

## LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Carlos José Laplacette \*

### 1.- La cuestión en la doctrina y la jurisprudencia

La jurisdicción voluntaria puede ser entendida como un procedimiento judicial en el que no hay litigio. No se trata de una actividad jurisdiccional en estricto sentido. De acuerdo a Héctor Fix-Zamudio, en la jurisdicción voluntaria estamos ante procedimientos administrativos a través de los cuales se solicita a una autoridad judicial que fiscalice, verifique o constituya una situación jurídica en beneficio de los solicitantes<sup>1</sup>.

Lino Palacio explica, con cita de Carnelutti y de Lascano, que la jurisdicción voluntaria es una función ajena al normal cometido de los jueces y tribunales de justicia, el cual consiste en la resolución de los conflictos o litigios suscitados entre dos o más personas. El hecho de que sean los jueces quienes, tradicionalmente, conozcan en esta clase de asuntos no contenciosos, obedece, entre otras razones, a la índole estrictamente jurídica que presentan, a la facilidad con que pueden derivar en una verdadera contienda, y a la conveniencia de que ciertos actos realizados por particulares, en razón de la trascendencia de los efectos que están llamados a producir, sean objeto de una previa y segura comprobación o fiscalización. Agrega, además, que tal función puede ser legalmente detraída del conocimiento de los jueces, y transferida, por lo tanto, a organismos administrativos, sin que ello importe quebrantamiento de ninguna norma constitucional<sup>2</sup>. Luqui se refiere a la jurisdicción voluntaria, indicando que la misma no presupone

---

\* Abogado (UNR), docente de derecho constitucional (UBA), integrante de los institutos de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y del Instituto de Política Constitucional de la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional. Socio de CASSAGNE ABOGADOS.

El presente trabajo constituye, en lo sustancial, un extracto de un reciente libro del autor: *Teoría y Práctica del Control de Constitucionalidad*, ed. BdeF, Buenos Aires, 2016.

<sup>1</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La eficacia de las resoluciones de la jurisdicción voluntaria en el derecho mexicano", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 45, enero- marzo de 1962, t. XII, p. 115.

<sup>2</sup> PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1994, Tomo I, n° 68, cita electrónica: ABELEDO PERROT N°: 2504/001749.

controversia alguna; se trata de una especie deformada de la actividad jurisdiccional, a la cual se la denomina de ese modo sólo por la circunstancia de ejercerla órganos judiciales, aun cuando nada tenga de jurisdiccional<sup>3</sup>.

Desde una perspectiva histórica, la jurisdicción voluntaria aparece en el derecho procesal como una actividad encaminada a documentar de manera irrefutable un acto, suceso o situación, fuera de controversia, a solicitud del interesado presentada ante un tribunal, sin que exista dualidad de partes. Se trata de que una autoridad judicial certifique o solemnice ciertos actos, situaciones o documentos.

Podría someterse a discusión la posibilidad de que el control de constitucionalidad se ejerza en el marco de este tipo de procedimientos, en los cuales no hay conflicto y la actividad de los jueces tiene una naturaleza claramente administrativa.

Alguna parte de la doctrina ha considerado que tal posibilidad es admisible. El maestro cordobés Ricardo Haro, por ejemplo, sostiene que en principio el control de constitucionalidad requiere la presencia de una controversia entre partes, lo cual descartaría las demandas de carácter simplemente consultivo o especulativo, así como las declaraciones generales y directas de inconstitucionalidad. Sin embargo, a renglón seguido, afirma que no es prudente ni correcto a la luz del espíritu y del texto constitucional exigir de modo categórico y absoluto, como lo ha hecho la Ley 27, a la controversia o contienda entre partes para la actuación de la justicia federal. Ello así *“pues es innegable que existen y han existido, si bien de modo estrictamente excepcional, ciertos casos ‘no contenciosos’ en los que en razón de la materia y en virtud de la existencia de un bien jurídico de naturaleza federal a tutelar, ella sería procedente pues estaríamos frente a una ‘causa’, v. gr. causas suscitadas para el otorgamiento de solicitudes de carta de ciudadanía y, en su momento, las excepciones al servicio militar”*.<sup>4</sup>

De modo similar, Bidart Campos entiende que la idea de caso o causa judicial del artículo 116 de la Constitución Nacional incluye la jurisdicción voluntaria. Afirma también que causa judicial o proceso, en el sentido y en la terminología del artículo 116 de la Constitución, no es ni puede ser única y exclusivamente el juicio contradictorio que la ley

---

<sup>3</sup> LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, Astrea, Bs. As., 2005, tomo 1, p. 26.

