

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

4 LA FUNCIÓN NOTARIAL Y LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA (*) (1526)

MARTHA B. FARINI

SUMARIO

I. Introducción. II. Formalismo en el derecho y en el instrumento público. III. Exégesis de la escritura pública y su mantenimiento para determinados

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

casos. IV. Fe pública notarial y función notarial. V. Concepto de jurisdicción. VI. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria. VII. Analogías y diferencias entre la actividad judicial y la notarial. VIII. Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria. IX. Relación del tema con la determinación de la competencia notarial material. Jurisdicción y competencia. X. Competencia exclusiva o compartida en los actos de jurisdicción voluntaria. XI. Materias propias de la jurisdicción voluntaria. Casos de aplicación. XII. Congresos y Jornadas referidas al tema. Síntesis. XIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Suele acontecer en el mundo del quehacer jurídico lo que ocurre con los navíos. Nunca están exentos de un serio peligro, cual es el de encallar.

Y se observa, a lo largo de su trayectoria, que el notariado ha procurado que no encalle esa inicial y lógica tratativa de atraer a su fuero los actos de la llamada jurisdicción voluntaria.

No hacerlo así sería penetrar en un cierto estado de amnesia, respecto a nuestra institución, a la función misma, al pasado y presente notarial.

La tratativa puede sucumbir en la esterilidad de un recorrido, si consideramos que no tiene un verdadero destino por cumplir. Por el contrario, lograr la ampliación de la competencia a los supuestos de jurisdicción voluntaria es alcanzar el justo equilibrio.

Así, se ha dicho, en una vieja sentencia egipcia, que la mariposa no recuerda su existencia como gusano y, para ella, su origen permanece inaccesible (amnesia). El gusano, a su vez, no sabe que ha de convertirse en mariposa, y, para él, su propio destino, permanece inalcanzable y también inaccesible.

Entonces, al abordar el tema con verdadera conciencia de nuestras fuerzas, capacidad profesional y sentido de futuro, con el convencimiento de que el cambio propiciado beneficiará a la sociedad entera, no nos anquilesemos en la amnesia de la mariposa, ni en la ceguera suicida del gusano.

Para plasmar hoy lo conseguido con esfuerzo ayer, es imprescindible aunar los esfuerzos de antes, con los de ahora, sin prisa pero sin pausa. Es decir, en el justo equilibrio...

II. FORMALISMO EN EL DERECHO Y EN EL INSTRUMENTO PÚBLICO

La necesidad de concebir el documento como forma del negocio, o medio en que éste nace a la vida material y jurídica, otorgándole sus valores desde ese momento, y sin tener en cuenta la prueba o el proceso, fue abriéndose paso favorablemente.

La exigencia de celebrar el negocio a través de un medio formal se ve justificada por numerosas razones. Las virtudes que el formalismo encierra, independiente de la preconstitución de un medio de prueba, son entre otras:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1. Garantizar la realidad de la existencia del negocio.
2. Proteger con la ligereza y falta de premeditación de los sujetos negociales.
3. Dar fijeza a la conclusión del negocio permitiendo distinguirlo de actos preparatorios.
4. Facilitar la determinación del lugar y tiempo en que se celebraron.
5. Facilitar la interpretación de su contenido.
6. Dar seguridad a los terceros haciendo reconocibles por éstos los negocios en que puedan tener interés.
7. Conferir seguridad y facilitar el tráfico jurídico, al crear la ficción de codificar los derechos.
8. Asegurar la licitud y eficacia del negocio en los casos en que son formalizados por profesionales especializados.
9. Facilitar la recaudación de impuestos y la registración del acto (1)(1527).

III. EXÉGESIS DE LA ESCRITURA PÚBLICA Y SU MANTENIMIENTO PARA DETERMINADOS CASOS

Conforme con Miguel Falbo (2)(1528): "La escritura pública es el resultado de un procedimiento voluntario, establecido por la ley o convenido por las partes, realizado en presencia y con intervención de un notario, cuya finalidad principal es constituir derechos confiriendo las titularidades que resultan de los distintos negocios jurídicos".

Tales procedimientos no son "forma" de los negocios, sino actos de "formación", que hace que las relaciones obligacionales produzcan sus efectos y concluyan en la constitución del derecho querido.

Con esta concepción de la escritura pública, como procedimiento notarial de finalidad constitutiva, se confiere a los sujetos de la relación o negocio jurídico la titularidad que resulta de un nuevo estado, producido como consecuencia de una alteración de la realidad jurídica preexistente.

Son valores del documento notarial ser forma, ser prueba, ser título que confiere al investido seguridad jurídica. La seguridad, valor jurídico y expresión misma de la justicia, es la principal característica y valor de la escritura pública, de allí que debe ser siempre exaltada y defendida.

Como forma de valer de actos y negocios jurídicos de la más variada índole, resulta la conveniencia de mantener y extender su obligatoriedad, en atención no sólo a los intereses de las partes, sino a los más altos de la comunidad en general.

