

José Manuel Igreja Matos  
Primero Vice Presidente de la Unión Internacional de Magistrados

PONENCIA  
Jurisdicción Voluntaria

La grandeza mayor de una profesión es quizás, ante todo, unir a los hombres.

Así lo proclamaba Saint-Exupéry y lo repito hoy en este evento que une dos profesiones nucleares para los que trabajan en los sistemas de justicia – los notarios y los jueces.

Si me permiten una nota personal, debo decir que mi proximidad con los notarios empezó muy temprano aun me debatía con los pesados libros de Derecho en la vetusta Universidad de Coimbra. Algunos amigos de entonces luego empezaran carreras en el notariado y, hace treinta años como hoy mismo, son frecuentes las conversaciones entre yo y ellos – uno en especial, Joaquim Manuel es su nombre – hablando de nuestro día a día y tratando de preguntar uno al otro cuestiones de derecho civil que tantas veces se cruzan en nuestras actividades profesionales.

Hablando con notarios, amigos o conocidos, siempre me siento tranquilo y a gusto compartiendo un objetivo similar: encontrar la buena solución providenciada por la ley y por el Derecho con las mismas herramientas de objetividad y buena técnica jurídica en la aplicación de la ley.

Francisco de Quevedo ya lo explicaba con sencillez en el siglo XVII “todas las cosas están sujetas a leyes; sólo la necesidad libre carece de ley” y a nosotros, jueces y notarios, nos toca aplicar cuotidianamente este proverbio acreditando, modestamente, con Epicuro, que “las leyes existen, no para que no se practiquen injusticias, sino para que no las sufran.”

En realidad, jueces y notarios, ambos, aplican el Derecho; ambos ejercen funciones de Justicia, esa Diosa llamada Dice para los griegos y Iustitia para los romanos. Os comparto que personalmente no me gusta la Diosa Romana con los ojos vendados y antes prefiero a la griega Dice siempre de ojos bien abiertos como símbolo permanente de su búsqueda por la verdad. También coincidimos en esa búsqueda – jueces y notarios – habituados a trabajar cerca de la comunidad que intentamos servir.

Repito: son muchas las coincidencias entre el juez y el notario. Como anotaba el jurista italiano Víctor Lavandera, hace cerca de cien años, me permito nombrar algunas de esas concomitancias entre profesiones:

- En una y otra se aplica la ley al caso, con el acuerdo o sin la conformidad de los interesados, pero venciendo dificultades prácticas, concretas, reales, del día-a-día.

- Ambas requieren igual ciencia para el conocimiento de la ley y el mismo arte para ligar a ella la voluntad. Donde – añadido yo – se vislumbra una exigencia compartida al nivel de una apurada técnica jurídica.

- Finalmente, tanto una como otra son funciones de justicia. El notario como el juez son órganos de justicia, tienen por finalidad asegurar el triunfo de la misma y consiguientemente, de la ética social, que, en las relaciones civiles, va inseparablemente unida a esa idea de justicia. Somos la pared que nos separa a todos de la arbitrariedad y de lo arbitrario – por eso nos incumbe aplicar el imperio de la ley a cada caso concreto con la ductilidad que nos exige la proximidad con la “polis”, a quien buscamos servir.

El notario pondera la necesidad, busca la conveniencia y prosigue valores como la verdad, sinceridad, legalidad y moralidad, bondad, utilidad y justicia del acto, dirigiendo la vida jurídica y regulando la utilidad de la vida económica y el comercio de la vida social. En verdad os digo que en muchas de esas mismas preocupaciones encuentro la esencia de mis tareas cotidianas como juez.

En conclusión, fácilmente podemos encontrar una lista común de propósitos en las dos profesiones, igualmente exigentes y, a la manera del mito de Sísifo, interminables porque siempre renovamos en cada caso que nos toca apreciar hasta que venga el próximo, en una espiral continua.

En términos generales me permito subrayar finalmente el concepto de imparcialidad, que es común al ADN de juez y notario.

Todo esto es algo que está muy lejos de la tradición de los países de “common law” basada en un derecho consuetudinario, en la “equity”. Así, el documento elaborado por el (impropiamente denominado) “notario” puede igualmente serlo por el “solicitor,” por el “scrivener” o el “barrister”. En estos ordenamientos, por ejemplo, se desconoce con todas sus matices el concepto que en mi país se designa como “documento auténtico”.

