

La jurisdicción voluntaria y la magistratura notarial*

Consejo Federal del Notariado Argentino

I. CONCEPTO. DENOMINACIÓN INADECUADA

Dentro de la concepción montesquiana de la división de los poderes en ejecutivo, legislativo y judicial, se afirma de este último que es el órgano jurisdiccional, pues le corresponde el *juris dícere* o decir el derecho (formando la jurisprudencia).

De ahí que el concepto de jurisdicción esté estrechamente ligado con el quehacer del juzgador y hasta parece privativo de éste, por lo que resulta extraño vincularlo con otros operadores del derecho, aunque no tanto con otros funcionarios que también tienen fe pública.

En principio la jurisdicción es compulsiva e inexcusable para el demandado, quien a lo sumo podrá dilatar el procedimiento (recusación, etcétera).

Cuando se necesita que un juez diga o declare un derecho controvertido hay parte y contraparte (*inter ínvitos*), se inicia un proceso en busca de una sentencia y ésta ha sido comparada a un contrato que obliga por lo menos a una de las partes, la que si no cumple espontáneamente puede ser forzada a ello en virtud del *imperium* que permite la ejecución de la sentencia.

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

En este caso interviene un juzgador y su opus o labor se traduce en un instrumento público con efectos de exigibilidad entre partes y de oponibilidad a terceros, es decir lo que ocurre con la escritura pública, con la diferencia de que en ésta debe existir consentimiento recíproco de los otorgantes, mientras que en la sentencia la voluntad negada o ausente puede ser suplida por el juez.

Si no hay contienda quiere decir que nadie ha cuestionado un derecho, aunque puede convenir hacer algo para que no sea desconocido más adelante y para que todos deban respetarlo. Para ello se recurre a la autoridad de un juez que no actúa como tal y se le pide, no que haga reconocer un derecho que no ha sido controvertido, sino que lo reconozca él mismo para que los demás lo

acepten sin objeciones. .En este supuesto no hay contraparte.

A diferencia del caso anterior, en este último el juez no está realizando un acto jurisdiccional propiamente dicho y en contraposición a la jurisdicción forzosa (para la parte demandada y/o perdedora) nos encontramos en presencia de un acto conocido como de jurisdicción voluntaria, que para el juez es una actividad atípica y para el interesado un acto unilateral.

Cuando no hay "juzgamiento" (salvo un juicio de valor), sólo se recurre a la fe pública judicial (que en algunas legislaciones se basa en la fe pública notarial emanada del secretario). El juez ya no se desempeña como árbitro que dirime un diferendo, sino que simplemente califica un hecho o valora un documento, homologándolo si es privado, o declarando su validez en cuanto a las formas si es público. Este juez no condena ni falla y no hay parte singular a quien perjudique su decisión, aunque sí puede afectar genéricamente a terceros ajenos a la relación procesal. En otras palabras, este "juez" de título y cargo, sólo es juez potencialmente y es expectativa pero únicamente comienza a actuar como tal si sobreviene un episodio contencioso.

Si estableciéramos una categoría funcional para estos magistrados cuya competencia *ratione materiae* consistiera en intervenir en asuntos alitigiosos (que por serlo son extrajudiciales), acuñando con la fe pública con que están investidos, una clase especial de documentos y absteniéndose de resolver cuestiones contenciosas, encontraremos que se trata de funcionarios jerárquicos que actúan, como en ciertas partes de Alemania, dentro de la concepción del notariado judicial.¹

Si ese mismo magistrado no perteneciera al poder judicial, su cometido fedatario encuadraría dentro de la fe pública notarial, transformándose en un notario de tipo latino, o dentro de la fe pública administrativa, convirtiéndose en un burócrata.'

El origen común de la judicatura y del notariado, que con el tiempo abarcaron aspectos diferentes, se remonta a la época de los juicios simulados, como la *in iure cessio*, en que una pantomima de proceso se utilizaba para transferir inmuebles.

En algunos países, como en Argentina, la función judicial y la notarial no están totalmente diferenciadas, pues los jueces conservan una actividad residual en tareas que sus antecesores transfirieron a los *iudices chartularii*, que para muchos son los primitivos notarios.

En realidad en ciertos países latinos hay una coexistencia de notariado, o co-notariación, pues los jueces, muy a su pesar y en detrimento de su rol específico, se ven precisados a intervenir en cuestiones que no restablecen ni constituyen derechos, sino que declaran la vivencia de los mismos, confiriéndoles una jerarquía que no debe confundirse con la autoridad de la cosa juzgada, pues no hubo controversia ni la oportunidad de la defensa en juicio. Tal clase de tarea extralitigiosa puede y debe estar a cargo de un notario propiamente dicho.

