

**DICTAMEN DE LA COMISIÓN DE JUSTICIA RECAÍDO EN LOS PROYECTOS DE
LEY N° 1036/95, 1071/05, 1129/95, 1208/95, 1229/95**

Asuntos no Contenciosos de Competencial Judicial y Notarial

Señor:

Ha venido para dictamen de vuestra Comisión de Justicia, los proyectos de ley N° 1036/95, 1071/05, 1129/95, 1208/95, 1229/95 cuyos autores son los congresistas Lourdes Flores Nano, Antero Flores Araoz, Xavier Barrón Cerebros; Jorge Avendaño Valdez; Aldo Estrada Choque; Javier Alva Orlandini; Eusebio Vicuña Vásquez.

Adicionalmente a los proyectos presentados, el Colegio de notarios de Lima como aporte entregó a la Comisión un Anteproyecto de Ley sobre la materia.

Los proyectos materia de análisis, coinciden en establecer un proceso diferente al normado en el Código Procesal Civil para algunos de los procesos no contenciosos; y en algunas de las materias propuestas como la adopción de mayores, rectificación de partidas, sucesión intestada y comprobación de testamento, difiriendo en otras siendo la mayor controversia el referido a la separación convencional y divorcio ulterior.

Las diferencias centrales radican en definir la competencia, dada la existencia de los planteamientos; por un lado, la exclusividad de los notarios para conocer algunos asuntos no contenciosos o la alternativa de acudir al Poder Judicial; en tal caso, los jueces de paz letrados también podrían ser competentes para la revisión de talos procesos.

Los proyectos han merecido la atención de sucesivas sesiones de la comisión; recabados comentarios de destacados juristas y recibido una serie de aportes que han contribuido al dictamen final.

La comisión ha escuchado igualmente la sustentación del Decano del Colegio de Notarios de Lima, Dr. Carlos Enrique Becerra Palomino, al Anteproyecto de Ley,



propuesto por su institución, cuyos aspectos fundamentales son los siguientes:

- a) Proponen la competencia alternativa, es decir, la posibilidad de elegir entre recurrir al Poder Judicial o al Notario.

- b) En cuanto a las materias, proponen se incluya el proceso de inventario, administración de bienes comunes, adopción de mayores de edad, patrimonio familiar, comprobación de testamento cerrado, sucesión intestada y la separación convencional y divorcio ulterior,

- c) Respecto de los procesos que no deberían incluirse, señalan la administración de bienes de incapaces y de sustentes, el ofrecimiento de pago y consignación, inscripción y rectificación de partidas, la comprobación de testamento ológrafo, militar, marino o aéreo, el reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos arbitrales expedidos en el extranjero.

El Colegio de Abogados de Lima, en comunicación cursada, ha dado a conocer posición contraria a las iniciativas presentadas a esta comisión, sobre asuntos no contenciosos señalando que violan el artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

La Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, mediante Oficio N° 175-96-SE-PJ de fecha 08 de Abril de 1996, ha opinado por la procedencia de la transferencia de los asuntos no contenciosos al ámbito de competencia notarial, señalando además, que apoya las acciones legislativas que pretenden al descongestionamiento de la carga judicial, priorizando que los órganos jurisdiccionales se encarguen del conocimiento de aquellos ilícitos penales o asuntos litigiosos que requieren efectivamente de la administración de justicia. En su informe señalan que la carga no contenciosa fluctúa entre el 23% y 34% del total de procesos contenciosos.

El Dr. Juan Monroy señaló sobre el tema en documento alcanzado a esta comisión, sobre el aspecto doctrinal, que, si la jurisdicción es por esencia contenciosa y además residual, es decir, sólo sirve para resolver conflictos y sólo debe usarse cuando no hay otra fórmula de solucionarlos, resulta indiscutible que la "jurisdicción voluntaria", no es jurisdicción ni es voluntaria. Asimismo, señala el Dr. Monroy, que el órgano estatal que



mayor seguridad, imparcialidad y contundencia puede ofrecer a la comunidad, es sin duda, el juez. Sin embargo, tal declaración no es causa para trasladarle a él toda esta actividad, sobre todo, si como se ha expresado su función exclusiva es solucionar conflictos de interés subjetivos. Las exigencias formales a la voluntad privada no es jurisdiccional, es administrativo; en consecuencia una serie de situaciones conformantes de la llamada "jurisdicción voluntaria." No deberían ser parte de la carga judicial. Sin dejar por otro lado de tener en cuenta la doctrina contemporánea, respecto de la jurisdicción preventiva, que constituye una ampliación de los fines de la jurisdicción.

