



Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Central

Sucre – Bolivia

Especialización Superior en Derecho y Práctica Notarial

**TRAMITE SUCESORIO EN LA VÍA NOTARIAL-
DECLARATORIA DE HEREDEROS**

**Monografía presentada para obtener el
Grado Académico de Especialista en
Derecho y Práctica Notarial**

Alumno: MILDRED CAROLA LOAYZA VARGAS

Oruro – Bolivia

2010

Este trabajo va dedicado para los docentes de esta Especialidad en Derecho y Practica Notarial que aportaron de gran manera en acrecentar mis conocimientos.

DEDICATORIA

INDICE

| | |
|---|----|
| 1.- Introducción..... | 6 |
| 2.- Antecedentes..... | 8 |
| 3.- Planteamiento del Problema..... | 9 |
| 4.- Propuesta | 10 |
| 4.1 Justificación..... | 10 |
| 4.1.1.- Justificación Social..... | 10 |
| 4.1.2.- Justificación Científica..... | 10 |
| 5.- Objeto de estudio..... | 11 |
| 5.1 Objetivo General..... | 11 |
| 5.2- Objetivos Específicos..... | 11 |
| 6.- Diseño Metodológico..... | 11 |
| 6.1.1. MÉTODOS..... | 11 |
| 6.1.1.1. Método Comparativo..... | 11 |
| 6.1.1.2. Método Histórico..... | 11 |
| 6.1.1.3. Método Analítico – Descriptivo..... | 12 |
| 6.1.1.4. Método Deductivo..... | 12 |
| 6.1.1.5. Método Inductivo..... | 12 |
| 6.1.1.6. Método Bibliográfico..... | 12 |
| 6.1.1.7. Método Estadístico..... | 12 |
| 6.1.2. TÉCNICAS..... | 12 |
| 6.1.2.1 Entrevista..... | 12 |
| 6.1.2.2 Encuestas..... | 12 |
| 6.1.2.3 Observación Empírica..... | 12 |
| 7.- Marco Teórico..... | 13 |
| 7.1. Orígenes..... | 13 |
| 7.2. Nociones iniciales de Jurisdicción y Competencia..... | 16 |
| 7.3. Contenido y Fundamento de la Jurisdicción..... | 21 |
| 7.4. Criterios para distinguir entre actos de jurisdicción voluntaria y contenciosa..... | 27 |
| 7.5. Naturaleza Jurídica..... | 29 |

| | |
|---|----|
| 7.6. Finalidad..... | 30 |
| 7.7. Características..... | 31 |
| 7.8. Principios Fundamentales..... | 31 |
| 7.9. Jurisdicción Voluntaria Notarial y Función Jurisdiccional..... | 32 |
| 7.10. Definición de Jurisdicción Voluntaria..... | 35 |
| 7.11. El Notariado y la Jurisdicción Voluntaria..... | 35 |
| 7.12. Análisis Crítico de la Jurisdicción Voluntaria..... | 42 |
| 7.13. Legislación comparada..... | 43 |
| 7.14. De lo teórico a lo práctico..... | 44 |
| 7.15. Recomendación | 44 |
| | |
| Conclusión..... | 46 |
| Bibliografía..... | 48 |

1.- INTRODUCCIÓN

Ha sido muy discutida la cuestión de si la jurisdicción voluntaria envuelve en realidad actividad de carácter jurisdiccional o si por el contrario, por no tener esa naturaleza, las materias por ellas comprendidas deberían encargarse específicamente a órganos administrativos o a los notarios para integrar la función que éstos desempeñan en la legitimación de las relaciones jurídicas.

El notario y el Juez son imparciales y objetivos en sus actos en los que intervienen como funcionarios; se orientan por la verdad y la realidad sin subjetivismos: El testimonio fehaciente del notario imprime autenticidad a las formas notariales, asegura veracidad.

Es por ello, que el notariado boliviano ha considerado como propios de la jurisdicción voluntaria sean traspasados a la actuación notarial, pero dentro de un criterio medido y prudente que no invada la competencia de los jueces y tribunales, ni la de los actos administrativos, ni la de otros profesionales.

Por tal objetivo es que en el presente trabajo se hace un análisis de lo que es la jurisdicción voluntaria, así como una diferenciación entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria; y por ende se conceptúa a la función jurisdiccional.

La competencia del Notario se remite al Derecho Privado, siempre que su actuación se refiera a actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen, así como a los hechos que presencie, siempre que estos hechos no se califiquen como contratos. Estas relaciones jurídicas que surgen como consecuencia de las actuaciones notariales deberán estar exentas de todo litigio o contienda, pues siendo así se convierte en juicio, saliéndose ya de la competencia notarial y pasando a la actividad judicial.

La llamada jurisdicción voluntaria, precisamente por su carácter anti-litigiosa, puede ser materia de la función Notarial y no de la judicial. El Profesor JOSÉ FEDERICO MÁRQUEZ en su obra "Ensayo sobre la Jurisdicción voluntaria" dice: "La

impropiamente llamada jurisdicción voluntaria, que no es voluntaria, ni es jurisdiccional, constituye una función estatal de administración pública de derechos de orden privado, que el Estado ejerce preventivamente, a través de los órganos judiciales, con el objeto de constituir relaciones jurídicas, o de modificar o desarrollar relaciones ya existentes".

La Jurisdicción propiamente dicha, es la función estatal que se encarga de aplicar las normas de orden jurídico abstracto a un caso concreto formulado en relación con una demanda. La jurisdicción voluntaria es de naturaleza eminentemente administrativa y subsidiaria en los órganos que administran justicia, a tal grado que se considera como "actividad anómala de jueces y tribunales". Con la función Notarial lo que se hace es dar realidad efectiva al derecho privado; y si al Notario competen estos actos de administración pública de los derechos privados, es natural que él sea el funcionario ante quien se haga realidad esos derechos privados.

Esto ya ha sido analizado, discutido y reglamentado en Congresos, Conferencias y Legislaciones de distintos países. Dice HUGO ALSINA, que la intervención del Juez en actos de jurisdicción voluntaria, sólo tiene por objeto dar autenticidad al acto o verificar el cumplimiento de una formalidad, agregando, que se trata de uno de los supuestos en que el Juez ejerce funciones administrativas. Y es que doctrinariamente se entiende por jurisdicción voluntaria aquella que se ejerce por el Juez en actos o asuntos que por su naturaleza no admiten contradicción de parte, limitándose la autoridad judicial a dar fuerza, homologar y dar valor legal a dichos actos.

Motiva este estudio entonces de la necesidad de explicitar a quienes están fuera del ambiente notarial y tienen el poder de cambiar las cosas, cómo el sistema jurídico de otros países ya están listos para obtener una solución al problema social de la "lentitud de la Justicia".

Intento referirme al asunto pensando en legisladores y juristas, por ejemplo en países como España la Declaración de Herederos *ab - intestato* es un acta en la que el notario, previas las pruebas que estime oportunas, declara si a su juicio está o no suficientemente

justificado que determinadas personas deben ser tenidas notoriamente como herederos de alguien que ha fallecido sin testamento.

2.- ANTECEDENTES

Los asuntos **no contenciosos** tienen una larga tradición, sus más remotos antecedentes llegan a la época de Roma y su actuación aparece de las fuentes del Derecho Romano, referida a la función de los *Tabelliones*, estos funcionarios ejercieron la jurisdicción voluntaria en esa época y durante todo ese periodo estas facultades se fueron desarrollando.

Posteriormente los asuntos no contenciosos pasaron del Derecho Romano a la Legislación Castellana como una adaptación, ya que la Cultura Romana fue muy influyente.

Durante siglos han sido los magistrados judiciales quienes ejercieron la jurisdicción plena para resolver conflictos y otorgar la declaración del Derecho y a la vez han actuado en diversos asuntos sin contienda. Son muchos los notarios que se han ocupado del tema. Afirman que los asuntos no litigiosos son de distinta naturaleza y que deben salir de su competencia siguiendo la inicial tradición histórica.

Es importante rescatar los esfuerzos de la **Unión Internacional del Notariado** que ha impulsado numerosos estudios sobre este tema, recomendando una y otra vez a los diferentes países que los asuntos no contenciosos sean efectuados en sede notarial.

La población de estas naciones se verá complacida con esta ansiada reforma que permitirá a los abogados notarios que estos trámites se resuelvan con mayor celeridad en beneficio de quienes lo soliciten. Esto redundará en la justicia y la Paz Social.

3.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Por lo anteriormente enunciado, se puede colegir que en los diferentes países del orbe, es la preocupación de ampliar la competencia notarial y esta debe ser adecuada de acuerdo a la necesidad de quiénes la solicitan, siendo el DERECHO “ciencia social”, éste debe estar acorde a las necesidades de la población de un Estado, y lograr de ésta manera hacer justicia, mediante la aplicación correcta al caso concreto y no en la aplicación é interpretación de la Ley en forma exegética y no seguir estigmatizados; tomando ejemplo de otros países en los que se esta aplicando la ampliación de la competencia notarial en diversos trámites, como el Divorcio de mutuo acuerdo, la Declaratoria de Herederos, sucediendo lo contrario en nuestro país que los requerientes deben peregrinar en las Cortes de Justicia hasta que sea declarada Judicialmente.

4.- PROPUESTA: Lo que se pretende con el presente trabajo es considerar una vía posible para la modificación de este procedimiento y abrir la posibilidad de los herederos de presentarse ante el Notario, acreditar su personería con documentación suficiente y proceder a la partición y adjudicación de los bienes, lo que así se inscribirá, habitualmente los notarios autorizamos ventas de inmuebles de altos valores y tenemos por dueños a los vendedores, con la presentación de documentos, escrituras y estudio de los títulos y antecedentes. Nos basamos en la documentación y en las declaraciones de las partes ¿Por qué no hacer lo mismo frente a los herederos?.

4.1. JUSTIFICACION.

4.1. 1. JUSTIFICACION SOCIAL.

- La Declaratoria de Herederos, es un trámite voluntario en el cuál los llamados a la sucesión pretenden a la muerte del *de cujus* declararse herederos de todos los bienes fincados a la muerte de este y que no dejo testamento, por lo que se ve la necesidad de la intervención de un Notario.