1. Antonio Bellver Cano en Principios de regimen notarial comparado. Libreria de Victoriano Suárez. Madrid.

2. BeUver Cano, op. cit.

Sin postular su modificación, pues tiene arraigo y es difícil rebautizar la nomenclatura jurídica, debemos convenir con muchos autores en que la denominación de "jurisdicción voluntaria" es inadecuada y no se justifica.

En rigor la llamada jurisdicción voluntaria no es lo uno ni lo otro. No es "jurisdicción" porque no encuadra en la misión específica del poder judicial (salvo casos de excepción) y no es "voluntaria" porque, como afirma Pondé, "el peticionante queda irremisiblemente aferrado a la norma [urisdiccional] O

Observemos que el otorgante notarial tampoco tiene alternativa en los casos en que la ley exige escritura pública, es decir que tanto la intervención del juez como la del notario puede ser obligatoria para quien persigue una finalidad determinada.

La necesidad de recurrir a un juez, como a un notario, para procurar o lograr ciertos efectos no contenciosos, supone una iniciativa y una rogación, pero no significa una obligación irrenunciable, como la que tiene, por ejemplo, el que debe contestar una demanda para no ser juzgado en rebeldía.

Nadie está legalmente obligado, verbigracia, a producir una información sumaria para acreditar buena conducta, o rectificar nombres y si lo hace es para satisfacer una conveniente personal. También puede ocurrir que para evitar el pago de recargos impositivos o para vender bienes relictos se apresure el inicio de un juicio sucesorio, pero en tales supuestos el imperativo es siempre de orden económico y no exigencia legal.

En un juicio contencioso debe necesariamente recurrirse al juez de la materia que corresponda al domicilio real o al constituido por el demandado, para que éste tenga la mayor facilidad en su defensa, mientras que en los juicios "voluntarios" la Jurisdicción está dada exclusivamente por razones de distribución de tareas y la fijación de domicilio que haga el interesado.

3. Eduardo B. Pende, Osear E. Sarubo y Ruben E. Gallard en el tríptico sobre "Intervención notarial en la llamada jurisdicción voluntaria ". presentado a la X Jornada Notarial Argentina. Iujuy. 1964.

El concepto de obligatoriedad aplicado a la jurisdicción contenciosa no debe interpretarse como una exigencia de iniciar demanda y a lo sumo la inactividad procesal puede producir el decaimiento de derechos privados y renunciables, cuando no interesan al orden público. Quien se sienta damnificado por la acción u omisión de otro, puede o no iniciarle juicio, pero si traba la litis queda supeditado a las resultas de su acción, que puede ocasionarle efectos" obligatorios".

II. ESCRITURAS y ACTAS

La VIII Jornada Notarial Bonaerense (Necochea, 1964) llenó un vacío, parcial desde luego, de la literatura notarial sobre actas.⁴

Ya la ley 6191, orgánica del notariado bonaerense y su reglamento, habían definido el proceso de diferenciación entre escrituras y actas, pero es recién-en Necochea cuando nuestros autores se ocupan de estudiar los caracteres distintivos de unas y otras, los que están bien contemplados en el proyecto de ley notarial nacional elaborado por el Instituto Argentino de Cultura Notarial y cuyos preceptos han sido receptados en la reciente ley notarial de Mendoza (arts. 28-48, ley 3058).

Sin una orgánica investigación sobre las peculiaridades de las actas no era posible aspirar a "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", como se declaró en el I Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Buenos Aires en 1948.⁵

Con miras a tan halagüeño resultado, la Argentina propuso que en el estudio de la "jurisdicción voluntaria" se incluya en el temario del VIII Congreso Internacional del Notariado Latino que se realizará en México en octubre de 1965. Para preparar su tratamiento se lo incluyó también en la X Jornada Notarial Argentina (Luján; 1964), donde se analizaron los trabajos que sobre este tópico presentaron los escribanos Pondé, Sarubo y Gallard (en tríptico), Irigoyen y Manetti (en conjunto), Bollini, Silva Montyn y el estudiante Forastieri, cuyos conceptos sería ocioso repetir.

4. Vid. T. n de Las Jornadas Notariales Bonaerenses. La Plata, 1964.

5. T.I. pág. 184.

En esta materia se ha operado una evolución interesante, exhumándose las diferencias históricas entre los documentos notariales que responden a un "otorgamiento" bilateral o a una "declaración" unilateral.

