

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA (*) (533)

GRISELDA JULIA JATIB

CONSIDERACIONES PREVIAS

A lo largo de la evolución de las instituciones jurídicas, sociales, económicas y de las prácticas aplicadas a través de la historia, en un determinado sistema político y en una sociedad determinada, vemos que ellas cambian: la figura que hoy nos ocupa también ha padecido estas transformaciones, y hoy debemos hablar de la jurisdicción voluntaria, recalcando el error histórico que arranca de la jurisdicción de los romanos (acción de administrar justicia - autoridad - competencia - distrito judicial de las provincias imperiales).

Asimismo, el término jurisdicción, tomado unitariamente en su acepción, no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

es unívoco, y su aplicación a los distintos actos que comprende, tampoco es pacífica, apreciándose notoriamente esta cualidad, cuando hablamos de jurisdicción voluntaria, que no es más que aquel derecho residual, basado en la antigua prerrogativa que tenían los jueces, por la ausencia de los cheks and balances (frenos y contrapesos de la teoría de la división de los poderes), en el antiguo Imperio Romano, donde ellos dirimían cualquier cuestión que no podía ser resuelta por los particulares y que, aún resuelta, necesitaba, como ahora, la fuerza jurídica que le otorgaba la intervención del juez, y basados en la "seguridad jurídica". Esta idea prevaleció mucho tiempo en la mente de los tratadistas del derecho. Ya en 1748, un jurista destacado como Bentham nos dice "que gracias a ella podemos prever el futuro y por lo tanto tomar nuestras disposiciones, que es la base sobre la que descansan nuestros planes, trabajos y ahorros, es la característica distintiva que distingue al hombre culto del salvaje".

Es en homenaje a este principio de la "seguridad jurídica", el peso que actualmente tienen los jueces sobre sus espaldas: si las partes que discuten una cuestión de intereses logran ponerse de acuerdo, es irrelevante para el juez juzgar sobre el contenido, no está llamado, como dice Alsina, "a suplir capacidades defectuosas sino a cooperar a la formación de estados jurídicos".

Es importante la búsqueda de la "seguridad jurídica", es legítima la aspiración de las partes a ser interpretadas; pero esa búsqueda no debe orientarse sólo hacia los órganos jurisdiccionales, en caso de no existir litigio, sino también a sus "sustitutos", como podría ser el notario, con la fuerza de su poder autenticante. Especialmente, en el notariado latino, donde actos inherentes a la jurisdicción voluntaria pueden ejercerse ampliamente, sin ninguna limitación, con resultados positivos, como sucede en Guatemala, donde esta doctrina es receptada en la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Jurisdicción Voluntaria, donde, en uno de sus considerandos, dice: "Es conveniente ampliar la función del notario, a fin de que pueda llevar a cabo actos en que no hay contención, para facilitar la celebración de los actos de la vida civil".

Aguirre Godoy resalta no sólo los actos que puede realizar el notario, sino la importancia que se le da a éste como auxiliar de la Justicia, en el Código Procesal Civil y Comercial de Guatemala, que en su art. 33 dice: "el juez podrá, a instancia de parte, encomendar a un notario la realización de determinados actos, incluso notificaciones y discernimientos".

Todo este planteo es viable en un sistema como el nuestro, a diferencia de otros, como el anglosajón, donde el escribano no existe: los abogados han absorbido todas las tareas, ya que el testamento de juristas está organizado en "corporaciones", donde sólo habría alguna equiparación de la función notarial con la figura de los solicitors.

Esto lo ha recalcado expresamente el notario de Quebec Berengere Gaudet, en su trabajo "el notario y la jurisdicción voluntaria", aclarando, además, que las funciones del notariado están reguladas en la llamada Ley del Notariado, donde se lo faculta para que realice actos correspondientes a la esfera de procedimientos no litigiosos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

JURISDICCIÓN CONTENCIOSA Y VOLUNTARIA

Toda definición es peligrosa, como dice el viejo adagio romano, y más peligrosa aún es la tendencia a generalizar. Por eso solo intentaremos dar una opinión sobre jurisdicción, basada en la de varios autores.

