

JURISDICCIÓN NO CONTENCIOSA O VOLUNTARIA*

Por **Pedro Horacio Sofía Aguirre**

Según la exposición de motivos del Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dos ideas bases concurren a las modificaciones propuestas:

1ª) Poner distancia del litigio, procurando que los conflictos se canalicen en una suerte de metodología de prevención de la controversia judicial, “a través de la conciliación, la mediación, o el arbitraje, alternativas que además son eficaces para preservar la paz jurídica, sin la cual no puede haber justicia”.

La salida judicial no es siempre la más indicada, además de ser onerosa y requerir una duración que no puede ser acortada en demasía tal que comprometa los valores y fines que han de asegurarse mediante el debido y justo proceso.

2ª) El proceso sucesorio en nuestro país es judicial; ello implica que es el juez quien declara la calidad de heredero y es también el órgano jurisdiccional quien se expide sobre la validez formal del testamento y quien interviene en lo atinente a la liquidación del haber sucesorio, salvo que los herederos fueran mayores y capaces y se pusieran de acuerdo sobre la forma de distribución de los bienes, pero aun en ese caso tiene participación el juez.

Autorizada doctrina entiende que la determinación de la calidad de heredero es ajena al proceso sucesorio y que éste se limita a la distribución de los bienes.

Belluscio señala que “el verdadero proceso sucesorio no es el procedimien-

* Trabajo presentado al Instituto de Derecho Notarial.

to destinado a la comprobación del carácter de heredero sino el que conduce a la partición de la herencia mediante los pasos previos del inventario y del avalúo, el cual sólo requiere de la intervención de los jueces en los casos previstos en el art. 3645 del Cód. Civ., esto es, cuando existan menores, incapaces o ausentes, cuando terceros se oponen a la partición privada”, pero en la práctica argentina el proceso sucesorio también está destinado a la determinación de la calidad de heredero.

3ª) En materia civil (*latu sensu*) no median razones que justifiquen continuar asignando a los jueces el conocimiento de asuntos no jurisdiccionales o de mejor satisfacción fuera de la residencia jurisdiccional la que, por lo demás, dista de ser obligatoria.

Deficiencias del actual proceso sucesorio judicial argentino

a) Falta de actualización legislativa; b) contradicción entre las normas de derecho de fondo y las de procedimientos; c) reglamentarismo excesivo, desconocido y disperso; d) la costumbre judicial.

En verdad, el derecho sucesorio es el que menos fue modificado desde la redacción original del Código Civil.

A las deficiencias apuntadas, que requieren una pronta y adecuada solución mediante la reforma del Código Civil, se ha sumado la acumulación incesante de expedientes, que trae aparejada la consiguiente lentitud de los procedimientos judiciales y, por ende, una falta de justicia y una peligrosa e incontralable delegación de facultades.

Asimismo, la práctica nos demuestra que la excesiva reglamentación, normas, decretos y diferentes reglamentaciones administrativas, como diversas acordadas de la más diversa índole, regulan el sucesorio, principalmente las inscripciones registrales.

Tan así es, que para inscribir una declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad Inmueble de nuestra jurisdicción debe tenerse presente una gama de normas y reglamentaciones, tales como el decreto 2080/80 reglamentario de la ley registral N° 17801; el art. 150 y conc. del Reglamento para la Justicia Nacional; la ley 23988 inc. 3° de tasas de justicia; la ley 22247 sobre gravámenes municipales y tasas de Obras Sanitarias; la ley 21389 de honorarios profesionales, etcétera.

La falta de actualización de las leyes sustanciales ha motivado que el Derecho Procesal haya tenido que crear instituciones para dar solución a situaciones no resueltas por las leyes de fondo excediendo, por consiguiente, el ámbito propio del derecho de forma.

En una situación como la actual, sin embargo, carece de sentido seguir atribuyendo a los órganos judiciales la realización de tareas no jurisdiccionales.

Tal situación no repercute más que en disfunciones para la administración de justicia, que se debe primordialmente al desarrollo de su función propiamente jurisdiccional, con sentido resolutivo de *imperium*; y para los interesados, que ven cómo un asunto que podría tramitarse fácil y económicamente

en otra sede, debe esperar, para una resolución, el orden de tramitación propio de los órganos jurisdiccionales.

Sobre estas bases se regula el trámite sucesorio y se extraen del ámbito judicial determinadas operaciones (actuación de realización, transformación de bienes, vía de apremio de sustancia administrativa y propias de la jurisdicción voluntaria).

Jurisdicción voluntaria

Jurisdicción es una palabra que deriva de la expresión latina *jus-dicere*, que significa decir el derecho.