4.1.2. JUSTIFICACION CIENTIFICA

- La Declaratoria de Herederos es un procedimiento judicial que no constituye una sentencia porque no pone fin a cuestión alguna ni es definitiva, no causa estado ni cosa juzgada.
- La Declaratoria de Herederos no resuelve una cuestión controvertida, sino que se limita a reconocer a quiénes han justificado su derecho a la herencia.
- La calidad de Herederos no se origina en el auto declaratorio de herederos, por cuanto es instituida por la Ley y no por los jueces, quienes simplemente deben limitarse a reconocer la condición de herederos que se les demuestra.
- La Declaratoria de Herederos no es sinónimo de partición hereditaria, liquidación comunitaria ni de adjudicación dominial, es simplemente el reconocimiento de un vínculo hereditario con sola intervención del notario. Con el cual se evita tramites engorrosos.

5. OBJETO DE ESTUDIO.

5.1. OBJETIVO GENERAL.

Introducir en la Ley del Notariado la declaratoria de herederos para lograr una mayor accesibilidad a la justicia.

5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Describir Teorías, Doctrinas, Jurisprudencia y Legislación Comparada, con el objeto de fundamentar teóricamente el trámite sucesorio en la vía notarial, en razón de la protección de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política del Estado.
- Evaluar mediante el uso de instrumentos metodológicos (Métodos y Técnicas), la relevancia social del tema de investigación, respecto a la Declaratoria de Herederos en la vía notarial.
- Proponer mediante un Proyecto de Ley, la complementación a la Ley del Notariado respecto a la Declaratoria de Herederos en la Vía Notarial.

6. DISEÑO METODOLÓGICO.

6.1.1. MÉTODOS.

Los métodos a emplearse serán:

6.1.1.1. **Método Comparativo:** Permitirá a la investigadora, efectuar la comparación en las diferentes legislaciones, temas relacionados a la Declaratoria de Herederos en la Vía Notarial.

6.1.1.2. **Método Histórico:** Está vinculado al conocimiento de las distintas etapas de forma cronológica, para conocer la evolución y desarrollo del fenómeno en investigación se hace necesario revelar su historia, las etapas principales de su desenvolvimiento y las conexiones históricas fundamentales. Mediante el método histórico se analiza la trayectoria concreta de la teoría, su condicionamiento a los diferentes períodos de la historia.

6.1.1.3. **Método Analítico - Descriptivo:** Tiene por objeto describir la fundamentación teórica que servirá de apoyo, para el sustento de la investigación, y como efecto de ello efectuar el análisis que permita viabilizar el tema de investigación.

6.1.1.4. **Método Deductivo:** Permite realizar un análisis del problema de un modo general para llegar a un problema particular o específico.

6.1.1.5. **Método Inductivo:** Permite realizar un análisis desde un problema específico, hasta llegar a una conclusión general.

6.1.1.6. **Método Bibliográfico:** El cual permitirá conocer las diferentes doctrinas, referido al tema de investigación, es decir mediante la aplicación bibliográfica especializada dentro de lo que son libros, textos, informes, manuales, etc.

6.1.1.7. **Método Estadístico:** Que permitirá agrupar metódicamente los hechos relacionados al objeto de investigación a una agrupación numérica, y de esta forma obtener información fehaciente que permita a la investigadora, determinar la relevancia social del tema de investigación.

6.1.2. TÉCNICAS.

6.1.2.1 **Entrevista,** Técnica que se será dirigida a personas profesionales, especialistas en materia notarial.

6.1.2.2 **Encuestas,** Es un instrumento que se aplicará a personas involucradas en la temática de la investigación.

6.1.2.3 **Observación Empírica,** Permite observar al fenómeno en los diversos casos reales que se presentan continuamente en los juzgados de materia civil, respecto a demandas de Declaratoria de Herederos.

7. MARCO TEORICO.

7.1. Orígenes.

El Derecho Romano es la principal fuente de nuestro Derecho, es por ello que para indagar acerca del real contenido y naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria debemos hacer primeramente algo de historia.

La jurisdicción voluntaria es más reciente que la contenciosa. La necesidad de reparar una violación del derecho por un pronunciamiento Judicial apareció antes que el anhelo de prevenir por publicidad oficial de, un acto jurídico, una futura violación del derecho la confusión de una situación jurídica. También para las disposiciones administrativas de carácter jurídico constitutivo, tal en asuntos de tutela o sucesorios, se consideraba por de pronto como más indicada la actividad de la Autoridad Administrativa que un Procedimiento Judicial.

La evolución de actos especiales de procedimientos no contenciosos comenzó en el campo de la actividad tutelar y de la atestación documental y se extendió sobre todo a los asuntos sucesorios y registrales.

Entre los siglos XI y XII, dice el Doctrinario Francés **FONT BOIX**, se marca el momento fundacional del notariado con la adquisición de la fe pública. La función autenticadora de negocios había pasado por distintas manos antes de llegar el notario, quien cumplía distintas funciones públicas o privadas pero desprovistas de fe pública.

NÚÑEZ LAGOS ha podido distinguir entre historia de la función notarial ejercida por pretores, magistrados, jueces, notarios, etc., e historia del órgano notarial, notarios romanos y eclesiásticos, *tabelliones*, notarios longobardos y francos, notario medieval, etc., etc.

El Notario Romano, al decir de los autores, era una especie de taquígrafo, que, al servicio de personas que ejercían actividades públicas, tomaba nota de los discursos. Como taquígrafos, los notarios, en un segundo tiempo, formaban un cuerpo al servicio de los tribunales, donde cumplían funciones que hoy desempeñan los secretarios

judiciales. Esos notarios, de funcionarios estatales, pasaron a formar luego parte de la casa del Emperador.

A imitación de estos funcionarios, la Iglesia de Roma tuvo, desde el siglo III, un propio cuerpo de notarios, pero, en la edad imperial, la tarea de redactar los actos por cuenta de los particulares estuvo atribuida no ya a los notarios, sino a otro cuerpo especial de funcionarios, los *tabelliones* organizados en corporaciones. La Legislación Justiniana reguló de modo definitivo el oficio del *tabellio*, pero no le concede la fe pública.

Después de la invasión y establecimiento de los longobardos en el territorio italiano, la propiedad inmobiliaria sufrió una permanente transformación, y así llegamos al siglo VII, donde se activa el movimiento inmobiliario, de lo que derivó una continua necesidad de documentación, actuando los Notarios Eclesiásticos y otras categorías, que, no estando provistos de fe pública, redactaban contratos a instancia de personas privadas, en la forma permitida por la Ley. En esta época, algunos notarios acumularon en su oficio el de Juez. En el siglo IX este fenómeno se hace frecuente y se llegó, incluso, a estimar al notario como el primer eslabón de una carrera cuyo peldaño inmediato, era el Juez.

Hay autores que dan al juez y al notario un origen común, en el sentido de que, así como la actividad propia del notario es desprendimiento de la actividad jurisdiccional, así el Notario es desprendimiento del Juez.

En el curso del siglo XI con más exactitud, entre los siglos XI y XII, el notario italiano que había conseguido un alto prestigio y una gran difusión adquiere la fe pública; consigue que los documentos notariales, para ser válidos y producir la eficacia de *actio iudicati*, no tengan necesidad de la presencia del juez.

En la historia, la falta de un notario dotado de fe pública hizo que, a los efectos de hoy se derivan de aquélla, se alcanzara en los juicios fingidos o aparentes. En Roma, a esta necesidad se llegó a través de las dos especies procedimentales admitidas, la *in iure cessio* y la *in iudicio*.

El rasgo fundamental del Proceso Civil Romano, dice **VON MAYR**, es la peculiar división en procedimiento *in iure*, ante el magistrado, o *in iudicio* ante el *iudex*.

La primera etapa de Simplificación dice **NÚÑEZ LAGOS** fue suprimir la fórmula de sentencia, bastando que el juez dictase un simple *praeceptum de solvendo*, de idénticos efectos que la sentencia en cuanto a la *actio iudicati*.

La segunda etapa fue suprimir la necesidad de la demanda. Las partes comparecían ante el juez, y, previo requerimiento de una parte pero sin formular a demanda, la otra confesaba y el juez pronunciaba un simple *praeceptum de solvendo*, con la eficacia de la *actio iudicati*.

Entre los siglos XI y XII, el notario, que había conseguido la fe pública, consigue que este juicio aparente sea sustituido por una actuación ante aquél, y que el documento que redacta, con la *pseudo confessio* de las partes, adquiriera, por virtud de la llamada **Cláusula Guarentigia**, la misma eficacia que el *praeceptum de solvendo* del *iudex*. Nacen entonces, los Instrumentos Públicos (**instrumentos guarentigia**).

El gran movimiento económico en Italia hace aumentar las contrataciones judiciales, entonces surge la necesidad del servicio del notario para agilizar estos trámites, pero aún se tenía dudas sobre la no intervención del juez, así es como se nombra Juez Ordinario al Notario para todo lo que fuera actos de jurisdicción voluntaria y otros similares; los **instrumentos guarentigia** (cláusula guarentigia) son uno de las manifestaciones de este "*iudex cartularios*".

Dice **FONT BOIX**, que "Elevado el notario a la calidad de fedatario, se le atribuyó, por separación de la jurisdicción, aquella tarea formalizadora de negocios que hasta dicho momento se venía realizando a través de juicios. El notario encontró así, lo que en el transcurso del tiempo se ha venido estimando como función suya, típica. Quedó para el juez la actividad propiamente jurisdiccional, el *ius dicere* en los procesos civiles".

La actividad notarial se desprende de lo que antes era actividad jurisdiccional. Decía **COUTERE** que, "La jurisdicción voluntaria perteneció en sus primeros tiempos a los notarios, y con el andar del tiempo fue pasando a los órganos del poder judicial; nada impide que pasen mañana a la administración y aunque vuelvan a su fuente de origen, como se ha propuesto".

7.2. Nociones iniciales de Jurisdicción y Competencia.

La *jurisdicción* y la *competencia* son dos instituciones a las cuales la doctrina procesal ha dedicado, probablemente, la mayor cantidad de tiempo y esfuerzo con el objeto de precisar sus definiciones y distinguir la una de la otra. Desafortunadamente, muy a pesar del empeño de los mas connotados juristas, aun en nuestros días, entre quienes nos hemos dedicado al ejercicio del Derecho, reina una suerte de confusión respecto de la verdadera significación de las mismas pues, a diario, no sólo vemos como se las utiliza desprejuiciadamente como sinónimos, acuñando expresiones tales como "Jurisdicción Civil", "Jurisdicción Mercantil", "Jurisdicción Penal" para aludir a los órganos jurisdiccionales que tienen atribuida competencia para conocer asuntos concernientes a las materias civil, mercantil y penal, respectivamente, sino que, además, en nuestros tribunales se promueven, con mas regularidad de lo que pensamos, incidentes procesales en los cuales se "cuestiona la jurisdicción" cuando, en realidad, la intención del justiciable (mejor dicho: de su abogado) ha sido "cuestionar la competencia" del funcionario judicial que viene conociendo de la causa y, viceversa, también hemos observado la generalizada tendencia a "cuestionar la competencia" cuando, real y efectivamente, lo que se pretende es "cuestionar la jurisdicción".