El primitivo concepto de "Registro de Contratos Públicos" asignado al protocolo, se consideró inadecuado ante la proliferación de escrituras que no eran contratos (testamentos, actas de notoriedad, de protesta, de protesto, etc.) y muchos prefirieron usar la expresión de "Registro de Escrituras Públicas", mientras otros optamos decididamente por decir "Registro Notarial" para involucrar escrituras y actas.

No obstante lo expuesto precedentemente, no nos detendremos en analizar las diferencias entre escrituras y actas. Primero porque ya lo hicieron muy bien los autores citados y además porque para nosotros toda escritura

propiamente dicha contiene un acta en el comparendo de las partes, en el "corresponde", en el "concuerta" de su testimonio, etc., ~ eventualmente, en la acreditación de la identidad de los asistentes, por medio de testigos (art. 1002, Cód. Civil Argentino), de la misma manera que toda acta es una especie dentro del género de las escrituras notariales, salvo que su facción sea extraprotocolar y encuadre dentro de los otros instrumentos públicos" que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado" (art. 972, inc. 2, cód. cit.).

Si alguna diferencia importante debemos señalar entre "escrituras" y "actas" es que, mientras aquéllas contienen la stipulatio y son constitutivas de derechos, éstas en cambio son simplemente declarativas, dado su carácter unilateral o extracontractual.

El proyecto de ley notarial nacional argentina establece que en las actas "la identificación de los requirentes podrá efectuarse con documentos extendidos con esa finalidad por autoridad competente, los que se individualizarán en el cuerpo del acta".⁶ Nosotros no justificamos tal apartamiento de las normas clásicas sobre la fe de conocimiento y a la luz de lo resuelto en el V.C.I.N.I. (Roma, 1958), pensamos que no debe confundirse la fuente del conocimiento (que puede ser documental) con el conocimiento mismo como responsabilidad inherente al notario.

En algunas legislaciones se han establecido protocolos auxiliares, para que en los mismos se confeccionen o se relacionen las actas, como ocurrió con la derogada ley 5015 de la provincia de Buenos Aires, en base a la cual todavía subsisten algunos de los llamados "Registros Especiales" (descontinuados con la ley 6191), cuyo exclusivo objeto fue posibilitar la realización de ciertos quehaceres a profesionales que no habían obtenido una notaría, y a quienes hoy se les permite determinadas intervenciones (art. 46, incs. e, i, j, ñ Y p, ley 6191).

Como veremos más adelante (infra V), en las actas, tanto o más que en las escrituras públicas propiamente dichas, debe prevalecer el carácter funcionarista del notario y por ello nos parece desacertado que universitarios no investidos con la fe pública pueden ejercer algunos actos notariales. Con este desdoblamiento de la función se ha querido dar oportunidad laboral a escribanos de "título", por cuanto el número de egresados excede en mucho las necesidades argentinas del servicio público notarial.

6.- Los Anales, T. 11, pág. 435.

Al modificarse en nuestro país el régimen de letras de cambio, se estableció que "el escribano deberá dejar constancia del protesto, detallando el documento protestado, en un libro especial de registro de protestos que deberá llevar con las formalidades de ley y en el que se asentarán por orden cronológico todas las diligencias de esta especie que realice" ... (art. 67, dec.-ley 5965/63). Tal libro especial nunca fue reglamentado, como tampoco se reglamentó el protesto bancario postal que fuera impugnado por la doctrina

notarial. La duplicidad de transcripción no se justificaba por cuanto el mismo texto legal establece que el protesto debe hacerse "por acta que labrará en su protocolo un escribano público" ... (art. 63).

De todos modos, nosotros creemos que puede ser útil, tanto para la organización interna de cada notaría, como para precisar la cronología de los actos (art. 1005, cód. civil argentino), que los fedatarios (escribanos de título y cargo) dispongan de dos protocolos: uno para negocios jurídicos (contratos) y otro para actas (incluidos testamentos), como lo prevé la recordada ley mendocina (art. 17, ley 3058). Quien no ha sido ungido como depositario de la fe pública no puede tener a su cargo ni uno ni más protocolos, aunque desde luego respetamos los derechos adquiridos por los pocos colegas titulares de "Registros Especiales".

En la Jornada Notarial Argentina de Jujuy, que mencionamos precedentemente, el plenario aprobó la recomendación de que el documento notarial relacionado con la jurisdicción voluntaria "deberá ser siempre protocolar, en forma de escritura o de acta".

Una de las ventajas de diferenciar en distintos protocolos las escrituras de las actas, consiste en que sólo así será posible controlar numéricamente el número de "contratos públicos" autorizados por cada notario, pues si bien las actas pueden realizarse en gran cantidad, no se concibe ni es serio que algunos notarios "formalicen" anualmente varios miles de escrituras inmobiliarias, lo que sólo sucede conspirando contra el principio de la intermediación y delegando en subalternos tareas personalísimas del escribano.