Es de primordial interés y obligación del Estado, para la pacífica convivencia de sus habitantes, aplicar la ley para el mantenimiento del orden jurídico por él creado.

La única división que admite la jurisdicción es la federal y la local, producto de nuestra organización política.

Tanto en la doctrina nacional como en la extranjera existe resistencia a aceptar la denominación de jurisdicción voluntaria. No obstante, la doctrina y las legislaciones que a ella se refieren mantienen esa denominación.

Jorge A. Bollini, en su trabajo presentado al VIII Congreso Internacional del Notariado Latino, México, 1965, expresa “que los tratadistas consideran inadecuada la palabra jurisdicción para calificar actos de naturaleza tan diversa y estiman que dicha nomenclatura convencional agrupa un conjunto de negocios de naturaleza y finalidades muy diversas, no todas las cuales pertenecen a la esfera de la función jurisdiccional”.

La han llamado por ello: jurisdicción graciosa, los franceses; procedimiento en cámara de consejo, los italianos; *juris aditio* o potestad *ius*-adicional, los españoles.

Nuestro notarialista Raúl García Coni entiende “que no es ni jurisdicción ni voluntaria.

“No es jurisdicción porque no encuadra en la misión específica del poder judicial, salvo casos de excepción; y no es voluntaria porque el peticionante queda irremisiblemente aferrado a la norma jurisdiccional”.

Carlos N. Gattari, por su parte, entiende que la correcta denominación es “competencia voluntaria e instrumental”.

Si bien la verdadera pretensión que se tiene en mira es la desburocratización del Estado, colaborando con los jueces en ciertas tareas que no les son específicas, mediante la intervención de los notarios, la actividad de éstos en la jurisdicción voluntaria debe realizarse ejercitando su facultad *fideifaciente*, para homologar esos actos como funcionario público y no como profesional de derecho en ejercicio del *jus postulandi*.

En el primer caso, el notario, en su carácter de funcionario público, sustituye al juez en su función homologante; en el segundo, el notario, en ejercicio del *jus postulandi*, actúa como técnico del derecho asesorando.

En los actos de la jurisdicción voluntaria, la función específica del notario es clasificar, comprobar y legitimar.

No sustituye ni desplaza al juez sino, por el contrario, colabora con él en tareas que no son estrictamente jurisdiccionales, sino más bien de carácter administrativo.

No obstante las precisiones de Hugo Alsina (*Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal, Civil y Comercial*), la determinación del concepto de jurisdicción tiene en derecho procesal una acepción específica y se refiere a la “facultad conferida a ciertos órganos para administrar justicia en los casos litigiosos”.

Lascano dice: “en la **jurisdicción contenciosa**, lo que se somete al juez es el conflicto de intereses que se desea solucionar. A este concepto se vincula el de **acción** como potestad de los individuos para ponerla en movimiento, el de la **competencia** como límite para su ejercicio y el de **sentencia** como medio de expresión”.

Alsina (ob. cit.) afirma que existen casos en que se ejecutan actos por los magistrados que no son consecuencia de una controversia sino, por el contrario, que tienen su origen en un acuerdo de partes o en la falta de un contradictor.

De esa manera aparece la distinción en **jurisdicción contenciosa o voluntaria**, “según que se ejerza en causa en que exista contradicción de partes o en que la intervención del juez sólo tenga por objeto dar autenticidad al acto o verificar el cumplimiento de una formalidad”, y en este caso, no puede hablarse con propiedad de función jurisdiccional, ya que se trata de uno de los supuestos en que el juez ejerce funciones administrativas.

La doctrina, no obstante, ha mantenido esta clasificación teniendo en cuenta la eficacia del pronunciamiento judicial en estos casos.

Esta jurisdicción, llamada “voluntaria”, tiene su origen en el derecho romano y es la “función que ejercen los jueces con el objeto de integrar, constituir o acordar eficacia a ciertos estados o relaciones jurídicas”.

En otros términos, en la jurisdicción contenciosa hay litis, en la voluntaria no.

Respecto del pronunciamiento: en la jurisdicción contenciosa, la sentencia produce efecto de cosa juzgada. En la **jurisdicción voluntaria**, en cambio, el acto puede ser revisado nuevamente.

El acto sólo tiene apariencia de sentencia porque emana del juez, pero es de carácter administrativo, desde que se ordena para el futuro (conf. Alsina, ob. cit. y Palacio, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Parte General, Abeledo Perrot, 1965), quien advierte, “que se trata de una función ajena al específico cometido de los jueces, que consiste en la resolución de los litigios suscitados entre dos partes, agregando que el hecho de que sean los jueces quienes tradicionalmente conocen este tipo de asuntos no contenciosos obedece, entre otras razones, a la índole estrictamente jurídica que ellos presentan o la posibilidad de que se conviertan fácilmente en contenciosos, así como en la conveniencia de que ciertos actos de los particulares, en razón de la trascendencia de sus efectos, sean objeto de una previa y segura comprobación o fiscalización.”