Así las cosas, se comprenderá, pues, que las líneas que siguen propenden, básicamente de dos elementos: Jurisdicción y Competencia.

Definición de Jurisdicción.

Procurar una definición universalmente aceptada de lo que debe ser entendido por jurisdicción es, sin ningún género de dudas, una de las tareas más difíciles que ha asumido la ciencia del Derecho Procesal. Dificultad ésta que parte desde la amplitud misma que presenta el vocablo en cuestión¹, que ha posibilitado que sea utilizado en el lenguaje jurídico para significar distintas cosas², pasando por el hecho de que el concepto de jurisdicción se encuentra impostado en la teoría general del Estado, en el Derecho Constitucional, en el Derecho Administrativo y en el Derecho Procesal (FAIRÉN, V. citado por MORELLO, A. 2001; p.125) hasta llegar a la multiplicidad de teorías expuestas acerca de la jurisdicción, que procuran definir esta particular función del Estado atendiendo a una diversidad de aspectos que han de variar según la particular opinión de cada autor³.

No obstante lo que se ha dicho, estimamos que es perfectamente posible lograr esa definición, si se hace uso de las notas esenciales que las distintas disciplinas y teorías

¹ Etimológicamente, el vocablo *jurisdicción* proviene del latín *iurisdictionis*, que se encuentra integrado por las voces *iuris*, que significa “derecho”, y *dicere*, que alude a “decir”, “declarar”, “dar”. Desde este punto de vista, la jurisdicción bien puede ser concebida como “la facultad de declarar el derecho”. Sin embargo, tal y como apunta Bonjean, citado por Azula, J. (1997; T:I, p.131), la facultad de declarar el derecho “tiene un campo de acción muy extenso, pues se refiere también al legislativo y al ejecutivo, por cuanto dar o declarar el derecho es reglamentar las relaciones sociales, sea creándolo o aplicándolo”. Efectivamente, no puede negarse que, de acuerdo con lo que indica el buen sentido, el derecho no solamente es declarado por el juez cuando mediante una sentencia decide una cuestión para componer un litigio, sino que también el derecho es declarado por el legislador cuando promulga una determinada ley e incluso por los particulares cuando, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.159 del Código Civil, hacen del contrato ley entre ellos; de manera tal pues que, “esa potestad corresponde, no sólo al juez sino a toda persona cuya declaración posea el carácter de fuente del derecho” (Carnelutti, F. 1993; T:I, p.156).

² Efectivamente, en el derecho de los países latinoamericanos este vocablo tiene, por lo menos, cuatro (4) acepciones: como ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del Poder Público; y su sentido preciso y técnico de función pública de hacer justicia (Couture, E. 1981; p.27).

³ A la jurisdicción se le ha pretendido definir atendiendo al punto de vista de los fines que persigue, a la actividad que realiza, a su objeto, a sus efectos, a la calidad del órgano que la ejercita, etc.. Las teorías expuestas para definir la jurisdicción suelen ser sistematizadas para su estudio en dos (2) grandes grupos que normalmente se vienen denominando “doctrinas subjetivas y objetivas” sobre la jurisdicción.

jurídicas han puesto de relieve en su afán de definir la jurisdicción, puesto que ellas no significan ineludiblemente oposición, sino aspectos diversos de un mismo fenómeno y, por consiguiente, son susceptibles de complementarse las unas a las otras.

Nosotros pensamos que esas notas esenciales podrían ser sistematizadas en dos parcelas que atenderían, la primera, en tanto que ésta es una manifestación del Poder Público del Estado, a la “función jurisdiccional” y al “órgano” que debe ejercerla y, la segunda, a su desenvolvimiento, esto es, al modo que permitiría que ese órgano ejercite efectivamente tal función.

Así las cosas, en primer lugar, debe entenderse a la jurisdicción como una de las manifestaciones de la Potestad del Estado que ha de ser ejercida por órganos independientes, determinados con antelación a la cuestión que les habrá de ser sometida a su consideración y especializados en la particular función que se les ha encomendado: que no es otra que dar satisfacción o tutela a los intereses jurídicos relevantes de los justiciables mediante la justa aplicación del derecho. En segundo lugar, debe entenderse que la jurisdicción sólo es posible ejercerla mediante el proceso, que nace cuando se conjugan dos poderes jurídicos de naturaleza constitucional: la acción de las partes y la jurisdicción del juez, de modo que éste viene a ser, de alguna manera, tanto el ejercicio y desarrollo del poder jurídico de la acción como de la jurisdicción. Por lo tanto, cualquier definición que pretenda darse de la jurisdicción, debe conjugar, necesariamente, todos estos factores (PODETTI, R. 1963, p.338; LASCANO, D. 1941.

p.371; CALAMANDREI, P. 1973, T: I, p.109; RENGEL, A. 1994, T: I, p.98; DI IORIO, A. 1997. p.27)⁴.

Dicho esto, tomando como punto de partida la definición que ha propuesto **LONGO P.** (2002, p.99)⁵, pensamos que a la jurisdicción puede definírsele como *la potestad dimanante de la soberanía popular, que ha sido asumida por el Estado como consecuencia directa de haber restringido la posibilidad de que los particulares se hicieran justicia por su propia mano, que es indispensable, junto con el poder correlativo de la acción, para constituir válidamente el proceso, único mecanismo por el cual se la ejerce, a través de órganos esencialmente independientes, determinados con antelación a la cuestión que les habrá de ser sometida a su consideración y especializados en la tutela judicial de los intereses jurídicos de los particulares, mediante la justa aplicación de la ley y el derecho al caso concreto.*

⁴ Hoy en día nadie duda que las nociones de “jurisdicción”, “acción” y “proceso” constituyen la “trilogía estructural de la ciencia del proceso” Podetti, R. Teoría y técnica del proceso civil. Ediar Soc. Anón. Editores. Buenos Aires. 1963. p.338. En el mismo sentido: Alsina, H. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. 2ª. ed.. Vol. I. Ediar Soc. anón. Editores. Buenos Aires. 1963. p.415; Palacio, L. derecho procesal civil. 2ª. ed.. Vol. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1994. p.321. Alcalá-Zamora, N. por su parte, luego de admitir que Podetti había asociado las nociones de “jurisdicción”, “acción” y “proceso” con gran acierto, tilda a esta “trilogía estructural de la ciencia del proceso civil” de ser un “trípode desvencijado”, puesto que, en su opinión, ninguno de ellos había alcanzado una elaboración conceptual definitiva y convincente. Así, pues, jugando con los verbos “ser” y “estar” afirma que “del proceso sabemos donde está, pero no lo que es (si una relación o una situación jurídica, etc.); de la jurisdicción sabemos lo que es, pero no donde está (si en el derecho procesal o en el constitucional, ...) y de la acción no sabemos ni lo que es (pugna entre las teorías abstractas y las concretas) ni donde está (si en el campo del derecho material o en el del procesal)”. Cfr. Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción. Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972). Universidad nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas. México. 1992. p.23.

⁵ Que resulta la más acertada y técnica que hayamos tenido la oportunidad de estudiar. En efecto, afirma el maestro venezolano que la jurisdicción: “es la expresión del poder soberano asumido por el Estado, como consecuencia de la supresión de la violencia privada, indispensable, junto con el poder correlativo de la acción, para la válida constitución del proceso, único mecanismo a través del cual se la ejerce, mediante delegación en órganos especializados en la tutela judicial de los intereses jurídicos”.

En la definición que se acaba de proponer se destaca lo siguiente:

a) Que a la jurisdicción puede definírsele como la potestad dimanante de la Soberanía Popular, que ha sido asumida por el Estado como consecuencia directa de haber restringido la posibilidad de que los particulares se hicieran Justicia por su propia mano.

Definición de Competencia.

Algún sector de la Doctrina ha entendido a la competencia como **“la medida en que la jurisdicción se divide entre las diversas autoridades judiciales”** (MATTIROLO, citado por VÉSCOVI, E. 1984, p.155), como **“la cantidad de jurisdicción que corresponde a cada uno de los jueces ordinarios”** (SATTA, S. 1971, T:I, p.21), como **“un fragmento de la jurisdicción”** (COUTURE, E. 1981, p.44), o como **“la potestad de jurisdicción para una parte del sector jurídico: aquel específicamente asignado al conocimiento de determinado órgano jurisdiccional”** (Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional de Bolivia).

Las definiciones que hemos citado nos obligan a efectuar algunas precisiones.

La jurisdicción es, según hemos tenido la oportunidad de decir, la Soberanía del Estado aplicada a la función de Administrar Justicia, esto es, la Potestad del Estado para someter o doblegar los intereses de los particulares al interés colectivo en la satisfacción de los intereses de los justiciables a través del proceso, mediante la aplicación de las normas del Derecho Objetivo. Concebida así la jurisdicción, resulta evidente que cualquiera que sea la clase de conflicto o la necesidad de satisfacer un particular interés jurídico que requiera su intervención, la materia a la cual se aplique y las personas que

sean parte en esos procesos, se tratará siempre de la misma función jurisdiccional y del mismo Derecho, muy a pesar de que esta función sea ejercida por múltiples órganos jurisdiccionales.

En pocas palabras: si la jurisdicción es una potestad que, como hemos dicho, dimana de la soberanía popular, ésta ha de ser necesariamente “**única**”. Es conceptualmente imposible, nos dicen **MONTERO, J.** et. al. (1991, T:I, p.63), que un Estado tenga mas de una jurisdicción⁶. De allí pues que, aunque comúnmente suele hablarse con ligereza de Jurisdicción Civil, de Jurisdicción Penal, de Jurisdicción Contencioso Administrativa, de Jurisdicción Constitucional o de Jurisdicción Ordinaria y Jurisdicción Especial, se encuentra fuera de toda discusión teórica que estas expresiones se refieren sólo a manifestaciones de una única jurisdicción que, sin embargo, es ejercida por muchos órganos especializados en cada una de esas materias.

7.3. Contenido y Fundamento de la Jurisdicción.

En Roma la jurisdicción fue competencia exclusiva durante siglos de los magistrados y con posterioridad de los jueces. Sólo éstos podían, a través de la vía de un proceso fingido *in iure cessio*, o por medio de un *decretum* por el que se decidía un asunto consensuado por los solicitantes o de obligada intervención del juez, autorizar o colaborar en el nacimiento, modificación o extinción de una relación jurídica.

