

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y
CIENCIAS SOCIALES

La Jurisdicción Voluntaria en El Salvador

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

ELVIRA CRISTINA ABARCA DE FLORES

AGOSTO DE 1971.





UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR:

Dr. Rafael Menjívar

SECRETARIO GENERAL:

Dr. Miguel Angel Sáenz Varela

=====

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Dr. Napoleón Rodríguez Ruíz

SECRETARIO

Dr. Mauricio Alfredo Clará

TRIBUNALES EXAMINADORES

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE "CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL":

Presidente: Dr. Carlos Rodríguez
1er. Vocal: Dr. Abraham Rodríguez
2o. Vocal: Dr. Guillermo Chacón Castillo

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE "MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS":

Presidente: Dr. Guillermo Manuel Ungo
1er. Vocal: Dr. Fernando Castillo h.
2o. Vocal: Dr. Orlando Baños Pacheco

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE "MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES":

Presidente: Dr. José Enrique Silva
1er. Vocal: Dr. José Ernesto Criollo
2o. Vocal: Dr. José Roberto Ayala

ASESOR DE TESIS:

Dr. Ernesto Arrieta Peralta

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS:

Presidente: Dr. Román Gilberto Zúniga V.
1er. Vocal: Dr. Carlos Ferrufino
2o. Vocal: Dr. José Guillermo Orellana Osorio.

DEDICATORIA

- Elevando una oración: A Dios Todopoderoso.
- Con profundo amor filial,
gratitud y admiración: A mis padres: Dr. Justo Abarca Guzmán y Elvira Montesi de Abarca, --- ejemplos de abnegación y sacrificio, quienes me han brindado en todas las circunstancias de mi vida verdadero amor paternal, ayuda material y espiritual haciendo posible con todo mi formación profesional; siendo de -- ellos y para ellos este triunfo estudiantil.
- Con inmenso amor: A mi esposo, Dr. Rafael Flores y -- Flores con quien comparto alegrías y tristezas, y ha sabido darme el - cariño necesario y el oportuno consuelo, llevando aliento a mi alma - en los momentos más difíciles.
- Con gran cariño y respeto: A mis abuelitas, Antonia v. de Montesi y Adriana v. de Abarca, espirituales viejecitas, quienes a su edad, han tenido la inmensa dicha de verme profesional.
- Y con fraternal cariño: A mi hermano, Justo Abarca Montesi.
-



PALABRAS PREVIAS

El presente trabajo de tesis, "La Jurisdicción Voluntaria en El Salvador", no es más que un pequeño estudio sobre lo que es la jurisdicción voluntaria, escogimos este tema perteneciente al Derecho Procesal Civil, pues desde los primeros años de estudio sentimos cierta inquietud por esa disciplina jurídica.

Su desarrollo en síntesis, comprende algunas nociones generales, apreciaciones acerca de la clase de función en que debe ubicarse conforme nuestro criterio, breves comentarios de dicha jurisdicción en el Código de Procedimientos Civiles Vigente, Proyecto de Código Procesal Civil y Legislación Comparada.

Para el tema tan amplio esta tesis resulta demasiado corta. Anticipadamente creemos que muchas ideas expuestas serán objeto de crítica y discusión, por lo cual desde ya pedimos disculpas por los errores y omisiones que se puedan encontrar.

Nuestra mayor satisfacción será que el esfuerzo, dedicación y empeño sea útil en algo a los estudiosos del derecho sobre todo a aquellos que sientan simpatía por el Derecho Procesal Civil, y así pues, éstos con mayor inquietud y capacidad hagan investigaciones más profundas sobre tan importante tema.

En el Decanato de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales:
San Salvador, a las nueve horas del día nueve de agosto de mil nove-
cientos setenta y uno. Reunidos los suscritos miembros del jurado --
nombrado para calificar la tesis doctoral intitulada "LA JURISDIC---
CION VOLUNTARIA EN EL SALVADOR", presentada por la bachiller ELVIRA
CRISTINA ABARCA por UNANIMIDAD de votos acuerdan: a) aprobar el tra-
bajo sometido a su consideración; y b) considerar al alumno capaz de
defenderla, despues de haberla sometido al examen que prescribe el -
Reglamento respectivo. No habiendo más que hacer constar se termina
est_a acta que firmamos.

Dr. Román Gilberto Zúniga Velis,
Presidente

Dr. Carlos Ferrufino,
Primer Vocal

Dr. José Guillermo Orellana Osorio,
Segundo Vocal.

I N D I C E

CAPITULO I

LAS FUNCIONES DEL ESTADO:

- a) Función Legislativa
- b) Función Administrativa
- c) Función Jurisdiccional.

CAPITULO II

LA JURISDICCION:

- a) Concepto
- b) Clases de Jurisdicción.

CAPITULO III

LA JURISDICCION VOLUNTARIA:

- a) Concepto
- b) Nociones generales
- c) Naturaleza jurídica
- d) Clasificación de los actos de jurisdicción voluntaria.

CAPITULO IV

LA JURISDICCION VOLUNTARIA COMO FUNCION JURISDICCIONAL.

CAPITULO V

LA JURISDICCION VOLUNTARIA COMO FUNCION ADMINISTRATIVA.

CAPITULO VI

LA JURISDICCION VOLUNTARIA COMO FUNCION NOTARIAL.

CAPITULO VII

LA JURISDICCION VOLUNTARIA COMO FUNCION DE CARACTER SUI GENERIS.

CAPITULO VIII

LA JURISDICCION VOLUNTARIA EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

CAPITULO IX

LA JURISDICCION VOLUNTARIA EN EL PROYECTO DE CODIGO PROCESAL CIVIL. ESTUDIO CRITICO.

CAPITULO X

LEGISLACION COMPARADA.

C A P I T U L O I

LA JURISDICCION VOLUNTARIA EN EL SALVADOR LAS FUNCIONES DEL ESTADO

- a) Función Legislativa
- b) Función Administrativa y
- c) Función Jurisdiccional.

LAS FUNCIONES DEL ESTADO.

El Poder Público, cuyo titular es el Estado mismo y que consiste en la potestad de dictar ordenes para los habitantes de un país, e imponer en caso necesario su ejecución - por medio de la fuerza pública, constituye el atributo necesario de la soberanía.

La norma fundamental que rige el uso de dicho poder, y en la que se contienen los límites de actuación de las actividades entre sí, y de éstas frente al individuo, es la Constitución Política (1).

Admitido que ese poder público es la base para la consecución de todos los fines de la Entidad Estatal, es importante e indispensable, para el desarrollo del presente trabajo, examinar en que forma se manifestará ese poder, y mediante que actividades se desarrollará.

Tradicionalmente se ha considerado que toda potestad estatal debe tener como propios los Poderes de Legislación, Administración y Justicia, de tal manera, que faltando alguno de ellos para el caso que fuere ejercido por otra autoridad, no podríamos decir que la organización que se encuentra

(1) Adolfo Maldonado. Derecho Procesal Civil. 1a. edición, Pág. 155.

en tal circunstancia sea conceptuada como tal, pues no podría tener esa capacidad de auto-organización a que nos hemos referido.

Las funciones del Estado, no son otra cosa que el desarrollo, la dinámica, el mecanismo, mediante el cual es ostensible la potestad del Estado, por eso, R. Carré de Malberg muy acertadamente nos dice que las funciones estatales, "son las diversas actividades del Estado en cuanto constituye diferentes manifestaciones y diferentes modos de ejercicio de la potestad estatal" (2).

El Poder del Estado es uno e indivisible, la manifestación de voluntad se encarna como consecuencia de su personalidad moral no admite divisiones, se trata siempre de una sola potestad; es decir, se reconoce en el Estado la unidad de su poder. Cosa distinta será referirnos a la función de ese poder, que a pesar de ser único e indivisible, se expresa a través de diversas y múltiples actividades y a través de diversos y múltiples órganos. Hemos hecho notar esta diferencia atendiendo a que en muchas ocasiones, se suele confundir esta terminología; y así, se habla de poderes públicos, cuando a lo que se quiere referir es a las funciones públicas; o bien, se habla de Poder Legislativo, cuando lo que se quiere señalar es el órgano a quien corresponde dicha función.

La historia de la división de los Poderes, data de la Antigüedad, pues ya Aristóteles en su Doctrina de los tres Organos del Estado, nos da la típica organización de las ciudades Griegas; Senado, Autoridades Ejecutivas y Tribunales Popu-

(2) R. Carré de Malberg, Teoría General del Estado, Versión Española. de José León Depetre. Edición- Española, 1948, Pág. 249.

lares.

Corresponde a Montesquieu, en la Época Moderna, la diferenciación objetiva de las diversas funciones del Estado. Según este autor, el equilibrio de los tres Poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, es necesario para establecer una recíproca fiscalización de sus actos, como único medio preventivo contra los excesos despóticos de la autoridad.

Rousseau, edifica su Teoría del Estado sobre la base de la Soberanía Popular, que atribuye al pueblo, el que la ejerce originalmente mediante el Poder Constituyente, origen de la Constitución (3).

Existe acuerdo unánime entre los autores, de considerar como funciones dentro de las cuales se desarrolla la actividad estatal, las siguientes: Función Legislativa, Función Administrativa, y Función Jurisdiccional. Estudiaremos brevemente cada una de ellas.

FUNCION LEGISLATIVA.

Esta función tiene por cometido establecer de manera general, abstracta y apersonal, los marcos de protección jurídica, y señalar la conducta que debe seguirse respecto de los valores tutelares.

Por medio de esta función, se crea y elabora el orden jurídico positivo por Leyes, Normas o Reglas de Derecho, cuyo carácter es el de ser generales y obligatorias. Se abstrae de la vida, las formas de relación jurídica, dejando al margen todo contenido concreto, para sentar hipótesis que tienen el valor de patrones, o sea de "Reglas" que deberán ser aplicadas

(3) Adolfo Maldonado. Ob. Cit., pág. 155.

en los casos de actualización de sus "supuestos"; teniendo éstos, un contenido social, modificable y cambiante al ritmo de la vida de la comunidad, y no con el que eventualmente haya -- querido atribuirle la mente del legislador (4).

Como ya lo dijimos, dos son las características -- que predominan en la Función Legislativa: Generalidad y Obligatoriedad. Por Regla General, debe entenderse dice R. Carré de Malberg, "primero: una decisión emitida no ya in-concreto, en relación a un caso particular y actual sino in-abstrato, para alcanzar a todas las cosas de la misma naturaleza que puedan presentarse en lo futuro siempre que dichas cosas se encuentren comprendidas en los casos del texto regulador; segundo: una decisión que no se tome con uno o más individuos determinados, sino que esté concebida sin referencia a persona destinada a aplicarse a todos los individuos que se encuentren -- comprendidos en las condiciones previstas en el texto" (5).

Las leyes que vienen a regular las diversas situaciones en que el hombre se coloca en sus relaciones con los demás, tienen necesariamente que estar dotadas de obligatoriedad para poder imponerse cuando se dan las condiciones que ellas mismas preveen, ya que como dice el ya mencionado Malberg, "la potencia virtual de una ley consiste en que puede decidir y ordenar sin necesidad de apoyarse en una ley anterior que a ella le autorice; más aun puede modificar a título particular las leyes existentes como tambien abrogarlas totalmente" (6).

(4) Adolfo Maldonado, Ob. Cit. pág. 159.

(5) R. Carré de Malberg, Ob. Cit. pág. 275.

(6) R. Carré de Malberg, Ob. Cit. pág. 310.

En toda Comunidad, existen infinidad de normas legislativas, provistas del carácter de obligatoriedad, pero no todas las normas tienen idéntico valor, sino- que, en todos -- sus temas jurídicos, hay una articulación interna en la que algunas normas derivan su validez de otras, que tienen valor jerárquico sobre las primeras, siendo la ley fundamental de todo Estado "La Constitución Política".

Ahora bien, nos podemos preguntar, cómo debe obrar el Juez cuando encuentre --- que una norma secundaria esta en contradicción con la Constitución Política. Cuando un Juez -- se encuentre en esta situación, la misma Constitución Política, lo faculta para declarar la Inaplicabilidad de la Ley, ya que en el Art. 95 nos dice "dentro de la potestad de administrar -- justicia corresponde a los Tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de -- cualquier ley o disposición de los otros Poderes, contraria a los preceptos constitucionales". Pero la inconstitucionalidad de una ley únicamente le corresponde declararla a la Corte Suprema de Justicia, así lo establece el Art. 96 C.P. , "la Corte Suprema de Justicia será el único Tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano".

El análisis de nuestra Constitución Política nos -- lleva a establecer que el Gobierno de El Salvador se compone -- de tres Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que actuarán independientemente dentro de sus facultades las cuales son indelegables y colaborarán en el ejercicio de las labores públicas, principio establecido en el Art. 4 C.P. el cual adolece --

de un defecto técnico ya que llama poderes a las tres funciones que integran el Gobierno, pues el poder público es uno solo que se manifiesta a través de tres funciones o actividades desempeñadas por un órgano determinado que actuarán como lo dice dicho artículo, independiente dentro de sus facultades, --- existiendo siempre una estrecha relación entre todos los órganos para mantener el equilibrio indispensable en la consecución de los fines estatales.

Las tres funciones del Estado se encuentran reguladas en el Título IV de la Constitución Política, con la terminología "Poderes Públicos".

En el Capítulo primero de ese título se regula lo concerniente a la función legislativa; en el segundo, a la función administrativa; y en el tercero, a la función jurisdiccional.

La función legislativa es una actividad del Estado que corresponde al Poder Legislativo, que a tenor del Art. 36 C.P. reside en la Asamblea Legislativa, que conforme al Art. 11 de la Ley Electoral, esté compuesta por 52 representantes del pueblo llamados Diputados, aceptando nuestra Constitución el sistema unicameral.

El Art. 47 C.P. regula las atribuciones que corresponden al Cuerpo Legislativo las cuales no son las únicas, --- pues hay unas que se encuentran dispersas en la misma Constitución y otras en leyes especiales, así: el Art. 13 No. 4 C.P., establece que la Asamblea puede conceder la calidad de salvadoreño por naturalización, a los que hayan prestado servicios no

tables a la República; de acuerdo con los Arts. 3, 4 y 8 de la Ley del Ramo Municipal, puede la Asamblea erigir y extinguir - nuevas poblaciones; y así hay otras leyes especiales que contienen más atribuciones que le corresponden a la Asamblea Legislativa.

Pero la principal y fundamental atribución, en donde reside la esencia de la función Legislativa, es la consignada en el art. 47 No. 12 C.P. que establece como atributo de la Asamblea, decretar, interpretar, reformar y derogar las leyes - secundarias formando así, el Orden Jurídico Positivo que resolverá los problemas que en la Comunidad Estatal se presenten, - cuyo proceso de formación comprende una serie de fases, siendo por su orden las siguientes: Iniciativa, Dictámen de la Comisión respectiva, Deliberación, Votación, Aprobación, Sanción, - Promulgación y Publicación.

El Art. 50 C.P. nos dice cuales son los organismos y personas que tienen exclusivamente iniciativa de ley. Introducido el proyecto de ley pasará a la Comisión respectiva, pues en su estructura interna, la Asamblea tiene diversas comisiones que se encargan de estudiar los proyectos presentados; estudiando el proyecto y si su dictámen es favorable, se someterá aquél juntamente con éste a la consideración del Pleno, pasando inmediatamente a la fase deliberativa. Después de discutirlo, se resolverá aprobarlo o no.

Estas tres fases Deliberación, Dictámen y Aprobación son de la competencia exclusiva de la Asamblea. La Sanción y la Promulgación corresponden al Poder Ejecutivo; y la -

Publicación, por regla general es al Ejecutivo a quien le corresponde, pero puede haber ocasiones en que no lo haga y entonces es el Art. 54 C.P. que faculta al Presidente de la Asamblea para que en sustitución del Presidente del Ejecutivo haga la publicación. Siendo ésta el acto material por medio del cual se hace saber a los habitantes de un país el contenido de una ley.

Los Arts. 51 y 60 C.P. respectivamente, hacen referencia a la sanción y promulgación. R. Carré de Malberg, refiriéndose a la sanción, expresa: "que por ésta el Jefe del Estado es llamado a estatuir en último término ejerciendo, con el nombre de sanción un poder que consiste en perfeccionar la ley, después de haber sido adoptada por las Cámaras" (7).

Respecto a la promulgación nos dice: "es el acto por el cual la autoridad designada a dicho efecto por la Constitución que en Francia es el Poder Ejecutivo, reconoce y atestigua la existencia de una ley que acaba de ser adoptada por el órgano Legislativo" (8).

De lo anteriormente expuesto, podemos decir, que en el proceso de elaboración de la ley, intervienen los Organos Ejecutivos y Legislativos, pero al seguir analizando la Constitución vemos que el Art. 53 incluye también al Poder Judicial en el proceso de formación de la ley. Cuando el Poder Ejecutivo devuelve un proyecto de ley porque lo considera in--

(7) R. Carré de Malberg. Ob. Cit. pág. 370.

(8) R. Carré de Malberg. Ob. Cit. pág. 377.

constitucional, y el Poder Legislativo lo ratifica en la forma que la misma Constitución regula, deberá el Ejecutivo dirigirse a la Corte Suprema de Justicia, para que ésta oyendo las razones de ambos Poderes, decida si es o no es constitucional, a más tardar dentro de quince días. Si la Corte decide que el proyecto es constitucional, el Poder Ejecutivo estará en la obligación de sancionarlo y publicarlo como ley. Y el Art. 61 C.F. establece: "siempre que un proyecto de ley que no proceda de iniciativa de la Corte Suprema de Justicia, tenga por objeto interpretar, reformar o derogar cualquiera de las disposiciones contenidas en los Códigos de la República, no podrá discutirse sin oír previamente la opinión de aquél Tribunal, quien deberá emitirla dentro del mismo o del siguiente período de sesiones, según la importancia, urgencia o extensión del proyecto".