IV. FE PÚBLICA NOTARIAL Y FUNCIÓN NOTARIAL

Se ha dicho que uno de los fundamentos de la ampliación de la competencia notarial, por razón de la materia, es precisamente la fe pública que irradia del documento notarial y que, como veremos, es similar a la fe pública judicial.

Siguiendo a Couture (3)(1529), "la fe pública es una calidad propia, que la intervención notarial acuerda a ciertos instrumentos". Esa calidad es constante en todos los documentos emanados de escribano que actúe en el ejercicio regular de su función; pero su eficacia es variable, ya que esa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

calidad es independiente de la significación probatoria del documento.

El distinguido jurista dijo: "Que el concepto de fe pública se asocia con el de función notarial, de manera más directa que a cualquier otra actividad humana. El escribano da fe de lo que percibe por sus propios sentidos, y del derecho da fe a lo que el escribano asegura haber percibido, y, por dicha razón, esta fe es pública.

Sanahuja y Soler dice (4)(1530): "La responsabilidad es una garantía de actuación jurídica correcta, por lo que de más está decir que su importancia en la institución notarial ha de ser grande, ya que cada notario asume personalmente todas las atribuciones inherentes a los poderes de su función; o que el acto notarial es completo con la sola intervención del agente, sin que ninguna autoridad pueda revisarlo, ni modificarlo.

"Más que ninguna otra función, tiene la notarial un carácter personalísimo, puesto que el público acude ante el escribano con la confianza que su propia persona inspira, y por ello se comprende que la ley debe ser rigurosa en exigir responsabilidad a quien, si burlara tal confianza o abusara de ella, faltaría a la noble misión que le incumbe. Este es el fundamento de la responsabilidad notarial".

Y es significativo lo expuesto por el brillante notarialista hispano Antonio Monasterio Galli: "La naturaleza de la función notarial es siempre la misma (5)(1531), en cualquiera de los actos de la justicia reguladora, pues toda ella se reduce a la fe pública, pues da fe, cuando atestigua el reconocimiento del derecho por parte del Estado; fe, cuando asegura en virtud de su calificación la concurrencia de los elementos necesarios para que el derecho nazca y se reproduzca; fe, cuando certifica el resultado de todas aquellas operaciones en un signo representativo; fe cuando comprueba la existencia de un hecho jurídico, cuando la relaciona, en virtud de procedimientos lógicos, con los nexos jurídicos a que puede afectar, y fe, finalmente, en su resultado, porque la produce y con ella, la certidumbre y la confianza en el derecho...".

V. CONCEPTO DE JURISDICCIÓN

Es un procedimiento de la jurisdicción civil, ordenado de un modo determinado, que se propone como meta la solución de asuntos jurídicos no contenciosos, de carácter privado, por aseguración y asistencia, en tanto ofrezcan una respectiva necesidad de regulación jurídica (6)(1532).

Es importante el estudio de Heinz Pikart, juez superior del tribunal de Karlsruhe, Alemania, autor de una importante obra dividida en dos secciones, cuya lectura se recomienda: a) Prescripciones generales; b) Procedimientos en diversos asuntos de la jurisdicción voluntaria.

Hugo Alsina concibió la jurisdicción (7)(1533) como una potestad, distinguiendo tres funciones primarias en el Estado moderno: 1. Determinación del orden jurídico mediante la creación de normas de derecho, que regulen las relaciones entre los individuos. 2. Mantenimiento del orden jurídico, restableciéndolo cuando se lo altere. 3. Satisfacción de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

las necesidades de cultura y bienestar social general. Como sabemos, el derecho político atribuye estas funciones a los poderes legislativos, judicial y ejecutivo.

Alcalá Zamora y Castillo señala que el problema de la determinación del concepto de la jurisdicción asume especial importancia en las legislaciones de filiación hispánica, porque la L.E.C. 1855 adoptó, como base para la distribución de materias el contraste entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria, y por el peculiar régimen de los juicios universales, articulados de modo que aparecen como zona intermedia entre ambas clases de jurisdicción.

Y de conformidad con Joaquín Escriche, Calamandrei y Chiovenda (8)(1534), "Es el poder o autoridad que tiene alguno, para gobernar y poner en ejecución las leyes, especialmente la potestad de que se hayan revestido los jueces, para administrar justicia, o sea para conocer los asuntos civiles o criminales, o así de unos como de otros, y decirlos o sentenciarlos, con arreglo a las leyes. "Aquella potestad o función que el Estado. cuando administra justicia. ejerce en el proceso por medio de sus órganos judiciales". Y el último de los citados: "Es la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley, mediante la sustitución por la actividad de los particulares, sea el afirmar la sentencia de la voluntad de la ley, sea para hacerla prácticamente efectiva".