En cuanto a pasar la separación convencional y posterior divorcio a competencia notarial, el Dr. Monroy manifiesta su total desacuerdo; refiere que la decisión de casarse o divorciarse de los cónyuges, de hecho (convencional, le pertenece en exclusiva a los conyuges, de hecho, a nadie más. Sin embargo, no se podría decir que la decisión de divorciarse de los cónyuges no afecta a la comunidad de la que forman parte. El Tema, así lo señala el Dr. Monroy apréciase, "no es si deban divorciarse o no, sino que resulta indispensable que, con un órgano estatal transcendente, precisamente aquel que orienta la conducta social de una sociedad a través de sus decisiones, sea quien participe y documente la manifestación de voluntad de los conyuges de resolver su relación matrimonial. Que no sepa, éste no puede ser otro que el Juez."

Sin embargo, es de señalar que la separación convencional y ulterior divorcio, tal como se encuentra normada en el Código Civil, y Código Procesal Civil, contempla una situación en la que no existe litis, tal es el caso, que al acudir al órgano jurisdiccional no se interpone una demanda, sino más bien se presenta una solicitud de separación que debe contener los acuerdos de los cónyuges, respecto a la separación de los bienes comunes, de la sentencia de los hijos, pensión alimentaria.

Ahora bien, el dictamen de la comisión ha optado por incluir en las materias que serán igualmente de competencia notarial, a la separación convencional y divorcio ulterior; únicamente para los casos en que no existan hijos incapaces.

¿Por qué los asuntos no contenciosos, no son jurisdiccionales?



Porque en estos no hay litis, no hay partes en conflicto.

Eduardo J. Couture, señala que la "jurisdicción voluntaria," no es jurisdicción ni es voluntaria. No es jurisdicción porque el Juez no resuelve el litigio, no hay contradicción y no hay partes en conflictos, y no es voluntaria porque la intervención del Juez es obligatoria conforme a la Ley.

Gutierrez Alviz, define la jurisdicción voluntaria como aquella en la que el magistrado interviene sin litigio o conflicto, colaborando en la celebración de un acto o negocio jurídico.

La jurisdicción voluntaria, reúne entonces algunas características, tales como:

- a) Voluntariedad para las partes,
- b) Ausencia de conflicto de intereses entre las partes, la intervención del Juez se limita a sancionar, ratificar, legitimar o colaborar en la constitución de una situación o relación jurídica y,
- c) Asesoramiento de las partes, precisamente porque no hay partes confrontadas.

Según señala Miguel de la Lama, en la exposición de motivos del Código de Procedimientos Civiles de 1912 se dejó constancia que:

La doctrina procesal extranjera ha aceptado la denominada jurisdicción voluntaria, como una alternativa impostergable a los problemas originados por la congestión del trabajo jurisdiccional y en procura de una mejor asignación de recursos y concentración de los mismos en asuntos litigiosos. El Estado resulta beneficiado. porque se transfiere al campo privado, a través de la institución notarial, investida de fe pública, la solución de los asuntos no contenciosos.

Es decir, ya en 1912 se pensaba que los asuntos no contenciosos no eran por naturaleza un asunto jurisdiccional; como si lo son otras instituciones jurídicas.

En la Legislación comparada, es de tener en cuenta:



ALEMANIA, cuyos trabajos preparatorios, se remontan al año 1874, ha regulado el proceso "extrajudicial," por no corresponder a actividades propias de la justicia, a la competencia notarial.

En el año 1898, se sancionó la Ley sobre Jurisdiccional Voluntaria, la que ha sido posteriormente ampliada y modificada, a través de nueve leyes que aclararon y reordenaron el procedimiento no contencioso. Estas leyes introdujeron en este campo, reformas sobre el Derecho Matrimonial y de Familia, en el año 1976; la Ley de Adopción y la Patria Potestad en 1979; y, modificaciones en el Derecho Procesal, efectuadas en 1986, incorporándose temas referentes al divorcio, alimentos, familia y tutela, hasta el 01 de enero de 1990, en que se unificó el proceso para las materias de jurisdicción voluntaria.

ARGENTINA, mantiene una tendencia dirigida a ampliar la competencia notarial, basada fundamentalmente en la necesidad de aliviar a los jueces en el desempeño de sus funciones

En este país, el notario, denominado escribano, tiene competencia para:

1. La protocolización de testamentos ológrafos.
2. Partición extrajudicial de herencia.
3. Partición liquidación y adjudicación de bienes.
4. Cesación en la separación judicial de bienes por voluntad de los cónyuges.
5. Adopción mediante instrumento público, el padre o la madre de menor pueden manifestar expresamente su voluntad para que el menor sea adoptado.
6. Confección de inventarios en juicios sucesorios, de división de condominio y en concursos civiles y comerciales.
7. Inscripción en el Registro de la propiedad de declaratoria de herederos o



testamentos aprobados y otros.