Estamos convencidos que las mismas razones que determinan la limitación de actuantes, deben ponderarse para evitar que algunos pocos (que no siempre son los más idóneos), concentren en forma desaprensiva más trabajo del que razonablemente se puede atender, con olvido de que es el notario quien tiene la notaría y no la notaría (manejada por practicones) quien tiene el notario.

III. EJEMPLOS DE ACTAS. LOS TESTIGOS

La doctrina menciona varias clases de actas y así Gallard señala las siguientes: Acta de presencia o constancia de hecho; acta de presentación de testamento cerrado; acta de protesta, y actas de notoriedad.⁷

La enumeración de actas es desde luego enunciativa pues su variedad no es causa y aumentará a medida que nos acerquemos a la jurisdicción voluntaria, de la cual son el presupuesto necesario.

El código civil argentino las menciona genéricamente en el arto 979, inc. 2, ya comentado (supra 11), pero es en el arto 1002 del mismo código donde

cobran especial relevancia, pues allí se prevé una verdadera información sumaria testimonial, con análogos efectos a la producida en un juzgado y que tiene por objeto acreditar la identidad de personas desconocidas para el notario. Este recurso individualizante debiera aplicarse con mayor frecuencia para disipar dudas.

También constituye un acta endoescrituraria la inclusión del firmante a ruego, pues "si alguna persona no sabe firmar debe hacerlo a su nombre otra persona que no sea de los testigos del Instrumento" (art. 1001, cód. cit.), salvo el caso del testamento público en que el mayor número de testigos permite que uno de éstos pueda ser el rogado (art. 3661, íd.). La supresión de los testigos obligatorios, en casi todas las escrituras (ley 15.875 y dec.-ley 5%5/63), no modifica el concepto expresado.

7. Rubén Gallard en "Actas notariales", VIU J. N. Bonaerense.

Siguiendo siempre con la legislación argentina, tenemos que la ley 11.357 sobre derechos civiles de la mujer, establece el derecho de ésta de reservarse la libre disposición de los bienes que adquiere con el producido de una ocupación honesta, para lo cual debe formular una declaración especial, en forma de acta. En la práctica tal declaración se realiza ante notario y por lo general en la misma escritura adquisitiva del bien afectado por la reserva.

También la ley 14.367 al instituir el Bien de Familia, determina las condiciones en que debe labrarse un acta notarial (o administrativa) para acreditar la integración familiar del declarante. En estos casos, como en los juicios sucesorios ab intestado, el vínculo conyugal o filial se comprueba mediante la presentación de partidas del Registro Civil o de las personas, las que son expedidas en ejercicio de funciones fedatarias atípicas, dentro de esa zona colindante entre la fe pública notarial y la fe pública administrativa.

La legislación comparada nos enseña el caso de la escritura declarativa de "obra nueva" (que es un rigor un acta) y que deseáramos ver aplicada entre nosotros, conforme a las previsiones que el legislador incluyó en el arancel notarial de la provincia de Buenos Aires (art. 7, inc. v, ley 6925).

El mismo cuerpo legal (art. 7, inc. w, ley 6925) ha contemplado el caso del acta en que se declara el dominio sobre automotores, tal como habíamos sugerido" y fue aceptado en reunión de presidentes de colegios notariales (Córdoba, 1964).

A propósito de automotores, queremos recordar que en los Seguros que cubren los daños materiales producidos por choques, se exige una denuncia de la colisión ante autoridades policiales, lo que ocasiona bastantes molestias Jurisdicción entre comisarías, horarios distintos, etc.). La finalidad de esta denuncia puede cumplirse perfectamente haciéndola ante notario, con la ventaja para la compañía aseguradora de que no necesitará enviar un inspector a verificar el acta ni gestionar copias, ya que se le puede hacer llegar un testimonio de la misma.

En los casos de expedición de segundos o ulteriores testimonios, la ley establece que " si en la escritura, alguna de las partes se hubiese obligado a dar o hacer alguna cosa, la segunda copia no podrá darse sin autorización expresa del juez" (art. 1007, Cód. Ovil Argentino).

En la práctica ocurre que muchas veces las obligaciones han sido canceladas, lo que le consta al notario por haber intervenido en la cancelación o por el informe que solicita al Registro de la Propiedad, por lo que resulta excesivo recabar la autorización judicial. También sucede que el acreedor de obligaciones pendientes presta conformidad para que su deudor obtenga un nuevo testimonio y en éste, como en el caso anterior; nos parece que un acta de expedición de nuevas copias puede contener las circunstancias de su solicitud y entrega, cumpliéndose al mismo tiempo el requisito de la "previa citación de los que han participado en la escritura, los cuales pueden comparar la exactitud de la copia con la matriz" (art. 1008, cód. cit.).