Son elementos de la jurisdicción, de acuerdo con Hugo Alsina, en la mencionada obra: 1. Nobro: Derecho a conocer de una cuestión litigiosa por el contrario. 2. Vocabro: Facilidad de obligar a las partes a comparecer a juicio dentro del término de emplazamiento. 3. Coertio: Empleo de la fuerza, para el cumplimiento de las medidas ordenadas dentro del proceso a efectos de hacer posible su desenvolvimiento. 4. Judiciam: Facilidad de dictar sentencia, poniendo término a la litis, con carácter definitivo, es decir con efecto de cosa juzgada. 5. Executio: Imperio, para la ejecución de las resoluciones jurídicas, mediante el empleo de la fuerza pública.

A mi entender, la voz jurisdicción encierra una idea de "decir el derecho" o decidir. Se trata de su traducción simple, tomada del latín. Y por esta amplitud de decir o declarar el derecho, en Roma abarcaba aspectos tanto del Poder Legislativo, como del Poder Judicial.

Mientras que para algunos autores la calidad contenciosa está indisolublemente ligada con la controversia, y el conflicto de intereses es elemento sustancial de la jurisdicción, otros consideran, por el contrario y en esta última teoría me he enrolado en el presente, no toda función jurisdiccional corresponde al Poder Judicial. Existen, como se verá, funciones jurisdiccionales a cargo de otros órganos que no son el Poder Judicial, aunque normalmente coincida dicha función con la judicial.

VI. JURISDICCIÓN CONTENCIOSA Y JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Las aportaciones de los estudiosos en el ámbito de la filosofía jurídica permitieron, hace ya tiempo, delinear, con alguna precisión, tres aspectos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de la justicia, correlativos de otras tantas funciones:

a) Justicia preventiva: Corresponde a los conceptos de seguridad pública y poder de policía, y su fin es evitar la violación del orden social establecido y reglado por el derecho positivo;

b) Justicia reparadora: Su acción sucede al quebrantamiento de aquel mismo orden, con la finalidad de restablecerlo coercitivamente, sea que la perturbación se hubiera producido en el ámbito civil, en sentido lato, o en la esfera criminal;

c) Justicia reguladora: Tiene por fin arreglar casos, hechos, relaciones jurídicas, como se presentan en la actualidad, con el objeto de imprimirles un carácter de derecho formal: justicia ejercida en dos direcciones: "oficialmente", hoy por una autoridad judicial, como en la tutela, la curatela, la adopción, el estado civil, etc.; y "voluntariamente", por la jurisdicción voluntaria, que comprende el notariado, etcétera (9)(1535).

Vemos, entonces, que el Estado cumple su función jurisdiccional de tres maneras: 1. Organizando la administración de justicia. 2. Determinando la competencia de los tribunales que la integran. 3. Estableciendo las reglas de procedimiento a que deben sujetarse los jueces y litigantes, en la sustanciación de los procesos. De acuerdo con Monasterio Galli, la jurisdicción de la justicia reguladora es y debe ser voluntaria.

Respecto a la terminología, se ha dicho que es mal llamada jurisdicción voluntaria, porque, si es jurisdicción, no puede ser voluntaria, ya que una es la antítesis de la otra.

Algunos autores alemanes, como Sperk y Wolff, postulan la conveniencia de sustituir el título de jurisdicción voluntaria, por el de actividad o procedimiento extraligioso. Carnelutti, asimismo, prefiere llamarla proceso voluntario.

Si bien, observando sus antecedentes, el vocablo se debe a Marciano, quien en el Digesto dice: "Todos los procónsules, tan pronto como hayan salido de la Ciudad, tienen jurisdicción, pero no contenciosa, sino voluntaria, de modo que, por ejemplo, pueden manumitirse entre ellos tanto hombres libres como siervos, y hacerse adopciones. En cambio, ante el delegado del procónsul, nadie puede manumitir, pues no tiene tal jurisdicción". Es decir, que denominó jurisdicción voluntaria a los procedimientos seguidos sin oposición de parte, y en los que la decisión que el juez profiere no causa perjuicio a persona conocida.

En mi concepto, jurisdicción en sentido estricto se encuentra referido a idea de "conflicto". Jurisdicción, en sentido amplio, es "voluntaria" cuando el órgano actuante sea competente para intervenir en cuestiones no litigiosas. Por el contrario, será litigiosa cuando verse exclusivamente sobre materia controvertida o susceptible de controvertirse.

De allí que jurisdicción voluntaria es la facultad de decidir o decir el derecho, conferida por la ley a los órganos con competencia en cuestiones no litigiosas. El órgano apto por excelencia para el ejercicio de la citada jurisdicción voluntaria es el notario.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

VII. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA ACTIVIDAD JUDICIAL Y LA NOTARIAL

En términos generales, se considera voluntaria cuando se ejerce inter volentes, o sea entre personas que se encuentran de acuerdo sobre una cuestión. Por el contrario, la jurisdicción contenciosa en sentido estricto es inter volentes, puesto que las partes acuden contra su voluntad al juicio, a raíz de un litigio que las enfrenta.

Entre las analogías existentes entre ambas funciones, podemos destacar el origen universitario del notario y del juez, así como la común "investidura", en el cargo de "funcionario público".