En el lenguaje jurídico romano, con el término *iurisdictio* se indica el poder de que está investido el magistrado, la actividad que éste realiza, e incluso la función para cuyo

⁶ Precisemos, antes de continuar, que si bien es cierto que el artículo 4 de la Constitución dispone que “la República Bolivariana de Venezuela es un Estado Federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución”, no lo es menos que el artículo 136 eiusdem prescribe que el “Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral” y que el ordinal 31° del artículo 156 ibidem, determina como competencia exclusiva del Poder Público Nacional “la organización y administración nacional de la justicia”, por lo que, en nuestro criterio, las ideas que aquí se exponen resultan perfectamente aplicables en nuestro ordenamiento jurídico positivo.

cumplimiento al magistrado le es atribuido el correspondiente poder⁷. Establecida esta premisa y sentada la afirmación de que la *iurisdictio* romana no se corresponde en todos sus aspectos –en especial hasta la época clásica- con la jurisdicción actual, que parece que se puede iniciar el análisis, partiendo de la genérica definición dada por LUZZATO⁸, que se refiere a un concepto que ha sufrido notables variaciones en función de las diversas épocas de desarrollo del Derecho Romano, y de las diversas formas del proceso, conforme a la cual la *iurisdictio* comprendería **“el conjunto de facultades atribuidas a los magistrados a los cuales se confió, en Roma, la administración de la justicia civil, y a partir del siglo III d.C, y con ciertos límites, también la criminal”**.

Dificultad especial presenta la determinación del contenido y el fundamento de la *iurisdictio*. Etimológicamente, el término deriva de *ius dicere*, lo que parece que hace referencia, a primera vista, a la idea de decir, mostrar o indicar por parte del magistrado el Derecho aplicable⁹, pero la misma raíz etimológica constituye la base de los términos *iudex* y *iudicium*, y parece claro que el juez privado del *ordo iudiorum privatorum* no tenía *iurisdictio*¹⁰. Por ello, como se ha puesto de relieve por la doctrina, el análisis filológico no nos arroja excesiva luz sobre el problema que nos ocupa.

Respecto al fundamento de la *iurisdictio*, especialmente referido al proceso por acciones de la ley, se han mantenido por la doctrina dos hipótesis extremas y diversas opiniones

⁷ Vid en este sentido Pugliese “*Il processo formulare*”, I, p.39. En relación con la amplísima literatura existente sobre la *iurisdictio*, cabe señalar, además de la citada en la obra de Pugliese, entre otros, los siguientes estudios: Girard, “*Organisation judiciaire des romains*, cit, págs. 167 y ss; Wlassak, “*Römische Prozessgesetze*”, I, cit. Lauria, “*Iurisdictio*” en Studi in memoria di P.Bonfante, II, cit. p.481 y ss; De Martino *La giurisdizione in diritto romano*, cit, p.3 y ss; Luzzato, *Procedura civile romana II, Les legis actiones*, cit.p 154 y ss; III, *La genesi del processo formulare*, pag. 134 y ss; Gioffredi, *Contributi allo studio del processo civile romano*, cit.p.9 y ss; Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p.132 ss; Murga, *Derecho Romano Clásico*, II, *El proceso*, Zaragoza 1980, p.36-49; Biscardi, *Lezioni sul processo privato romano*, Catania 1982; Cannata, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, I, *Le legis actiones*, Torino, 1980; II, *I processo formulare*, Torino, 1982; Buti, *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*, Camerino 1984.

⁸ Luzzato, s.v “Giurisdizione”, en *Enc. del Diritto*, pp.1 y ss.

⁹ Acerca del origen y del significado del término *iurisdictio*, vid., entre otros autores, De Martino, “*La Giurisdizione nel diritto romano*”, cit, p.59 ss y Buti, *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*, cit, p.11 y ss. La idea de indicar se pone de manifiesto en diversas expresiones: *dictatoram dicere, multam dicere, diem dicere, edicere, interdicere*, etc.

¹⁰ Vid. esta idea profusamente documentada por Bekker, *Über Anfang und Ende des “in iure” Verfahrens im rom. Formularprozess: ius dicere-litem contestari*”, en *Z.S.S*, XXVII, 1906, p.1-12.

intermedias entre ambas. LAURIA¹¹ excluye toda relación entre *iurisdictio* e *imperium*. Su tesis ha sido agudamente criticada por la doctrina, especialmente por PUGLIESE¹² y LUZZATO¹³, que han puesto de relieve, entre otros aspectos, que la delegación de la *iurisdictio* encuentra su propio fundamento en el *imperium* magistratual¹⁴, y que la misma terminología de *iudicia imperio continentia* confirma que, en la concepción romana, la *iurisdictio* encontraba su fundamento en el *imperium*.

Por el contrario, para LEIFER¹⁵, la *iurisdictio* sería una de tantas manifestaciones del *imperium*, por lo que correspondería a todos los magistrados titulares del mismo. Como objeciones de orden general, la doctrina ha señalado, frente a la opinión de este autor¹⁶, entre otros argumentos, que existen magistrados desprovistos de *imperium*, y provistos de *iurisdictio*, como los cuestores, los ediles y los magistrados municipales.

La doctrina mayoritaria, a la que me adhiero, acepta las teorías intermedias que, con diversos matices, sostienen DE MARTINO¹⁷, PUGLIESE¹⁸ y LUZZATTO¹⁹, conforme a las cuales, el término *iurisdictio* hace referencia a un conjunto autónomo de poderes del magistrado, distintos del *imperium*, dado que pueden ser objeto de delegación y conferidos a magistrados privados de *imperium*, pero no independientes de éste, en cuanto que el *imperium* constituye su fundamento.

Respecto al contenido, LAURIA²⁰ identifica la *iurisdictio* con el pronunciamiento de los *tria verba legitima: do, dico, addico*, a los que se refieren numerosos textos, y ciertamente parece probable la identidad originaria entre *dicere (dico)* y *iuris dictio*, en cuanto que *dicere* constituiría la actividad más relevante del magistrado. La tesis de

¹¹ LAURIA, *iurisdictio*, cit., pp.481 y ss.

¹² PUGLIESE, *Il processo formulare*, I, cit., pp.66-70.

¹³ LUZZATTO, *Procedura civile romana*, cit., pp.186 y ss.

¹⁴ Vid. D., 1.21.3 (Iulianus, libro quinto *Digestorum*): “*Et si praetor sit is, qui alienam iurisdictionem exsequitur, non tamen pro suo imperio agit, sed pro eo cuius mandatu ius dicit, quotiens partibus eius fungitur*”.

¹⁵ LEIFER, *Die Einheit des Gewaltgedankens im römischen Staatsrechts*, Leipzig, 1914.

¹⁶ Vid., por todos, PUGLIESE, *Il processo formulare*, I, cit., pp.66 y ss.

¹⁷ DE MARTINO, *La Giurisdizione in Diritto romano*, cit., pp.139 y ss.

¹⁸ PUGLIESE, *Il processo formulare*, I, cit., pp.70 y ss.

¹⁹ LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, pp.186 y ss.

²⁰ LAURIA, *Iurisdictio*, cit., pp.529 y ss.

LAURIA, que ha tenido algunos seguidores²¹, no ha sido aceptada por la doctrina mayoritaria²², que ha señalado, entre otros reparos, que los *tria verba* no son más que una indicación abreviada y ejemplificativa de los formularios solemnes que debían ser pronunciados por el magistrado en el ejercicio de su jurisdicción²³.

BEKKER identifica la *iurisdictio* con la simple declaración introductiva del proceso²⁴, y **DE MARTINO**²⁵ considera que la *iurisdictio* consiste en la indicación a las partes contendientes de la norma aplicable al caso concreto. Por el contrario, en opinión de **GIOFFREDI**²⁶, la *iurisdictio* no es una simple indicación técnica de la norma aplicable, sino que supone una indicación vinculante del ritual a seguir y de los formularios a pronunciar.

En esta línea de investigación abierta por **GIOFFREDI** que, a mi juicio, es la que en mayor medida se acerca a la realidad, han expuesto el resultado de sus estudios, con matices diversos, **PUGLIESE**²⁷, **KASER**²⁸ y **LUZZATO**²⁹.

A efectos de nuestro trabajo, nos interesa especialmente resaltar que el fundamento de la declaración vinculante en que consistía la *iurisdictio*, no puede ser más que el *Imperium*, por lo que serían competentes en materia de *iurisdictio* todos los magistrados provistos de *imperium*³⁰, lo que explicaría, como ha puesto de relieve **LUZZATTO**³¹,

²¹ Cfr. LEVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, París, 1960, pp.115 y ss.; DÜLL, *Eröffnungsakt in iure und die tria verba praetoris*, en Z.S.S., 57, 1937, pp.76 y ss.

²² Vid en relación con los *tria verba*, en la reciente obra de BUTI, *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*, cit., pp.81 y ss. y la bibliografía allí citada.

²³ LUZZATO, *Procedura civile romana*, II, cit., p.185.

²⁴ BEKKER, *Über Anfang und Ende des in iure- Verfahrens im römischen Formularprozess: ius dicere-litem contestari*, cit. Pp1 y ss.

²⁵ DE MARTINO, *La Giurisdizione nel Diritto romano*, cit., pp.149 y ss.

²⁶ GIOFFREDI, *Contributo allo studio del processo civile romano*, cit., pág.10.

²⁷ PUGLIESE, *Il proceso formulare*, I, cit., p.122.

²⁸ KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., pp.28 y ss.

²⁹ LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, cit., pp.196 y ss.

³⁰ En relación con la existencia de una jurisdicción pontifical previa al procedimiento de las acciones de la ley, vid. FUENTESECA, "Las *legis actiones* como etapas del proceso romano", en A.H.D.E., 34, 1964 (-Investigaciones de Derecho procesal romano, Salamanca, 1969, pp.54 y ss); CALONGE, "El *pontifex maximus* y el problema de la distinción entre magistraturas y sacerdocios", en A.H.D.E., 38, 1968, pp.19 y ss; GUIZI, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano. Il sacerdozio di vesta*, Napoli, 1968, pp.152 y ss.

³¹ LUZZATTO, s.v. "Giurisdizione", en Enc. del Diritto, cit., pág.192.

que la participación de los cónsules en la *in iure cessio* y en otros actos de jurisdicción meramente formal es, precisamente, el residuo de una originaria jurisdicción ejercitada por los magistrados en cuestión.