En "necesidad de ampliar la jurisdicción notarial",⁹ decíamos que "La prueba de testigos, dentro del procedimiento judicial en los casos en que éstos deben declarar ... sin preguntas ... puede hacerse ante escribano público ... sustituyendo la testificación ante el juez (instrumento público), por la declaración testifical ante el escribano (escritura pública) ... ". Es la manera de desarrollar el principio sustentado en nuestro código civil (art. 1002 ya recordado), para el caso de información sumaria testimonial en que se acredita la identidad del otorgante.

9. VII.N. A. La Plata. 1953.

Cuando hace años nos pronunciamos en contra de los testigos instrumentales, afirmábamos que la fe pública es indivisible y que el notario no necesita compartirla con testigos, pero que éstos pueden ser útiles para reforzar la manifestación de las partes, sobre todo cuando se busca una prueba Preconstituida. Ahora la ley 15.875 suprimió la exigencia de los testigos del acto (salvo el caso de testamentos y otras pocas excepciones) y sus normas se extienden a los protestos como consecuencia del decreto-ley 5965/63, pero si bien los testigos son superfluos para dar énfasis a la afirmación notarial, que se basta a sí misma, no ocurre lo mismo con las aseveraciones de las partes, que pueden mejorar si invocan el testimonio de terceros.

Lo que afirma el notario per se como percibido por sus sentidos u ocurrido en su presencia no puede ser desvirtuado sino con la redargución de falsedad y por eso no requiere apuntalamiento testifical, pero el dicho de las partes, aunque sea recogido por un notario, admite la contraprueba, pues este funcionario asevera que la manifestación se hizo, pero no la veracidad de lo

que afirman otros.

Este distingo que hacemos muchos entre testigos instrumentales y testigos corroborantes de las partes, no es aceptado por algunos colegas que generalizan en forma indiscriminada su oposición a todo sistema testifical, con olvido de que los jueces aceptan continuamente informaciones sumarias de este tipo, principalmente para los asuntos de jurisdicción voluntaria.

El Reglamento Notarial de la provincia de Buenos Aires valora la prueba testimonial en cuanto acepta entre los procedimientos idóneos para acreditar buena conducta, a los efectos de la matriculación, un "Acta de notoriedad en base a la declaración testimonial de dos escribanos en ejercicio, o cinco personas de reconocida honorabilidad" (art. 1 b.).

La responsabilidad subsidiaria de los testigos, sobre todo cuando declaran bajo juramento, coadyuva a la credibilidad de las afirmaciones personales y consideramos que su eficacia es la misma cuando los testigos deponen ante un notario que cuando lo hacen ante un juez.

Este es el criterio sustentado por el proyecto de Ley Notarial Argentina, que en materia de declaraciones de testigos serán hechas bajo juramento y responsabilidad de ley. 10. Este proyecto distingue entre las actas de requerimiento y aceptación, actas de notoriedad, actas de protocolización, actas de subsanación, actas de depósito y consignación y actas de protesto.

IV. JUEZ, ABOGADO Y notario

Juez, abogado y notario tienen, o deben tener, el mismo origen universitario.

Algunas facultades de derecho continúan diplomando notarios en la Argentina, en virtud de que la ley 7048, de 1910, dispone que "el título de escribano será otorgado por las universidades nacionales, de conformidad con los planes y programas de estudios que ellas mismas establezcan" (art. 1²), pero el notariado quiere la supresión de estos cursos diferenciados que sólo sirven para inducir en error a los estudiantes, atrayéndolos con el incentivo de una carrera breve, lo que determina que el exceso de egresados influya en el exceso de actuantes.

A nadie se le ocurre que la universidad pueda conferir el título de juez ni que todo abogado tenga derecho a la magistratura, pues se distingue perfectamente entre la capacitación profesional y la designación para el cargo.

En rigor las facultades de derecho sólo debieran expedir diploma de licenciado o de doctor, pues sólo será abogado el que aboga o actúa en el foro, juez el que recibe nombramiento de tal (a veces con acuerdo del Senado) y notario el que obtiene del Estado la potestad fideicomite. Los tres debieran tener

la misma preparación universitaria básica y en el caso del notario la especialización está asegurada por el régimen de concursos para el acceso a la función y mediante los cursos de la Universidad Notarial Argentina, fundada por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires y propiciada por otros colegios de la República.