Así, diremos que "es la facultad que posee el Estado a través de sus órganos para administrar justicia, ejercer sus facultades, movilizándolo el aparato estatal, en procura de lograr la protección de un derecho subjetivo a instancia de parte y que se traduce en la «sentencia» aplicada en cada caso concreto". Y agregaremos con Kelsen que: "esos órganos encargados de la aplicación del derecho no deben hacer ninguna diferencia que el derecho a aplicar no establezca".

No es el objeto de este trabajo transcribir definiciones ni clasificaciones de Jurisdicción, sino que nos limitaremos a puntualizar los efectos de la jurisdicción voluntaria y contenciosa, respectivamente, señalando algunas diferencias.

Es indudable que la misión de los jueces, como dice Alsina, "es resolver los asuntos que se le presenten". No pueden negarse a fallar, tanto en una, como en otra jurisdicción: en la "jurisdicción contenciosa habrá litigio, no así en la voluntaria, cuya característica fundamental es la ausencia de oposición de partes". El fallo debe recaer sobre casos concretos, y el derecho debe hallarse estatuido en leyes.

Citando a Alsina, diremos que el juez, en la jurisdicción contenciosa, procederá con "conocimiento legítimo", y en la voluntaria, con conocimiento "informativo".

El órgano jurisdiccional debe velar por el cumplimiento del fallo en la Jurisdicción contenciosa y por la satisfacción de las partes en la Jurisdicción voluntaria. Es evidente que en ambas se necesita la tutela judicial, apoyada en el poder del Estado; si éste carece de poder, estamos frente a normas "vacías" de significación jurídica.

La sentencia será el epílogo del proceso en la jurisdicción contenciosa, en cambio, el resultado de la jurisdicción voluntaria es un pronunciamiento que sólo tiene por objeto dar autenticidad a un acto, o certificar el cumplimiento de un requisito de forma, como dice Aguirre Godoy y claramente Planiol. Y Ripert: "Estos actos que llevan el nombre de sentencias en realidad, no tienen sino la fachada exterior ya que en el fondo, los mismos son actos de autoridad y no de jurisdicción, no hay litigio, ni condena".

Otro efecto es la posibilidad de que un acuerdo realizado en el campo de la Jurisdicción voluntaria se torne litigioso, lo cual implica a posibilidad de que se transforme en un proceso contencioso, pero nunca sucederá a la inversa, pues en el último habrá "cosa - juzgada" y en el primero posibilidades de revisión y aún de reparación, con el aliciente de que una sentencia errónea jamás servirá de norma para futuros Juicios, basados en dictámenes injustos, como suele suceder en el sistema anglosajón, donde, como habíamos dicho antes, no existe el tipo de notario latino, ni la posibilidad del ejercicio, por éste, de actos de jurisdicción voluntaria.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

OPINIONES DE AUTORES, CONGRESOS E INSTITUCIONES

Si repasamos la doctrina extranjera con el fin de evaluar o tratar de comprender lo que es jurisdicción voluntaria, encontramos, en primer lugar, la vieja aspiración del notariado de reivindicar para él actos que pueden instrumentarse cómodamente en su ámbito.

En segundo lugar, la discusión semántica sobre la aplicación correcta del término jurisdicción voluntaria.

Comenzamos, con Vicente Font Boix, quien dice "que la jurisdicción voluntaria no reúne las notas institucionales definidoras de la jurisdicción", y, aclarando, más este concepto, sostiene una teoría interesante sobre la función notarial, al decir que "la jurisdicción voluntaria y ésta no coinciden en el ámbito legal que se les atribuye". Así, jurisdicción voluntaria implica una suerte de actos jurídicos atribuidos a los jueces, por razones históricas; en cambio, el notario tiene regladas perfectamente las funciones y actos que le es permitido ejecutar.

Alcalá Zamora: Está enrolado en la tesis administrativista. Para él, jurisdicción es administración, y concibe la jurisdicción voluntaria como un "no proceso". Además, recalca algo muy importante, relacionado con la "seguridad jurídica", que habíamos mencionado al comienzo de este trabajo: así expresa que la tarea fundamental consistirá en determinar en ese heterogéneo conjunto no procesal las materias que por motivos de conveniencia, "seguridad jurídica", etc., reclamen la intervención judicial y otras que puedan transferirse a organismos extrajudiciales.

