de protección de derechos de prioridad superior, adquiriendo esas mismas ramas, la categoría de ciencias. Ejemplo de ello son las derivadas de las distintas jurisdicciones ejercidas por los magistrados señalados por la ley, para proteger derechos de rango mayor. Estos métodos tienen como función permitir el desarrollo de las actividades que hacen efectivo el ejercicio del poder inherente al derecho protegido y derivado de él. Históricamente, han existido muchos métodos o sistemas procesales e instituciones, relacionados con las necesidades sociales de un momento determinado. La mayor o menor importancia de los métodos de ejecución tiene relación con la importancia y el rol que les atribuyó la sociedad. En Roma los métodos para ejercer derechos se planteaban inicialmente ante el Pretor y luego ante los magistrados a quienes se delegó similar actividad. Al distinguir la jurisdicción contenciosa de la jurisdicción voluntaria, los magistrados de acuerdo a las necesidades del derecho protegido, lo ejercieron con características diferentes. La jurisdicción voluntaria se caracterizaba por su inmediatez, en cambio en la jurisdicción contenciosa el proceso era más largo, requiriéndose la probanza y labor de juzgamiento. Al elevar en el siglo XIX la judicatura a la categoría de Poder del Estado, se le atribuyó un rol de autoridad moral derivado de su nueva investidura, sin distinguir que la atribución política no necesariamente iba acompañada de una cualidad especial que diera una mayor protección al derecho que interesaba proteger. Los procesos de jurisdicción voluntaria sufrieron en cambio un deterioro sistemático por no habersele reconocido su auténtica utilidad en el medioevo, por existir un comercio restringido y haber desaparecido el sistema social que permitió su desarrollo.

La actitud dogmática, derivada del desconocimiento de los sistemas de aplicación del derecho alternativo al Poder Judicial, ha impedido el desarrollo de la alternativa y de la legislación que reglamentara la posibilidad de su existencia.

A fin de facilitar la comprensión de la idea de protección de los derechos es importante aproximarnos a ellos, con el objeto de distinguir el derecho en sí de los métodos de aplicación del mismo derecho.

Para entender la naturaleza del derecho protegido, debemos acercarnos al tema de los valores y cómo se expresan en pautas generales de

regulación social. Los valores protegidos por la ley crean derechos primarios, esenciales. Alrededor de ellos surgen normas que regulan la aplicación de los mismos derechos. Estos constituyen métodos de protección del derecho que creó la necesidad de su existencia, los cuales son plasmados en nuevas normas que, con el tiempo, han adquirido la característica de especialización, con reglas de juego peculiares y diferenciadas, como los derechos procesales, pero que tienen en común el contribuir a la preservación de los derechos esenciales. Aristóteles decía con respecto al bien:

«Todo arte y toda investigación, y del mismo modo toda acción y elección, parecen tender a algún bien; por esto se ha dicho con razón que el bien es aquello a que todas las cosas tienden.»⁸⁷

El bien es un concepto absoluto y condensa una actitud dinámica referida a aquello que consideramos un fin bueno, lo cual es un concepto subjetivo y variable. Subjetivo como elaboración mental de aquello que consideramos bueno, entendiendo la bondad como una actitud hacia los demás miembros que integran la sociedad, a su desarrollo, su proyección futura y variable, porque se da como tendencia. Lo que es bueno, está relacionado con el nivel cultural y el criterio valorativo de las distintas personas que forman la sociedad. En consecuencia, hay que estructurar un concepto de esencia del bien que sea común a todos los fines propuestos y que los contenga a todos. Este bien está más vinculado al bien de la mayoría, entre los que integran la "*polis*". Continúa Aristóteles:

«Y puesto que la política se sirve de las demás ciencias prácticas y legisla además qué se debe hacer y de qué cosas hay que apartarse, el fin de ella comprenderá los de las demás ciencias, de modo que constituirá el bien del hombre; pues aunque el bien del individuo y el de la ciudad sean el mismo, es evidente que será, mucho más grande y más perfecto alcanzar y preservar el de la ciudad.»⁸⁸

Dentro del concepto del bien, hay que discriminar qué es lo que tienen en común los distintos fines perseguidos por los individuos que

87 ARISTOTELES. *Ética a Nicómaco*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1959. Pág. 1

88 *Ibíd.*, Pág. 2.