La diferencia fundamental estriba en su competencia, ya que la mayoría de las funciones atribuidas al juez es de carácter litigioso, y, por el contrario, el notario, asesor imparcial, debe abstenerse de intervenir en cuestiones controvertidas, y su función es esencialmente alitigiosa.

VIII. NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Como afirma Castán Tobeñas: "Hay coincidencias muy acusadas entre la función propiamente judicial y la notarial, en rigurosa correspondencia con las que se dan entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria. Ambas funciones tienen un objetivo común: la aplicación o actuación del derecho [...] Una y otra son funciones de justicia. El notario, como el juez, como órganos de ella que tienen por misión asegurar el triunfo de la misma y, consiguientemente, de la moralidad que va inseparablemente unida a la justicia, en las relaciones civiles". Y transcribimos a Lavandera, que dice: "El notario juzga la necesidad o conveniencia, verdad y sinceridad, legalidad y moralidad, bondad, utilidad y justicia del acto. Dirige la vida jurídica. Tienen los notarios su balanza, para procurar imparcialmente la igualdad entre las partes (base de toda justicia); pesar la utilidad de sus recíprocas prestaciones, contarlas y medirlas, y hallar la ecuanimidad o equivalencia entre ellas".

Existieron en nuestro país casos de intercambiabilidad funcional, como, por ejemplo, el caso de los escribanos secretarios, a quienes se permitía ejercer actividades típicamente notariales en los protocolos del juzgado.

Quienes mejor estudiaron la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria fueron los procesalistas. Así, Piero Calamandrei dice (10)(1536):

"En la zona fronteriza entre la función jurisdiccional y la administrativa, está la llamada jurisdicción voluntaria, la cual, aun siendo, como veremos, función sustancialmente administrativa, es subjetivamente ejercida por órganos judiciales, y por eso se designa tradicionalmente con el nombre equívoco de jurisdicción, si bien acompañado con el atributo de voluntaria, que tiene la finalidad de distinguirla de la verdadera y propia jurisdicción, de la que hasta ahora se ha hablado, la cual, a su vez, se designa en tal contraposición, como jurisdicción contenciosa. Esta llamada jurisdicción voluntaria, que acaso deriva su nombre tradicional de la función, un tiempo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

atribuida a los jueces, de documentar, como hacen hoy los notarios, los acuerdos entre contratantes (inter volentes), constituye uno de los casos más típicos del fenómeno, ya recordado más arriba, por el cual órganos constituidos para ejercer una de las tres funciones de la soberanía ejercen, por excepción, funciones, que sustancialmente pertenecerían a una de las otras dos funciones existentes. Aquí, en el caso de la jurisdicción voluntaria, los actos realizados por el órgano judicial, que por razones subjetivas deberían calificarse de jurisdiccionales, son administrativos, por su fin y por sus efectos. En sustancia, pues, la contraposición entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa tiene este significado: Que sólo la jurisdicción llamada contenciosa es jurisdicción, mientras que la jurisdicción llamada voluntaria, no es jurisdicción, sino que es administración ejercida por órganos judiciales.

Similares conceptos emiten Francisco Carnelutti y José Chiovenda, aunque este último sostiene, a mi entender con sano criterio, que puede "haber proceso sin contienda, como en el juicio seguido en rebeldía", y aun puede haber proceso en que el demandado reconozca la pretensión adversaria. Ni siquiera la coacción es un carácter exclusivo del proceso; no es exacto que toda resolución de jurisdicción voluntaria carezca de carácter obligatorio.

IX. RELACIÓN DEL TEMA CON LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA NOTARIAL MATERIAL. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Como un concepto similar al de capacidad en derecho civil, la competencia, al decir de Carlos A. Pelosi (11)(1537), es la aptitud legal atribuida a un órgano o profesión, o bien, como la define Gastón Jèze, citado por el anterior notarialista, es el ejercicio de un poder legal. para producir un efecto jurídico.

Continuamente aparecen los vocablos competencia y jurisdicción utilizados, como si fueran sinónimos. Hasta el artículo 101 de la Constitución Nacional, cuando habla de la jurisdicción de la Corte Suprema, debería aludir a la competencia.

La competencia del notario es su capacidad para actuar e intervenir en un caso determinado, y esa capacidad la establece la ley, por lo que la ley proporciona a la función el alcance de dicha capacidad.

El tema de la ampliación de la competencia notarial guarda estrecha relación con el de la jurisdicción voluntaria, ya que los mismos fundamentos que veremos más adelante, para ampliar o pretender extender la primera, pueden ser perfectamente utilizados por quienes aspiran a atraer al fuero notarial los citados actos no contenciosos.