<sup>4</sup> HARO, Ricardo, *Control de Constitucionalidad*, 2da. ed., Zavalía, Bs. As., 2008, p. 23.

27 llama “caso contencioso”. Dando al término *proceso* un alcance que suele ser reservado para el término *procedimiento*, considera que aquel término incluye a las actuaciones en las que no existe controversia, como por ejemplo la jurisdicción voluntaria, y entiende que en todos esos “procesos” habrá una causa en los términos del artículo 116 de la Constitución.<sup>5</sup>

Quiroga Lavié, se pronuncia en forma similar a los anteriores autores, y trae a colación, en su defensa, la posición de la Corte Suprema en Fallos 210:1048, 211:1162, 184:358, mientras critica lo resuelto en sentido contrario en Fallos 79:249 (juicios de mensura y deslinde), 188:244 (informaciones sumarias), 145:245 (acreditar la posesión de un buque), 153:9 (prescripción adquisitiva). Afirma el autor que “en todos estos casos hay derechos subjetivos en juego y una norma federal susceptible de ser aplicable: nos preguntamos quién hace respetar la supremacía de ese derecho federal”<sup>6</sup>.

Más allá de lo que se dirá luego, resulta necesario adelantar dos críticas a estas afirmaciones.

Por un lado, la pregunta del autor no está bien formulada. No se trata de *quién* hace respetar la supremacía constitucional, pues está claro que en última instancia es el Poder Judicial; sino más bien de *dónde* o mediante *qué* tipo de procedimiento puede hacerlo. Volveremos sobre esto al redondear nuestra opinión sobre este tema, sólo queremos adelantar que del hecho de que los jueces puedan controlar la constitucionalidad de las leyes, no se sigue que esa facultad pueda ser ejercida de cualquier modo o en cualquier circunstancia.

Por otra parte, las sentencias que el profesor platense cita en su apoyo carecen una relación directa con esta cuestión. El caso de Fallos 184:358 es una incidencia generada en el marco de una quiebra, donde se discutía si la masa o el B.C.R.A. debían hacerse cargo de los letrados que designen para la liquidación de la institución en quiebra<sup>7</sup>. El precedente de Fallos 210:1048 (*S.A. Minas de Epecuén v. Provincia de Buenos Aires*) es un juicio en el que se requiere una sentencia declarativa que invalide un proceso expropiatorio iniciado por

---

<sup>5</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Constitucional Argentino*, Ediar, edición ampliada y actualizada a 1999-2000, 1ra. reimp., Bs. As., 2007, Tomo II-B, ps.607 y 652.

<sup>6</sup> QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada*, 4ta. ed., Zavalía, Bs. As, 2007, p. 596.

<sup>7</sup> En esta ocasión, incluso, la Corte Suprema reafirma el principio de que “*es condición indispensable para que esta Suprema Corte pueda pronunciarse, sea originariamente, sea en recurso, que se haya producido un caso contencioso, en que exista o pueda existir un derecho lesionado que el pronunciamiento deba reparar*”.

la Provincia en el fuero local. En cuanto al caso de Fallos 211:1162 (*Cía. Eléctrica de los Andes v. Provincia de San Luis*) es un juicio iniciado por un particular contra la provincia demandado la restitución de un inmueble.

Vemos, entonces, que ninguno de esos antecedentes sirve, sino de un modo muy tangencial, para justificar la posición del autor, pues en todos los casos se trata de actuaciones en las cuales existe efectivamente una contienda.

Ekmekdjian rechaza la posición de los autores citados, sosteniendo el criterio, al cual adherimos, de que para que la jurisdicción federal esté habilitada es necesaria la existencia de una contienda entre dos o más partes que sustenten intereses contradictorios, mientras que los casos de jurisdicción voluntaria no implican el ejercicio de verdadera jurisdicción, ya que esa actividad está relacionada indisolublemente con la resolución de conflictos. Así como a los procesos sucesorios se los puede tramitar extrajudicialmente, en tanto no exista conflicto entre herederos o legatarios, así también las cartas de ciudadanía podrían ser gestionadas ante autoridades administrativas, tal como se hace con los pasaportes para los argentinos y con los documentos nacionales de identidad para los extranjeros residentes<sup>8</sup>.