integran la sociedad. Así un pobre considerará que la felicidad y el bien estarán vinculados con la búsqueda de prosperidad; un enfermo, con la salud; un esteta, con la belleza; un místico, con la religión; un jurista, con la justicia; los titulares de una empresa, con la existencia de un aparato estatal que les permita defender su derecho, y, los gestores de un conglomerado de empresas, con un orden social corporativo que les permita llegar a acuerdos intersocietarios que faciliten la obtención del lucro como fin del comercio; un Estado, con el bien y el desarrollo de la población del país que gobierna; y, así sucesivamente. Estos distintos fines no son estáticos y contemplativos, sino que generan acciones dinámicas ligadas a su consecución. Luego, no basta con la existencia de un fin, sino que la obtención del mismo debe ser el objetivo principal. La política, relacionada con todos aquellos fines subordinados a ella, facilitarán la obtención del bien social.

La ciencia en general se ha desarrollado, adquiriendo a partir del siglo XIX avances no igualados con anterioridad. Las ciencias sociales han contribuido a explicar el fenómeno de la organización social y la proyección de los sistemas de gobierno frente a la aceleración del ritmo de vida que trae el avance tecnológico. Como consecuencia de este fenómeno nace la ciencia de la organización aplicada a la empresa en particular, y al consorcio de empresas que actúan bajo acuerdos de colaboración o de subordinación. Estas cobran importancia en nuestros tiempos tomando en consideración que es esencial su incorporación dentro del campo de la política, en relación de subordinación y al servicio del bien común. La organización empresarial es uno de los pilares del desarrollo y tiene carácter institucional ligado a su función social. Lo contrario convertiría a la organización empresarial y al orden social derivado de la misma, como fenómenos de nuestro tiempo, en partícipes del campo de los antivalores, de lo no ético.

«...y en toda acción y decisión es el fin, pues todos hacen las demás cosas en vista de él. De modo que si hay algún fin de todos los actos, éste será el bien realizable, y éstos sí hay varios.»⁸⁹

89 Ibid., Pág. 7.

El bien no es un objetivo variable sino que es una tendencia a la perfección. La felicidad y lo agradable están ligados a lo placentero de la obtención del fin bueno. El objetivo de la felicidad es la obtención de los más diversos fines que unidos constituirán la aproximación a la felicidad.

«...en general consideramos perfecto lo que se elige siempre por sí mismo y nunca por otra cosa. Tal parece ser eminentemente la felicidad, pues la elegimos siempre por ella misma y nunca por otra cosa.»⁹⁰

La práctica del bien está ligada a una actitud creativa frente a la vida. El fenómeno del bien social está relacionado con el estilo de vida individual, con proyección social, en la búsqueda de la virtud y de la felicidad. Este estilo de vida “virtuosa” es el que se propugna en la sociedad. Así:

«...decimos que la función del hombre es una cierta vida, y ésta una actividad del alma y acciones razonables, y la del hombre bueno estas mismas cosas bien y primorosamente, y cada una se realiza bien según la virtud adecuada; y, si esto es así, el bien humano es una actividad del alma conforme a la virtud.»⁹¹

«Por tanto, lo mejor, lo más hermoso y lo más agradable es la felicidad y estas cosas no están separadas como en la inscripción de Delos: *Lo más hermoso es lo más justo; lo mejor, la buena salud; lo más agradable, alcanzar lo que se ama.*»⁹²

La abstracción de la tendencia al bien, unificando el conjunto de los fines buscados constituye la justicia, que es identificada con el bien y, en consecuencia, es un fin supremo, el cual está relacionado con el bien común, con la equidad, con dar a cada cual lo que le corresponde, teniendo como común denominador la proyección hacia otros miembros de la sociedad.

«Pues bien, vemos que todos están de acuerdo en llamar justicia a

90 Ibidem.

91 Ibid., Pág. 9

92 Ibid., Pág. 11.

la disposición en virtud de la cual los hombres practican lo que es justo, obran justamente y quieren lo justo.»⁹³

Dentro del concepto de lo valorativo, en función del concepto de sociedad entendida como conjunto de individuos, vemos que el concepto de virtud, de ideal a conseguir, está directamente ligado a un deber ser, a un mandato de actitud positiva hacia lo bueno, y hacia aquello que entendemos como bien común. El bien está ligado a la ley, porque se materializa en las normas que deben reflejar lo bueno, y es la forma como el mandato se exterioriza hacia la sociedad. Lo contrario al bien común sería un antivalue, que se diferencia por la actitud opuesta, con lo no equitativo.