Los tres poderes están en íntima colaboración en el proceso de elaboración y formación de la ley. Todos los actos en mención constituyen la llamada Potestad Legislativa y están enmarcados dentro de la vía legislativa, no obstante ser realizados por distintos órganos y de allí la importancia de atender a la naturaleza de la función y no al órgano que la realice, es decir, fijar la atención en el contenido material del acto, más que en su aspecto formal.

FUNCION ADMINISTRATIVA.

Función Administrativa, nos dice Enrique Sayagués Lazo, es: "la actividad estatal que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecu---

ción práctica, mediante actos jurídicos que pueden ser reglamentarios, subjetivos o actos condición y operaciones materiales" (9).

Eustorgio Sarría, define la función administrativa, así: "Es la función por la cual, los Gobernantes, expresan su voluntad con el fin de crear una situación jurídica subjetiva o de condicionar una situación jurídica" (10).

La función administrativa al igual que la jurisdiccional, son actividades de realización del Derecho Objetivo, - mediante la aplicación de las normas generales a los casos particulares y concretos. Los órganos administrativos son titulares de la voluntad soberana del Estado interesada en los negocios comprendidos en la materia de su campo de facultades.

El Capítulo II del Título IV de la Constitución Política, regula lo concerniente al Poder Ejecutivo, y así, el Art. 62, nos dice quienes integran el órgano encargado de dicha función y son: el Presidente de la República, los Ministros y Sub-Secretarios de Estado; el mismo capítulo, en los siguientes artículos, regula el tiempo que dura el período presidencial, su fecha de iniciación y terminación; en qué casos el Presidente de la República es sustituido y por quienes; los requisitos para ser Presidente de la República, Vice-Presidente y Designados a la Presidencia de la República. En el Art. 78 C.P. se regulan 18 atribuciones del Poder Ejecutivo, siendo la

(9) Enrique Sayagués Lazo. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Montevideo, 1953. Pág. 46.

(1) Eustorgio Sarría. Derecho Administrativo. III Edición. Pág. 13.

principal la tercera, que es sancionar, promulgar y publicar - las leyes y hacerlas ejecutar, pues la esfera de competencia - del Poder Ejecutivo, se concreta a ejecutar las leyes y reali- zar los actos administrativos que le incumben. Asimismo sobresa- le también la 15a. atribución donde está contemplada la Potes- tad Reglamentaria del Poder Ejecutivo.

La función legislativa tienen por cometido estable- cer de manera general, abstracta y apersonal, los marcos de -- protección jurídica y señalar la conducta que debe seguirse -- respecto de los valores tutelados; la administración, tiene -- a su cargo realizar mediante una serie de actos los propósitos indicados en los textos legales, cuando para ello sea necesaa- rio su ejecución material; y así, Enrique Sayagués Laso, nos - dice: "mientras que las funciones constituyente y legislativa se cumplen y se agotan con la declaración de voluntad que crea la norma, la función administrativa, solo puede considerarse - cumplida cuando el órgano respectivo ha realizado en los hechos el cometido asignado, cuando ha ejecutado prácticamente la ta- rea prevista. Y para lograr ese hacer efectivo, la administra- ción actúa mediante actos jurídicos y operaciones materiales - según se ha destacado antes" (11).

Las decisiones o resoluciones mediante las cuales ejercita su acción el Poder Ejecutivo son: los decretos, acuer- dos, órdenes y providencias, emanadas del Presidente y siendo autorizadas por los Ministros en sus ramos respectivos sin cu-

(11) Enrique Sayagués Laso. Ob. Cit. Pág. 44.

yo requisito no tienen fuerza legal ni deben ser obedecidas, so pena de nulidad. Arts. 75 y 80 C.F.

Es importante hacer notar que el Poder Ejecutivo - interviene en actos que no están dentro de su potestad de ejecución; así vemos, que el Art. 50 C.F., concede al Presidente de la República por medio de sus Ministros, iniciativa de ley; de conformidad con el Art. 51 C.F., en relación con los Arts.- 54 y 78 No. 3 C.F., el Poder Ejecutivo deberá sancionar, promulgar y publicar las leyes; todo esto es de naturaleza legislativa y nos demuestra que en nuestro medio no existe separación absoluta de funciones, sino una inter-relación entre los tres Poderes del Estado, ya que de conformidad con el Art. 78 No. 16, el Poder Ejecutivo incluso puede conmutar penas previo informe y dictámen favorable de la Corte Suprema de Justicia.

Para corregir los excesos de la administración, en los campos en que no esté sometida al Poder Judicial, se procura la censura de la juridicidad de los propios actos, mediante la creación de oficinas técnicas encargadas de dictaminar - imparcialmente. Este sistema de auto-depuración de exceso del poder alcanza su máxima efectividad mediante la organización - de los llamados Tribunales de lo Contencioso Administrativo, - dependientes del Poder Ejecutivo (12).

FUNCION JURISDICCIONAL

Existe en todo Estado como fin primario, la actividad de dirimir conflictos y decidir controversias. Inhibidos -

(12) Adolfo Maldonado. Ob. Cit.pág. 165.

Los individuos de hacerse justicia con su propia mano, el Estado asume esa actividad, llegando a transformarse tal actividad en una función y al grado de no poder concebirse un Estado como tal sin esa función, quedando por consiguiente investidos los individuos del derecho de acción y el Estado del deber de jurisdicción; en base a esto, ^xEduardo J. Couture, nos dice: "la jurisdicción es una 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 determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factible de ejecución" (13).

Esta intervención del Estado en dirimir esas controversias se conoce con el nombre de jurisdicción. La jurisdicción puede concebirse tanto desde un punto de vista subjetivo: conjunto de los órganos estatales que intervienen en el proceso; desde un punto de vista objetivo: conjunto de materias procesales en las que intervienen los órganos del Estado; desde el punto de vista de la actividad: conjunto de actos realizados por los órganos estatales al intervenir en el proceso.

Pero al fijar el concepto de jurisdicción antes dado, hemos separado esas acepciones parciales y nos hemos referido a una acepción amplia; a la idea de función en virtud de la cual, la jurisdicción o administración de justicia en sentido estricto, se define como la función específica estatal por

(13) Eduardo J. Couture. Fundamentos del Derecho Procesal Civil III. Edición. Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1962, pág. 40.

la cual el poder público satisface pretensiones (14).

Se caracteriza la jurisdicción haciéndola consistir no en una mera función *se aundum ius*, sino en aquella función jurídica por la cual se declara el derecho no en forma general sino en un caso concreto, individualizado, precisado y concretando el mandato general y abstracto que la norma jurídica encierra; concepción muy acorde al sentido etimológico de la palabra jurisdicción: *ius dicere* o *iuris dictio*, que significa decir el Derecho.

La institución de la venganza, como sistema apropiado para solucionar los múltiples conflictos, no puede ser permitida por una sociedad jurídicamente organizada que salvaguarde los derechos fundamentales de la persona, de ahí la necesidad de un instrumento de confianza y garantía que ponga a disposición del individuo los medios necesarios para la protección de sus intereses; esta protección tiene que estar a cargo del Estado, justificándose de esta manera la existencia de la función jurisdiccional.

En el Capítulo III del Título IV de la Constitución Política se encuentra reglamentada la función jurisdiccional. El Art. 81 C.P., nos dice cuales son los órganos que la ejercen y lo que le corresponde a dichos órganos, o sea su cometido. Entre los órganos que ejercen dicha función está la Corte Suprema de Justicia como Tribunal Superior; las Cámaras de Segunda Instancia, los Juzgados de Primera Instancia y los Juzga

(14) Jaime Guasp. Derecho Procesal Civil. III Edición Corregida, Tomo I, 1968, pág. 101.

dos de Paz. En los siguientes artículos de dicho capítulo, reglamenta el número de funcionarios que integran dichos Tribunales y la forma como se componen; así como también, como se encuentra distribuida la potestad jurisdiccional en atención a los distintos títulos de competencia determinados en los Códigos de Instrucción Criminal, Procedimientos Civiles, Laboral, Justicia Militar, Ley de Procedimientos Constitucionales, Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley de Casación, etc.; las atribuciones del Poder Judicial las reglamenta el Art. 89 C.P., --siendo de mucha importancia hacer notar dos principios fundamentales, para la eficacia del orden jurídico, para el control del exceso de los demás poderes y que se encuentran regulados en los Arts. 95 y 96 C.P., ellos son: 1) El principio de la --inaplicabilidad de las leyes y 2) El principio de la declaratoria de la inconstitucionalidad de las Leyes, Decretos y Reglamentos.

Es necesario establecer las diferencias y relaciones que existen entre la función jurisdiccional y las restantes funciones del Estado: Legislación y Administración.

Primero, comentaremos las diferencias y relaciones existentes entre la función Jurisdiccional, con la Legislativa y enseguida con la Administrativa.

La función Legislativa, se propone dirigir la vida de la comunidad mediante la elaboración de normas jurídicas --nuevas; y la jurisdiccional, se propone la satisfacción de una pretensión comparándola generalmente con normas ya existentes. Pese a tales diferencias dichas funciones mantienen importan--

tes relaciones: la Legislación, crea normas referentes al ejercicio de la función jurisdiccional; y ésta, examina la regularidad material o formal de las leyes; por ejemplo: los principios ya mencionados de la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de las leyes.

La diferencia de la Jurisdicción con la Administración, es bastante difícil de encontrar pues ambas se proponen, con frecuencia la aplicación de normas jurídicas a los supuestos particulares de la realidad, o dicho en otras palabras: de claración del derecho en casos concretos; de ahí-, que las diversas teorías existentes para resolver el problema se muestran en definitiva insuficientes, tanto la que atribuye al acto administrativo un elemento de voluntad y al acto jurisdiccional un elemento lógico, como las que ven la esencia de la jurisdicción en ser una sustitución de la actividad ajena por la actividad pública.

La diferencia entre jurisdicción y administración, debe buscarse en que en la primera existe una pretensión, y en la segunda falta esa pretensión, que constituye el objeto de cada una de aquellas actividades.

* La función jurisdiccional descansa en la dualidad fundamental de personas que piden y personas que conceden, gira todo alrededor de la satisfacción de una pretensión; (la ^{no} función administrativa no requiere para su desarrollo la iniciativa de las partes, sino que le basta para la realización de sus fines la conducta espontánea de los órganos a quienes está confiada; ambas funciones son estatales pero la jurisdiccio

nal- busca satisfacer pretensiones, o sea intereses particulares; en cambio, la administrativa tiende al cumplimiento de fines de interés general. Sin embargo, estas dos funciones se entrecruzan, en tanto que la administración proporciona los medios necesarios para el ejercicio de la función Jurisdiccional; y ésta, califica a veces la actividad administrativa, por ejemplo: determinando la legalidad o ilegalidad de una disposición de este carácter (15).

Los órganos administrativos son titulares de la voluntad soberana del Estado interesada en los negocios comprendidos en las materias de su campo de facultades; los órganos jurisdiccionales, son titulares de la voluntad soberana y desinteresada del Estado, encargada de velar que el orden jurídico sea fielmente respetado en los negocios que le sometan los interesados.

Repitiendo lo que ya dijimos sobre que la jurisdicción es función estatal de satisfacción de pretensiones, la fijación de su naturaleza ha de verificarse en dos ámbitos distintos: el del Derecho Político y el del Derecho procesal; para el primero, la jurisdicción no es más que uno de los Poderes básicos del Estado; el profesor Hugo Alsina, nos dice en su obra Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, que la jurisdicción debe necesariamente participar de los caracteres principales del mismo y constituir por lo tanto un servicio público. Para el Derecho procesal la jurisdic-

(15) Jaime Guasp. Ob. Cit. págs. 103 y 104.

Jurisdicción constituye un verdadero requisito del proceso; éste es una relación jurídica continuativa consistente en un debate en un plano de igualdad para ambas partes y cuyo desarrollo lleva por fin entrar al examen de la pretensión fundada (16).

En el acto jurisdiccional, podemos distinguir: forma, contenido y función.

Por forma o elementos extrínsecos de la jurisdicción se entiende la presencia de las personas y del procedimiento establecido por las leyes. Las personas que intervienen esencialmente en un juicio, a tenor del Art. 11 Pr. son: actor, reo, juez y secretario. Los que intervienen secundariamente son el abogado, el asesor y el procurador. Actor es el que reclama algún derecho real o personal, es decir, aquel que promueve un juicio; y reo es aquel contra quien se reclama aquellos derechos, es decir, contra quien se promueve el pleito. La palabra juez la debemos comprender en un término amplio, -- considerando tanto los Tribunales unipersonales compuestos por un juez y los Tribunales colegiados como la Corte Suprema de Justicia y las Cámaras de Segunda Instancia a quienes les corresponde ejecutar lo juzgado en materia constitucional, civil, penal, mercantil y laboral; así como en las que determina la ley. No dispensan justicia ni proceden arbitrariamente, sino que su actividad está regulada por normas imperativas conforme a las cuales se regula el proceso, siendo uno de sus principios fundamentales el de igualdad de condiciones en que se en-

(16) Jaime Guasp. Ob. Cit. pág. 105.



45
27

cuentran los administrados, ya que tienen derecho al ejercicio de la jurisdicción y ese derecho está legalmente protegido mediante recursos y sanciones impuestas al funcionario que la -- ejerce (17). La Corte Suprema de Justicia de acuerdo con el -- Art. 82 C.P., está compuesta de diez Magistrados y uno de ---- ellos será el Presidente del Poder Judicial; lo designará la -- Asamblea Legislativa, es decir, que son funcionarios de elec-- ción de segundo grado. La Corte Suprema de Justicia tendrá su asiento en la capital de la República y se dividirá en tres -- Salas: de Amparos, de lo Civil y de lo Penal. Hay Cámaras de -- Segunda Instancia compuestas de dos Magistrados cada una, ele-- gidos por la Asamblea Legislativa, Juzgados de Primera Instan- cia y en todas las cabeceras departamentales y en las de Dis-- trito que determina la Ley y Juzgados de Paz en todas las po-- blaciones de la República. Arts. 15 y 16 Ley Orgánica del Po-- der Judicial.

Las atribuciones del Poder Judicial están compren-- didas en el Art. 89 C.P. Se establece la carrera judicial y -- tanto los Magistrados de la Corte Suprema como los de las Cáma-- ras de Segunda Instancia y Jueces de Primera Instancia son nom-- brados para un período de tres años pudiendo ser refrendados -- sus nombramientos.

Para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justi-- cia y Cámaras de Segunda Instancia se requiere: ser salvadore-- ño; del estado seglar; mayor de treinta años; abogado de la -- República; de moralidad y competencia notoria; haber servido --

(17) Hugo Alsina. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, pág. 548.

una judicatura de Primera Instancia durante tres años o haber ejercido la profesión de Abogado durante seis años; estar en el goce de los derechos de ciudadano y haberlo estado en los tres años anteriores a la elección. Art. 86 C.P.

Para ser Juez de Primera Instancia se requiere: -- ser salvadoreño; Abogado de la República; de moralidad y competencia notorias; estar en el ejercicio de los derechos de ciudadano y haberlo estado en los tres años anteriores a su nombramiento. Art. 87 C.P.

Otro elemento formal es el procedimiento establecido en el Código de Procedimientos Civiles, el cual distingue: a) juicios simples y dobles, Art. 8 Pr.; b) juicios ordinarios y extraordinarios, Art. 9 Pr., haciendo una subclasificación relativo a los extraordinarios en ejecutivos, sumarios y verbales.

Por contenido de la jurisdicción se entiende la existencia de un conflicto o controversia que debe ser dirimido por los encargados de ejercer la jurisdicción, mediante una decisión o sentencia que pase en autoridad de cosa juzgada, característica ésta última que al sentir de muchos autores, es lo que caracteriza a la función jurisdiccional. Si el acto no adquire real o eventualmente autoridad de cosa juzgada no es jurisdiccional. No hay jurisdicción sin autoridad de cosa juzgada, opinión con la cual, no estamos completamente de acuerdo, pues si bien es cierto que la cosa juzgada es propia de la jurisdicción, no es esencialísima en ésta en el sentido de algo que no puede faltar sin pasar a ser otra cosa, pues hay in-

finidad de juicios en los cuales se ejerce verdadera jurisdicción y sus sentencias no pasan en autoridad de cosa juzgada: - son precisamente todos los juicios sumarios por eje. juicios - de estado civil subsidiario, de segundas nupcias, etc.

Las decisiones que resuelven los conflictos o controversias jurídicas tienen como fin reparar el derecho lesionado, tutelar el derecho subjetivo, restituir los bienes despojados, absolver al demandado, declarar algún derecho, etc.

Por función de la jurisdicción se entienden el fin, o sea asegurar la justicia, la paz social y demás valores jurídicos mediante la aplicación del derecho; la función jurisdiccional, es pues, un medio de asegurar la necesaria continuidad del Derecho, mediante un adecuado proceso, el cual debe ser bilateral con posibilidades de defensa para ambas partes, mediante la cual se asegura una justa decisión susceptible de cosa juzgada; los derechos se harían ilusorios si no se hicieran efectivos en caso de desconocimiento o violación. Pero no solamente un carácter declarativo se le puede asignar a la jurisdicción, sino que también un carácter constitutivo. La jurisdicción es declarativa y constitutiva al mismo tiempo, pues declara el derecho y crea nuevos estados jurídicos de certidumbre y coerción. La función jurisdiccional asegura la efectividad del derecho y continuidad del mismo, constituyendo en esta forma un medio de producción jurídica; se asegura no solo la continuidad del derecho sino que también su eficacia necesaria (18).