En definitiva, la iniciativa que integra el plan de la reforma del proceso civil y comercial organiza fuera de los Tribunales la atención y manera de resolver los denominados asuntos de la jurisdicción o competencia voluntaria. Es importante resaltar, en esta jurisdicción o competencia voluntaria, que los documentos emanados del notario, conforme a lo dispuesto en el Código Civil en el Título 3: De los Instrumentos Públicos, art. 979, inc. 2º del Código Civil que dice: “Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado”, gozan de plena seguridad jurídica y son de primordial importancia a los intereses jurídicos, privados y públicos.

El notario puede sustituir al juez en su *función homologante* y su naturaleza jurídica se determina no por ausencia de contienda, sino por la **inexistencia de intereses contrapuestos**.

Otros conceptos: a) La jurisdicción voluntaria se practica *inter volentes*, es decir, entre personas que se hallan de acuerdo en el acto que se ejecuta o a solicitud de una persona. Por consiguiente, está ausente el interés de terceros.

b) La jurisdicción contenciosa: el juez actúa o procede con conocimiento legítimo, es decir, conforme con el resultado de una investigación personal.

En la voluntaria, solamente con conocimiento informativo, suministrado por los propios interesados.

En la contenciosa se ejerce pronunciando un fallo con arreglo a lo que resulta de todo lo expuesto y probado por las partes.

En la voluntaria, en cambio, el pronunciamiento sólo tiene por objeto dar autenticidad a un acto o certificar el cumplimiento de un requisito formal.

Palacio agrupa, conforme a la legislación vigente, los actos de jurisdicción voluntaria, de la siguiente manera:

1º) *Actos de constitución de derechos*, como ser: discernimiento de tutor o curador, inscripción de sociedades en el Registro Público de Comercio, etcétera.

2º) *Actos de homologación*: como la aprobación de testamentos en cuanto a sus formas, aprobación de la cuenta particionaria, aprobación del concordato, etcétera.

3º) *Actos de constatación que comprenden*: la declaración de pobreza, informaciones tendientes a verificar la existencia de un determinado hecho.

4º) *Actos de autorización*: para la enajenación de bienes de menores, ausentes o incapaces, autorización para comparecer en juicio, etcétera.

En el XX Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Cartagena de Indias, Colombia, el 28 de abril de 1992, en el Tema I, *La intervención del notario en el ámbito de la jurisdicción no contenciosa*, se llegó, entre otras, a las siguientes conclusiones, que transcribimos como síntesis de todo lo expuesto:

1º) Que se restrinja el término “jurisdicción no contenciosa o voluntaria” a la actividad judicial y se acoja para el derecho notarial el término “competencia notarial en asuntos no contenciosos”.

2º) Que no se atribuya a los notarios competencias inherentes a la fe pú-

blica judicial, ni se invada el ámbito de la potestad jurisdiccional en función juzgadora.

3º) Que el proceso de desjudicialización comprenda no solamente el aspecto relativo a su terminología sino al propio tratamiento procesal de las instituciones, debiendo ser reguladas por la legislación notarial de cada país, de acuerdo con sus peculiaridades socio-jurídicas y sus instituciones.

4º) Que se establezca la independencia y autonomía de la actualización y del acto notarial, suprimiendo cualquier tipo de control posterior, como la homologación o calificación, excepción hecha de la impugnación en el procedimiento contencioso respectivo.

Doctrina extranjera:

Para citar dos autorizadas opiniones, entre los procesalistas modernos, Caravantes en apretada síntesis expresa: “la jurisdicción contenciosa se ejerce *inter nolentes*, mientras que la voluntaria se ejerce *inter volentes*.”

Calamandrei dice: “ella entra (la jurisdicción voluntaria) en la actividad social, no jurídica del Estado”.

Pero, aunque la jurisdicción voluntaria es considerada como una función administrativa, presenta ciertos caracteres que la diferencian de la generalidad de los actos administrativos y la aproximan a la actividad jurisdiccional.

La mayoría de los autores modernos estiman que el concepto de jurisdicción voluntaria ha de formarse atendiendo al fin.

Para Goldschmidt (*Derecho Procesal*), el fin de la jurisdicción voluntaria es la prevención de infracciones jurídicas, a diferencia del fin de la jurisdicción contenciosa, que es reprimirlas.