«Por consiguiente, lo justo es lo legal y lo equitativo, y lo injusto lo ilegal y lo no equitativo.»⁹⁴

El concepto de bien es unitario porque contiene todas las virtudes. Ello nos lleva a discernir, cómo un concepto absoluto puede estar compuesto de tantas variables, las cuales están ligadas a diferentes fines buenos, de acuerdo a la concepción de cada autor. La suma de fines parciales éticos, crea una tendencia a un fin que los contiene a todos. El concepto de tendencia evolutiva está presente. La ley y el bien no son conceptos estáticos, al contrario, la importancia del derecho protegido exige su dinamismo. Lo que es bueno en determinada circunstancia, no es lo mejor si varían las circunstancias que nos llevaron a la conclusión inicial. Pero hay conceptos que se pueden discriminar y que se reflejan en las actitudes. En cualquier variable, si buscamos la virtud, lo bueno, estaremos en la línea correcta.

«Las leyes se refieren a todas las cosas, proponiéndose lo que conviene en común a todos, o a los mejores, o a los que están en el poder, o alguna otra cosa semejante; de modo que en un sentido, llamamos justo a lo que es de índole para producir y preservar la felicidad y sus elementos para la comunidad política.»⁹⁵

93 *Ibíd.*, Pág. 70.

94 *Ibíd.*, Pág. 71.

95 *Ibíd.*dem.

Cuando hablamos de virtud siempre nos referimos a lo social, porque lo bueno como tendencia se advierte en términos de proyección hacia los demás. Lo creativo, justo y equitativo, se relaciona con el “nosotros” social. Siempre que hablamos de justicia, habrá una proyección hacia otro ser humano, y a todo aquello que contribuya a la protección y desarrollo del individuo y del conjunto de individuos que forman la sociedad. El concepto de proyección hacia los demás, y de bien ligado al desarrollo de otro ser humano, estará siempre vinculado a la idea de lo que él, o los seres humanos detentadores del poder, consideren mejor a la luz de los valores, para la mayoría de los miembros de la comunidad humana, y no únicamente la de aquellos que se encuentren en su entorno. La globalización de la economía, y la cada vez mayor interrelación entre las distintas sociedades, crean la pertinencia de esta reflexión y la necesidad de dejar constancia de que los distintos bienes y el cómo obtenerlos, deberán estar subordinados a principios ideados en términos de colaboración y solidaridad internacional.

«...la justicia es, entre las virtudes, la única que parece consistir en el bien ajeno, porque se refiere a los otros;...el mejor, no el que usa de virtud para consigo mismo, sino para con otro, porque esto es difícil de hacer. Esta clase de justicia no es, por tanto, una parte de la virtud, sino la virtud entera.»⁹⁶

Dentro de los fines perseguidos, los elementos culturales, extralegales, y con una particular valoración derivada de aquello que consideramos bueno, influyen en forma sustancial en la concepción de la ley e inspiran la misma. El espíritu legal se deriva de la óptica peculiar del autor de la ley, su toma de posición frente a la vida y la valoración del legislador. Al hablar de la valoración del bien, la adhesión al mismo como valor, debemos dejar constancia que en el panorama de búsqueda, la moral juega un importante papel. El rol de la moral que viene del latín “*mores*” que significa costumbre, es significativo y determinante de la ley. La costumbre buena se identifica con la moral, siempre que esta moral se encuentre inspirada en principios éticos. Esta moral puede estar determinada por un elemento religioso, un elemento mercantilista derivado de la búsqueda del lucro, o por otro valor. La validez del mismo deriva de su

96 Ibid., Pág. 72.

adhesión por un mayor grupo de personas que lo sustenten, lo cual a veces puede representar el peligro de estar en la zona limítrofe entre valor o antivalor. Recordemos que la moral está ligada al bien como preservación de valores sociales. Uno de los valores es la vida, y toda costumbre que atente contra la vida, directa o indirectamente sería un antivalor. La superestructura del derecho de las corporaciones, conglomerados de sociedades, por su alejamiento del ser humano como persona, trae implícito el peligro de la valorización del lucro como valor primigenio, e indirectamente el antivalor de que este lucro influya en la destrucción de vida, el deterioro de la salud, y ponga en peligro a las personas que conforman la sociedad de origen del poder político y económico, o de las sociedades periféricas partícipes del fenómeno económico, lo cual no podría ser convalidado por la moral, que sería apreciada a la luz de valores sociales y humanísticos relacionados con lo ético.