(18) Eduardo J. Couture. Ob. Cit. págs. 36, 37 y 42.

El Juez al resolver los conflictos y ejecutar las sentencias que dicta, supone la existencia de elementos necesarios a ese fin y que son los siguientes:

Notio, o sea el derecho a conocer de una cuestión litigiosa determinada. Por el principio dispositivo que informa todo proceso civil, el juez no puede proceder de oficio, sino que solo actúa a requerimiento de parte, salvo raras excepciones, tales como las reguladas en los arts. 1299 Pr., y la apertura a pruebas en el juicio ejecutivo art. 595 Pr.; así como también los traslados para alegar de bien probado; Art. 525 Pr.

Presentada una demanda, el Juez procede a examinar y a constatar en primer término la presencia de los presupuestos procesales necesarios, para que nazca la relación procesal válida y así, poder pronunciarse sobre el fondo de la cuestión. Por consiguiente, apreciará en primer término su propia aptitud para conocer de la cuestión que le ha sido propuesta, de acuerdo con los principios de la competencia procesal, los requisitos exigidos para la demanda y la aptitud de los sujetos procesales para actuar personalmente en el proceso. Reunido lo anterior, el juez procederá a hacerle saber lo interpuesto a la contraparte, recogerá el material de conocimiento, ordenando -- las medidas de instrucción que las partes propongan, y aquellas que la ley le autorice a hacer con calidad de para mejor proveer, hasta llegar a pronunciar sentencia.

VOCATIO, o sea la facultad de obligar a la parte reo comparecer a juicio dentro del término del emplazamiento y en -

cuya virtud el juicio puede seguirse en su rebeldía, sin que su ausencia afecte la validez de las resoluciones judiciales. Arts. 528 y 530 Pr.

COERTIO, o sea el empleo de la fuerza para el cumplimiento de las medidas ordenadas dentro del proceso a efecto de hacer posible su desenvolvimiento, y que puede ser sobre -- las personas o las cosas. Ejemplo de lo primero lo tenemos en la aplicación de multas a una desobediencia judicial, Art. 301 Pr.; y como ejemplo de la segunda, se pueden citar todas las medidas precautorias, como los embargos preventivos, regulados en el Art. 142 Pr.

IUDICIUM, en que se resume la actividad jurisdiccional, porque es la facultad de dictar sentencia poniendo fin a la litis con carácter definitivo, es decir, con efectos de cosa juzgada, recayendo dicha sentencia sobre las cosas litigadas y en la manera en que han sido disputadas sabida que sea la verdad por las pruebas del mismo proceso. Serán fundadas -- en las leyes vigentes; en su derecho en la doctrina de los expositores del Derecho; en falta de unas y otras en consideraciones de buen sentido y razón natural. Art. 421 Pr. El juez no podrá dejar de resolver por insuficiencia, obscuridad o silencio de la ley, y por lo tanto debe actuar de la manera siguiente: si la ley es clara, la aplica; si es obscura, la interpreta; si falta la íntegra ya que en lo civil no hay absolución de la instancia. Art. 420 Pr.

EXECUTIO, o sea el imperio para la ejecución de la sentencia por medio de la fuerza pública; así tenemos regulado

en nuestro Código de Procedimientos Civiles, Art. 443, que el Juez procederá a hacer cumplir la sentencia cuando el obligado no la cumple voluntariamente; y el Art. 450 Pr., que nos regula el procedimiento a seguir cuando el victorioso pide o solicita el cumplimiento de sentencia (19).

Para terminar el presente capítulo, es importante hacer referencia a la competencia y que hasta el Siglo XIX, -- los conceptos de jurisdicción y competencia aparecen como sinónimos y con frecuencia se consideraba la falta de jurisdicción como falta de competencia y es precisamente en el Siglo XX que se superó ese equívoco y se ha llegado a hacer la distinción -- entre jurisdicción y competencia; aquella es más amplia; ésta es una medida de la jurisdicción, todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos tienen competencia; la jurisdicción es el todo, la competencia es una parte, un fragmento de la jurisdicción. La competencia es la potestad de jurisdicción para una parte del sector jurídico: aquel específicamente asignado al conocimiento de determinado órgano jurisdiccional (20).

(19) Hugo Alsina, Ob. Cit., págs. 550 y 551.

(20) Eduardo J. Couture, Ob. Cit. págs. 28 y 29.

C A P I T U L O I I

LA JURISDICCION

- a) Concepto
- b) Clases de jurisdicción.

CONCEPTO.

En primer lugar expondremos su significado etimológico y luego distintos conceptos dados por diversos autores, - los cuales en su mayoría, tratan de explicar la esencia de la jurisdicción, vinculando el concepto de la acción y de la función de la sentencia, resultando así, varias definiciones.

Etimológicamente la palabra jurisdicción significa decir o declarar el derecho.

Escriche la define como "el poder o autoridad que tiene alguno para gobernar y poner en ejecución las leyes; y - especialmente la potestad de que se hayan revestido los jueces para administrar justicia, o sea para conocer de los asuntos - civiles y criminales o así de unos como de otros, y decidirlos o sentenciarlos con arreglo a las leyes".

Caravantes, dice: "es pues la jurisdicción, la potestad pública de conocer de los asuntos civiles y de los criminales o de sentenciarlos con arreglo a las leyes"; se basa esta definición en las ideas de Escriche; pues la palabra jurisdicción se forma de Jus y Dicere, aplicar o declarar un derecho, por lo que se dice "Juristio a jure dicendo" (1).

(1) Eduardo Fallares, Diccionario de Derecho Procesal Civil. Pág. 468. IV. Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1963.

De esas doctrinas que tratan de explicar la esencia de la jurisdicción, se vinculan al concepto de acción y a la función de la sentencia resultando las siguientes definiciones:

"La jurisdicción constituye la actividad con que el Estado provee a la protección del derecho subjetivo violado o amenazado". Este criterio corresponde a la concepción civilista de la acción y se le objeta en el sentido que es inexacta porque siendo el derecho la garantía de un interés no puede hablarse de tutela y además porque aunque no se tenga ningún derecho, o aún teniéndolo no es necesario que se encuentre violado o amenazado para provocar la actividad jurisdiccional como sucede en la sentencia desestimatoria de la demanda por falta de mérito.

Entre los autores pertenecientes a la concepción objetiva de la jurisdicción, se encuentra Chiovenda, ya que para él la jurisdicción es la sustitución de la actividad de los órganos públicos a la actividad individual, sea para afirmar la existencia de una voluntad legal, sea para ejecutarla ulteriormente. Según esta doctrina el proceso no sirve a una u otra parte, su objeto es la actuación de la ley y sirve a quien tiene razón según ellos. Pero si bien es cierto que por la jurisdicción se obtiene la actuación de la norma y que ello importa una sustitución de la actividad ajena, la actuación de la ley no es función específica de la jurisdicción, pues hay también actuación cuando el particular ajusta su conducta a la prescripción de la norma.

Para Alfredo Rocco, la jurisdicción tiene por objeto la realización de los intereses que el derecho objetivo tutela cuando ésta resulta ineficaz, o sea cuando las normas generales de conducta mediante las que el derecho provee a la garantía de aquellos intereses, encuentra por algún motivo obstáculos para su efectiva actuación. Este tratadista corresponde a la doctrina de la Tutela de Intereses en la que el Juez viene a completar la función del legislador. Se basa en el fin jurídico del Estado y se le objeta que resulta inexacto donde el Poder Judicial tiene una existencia constitucional independiente y puede incluso juzgar la actividad legislativa.

Según Carnelutti, la justa composición de la litis constituye un interés colectivo, y cuando el comando jurídico que la norma contiene no llega a realizarse, y los sujetos de la litis no encuentran el modo de llevarla a cabo, interviene el juez no sólo para declarar el derecho sino para imponerlo contra la voluntad de los obligados a cumplir lo que preceptúa aquella norma jurídica que dejó de cumplirse voluntariamente. Esa actividad del Estado que comprende el proceso penal como el administrativo, constituye la Jurisdicción (2).

Este concepto es muy amplio y se vuelve impreciso porque hay procesos en que solo forzosamente puede hablarse de litis, como en el de ejecución.

Desde un punto de vista más general, la Jurisdic-

(2) Hugo Alsina, Ob.Cit. págs. 542 y 543.

ción es el poder del Estado de impartir justicia por medio de sus Tribunales, pero esta noción no va al fondo del problema, de ahí las diversas Doctrinas anteriormente expuestas.

En el Derecho Romano, la palabra jurisdicción significaba el conjunto de facultades que actualmente se atribuyen al Poder Legislativo y las que tienen los Tribunales. Bonjean dice: "la etimología de la palabra jurisdicción permite dar a esta expresión un sentido muy amplio, que comprende el Poder Legislativo lo mismo que el Poder Judicial: en efecto, decir el derecho, es reglamentar las relaciones sociales de los ciudadanos, sea creando la regla del derecho, sea aplicándola. De hecho, es cierto que a los Romanos no les repugnaba que sus Magistrados, no tan sólo suplieran el silencio de la ley, sino que también con demasiada frecuencia modificaran la ley por medio de edictos generales, a los que colocaban entre las leyes propiamente dichas". "La jurisdicción es pues agrega en el sentido más amplio, el poder de los Magistrados relativamente a las contiendas (jurisdicción contenciosa) o relaciones jurídicas (jurisdicción voluntaria), entre particulares, sea que este poder se manifieste por medio de edictos generales, sea que se limite a aplicar a los derechos que le son sometidos, las reglas anteriormente establecidas" (3).

De todo lo anteriormente expuesto podemos decir -- que lo fundamental del problema, radica en que desde que se suprimió la justicia particular, la famosa Ley de Talión, y esa justicia pasó al Estado, éste asume la obligación de adminis--

(3) Eduardo Ballarés, Ob. Cit. pág. 468.

trarla, derivando así el derecho de acción o sea la facultad de requerir la intervención del Estado cuando su derecho ha sido perturbado, y así se dilucidará los problemas por medio de sentencias que dictarán los organismos competentes y haciendo cumplir sus propias resoluciones (4).

CLASES DE JURISDICCION.

Definida la jurisdicción, como la facultad de aplicar la ley a los casos concretos, podemos enumerar las siguientes clases de jurisdicción: contenciosa, voluntaria, eclesiástica, secular, judicial, administrativa común u ordinaria, especial o privilegiada, privativa en primero y segundo grado, territorial, mercantil, etc.

De todas ellas, analizaremos únicamente la jurisdicción contenciosa y la voluntaria; la primera, por tener tanta conexión con la segunda, y ésta, por ser el tema del presente trabajo de tesis.

Según Eduardo Kallarés, la jurisdicción contenciosa "es la que ejerce el juez sobre intereses opuestos y contestaciones contradictorias entre particulares, determinándolas con conocimientos legítimos de causa o por medio de la prueba legal".

La jurisdicción voluntaria, "es la que ejerce el juez sin las solemnidades del juicio, por medio de su intervención en un asunto, que por su naturaleza o por el estado en que se halla no admite contradicción de parte, o como dice la

(4) Hugo Alsina, Ob. Cit. pág. 543.

Ley de Enjuiciamiento, Art. 1207, son actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesario o se soliciten la intervención del juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas: tales son el nombramiento de tutores, la apertura de testamento, la adopción, etc." (5).

La jurisdicción contenciosa, se ejercita inter-vitos, es decir, entre personas que no habiendo podido ponerse de acuerdo, requieren el concurso de la autoridad pública, para ventilar su diferencia; en la voluntaria, se actúa inter-volentes es decir, a petición de una o varias partes que no existiendo entre ellas ninguna controversia, recurren ante el juez, para imprimirle un sello de autenticidad a sus respectivas pretensiones. En esta última clase de jurisdicción, se observa y es lo que constituye su fundamento, un acuerdo de las partes y la inexistencia de un contradictor.

No hay duda, que además de los caracteres expuestos, es necesario escogitar un criterio distintivo entre ambas clases de jurisdicción, y es necesario recurrir a opiniones de eminentes tratadistas para poder encontrar otras características. Así tenemos la opinión de Carnelutti, que radica la diferencia entre jurisdicción contenciosa y voluntaria en el carácter preventivo que a la segunda le asigna, característica que aplicada al objeto, sujeto y causa de procesos voluntarios, el juez se pronuncia a favor de un solo solicitante (*adversus volentus*).

(5) Eduardo Pallarés, *Ob. Cit.* pág. 471.

Se objeta tal característica en el sentido de que el ser "preventiva" no es exclusividad de la jurisdicción voluntaria, puesto que hay procedimientos contenciosos con cierto carácter cautelar; asimismo, es frecuente la existencia de procesos sin controversia como en los casos de rebeldía; también puede haber proceso en que el demandado reconozca la pretensión del contrario; ni tampoco es dado separar una y otra jurisdicción, por el carácter de obligatoriedad, ya que a veces los actos de jurisdicción voluntaria pueden exigirse coactivamente, no es exacto que toda resolución de jurisdicción voluntaria carezca de carácter obligatorio. Otros, hacen estribar la diferencia entre ambas clases de jurisdicción en que los actos de jurisdicción voluntaria, tienen siempre carácter constitutivo, pues crean un acto jurídico nuevo o desarrollan actos jurídicos existentes. Sostienen esta opinión Voth y Chiovenda, para quienes la diferencia fundamental, es el fin constitutivo de la jurisdicción voluntaria (6).

Los actos de jurisdicción voluntaria, tienden siempre a la constitución de estados jurídicos nuevos o contribuyen al desenvolvimiento de relaciones existentes; la jurisdicción verdadera, tienden a la actuación de relaciones existentes (7). o como dice Hugo Alsina, en su obra "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial": "en la jurisdicción contenciosa la resolución del juez es solo declarativa, en el

(6) Manuel De la Plaza- Derecho Procesal Civil Español, Vol. I. págs. 154, 155 y 156.

(7) Giuseppe Chiovenda. Inst. Derecho Procesal Civil, pág. 20.

sentido de que se limita a constatar relaciones preexistentes y por ello debe aceptar el debate como las partes lo presentan, y no puede fallar fuera de esos límites sin incurrir en un vicio de nulidad; en la voluntaria en cambio se trata de un acto que sólo tiene apariencia de sentencia por que emana del juez, pero que tiene carácter administrativo desde que ordena para el futuro".

Goldschmidt, hace consistir la diferencia entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa, en que la primera, es preventiva y realiza una función de policía jurídica; mientras que la segunda es de represión o justicia compensativa -- (8).

Para terminar esta comparación entre ambas clases de jurisdicción, podemos decir que los actos de jurisdicción voluntaria presentan los siguientes caracteres diferenciales:--

- 1) ausencia de cosa juzgada en las resoluciones de los actos de jurisdicción voluntaria. La sentencia pronunciada en actos de jurisdicción propia o verdadera produce efectos de cosa juzgada, de lo cual se deducen tres reglas que regulan todo el procedimiento: a) pasada en autoridad de cosa juzgada una cuestión, las partes no pueden entrar a discutir sobre ello; constituye una presunción de veracidad; b) las partes no pueden poner en cuestión la validez del procedimiento en sus orígenes; si hubiere dictado fallo, el cual constituye el principio de regularidad; c) -- el juez no puede modificar su sentencia, por que en ésta se --

(8) Eduardo Pallerés, Ob. Cit. pág. 474.

agote su jurisdicción. En la jurisdicción voluntaria el pronunciamiento no tiene efecto de cosa juzgada y el acto puede ser revisado nuevamente; el interesado podría obtener en todo momento su revocación y modificación.

2) Los jueces conocen de los actos concretos que les son sometidos; no pueden hacer declaraciones abstractas como hacen los legisladores, por lo cual, en la función jurisdiccional necesita la existencia de un litigio y por eso se dice que la jurisdicción contenciosa se ejercita inter-invidos; pero la existencia del litigio no debemos entenderlo como lucha de opiniones, pues hay que recordar lo que dijimos anteriormente: que hay litigio en los casos de rebeldía y sumisión del demandado, lo necesario es que exista un conflicto entre dos esferas individuales y que se pretenda la sumisión de un interés ajeno al propio; por el contrario, la jurisdicción voluntaria se ejerce inter-volentes, o sea, que no hay esa disputa de dos esferas individuales como dijimos anteriormente, sino que requiere la presencia de dos personas que estando de acuerdo en el acto que se ejecuta, recurren al juez para imprimirle un sello de autenticidad.

3) En la jurisdicción voluntaria, el juez decide conforme lo que le proporcionen los interesados, o sea, en los informes de éstos, constituyendo así un conocimiento informativo; en cambio, en la jurisdicción contenciosa el juez procede de acuerdo a una investigación personal o sea con conocimientos legítimos.

4) En la jurisdicción contenciosa, el juez pronun-

cia un fallo, de acuerdo a las probanzas del juicio, fallo que se declara ejecutoriado y pasado en autoridad de cosa juzgada, pudiéndose hacer cumplir coactivamente; en la voluntaria, el pronunciamiento se limita a dar autenticidad al acto (9).

5) Otra característica que hace notar don Manuel De la Plaza respecto a la jurisdicción voluntaria, es la economía y sencillez de los trámites (10).

A juicio de algunos autores, la clasificación de jurisdicción voluntaria y contenciosa carece de fundamento, y para ellos solo debe existir una jurisdicción; entre estos está Rafael de Lina, quien dice: "no cabe desconocer, sin embargo, que los procesalistas que pudieramos clasificar de clásicos -- tenían un concepto más o menos acertado de la jurisdicción voluntaria, pero claro y definitivo para ellos". Sin embargo, existen unos que aceptan la clasificación de la jurisdicción en voluntaria y contenciosa, como dos formas distintas de manifestarse la tutela jurídica de los sujetos" (11).