10. Los Anales. T.II, pág. 435/6,1963.

El número de jueces debe ser proporcionado al de eventuales justiciables, como el de notarios debe ser acorde con la cantidad de habitantes que potencialmente pueden recurrir a sus oficios.

Para nosotros el notariado es un servicio público y por ello llamamos usuarios a quienes acuden a la notaría, pues la expresión clientes nos parece errónea y no encontramos otra más adecuada. Empero, distinguidos colegas no están de acuerdo con el vocablo: usuario.

Partiendo de la base de que el juez, abogado y notario, obtengan de la universidad la misma cultura jurídica, ocupémonos de señalar similitudes y diferencias funcionales en sus respectivos cometidos.

El abogado (y, en su caso, los procuradores) son considerados auxiliares de la justicia. No así el notario, que tiene su magistratura autónoma, aunque el notariado como institución constituye una ayuda valiosa para la judicatura, en virtud de la cualidad antilitigiosa y de economía procesal que proporciona el documento notarial.

Si hemos de buscar semejanzas, las hay mayores entre juez y notario, que entre éste y el abogado. Para el juez y el notario las partes tienen siempre el mismo rango y ante ellas deben ser neutrales. Para el abogado hay parte y contraparte y está obligado sólo hacia su patrocinado.

Entre abogado y notario existe una zona común en la que actúan como jurisperitos, en cuyo carácter asesoran y redactan contratos, pero ni aquél tiene fe pública, ni éste puede ejercer en el foro. Esto ocurre desde luego en los países de raigambre latina, pues en los sajones, o el notario es lego (salvo algún curso por correspondencia), o el abogado es además "certificador de firmas", lo que determina que por lo general cada contratante recurra a un abogado y éstos a un notario imparcial.

El abogado puede ejercer simultáneamente en varias jurisdicciones, matriculándose en distintas provincias; no tiene obligación de residencia y puede ausentarse libremente de su bufete. En cambio el notario debe establecerse en el lugar asignado, fijar horario para la atención al público y en caso de ausencia prolongada debe pedir licencia; se le fija también un perímetro para su vivienda.

La similitud entre la actividad del juez y el quehacer notarial cobra especial relevancia en las cuestiones de jurisdicción voluntaria, en que el resultado debe ser el mismo, cualquiera sea la fe pública (judicial o notarial) que se ponga en juego. Ello y el ahorro de tarea judicial que podemos proporcionar ha hecho decir a Joaquín Costa: "a notaría abierta, juzgado cerrado", y a Castán Tobeñas: "cuánto más notario, menos juez".

Por ello también se explica que distinguidos procesalistas hayan hecho importantes aportes a la doctrina notarial. Basta citar los casos de Carnelutti, Couture, etc. y, entre nosotros, los de Mercader y Morello.

Lo expuesto no implica equiparar ambas magistraturas. El notario no puede intervenir en cuestiones litigiosas a menos que los interesados lo designen árbitro o amigable componedor. Sólo en este caso excepcional puede tener la categoría del "juzgador" (sin perjuicio de que continuamente emite juicios de valoración). Su opus (documento notarial) no surte los efectos de la cosa juzgada, aunque la credibilidad pública lo haga virtualmente invulnerable y sólo ceda ante la redargución de falsedad. Tampoco tiene el notario el imperium del juez, pero a veces puede recurrir al auxilio de la fuerza pública, como ha sido previsto en la ley 6191 (provincia de Buenos Aires), a cuyo efecto se lo provee de una credencial especial firmada por el presidente del Colegio, el director del Registro de las Personas y el jefe de policía (art. 9, ley cit.).

V. LA TUTELA JURÍDICA DEL ESTADO EN SEDE NOTARIAL

Con la designación de este capítulo presentamos un ensayo al VII el.N.L. (Bruselas, 1963), dentro del tema: "Naturaleza jurídica del acto auténtico notarial".

Reiteraremos algunos conceptos, a la luz de las resoluciones de ese congreso, donde se estableció que el "documento notarial constituye un medio de prueba legal", "es un elemento jurídico indispensable para asegurar la estabilidad de las relaciones jurídicas" y "en ciertos casos, indispensable para el nacimiento de un derecho". Su naturaleza jurídica es diferente, en algunas de sus partes, en los distintos países de la Unión Internacional del Notariado Latino", y ello depende de su derecho positivo y de su elaboración doctrinaria.

Comenzaremos por decir que siempre el acto notarial es "auténtico" por las mismas razones que, al comentar el Congreso de Montreal (1961) nos pareció redundante la expresión "el acto notarial público". Si es notarial es auténtico, pues tiene una autoría definida y el resultado documental es público, por lo menos dentro de la concepción latina del notariado.