Otros patrones culturales, como por ejemplo la valoración religiosa, puede ser un elemento que intervenga cuando las convicciones del legislador influyan en el espíritu de la ley. Jacques Leclerc dice:

«Se presta adhesión a una religión, porque se tiene confianza en el carácter sagrado de la tradición que la expresa o en el maestro que la anuncia, mientras que a una doctrina filosófica nos adherimos porque esta doctrina, tomada en sí misma, satisface el espíritu.»⁹⁷

Frente a este panorama sintético, reflexionamos acerca de la actitud de búsqueda con tendencia hacia lo justo como un proceso lícito que sufre innegables influencias derivadas de los elementos culturales de aquellos con capacidad de crear leyes, y cómo sus actitudes y valores han adquirido presencia en las distintas legislaciones que han llegado hasta nosotros.

Los métodos procesales llenan una importante función relacionada con el ejercicio oportuno del derecho protegido. Considerando que los métodos de ejercicio de los derechos protegidos están plasmados en la

97 LECLERCQ, Jacques. *Las grandes líneas de la filosofía moral*. Madrid: Editorial Gredos, 1960. Pág. 30.

ley, observamos que algunas vías procesales, como el Código Procesal Civil, son usadas como el más avanzado sistema que existe en la actualidad en el Perú para permitir la resolución de situaciones litigiosas, y también como la vía necesaria para resolver situaciones que tienen otras vías de resolución, tomando en consideración que la graduación del derecho protegido requiere la máxima seguridad. Los métodos destinados a la administración de los derechos no son estáticos. Al contrario, el dinamismo que genera la vida en su conjunto exige que, sin poner en peligro la calidad del método se proteja el derecho en mejor forma. Aferrarnos a un sistema procesal diseñado con objetivos diferentes, como la contención, no da mayor garantía a los derechos protegidos. Igual caso es el de la instancia o el organismo ante quien se acude para la realización de procesos en situación de acuerdo. La institucionalidad de la misma la da el marco jurídico, la necesidad social de su creación, la estabilidad y duración en el tiempo y la especialización e idoneidad del funcionario que la ejerce. Luego, la garantía de protección de los derechos no debe ser vista a la luz de lo estático, sino que debe buscarse la forma de darle dinamismo, lo que ayudaría a una protección oportuna de derechos.

La jurisdicción voluntaria fue creada como el procedimiento adecuado para dejar constancia del acuerdo de voluntades, en que por la necesidad del derecho protegido debía intervenir el magistrado como elemento formalizador. El hecho de que la palabra "magistrado" haya perdido su connotación histórica cuando el que interviene en la formalización de derechos sea un Notario, no cambia la esencia del derecho protegido, ni que el sistema más adecuado de protección del mismo sea la vía notarial. Ello abre la polémica que invita al estudio de las diversas figuras jurídicas que existen en nuestro sistema, a fin de determinar las variables que pueden presentarse en su ejercicio y acerca de la existencia de ánimo litigioso o no. Se permitiría de esta manera definir cuál es el sistema de formalización de voluntades que más garantía pudiera prestar al derecho protegido. El método para lograr que el proceso y el derecho protegido sean más ágiles y eficientes, puede ser variado escogiendo el más largo y complicado cuando las concepciones del legislador lo consideren conveniente. En este caso el método se convierte en un instrumento en manos del legislador cuando por sus convicciones usa sistemas destinados a disuadir a las partes en el ejercicio de derechos.