X. COMPETENCIA EXCLUSIVA O COMPARTIDA EN LOS ACTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Los conceptos expuestos sobre los tres aspectos de la justicia sirvieron de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

base a Monasterio Galli (12)(1538), quien destacó que ambas, justicia reguladora y justicia reparadora, tienden al mismo resultado, por lo que no pueden ser opuestas, agregando que, cuanto con más energía y acierto se ejerza la acción y justicia reguladora, deberá hallar menor aplicación la justicia represiva; el campo y la esfera de la una es la antítesis del de la otra. Teniendo en cuenta el interés superior de la comunidad, la atribución de los actos de jurisdicción voluntaria, deberá efectuarse al órgano notarial, pero no en forma excluyente de otro órgano, judicial o administrativo. La imputación legislativa se hará sobre la base de analizar exhaustivamente la naturaleza e importancia de cada una de las cuestiones, confrontando la aptitud técnica y el carácter de la función desarrollada por los órganos conocidos.

Así se deberá tener en cuenta: A. Que la burocracia es un mal endémico y cuasicongénito de la actividad administrativa con las secuelas de lentitud y de grave incidencia en el erario. B. Que es necesario evitar improvisaciones, pretendiendo sustituir lo que ya existe, y con probada eficiencia, por órganos, medios y procedimientos creados en laboratorios tecnocráticos huérfanos de toda sustentación en la experiencia de la vida jurídica (13)(1539).

Las teorías respecto a la atribución de los actos de jurisdicción voluntaria son:

A. Tesis jurisdiccional: La sustentan autores como Ibáñez Frochan, Podetti y Gordillo. En la jurisdicción contenciosa y en la voluntaria existen elementos comunes, como son: a) tutela de interés privado; b) actuación del derecho objetivo; c) imparcialidad del órgano. Esta afirmación no es tan cierta, desde que el procedimiento contencioso no siempre decide sobre intereses privados. Por ejemplo, las causas entre dos o más provincias (art. 100 Const. Nacional). El procedimiento no contencioso también actúa en derecho público, por ejemplo, en el otorgamiento de cartas de ciudadanía. Y además, la tutela de los derechos privados se logra también a través de otros procedimientos, como son la inscripción registral, que puede llegar a ser constitutiva.

A mi entender, el verdadero móvil del descarte de la tesis jurisdiccional surge de la definición explicada de Díaz Clemente (14)(1540). En efecto, cuando dice: "La jurisdicción voluntaria o no contenciosa es la función que legislativamente se atribuye a los organismos jurisdiccionales, para la fiscalización o contralor de las condiciones legales exigidas por el ordenamiento jurídico, para la existencia o inexistencia de determinadas situaciones jurídicas, cuya eficacia depende de su publicidad o autenticidad".

Con la expresión "que legislativamente se atribuye", se quiere significar que compete al orden jurisdiccional, porque el legislador así lo ha dispuesto; pero nada impide que se sustraiga el conocimiento de los casos previstos a la competencia del juez; y agrega razones de conveniencia, de oportunidad, que imponen que determinados actos de la vida civil que requieren un juicio sobre las condiciones jurídicas que el interesado invoca, sean atribuidos, en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

defecto de otro organismo capacitado técnicamente para ello, a la competencia del organismo jurisdiccional para que desempeñe una función de contralor de los presupuestos jurídicos exigidos por el ordenamiento legal.

Aquellos que defienden la tesis de la judicatura no han podido impugnar el argumento de la esencial intercambiabilidad de funciones. El argumento de carácter constitucional se desmorona con las primeras críticas.

B. Tesis administrativa: La mayoría de la doctrina se halla alineada en esta corriente de opinión. Sostienen que a partir de la superación de la teoría del órgano, la posibilidad de la realización de las diversas funciones estatales, jurisdicción, egiislación y administración por poderes distintos de los que naturalmente les correspondiera. El argumento principal es el de la intercambiabilidad funcional, y así, por ejemplo, actos como la rectificación de errores materiales, en las partidas de estado civil, por ejemplo, han pasado de la esfera administrativa a la judicial y viceversa.

Esta tesis se funda principalmente en la exclusión (15)(1541), ya que, al estar perfectamente caracterizadas las funciones jurisdiccional y legislativa, el remanente de la actividad estatal es administrativo.

La principal crítica que me atrevo a exponer respecto a esta teoría es la de que la burocracia de los órganos administrativos fue, es y será un mal endémico, prácticamente imposible de superar y el elemento de la inmediación se encuentra ausente totalmente, a diferencia de lo que ocurre con la función notarial.

C. Jurisdicción voluntaria. Como cuarta función.

Auspiciada, entre otros, por De Marini y Eisner, que consideran la jurisdicción voluntaria como una categoría autónoma, distinta de la jurisdicción contenciosa y de la función administrativa, que no tiene una naturaleza específica que la radique en alguna de las tres caras, superficies o poderes del Estado.

XI. MATERIAS PROPIAS DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. CASOS DE APLICACIÓN

Teniendo en cuenta lo expuesto precedentemente, podrán considerarse comprendidos en la actividad fedante del notario, y dentro del marco de la competencia, que les atribuye la ley, entre otros, los siguientes asuntos (16)(1542):

1. Notificaciones y requerimientos.
2. Actas de toma de posesión, ordenadas por el juez.
3. Declaraciones de ausencia.
4. Declaraciones de pobreza.
5. Declaraciones de identidad de persona física.
6. Mensura, deslinde y amojonamiento, estrictamente en la faz jurídica.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

7. Nombramiento de tutor.
8. Apertura y publicación de testamentos cerrados.
9. Protocolización de testamentos.
10. Sucesiones testamentarias o intestadas y declaraciones de herederos.
11. Aceptación del derecho real de habitación de la cónyuge viuda.
12. Adopción de menores sin oposición materna.