Pero claro que las diferencias existen y son – en la misma medida – sumamente importantes.

Me permito destacar una esencial: la forma como actúan ambas profesiones.

El notario interviene en forma preventiva; el juez en forma reintegradora; es por eso que corrientemente se dice que la función notarial es fisiológico jurídica; la del juez, patológico-jurídica.

Pero si hay un dominio donde las semejanzas más se acentúan y las diferencias se diluyen es, justamente, el de la jurisdicción voluntaria.

La nomenclatura "jurisdicción voluntaria" deriva de nuestros padres fundadores – los romanos y su Derecho – en concreto, el Digesto. Al parecer, visando una finalidad didáctica y procurando señalar la contraposición entre jurisdicción contenciosa y voluntaria. Su intención era puntar que la intervención del magistrado se produce entre personas libres que la solicitan voluntariamente, estando de acuerdo sobre la aceptación del resultado de la misma, por lo cual faltaría en estos actos el conflicto, que constituye modernamente el verdadero origen de la jurisdicción.

En la jurisdicción voluntaria no se espera que los casos se resuelvan, según el derecho preexistente, a partir de conflictos de intereses, colocados en pie de igualdad; se pretende, a diferencia, que se vigile el modo concreto de prosecución del beneficio primordial, de una manera que podemos incluso calificar de parcial, en la medida que subordina los demás intereses involucrados a la defensa de aquel que le corresponde tutelar y que asume relevancia particular. Por ejemplo en el caso de los procedimientos relativos al ejercicio de las responsabilidades parentales, como se sabe, es el superior interés del niño el que orienta y fundamenta la intervención del tribunal aunque eso implique desconsiderar otros intereses normalmente valorables, el de los progenitores.

Tomando como ejemplo el caso de sustracción internacional de menores, en la elección entre determinar o no el regreso del niño, ponderando la probabilidad o la consistencia del riesgo grave a que puede quedar si el retorno se determina, de acuerdo con la alternativa b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, el tribunal deberá decidir de acuerdo con lo que resulte más conveniente para el caso concreto aunque eso implique un beneficio del infractor; y lo mismo se afirma en cuanto al juicio de adecuación de las medidas adoptadas para proteger al menor cuando regrese al Estado de origen, para, en su caso, obligar al regreso, a pesar de la decisión de retención.

Como se puede concluir, la jurisdicción voluntaria impone que el tribunal decida, muchas veces, según criterios de conveniencia y oportunidad, y no tanto de legalidad estricta.

También por esos motivos se defiende, en términos generales, la retirada de los tribunales de expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de Derecho de Obligaciones, Derechos Reales, Derecho de Familia o Derecho de Sucesiones como ha ocurrido de hecho en muchos países, incluyendo el mío.

En este contexto complejo, la atribución a los Notarios de competencias en materia de jurisdicción voluntaria sigue siendo hoy un tema de plena actualidad en particular en el contexto latino.

La aprobación de la Ley 15/2015, de 2 julio, en la materia, en España, así lo avala. De la misma manera, en mi país, la Ley 23/2013, de 5 de marzo, operó una verdadera revolución en los procesos judiciales de inventario, en el contexto del Derecho Sucesorio, al trasladar para los notarios, en exclusividad, la tramitación de estos procesos. En meses recientes, el poder ejecutivo ya anunció que va a abandonar esa polémica opción de exclusividad.

La integración de la función notarial con gran parte de los actos de jurisdicción voluntaria que tradicionalmente le han sido atribuidos a Jueces y Tribunales es una vieja y legítima aspiración del Notariado. De este modo, se ha venido poniendo de manifiesto en las conclusiones de los diversos Congresos y Jornadas que, en el marco de la Unión Internacional del Notariado Latino, se han ocupado de esta cuestión. En realidad, después del I Congreso celebrado en Buenos Aires en 1948 la Unión declaró como desiderátum que “todos los actos de jurisdicción voluntaria (...) sean atribuidos exclusivamente a la competencia notarial”.