Un ejemplo claro es el del tratamiento del Divorcio por Mutuo

Disenso en la legislación peruana. El valor protegido es la institución del matrimonio, que es el bien que interesa conservar a la sociedad. Como se trata de una disolución del vínculo matrimonial por mutuo disenso, sabemos por el desarrollo de nuestro trabajo que hay intereses contrapuestos, aunque no ánimo litigioso. Luego, lo que debemos considerar no sólo es el valor protegido por la ley, sino los métodos destinados a conseguir su oportunidad en cuanto a aplicación. Teóricamente, esta disolución del vínculo entraría dentro del campo de la llamada jurisdicción voluntaria, que al igual que el ejercicio de la jurisdicción contenciosa, constituye un método de aplicación de lo jurídico. Históricamente, sabemos que en Roma la efectuaba el Pretor sin intervención de ningún otro tipo de funcionario, y que en el período justiniano se hacía directamente ante *Tabelliones*. La intervención del juez, por delegación del magistrado, sólo era necesaria en caso de conflicto y no de acuerdo. Cuando se dio con posterioridad un elemento religioso católico ligado al matrimonio, el elemento cultural del legislador influyó prohibiendo el divorcio en algunas legislaciones, y en otras permitiéndolo, pero creando el sistema legal destinado a disuadir a aquellos que participaban del proceso. Se pudo escoger el sistema de disolución del vínculo por mutuo disenso ante el Notario, lo cual lo convertiría en un trámite más expeditivo, que no recargaría innecesariamente al Poder Judicial, ni interferiría con las garantías que el espíritu de la ley señala para la protección del derecho protegido, es decir el matrimonio como institución, y como consecuencia, su disolución. Otra opción es, de ser ésta la intención del legislador, el escoger la vía judicial como el método más adecuado para, supuestamente, proteger la institución del matrimonio, cuando lo que se está creando es un método más difícil para obtener su disolución, al introducir la necesidad de un calendario procesal largo, diligencias en que se supone que el Juez podría influir en la decisión de la disolución, buscando la conciliación, lo que por las características de nuestro sistema procesal peruano no ocurre, agregándole el hecho de que podría ser delegado en otro tipo de funcionario, como es el Notario. El fin perseguido, de evitar la disolución del matrimonio, no constituye en su ejercicio por el Poder Judicial, una garantía adicional de que el método empleado en la disolución, garantice más o menos el derecho protegido, sino que es un instrumento para desincentivar el divorcio. El ejemplo no busca establecer el método idóneo de disolución del matrimonio, sino explicar hasta qué punto son importantes los métodos empleados en la formalización de voluntades, al servicio de lo que el legislador considera mejor.

Los derechos protegidos se manifiestan en el mundo jurídico a través de la ley que contiene los preceptos de protección. Cuando se cuestiona la ley y el derecho protegido por la misma, no debemos caer en error, debemos discriminar el derecho protegido, y la ley que le da protección, de los métodos procesales de ejercicio del mismo. De lo que realmente se trata es de los métodos de protección legal de su accionar. Estamos hablando de los procesos de conocimiento de los cuales participan Notarios y Jueces y de los procedimientos de ejecución, exclusivos de los Jueces. Nos acercamos también a la vía destinada a su aplicación y al sistema de ejercicio en sentido dinámico, refiriéndonos al ejecutor, llámese Notario o Juez, como un oficial público en quien se delegue realmente discrecionalidad en su actuar, reponsabilidad en la función, y elementos de control y supervisión sobre su forma de aplicación del derecho. Evidentemente se explica la necesidad de una legislación que reglamente la vía notarial, en situaciones de acuerdo entre las partes del proceso, dotándola en forma flexible, de las facultades asignadas al Poder Judicial para los mismos casos.

El bien, en términos de búsqueda de un concepto en evolución constante tiende en la actualidad a una disminución de la distancia entre el valor protegido y el tiempo de consecución del mismo valor. El desarrollo de las comunicaciones, la tecnología moderna, la velocidad de la toma de decisiones empresariales, la inmediatez, cuestionan la validez de los sistemas, lo que conlleva una nueva actitud en términos de delegación en el agente de formalización de voluntades o de juzgamientos que lo faculden para desempeñar su rol social. No podemos concebir el problema del tiempo y efectividad del sistema, sin capacidad de decisión y delegación de responsabilidad en los agentes administradores de lo jurídico. La reforma de lo jurídico estaría vinculada al valor y lo bueno. Lo contrario sería un antivolor.

La lógica que exigen nuestros tiempos, abre la posibilidad de revisar los distintos derechos protegidos plasmados en la legislación, a fin de verificar la situación de acuerdo o ánimo litigioso de los partícipes del acto jurídico a realizarse y, según lo que se determine, establecer, vía legislación, cuál es la vía procesal de formalización más útil a los intereses de la organización de la sociedad en su conjunto.