Sin perjuicio de lo expuesto en sendos trabajos (17)(1543) sobre el proceso de adopción y el derecho real de habitación de la cónyuge supérstite, es preciso aclarar:

A. Proceso de adopción: Podría realizarse con intervención del notario, ya sea o no que los padres hubiesen manifestado expresamente su voluntad de que el menor sea adoptado, ante el órgano estatal competente, la autoridad judicial o por instrumento público. Artículo 11 de la ley 19134.

En la demanda iniciada por los futuros adoptantes, en el procedimiento común o normal, se acompaña fotocopia de la partida de matrimonio, y, en algunos casos, de partidas de nacimiento, que entrega el mismo Tribunal de Menores que otorgó la guarda del menor. Del expediente que el Tribunal de Menores forma, se obtienen fotocopias autenticadas de certificaciones acreditativas del otorgamiento de la guarda de los menores, en sus partes pertinentes, entregándose al interesado o adoptante, quien también las adjunta con el escrito de demanda o posteriormente.

En los casos en que no se otorgó la guarda, como medida previa, los futuros adoptantes lo exponen así, siendo mayores los requisitos que el juzgado exigirá, en este caso, para conceder la adopción.

En otras circunstancias, la demanda se presenta sin agregar todos los elementos corroborantes, y en este caso el juez libra exhorto al juez del Tribunal que concedió la guarda, requiriendo la remisión de dichas constancias. Lo mismo ocurre con el informe ambiental, que puede provenir, si es reciente, de dicho Tribunal de Menores, o bien ordenarlo el juez de oficio, o a pedido de parte. En este último caso, el trámite es bastante más largo, ya que se obtienen por intermedio de las Municipalidades que correspondan, y, por más que el oficio lo firme el juez, el resultado, es bastante tardío.

De todo lo actuado, se concede vista al asesor de menores o incapaces, y se prescinde de ofrecer ninguna otra prueba, cosa que por la ley anterior era prácticamente imposible.

En el caso de que los adoptantes se presenten con la escritura, entiendo que el trámite es aún más sencillo, atento a la fe pública que emana de un documento notarial en el que el progenitor ha renunciado espontáneamente a la patria potestad.

Luego que el asesor dictamina sobre la conveniencia del otorgamiento, es la sentencia el paso inmediato, haciéndose lugar al pedido de adopción, con carácter pleno o simple y ordenando la correspondiente inscripción en el Registro Civil, en la forma de estilo.

Todos los pasos reseñados pueden cumplirse ante notario, incluso se ha realizado y aceptado en juicio una escritura en la que un hermano mayor del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

futuro adoptado prestaba su conformidad en extraña jurisdicción, evitando su traslado al lugar del juicio.

La adopción efectuada ante notario, con el inevitable traslado al asesor de menores, que se efectuará en la forma adecuada a las circunstancias, presenta la ventaja de cumplirse enteramente ante notario, a diferencia de lo que en la actualidad ocurre en los estrados judiciales. Al recibir por sí mismo las declaraciones de los testigos, acerca de las condiciones morales y económicas del futuro adoptante, conferirá validez y eficiencia plena y el valor de máxima garantía al interés jurídico privado reconocido.

B. Aceptación del derecho real de habitación: Teniendo en cuenta que el derecho real de habitación nace imperio legis, con modalidades propias, siendo de naturaleza iure proprio, extrasucesorio, renunciabile y susceptible de registración.

Que en cuanto a su oponibilidad, es oponible a los acreedores del causante, a los herederos y legatarios, y a los acreedores de los herederos, legatarios y cónyuges supérstites desde su registración.

Que ya obtuvo inscripción en Registro de Provincia una escritura de esa naturaleza, por tratarse de un derecho real perfectamente inscribible, habiéndose resuelto en Jornadas que el cónyuge supérstite puede acogerse o renunciar a este beneficio, indistintamente, por acto notarial o en sede judicial (18)(1544).

Con formas muy similares a la escritura de constitución del bien de familia, los extremos del artículo 3573 bis del Código Civil pueden cumplirse así: muerte del causante: se acredita con la partida de defunción. Inmueble habitable: con el certificado de dominio y valuación especial solicitada al efecto. Concurrencia de otras personas con vocación hereditaria aunque sea de un solo heredero. Se comprueba su existencia con exhibición de partidas.

No aceptar esta escritura ocasiona un perjuicio tan grande que puede asegurarse que, habiéndose legislado para proteger al supérstite, se lo perjudica, obligándole a iniciar una sucesión, cuando precisamente se trata de una persona que, por tener un solo inmueble, es de escasos recursos. De esa forma, no se ciñe la interpretación ni a la letra, ni al espíritu del artículo estudiado.