En materia jurisprudencial, la posición mayoritaria tiende a rechazar la posibilidad de utilizar los procedimientos de jurisdicción voluntaria como vehículos para ejercer el control de constitucionalidad<sup>9</sup>, y esa ha sido, también, la posición habitual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por ejemplo, en Fallos 18:176 afirmó que la petición de mensura no constituye un caso contencioso, como es necesario para la intervención de la justicia federal. De modo similar, en Fallos 30:389 se confirmó “por sus fundamentos”, una sentencia del juez federal se había declarado incompetente, afirmando que no correspondía la intervención de la justicia federal ya que ni el amojonamiento ni el deslinde son casos contenciosos, aunque puedan dar lugar a él. En Fallos 71:229 se resolvió que la aprobación de mensura en un juicio de deslinde, que no ha sido motivado por la discusión sobre la

---

<sup>8</sup> EKMEKDJIAN, Miguel A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Depalma, Bs. As., 1999, tomo V, p. 425/426.

<sup>9</sup> En los Estados Unidos, la primera regla recogida por Brandeis sobre el ejercicio del control de constitucionalidad en su famoso voto en la causa *Ashwander v. Tennessee Valley Authority* (297 U.S. 288) fue, precisamente, la necesidad de que existiera un juicio contradictorio. Afirmó en esa ocasión el juez que “*The Court will not pass upon the constitutionality of legislation in a friendly, nonadversary, proceeding, declining because to decide such questions is legitimate only in the last resort, and as a necessity in the determination of real, earnest and vital controversy between individuals. It never was the thought that, by means of a friendly suit, a party beaten in the legislature could transfer to the courts an inquiry as to the constitutionality of the legislative act*”.

propiedad, no puede oponerse como cosa juzgada a la acción reivindicatoria del propietario. Asimismo, en Fallos 133:25 se afirmó que una petición demensuraydeslindeno importa un caso contencioso para que la justicia nacional ponga en ejercicio su jurisdicción.

En el caso *Louis Dreyfus y Cía*<sup>10</sup>, la Corte Suprema consideró que una información sumaria requerida ante el juez federal no se encontraba entre las causas enumeradas en el por entonces artículo 100 de la Constitución y dispuso que el conocimiento del caso correspondía a la justicia ordinaria. En esa ocasión se afirmó que *“no se trata así de una causa propiamente dicha, en el sentido del artículo 100 de la Constitución, sino de uno de los juicios de jurisdicción voluntaria en los que, como se ha observado, no hay cosa juzgada, ni litigio o contienda que deba decidir, sino un procedimiento que tiene por objeto el ejercicio de un poder tutelar o la conservación de un derecho (Jofré, “Manual de Procedimiento”, 3ª edición, tomo III, página 302; De la Colina, “Derecho y Legislación Procesal”, II, página 427)”*. Criterio similar había sostenido para rechazar la competencia originaria en diversas ocasiones.

De modo coherente con la posición asumida en esos fallos, la posibilidad de que la sola actuación de un tribunal le imponga ejercer el control de constitucionalidad es una hipótesis que también puede considerarse rechazada por la jurisprudencia del Tribunal, según la cual sus decisiones emitidas en materia de superintendencia con plenamente justiciables.

Un resumen de la posición de la Corte Suprema en esta materia podemos encontrarlo en la causa *Charpin, Osvaldo José René*<sup>11</sup>. En esta ocasión, la Corte afirmó que *“la formulación sostenida por el Estado Nacional de que la demanda -al someter un acto administrativo dictado por esta Corte a la revisión de los jueces inferiores de la Nación introduce una cuestión inmune a todo control judicial-, no hace pie en la doctrina que resulta de los precedentes del Tribunal que... ha admitido una estándar de sentido opuesto al indicado, con arreglo al cual los actos emanados de este cuerpo en ejercicio de las funciones típicamente administrativas que le reconoce la Constitución Nacional y sus leyes reglamentarias, están sometidas al control de los tribunales competentes del Poder Judicial de la Nación, con igual alcance al que lo están los actos de naturaleza análoga llevados a cabo por los otros departamentos del gobierno federal (Fallos: 308:666 y sus*

---

<sup>10</sup> Fallos 145:245.

<sup>11</sup> Fallos 331:536.

*citae; 308:2026; 311:59; 313:336; 313:427; 315:1059; 316:1551; 320:300; 326:4076 y 329:304, entre muchos otros)*".<sup>12</sup>

Esta posibilidad de que los tribunales inferiores revisen la constitucionalidad de las decisiones administrativas de la Corte Suprema exige reconocer que el Máximo Tribunal no ha realizado ese control de constitucionalidad al ejercer funciones de esa naturaleza.

## **2.- Algunos apuntes personales**

La posibilidad de que un tribunal declare la inconstitucionalidad de una norma de los demás poderes en el marco de un procedimiento de naturaleza administrativa, no contradictorio, constituye una hipótesis difícil de aceptar.