Y no es la falta de controversia lo que encontramos en la jurisdicción voluntaria, sino la ausencia de dos partes entendiéndose ésta como demandante y demandada; una resolución jurisdiccional puede ser dictada inaudita parte, o sea en ausencia de parte, pero siempre frente o contra a una parte a quien debe notificársele para que pueda impugnarla o cumplirla. En -

(9) Hugo Alsina, Ob. Cit. pág. 555.

(10) Manuel de La Plaza. Ob. Cit. pág. 156.

(11) Eduardo Pallarés. Ob. Cit. págs. 476 y 477.

cambio, en la jurisdicción voluntaria, encontramos solicitantes, pero no partes que recurren ante la autoridad judicial a dar su autenticidad a un acto o para que el Juez cumpla una misión estatal de tutela como órgano del Estado (12).

En su obra "Derecho procesal Civil", Ugo Rocco dice: "la diferencia entre jurisdicción verdadera o contenciosa y voluntaria, estriba en que la primera es verdaderamente jurisdicción mientras que la segunda es actividad administrativa. - La jurisdicción voluntaria se contradistingue por cuanto consiste en una intervención del Estado en la formación de las relaciones jurídicas privadas. De aquí nace también una importante diferencia entre jurisdicción propia y verdadera y la jurisdicción voluntaria en que la primera, presupone ya formada la relación jurídica y quiere solo realizarla; en tanto que la --segunda, presupone todavía la relación no formada y quiere contribuir a constituir la" (13).

En conclusión, podemos decir que los actos de jurisdicción voluntaria por oposición a los de jurisdicción contenciosa presentan en general estas características:

1o.) Solo tiene tal condición aquellos en que se solicita la intervención judicial sin haber empeñado contienda entre partes conocidas y determinadas.

2o.) Se caracterizan también por la economía de trámites y sobre todo, por su sencillez.

(12) Giuseppe Chiovenda. Ob. Cit. pág. 22.

(13) Adolfo Maldonado. Ob. Cit. pág. 176.

3o.) Es también nota distintiva de los actos de jurisdicción voluntaria, la libertad del juez para modificar las providencias que dicta sin sujeción a los términos y formas -- establecidas para la jurisdicción contenciosa.

4o.) Ausencia de demandante y demandados, en los -- actos de jurisdicción voluntaria encontramos solicitantes que -- recurren a la autoridad judicial para imprimirle un sello de -- autenticidad a un acto.

5o.) Ausencia de cosa juzgada en las providencias -- de jurisdicción voluntaria.-

C A P I T U L O I I I

LA JURISDICCION VOLUNTARIA

- a) Concepto
- b) Nociones Generales
- c) Naturaleza Jurídica
- d) Clasificación de los actos de Jurisdicción Voluntaria.

A) C O N C E P T O . .

En términos generales, se dice que existe jurisdicción voluntaria siempre que los tribunales intervienen en asuntos que no sean litigiosos. Escriche la define en los términos siguientes: "Llámase así por oposición a la contenciosa, la que se ejerce por el Juez en las demandas, ya que por su naturaleza, ya que por razón del estado de las cosas, no admiten contradicción. La jurisdicción contenciosa se ejerce inter-invitos, o por mejor decir in-invitos, es decir, entre o sobre los que no estando de acuerdo tienen que acudir al juicio a pesar suyo o contra su voluntad, a instancia o solicitud de alguno de ellos; y por eso se llama contenciosa, tomando su nombre de la contención o disputa que siguen ante el juez sobre derechos o delitos en partes contrarias. Más aunque los intereses o voluntades de las partes se encuentran accidentalmente en armonía, no por eso deja de pertenecer a la contención la sentencia o decisión en una materia sujeta al litigio, porque hay necesariamente jurisdicción contenciosa siempre que hay poder de mandar a alguna de las partes lo que la otra exige de ella. La

Jurisdicción Voluntaria se ejerce siempre inter-volentes, esto es, a solicitud o por consentimiento de las dos partes". Para Grispini, citado por Pallarés, la jurisdicción voluntaria "consiste en una actividad objetivamente administrativa sustraída a los organos de la Administración por razones de garantía"; - en la jurisdicción voluntaria se tutela determinadas relaciones familiares o privadas y otras de carácter económico y administrativo (1).

B) N O C I O N E S G E N E R A L E S.

Hablaremos de las diferencias existentes entre la jurisdicción voluntaria y la jurisdicción contenciosa; así como también, haremos un breve comentario del origen histórico de la primera, respecto a lo cual hay uniformidad doctrinal en reconocer que la jurisdicción voluntaria tuvo origen en el derecho romano para imprimirle autenticidad a ciertos actos concordes de voluntades privadas, y aun a ciertos actos o manifestaciones unilaterales a los que convenia atribuir fuerza y sanción jurídica, mediante la intervención del Estado. Y fue precisamente la falta de clasificación y distinción entre las funciones de la soberanía, por no existir entonces la división tripartita de Poderes, y la necesidad de crear la norma en el acto mismo de su aplicación a la tutela de una facultad subjetiva, - las que llevaron inmediatamente a colocar entre las atribuciones del magistrado, el ejercicio de tal cometido del poder público; y el amplio significado que en la época poseía el voca-

(1) Eduardo Pallarés, Ob. Cit..Pág. 474.

blo jurisdicción lo volvió aplicable a una materia que era efectivamente "voluntaria" (2).

En el Derecho Romano, la llamada jurisdicción voluntaria, se encomendó a funcionarios cuya misión no era la de administrar sino la de impartir justicia; por eso se perfilaba una distinción entre la función que el magistrado ejercía por voluntad de las partes, homologando y prestando autenticidad a los asuntos que se le sometían, más que ejerciendo su autoridad. La diversidad de funciones dió lugar, en fin, a una separación de funcionarios, y en una época, la llamada jurisdicción voluntaria se reservó a los Cónsules y al Pretor.

Saredo nota que para cumplir los oficios de la jurisdicción voluntaria, bastaba la intervención de cualquier autoridad y no la que fuese competente para conocer del asunto, y así, a veces, intervenía el Gobernador de la Provincia; y nos trae a cuento, una Constitución de Honorio, según la cual podía intervenir en los actos de esa naturaleza, entre los principales, un magistrado y un exceptor. Una novela de Valentiniano III nos indica que bastaba la intervención de un Exceptor y la de tres curiales. Wetzell, nos indica que se nombraron funcionarios especiales en las Provincias para el desempeño de misiones de esa índole, y jurisdiccional se denominó su respectiva potestad, y así les quedó el nombre aunque no quedase el contenido, puesto que el Juez o el funcionario se limitaban a declarar lo que las partes por su expresa o tácita voluntad querían.

(2) Adolfo Maldonado, Ob. Cit. pág. 175.

El Derecho Canónico siguió fiel en considerar de jurisdicción voluntaria todos aquellos actos en que los órganos Judiciales actuaban no por existir una discusión o controversia, o porque precisaba obtener una declaración frente a la oposición o simplemente la resistencia pasiva del obligado, sino por que para ello eran requeridos voluntariamente por una parte o por todos los interesados en el negocio que solicitaba su atención. Cabe aquí repetir la distinción entre jurisdicción contenciosa, la jurisdicción que "in-invitos exercetur" y voluntaria la "quae exercetur in volentem tantum"; es corriente traer a cuento la distinción que hacía Bonello después desarrollada por Voet entre jurisdicción que él denominaba voluntaria, contenciosa y mixta; la primera caracterizada porque se ejerce sobre cosas "quae gerentur extra iudicium Magistratu Luctore", ya sea que se requiere la autoridad o aprobación, ya su permiso o decreto causa cognita. De esto se partió para sostener la posibilidad de que la jurisdicción voluntaria no se reputase atributo de las Autoridades Judiciales (3).

En la Antigüedad, según vemos, el Magistrado ejerció las funciones del Notario Público. En la Edad Media, en materia sucesoria sobre todo, el Notario fue investido de funciones judiciales; a raíz de esto Ludovico Mortara, "en su comentario del Código E Delle Legge de Procesal Civile, Volúmen V", mencionado por Adolfo Maldonado, "Derecho Procesal Civil", nos dice: La constitución posterior del oficio notarial en forma autó

(3) Manuel de La Plaza, Ob. Cit. págs. 708 y 709.

noma y distinta, quitó de la esfera de la ingerencia del Magistrado casi todas las funciones de la jurisdicción voluntaria -- primitiva y quitó al mismo tiempo a los actos relativos la im-- pronta jurisdiccional" (4).

De allí que para el ejercicio de determinadas funciones, se llamase a los Notarios "Judices Chartulari" a quienes se reputaban jueces ordinarios. Siempre la tradicional distinción de jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria -- ha subsistido, no porque exista un granacuerdo en tal distinción, sino más que todo ha sido costumbre; pero ya es conocida la gran discusión existente en que los oficios propios de la -- jurisdicción voluntaria no forman parte necesariamente de las -- atribuciones propias de los Magistrados sino que constituyen -- una función específica adscrita a la que ordinariamente ejercen, que tutela relaciones familiares o privadas y otras de carácter económico administrativo. Corroboro lo anterior lo que sostenía el Maestro Caravantes, cuando decía que la actividad en los actos denominados de jurisdicción voluntaria, "se limita a dar -- fuerza y valor legal a los que por su naturaleza o el estado en que se halla no admiten contradicción de partes".

Por eso, la atribución de la Jurisdicción Voluntaria a determinada autoridad depende de la legislación de cada país. En algunos países gran cantidad de actos de jurisdicción voluntaria están atribuidos al fuero de los Notarios o al de -- los Registradores. También se reserva a los Notarios una mi---

(4) Adolfo Maldonado. Ob. Cit. pág. 175.



sión más amplia de la que hoy les esté confiada, por ejemplo, en materia de protocolización de testamento cerrado.

Però todo el problema de la jurisdicción voluntaria radica no en razón de la condición procesal o extra procesal de dicha función, sino más bien, en torno a la atribución de la competencia, pues una tendencia extrema quisiera situarla de competencia de los rganos Judiciales; otra, no menos radical, desearía atribuirle exclusivamente a los que no lo son; y otra, intermedia o ecléctica, distingue los casos y separa con diversos criterios, lo que cree ser propio de la misión de unos y otros. También se vislumbra una tesis muy interesante: la de la existencia de una figura típica, el proceso voluntario, cuyo gran defensor es Carnelutti, poniendo de relieve la función preventiva que cumple en relación con el sujeto, el objeto y la causa del proceso voluntario, llegando a la conclusión que en él no se resuelve una cuestión entre dos litigantes sino respecto a un solo solicitante que requiere la intervención judicial, en cuyo sentido la denominación, si no demasiada expresiva y correcta, debe ser mantenida, por la dificultad de encontrar otra mejor para sustituirla (5).

En la actualidad, vemos que todos los actos de jurisdicción voluntaria, en su mayoría, son de competencia de los funcionarios judiciales, aunque esto no es óbice para que tales actos sean de simple administración; pero para darle garantía en su cumplimiento y por la especial aptitud que requieren, el

(5) Manuel de La Plaza. Ob. Cit. Págs. 709 y 710.

Estado se los confía a los mismos funcionarios encargados de la jurisdicción ordinaria (6).

C) NATURALEZA JURIDICA.

Este es uno de los problemas más intrincados con que tropezamos en el campo de la jurisdicción voluntaria; traeremos nuevamente ciertos criterios ya comentados cuando hablamos de las diferencias de la jurisdicción contenciosa y voluntaria. Recordemos la opinión del profesor Carnelutti que le asigna a la jurisdicción voluntaria un fin teleológico ya que cumple una función preventiva. Otros pretenden definir la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, en su diferencia con la jurisdicción contenciosa, en lo relativo al modo de ejercerse una y otra; y así se dice, que la voluntaria se ejercita a solicitud o por consentimiento de las dos partes y la contenciosa entre personas que no estando de acuerdo tienen que acudir al juicio a pesar suyo o contra su voluntad, a instancias o solicitud de alguno de ellos.

Existe la opinión del Magistrado Gimeno Gamarra, mencionado por don Manuel de La Plaza, quien sostiene que los actos de jurisdicción voluntaria están caracterizados por dos notas diferenciales: 1) Por la protección y aseguramiento de los derechos privados de los particulares ejerciendo una especie de administración del derecho privado; y 2) La inasistencia de dos partes contrapuestas; coincidiendo con lo que dice Chiovenda, que la jurisdicción voluntaria se caracteriza no por la ausencia de controversia, sino por la falta de par

(6) Giuseppe Chiovenda. Ob. Cit. pág. 17.

tes, existen uno o más solicitantes, pero no partes. Pero todo el problema de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria radica en ubicarla como función correspondiente a los -- ámbitos jurisdiccional, notarial o administrativo o adoptar la posición de Vincenzo Baratta, considerándola como función "sui -géneris" de carácter genérico, comprendiendo a la función notarial a la cual la considere función administrativa, posiciones que serán analizadas en los próximos capítulos.

Como se ve, las vacilaciones de la doctrina, son consecuencia del punto de vista que se adopte para buscar una definición de esa actividad, en la zona todavía muy confusa en que se desenvuelve el presente tema (7).

D) CLASIFICACION DE LOS ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA.

Debido a la diversidad de actos que requieren esa actividad, ha sido que reconocidos tratadistas como Wach y --- Chiovenda, han hecho una clasificación de los actos de jurisdicción voluntaria, clasificaciones que carecen de diferencias y tienen el mismo fundamento: comprender los actos en que por disposición de la ley o voluntad de los interesados se requiere la intervención de la autoridad judicial sin que exista litigio entre partes, de ahí que la jurisdicción voluntaria comprende actividades relacionadas con la función notarial y con la función administrativa, lo cual será estudiado en el desarrollo de este trabajo de tesis.

Chiovenda distingue los siguientes actos: a) Actos

(7) Manuel de La Plaza, Ob. Cit. pág. 711.

de documentación, comprendiendo en éstos, recepción de declaraciones de voluntad privada, solemne declaración de su contenido o eventual y solemne publicidad de los mismos; b) Actos de prestación de consentimiento ya sea en función preventiva (autorizaciones) o en función sucesiva (aprobación, homologación); c) Actos de conciliación (intervención y consejo de Estado para dirimir o zanjar las cuestiones antes que se susciten en vía contenciosa o declaración de la voluntad de las partes encaminadas al mismo fin). (8).

Según Wach, pueden agruparse las siguientes categorías: a) intervención del Estado en la formación de sujetos jurídicos; manifestación de esta actividad es la constitución de persona jurídica mediante su reconocimiento; b) intervención en la integración de la capacidad jurídica. Regulación general de la tutela. (nombramiento, vigilancia, revocación, constitución de los consejos de familia, legalizaciones, autorizaciones); tutela o intervención en los actos de las personas morales o entes colectivos (municipios, obras benéficas, sociedades, etc.).

En estas cuestiones, advierte el tratadista Wach, puede darse el ejercicio de la jurisdicción contenciosa. Ello ocurre siempre que pueda concebirse el derecho de una persona en contra de otra. Tal es el caso de los recursos contra la denegación del consentimiento o autorización; c) intervención en la formación del estado de las personas o su contribución a formarlas; d) participación en el comercio jurídico. Legaliza-

(8) Manuel de La Plaza, Ob. Cit. pág. 712.

ciones y el llevar el registro de hipotecas, del catastro de patentes (9).

Otra clasificación importante, es la que hace el Tratadista Leonardo Prieto Castro, que distingue los actos que afectan al Derecho Público, al Procesal, al Civil y al Mercantil; y reconociendo al mismo tiempo una subclasificación entre los actos que son propios del Derecho Civil, los que se refieren a las personas, a las cosas, al Derecho de Familia y a las Sucesiones; entre los de naturaleza mercantil, los que dicen relación al derecho de cosas y al de obligaciones mercantiles y al Derecho Marítimo; criterio adoptado por Gimeno Gamarra -- que distingue Negocios del Derecho Civil y Mercantil, clasificación bipartita que separa entre los primeros los que se refieren a personas, cosas, obligaciones, familia y sucesiones; y entre los segundos, los referentes al Comercio Terrestre y Marítimo.

Todas estas clasificaciones, si las examinamos detenidamente podemos concluir que guardan entre ellas una gran similitud y asimismo, radican en el fin esencial de la jurisdicción voluntaria que se refiere pro-solemnitate, en el sentido que trata de imprimir un sello de autenticidad y autoridad a ciertos actos (10).

(9) Giuseppe Chiovenda, Ob. Cit. págs. 26 y 27.

(10) Manuel de La Plaza, Ob. Cit. pág. 710.-

C A P I T U L O I V

LA JURISDICCION VOLUNTARIA COMO FUNCION JURISDICCIONAL

Nos preguntamos: cuándo hay decisión jurisdiccional? Al respecto existen dos nociones: la objetiva, que sostiene que existe decisión jurisdiccional, cuando se decide una cuestión promovida por quien alega que se ha lesionado su derecho o su interés legítimo por una resolución general o un acto determinado. Frente a ésta concepción, se encuentra la que -- considera jurisdiccionales a las decisiones de un órgano exclusivamente jurisdiccional; según esta noción serían jurisdiccionales todas las decisiones de un juez judicial (1).

Atendiendo a la primera teoría, es función jurisdiccional solamente cuando hay contiendas litigiosas entre las partes que no pudieron ponerse de acuerdo, y tienen que acudir al juicio a pesar suyo o contra su voluntad. Y no podríamos -- jamás asegurar, que es jurisdiccional la decisión que dicta el juez en los asuntos que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas no admiten contradicción; es decir, entre personas que se hallan de acuerdo sobre el acto que se ejecuta, y que ocurren ante el juez para darle autenticidad.