XII. CONGRESOS Y JORNADAS REFERIDOS AL TEMA

Realizado hace exactamente treinta y cuatro años, el I Congreso Internacional del Notariado Latino, por inspiración del depositario de la Cruz de San Raimundo de Peñafort, ilustre notario argentino José Adrián Negri, resolvió expresar que: "Es su aspiración que todos los actos de jurisdicción voluntaria, en el sentido dado a esta expresión, en los países de habla castellana, sean atribuidos exclusivamente a la competencia notarial". A éste le siguió el Congreso de Madrid de 1950, que destacó la importancia del acto notarial de notoriedad, en relación con la regularidad y seguridad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de la prueba de los títulos sucesorios. También trató el tema de la jurisdicción voluntaria el IV Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Río de Janeiro en 1956, refiriéndose específicamente el despacho aprobado, a la transmisión de bienes por causa de muerte, que es un aspecto de la jurisdicción voluntaria, sobre el que se centran los esfuerzos del notariado. Sucesivamente fueron celebrándose nuevos encuentros, con resoluciones similares respecto al tema. Ellos fueron los siguientes: VIII Congreso Internacional del Notariado, México 1965; IV Encuentro del Notariado Americano, Bogotá 1968; X Jornada Argentina, Jujuy 1964; I Reunión de Decanos de Colegios de Notarios de América del Sur; III Congreso Notarial Brasileño, Recife 1974; II Jornada Notarial del Cono Sur, Asunción, Paraguay, 1977; XIX Jornada Notarial Bonaerense, Pergamino, 1975; X Reunión Jurídico - Notarial, Rosario, Santa Fe 1978; XXII Jornada Notarial Bonaerense, Lomas de Zamora, Buenos Aires, 1978. En la mencionada reunión celebrada en Rosario se consideró perfectamente viable la atribución legislativa, al órgano notarial, de la competencia, por entender en algunos asuntos de la denominada jurisdicción voluntaria. La razones en que se fundamentaba eran de distinto cariz, pudiendo señalarse, entre otras:

- a) La más autorizada doctrina procesalista, nacional y extranjera;
- b) Su lógico encuadramiento en la faz de justicia preventiva;
- c) La esencial intercambiabilidad o fungibilidad funcional;
- d) Existencia de elementos comunes a la jurisdicción contenciosa y a la voluntaria u honoraria, a saber:
 - 1. Tutela de interés privado.
 - 2. Actuación del derecho objetivo.
 - 3. Imparcialidad del funcionario.
- e) Falta de violación de normas constitucionales, o de principios jurídicos;
- f) Máximas garantías del instrumento público (escritura pública);
- g) Mejoramiento de la organización jurisdiccional, logrando así una justicia rápida y eficiente.

CONCLUSIONES

Resultado de lo expuesto, que la función notarial, en nuestro derecho, y tratándose de un verdadero profesional del derecho, es la de "autenticar" hechos que acaecieren en su propia presencia, asesorando a las partes en un plano de igualdad, asegurando la legalidad de los negocios en que interfieren las relaciones privadas, otorgándoles certeza y autenticidad en virtud de la fe pública que emana del propio documento y de su misma investidura.

Y, como consecuencia de la propia naturaleza de dicha función, compete al notario la documentación de hechos y actos jurídicos regidos por el derecho privado, y en tanto y en cuanto no fuesen imputados por la ley, de manera excluyente a la esfera de otros órganos.

Por ello se hace imprescindible el mantenimiento y extensión de la escritura

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pública, como forma de ser o forma de valer de actos jurídicos trascendentes, como son los expuestos precedentemente. Y, asimismo, por no violentarse norma constitucional, ni principio jurídico alguno, la imputación legislativa que este nuevo encuentro notarial propugna, hacia la esfera de la actividad notarial, reportaría innumerables ventajas de orden práctico, mejorando la organización jurisdiccional, y concretando, en definitiva, la aspiración de lograr una justicia rápida y eficiente. Sólo así habremos logrado el propósito del presente encuentro.

PONENCIA

1. El notario es un profesional del derecho, que ejerce una función pública. La función notarial es esencialmente alitigiosa.
2. La voz jurisdicción significa decidir o decir el derecho. La función jurisdiccional, en sentido amplio, no es exclusiva del órgano judicial. Lo jurisdiccional no es sinónimo de conflicto de intereses.
3. No resulta imprescindible la sustitución del vocablo jurisdicción voluntaria por otro.
4. Jurisdicción voluntaria es la facultad de decidir o decir el derecho, conferida por la ley a los órganos con competencia en cuestiones no litigiosas. El órgano apto por excelencia para el ejercicio de la citada jurisdicción voluntaria es el notario.
5. La imputación legislativa se hará sobre la base de analizar exhaustivamente la naturaleza e importancia de cada una de las cuestiones, confrontando la aptitud técnica y el carácter de la función desarrollada por los órganos conocidos.
6. Las razones para atribuir al órgano notarial la citada competencia son, entre otras:
 - A. Desde el punto de vista nacional e internacional, doctrina de congresos y jornadas, de procesalistas destacados y ejemplo de otros países del notariado latino, que así lo han receptado.
 - B. Por ejercerse inter volentes, sin contienda entre partes, y la esencial intercambiabilidad de funciones derivadas de ausencia de controversia.
 - C. Por la necesidad de los jueces de volcar íntegramente sus conocimientos y experiencia en la atención de asuntos de su específica e indiscutible competencia al sustraerse de su órbita la consideración y solución de expedientes que en forma impropia integran hoy un elevado porcentaje de su cotidiana actividad.
 - D. Que, contrariamente a lo que sucede con el expediente judicial, la escritura pública es el instrumento ab initio, siendo remoto el riesgo de extravío y existiendo la seguridad de una mayor agilidad en la tramitación.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