Si el control de constitucionalidad es una consecuencia de la necesidad de resolver las disputas aplicando el derecho, la extensión al ámbito de la jurisdicción voluntaria o de los expedientes de superintendencia es mucho más opinable. En este caso, el tribunal no está ejerciendo una función judicial sino administrativa, y su resultado es un acto administrativo. Podemos preguntarnos, entonces, si un acto administrativo, con el cual se concluye un procedimiento de naturaleza administrativa, puede ser el vehículo para el ejercicio del control de constitucionalidad.

Si la respuesta fuera afirmativa, ello sólo podría ser a partir de considerar que el fundamento del control de constitucionalidad está dado por la persona del juez, y, en el mejor de los casos, por las garantías que la Constitución le otorga para el cumplimiento de sus funciones, más que por el ejercicio de la función jurisdiccional.

Esta posibilidad no parece contar con mayor respaldo constitucional. Como hemos visto ya, los artículos 116, 117 y 118 de la Constitución Nacional, a fijar la función de los jueces,

---

<sup>12</sup> En el considerando siguiente, la Corte Suprema agregó que *“la constatación del modo en que esta Corte ha reconocido el escrutinio judicial de los tribunales inferiores sobre los actos concernientes al régimen salarial en la relación de empleo público surge, con rigurosa evidencia, de la actuación cumplida por el Tribunal en ejercicio de sus facultades de superintendencia frente a pronunciamientos dictados en sede judicial por los cuales se hubo revisado reglamentos o actos administrativos de aquella naturaleza. La consulta de diversas acordadas y resoluciones dictadas en esa instancia demuestran no sólo como, naturalmente, se dio cumplimiento con las sentencias que hicieron lugar a las reclamaciones, sino el modo en que el Tribunal modificó las reglamentaciones salariales puestas en cuestión a fin de superar las razones que dieron lugar a los pronunciamientos judiciales favorables a los demandantes, al punto que, en ciertas situaciones, se tomó la decisión de extender los efectos de los pronunciamientos a todo el personal judicial, aun a aquellos sujetos que no habían promovido acción judicial (conf. acordadas 71/93, 35/96, 21/97 y 24/97 de Fallos: 316:2253; 319:937 y 320:1113 y 1117, respectivamente; resoluciones 1606/98, 2142/98, (Fallos: 321:1583), 3191/98, 173/99 (Fallos: 322:23) y 307/99)”*.

no les otorgan una competencia general para revisar la constitucionalidad de leyes o actos fuera de un proceso (entendido como debate dialéctico y no como simple procedimiento); la bilateralidad y el conflicto de intereses aparecen, en todo momento, como un dato ineludible para explicar la función del juez.

Al tomar en cuenta las diversas hipótesis que pueden presentarse, vemos que por lo general estaremos hablando de situaciones en las cuales la norma cuya constitucionalidad se cuestiona es una norma de cumplimiento imperativo y, por tal motivo, no puede ser dejada de lado por la voluntad de las partes. De otro modo, habría poco lugar para una declaración de inconstitucionalidad; bastaría la sola voluntad del interesado para que el juez deba abstenerse de aplicar la disposición cuya constitucionalidad podría objetar. Ahora bien, si se trata de una disposición obligatoria que no puede ser dejada de lado por la voluntad de las partes, ello será así por se está tutelando algún tipo de interés que está por encima del interés del peticionante.

En el último caso, es decir, si la norma resguarda intereses que superan el ámbito de decisión de quien interviene en ese procedimiento voluntario, sería necesario que, en forma previa a decidir la declaración de inconstitucionalidad, la cuestión se controvierta con los verdaderos interesados o con quienes estén en condiciones de representarlos (v.gr., Ministerio Público). De otro modo, la ausencia de un debate entre partes impedirá que una gran cantidad aspectos del conflicto sea traída a la luz. Sólo tendremos el discurso de un interesado, pero el mismo no estará sujeto a la crítica de un contradictor. En su lugar, parece siempre mucho más adecuado brindar un marco de contradicción, trayendo al proceso a quien esté interesado en la defensa de la aplicación del precepto legal o, al menos, quien ejerza la representación de interés general.

Por otra parte, si, tal como creemos, la jurisdicción voluntaria es en realidad una función de naturaleza administrativa, el legislador no puede otorgarla libremente al Poder Judicial, sustrayéndola de aquellos a los que la Constitución Nacional asignó la administración general del país (arts. 99 inc. 1 y 100 inc. 1). Esto sólo parece admisible cuando este tipo de procedimientos se encuentren vinculados en forma muy estrecha con procesos contenciosos, o puedan dar lugar a los mismos de modo usual. Ejemplos de ello lo son los procedimientos sucesorios, los concursos y las quiebras, buena parte de la materia electoral, entre otras.