6. PROPUESTA DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL PERÚ

- 1) Los actos de jurisdicción voluntaria que se encuentran legislados en forma inorgánica en nuestra legislación deben ser materia de estudio, a fin de definir los que la integran y de organizarlos en un cuerpo legal unificado.
- 2) El estudio de la legislación no sólo se debe referir a la agrupación de los actos de jurisdicción voluntaria en un mismo cuerpo legal, sino también a la adaptación de la ley a fin de establecer el sistema procesal a seguir con el objeto de que la incorporación de los actos materia de formalización que se encontraban inmersos entre las atribuciones del Poder Judicial, no pierdan garantías en su aplicación.
- 3) La ley debe establecer la forma en que se debe dar la coordinación del Notariado con el Ministerio Fiscal, a fin de que la supervisión de la sociedad se dé con la calidad que actualmente existe.
- 4) No se deben excluir los actos de jurisdicción voluntaria del Poder Judicial. Históricamente, la colaboración entre las dos entidades titulares de la jurisdicciones contenciosa y voluntaria, enriquecen la administración del mundo de lo jurídico y no le quitan garantías.
- 5) Se debe legislar siguiendo la tendencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el sentido de que los Jueces asumirán la formalización de procedimientos de jurisdicción voluntaria sólo en caso de ausencia o impedimento de Notarios y a su vez establecer la obligación de los Notarios de informar documentadamente a los Jueces de los asuntos litigiosos que se susciten ante ellos derivados de la formalización de actos de jurisdicción voluntaria, expresando su posición como fedatario frente a los mismos actos.
- 6) En su ejercicio, se debe aprovechar la experiencia de los Notarios que, por haber venido funcionando como formalizadores de los actos de jurisdicción voluntaria, pueden aportar su experiencia acerca del funcionamiento de la asesoría de las partes y cómo se puede adaptar ésta a los nuevos procedimientos.
- 7) Dejar constancia de que la posibilidad de esta reforma implica la modificación de la Constitución Política del Perú de 1993, del Código Civil vigente, del Código Procesal Civil, de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley del Notariado.
- 8) La misma reforma significa variar las reglas de juego por las que se rigen los actuales Notarios, a quienes la delegación de nuevas

funciones confiere una mayor responsabilidad. En consecuencia, deben tener un mayor control de la ley y de sus respectivos colegios profesionales, a fin de asumir sus funciones con libertad, estabilidad, responsabilidad y probidad.

9) A la luz de la historia, vemos que estos procedimientos tradicionalmente de jurisdicción voluntaria se hacían ante Notarios. El Código Procesal Civil, en la sección Sexta (arts. 749 al 840), establece las normas que rigen los procesos no contenciosos, entre los que se cuentan los siguientes:

- a) Inventario,
- b) Administración judicial de bienes,
- c) Adopción,
- d) Autorización para disponer derechos de incapaces,
- e) Declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta,
- f) Patrimonio familiar,
- g) Ofrecimiento de pago y consignación,
- h) Comprobación de testamento,
- i) Inscripción y rectificación de partida,
- j) Sucesión intestada,
- k) Reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero.

De ellos, los inventarios, la administración judicial de bienes, las adopciones, la autorización para disponer derechos de incapaces, la declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta, la constitución de patrimonio familiar, el ofrecimiento de pago y consignación, comprobación de testamentos, la inscripción y rectificación de partidas, y la sucesión intestada, son actos de jurisdicción voluntaria que en otras legislaciones las realizan Notarios. Aparentemente, por falta de conciencia y debido a una óptica dogmática acerca de las funciones del Poder Judicial, no se ha hecho un estudio adecuado acerca de la posibilidad de incorporarlas dentro de las funciones del Notariado.