En cambio, para la segunda concepción es jurisdiccional toda decisión emitida por el funcionario judicial, pues solo atiende al órgano que decide y no a la naturaleza de la --

(1) Rafael Bielsa: Cuestiones de Jurisdicción, Acciones y Recursos, pág. 22.

demanda o estado de las cosas que no admiten contradicción.

Es común decir que "la función crea el órgano"; --mas verdad es, a la inversa que "los órganos crean las funciones".

Cuando un interés de la vida no tiene órgano específico para su satisfacción, acude y se ampara en el que tiene más cerca y considera más apropiado; desenvuelta y perfeccionada la función suelen crearse despues organos especificos para ella, en este sentido, a posteriori, es exacto que muchas veces, la función crea el organo.

Los organismos judiciales han sido históricamente anteriores a casi todos los organismos del Estado y así, es --opinión de varios que mucho antes que la Función Legislativa, apareció la Judicial y debido a su origen y a su misma naturaleza, los órganos Judiciales han tenido estas dos calidades:-- autoridad y respetabilidad; y era natural, que para la protección de sus intereses no litigiosos, acudieran los particulares al prestigio y a la autoridad de los órganos jurisdiccionales (2).

El nombre y el concepto de la jurisdicción voluntaria, se deben a que los órganos normales de la jurisdicción civil, ofrecía particulares garantías de independencia y capacidad, encomendándose desde los primeros tiempos de la evolución jurídica, tareas del todo extrañas por su naturaleza a la tarea que a estos órganos correspondía normalmente.

(2) José González Palomino. Instituciones de Derecho Notarial. Tomo I, Instituto Editorial Reus. Madrid, 1948, pág. 76.

De esta manera, fué que surgió al lado de la jurisdicción verdadera y propia, comunmente llamada jurisdicción --contenciosa, otra forma de jurisdicción secundaria llamada jurisdicción voluntaria; de ahí, que una función jurisdiccional encomendada a los jueces, es lo que se designa con el nombre de jurisdicción voluntaria; de modo, que en base a esto último y a la concepción formalista que califica la función atendiendo al órgano que la realiza, la jurisdicción voluntaria es una verdadera función jurisdiccional.

Pero esta opinión ha sido duramente rebatida y entre las diversas doctrinas sobre la llamada jurisdicción voluntaria, se ha pretendido afirmar la divisoria de función jurisdiccional y no jurisdiccional de los jueces; y se sostiene que en la llamada jurisdicción voluntaria, no hay contraposición de intereses, pues todos los interesados quieren lo mismo y --no hay por lo tanto contenciosidad. Opinión que ha sido contradicha por los que consideran que la jurisdicción voluntaria es función jurisdiccional, argumentando: que en las acciones --constitutivas, se establece una relación procesal para obtener un acto de voluntad judicial que produzca un resultado querido por los interesados, pero que no pueden conseguir sino procesalmente. Entonces esa decisión emanada del órgano jurisdiccional, es, según la concepción que considera jurisdiccionales todas las decisiones de un juez judicial, aunque no exista contenciosidad es función jurisdiccional y se sigue contra-argumentando que dicha característica no es suficiente para considerar un acto de naturaleza jurisdiccional o no, pues, si la --

no contenciosidad se entiende como ausencia de contradictor, -
tenemos en los actos de jurisdicción voluntaria, en algunas le-
gislaciones, un contradictor en potencia y muchas veces en ac-
to y que es precisamente el Ministerio Fiscal; y se tiene en -
la jurisdicción propia y verdadera, la falta de contradicción
en muchos casos sin que se modifique por esto su naturaleza, y
es precisamente en los juicios en donde hay allanamiento o en
los que se siguen en rebeldía del demandado (3).

La concepción objetiva considera como función ju-
risdiccional toda decisión que decida una situación donde se -
ha lesionado un derecho, es decir, donde hay intereses contra-
puestos que no han podido ponerse de acuerdo y recurren a la -
autoridad judicial a fin de que remueva los obstáculos que ---
existen para la satisfacción de dichos intereses.

José Alberto Los Reis, comentado por Adolfo Malco-
nado en plena conformidad con las ideas de Chiovenda y Mortara,
dice: "la jurisdicción contenciosa, o mejor dicho la jurisdic-
ción propiamente dicha supone una relación jurídica procesal,-
en que entran como elementos esenciales: a) lo pedido, preten-
sión del actor; b) la defensa, pretensión del demandado; c) la
sentencia, actividad del juez. En la jurisdicción voluntaria
no existe esta relación, por que falta el segundo elemento; y
por eso el acto del juez no tiene el carácter y la fuerza de -
una sentencia destinada a declarar el derecho en relación a --
una situación controvertida. De ahí deriva, como consecuencia

(3) José González Palomino, Ob. Cit. pág. 77.

necesaria, que la resolución emanada de la jurisdicción voluntaria no constituye cosa juzgada ni puede servir de base para una ejecución forzada contra tercero" (4).

Entonces, tratando de encontrar la diferencia entre jurisdicción verdadera y voluntaria, Ugo Rocco por su parte sostiene, que su diferencia radica en que la primera, es -- verdaderamente jurisdicción, en tanto que la segunda, es actividad administrativa.

La jurisdicción verdadera, presupone ya formadas -- las relaciones jurídicas, y sobre ésta se desarrolla a fin de realizarla; en tanto que la jurisdicción voluntaria, presupone la relación todavía no formada y quiere contribuir a consti--- tuirle (5).

Lo dicho hasta ahora permite comprender que la jurisdicción voluntaria es en sustancia función administrativa, -- ejercitada por razones históricas y prácticas por órganos ju-- risdiccionales. Esto esté en absoluta armonía con la doctrina actual, que hace consistir el punto esencial de la distinción entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria en -- que esta última tiene constantemente la finalidad de completar o desarrollar relaciones jurídicas perfectas o de constituir -- relaciones jurídicas nuevas, en contraposición a la primera, -- que tiene por finalidad declarar y actuar relaciones jurídicas ya existentes.

(4) Adolfo Maldonado, Ob. Cit. págs. 175 y 176.

(5) Ugo Rocco, Teoría General del Proceso Civil. Editorial Porrúa, S.A. México 1959, págs. 88 y 89.

La función que el juez está llamado a cumplir en los casos de jurisdicción voluntaria, es absolutamente similar a la actividad administrativa, porque efectivamente no sólo se tiene creación de relaciones o estados jurídicos nuevos, lo que nunca ocurre en la jurisdicción contenciosa, sino que también falta totalmente el elemento de sustitución que se encuentra en toda providencia jurisprudencial y que consiste en el complemento subsidiario por parte del juez, de una actividad que debió cumplirse por las partes (6).

En efecto, la función jurisdiccional, consiste en la facultad del Estado de sustituir la voluntad soberana y neutral a las voluntades inconciliables de las partes para establecer que derecho reconoce para cada caso concreto; en la jurisdicción voluntaria, no se da el requisito de neutralidad en los Tribunales ni su intervención tiene como fin sustituir la voluntad soberana a las voluntades posiblemente inconciliables de las partes (7).

Para concluir este capítulo podemos decir, que por el simple hecho de estar asignada la jurisdicción voluntaria a los organismos jurisdiccionales, no se puede asegurar que es función jurisdiccional ya que es característica esencial de ésta la contraposición de intereses, elemento que no existe en la jurisdicción voluntaria, la cual, por su fin es considerada como una función administrativa ejercida por los órganos judi-

(6) Piero Calamandrei. Estudio sobre el Proceso Civil. Editorial Bibliográfica-Argentina, 1945, págs. 46 y 47.

(7) Adolfo Maldonado, *ib. Cit.* pág. 177.

ciales por razones de garantía, pero el hecho de ejercerla esto no le da el carácter de función jurisdiccional, razón por la cual no estamos de acuerdo que los órganos creen las funciones, teoría esta última que considera a la jurisdicción voluntaria como función jurisdiccional por estar encomendada a los jueces, olvidando por consiguiente el resto de caracteres esenciales de la función jurisdiccional.-

C A P I T U L O V

LA JURISDICCION VOLUNTARIA COMO FUNCION ADMINISTRATIVA

Se dice que la jurisdicción voluntaria cumple una función administrativa y no una función jurisdiccional, es -- subjetivamente ejercida por Órganos Judiciales, y por eso se designa tradicionalmente con el nombre equivoco de jurisdicción acompañándola siempre con el adjetivo de voluntaria para tratar de diferenciarla de la función propia o verdadera, la cual a su vez se designa con el nombre de jurisdicción contenciosa. El tradicional nombre de jurisdicción voluntaria, deriva de la función atribuida a los Jueces de documentar, como hacen hoy los Notarios, los acuerdos entre contratantes, constituyendo así, uno de los casos más típicos del fenómeno por el cual, órganos constituidos para ejercer una de las tres funciones, ejercen por excepción funciones que no les están encomendadas. En el caso de la jurisdicción voluntaria, los actos -- realizados por el Órgano Judicial, que subjetivamente deberían de calificarse de Función Jurisdiccional, son administrativos -- por su fin y sus efectos. De la contraposición entre la jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa podemos decir, -- que sólo la jurisdicción contenciosa es verdadera jurisdicción, mientras que la jurisdicción voluntaria, no es sino función administrativa ejercida por órganos jurisdiccionales (1).

(1) Piero Calamandrei. Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vol. 1. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, pág. 192.

El acto administrativo, se puede definir, como aquel que a petición de parte o de oficio expide un Órgano del Poder Público para reglamentar una ley, para promover a su mejor cumplimiento, para aplicarlo a un caso particular, o para dirimir un conflicto entre partes. El acto administrativo por su contenido propende al bienestar general, al funcionamiento de los servicios públicos, a la aplicación de la ley a un caso concreto; por su eficacia, es susceptible de revisión en vía jurisdiccional; por su función, es productivo de derecho contribuyendo al desenvolvimiento del orden jurídico. Dentro de esta noción tan amplia puede admitirse que la jurisdicción voluntaria tiene naturaleza administrativa.

Dicho lo anterior, podemos concluir que en los procedimientos de jurisdicción voluntaria notamos las siguientes características:

- 1.- Procura la aplicación de la ley a un caso particular.
- 2.- Propenden la efectividad de esa misma ley en su gradual desenvolvimiento jerárquico.
- 3.- Al no pasar en autoridad de cosa juzgada, permiten siempre su revisión en sede jurisdiccional.

Características que coinciden con las del acto administrativo y dan pautas para opinar en el sentido de que la jurisdicción voluntaria es función administrativa (2).

Se llamó con el nombre romano en la doctrina y en

(2) Eduardo J. Couture. Ob. Cit. pág. 52.

la práctica del proceso italiano de la Edad Media, jurisdicción voluntaria, a aquel conjunto de actos que los Organos de la Jurisdicción realizan en presencia de un solo interesado o en virtud de acuerdo de varios (in volentes), actos que con el tiempo pasaron de la competencia de los jueces ordinarios a los Notarios. De la práctica de los procesos simulados ante el Juez se pasó a la constitución de instrumentos con cláusulas de garantía otorgados ante Notarios.

Resulta, pues, que el nombre de jurisdicción voluntaria proviene de la función habitual del órgano jurisdiccional, aunque en la actualidad, gran parte o mejor dicho casi en su totalidad los actos de jurisdicción voluntaria son confiados al Juez, pero ésto no es ólice para dejar de considerar a tales actos como actos de naturaleza administrativa; pero debido a que requieren una especial aptitud y especiales garantías de autoridad, es natural, que el Estado utilice para responder a esas exigencias la misma jerarquía judicial ordinaria (3).

Puede el Derecho exigir sencillamente que la voluntad privada se documente por un Órgano del Estado o por cualquier otro Órgano Público, por ejemplo, un Notario u Oficial Público; puede exigir que la declaración de voluntad privada se reciba o deposite en una oficina pública, por ejemplo en un Tribunal; puede ordenar que la declaración de voluntad privada se examine por un órgano estatal a fin de establecer previamen

(3) Giuseppe Chiovenda. Instituciones de Derecho Procesal Civil, pág. 17.

te si tiene todos los requisitos de sustancia y de forma requeridos para que se le atribuyan efectos jurídicos; en todos estos casos, el Estado ejercita una actividad que con un nombre total y genérico puede llamarse de jurisdicción voluntaria, y tal actividad, podría ejercitarla teóricamente, por medio no sólo de los órganos de la jurisdicción, sino mediante organismos administrativos del Estado; si tales funciones en su mayor parte se ejercitan por medio de los órganos jurisdiccionales, se debe a lo que dijimos antes: mayores garantías de competencia y de imparcialidad para tan delicado oficio. De lo cual resulta claramente que la jurisdicción voluntaria no se trata de función jurisdiccional, sino de una función administrativa confiada a los órganos jurisdiccionales, que eventualmente podría encomendarse aún a verdaderos y propios órganos de la administración.

Y como ya lo dijimos en el capítulo anterior, la jurisdicción verdadera y propia llamada también jurisdicción contenciosa, tiene por objeto la actuación del derecho objetivo y presupone que las relaciones jurídicas concretas estén ya formadas; en cambio, en la jurisdicción voluntaria, el Estado interviene en la formación de tales relaciones jurídicas, declarando en una forma característica y determinada, no la existencia o inexistencia de tales relaciones, sino la conveniencia, o la legalidad o la realización de las condiciones establecidas por la ley para un acto realizado o por realizarse de los particulares.

Todo acto jurídico privado es una declaración de -

voluntad privada en que el Estado no colabora, pero que tiene necesidad para producir la plenitud de sus efectos jurídicos, de un elemento extrínseco que se le debe agregar y que proviene de un órgano estatal; en la jurisdicción voluntaria, el Juez llena una función sustancial igual a la que llena el Notario y otro funcionario público cuando recibe un acto público, traduciendo por signos la voluntad privada que las partes declaren contribuyendo todo esto a sostener que la jurisdicción voluntaria es propiamente actividad administrativa confiada a los órganos jurisdiccionales, lo cual es posible ya que la teoría de la división de los poderes no adopta en los Estados modernos una forma rígida; y así tenemos que funciones que corresponden al Poder Legislativo se confían al Poder Ejecutivo; e idealmente, funciones que corresponden al Poder Ejecutivo se confían al Poder Jurisdiccional y precisamente a aquellos órganos jurisdiccionales a quienes incumbe la función jurisdiccional verdadera y propia (4).

Sobre el particular, José Alberto Los Reis, comentado por Adolfo Maldonado, en su obra "Derecho Procesal Civil" nos dice: "La llamada jurisdicción voluntaria no es voluntaria ni es jurisdicción. No es voluntaria, porque los interesados tienen que recurrir a la intervención del Poder Público si quieren asegurar la eficacia del acto; no es jurisdicción porque no representa la aplicación del Derecho objetivo a determinadas situaciones subjetivas.

Los actos de jurisdicción voluntaria no son por naturaleza actos del Poder Jurisdiccional, visto que el Registro

(4) Ugo Rocco. Ob. Cit. pág. 88.

do al realizarlos, no se propone eliminar el contraste entre dos voluntades individuales relativamente a la aplicación de una regla de Derecho objetivo, o en otras palabras no se propone definir y declarar el derecho, adaptando la norma abstracta a un caso concreto, son actos de naturaleza administrativa, o político-administrativa como dice Galante, que esté aun confiados a los Magistrados Judiciales por la fuerza de la tradición. En el Derecho Romano, como no se hallaban discriminadas las funciones del Poder Público y se reconocía la conveniencia de rodear de garantía de autenticidad ciertas manifestaciones de la actividad individual, se hacía intervenir a los Magistrados Judiciales en la constitución de muchas relaciones jurídicas de carácter privado. Con el transcurso del tiempo algunas de esas atribuciones pasaron a los notarios o a otros funcionarios públicos. Los actos de jurisdicción voluntaria que aun hoy pertenecen a los Jueces, son residuos de esa antigua función administrativa atribuida a los órganos jurisdiccionales, siendo cierto en todo caso, que una u otra vez se ha ampliado modernamente la esfera de la jurisdicción voluntaria, por motivos de interés social, esto es, por juzgarse que la intervención del Juez garantiza una más segura fiscalización o una más perfecta regularidad" (5).

Por su contenido, la jurisdicción voluntaria entra en la rama más basta de la función administrativa que suele llamarse Administración Pública del Derecho Privado, comprendiendo todas aquellas actividades con las cuales, en formas múltiples y a través de órganos variados, el Estado interviene para

(5) Adolfo Maldonado. Ob. Cit. págs. 175 y 176.

integrar la actividad de los particulares, dirigida a la satisfacción de sus intereses mediante el desarrollo de las relaciones jurídicas. Es sabido que para la satisfacción de sus intereses, el Estado reconoce a los particulares un cierto campo de autonomía dentro del cual puede desarrollarse su poder negocial o sea crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas mediante declaraciones de voluntad, pero mientras, en algunos casos, basta únicamente la voluntad de los interesados manifestándose en ciertas formas para producir los efectos jurídicos queridos, en otros el efecto no puede producirse si la voluntad de las partes no es integrada con la intervención de un órgano del Estado, el cual, o limitándose a una simple verificación de legalidad o también a veces, entrando a examinar la oportunidad del acto con criterios discrecionales obra como colaborador de los particulares para la producción del efecto jurídico deseado por ellos y, por consiguiente para la satisfacción de los fines que los particulares a través del negocio se proponen. Esta Administración Pública Privada, puede muy bien ser ejercitada por autoridades pertenecientes al Ramo Administrativo, debido a la naturaleza de la función, pero los motivos ya expuestos, o por razones de conveniencia práctica o tradición histórica, se le encomienda a los órganos judiciales, y por eso, toma el nombre de jurisdicción voluntaria, la cual la podemos definir de acuerdo con lo anterior como la Administración Pública de Derecho Privado ejercida por los órganos judiciales (6).