Entiendo bien que se procure destacar la función notarial en nombre de los intereses de los ciudadanos. Todos sabemos de la vida concreta como muchas veces le corresponde a los notarios personalizar la posición de las partes, liberándolas de un anonimato burocratizado. Son normalmente los notarios, con su saber jurídico y buena voluntad, quienes logran servir eficaz y prontamente al ciudadano, descubriendo vías posibles para legalmente librar a este de complicados enredos administrativos, acabando por resolver sus problemas. No se trata, pues, de mera actividad certificadora. Es inherente un análisis de la legalidad del acto, lo que es, en términos amplios, función propia de la “jurisdicción voluntaria”.

Pero lo que nos ha enseñado la experiencia es que debemos mantener, en áreas decisivas de la ciudadanía, en particular cuando afectan a derechos de dimensión constitucional, como es el caso del derecho de propiedad en el ámbito de la división judicial de herencias una intervención – al menos facultativa – de los tribunales.

Insisto: no se discute la importancia en las sociedades modernas de una amplia desjudicialización que permita dinamizar la vida económica y agilizar las relaciones contractuales. Pero nadie puede sustituir los tribunales con sus características de contradictorio abierto y plural con jueces - el tercero en discordia, en la expresión de Perfecto Andrés Ibáñez – independientes e imparciales.

Definidos estos límites, resulta que la intervención incluso decisoria de los notarios debe ser respaldada especialmente si hablamos de materias consensuales. Punto fundamental, en mi opinión, es que, de todas maneras, la actuación del Notario siga sometida a una posible revisión judicial.

Owen Fiss explica que hoy la tarea primordial de los jueces es conferir un sentido adecuado a los valores y principios públicos. Y eso marca una diferencia esencial. El juez es un servidor público, pagado por el erario público, no es escogido por las partes de cuyos intereses inmediatos no tiene que cuidar.

Al final, no creo que encontremos acá un tema de disputa, al revés, nombradamente, de lo que ocurre con una determinada visión de los tribunales arbitrales; notarios y jueces conocemos muy bien, también por fundadas razones históricas y culturales, nuestros espacios insustituibles y distintos. Por eso, para espanto de algunos pero no de los jueces, el Colegio de los Notarios portugueses ha sido concluyente en considerar deseable una nueva reforma de la Ley que faculte la posibilidad – no imperativa – a los ciudadanos de accionar la tutela de los tribunales en procesos de inventario, terminando con la obligatoriedad de acudir invariablemente a un Notario como ocurre hasta hoy. Como regla general, entiendo que debe ser el Juez el encargado de decidir los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas y de familia así exista un conflicto.

Eso personifica una misma preocupación de posibilitar a los ciudadanos una amplia disponibilidad de medios que tutelen el ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus deberes, sin perjuicio del principio de reserva de jurisdicción.

En las sociedades modernas es fundamental que las economías sepan encontrar un triple equilibrio: celeridad y eficiencia en situaciones de ausencia de conflicto, incluyendo la jurisdicción voluntaria, con una amplia intervención de notarios desjudicializando y facilitando la vida de los ciudadanos; coexistencia, aun adentro de la jurisdicción voluntaria, de intervenciones plurales, no necesariamente exclusivas de los tribunales, en situaciones de conflicto pero siempre con una reserva de jurisdicción; y finalmente el rechazo de una idea de justicia segregacionista que imponga dominios de exclusividad

para empresas o ciudadanos fuera de los tribunales a quien apenas se permite un control formal mínimo de las decisiones, muchas veces en función de su poder económico o social,

En este sentido, la consagración de un principio de competencia concurrente entre los tribunales y las oficinas notariales en el ámbito de jurisdicción voluntaria con una amplia posibilidad de elección de los ciudadanos en función de sus intereses concretos y únicos constituye seguramente la opción más indicada. Esa complementariedad debe aun permitir a cada notario que pueda decidir como implicar su trabajo y el de sus colaboradores para trabajar en estos dominios; lo que no puede ocurrir es transformar profesionales liberales u órganos de soberanía en funcionarios del Estado limitados en sus libertades profesionales.

También en estos dominios la libertad de nuestras clases profesionales juega un papel decisivo que no puede ser ignorado.

Es tiempo de terminar. Con la frase fundante de Camus: Ningún hombre considera libre su condición si no es justa, ni justa si no es libre.