Observemos un encadenamiento que no es casual, sino deliberado y lógico. Primero se estudió el acto notarial, luego su naturaleza jurídica y ahora la jurisdicción voluntaria como integrante del quehacer notarial (VI, VII Y VIII Congreso Internacional del Notariado Latino, respectivamente).

Aunque para nosotros ya era axiomático, después de los mencionados

congresos no quedan dudas de que el acto notarial es público y es auténtico, lo que nos lleva a ratificar la declaración del I Congreso Internacional (Buenos Aires, 1948) de que " el notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad ... ".

Aun en los pocos países que no tienen limitación de notarios actuantes (también preconizada en el 1 Congreso) encontramos que además del título universitario se exigen condiciones extrínsecas y la "investidura" conferida por el Poder Ejecutivo o por el Poder Judicial.

Mientras el grado académico es de la naturaleza de la función notarial, la investidura es de su esencia y por ello esta expresión "función notarial" desplaza terminológicamente a la de "profesión notarial", de donde el profesional-funcionario definido por Bellver Cano," aun cuando ha aumentado su jerarquía universitaria, es hoy funcionario profesional, pues prevalece la faz funcional sobre la pericia.

El carácter funcionarista del notario se pone de resalto en la X J.N.A. (Jujuy, 1964), donde en el tema "Jurisdicción voluntaria" se declara que hay derechos" cuyo estado jurídico no se alcanza por la sola actividad de las partes, pues en su constitución debe intervenir el Estado a través de la actuación de algún funcionario público ... " y que" debe quedar aclarado que cuando el notario interviene (en la producción de documentos relacionados con la jurisdicción voluntaria), lo hace como funcionario autenticante y no como profesional de derecho", y" que el límite de la actuación notarial se producirá por la existencia de controversia entre partes, en cuyo caso el procedimiento a sus tanciarse será de exclusiva competencia judicial".

Hasta quien se enrola en una posición autonomista para el notariado, como Francisco Martínez Segovía" no vacila en afirmar "que la función del escribano en las actas es predominantemente funcionarista y autenticadora" y "que, por ello, la función privada a profesional de asesoramiento se halla muy atenuada, o ausente, o es de excepción" .13

1. Op. cit.

12. FUIICión Notarial: E.J.E.A .• 1961. Obra laureada con el premio José Maria Moreno del Colegio de Escribanos de Capital Federal.

13. "Las actas notariales en la legislación y en el anteproyecto de ley notarla1 argentina-, Revúta Notarial NII76.

14. Despacho de la X Jomada Notarial Argentina, Jujuy, 1964.

El Estado, como persona de existencia ideal, necesita de personas físicas, o de existencia visible, para cumplir sus fines (teoría del órgano), Esos agentes actúan dentro del Estado, como burócratas, o en nombre del Estado como los jueces y notarios.

VI. LOS VICIOS SUCESORIOS

La transmisión inmobiliaria a título singular (inter vivos) se realiza tradicionalmente ante notario, pero no en todos los países interviene este funcionario para las transmisiones a título universal (mortis causa), pues lo común es que se movilice el mecanismo judicial, aun cuando se trate de un juicio no contradictorio,

Mientras no sobrevenga el conflicto, es decir cuando no se produce la excepción en los juicios sucesorios y siempre que no haya incapaces de derecho, nos parece que el trámite notarial "tiene la ventaja respecto al judicial de elaborarse con mayor economía procesal y, al propio tiempo, permite descongestionar la labor de los tribunales haciendo que el juez desarrolle su función específica en jurisdicción contenciosa" .14

En la casi totalidad de las sucesiones, los interesados unifican su representación y buscan el patrocinio de un solo abogado, lo que demuestra cabalmente que hay comunidad y no contradicción de intereses y que, en principio, el trámite es alitigioso, obteniéndose como resultado, no un juzgamiento, sino una declaratoria de que se reconozca como tales a los herederos y ello se produce "en cuanto ha lugar en derecho", es decir sin perjuicio de terceros.

Los juicios sucesorios tienen las siguientes características básicas (por lo menos en la Argentina):

Los que tengan vocación hereditaria deben justificar su vínculo con el causante, ya sea mediante la presentación de partidas expedidas por notarios a cargo de un Registro Civil (o abogado en ejercicio de funciones notariales atípicas), o por medio de un testamento en que se los instituye herederos.

En el primer supuesto (sucesión ab intestato), se cita por edictos a otros herederos (y acreedores) y sobre el resultado de esa convocatoria certifica el actuario (notario o abogado-notario), y si la sucesión es testamentaria tenemos que intervino un notario, cuando el testamento ha sido hecho por acto público, o debe intervenir notario a los efectos de protocolizar un testamento ológrafo."