COLOMBIA, sin duda alguna, es uno de los países que ha proporcionado mayor impulso a la legislación positiva que amplía la competencia notarial en actos de jurisdicción voluntaria; obteniendo de esta manera, un servicio de plena aceptación de la comunidad, por la celeridad del documento notarial y por la economía fiscal que significa solucionar los actos y asuntos no contenciosos en la actividad privada, a través de la institución notarial. El factor decisivo para llevar a la acción notarial, los actos de jurisdicción voluntaria, fue según el informe del Dr. Víctor Amento Palacio, notario colombiano, la difícil situación por la que atravesaba la jurisdicción contenciosa.

Por las razones señaladas, se incluyeron en la esfera notarial, desde 1970 hasta 1989, un número muy significativo de actos, de los cuales, por su magnitud e importancia, se detallan a continuación:

- a. Apertura y publicación de testamentos cerrados.
- b. Disolución de la sociedad conyugal por mutuo acuerdo.
- c. Matrimonio civil, mediante escritura pública.
- d. Cambio de nombre de los menores de edad o de los hijos adoptivos, mediante escritura pública. Correcciones de las partidas de los registros civiles por escritura pública.
- e. Separación de cuerpos por mutuo consentimiento de los cónyuges, mediante escritura pública.
- f. Divorcio por escritura pública.

En **EL SALVADOR**, la ley de Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria, fue aprobada por la Junta Revolucionaria de gobierno el 13 de abril de 1982, mediante la cual se atribuye a los notarios los asuntos de la jurisdicción voluntaria, entre los cuales



se señala la comprobación voluntaria de estado de gravidez, diligencias previas al nombramiento de curador, tutela o curatela, certificación de identidad personal y otros procedimientos.

La tendencia, cada vez más acentuada, es otorgar a los notarios, competidores en asuntos no contenciosos, atendiendo a la imperiosa necesidad de resolver la congestión de los despachos judiciales, es así que el tema ha venido siendo estudiado en varios Congresos por la Unión Internacional del Notariado Latino.

Desde el Código de Procesamiento Civiles del año 1912, se consignan los procedimientos no contenciosos, diferenciándolos de los procesos jurisdiccionales. Esta distinción se mantiene en el Código Procesal Civil, al señalar en el artículo 749, cuáles son los procesos no contenciosos.

Vemos que la función conferida al Poder Judicial por el ordenamiento jurídico, es la de discernir justicia en nombre del Estado, dirimiendo los conflictos de intereses o aplicando sanciones cuando se altera la paz social, mediante la violación del Derecho. La función jurisdiccional en el Perú, se orienta a la solución de conflictos de intereses y contiendas.

El Dr. Mario Alzamora Valdez, en su obra Derecho Procesal Civil, Teoría del Proceso Civil, señala que "si esa jurisdicción se ejerce cuando no existe conflicto, ... no es propiamente tal".

La vía judicial, es el medio de las relaciones jurídicas en conflicto, no es la forma natural de las relaciones sociales. Sólo en caso de desacuerdo de los litigantes, se da el proceso judicial.

En procesos no contenciosos, el elemento de conflicto inter partes está ausentes. Carnelutti, Chioventa y Alsina, sostienen en uno de los "supuestos en los que el juez ejerce funciones administrativas". Entre los autores peruanos. Francisco Velasco Gallo afirma que "la jurisdicción graciosa o jurisdicción administrativa, llamada voluntaria, es aquella en la que el juez realiza funciones administrativas y las ejerce cuando los particulares solicitan su intervención para el perfeccionamiento o legalización de determinados actos... se ejerce siempre... a solicitud o por



consentimiento de las dos partes."

Gran parte de la doctrina se ha manifestado en contra del término jurisdicción voluntaria y prefiere referirse a actos no contenciosos. precisamente porque no se trata propiamente de una jurisdicción por no suponer conflicto ni legítimo alguno, por no existir partes con interés contrapuestos y porque la resolución que se expide no compone ninguna litis. En el país han estudiado particularmente el tema Liova Schiaffno de Villanueva, Alberto Flores Barron y el Dr. Fernando Dupuy

El Perú, con esta norma, se insertaría en la corriente de las legislaciones más modernas que trasladan la competencia de los asuntos no contenciosos a la esfera notarial. El tema fue planteado en diversas oportunidades desde 1960 en los Congresos Internacionales del Notariado Latino, según da cuenta el español Rafael Gómez Ferrer Sapiña. Entre las conclusiones del XX Congreso celebrado en Cartagena de Indias, Colombia, en mayo de 1992, afirma que basados en la "necesidad de descongestionar de actividades y casos no jurisdiccionales a las Oficinas de los Juzgados y Tribunales, para lograr uno de los bienes más deseados en todos los países como es la agilización de la justicia y que propugnan la desjudicialización de los juzgados y Tribunales sin invadir el ámbito de la potestad jurisdiccional."

No obstante que la comisión ha argumentado que los temas propuestos, asuntos no contenciosos, no son jurídicamente asuntos de carácter jurisdiccional ha optado por la competencia alternativa, es decir, el público podrá escoger entre acudir al Poder Judicial o a los Notarios, según mejor parecer, en base a consideraciones económicas.