BIBLIOGRAFIA

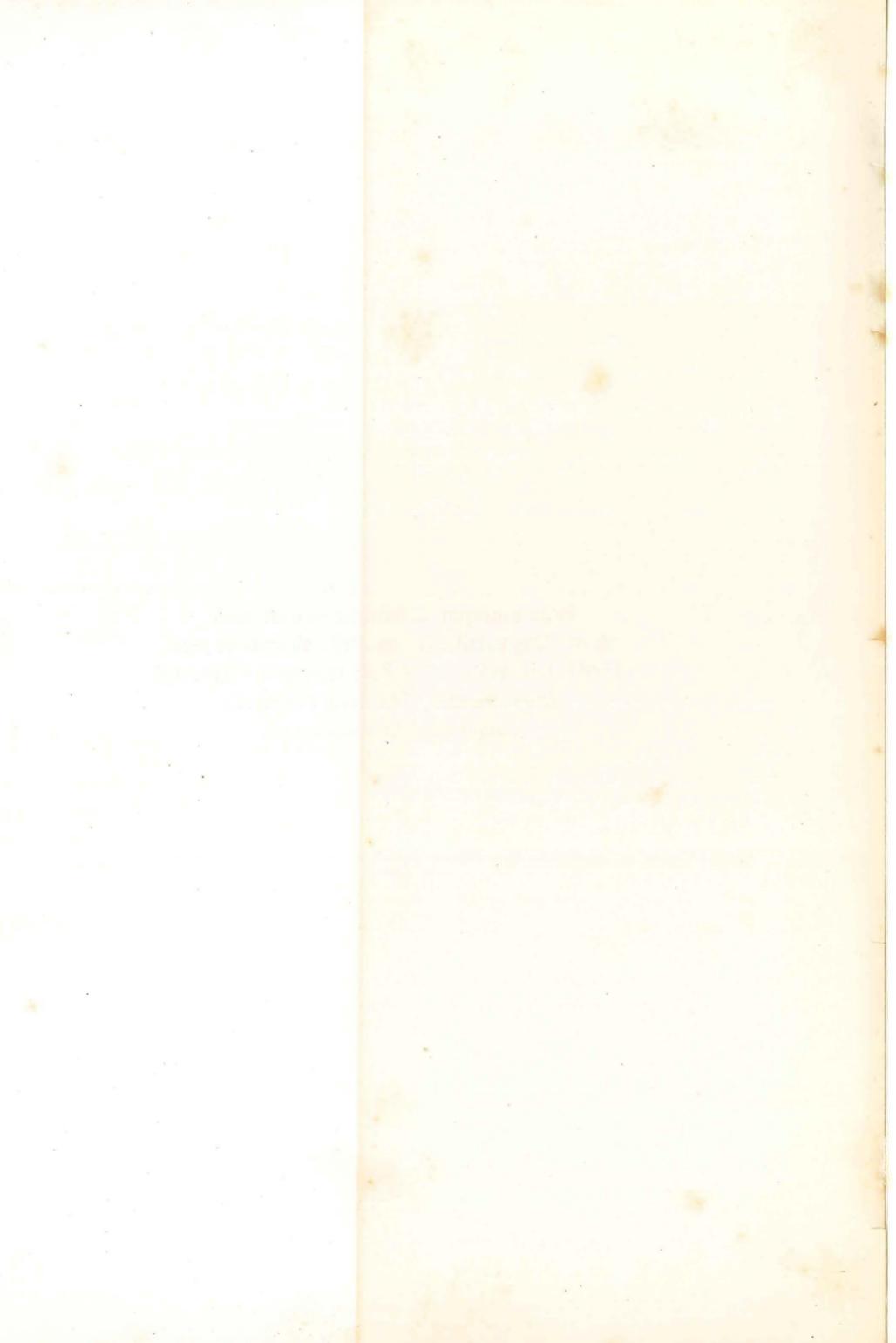
- ALCALÁ ZAMORA, Niceto *Nuevas Reflexiones sobre las Leyes de Indias*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1944.
- ALFONSO X, El Sabio *Las Siete Partidas*. Paris: Librería de Rosa y Bouret, 1861.
- ARANGIO RUIZ, V. *Las acciones en el Derecho Privado Romano*. Madrid: Edit. Revista de Derecho Privado, 1945.
- ARISTÓTELES *Ética a Nicómano*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1959.
- CABANELLAS, Guillermo *Diccionario del derecho usual*. Buenos Aires: Editorial Arayú, 1968.
- CALAMANDREI, Piero *El Proceso Civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.
- CALAMANDREI, Piero *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.
- CAPELLETTI, Mauro *Proceso, ideologías y sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972.
- CARO ESCALLON, Joaquín *El Notario Latino*. Bogotá: Editorial Temis, 1980.