Pondé: Aclara enormemente este punto diciendo que nos falta determinar si sólo lo inapropiado de la jurisdicción voluntaria es el nombre o si también las materias por ella comprendidas son realmente actos jurisdiccionales y agrega que: 1º. No sólo deben ser actos jurisdiccionales por el sólo hecho de que se desenvuelvan en la justicia. 2º. Porque se denominan así históricamente desde Marciano. 3º. Por existir un magistrado que debe necesariamente conocer en esta materia, cuando sucede, también, en el ámbito administrativo.

Pelosi: Sostuvo con premonición que, con el devenir del tiempo, la función notarial absorberá las materias que hoy se dicen pertenecientes a la jurisdicción contenciosa.

Isaac R. Molina: Apunta a otro aspecto interesante, que es la posibilidad de colusión con normas constitucionales, en caso de transferencia de "jurisdicción voluntaria", y cita la posición de la Suprema Corte de Justicia, basada en los arts. 18 y 95 de la Constitución, afirmando que la intervención de un órgano judicial es ineludible, en caso de conflictos entre particulares o de éstos con el Estado.

Congreso del Notariado Latino, 1965

Hemos extractado estas conclusiones por el aporte que significan al tema. La comisión III declaró que el término jurisdicción es equívoco y que, por lo tanto, habrá que bucear una denominación específica para aquellos actos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que estén en la esfera de la jurisdicción voluntaria y que, por su naturaleza, corresponden a la actividad notarial, recomendando que, por medio de convenciones internacionales, se dé fluidez a las decisiones pronunciadas por los jueces con respecto a los actos de jurisdicción voluntaria, tratando de armonizar los distintos sistemas de los países pertenecientes a la Unión, sin necesidad de recurrir al exequátur. Esto refuerza la tesis de Alcalá Zamora, quien sostiene que la ciencia jurídica debe aspirar no a la universalidad de la biología, la física, la química, las matemáticas, etc., en las que influyen otros fenómenos históricos, sino que, por lo menos, deben trascender las fronteras del Estado en que surjan, y así no debe existir colisión entre una jurisdicción alemana, italiana, etc., es decir, se debe unificar y no multiplicar el concepto.

ONPI: Con respecto a este mismo tema, la ONPI, en un esfuerzo ponderable por acopiar información, estableció contacto con la OEA, donde se estudia la redacción de un Código de Procedimientos en lo Civil que sea común a todos los países americanos, lo que contribuirá, indudablemente, a la unificación de normas y a la posibilidad que muchos actos sean ejercidos por notarios, en el derecho internacional privado.

ACTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN SEDE NOTARIAL

Plantearémos, en primer lugar, el caso de fallecimiento presuntivo por entender que es un tema muy actual, además de los numerosos conflictos patrimoniales que genera.

Se ha considerado que las actuaciones tendientes a instaurar un juicio por presunción de fallecimiento no constituyen un "caso contencioso, ni una causa propiamente dicha, sino un juicio de jurisdicción voluntaria"(1)(534); no hay partes en litigio, no hace "cosa juzgada", pues el ausente puede reaparecer. En este juicio, con respecto al período de prenotación (medida cautelar que el juez toma para preservar el patrimonio del ausente), la labor del escribano es muy valiosa como auxiliar de la Justicia: debe realizar el inventario, antes que los bienes sean entregados a los herederos, realizando su prenotación en los Registros que correspondan, en los casos en que la naturaleza de éstos exija su registración.

Interrupción de la prenotación: En caso de que el ausente reaparezca dentro del plazo de cinco años, el escribano podrá realizar la cancelación de la prenotación y suscribir las escrituras que sean necesarias.

Particiones: Aquí hablaremos de las distintas clases de particiones hechas por escritura pública, destacando la celeridad, economía procesal y menor erogación(2)(535), como, asimismo, la concreción inmediata de la voluntad.

Partición: Extrajudicial en caso de sucesión: art. 3462, Cód. Civil.

Partición: En caso de fallecimiento presuntivo: al igual que en el caso anterior, los herederos pueden realizar la escritura de partición, pero siempre sujeta a las limitaciones impuestas en caso de reaparición del ausente.

Partición: Extrajudicial de los bienes de la sociedad conyugal en caso de divorcio.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Constitución de sociedades: Aumento de capital. Disolución de sociedades.

Inventario: Como medida precautoria en caso de divorcio (art. 74, ley 2393).