Un punto de partida seguro en la historia de la *iurisdictio* lo constituye la creación de la magistratura del Pretor Urbano con funciones jurisdiccionales, por las *leges Licinia Sextiae* del año 367 a. de C. Tradicionalmente se admite que los cónsules habrían perdido, con la creación de la Pretura, la jurisdicción contenciosa, y conservarían la jurisdicción voluntaria, pero este planteamiento, al que me referiré con detenimiento cuando analice las competencias de los cónsules, presupone expresamente o acepta implícitamente la existencia de una categoría unitaria de jurisdicción contenciosa en el siglo IV a. de C., lo que a mi juicio no puede ser mantenido en el estado actual de nuestras fuentes.

Lo que sí parece evidente es que no sólo los cónsules, sino también otros magistrados provistos de *imperium*, tendrían competencia para intervenir en la *legis actio*, dado que el magistrado investido de *imperium* por la *lex curiata* podía, en pura teoría, realizar actos de *iurisdictio*, en cuanto que ésta era una consecuencia o expresión de *imperium* que le correspondía.

Asimismo, la intervención de otros magistrados en manumisiones, adopciones, emancipaciones, etc., se debía, en ocasiones, a una atribución legislativa de competencia a tales magistrados o bien era producto de una delegación de atribuciones realizadas por el titular del poder correspondiente.

Otro hito importante en la historia del instituto o categoría que en el texto de Marciano se denomina *iurisdictio voluntaria*, tiene lugar cuando se produce la supresión del procedimiento de las *legis actiones*.

GAYO, que es nuestra fuente más importante para el estudio de las acciones de la ley³², nos dice en un conocido fragmento³³ que las *legis actiones* se fueron desprestigiando paulatinamente, habiendo llegado el formalismo al extremo de que el mínimo error hacía perder el pleito³⁴ y que su abolición se produjo en virtud de una **Ley Ebuca** y de dos **Leyes Julia**, a partir de las cuales se litigio mediante fórmulas³⁵. En el fragmento siguiente³⁶, **GAYO** señala que únicamente se conservan las acciones de la ley en dos casos, el supuesto de daño temido³⁷ y los juicios ante el Tribunal de los *centumviro*s³⁸.

No nos interesa, a los efectos de nuestro estudio, entrar en la conocida polémica³⁹ acerca del papel que la Ley Ebuca y las Leyes Julias cumplieron la introducción del procedimiento formulario, pero sí conviene resaltar la referencia a los dos supuestos excepcionales aludidos por **GAYO**, en los que parece claro que existe un conflicto de intereses que se dirimiría mediante *legis actiones* contenciosas⁴⁰, así como la afirmación contenida en los *Fragmenta Vaticana*⁴¹, conforme a la cual “...*nulla legis actio prodita est de futuro*”, porque todo ello contrasta con la mención de la *legis actio* en textos de la época clásica, en relación con los supuestos que Marciano considera de *iurisdictio voluntaria*, lo que denota la vigencia de este antiguo procedimiento romano, en la época del proceso formulario.

³² FUENTESECA, “Las *legis actiones* como etapas del proceso romano”. Investigaciones de Derecho procesal romano, Salamanca, 1969, pp.45-92.

³³ Gai, *Institutiones*, 4.30: “*Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerum, namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut vel minimum errasse, litem perderet; itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque este, ut per concepta verba, id est per formulas, litigaremus*”.

³⁴ En relación con el carácter predominantemente jurídico de las *legis actiones*, vid. GARCÍA GARRIDO, “Proceso arcaico y *legis actiones* (a propósito de las *Recherches* de LEVY-BRUHL)”, en S.D.H.I., 1961, pp.352 t ss; HUVELIN, “L’arbitrium liti aestimandi e l’origine de la formule”, en *Mélanges Gerardin*, pp.319 y ss; IGLESIAS, *Derecho Romano*, cit., pp.205-207, y la bibliografía aquí citada; TOUMULESCU, “Les origines de la procédure formulaire”, en R.I.D.A., 20, 1973, pp.355 y ss.

³⁵ En relación con el origen de la fórmula, vid., por ejemplo, GARCÍA GARRIDO, *Prelección. Guía para un curso de Derecho Romano*, Santiago de Compostela, 1962.

³⁶ Gai, *Institutiones*, 4.31; “*Tantum ex duabus causis permissum est (id legis actionem facere) lege agere, damni infexti et si centumvirale iudicium futurum est...*”.

³⁷ Vid. al respecto el estudio de PARICIO, *La denuncia de obra nueva, en el Derecho Romano Clásico*, Barcelona, 1982.

³⁸ Cfr., sobre los *centumviri*, BOZZA, *Sulla competenza dei centumviri*, Napoli, 1928.

³⁹ Vid. la amplia muestra de bibliografía al respecto, en IGLESIAS, *Derecho Romano*, Madrid, 1983, pág.197, nota 31.

⁴⁰ *Lege agere*, en las fuentes jurídicas, se refiere siempre al antiguo procedimiento de las *legis actiones*; cfr. Gai, *Institutiones*, I, 184; IV, 12, 21, 24, 26, 29; *Tituli ex corporo Ulpiani*, XI, 24, 27.

⁴¹ *Fragmenta Vaticana*, 49.

7.4. Criterios para distinguir entre actos de jurisdicción voluntaria y contenciosa.

Estas dos jurisdicciones, al emanar de un mismo órgano, el Poder Judicial, se presentan estrechamente vinculadas, con puntos de contacto y con estrechas analogías. De ahí la necesidad de determinar el campo propio de cada una.

A.- Un primer criterio establece que la Jurisdicción Voluntaria reside en el Derecho que tienen ciertos funcionarios públicos para dar fe de los actos jurídicos que en su presencia se celebran. Según esta opinión, los magistrados no hacen, entonces, declaraciones de ninguna especie ni resuelven nada; sino que se limitan a solemnizar el acto o a darle un sello de autenticidad.

B.- Otro criterio, afirma que la Jurisdicción Contenciosa se ejerce entre personas que, no estando de acuerdo en sus pretensiones, recurren a los Tribunales de Justicia para que éstos, en el ejercicio de sus atribuciones, precisen el derecho de las partes. De ahí que, en Doctrina, a esta Jurisdicción Contenciosa se le denomine como “*jurisdicción inter nolentes*”.

En cambio, la Jurisdicción no Contenciosa se ejercería voluntariamente entre personas que no tienen intereses encontrados, que no solicitan del tribunal declaraciones que puedan hacerse valer en contra de las mismas; sino que, al contrario, recurren a la Justicia por expresa disposición de la Ley, y para poder realizar determinados actos jurídicos. De ahí que, en doctrina, se conozca a esta jurisdicción voluntaria sea conocida como “*jurisdicción inter volentes*”.

C.- Otra corriente atiende a la presencia o a la falta de contradictor, de modo que éste es el que viene, en definitiva, a determinar la naturaleza contenciosa o voluntaria, de la actuación. Por ende, lo que configura la relación procesal es la presencia o ausencia de este contradictor. Este criterio lo sigue la mayoría de la Doctrina, no así las legislaciones más modernas.

D.- Según la tesis Moderna, la diferencia entre estos dos tipos de jurisdicciones reside sólo en la diversidad de las finalidades, de los objetivos que se persiguen con una u otra.

CRITERIO DOCTRINARIO.

Son los siguientes:

- **Criterio Romanista.**

En Roma se confundían los actos de Jurisdicción Voluntaria con el derecho que tenían ciertos funcionarios públicos de autentificar los actos jurídicos que se desarrollaban ante ellos.

Debido a esto se sostuvo que la diferencia entre la jurisdicción contenciosa y la actividad voluntaria se encontraba en la circunstancia de que en la primera se debía proceder con conocimiento de causa, y en cambio, en la segunda este conocimiento no se exigía.

Conocimiento de causa es aquel en virtud del cual el interesado debe proporcionar los antecedentes probatorios al tribunal para que éste resuelva.

Este criterio es actualmente insostenible puesto que no es efectivo que en la Jurisdicción Voluntaria se proceda sin conocimiento de causa. Incluso más, en algunos casos se exige expresamente este conocimiento.

- **Criterio que atiende a la voluntad de las partes.**

Según esta doctrina lo que distingue la jurisdicción contenciosa de la voluntaria es que en la primera se actúa siempre previa citación del demandado ante el juez, en cambio, en la segunda se actúa solo por la espontánea voluntad del interesado.

Se critica esta doctrina puesto que se dice que es imprecisa, y además porque existen asuntos contenciosos en que las partes voluntariamente someten la decisión de un asunto a un tribunal de justicia, como ocurre por ejemplo en los juicios arbitrales.

- **Criterio que atiende a los efectos del acto.**

Según esta tesis, lo que distingue a ambas actividades es la circunstancia de que el jurisdicción contenciosa las decisiones judiciales producen cosa juzgada, en cambio las resoluciones dictadas en los asuntos voluntarios, no producen cosa juzgada.

Se critica, porque se dice que las resoluciones dictadas en los negocios no contenciosos producen cosa juzgada, cumpliéndose determinados requisitos.

- **Criterio clásico.**

Este es el seguido por nuestra legislación, según el cual la nota distintiva entre la jurisdicción contenciosa y voluntaria se encuentra en la existencia o ausencia de contienda. Y así, en la jurisdicción contenciosa, siempre existe contienda entre partes, porque siempre se pide algo en contra de otro. En cambio, en la jurisdicción voluntaria, no existe contienda puesto que no se pide algo en contra de otro.

- **Criterio Moderno.**

Este criterio atiende a la distinta finalidad de una y otra actividad. En la actividad contenciosa siempre existe la finalidad de resolver un conflicto jurídico, y por ello, siempre tiene como fundamento una relación jurídica ya existente. La jurisdicción voluntaria en cambio, no persigue resolver conflictos jurídicos, sino que cooperar a la formación de una relación jurídica nueva.

7.5. Naturaleza Jurídica.

El problema que aquí se plantea es el de decidir si la actividad que desarrollan los tribunales al conocer de un asunto no contencioso significa el ejercicio de la función jurisdiccional o si, por el contrario, se trata en tal caso de una actividad de distinta naturaleza. Frente a este problema existen tres posiciones:

A) Aquellos que sostienen que se trata de una actividad jurisdiccional. Quienes así piensan dicen que el ejercicio de esta actividad importa la realización de actos judiciales sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia, y que deben resolverse por medio de una sentencia, y que por ello se trata de una actividad jurisdiccional. En esta primera posición se atiende para decidir la naturaleza de la función, al órgano que la ejerce. Constituye así una expresión del criterio orgánico.