- CARPIO AGUIRRE, Alfredo *Derecho Notarial*. Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos, 1967.
- CICERÓN, Marco *Las Leyes*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1953.
- COUTURE, Eduardo *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1985.
- DE LA RUA, Fernando *Jurisdicción y Administración*. Buenos Aires: Lerner Editores Asociados, 1979.
- DE LA LAMA, Miguel Antonio *Código de Procedimientos Civiles*. Lima: Librería e Imprenta Gil, 1912.
- DE SANCTIS, Gaetano *Hélide y Roma. El origen del Cristianismo*. Historia Universal. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 1933.
- D'ORS, Alvaro *Documentos y Notarios en el Derecho Romano Postclásico*. En: Cicerón, Marco. *Las Leyes*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1953.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio *Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano*. Madrid: Editorial Reus, 1986.
- FLOREZ BARRÓN, Alberto *Jurisdicción Judicial-Competencia Notarial y Fe Pública*. Trabajo presentado en el XX Congreso Internacional del Notariado Latino. Lima: Documento Interno, 1992.
- FUENTESECA, Pablo *Investigaciones de Derecho Procesal Romano*. Salamanca: Imprenta Nuñez, 1969.
- GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso *Corpus Juris Civilis*. Barcelona: J.

- Molinas, 1889-98. Tomos I, II, IV, V y VI.
- IGLESIAS, Juan *Instituciones de Derecho Romano*. Barcelona: Imprenta Escuela de la Casa de la Caridad, 1950-51.
- LASCANO, David *Hacia un nuevo tipo de proceso*. En: *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Año I, 1943.
- LECLERCQ, Jacques *Las grandes líneas de la filosofía moral*. Madrid: Editorial Gredos, 1960.
- MARTIRE, Eduardo *Guión sobre el proceso recopilador de las Leyes de Indias*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1968.
- MAZEAUD, Henry, León y Jean *Lecciones de derecho civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959-1965. Tomo I.
- MAZEAUD, Henry, León y Jean *Código Civil Francés*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959-1965. Tomo IV.
- MURO OREJON, Antonio *Cedulario Americano del Siglo VIII*. Sevilla: Publicaciones de la Escuela de Estudios Hispanoamericanos de Sevilla, 1977.
- OMEGA *Enciclopedia Jurídica*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1954.
- PLANIOL, M. Y RIPERT, G. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. La Habana: Ed. Cultura, 1927.
- RIVADENEYRA SÁNCHEZ, Juan *Jurisdicción Arbitral*. En: *Thémis Revista de Derecho*. Lima: Nro. 11, p. 15-19.

- RUIZ GUIÑAZU, Enrique *La magistratura indiana*. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1916.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Kapeluz, 1943.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos *El Poder Constituyente*. Segunda edición, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.
- SEIX, FRANCISCO *Enciclopedia Jurídica Española*. Barcelona: Francisco Seix Editores, 1910.
- VELASCO GALLO, FRANCISCO *Derecho Procesal Civil*. Lima: Grijley, 1993.
- Código Civil Peruano* Trujillo, Perú: Editorial Normas Legales, 1993. Tomo 189-A.
- Código Procesal Civil* Trujillo, Perú: Editorial Normas Legales, 1993. Tomo 189-A.
- Nueva Constitución Política del Perú 1993*. Lima: Editorial Inkari, 1994.
- Revista de Legislación Peruana*. Lima: Imprenta Justo Masías, 1836.

Este libro se terminó de imprimir en el
mes de abril de 1996, en los talleres gráficos de
Editorial e Imprenta DESA S.A. (Reg. Ind. 16521)
General Varela 1577, Lima 5, Perú.
Se hicieron mil ejemplares.



DE PROXIMA APARICION

RICHARD BURGER

*La Ocupación Prehistórica de Chavin
de Huantar*

MARGARITA GUERRA

La Ocupación de Lima. Vol. II

JORGE MARCONE

La Oralidad Escrita

CARLOS RAMOS NUÑEZ

El Código Napoleónico en América

MIGUEL ANGEL RODRIGUEZ

*Tras las Huellas de un Crítico: Mario
Vargas Llosa (1954 - 1959).*

VIRGINIA ROSASCO DULANTO

*Evolución del Derecho Marcarío
Peruano (1985 - 1994).*

ILEANA VEGAS DE CACERES

*Economía Rural y Estructura Social
en las Haciendas de Lima en el Siglo
XVIII.*

ANA VELASCO LOZADA - RICAR-
DO LEON

*Índice Analítico del Código Civil y
Ley de Arbitraje.*

EDUARDO VILLANUEVA*

*Internet: Breve Guía de Navegación
en el Ciberespacio.*

FONDO EDITORIAL

Av. Universitaria, cuadra 18,
San Miguel.

Apartado 1761. Lima, Perú

Tel.: 462-2540 (anexo 220) y

462-6390