Como puede apreciarse, toda sucesión está impregnada a sabor notarial, lo que se acentúa con la presentación de títulos de propiedad, de cuya elaboración también se ocupó un notario.

Por añadidura, si se piden informes al Registro de Testamentos como precaución elemental para saber si el causante expresó su última voluntad, puede ocurrir que el informe sea suministrado por una corporación notarial, como sucede en la Argentina, donde el Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires ha organizado un Registro de Testamentos en el que se inscriben los otorgados en todo el país.

En los Estados donde existe la institución de la legítima, los herederos preferidos tienen derecho a exigir la colación, entablado acción personal que

no perjudica a los compradores de buena fe de los bienes relictos. En cambio en otros países, especialmente sajones, los herederos omitidos pueden reivindicar los bienes vendidos a terceros, pero como allí no hay herederos forzosos, quienes no figuren en el testamento del causante nada pueden reclamar, pero si no hay testamento el riesgo de la acción reipersecutoria produce una depreciación de los bienes, lo que de alguna manera se cubre por medio de seguros."

15. En los testamentos COIISUlares. militares o marítimos, siempre interviene un representante del Estado que eventualmente está reemplazando a un notario.

Lo expuesto explica por qué la mayor parte de los sajones acostumbra testar, nombrando cuidadosamente a sus herederos y hasta dejando un dólar simbólico al hijo rico que no necesita su ayuda, pero a quien desea mencionar expresamente. Esa costumbre explica también por qué está tan difundida la ceremonia de la lectura del testamento.

Nosotros desearíamos ver en nuestro país una mayor libertad de testar (disminuyendo el porcentaje de la legítima) y una más amplia difusión del testamento, cuyas ventajas hemos señalado en el Congreso de Montreal."

Para liberar a la judicatura de sus ya recargadas tareas, lo que se traduce en largas demoras para dictar una declaratoria de herederos, debiera sustituirse al juzgado por la notaría cuando se trata de realizar un juicio sucesorio.

El notario citaría por edictos a los herederos y certificará los efectos de la publicación, tal como ahora lo hace en los casos de transferencia de fondos de comercio (Ley Argentina 11.867), pero si hay testamento no se requieren edictos y s610 hay que apreciar la validez del testamento, el que merece plena fe si es público (arts. 993/5, cód. civil argentino) y si es ológrafo debe ser homologado por información testimonial recogida en un acta protocolar.

A diferencia de lo que existe en Uruguay, donde en materia sucesoria el notario ejerce una actividad forense, nosotros opinamos que no debe reemplazar al abogado sino al juez, es decir que su intervención no es profesional sino fedataria y el patrocinio de las partes debe continuar a cargo de un letrado.

El procedimiento a seguir sería el siguiente:

Los herederos concurren a la escribanía asistidos por su letrado y se levanta un acta declarando abierta la sucesión y dando poder al abogado interviniente para las diligencias posteriores (si no hay mandato preexistente para ello). El notario acepta el testamento si éste es público, lo protocoliza con información testimonial si es privado, o publica los edictos si no hay institución de herederos. En cada acta se relacionará la precedente sobre el mismo asunto con objeto de mantener la concatenación (ontogenia), de modo tal que todas' las piezas sean protocolares, lo que implica una ventaja sobre los expedientes judiciales.¹⁸

Con el esquema que muy sucintamente señalamos puede apreciarse que el costo en tiempo y dinero se reduce sensiblemente y que todo el trámite podrá medirse en días y no en meses o en años, como pasa actualmente.

16. Además de que encarece la contratación inmobiliaria, el régimen de seguros exige gran estabilidad de la moneda para que el resarcimiento no sea superado por la inflación.

17. "Testamentos y su registro", en colaboración con Aldo A. Barbero.

Para llegar al desiderátum es conveniente remover una de las causales que más traban la dinámica procesal en materia sucesoria y que se relaciona con el tema incluido en el VIII Congreso Internacional del Notariado Latino por el país organizador. Me refiero a "Las exigencias fiscales en relación con los efectos del acto jurídico".

El impuesto que grava a las sucesiones hace del Estado un coheredero. Originariamente incidía sobre el enriquecimiento patrimonial de los beneficiarios y entonces era un tributo a la herencia propiamente dicho, pero cuando dejó de ser razonable se lo eludía mediante transmisiones inter vivos, hasta que se lo transforma en impuesto a la transmisión gratuita de bienes, presumiéndose la gratitud cuando el comprador es heredero forzoso.

18. En algunos juzgados se lleva un libro de sentencias. en las que sólo éstas quedan protocolizadas.