B) La de quienes sostienen que se trata de una función administrativa. Quienes sostienen esta tesis dicen que es evidente que la actividad que desarrollan los tribunales al conocer de un asunto no contencioso, no es una actividad legislativa. Pero, que tampoco significa el ejercicio de la actividad jurisdiccional, porque ésta tiene por finalidad exclusiva la de decidir conflictos jurídicos entre partes, lo que en estos casos no ocurre toda vez que en los asuntos voluntarios existe solo una parte. Se concluye, por exclusión, que esta actividad es de carácter administrativo, puesto que las actividades del Estado o son legislativas, o son jurisdiccionales o son administrativas. Esta es la posición que cuenta con el apoyo de la mayoría de la doctrina, sobretodo de la italiana.

C) La de quienes sostienen que se trata de una actividad "sui generis". Quienes así piensan, señalan que no se trata de una actividad jurisdiccional en razón de lo ya dicho. Pero tampoco es una actividad administrativa, porque el acto administrativo crea un vínculo jurídico directo entre la administración y el particular, lo que en los asuntos voluntarios no ocurre, ya que entre el particular y el juez no se crean derechos y obligaciones.

7.6. Finalidad.

Los actos no contenciosos o voluntarios son muy numerosos, y cada uno de ellos persigue una finalidad distinta, de manera que no es posible establecer un objetivo único.

Pero, sistematizando la finalidad perseguida por los diversos actos voluntarios, pueden señalarse como finalidades de esta actividad de los tribunales, las siguientes:

- 1) Proteger los intereses de incapaces, velando porque ellos actúen en la vida jurídica con la debida garantía. Ej. Nombramiento de tutores y curadores.
- 2) Completar la capacidad de ciertas personas, para que puedan actuar eficazmente en la vida jurídica. Ej. Autorización judicial para enajenar, cuando se trata de los bienes de ciertos incapaces.
- 3) Declarar solemnemente un derecho que le corresponde al interesado. Ej. Dación de la posesión efectiva de la herencia.
- 4) Autenticar determinados actos de particulares. Publicación y protocolización de testamentos; apertura de los mismos.
- 5) Constituir estados jurídicos nuevos. Ej. Adopción en ciertos casos.
- 6) Evitar fraude a terceros. Ej., insinuación de donaciones.

7.7. Características.

1. Los tribunales no pueden ejercerla, sino en aquellos casos en que una ley expresa así lo disponga.
2. En los asuntos que son objeto de esta actividad no se promueve contienda entre partes, es decir, no existe alguien que pretenda algo en contra de otro.
3. En esos mismos asuntos no existen partes, solo hay uno, que recibe el nombre de interesado.
4. Las sentencias que se pronuncian en los asuntos que son materia de esta actividad, sólo producen cosa juzgada en determinadas condiciones.
5. En los asuntos no contenciosos no tiene influencia el fuero del interesado, para determinar el tribunal absolutamente competente.
6. Dándose ciertos requisitos, los asuntos voluntarios pueden transformarse en contenciosos.

7.8. Principios Fundamentales.

Partiremos de que un **principio** es la **fuerza, fundamento o base**, que ha servido de origen a algo.

Entre los principios que se aplican a la Jurisdicción Voluntaria o No contencioso están los que conocemos como propios del Derecho Notarial que solo mencionaremos a continuación:

1. De la forma
2. De intermediación
3. Rogación
4. Del consentimiento
5. De seguridad Jurídica
6. De Autenticación
7. Fe pública
8. Publicidad

Entre los principios generales están:

1. Escritura
2. Intermediación Procesal
3. Dispositivo
4. Publicidad
5. Economía procesal
6. Sencillez

7.9. Jurisdicción Voluntaria Notarial y Función Jurisdiccional.

Tres son las funciones fundamentales del Estado: la ejecutiva, llamada también administrativa, la legislativa y la jurisdiccional, llamada también judicial. En este trabajo nos ocuparemos de esta última. Puede ser conceptuada desde dos puntos de vista: desde un punto de vista puramente formal y desde un punto de vista material. Formalmente hablando, **función jurisdiccional es la actividad desarrollada por el Órgano Judicial**, así como, desde este mismo punto de vista, función ejecutiva es la desarrollada por el órgano ejecutivo y la función legislativa es la que desarrolla el órgano legislativo.

El anterior criterio no conduce a una conceptualización exacta y correcta de la función, pues en nada hace alusión al contenido de la misma.

De allí que se hace preciso recurrir al criterio material para definirla en sus justos términos. Además, cabe señalar que no toda la actividad del Órgano Judicial es jurisdiccional, así como toda la actividad de ejecutivo es función ejecutiva, ni todo lo que hace el órgano legislativo es función legislativa. Cuando el órgano judicial dicta su reglamento interno, hace función legislativa y cuando elabora su presupuesto o nombra a sus funcionarios, hace función administrativa.

COUTURE para llegar al concepto de función jurisdiccional, comienza por analizar el vocablo "**jurisdicción**", expresando que la palabra "tiene, por lo menos, cuatro acepciones: como ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o de autoridad de ciertos órganos del poder público; y su sentido preciso y técnico de función pública de hacer justicia."

Todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos tienen competencia; ésta es un fragmento de la jurisdicción. Así, por ejemplo, todos los jueces de lo civil gozan de jurisdicción para conocer de asuntos civiles, pero no todos tienen competencia para ese conocimiento; el término "jurisdicción" es amplio; el de competencia es restringido.

También se emplea el término como sinónimo de poder. Se utiliza así cuando se hace alusión a la prerrogativa, autoridad o poder de determinados órganos públicos. A este precepto **COUTURE**, nos dice que con ello se alude a la jerarquía, a la investidura, más que a la función.

La función jurisdiccional se concretiza a través de actos jurisdiccionales, en los cuales, deben distinguirse tres elementos:

- La forma está constituida por los elementos externos del acto, cuales son la presencia de partes, de jueces y de procedimientos.

- El contenido lo determina la existencia de una controversia, de un diferendo que tiene trascendencia jurídica.

- Por función se entiende el cometido, o sea, el alcanzar o lograr la justicia.

La función jurisdiccional crea situaciones jurídicas nuevas, que nacen con la sentencia. Antes de resolverse el conflicto, hay indecisión sobre cual es el interés jurídicamente protegido; existe una situación de incertidumbre y de pugna. Resuelta ésta con la sentencia y pasada en autoridad de cosa juzgada, la situación de incertidumbre desaparece, pues se declara el derecho. La sentencia judicial es acreedora de normas jurídicas, como también lo son el testamento y los contratos.

Pero a diferencia de las normas jurídicas dictadas por el Poder Legislativo, que son de carácter general y abstracto, las creadas por la sentencia, son normas jurídicas individualmente consideradas.

La función jurisdiccional sería incompleta y por consiguiente no lograría su cometido si las decisiones judiciales, o mejor dicho, jurisdiccionales no fueran susceptibles de ser cumplidas, entonces encontramos la coercibilidad, gozan de la posibilidad jurídica de hacerse cumplir con la fuerza, si el obligado no se aviene a cumplirlas de manera voluntaria, o de que se adopten medidas reparadoras o sustitutivas, si el cumplimiento es materialmente imposible.

EDUARDO COUTURE da un concepto de función jurisdiccional: “**Función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determinan el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución**”.

La función jurisdiccional como una actividad del Estado evita la anarquía social, “En caso de incertidumbre o de inobservancia de las normas jurídicas escribe **UGO**

ROCCO el Estado debe ser necesariamente el órgano específico de la actuación del derecho”. Sólo el Estado goza de la titularidad del derecho de ejercer por sí mismo la función jurisdiccional. Es una actividad que compete únicamente al ente estatal y que por lo demás también se encamina a la realización del bien común, atribución y obligación del mismo.

UGO ROCCO, define la función jurisdiccional así “**Entendemos por jurisdicción la actividad con que el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, interviniendo a petición de los particulares, sujetos de intereses jurídicamente protegidos, se sustituye a los mismos en la actuación de la norma que tales intereses ampara, declarando, en vez de dichos sujetos, qué tutela concede una norma a un interés determinado, imponiendo al obligado, en lugar del titular del derecho, la observancia de la norma y realizando mediante el uso de su fuerza coercitiva, en vez de titular del derecho, directamente a aquellos intereses cuya protección está legalmente declarada**”.

7.10. Definición de Jurisdicción Voluntaria.

A todo lo analizado y presentado en doctrina y criterios jurídicos de estudiosos de la materia, llegamos a definir a: La Jurisdicción Voluntaria, es **la que el Juez ejerce sin mayores solemnidades, sin promover cuestión litigiosa alguna entre las partes.**

7.11. El Notariado y la Jurisdicción Voluntaria.

Como hemos visto, se ha observado que la jurisdicción voluntaria ha pertenecido en determinado estadio histórico a los notarios y que con el andar del tiempo fue pasando a los jueces, por lo que se afirma que nada impediría que pase mañana a la administración y aun que vuelva a su fuente de origen como se ha propuesto.

Para investigar los nexos entre la jurisdicción voluntaria y la función notarial, es primordial conocer los caracteres y naturaleza jurídica de la "jurisdicción" propiamente dicha y como una primera tarea tratar de establecer la necesaria distinción entre jurisdicción contenciosa y voluntaria.

Interesa señalar cuál es su elemento específico y para establecer una distinción con las otras actividades del Estado: legislación y administración, se han formulado diversas teorías de las que haremos una breve reseña a continuación:

a) Teoría del criterio organicista

Tratando de encontrar un criterio diferencial, se toma en consideración la existencia de la división tripartita de los órganos del Estado (órganos legislativos, jurisdiccionales y administrativos); de acuerdo con esta tesis habría que afirmar que la actividad será jurisdiccional cuando ella emana del órgano establecido específicamente para esta función.

Desde este punto de vista, todos los actos realizados por un juez revisten carácter jurisdiccional, pero la tesis carece de exactitud. En efecto, por razones de oportunidad y conveniencia práctica, se ha conferido también a los jueces la llamada jurisdicción voluntaria que es actividad administrativa. Por otra parte, ciertos órganos administrativos tienen funciones jurisdiccionales.

Además los jueces eclesiásticos y los árbitros que no son órganos del Estado, desarrollan también actividades jurisdiccionales mediante la forma del proceso de conocimiento con la eficacia establecida por la Ley.

Indudablemente, que la "jurisdicción" se ejerce, normalmente, por el Poder Judicial (de acuerdo con la división de los poderes dentro de nuestra organización política), pero el derecho positivo puede atribuirle también a ciertos órganos que no son del Estado sin que por ello se desnaturalice la función misma como ocurre con el proceso eclesiástico y el arbitraje.

b) Teoría del criterio formal

Tampoco puede satisfacer este criterio que como el anterior es simplemente aproximativo y prescinde de los otros elementos de la jurisdicción.