Rectificación de errores de partidas: el escribano podrá realizarla, sin que, para un simple trámite, se movilizan el ministerio público y el director del Registro: el interesado podrá comparecer en sede notarial con dos testigos y luego presentar - en el Registro Civil el testimonio correspondiente.

Juicio de mensura: el juicio de mensura es voluntario(3)(536), ya que tramita con la intervención sólo de la parte que la pide; no le concede derechos; no hay "cosa juzgada", por lo tanto puede instrumentarse en sede notarial.

Sucesión extrajudicial: Cuando los herederos son capaces y no hay impedimentos de ley, la sucesión, ya sea ab intestato o testamentaria, podrá tramitarse en sede notarial. El anteproyecto de Ley de Sucesiones Extrajudiciales ha previsto ampliamente la forma de instrumentarlas .

CONCLUSIÓN

El propósito de este ensayo fue clarificar en lo posible el concepto de jurisdicción, subsumido en el de jurisdicción voluntaria y su relación con el notario.

Tiene importancia teórica y práctica despejar esa zona gris, que demarca y divide, en extraña e inútil dicotomía, la jurisdicción en contenciosa y voluntaria (recalcamos la inutilidad, pues pensamos con Amílcar Mercader que la jurisdicción es una sola).

Creemos, también, que los problemas del derecho deben visualizarse no desde un punto de vista estático, y aceptar que si en el pasado hubo actos, ejercidos por el Estado, que se llamaron de jurisdicción voluntaria y cuya terminología no era equívoca, a la luz de la óptica de esa época, hoy, por razones de técnica y evolución, no tienen razón de ser.

Sostenemos, también, que así como el legislador delega en el juez la aplicación del derecho por él creado, también el juez puede delegar en el notario la ejecución de determinados actos, como lo hace con el secretario o actuario, sin que ello implique, como dice José V. San Martín, despojar al juez de su jurisdicción, y sí, por el contrario, "incorporar al proceso un funcionario idóneo como el escribano".

BIBLIOGRAFÍA

Aguirre Godoy, Mario, "el notario y la jurisdicción voluntaria", Revista de Derecho Español y Americano, Madrid, año XII, abril - junio 1967, pág. 101 a 124.

Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, Revista de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1949 1ª parte.

Alsina Hugo, Derecho procesal, t II.

Baratta, Vicente y otros, "La giurisdizione volontaria e il notaio", VIII Congreso Internacional del Notariado Latino, A. Giuffré Editores, 1965

Carnelutti, Francisco, Derecho Procesal Civil y Penal, EJE, Bs. As., 1971.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- Colombo, Carlos, Código Procesal Civil y Comercial comentado, Ediciones Abeledo - Perrot.
- Chioyenda, Giuseppe, Ensayos de Derecho Procesal Civil, EJEA, Bosch y Cía., Bs As, 1949.
- "El notario y la jurisdicción voluntaria", Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada nº 179, marzo 1967.
- Font Boix, Vicente, Revista del Derecho Notarial, Madrid, año VIII, nº 29, 30 diciembre 1960.
- Gaudet, Bérengere, "Le notaire et la juridiction volontaire", VIII Congreso Internacional del Notariado Latino.
- Kelsen, Hans, ¿Qué es la justicia?, Edic. Universidad Nacional de Córdoba, 1966.
- Migliori, Danielle, "La giurisdizione volontaria e il notaio", VIII Congreso Internacional del Notariado Latino, A. Giuffré, Milano, 1965.
- Melina, Isaac, "La función notarial y la jurisdicción voluntaria", Revista del Notariado 785 1982.
- Moro, Giuseppe, ' Dello ius postulandi atribuito al inotaio".
- Núñez - Lagos, Rafael, Revista de Derecho Notarial, Madrid, año VI, nº 19, marzo 1958.
- ONPI, Efectiva economía procesal judicial. Jurisdicción voluntaria, Buenos Aires, 1983.
- Palacio, Lino E., Código Procesal y Civil.
- Pelosi, Carlos, "Valor probatorio de las actas notariales", Revista Notarial 706.
- Pondé, Eduardo Bautista, "Relación entre jurisdicción voluntaria y actividad notarial", Los Anales del Notariado Argentino, 1964, t III, 1965, Buenos Aires.
- San Martín, José V., Revista Notarial 739, enero - febrero 1975
- Visco, Antonio, "Il procedimenti di giurisdizione volontaria", A. Giuffré Editore, Milano, 1952.