(6) Piero Calamandrei. Ob. Cit. págs. 192 y 193.

En el desarrollo de este Capítulo creemos oportuno traer a cuento, las observaciones críticas acerca de la jurisdicción voluntaria que hace el Maestro Alcalá Zamora y Castillo, cuyo escrito constituye una de las valiosas aportaciones al estudio de la jurisdicción voluntaria. El autor inicia su estudio haciendo notar la importancia que el tema de jurisdicción voluntaria ofrece en el Derecho Español y en los Códigos que derivan de éste, una particular importancia de Derecho positivo por cuanto que el Código de Procedimientos Español de 1855, adoptó como base para la distribución de las materias en él contenidas, la contraposición entre jurisdicción contenciosa y voluntaria, recordando que en la investigación acerca de la jurisdicción voluntaria existen varios obstáculos que han impedido el logro de resultados claros, entre éstos, menciona lo que él llama "falsas sensaciones de afinidad entre la jurisdicción voluntaria y contenciosa", manifestando su opinión en el sentido de que: "la jurisdicción voluntaria no es verdadera jurisdicción porque en la variadísima lista de cometidos que la integran es difícil encontrar uno sólo que satisfaga finalidades jurisdiccionales en sentido estricto; ni siquiera se puede decir que la jurisdicción voluntaria sea propiamente voluntaria, ya que para los interesados en promover la intervención del Juez, éste último se perfila tan necesario como en la jurisdicción contenciosa o más todavía". Continúa su crítica Alcalá Zamora y Castillo, considerando como un equívoco el uso de otros términos como el de jurisdicción honoraria y jurisdic

ción graciosa (7).

La jurisdicción voluntaria aun ue en la actualidad está ejercida por jueces, se distingue prácticamente de la verdadera jurisdicción por la diversidad de procedimientos por medio de los cuales esta se ejerce.

Sin embargo, hay que advertir, que el límite entre la jurisdicción voluntaria y la jurisdicción verdadera, es claramente perceptible cuando se toma como término de comparación un caso de garantía jurisdiccional a posteriori, que presupone la transgresión ya ocurrida del Derecho; es extremadamente sutil la diferencia en aquellos casos en que el acto jurisdiccional únicamente puede tener vida con la intervención de la autoridad judicial sin importar que las partes estuviesen de acuerdo en quererlo sin el pronunciamiento del juez. Aquí la distancia entre el acto de jurisdicción voluntaria y el de jurisdicción propiamente dicha, es mínima, pues el acto de jurisdicción voluntaria, se puede perfilar como un acto de control preventivo de legalidad muy parecido a los casos de garantía jurisdiccional a priori; además, por otra parte, en el acto jurisdiccional constitutivo existe aquella necesaria colaboración del Estado en la constitución de efectos queridos por las partes de acuerdo que, como se ha visto, es característica de la jurisdicción voluntaria; y la única diferencia que distingue este tipo de actos jurisdiccionales constitutivos de los actos de jurisdicción voluntaria, es que los efectos constitutivos

(7) Enrico Allorio. Problemas de Derecho Procesal. Tomo II, pág. 72.

del acto jurisdiccional son la consecuencia y el complemento de una previa declaración de certeza, con la cual el Juez ha reconocido la falta de las circunstancias de hecho que son necesarias a fin de que quede en vigor una cierta norma jurídica; el efecto jurídico producido por el acto jurisdiccional se presenta aquí, a diferencia de lo que ocurre en cuanto a la jurisdicción voluntaria, como garantía de la observancia del Derecho.

Pero existe una comunicación entre la jurisdicción verdadera y la jurisdicción voluntaria, lo cual ha servido para transferir al campo de la jurisdicción voluntaria numerosos casos antes reservados a la verdadera jurisdicción; y así, han llegado a desear que se le niegue toda trascendencia jurídica a los intereses individuales y que la justicia civil sea íntegramente absorbida en la jurisdicción voluntaria, que se confiaría al poder discrecional del órgano, los cuales sólo de nombre deberían continuar llamándose Jueces, pero que serían en realidad Autoridades de Policía (8).

(8) Piero Calamandrei. Ob. Cit. págs. 195 y 196.

C A P I T U L O VI

LA JURISDICCION VOLUNTARIA COMO FUNCION NOTARIAL

En capítulo anterior, dijimos que el origen de la jurisdicción voluntaria atribuida a los Notarios públicos, lo encontramos en la Edad Media, en que el Notario fué investido de lo que hasta entonces se consideraba función judicial. El tema de la jurisdicción voluntaria es uno de los que está en plena efervescencia y al respecto han surgido diversidad de -- opiniones. A juicio de muchos la jurisdicción voluntaria, no es jurisdicción pues esta importa la existencia del Imperio; -- y aquélla, lleve la idea de la voluntariedad y relación pacifi-- ca.

Se han celebrado algunos Congresos cuya tendencia ha sido, que los actos de jurisdicción voluntaria sean atribui-- dos a la competencia notarial; y así, tenemos el primer Congre-- so Internacional del Notariado Latino que declaró: "que es una aspiración que todos los actos de jurisdicción voluntaria en -- el sentido dado a esta expresión en los países de habla caste-- llana sean atribuidos a la competencia notarial". Considera-- ción orientada en el deseo de eludir la discusión sobre el ca-- rácter jurisdiccional de la función Notarial.

En 1956 en Río de Janeiro se celebró el IV Congre-- so en el cual se abordaron muchos tópicos relacionados con la competencia funcional y en el tema III "Intervención del Nota-- rio Latino en los testamentos y sucesiones", se resolvió de--

clarar: "que la constatación de la transmisión de bienes por causa de muerte es función notarial específica y como consecuencia formula el deseo de que las sucesiones se radiquen ante el Notario quien tendrá jurisdicción en las mismas hasta lograr todos sus efectos jurídicos; en todos los casos en que por sufrir controversia se recurra a la vía judicial, después de resueltos, volverán al Notario para la realización de las partes de la transmisión" (1).

La exteriorización de la voluntad privada, en principio, es libre, constituyendo así el principio de la autonomía de la voluntad; pero ésta, en un Estado de Derecho, es necesario rodearla de garantías; y así, esté supeditada a requisitos sustanciales ligados a la causa, capacidad y libertad. La eficacia jurídica de la voluntad privada se subordina a veces, a la existencia o realización de condiciones extrínsecas, tales como la forma auténtica, la intervención de funcionarios u Organos Estatales, la autorización judicial, etc.; constituyendo ese conjunto de condiciones, aspectos de la jurisdicción voluntaria; y de allí, que para muchos autores la intervención Notarial sea realización de funciones de jurisdicción voluntaria.

Hay autores de Derecho Notarial, que han querido reivindicar a la función notarial los actos de jurisdicción voluntaria; no obstante otros, se han revelado contra esas ideas (2).

(1) Francisco Martínez Segovia. Función Notarial. Ediciones Jurídicas Europa-América, págs. 54 y 55.

(2) José María Mustapich. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial, pág. 40. Tomo I.

Para Enrique Giménez Arnau, la jurisdicción voluntaria corresponde totalmente al Notario, quien ejerce una función pública; participa en la correcta formación del negocio jurídico y da forma legal a los negocios privados. La fé pública del Notario sirve para robustecer con una presunción de verdad los actos en que interviene. Distingue Giménez Arnau, la ventaja de la independencia del Notario y los defectos que ocasionaría encuadrarlo en la función judicial o en la administrativa, pues el Notario colabora con las partes a diferencia del empleado público que se parapeta en su ventanilla. En su obra "Introducción al Derecho Notarial", en el Capítulo III, estudia el concepto del Notario y sostiene: 1.- Que no debe ubicársele en la función judicial o jurisdiccional y 2.- Que por no ser verdadera jurisdicción, es atribuible al Notario la jurisdicción voluntaria (3).

Fué precisamente en el Siglo XII, por razones de garantía, que se crean funcionarios llamados Iudices Chartularix, que reciben el reconocimiento prestado ante la autoridad judicial y otorgan el preceptum de solvendi; y así, a la par de la jurisdicción contenciosa, crease la llamada jurisdicción voluntaria.

José María Mustapich, en su obra "Tratado de Derecho Notarial", Tomo I, comenta una interesante opinión de Couture, que dice: "de tal manera se halla arraigada en ciertos países de formación española, la idea de que el escribano ac-

(3) Francisco Martínez Segovia, Ob.Cit. pág. 60.

túa en función propia dentro de la jurisdicción voluntaria, -- que al establecerse en la Constitución de Cuba de 1940, el --- principio de que la justicia sólo es dispensada por los Jue--- ces del Estado, se ha llegado a poner en duda la posibilidad - de que los escribanos pudieran seguir ejerciendo su profesión".

"Desde luego que la tesis ha sido resuelta en el - sentido de la continuidad (Carmona y Romay. "La Jurisdicción - Voluntaria y los Notarios Públicos", La Habana, 1945), pero -- la sola duda revela la intensidad de esta asimilación de la -- función notarial a la jurisdicción voluntaria". "En lo que se refiere a sus afinidades profundas, nosotros mismos hemos creí do del caso asociar la jurisdicción voluntaria a la jurisdic-- ción notarial, pero por supuesto, sin admitir la tesis de que la función pública o la función notarial en si misma sean ju-- risdicción voluntaria". Toma de base el autor para afirmar lo anterior, su proyecto de Código de Procedimientos, en el cual le asigna al Notario una interesante intervención.

Expresión de ese pensamiento es la Conferencia pro nunciada en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, donde expuso en dicha ocasión, que: "el escribano resul ta así, elevado al rango de Juez, ante él, los herederos pi--- den la apertura de la sucesión y el escribano le decreta, dis- pone la publicación de los edictos, dispone la tasación de los bienes, recibe la declaración jurada de bienes de los herede-- ros o el inventario que éstos le suministren y que él mismo -- puede hacer, pone ese proceso en comunicación con el Fisco de lo Civil, que entre nosotros representa los intereses sociales

de protección de la familia, y con el Fiscal de Hacienda, que represente los intereses del Estado, y con la conformidad de ellos, el expediente queda pronto para su decisión. En ese -- instante el escribano da por concluido su cometido y somete el proceso al juez ordinario para que éste dicte la sentencia de homologación" (4).

La antigua Ley del Notariado Español, respecto al Notario, nos dice: "es el funcionario público autorizado para dar fé, conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales". Doctrinalmente se ha dicho que el Notario es el profesional del Derecho, que ejerce una función pública, para robustecer los actos en los cuales interviene y para solemnizar y autenticar los negocios jurídicos privados y cuya competencia solo por razones históricas están sustraídos los actos de jurisdicción voluntaria (5).

La fé pública se conceptúa como la calidad pública que mediante la intervención de un Oficial Público, acuerda -- ciertos documentos que por tal revisten autenticidad y eficacia (6).

Ha sido siempre y es la fé pública, una función inherente a la soberanía del Estado. Es ese respaldo de autoridad que el Estado da de que son ciertos determinados hechos que interesan especialmente al Derecho, y el Notario viene a ser el

(4) José María Mustapich. Ob. Cit. págs. 42 y 43.

(5) Dr. Santiago Ricardo Martínez, Derecho y Práctica Notarial. Tesis Doctoral, pág. 56.

(6) José María Mustapich, obra citada, pág. 143.

funcionario público autorizado para dar fé conforme a las leyes de los actos contratos, y demás actos judiciales.

La exigencia de la autenticidad y de la legitimación de los actos jurídicos, exigen que el Notario sea un funcionario público y que en nombre del Estado interponga la fé en los actos y contratos que ante sus oficios se otorguen.

La fé pública, es, pues, la autenticidad del fondo de un asunto a través del funcionario público competente.

Si la jurisdicción voluntaria está compuesta o la forman aquel conjunto de actos donde no hay contención de partes, sino armonía y acuerdo entre los solicitantes que quieren únicamente revestir de autenticidad y legalidad un acto para que produzcan efectos jurídicos, nada más fácil de parte de los interesados que recurrir ante un Notario que esté investido de parte del Estado de la fé pública, para rodear de garantía aquel acto o contrato sin necesidad de recurrir ante el Juez por un asunto donde no existe ninguna controversia, ni litigio entre partes sino únicamente acuerdo entre todos ellos.

De esta manera, se descongestionarían los Tribunales de Justicia, pues solo se les dejarían a los jueces los asuntos donde tienen que impartir justicia conforme a las leyes.

Pero así también existen voces que no están de acuerdo en que los actos de jurisdicción voluntaria sean atribuidos a la función notarial; y así, Castan consigna los alegatos de Adolfo García, Ildefonso Ballón, Manuel Comeyas, Otero Valentín y Alvarez Castellano, quienes dicen: "Teóricamente lo

que hay que destacar es la procedencia de que se respete siempre la competencia de los jueces, respecto a la llamada jurisdicción voluntaria, en aquellos casos en que se trata no ya de una mera actividad constatadora o legitimadora, sino de tutelar los intereses privados, mediante la garantía de la intervención del órgano del Estado en determinados negocios".

La intervención del Notario radica en la necesidad de certeza de las declaraciones de las partes, y por lo tanto, debé de abstenerse de consignar actos contrarios a las leyes, a la moral, y a las buenas costumbres, no interviene en la integración de la voluntad de las partes, en el examen de la conveniencia del acto, o en su oportunidad considerando a la jurisdicción voluntaria no específicamente notarial, aunque si con algunos puntos de contacto y de similitud; podrá tener características notariales pero su función debe de estar confiada a otros funcionarios públicos (7).

No obstante esas opiniones, existe en la Asamblea Legislativa un interesante proyecto de ley emitido por el Poder Ejecutivo en el Ramo de Justicia en cuyos considerandos hace notar la importancia y conveniencia de facultar a otros funcionarios distintos de los Alcaldes y Gobernadores, para autorizar matrimonios civiles por no ser estos suficientes para llenar dicha función, dado el aumento considerado de la población en el país, y asimismo tiende a suprimir ciertos requisitos previos exigidos para su celebración que como la publica--

(7) José María Mustapich, Ob. Cit. págs. 41 y 47.

ción de edictos, carece de práctica eficacia, y muy bien podrían suprimirse y aceptar la firmeza del matrimonio y como consecuencia de lo anterior, introduce reformas al Código Civil en el Capítulo Tercero relativo a la Celebración del Matrimonio; y así decreta: Art. 2. Sustitúyese el Capítulo Tercero del Título Cuarto del Libro Primero del Código Civil por el siguiente:

CAPITULO III

DE LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO

Art. 117.- El matrimonio se celebrará en el domicilio o residencia de los contrayentes o de cualquiera de ellos si residieren en poblaciones diferentes, ante el Gobernador del Departamento, ante el Juez de Primera Instancia que conozca en lo civil, ante el Juez de Paz, ante un Notario o ante el Alcalde Municipal, con la concurrencia de dos testigos mayores de dieciocho años, que sepan leer y escribir y avecindados en el lugar en que se celebre.

Se entiende por residencia para los efectos del inciso precedente, la permanencia del interesado en el término municipal con dos meses de antelación.

No podrán ser testigos los dementes, los ciegos, los mudos, los sordos y los condenados por delitos contra la propiedad o por falsarios.

El Gobernador, Alcalde o Juez deberá ser asistido en el acto por su Secretario.

Art. 118. "El matrimonio podrá celebrarse por me--

dio de apoderados con poder especial que deberá expresar: los nombres y apellidos, edad, estado civil, profesión u oficio, vecindad y nacionalidad de la persona con quien el poderdante lo haya de celebrar".

Art. 119. "Las personas que pretendan contraer matrimonio lo manifestarán así al Notario o funcionario competente, quien les recibirá declaración jurada sobre su intención de contraerlo haciéndose constar en ella además los nombres y apellidos, edad, estado civil, profesión u oficio, vecindad, nacionalidad y lugar de nacimiento de cada uno de los solicitantes, los nombres y apellidos de los padres, así como su profesión y vecindad si fueren conocidos y no tener ningún impedimento legal para contraerlo.

Los menores de edad, deberán comparecer acompañados de la persona o personas que de conformidad a la ley deban --- prestar su consentimiento; y en este caso, dicho consentimiento se hará constar en el acta misma donde se asiente la declaración a que se refiere el anterior inciso. También podrán -- presentar autorización escrita de ellos en forma auténtica".

Art. 120. "El contrayente extranjero que tuviere --- menos de cinco años de residencia en el país, solamente podrá contraer matrimonio ante el Gobernador, Alcalde, o Juez competente. En este caso se deberá comprobar la identidad y libertad de estado de los contrayentes; y previamente a la celebración del matrimonio, se publicarán, por tres veces consecuti-- vas en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación en el país, edictos en que se expresen todas las circunstancias men-

cionadas en el inciso primero del Art. 119, invitando a las -- personas que tuvieren conocimiento de algún impedimento legal que afecte a los pretendientes, para que lo denuncien ante el funcionario que firma los edictos. Uno de estos edictos se copiará en el expediente respectivo. El matrimonio no podrá celebrarse sino transcurridos quince días después de la última -- publicación.

Si el matrimonio no fuere celebrado dentro de los seis meses de publicados los edictos, no podrá autorizarse si no se cumplen nuevamente los requisitos".

Art. 121. "El Notario o funcionario no autorizará ningún matrimonio mientras no se le hayan presentado:

1o.- Las certificaciones de las partidas de nacimiento de los interesados, o, en su defecto, certificación extendida por el Juez de Primera Instancia respectivo, o del --- Juez de Paz en su caso, del auto en que se establezca la edad media legal del contrayente, conforme el artículo 331 de este Código.