Puede darse el caso de un acto legislativo formal con contenido jurisdiccional (leyes solamente formales que pueden hasta atribuir un Derecho a una persona determinada y hasta resolver un contrato).

c) Teoría subjetiva de la jurisdicción.

Según esta teoría el Estado mediante la jurisdicción tutela el Derecho Subjetivo violado o amenazado.

Tampoco es exacta, pues, como se ha observado, no siempre el ejercicio de la jurisdicción presupone un Derecho Subjetivo violado. Es interesante señalar que en las acciones de condena a una prestación futura, como asimismo en las meramente declarativas y en las cautelares, no existe violación actual del derecho, y sólo originan un proceso esencialmente preventivo para impedir un daño. Cuando la conducta del deudor haya dado motivo para dudar de su buena fe o bien para eliminar un estado de incertidumbre sobre la existencia o interpretación de una relación jurídica sustancial, o material, pero el juez desarrolla siempre una actividad jurisdiccional.

Por otra parte, la autoridad administrativa en la esfera de su competencia puede proveer también a la restauración del derecho violado y no ejerce jurisdicción.

d) Teoría objetiva de la jurisdicción.

Se piensa que la teoría objetiva de la jurisdicción es preferible a la subjetiva; en este orden de ideas, es que se afirma que los fines próximos e inmediatos de la jurisdicción consisten en el mantenimiento del orden jurídico y la actuación de la Ley; el reconocimiento del Derecho Subjetivo no puede ser sino fin mediato y consecuencia del ejercicio de la jurisdicción.

e) Teoría del derecho incierto.

Para esta concepción es tarea esencial y característica de la actividad jurisdiccional, verificar en cada caso un derecho incierto o cuestionable. Se le ha

formulado la objeción de que no siempre existe incertidumbre; por otra parte, la autoridad administrativa también resuelve cuestiones controvertidas; además, en el proceso de ejecución puede no existir esa incertidumbre y sin embargo se ejerce jurisdicción.

f) Teoría de la composición del litigio.

La teoría de **CARNELUTTI**, tan sugestiva y significativa en muchísimos aspectos, ha establecido la diferencia entre proceso contencioso y proceso voluntario, fundada en la distinción entre conflicto actual y conflicto potencial de intereses, poniendo de relieve la reciente tentativa (a pesar de la antigüedad de la noción de jurisdicción voluntaria) de descubrir su ámbito entero y recentísima, por tanto, la de definir positivamente su finalidad.

La función del juez puede encontrarse dirigida a dos diversos fines: por un lado, la "composición del litigio" (típicamente Represiva, haciendo que cese la contienda), y por el otro, la "prevención del litigio" (función Preventiva), siendo esta última el fin específico del proceso voluntario, de acuerdo a la doctrina de **CARNELUTTI**.

La composición del litigio, entendiéndose por litigio, según **CARNELUTTI**, como "el conflicto de intereses cualificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro limita el proceso contencioso y amplía considerablemente el campo del proceso voluntario".

En esta teoría, el elemento formal de la contienda tiene una importancia particular frente al elemento material o sustancial. Pensamos que la "pugna de voluntades" puede no concurrir y manifestarse la situación contrapuesta de dos partes respecto de una relación jurídica cualquiera cuya solución sólo puede conseguirse con intervención del juez.

Es suficiente, a nuestro juicio, el elemento material consistente en la contraposición e incompatibilidad de intereses, para que se configure el proceso contencioso.

Finalmente puede observarse que si se establece como elemento esencial de la jurisdicción la existencia del litigio, todos los casos -que esta doctrina llama proceso sin litigio- deberían ser excluidos de la verdadera y propia jurisdicción, y relegados al campo de la llamada jurisdicción voluntaria.

g) Teoría sobre el predominio del elemento lógico.

Esta posición tiene en cuenta el elemento lógico de la jurisdicción, señalando que en la función administrativa prevalece el acto de voluntad, mientras que en la función jurisdiccional prevalece el acto de inteligencia. Según esta teoría no existiría un criterio diferencial que permita deslindar sustancialmente la administración y la jurisdicción.

h) Teoría de la actividad secundaria, sustitutiva o subrogatoria.

Aquí se propone como base el carácter subsidiario de la jurisdicción consistente en la sustitución de una actividad pública a una actividad ajena.

Esta sustitución tendría lugar de dos formas correspondientes a los estadios del proceso, conocimiento y ejecución: a) jurisdicción consiste en la sustitución definitiva y obligatoria de la actividad intelectual del juez a la actividad intelectual de las partes y terceros; b) en cuanto a la actuación definitiva de la voluntad declarada, si se trata de una voluntad que no puede cumplirse más que por los órganos públicos, esta ejecución en sí misma no es jurisdicción: así no es jurisdicción la ejecución de la sentencia penal.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la actividad jurisdiccional es ajena a la de las partes, en cuanto es la actividad de un tercero en el conflicto, se califica como actividad secundaria, mientras que la actividad administrativa sería primaria, pues la administración procede siempre por su cuenta y en causa

propia. Pero el fenómeno jurisdiccional, considerado como sustitución de actividad, no tendría explicación si el proceso busca la producción de un cambio jurídico que las partes aunque estuvieran de acuerdo no podrían obtener fuera del proceso (v. g., nulidad de matrimonio).

Aprehendidos los conceptos de la función notarial y la jurisdiccional y las teorías que manifiestan sus posiciones, cabe afirmar que cada uno de los actos que abarca la denominada jurisdicción voluntaria que participen de una y otra naturaleza, deben ser materia de competencia de notarios de jueces, según fuera el caso.

Contra la opinión de **ZANOBÍNÍ** entendemos que aquellos actos en los cuales el órgano judicial interviene simplemente para registrar o certificar hechos jurídicos de la vida privada, no constituyen actividad administrativa, sino propiamente ejercicio de la función notarial.

La exigencia de una especial garantía de autoridad por parte de los órganos a los que se les confía la realización de actos de jurisdicción voluntaria explica que el Estado adopte la propia jerarquía de lo judicial ordinario. Es sin duda por motivos de carácter histórico que han sido atribuidos al conocimiento del juez determinados actos, por completo ajenos, a su natural competencia.

Entendemos no es del caso señalar, puesto que la bibliografía abunda las diferencias específicas entre los actos propios de la función notarial, jurisdiccional y administrativa. **NAVARRO AZPEITÍA** considera con razón de competencia judicial dentro de la llamada jurisdicción voluntaria a los actos de amparo o protección de personas con capacidad nula o disminuida.

Es evidente la exactitud de tal aseveración, por cuanto es típico de lo jurisdiccional, declarar la voluntad concreta de la ley, de modo que posibilite el ejercicio de sus prerrogativas jurídicas. Por tanto es dable afirmar que existen actos comprendidos en la jurisdicción voluntaria que son de naturaleza, ya notarial, ya jurisdiccional, denotando en su inmensa mayoría, varios caracteres peculiares de los actos administrativos.

Podemos recordar que en opinión de un autor: “Hay jurisdicción voluntaria cuando el juez ejerce a falta de todo litigio poderes de constatación, de protección, de tutela, de comprobación”.

Los actos de jurisdicción voluntaria serán propios de la función notarial en tanto se ejerciten poderes de constatación o comprobación. Y así en ciertos actos de jurisdicción voluntaria la intervención del juez sólo tiene por objeto dar autenticidad o verificar el cumplimiento de una formalidad. Es precisamente con respecto a ellos que cabe alzar la voz en defensa de la reintegración de la función notarial, como en variados aspectos lo han hecho distinguidos notarialistas.

No habiendo en la generalidad de los actos de jurisdicción voluntaria dos partes, ni un bien garantizado en contra de otra persona, sino una finalidad constitutiva de estados jurídicos nuevos, a consecuencia de la verificación del cumplimiento de determinadas formalidades o de la autenticación de ciertos actos, es notorio que siendo actos específicos de la función notarial, deben ser atribuidos a la competencia de quienes corresponda. Bajo el nombre "jurisdicción voluntaria" se han designado aquellos actos que con el transcurso del tiempo pasaron -no en todos los países por cierto- de la competencia de los jueces ordinarios a la competencia o función de los notarios. Es decir, que la intervención notarial es realización de ciertas funciones de jurisdicción voluntaria, esto es aquellas que se corresponden con el quehacer propio de la función notarial.

Con lo expuesto queda sobradamente acreditado, que dentro de la llamada jurisdicción voluntaria, existen una serie de actos que hacen a la función notarial. Sin entrar en las clasificaciones que la doctrina ha hecho en torno a los actos de jurisdicción voluntaria, enumeramos a continuación aquellos actos respecto de los cuales es pacífica la doctrina en admitirlos como tales. Ellos son:

- I) Rectificación de partidas del Registro Civil.
- II) Inscripciones tardías de nacimientos.

- III) Declaración de identidad de personas.
- IV) Mensura, deslinde y amojonamiento de terrenos.
- V) Apertura de testamento cerrado y declaración de herederos.
- VI) Protocolización de testamento ológrafo.
- VII) Sucesiones.
- VIII) Discernimiento de tutela y curatela.
- IX) Adopción de menores.

7.12. Análisis Crítico de la Jurisdicción Voluntaria.

Como ya manifestamos mas antes, la jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.

Es propio de todo sistema procesal establecer la existencia de la Jurisdicción voluntaria –mas aun, cuando enfocamos en parámetro extensivo a la Declaratoria de Herederos- y así unos la aplican únicamente a los actos administrativos o jurídicos administrativos y otros a los actos propiamente jurisdiccionales y se manifiesta que son actos de Jurisdicción Voluntaria donde no existe contención de parte que es propia del Juicio, siendo entonces ésta su característica esencial.

Por jurisdicción voluntaria se ha conceptuado aquella en la que no existe contención de partes, precisamente esta concepción ha sido la caracterización de los Códigos de Procedimientos civiles del siglo pasado y de principios del presente.

El desarrollo contemporáneo del Derecho Procesal y el surgimiento de nuevos autores de esta rama, ha sido la causa inmediata de un mayor estudio dentro de la concepción de la jurisdicción voluntaria.

Así encontramos a muchos autores que le niegan la categoría de jurisdicción, sosteniendo que se trata de una verdadera función administrativa ejercida por el Poder Judicial, pero siempre a pesar de esta posición se ha llegado a determinar por los

tratadistas de abandonar la postura “no contención” para caracterizar la jurisdicción voluntaria.

El criterio tradicional ha sido problemático, pues, en la mayoría de los casos es correcto afirmar que donde no existe contención estamos en un acto de jurisdicción voluntaria.