E. Que se tornan indispensables la coordinación y el debate sobre el particular, con la participación de magistrados, abogados, asociaciones representativas de éstos y de todos aquellos que pudieren tener interés a los efectos de esclarecer, en definitiva, las ventajas o inconvenientes de todo cambio al respecto.

F. En el supuesto de ser atribuido a la actividad notarial, deberá realizarse una determinación precisa de los límites de su intervención posibilitándose una opción al interesado, en los supuestos de competencia compartida, y la competencia exclusiva del órgano jurisdiccional, en los casos de conflictos de intereses, o por la naturaleza del acto.

G. Respecto a otras previsiones, no se prescindirá de patrocinio letrado, existirá un permanente control de los respectivos colegios notariales y permanente posibilidad de vigilancia por los órganos jurisdiccionales. Cumplimiento estricto del principio de matricidad.

BIBLIOGRAFÍA

Adrogué, Manuel, Detry, Martina y Landó, Marcelo, "El notario ante la jurisdicción voluntaria", Congreso de México 1965, t. 2, pág. 9.

Aguirre Godoy, Mario, "El notario y la jurisdicción voluntaria", Rev. Notarial 762, 1965, pág. 1535.

Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, "Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria", Revista de Derecho Procesal, Buenos Aires 1949, primera parte, pág. 287.

Alsina, Hugo, Tratado teórico - práctico de derecho procesal civil y comercial, Buenos Aires 1956.

Anteproyecto de ley sobre jurisdicción voluntaria, Circular, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, N° 761, pág. 1973.

Bardallo, Julio R., "La función notarial y sus posibles aplicaciones a otros campos de actuación", Rev. del Notariado 726, 1972, pág. 2193.

Barreyro, Emilio Oscar, "La función notarial. ¿Su encuadramiento en la doctrina es la actividad jurisdiccional?". Rev. Notarial, La Plata.

Bollini, Jorge A., "Competencia del notario en la llamada jurisdicción voluntaria", Rev. del Notariado 730, 1973, pág. 1269.

Calamandrei, Piero, Instituciones de derecho procesal civil, según el nuevo Código, Buenos Aires 1962.

Carnelutti, Francesco, Derecho procesal civil y penal, Buenos Aires 1971.

Cerávoló, Francisco y García Coni, Raúl, "El proceso sucesorio en sede notarial", II Jornada Notarial del Cono Sur, Asunción 1977.

Colombo, Carlos J., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y comentado.

Couture, Eduardo J., Fundamentos del derecho procesal civil, Buenos Aires 1942.

Cuadrao, Jesús, Código procesal civil y comercial de la Nación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

comentado y concordado, Buenos Aires, Depalma, 1969.

Chiovenda, Giuseppe, Ensayos de derecho procesal civil, Buenos Aires 1949.

Díaz Clemente, A., Instituciones de derecho procesal, t. I, jurisdicción y competencia.

Eisner, Isidoro, "Acerca de la actividad judicial extracontenciosa. L.L., t. 110, 1963, pág. 955.

Fernández Rivas de Cazenave, María Cristina y Peñalver, Ester Elena, "Jurisdicción voluntaria", Revista Notarial 802, 1972, pág. 811.

Gattari, Carlos Nicolás, "El acta de notoriedad en el derecho sucesorio", Rev. del Notariado 697, 1968, pág. 55.

García Coni, Raúl R., "La jurisdicción voluntaria y la magistratura notarial", Rev. del Notariado 682, 1965, pág. 560.

Mercader, Amilcar A., "La jurisdicción voluntaria", Rev. Notarial 723, La Plata, pág. 345.

Negri, José A., "La fe pública y el notariado", Rev. del Notariado, 731, pág. 1765.

Solórzano Bejar, Francisco, "La jurisdicción voluntaria y el notariado", Rev. de Derecho Notarial 28, México 1965, pág. 41.

Villalba Welsh, Alberto, "Integración de la competencia material del notario", Rev. Notarial 847, La Plata 1979, pág. 1921.

Witthaus, Rodolfo Ernesto, "Comentario bibliográfico a Manual de la jurisdicción voluntaria de Pikart Henn", Rev. del Notariado 712, 1976, pág. 1295