2o.- La certificación de la sentencia ejecutoriada que apruebe las cuentas del tutor o curador, cuando en cualquiera de los contrayentes concurre alguna de las inhabilidades -- previstas en el artículo 115.

3o.- Los documentos prevenidos en el título de las segundas nupcias, cuando alguno de los interesados o ambos hubieren estado casados anteriormente, quedan la viuda comprendida en las disposiciones del artículo 178 de este Código.

4o.- Los diarios en donde conste haberse publicado

los edictos a que se hace mención en el artículo anterior, y de las cuales aparezca que han transcurrido quince días después de la última publicación, cuando uno o ambos contrayentes fuere extranjero con menos de cinco años de residir en el país.

La contravención a lo dispuesto en este artículo - sujetará al Notario o funcionario a una multa de doscientos a quinientos colones".

Art. 122. "En caso de enfermedad grave de uno o - ambos contrayentes, podrá ser autorizado el matrimonio sin que se hayan presentado los documentos mencionados en el artículo anterior, siempre que no exista ningún impedimento ostensible y evidente que haga ilegal el acto y que conste claramente el consentimiento de los contrayentes. El matrimonio así contraído se entenderá condicional, y solo se reputará definitivamente celebrado, cuando dentro de los tres meses siguientes a su celebración se presenten por cualquier interesado dichos documentos o fueren recibidos de oficio por el Notario funcionario que lo autoriza, y apareciere que a la fecha del acto no existían entre los contrayentes impedimentos no dispensables; en cuyo caso se asentará la partida correspondiente".

Art. 123. "Toda persona mayor de dieciséis años que tuviere conocimiento de la existencia de algún impedimento de los consignados en los Arts. 102 y 103 de este Código, está -- obligada a denunciarlo ante el Notario o funcionario que ha de autorizar el matrimonio, quien le recibirá declaración jurada sobre las circunstancias del hecho denunciado, el nombre y apellido, edad, ocupación, estado y domicilio del denunciante. -

Acto continuo hará saber la denuncia al Juez de Primera Instancia si lo hubiere o al Juez de Paz del lugar, quienes sumariamente y en vista de la prueba aportada por los interesados, o que de oficio puedan recoger, resolverán la existencia de los impedimentos denunciados.

Denunciado un impedimento legal, el matrimonio no podrá celebrarse aunque el denunciante desista, hasta que fuere declarada su inexistencia, dejando a los contrayentes su derecho a salvo para deducir conforme a las leyes comunes la acción, la calumnia si hubiere lugar.

Ejecutoriada la resolución que declare la inexistencia del impedimento, el Notario o funcionario a quien compete autorizar el matrimonio, procederá a su celebración".

Art. 124. "Cerciorado el Notario o funcionario de la capacidad de los contrayentes y cumplidos, en su caso, los requisitos que exigen los artículos anteriores, procederá inmediatamente a la celebración del matrimonio y acordará con los interesados, el lugar, día y hora para ello.

Todos los días y horas son hábiles para la celebración del matrimonio".

Art. 125. "Estando presentes los contrayentes y los testigos, el Notario o funcionario que deba autorizar el matrimonio, indicará el objeto de la reunión, procediendo a dar lectura a los Arts. 97, 98, 99, 102 y 103 de este Código.

Acto continuo interrogará a cada uno de los contrayentes con la siguiente fórmula: "Queréis por esposa (o esposo) a N. de tal?" (El nombre y apellido del contrayente no interro-

gado). Los contrayentes contestarán por su orden: "Si, lo -- quiero".

Incontinenti, pronunciaré las siguientes palabras: "En nombre de la República, quedáis unidos solemnemente en matrimonio, y estais obligados a guardaros fidelidad y ayudaros mutuamente en todas las circunstancias de la vida"; con lo -- cual termina el acto".

Art. 126. "Todo lo expresado en el artículo anterior se consignará inmediatamente en la escritura pública que al efecto autorizaré el Notario, o en su caso, en un acta que el Gobernador, Alcalde o Juez asentará en un libro que llevará con el nombre de "Libro de actas matrimoniales"; debiendo firmarse por los cónyuges, los testigos y por el notario o funcionario autorizante. Un testimonio de la respectiva escritura, o una certificación del acta en su caso, se agregará al expediente matrimonial.

Si alguno de los contrayentes o testigos no supiere o no pudiese firmar, se expresará la causa de esto último y dejará la impresión digital del pulgar de la mano derecha, o en su defecto, de cualquier otro dedo que especificará el Notario o funcionario, o si esto no fuere posible, se hará constar así y en todo caso, firmará además a su ruego, otra persona mayor de dieciocho años o uno de los testigos, pudiendo una sola persona o testigo firmar por uno o ambos contrayentes que se encontraren en alguno de dichos casos".

Art. 127. "Efectuado el matrimonio se entregará a los contrayentes, testimonio de la escritura o certificación

del acta por el Notario o funcionario que la haya autorizado, quien pondrá en las cédulas de Identidad Personal de los cónyuges, una razón firmada y sellada en la que conste que han contraído matrimonio, el nombre y apellido de la persona con quien se contrajo, y el lugar y fecha de su celebración".

Art. 128. "Dentro de los tres días siguientes a la celebración del Matrimonio, el Notario o funcionario que lo haya autorizado deberá enviar al Alcalde del lugar en que se celebró y a los Alcaldes del lugar de nacimiento de los cónyuges, testimonio de la escritura o certificación del acta; al primero, para que asiente la partida de matrimonio y a los otros, para que al margen de las partidas de nacimiento de los cónyuges, anoten una razón similar a la que se hace mención en el artículo anterior.

El Notario agregará las diligencias matrimoniales al legajo de anexos de su Protocolo".

Art. 129. "El Notario o funcionario que reciba una solicitud de matrimonio, queda autorizado para exigir de los pretendientes y de las personas de quienes éstos deban obtener su consentimiento, la información que estime conveniente a fin de asegurarse de la identidad de los contrayentes y de su aptitud para contraer matrimonio".

Art. 130. "El Notario o funcionario que autorice un matrimonio no teniendo conocimiento de que hay impedimento legal, será sancionado de conformidad al Código Penal".

Art. 13. "Todas las diligencias matrimoniales, certificaciones y testimonios relativos al mismo, se extenderán en papel simple".

Art. 132. "Los Gobernadores, Alcaldes y Jueces en ningún caso devengarán emolumentos por los matrimonios que celebren, ni por las diligencias que deben practicar en cumplimiento de estas disposiciones. Los Notarios devengarán honorarios convencionales".

Art. 133. "Los Gobernadores, Alcaldes y Jueces competentes que sin motivo justo negaren o retardaren la celebración de un matrimonio, incurrirán en una multa de cien a quinientos colones que impondrá el Ministerio del Interior al tener conocimiento de ello y la hará efectiva por el procedimiento gubernativo".

Art. 134. "De toda providencia dictada en asuntos matrimoniales, puede apelarse para ante la autoridad superior respectiva en el acto de la notificación o dentro de los cinco días subsiguientes.

Si fuere el Notario el que conociere, no habrá más recurso que el de responsabilidad".

Lo anterior es un proyecto en el cual se le quiere dar competencia para celebrar matrimonios civiles, además de los Gobernadores Políticos y Alcaldes Municipales, a los Jueces de Primera Instancia que conozcan en lo Civil, Jueces de Paz y Notarios, pero eso es únicamente para celebrar un acto jurídico que es el matrimonio civil, lo cual en sí, no constituye jurisdicción voluntaria por las características que le hemos atribuido; por lo tanto, hasta hoy no existe ningún proyecto de ley en nuestro país por medio del cual, se asigne la tramitación de asuntos de jurisdicción voluntaria a funcionarios -

C A P I T U L O VII

LA JURISDICCION VOLUNTARIA COMO FUNCION DE CARAC-
TER SUI-GENERIS.

Vincenzo Baratta comentado por Francisco Martínez Segovia, en su obra "Función Notarial", nos da su particular opinión, que para él, la función notarial que es función administrativa comprendida en aquella más amplia de la jurisdicción voluntaria y por ello misma ejecutiva, no admite reconocer en ella el ejercicio de una parte cualquiera de los Poderes Soberanos, prerrogativa de la autoridad judicial.

En su obra, "La Funzione Notarile e le forme di sua estrincazione", Baratta es de opinión que al Notario debe determinársele claramente su actividad en la exteriorización de su función, a fin de identificarla y darle una ubicación acorde a su naturaleza. No está de acuerdo ni cree conveniente, enumerarle al Notario cuales son sus actos permitidos, ni prohibirle determinada categoría de actos. Expone dos ideas propias: 1) no debé considerarse que esta función pública debe ejercerla exclusivamente el Notario, sino que perteneciendo al Estado, éste puede reemplazar al Notario en determinados casos; 2) no conviene exagerar la atribución de fé pública sino que debe de considerársele y evaluársele en sus límites naturales con referencia a la eficacia probatoria del documento. Y al mismo tiempo considera: a) ni la calidad de intérprete de los conceptos jurídicos de Carnelutti, ni de intérprete de la voluntad de las partes, son de la esencia de la función nota-

rial; b) al Notario le asigna una función de consejo y un fin pacificador; c) es propio de la función notarial, la calidad de hombre de buena fé y buen sentido.

Insiste en que el Notario más que los otros operadores del derecho debe tener un sentido del bien y buena fe, lo que constituye su idoneidad moral; déndonos así su curiosa opinión: "en otras palabras la función notarial que es función administrativa, comprendida en aquellas más amplias de la jurisdicción voluntaria, y por ello misma ejecutiva, no admite reconocer en ella el ejercicio de una parte cualquiera de los poderes soberanos, prerrogativa de la autoridad judicial".

Lo cual significa que le da un carácter especial dentro de las funciones públicas, le asigna un estado híbrido y a la jurisdicción voluntaria la considera tan amplia que -- comprende la función notarial, viniendo a constituir la jurisdicción voluntaria una función de carácter sui generis (1).

(1) Francisco Martínez Segovia, *ob. cit.* pág. 57.

C A P Í T U L O V I I I

LA JURISDICCION VOLUNTARIA EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

El Art. 25 C. Pr., nos dice: "Tienen jurisdicción voluntaria los árbitros en los juicios de compromisos; y los jueces ordinarios, cuando ejercitan su jurisdicción interponiendo su autoridad en asuntos en que no hubiere contención de partes".

Según lo anterior se ejerce jurisdicción voluntaria en dos casos: a) los árbitros en los juicios de compromiso; b) en todos los asuntos en que intervienen los jueces ordinarios interponiendo su autoridad y que no hay contención de partes.

Respecto a la función arbitral, es necesario saber que debe entenderse por arbitraje, juicio o procedimiento arbitral, y sentencia o laudo arbitral. Arbitraje es la función diferida a los terceros mediante el compromiso; juicio o procedimiento arbitral es aquel que se sigue ante los árbitros a fin de llegar a la decisión de la controversia; y finalmente, sentencia o laudo arbitral, es la decisión de los árbitros -- (1).

Los juicios por arbitramento, están regulados en nuestro Código de Procedimientos Civiles en el Libro Primero, Capítulo Segundo Sección Tercera en donde expresa, que los juicios por arbitramento son los que se someten a jueces árbitros que en su nombramiento y ejercicio dependen exclusivamen

(1) Ugo Locco. Derecho Procesal Civil. La Legitimación para Obrar. Ferrús Rnos. y Co. Léxico, M.F. 1944, p'g. 83.

te de la voluntad y arbitrio de las partes.

La función encomendada a los árbitros, tiene gran similitud a la desempeñada por los órganos jurisdiccionales, surgiendo así una dualidad de opiniones al considerarla como una verdadera y propia jurisdicción o como una función esencialmente privada.

Estando el arbitraje regulado por normas procesales, es un Instituto Jurisdiccional, su carácter excepcional y complementario frente al normal desarrollo de la función jurisdiccional civil no se puede llegar a considerarlo como un Instituto que encuentre su sitio en el campo del Derecho Privado.

Nada impide dice Ugo Rocco, en su Obra de Derecho Procesal Civil "La Legitimación para Obrar", que se considere el arbitraje "como uno de los casos en que el Estado deja a los individuos particulares la facultad de ejercitar una función pública, o, en general un servicio público, sin perder con todo la simple calidad de particulares, es decir, sin que asuman la de verdaderos órganos del Estado sino igualando más o menos completamente la propia actividad privada a la de un funcionario público" (2).

Siguiendo con el análisis de nuestro Código, los Jueces árbitros pueden ser de una de dos clases: Arbitros de Derecho o Arbitros Arbitradores que también se llaman amigables compondores. Art. 57 Pr.

Los Árbitros de derecho actúan como jueces de dere

(2) Ugo Rocco, Ob. Cit. pág. 84.

cho, porque en el fondo tienen que aplicar la ley sustantiva; y en la forma la ley adjetiva. Los arbitradores actúan según su íntima convicción y los dictados de su conciencia. Art. 58 Fr. "Los árbitros de derecho proceder como los jueces ordinarios y arreglarán sus procedimientos, como sus decisiones, a las leyes vigentes en la materia. Los árbitros arbitradores procederán y sentenciarán, según los dictare su conciencia, -- sin atender más que a la verdad y a la buena fé".

Art. 59 Fr. "Pueden ser árbitros de derecho o árbitros arbitradores los nacionales o extranjeros, mayores de --- veintiún años, residentes en la República y que sepan leer y - escribir, excepto los Magistrados y los Jueces de Primera Instancia".

El nombramiento de jueces árbitros o arbitradores depende exclusivamente de la voluntad y arbitrio de las partes. Art. 56 Fr. Se hace por escritura pública de compromiso, y en ésta las partes designan el objeto del litigio, las personas - elegidas como árbitros, siendo de mucha importancia designar - las facultades que tendrán, pero si se exceden de sus facultades el laudo es nulo, y si se quiere hacer cumplir, el perdido se puede interponer el recurso de casación en el caso de que se tratase de amigables componedores, de acuerdo con el Art. 2 li terial C. de la Ley de Casación, en relación con el Art. 21 -- de la misma ley. Art. 2 L.C. "Deberá fundarse el recurso en -- alguna de las causas siguientes: c) Haber dictado la sentencia los amigables componedores fuera del término señalado en el -- compromiso, o resuelto puntos no sometidos a su decisión". --- Art. 21 L.C. "El recurso de casación contra la sentencia de --

los amigables componedores, se interpondrá ante ellos mismos en el término señalado en el Art. 8, con fundamento en las causas determinadas en la fracción C) del Art. 2 de esta Ley, y el escrito llevará firma de abogado. El Tribunal arbitral procederá conforme a lo prescrito en el Art. 11 y el Tribunal de Casación de conformidad con los Arts. 12, 13, 14, 15, 16 y 17".

También en la escritura podrán las partes reservar se expresamente el derecho de apelar, pero esto únicamente puede hacerse cuando un asunto se ha sometido a arbitros de derecho y no en el caso de los arbitradores porque éstos actúan según su conciencia y no aplican ninguna ley; de modo, que solo en los de derecho se puede reservar el recurso de apelación, pues de lo contrario la ley niega dicho recurso de conformidad al Art. 986 No. 5 fr.

En los árbitros arbitradores, las partes les fijan el plazo dentro del cual deberán pronunciar la sentencia; sino se fijare plazo alguno están obligados a pronunciarla dentro de los cuarenta días contados de la fecha de su aceptación y juramento en cuyo día se les entregará el compromiso; en cambio, en los árbitros de derecho es la ley la que les da el plazo para pronunciar sentencia, tal como lo prescribe el Art. 434 Fr. Lo anterior lo establecen los Arts. 61, 62 y 66 Fr. que respectivamente dicen:

Art. 61 "El nombramiento de jueces árbitros o arbitradores se hará por escritura pública de compromiso, en que se designe el objeto del litigio, las personas elegidas por las partes y las facultades que se les concedan, so pena de nu

lidad del arbitramento; pero en los pleitos cuya cantidad o valor no excediere de doscientos colones, puede celebrar el compromiso en documento simple en papel de cuarenta centavos foja, firmado por las partes u otro a su nombre, si no supieren, y además dos testigos que presencién el convenio".

Art. 62. "En la escritura o documento de compromiso podrán las partes reservarse el derecho de apelar".

Art. 66. "Cuando las partes no fijaren plazo, las sentencias de los árbitros arbitradores deberán pronunciarse en el término de cuarenta días, contados desde la fecha de su aceptación y juramento, en cuyo día se les entregarán el compromiso. Los árbitros de derecho ejercen sus funciones en los términos señalados por la ley para los jueces ordinarios, y comenzarán a ejercerlas el día siguiente a su aceptación; y si éste fuere feriado, el primer día hábil inmediato".

El Art. 64 Pr. expresa cuales son las causas que no pueden someterse a arbitramento: 1) Las causas sobre intereses fiscales y las de Establecimientos Públicos, salvo las que procedan de contratos en que se haya estipulado el arbitramento. El fundamento de esto lo encontramos en el Art. 174 C.F., pues todo lo relacionado con materia fiscal y Establecimientos Públicos lo regulan los Arts. 47 Nos 15 y 16, 119, 125 Inc. 3o. 127 y 133 de la Constitución Política.

2) Las de beneficencia.

3) Las de divorcio; ya que la familia es la base de la sociedad y se forma por el matrimonio; de modo que el Estado debe protegerlo y fomentarlo.

4) Las de donaciones o legados para alimentos, ha-

bitación y vestido. La Ley nuestra distingue dos clases de alimentos: cóngruos y necesarios. Cuando se demanda una cuota no puede someterse a arbitramento; pero si hay cuotas vencidas podrán renunciarse o compensarse de conformidad al Art. 355 C. - que dice: "no obstante lo dispuesto en los Arts. 352 y 353 --- las pensiones alimenticias atrasadas podrán renunciarse o compensarse, y el derecho de demandarlas transmitirse por causa de muerte, venderse o cederse".