Para resolver ese problema se debe de abandonar la postura tradicional y sin entrar a especulaciones teóricas sobre la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, se debe determinar que se trata de procedimientos distintos a la jurisdicción contenciosa y no se puede negar que su conocimiento y tramitación pertenecen al orden Poder Judicial.

La Jurisdicción Voluntaria entraña actos fuera de juicio de mera constatación, demostración de hechos o circunstancias que se caracterizan por no haber controversia entre partes, ya que no es legalmente posible ejercitar acciones respecto de las cuales proceda oponer excepciones por ser un proceso voluntario en el que el órgano jurisdiccional sólo interviene para darle eficacia a la formación o creación de nuevas situaciones de Derecho.

7.13. Legislación comparada.

Mencionaremos brevemente aquellos países que han incorporado a su legislación la vía extrajudicial notarial, adelantando que, previamente, ella exige un Sistema registral, eficaz y centralizado, que como vimos nuestro país carece.

En la mayoría de los casos es optativa; en otros, conforme el monto de la herencia o se restringe en órdenes hereditarios; en casi todos, con límites impuestos en el acuerdo de todos los herederos capaces, predomina la libertad testamentaria. Por ejemplo: Bélgica, Luxemburgo y Portugal en Europa; Colombia (16), Guatemala, Cuba, Uruguay y Chile en América.

Me detendré en dos casos europeos actuales por la trascendencia que tuvieron para la presente investigación, me refiero a:

a. España.

El modelo de "Registro de Actos de Última Voluntad y de Declaratoria de Herederos" tiene carácter único y centralizado. La aceptación de la herencia, el inventario y la partición pueden ser efectivizados en sede notarial o en sede judicial. La competencia de dictar la declaratoria de herederos fue parcialmente atribuida a los notarios, mediante Ley 10/92. Además, la Ley de Enjuiciamiento Civil permite a los herederos que tienen la posesión de pleno derecho (ascendientes, descendientes y cónyuge) obtener el "acta de notoriedad" por ante el notario.

b. Francia.

La competencia en materia de trámite sucesorio no controvertido puede ser realizada por notarios, reservándose la vía judicial para el Fisco en los casos controvertidos y en los testamentos *ológrafos*. De lo expuesto, concluimos que no existiría inconveniente en legislar sobre el proceso sucesorio extrajudicial y notarial, ya que existen antecedentes jurídicos en la legislación comparada que tienen la institución jurídica incluida en su ordenamiento jurídico, en donde varias han sido tomadas en consideración por nuestro codificador al momento de plasmar el Código Civil. Empero, habría que ver cuál es el método que se utiliza para su introducción en nuestro Sistema Jurídico actual.

7.14. De lo teórico a lo práctico.

Mientras el pensamiento canaliza la profundidad del tema y concluye que es viable que ciertos actos de la denominada "jurisdicción voluntaria" se incorporen a la: esfera de la actuación notarial, se pregunta, con ansiedad de praxis, los resultados que depararían tal intervención.

Debido a razones de diversa índole, antropológicas, etnográficas, culturales, sociales, políticas y económicas, los pueblos conviven y evolucionan siguiendo diferentes pautas de conducta; es así como el latino es romántico y extrovertido, el sajón calculador e introvertido, y más...

De ello se infiere que siendo lo jurídico normas del humano obrar y debido a la multitud de conductas que en el operar humano se advierten, es por consiguiente, su diferente regulación. Si es académicamente posible sustentar la presente investigación

expuesta, es del caso confrontarla con la realidad existencial. No siempre se corresponden *noesis* y *praxis*. Concepción análoga a la mencionada ha hecho carne y se ha institucionalizado en diversos países de sistemas jurídicos diferentes.

Dejemos sentado que el solo comprobar la influencia notarial que en este aspecto se manifiesta en la legislación comparada, no lo esgrimimos aquí como principal fundamento de nuestra posición, que sí será destacado, en tanto y cuanto evaluemos favorablemente sus efectos prácticos en el ámbito forense.

Se cree que mezquinos intereses profesionales nublan el horizonte e impiden se perfille su justa solución. ¡*Crassa falsía!* Es en homenaje de la verdad y beneficio de la sociedad.

Sabidas son ya las dificultades que se presentan dentro de los tribunales dada la amplitud comprendida en el campo jurisdiccional y los inconvenientes que éstos ocasionan para el normal desenvolvimiento de las tramitaciones judiciales. Es por eso que sostenemos la colaboración y por qué no la coparticipación que el notario puede prestar en pro de la agilidad de determinados procesos. No entendemos que esto puede entorpecer la administración de justicia dado que, como se ha sostenido y del contexto del trabajo surge dichos actos de jurisdicción voluntaria pertenecen a la actividad notarial.

Debido a las calidades personales del notario en base a la cantidad de doctrinas y fuentes -más arriba indicadas- es así como la intervención del funcionario fideifaciente redundaría en manifiesto beneficio de los interesados, tantas veces víctimas de la morosidad procesal, características de nuestros tribunales y especialmente en cuanto a procesos sucesorios se refieren.

7.15. Recomendación

Si se da competencia al notario para intervenir dentro de los actos de la jurisdicción voluntaria oportunamente enumerados, reportará, sin dudarle, una interesante coordinación de esfuerzos entre profesionales del derecho (abogado-notarios) que

redundará, en definitiva, en celeridad y economía procesal, tan ansiosamente reclamada por quienes esperan lo mejor de ella.

Conclusiones.

Inicialmente llegamos a la conclusión siguiente:

- Jurisdicción es una actividad desarrollada por el estado (y aunque no se diga expresamente lo es sólo por el estado).
- Que dicha actividad se realiza respetando una determinada forma, siendo ésta el proceso.
- Que la jurisdicción supone la existencia de partes, lo que, a su vez en materia de proceso, supone conflictos o controversias.
- Que, su ejercicio da lugar a resoluciones que adquieren la calidad de cosa juzgada.
- Que la finalidad de la jurisdicción contenciosa es resolver un conflicto de intereses; mientras que de la finalidad de la jurisdicción voluntaria es eliminar una incertidumbre ambos con relevancia jurídica.
- La función que realiza el estado a través de los jueces, es lo que llamamos función jurisdiccional.
- Que la Jurisdicción Voluntaria en materia de declaratoria de Herederos es mas rápida y eficiente con el actuar de un Notario, evitando engorrosos tramites.

Cabría afirmar a manera de conclusión final, que el justiciable tiene Derecho, cuando plantea o se ve afectado por un procedimiento de jurisdicción voluntaria a obtener una resolución judicial de fondo y a las fundamentales garantías propias de la tutela judicial efectiva, y el juez la obligación de pronunciarse sobre el derecho o interés legítimo planteado en el curso del procedimiento, así como, al igual que sucede en el marco de la jurisdicción contenciosa, a plantear una cuestión de constitucionalidad sobre el procedimiento en su conjunto o sobre alguno de los preceptos específicos de su normativa.

En esta línea de confluencia con las exigencias de la moderna dogmática del Derecho Procesal, la nueva regulación de la Jurisdicción Voluntaria, con reglas precisas de funcionamiento y principios informadores, debería suponer, en el futuro, la no identificación de la institución con supresión o disminución de garantías, plazos y formalidades, en detrimento de la tutela judicial y la seguridad jurídica características de toda actuación judicial, al tiempo que podría constituir el punto de partida para la conformación de una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria en materia de Declaratoria de Herederos, que permita su incardinación en el campo de la ciencia procesal, al tiempo que propicie su alejamiento de la mera técnica procedimental, lo que redundaría, en definitiva, a contribuir a dar respuesta, también en esta parcela del Ordenamiento, al desafío de una justicia más moderna y eficaz.

BIBLIOGRAFIA.

Alsina, H. (1963). **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial: Juicio ordinario.** (2ª. ed.). Vol. I. Buenos Aires. Ediar. Soc. Anon. Editores.

Azula, J. (1997). **Manual de derecho procesal civil.** (6ª. ed.). Vol. I. Santa Fe de Bogotá. Editorial Temis S.A.

Calamandrei, P. (1973). **Instituciones de derecho procesal civil.** Vol. I. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa América.

Carnelutti, F. (1973). **Instituciones del proceso civil.** Vol. I. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa América.

Carnelutti, F. (1993). **Sistema de derecho procesal civil.** Vol. II. Buenos Aires. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana.

Chiovenda, G. (1940). **Instituciones de derecho procesal civil.** Vol. II. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado.

Chiovenda, G. (1922). **Principios de derecho procesal civil.** Vol. I. Madrid. Editorial Reus S.A.

Couture, E. (1981). **Fundamentos del Derecho Procesal Civil.** (3ª. ed.). Buenos Aires. Ediciones De Palma.

Devis, H. (1996). **Compendio de derecho procesal**. (14^a. ed.). Vol. I. Santa Fe de Bogotá. Editorial ABC.

Di Iorio, A. (1997). **Lineamientos de la teoría general del derecho procesal (propuesta de un derecho jurisdiccional)**. Buenos Aires. Depalma.

Duque, R. (2000). **Apuntaciones sobre el procedimiento civil ordinario**. Vol. 1. Caracas. Editorial Jurídica Alva, S.R.L.

Gimeno, J. (1981). **Fundamentos del derecho procesal**. Madrid. Civitas, S.A.

Lascano, D. **Jurisdicción y competencia**. (1941). Estudios de derecho procesal en honor a Hugo Alsina. Buenos Aires. Ediar.

Marcano, R. (1960). **Apuntaciones analíticas**. (2^a. ed.). Vol. I. Caracas. Artes Gráficas Rehyma.

Montero, J., Ortells, M. y Gómez, J. (1991). **Derecho jurisdiccional**. (2^a. ed.). Vol. I. Barcelona. José María Bosch Editor, S.A.

Morello, A. (2001). **La eficacia del proceso**. (2^a.ed.). Buenos Aires. Hammurabi.

Moreno, V., Cortés, V. y Gimeno, V. (2000). **Introducción al derecho procesal**. (3^a. ed.). Colex.

Podetti, R. (1963). **Teoría y técnica del proceso civil**. Buenos Aires. Ediar Soc. Anón. Editores.

Ramos, F. (1978). **Derecho y proceso**. Barcelona. Librería Bosch.

Rocco, U. (1983). **Tratado de derecho procesal civil**. (2^a. Reimp.). Vol. I. Bogotá – Buenos Aires. Temis – Depalma.

Satta, S. (1971). **Manual de derecho procesal civil**. Vol. I. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa América.

Solís, M. (2005). **Consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria**. Caracas. Vadell Hermanos.