Las pensiones alimenticias atrasadas constituyen un activo que obra a favor del alimentario, y las partes pueden someterla a arbitramento, pues ya entraron a su patrimonio, y no son necesarias pues ya subsistió sin ellas, pero respecto a los futuras únicamente se pueden transar; Art. 2147 C. siempre que se den las condiciones expresadas.

5) Las del Estado Civil de las personas.

6) Las de aquellas personas naturales y jurídicas que no puedan representarse asimismo, si no es en los casos - que con las formalidades prescritas en el Código Civil, salvo las excepciones legales. 419 C.

El Art. 65 Pr. nos dice que la escritura de compromiso será presentada por cualquiera de las partes al Juez de Primera Instancia competente, nos preguntamos quien es el Juez competente? Al respecto, se aplican las reglas de la competencia siguiendo los diversos títulos, como es el domicilio del demandado, etc.

El Tribunal competente hará saber su nombramiento al árbitro o arbitrador, lo juramenta y le entrega la escritura de compromiso y con esto comienza a actuar.

Este artículo contiene un error de redacción en cuanto dice Juez de Primera Instancia competente, pues bien podrá darse el caso de encontrarse un juicio en Segunda Instancia y las partes decidir que se someta a arbitramento, entonces la escritura de compromiso será presentada a la Cámara, -- por eso debió haberse dicho Tribunal Competente en vez de Juez de Primera Instancia competente.

Antes de que un árbitro o arbitrador haya aceptado el cargo que se le ha conferido puede excusarse de conocer de él, asimismo antes de aceptarlo puede alguna de las partes recusarlo fundándose en alguna de las causales del Art. 1157 Pr. Una vez que el árbitro o arbitrador haya aceptado, ni él se puede excusar ni ninguna de las partes le puede recusar, pero éste último tiene una excepción, si la causal de excusa o recusación sobreviene en el componedor después de la aceptación del compromiso. Art. 68 Pr. "Los árbitros o arbitradores no podrán excusarse una vez que hayan aceptado el compromiso ni después de esto podrán ser recusados, excepto en uno y otro caso, aquel en que la causa de la excusa o de la recusación sobrevenga después del compromiso; pero si se declarase legal la excusa o recusación, se pasarán los autos al Juez que ha debido conocer en el asunto para que los archive. Son causas de excusa y recusación las que éste Código designa para los jueces ordinarios, y en ella se procederá de igual modo".

Art. 69 Pr. "Los jueces árbitros y los arbitradores solo podrán fallar en la forma y sobre el negocio o punto especial que se hubiere comprometido; no lo podrán hacer ni en otra forma ni sobre otro negocio o punto, aunque sea con el pre

texto de incidentes, como réditos o frutos, so pena de nulidad en la sentencia, en la parte en que ésta se hubiere excedido; pero bien pueden declarar cual de las partes debe satisfacer las costas procesales". Este artículo comprende a las dos clases de árbitros. Las partes les señalan a ambos árbitros su competencia; es decir, que es lo que deben de conocer, y solo sobre esto pueden resolver no teniendo facultad para resolver otra cosa, de lo contrario cometen exceso de jurisdicción trayendo consigo la nulidad del fallo. Nos podemos preguntar: si los árbitros se exceden en sus facultades, que efecto produce? En los amigables componedores procede el recurso de casación así lo establece el Art. 2 L. C. Literal C; respecto a los de derecho, habiéndose reservado el derecho de apelar, podrán interponer el recurso de apelación, de lo contrario y si la sentencia se funda en una Ley inconstitucional, conforme al Art. 1 de la Ley de Casación procede este recurso. Art. 1 L.C. "Tendrán lugar el recurso de casación en los casos determinados por esta ley. 3o. Contra la sentencia de los amigables componedores. - También contra las sentencias definitivas de Primera Instancia a las que la ley niega apelación, cuando en ella se haya aplicado una ley inconstitucional".

En el caso en que los árbitros sean dos o más todos tendrán que concurrir al procedimiento y al fallo sin embargo, para que haya resolución o sentencia basta que esté de acuerdo la mayoría de ellos. Esta resolución o sentencia será firmada por cada uno de los jueces, y si alguno rehusare firmar basta con hacer mención de esta circunstancia y tendrá el mismo efecto de que firmaran todos.

Art. 71. "Todos los jueces árbitros o arbitradores de una causa, deben concurrir al procedimiento y al fallo, y lo que resolvieren todos o la mayor parte de ellos, hará resolución o sentencia, ésta será firmada por cada uno de los jueces, y si alguno o algunos rehusare firmar se hará mención de esta circunstancia en la sentencia o laudo, y tendrá el mismo efecto que si hubiese sido firmada por todos".

Esto es similar a lo estatuido en el Art.47 Ley Orgánica del Poder Judicial en lo que se refiere a la Corte Plena o Pleno, en que para que haya resolución se necesita un mínimo de seis votos conformes. La situación es diferente -- cuando se refiere a las Salas y Cámaras de Segunda Instancia, -- pues de conformidad al Art. 12 Bis Ley Orgánica del Poder Judicial para que pueda haber sentencia es necesaria la conformidad de los Magistrados que la componen.

Art. 72 Pr. "En caso de discordia, los árbitros o arbitradores autorizados para nombrar un tercero en discordia, lo hará en la misma decisión que la declare; y no estando autorizados o discordando en números iguales sobre el nombramiento de terceros, será nombrado por las partes. Si éstas no se acordaren en el nombramiento, dentro del tercero día de notificárseles la discordia, los árbitros o arbitradores darán cuenta -- con la causa al Juez que debería conocer de ella, sino estuviera comprometida y éste nombrará en el acto el tercero en discordia. Los terceros nombrados jurarán ante los árbitros o arbitradores administrar justicia pronta y cumplidamente. En todo caso de discordia, ya sea en cuanto al negocio o al nombramiento de tercero, los árbitros o arbitradores o el tercero

divididos, motivarán sus votos por escrito y con sus firmas".

En el caso de que haya igual número de árbitros - nombrados por ambas partes, dictan su fallo y no se pueden poner de acuerdo, que se hace? si los árbitros están autorizados para nombrar el tercero, serán ellos los que los nombran, de lo contrario serán las partes; y si éstas, no se ponen de acuerdo, será el Juez; pero este caso no es corriente porque siempre se señala en la escritura de compromiso quien va a ser el tercero, éste rinde el juramento ante los árbitros y no ante el Juez, pues el Legislador consideró que ya estando los árbitros juramentados estaban facultados para juramentar al tercero.

En cuanto al tiempo para fallar, el tercero goza de quince días contados desde su aceptación, Art. 73 Pr. "El tercero en discordia deberá fallar en el término de quince días, contados desde la fecha de su aceptación, excepto el caso en que, en su nombramiento, las partes amplíen o restrinjan el término".

La decisión del tercero en discordia es la sentencia aunque no se adhiera a ningún parecer de los árbitros o arbitrajes.

Los árbitros no ejecutan la sentencia porque no tienen el imperio de la ley, ya que esto le corresponde al Estado y es indelegable.

El laudo tiene que ser presentado al juez competente para que lo notifique a las partes y ejecute la sentencia.- Si las partes no están de acuerdo con la sentencia, pueden pedir explicación o interponer los recursos de apelación y casa-

ción si acaso se reservaron el primero y se trate de árbitros de derecho. La sentencia de los amigables componedores no admite apelación. Art. 986 No. 4o. Fr.; pero admite el recurso de casación que se interpone ante ellos mismos. Art. 21 L.C. - Si los amigables componedores no entregan el laudo en el plazo de los cuarenta días, el compromiso cesa y si fallan después de vencido el plazo o resuelven puntos no sometidos a su decisión, el laudo es nulo. Art. 2 literal C. Ley de Casación.

Art. 76 Fr. "Dada y autorizada la sentencia o laudo, se pasará con la causa al Juez que hubiere conocido de ella si no hubiese sido comprometida. Este la notificará a las partes, admitirá los recursos de apelación y nulidad que sean permitidos, la declarará a solicitud de partes, pasada en autoridad de cosa juzgada, en su caso, y la ejecutará con arreglo a derecho.

También admitirá y sustanciará las solicitudes sobre aclaración o reforma de la sentencia o laudo, y devolverá el proceso a los árbitros o arbitradores para que resuelvan lo conveniente".

Art. 78 Fr. "Cesa el compromiso: 1) por muerte o impedimento físico de uno de los árbitros o arbitradores si no se ha estipulado su reemplazo en la escritura o documento, salvo que después lo reemplace la elección de las partes."

La razón de este numeral es porque cuando una de las partes ha escogido una persona que le sirva de árbitro, es porque ésta le merece su confianza; y es natural, que cuando ésta fallezca termine el compromiso. 2) Por haberse cumplido el plazo señalado por las partes, o el que este Código designa, sin que hayan fallado los arbitradores.

Este numeral solo comprende a los arbitadores, - porque los de derecho, si se retardan en su fallo, existe el recurso de queja por retardación de justicia, pues, se pueden interponer los recursos a que están sometidos los Jueces ordinarios.

3) Por aniquilación o pérdida del objeto disputado, no siendo por culpa de uno de los litigantes.

Si se destruye la cosa sobre la que se alega, es natural, que no puede discutirse más.

Art. 79 Pr. "todo procedimiento de los árbitros - arbitadores, después de haber cesado el compromiso o después de removidos será nulo".

Lo anterior es obvio porque ya no tienen jurisdicción.

También se ejerce jurisdicción voluntaria, dice -- el Código de Procedimientos Civiles, en todos aquellos asuntos en que intervienen los jueces ordinarios interponiendo su autoridad en donde no hay contención de partes; dichos casos se encuentran regulados en el Código Civil y en el de Comercio, y en algunos modos de proceder regulados en el Código de Procedimientos Civiles.

En lo Civil, encontremos como diligencias de jurisdicción voluntaria: a) las de aceptación de herencia; reguladas en los Arts. 1162 C. y siguientes, en las cuales el interesado o interesados se presentan ante el Juez de Primera Instancia del último domicilio del causante a pedir en conclusión se le declare heredero; el Juez manda a publicar en el Diario Oficial un aviso por medio del cual, se hace saber al público

que tal persona se ha presentado a aceptar herencia, este aviso se publica por tres veces, transcurridos quince días después de la última publicación, se declara herederos definitivos.

b) Diligencias de Reconocimiento de Firma. Promovidas de conformidad al Art. 265 No. 1 y 4o. fr. "se tiene por reconocido el instrumento privado en los casos siguientes: 1) cuando la parte a quien se opone rehusa comparecer ante el Juez competente al reconocimiento, requerida judicialmente dos veces al efecto y sin alegar una causa justa que a juicio prudencial del Juez la excuse por entonces de la comparecencia: en este caso se declarará por reconocido incontinenti con solo el pedimento de la parte interesada". En estas diligencias no hay contención de partes, pues en ella el interesado o tenedor de un documento privado, que desee elevar a la categoría de ejecutivo, solicita al Juez que cite dos veces si fuere necesario, al que ha firmado el documento a fin de que comparezca al Juzgado a reconocer la firma puesta al calce del documento privado; puede a veces resultar algún incidente cuando a aquel que se cita niega su firma lo cual puede ser objeto de un juicio de falsedad civil, pero esto es aparte de las diligencias de reconocimiento, nos referimos al reconocimiento como diligencia de jurisdicción voluntaria, al hecho de citar a una persona al Juzgado para que rinda su declaración sobre dicho reconocimiento de firma; en este hecho de comparecer la persona a rendir su declaración no hay ninguna contención. Lo mismo acontece en el numeral 4o. del mismo artículo.

c) Diligencias de calificación de edad media. Art.

331 C. "Cuando fuere necesario calificar la edad de algún individuo para la ejecución de actos o ejercicios de cargos que requiere cierta edad, y no fuere posible hacerlo por documentos o declaraciones, que fijen la época de su nacimiento, se le atribuirá una edad media entre la mayor y la menor que parecieren compatibles con el desarrollo y aspecto físico del individuo.

El Juez, para establecer la edad, oirá el dictámen de los médicos Forenses del Distrito, quienes lo harán como función de su empleo, sin ninguna otra remuneración. Si en el lugar no hubiesen médicos forenses, oirá el dictámen de facultativos, o de otras personas idóneas, etc."

d) Diligencias de nombramiento de Curador Especial, como los que se nombran, por ejemplo, en el caso del Art. 111 C.

e) Todas las informaciones ad-perpetuum, siendo éstas, según Caravantes, "la averiguación previa que se hace judicialmente y a prevención, para hacer constar, hechos que pudieren afectar en lo sucesivo el derecho o el interés de los que la promueven".

Su objeto es exteriorizar en forma solemne y documental el derecho que le asiste a la persona que lo promueve o bien preconstituir una prueba fuera de juicio, de determinados hechos; tienen bastante analogía con ciertos medios preparatorios del juicio, tales como la prueba testimonial, inspección judicial y posiciones, reguladas en el art. 162 Pr. Sin embargo hay diferencias importantes que distinguen éstas dos figuras: 1) Las informaciones se llevan a cabo en vía de ju-

jurisdicción voluntaria, no existiendo por lo tanto contención de partes. Lo contrario acontece con los medios preparatorios que van a integrar los folios del juicio cuando éste se promueva;-- 2) Las informaciones se llevan a cabo sin audiencia de una contraparte que no existe; en los medios preparatorios existe todo lo contrario, por mandato de ley; 3) Las informaciones se realizan para preconstituir una prueba sin tener a la vista un juicio concreto en el que hacerlos valer, sino para utilizarlas -- extrajudicialmente; los medios preparatorios, se promueven para hacerlos valer en un juicio que enseguida va a iniciarse y a cuyos autos aquellos se agregan (3).

Siguiendo la doctrina anterior, consideramos que los nombramientos de curador regulados en los Arts. 134, 135 y 136 Pr. en relación con el Art. 137 y 141 Pr. y los establecidos en el Art. 162 Pr., aunque presentan gran semejanza con las Informaciones Adperpetuam consideradas por Caravantes de jurisdicción voluntaria, no son en nuestra ley diligencias de jurisdicción voluntaria siguiendo la doctrina del autor anteriormente citado.

f) Diligencias de Título Supletorio. Art. 699 C. y siguientes.

h) Diligencias de Arresto Correccional reguladas en el Art. 244 C.

i) En el Título Séptimo de los Procedimientos Sumarios Libro Tercero, de nuestro Código de Procedimientos Civiles, encontramos varios procedimientos que constituyen diligencias de jurisdicción voluntaria, entre ellos podemos men--

(3) Eduardo Pallares. Ob. Cit. pág. 374.

cionar: 1) Diligencias de notificación de crédito. Art. 950 - Pr. "La notificación de la cesión de un crédito se practicará por el Juez de Primera Instancia o de Paz competente a solicitud del cesionario, quien acompañará el título del crédito si lo hubiere y el instrumento en que conste el traspaso. El juez mandará hacer la notificación, que se verificará de la manera prevenida en el Capítulo II, Título IV, Libro I, Parte Primera de éste Código, leyendo al deudor, a más del decreto que la ordena, los documentos ya mencionados, los que también se insertarán en su caso en la esuela que se deje al deudor y haciendo constar en la respectiva diligencia todo lo que haya ocurrido".

El cesionario de un derecho personal puede solicitar al Juez, que por su medio, se le haga saber al deudor quien es su nuevo acreedor. Es una notificación con las formalidades requeridas por la ley, donde no existe ninguna contienda; constituyen únicamente simples diligencias de jurisdicción voluntaria.

2) Notificación de la existencia de un crédito a los herederos. Art. 1257 C. y 592 Pr., que respectivamente dicen así: "Los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos pero los acreedores no podrán entablar ni llevar adelante la ejecución, sino pasados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos".

"No serán ejecutivas las escrituras de donación, sino desde que fue notificado el donante de la aceptación, ni las hipotecarias para perseguir los bienes hipotecados -- sin la inscripción respectiva, ni los títulos de que habla el

Art. 1257 del Código Civil sino previas las formalidades que en el mismo artículo se previene".

Al igual que las anteriores diligencias mencionadas, no es más que el acto judicial de hacerles saber a los deudores o deudor quienes son sus nuevos acreedores o acreedor; y por consiguiente, convertir el documento de crédito en ejecutivo tal como lo prescriben los mencionados artículos.

3) Diligencias de Utilidad y Necesidad. Art. 816 Pr.

4) Diligencias de Emancipación Voluntaria. Art. 825 Pr.

5) Diligencias de Nombramiento de Curador o Tutor Dativo. Art. 837 Pr.

6) Diligencias de Deslinde Voluntario. Art. 861 - Pr.

7) Diligencias de Apertura y Publicación de Testamento Cerrado. Art. 867 Pr.

8) Diligencias de Aposición de Sellos. Art. 883 - Pr.

9) Diligencias de nombramiento de Curador de una herencia yacente. Art. 900 Pr.

10) Diligencias de Consignación. Art. 946 Pr.

En el Código de Comercio antiguo, y en el nuevo Código de Comercio, podemos mencionar como asuntos de jurisdicción voluntaria, todo lo relativo al registro de comercio. Asimismo el nuevo Código, contempla el caso regulado en el Art. 8 Com. que prescribe: "El menor cuyo representante legal o guardador se niegue a dar la autorización a que se refiere el ordinal III del artículo 7, podrá recurrir al juez a fin de -

que califique sumariamente el disenso.

El menor de veintiún años y mayor de dieciocho que no tenga representante alguno, podrá ocurrir al juez para que éste sumariamente lo autorice a ejercer el comercio.

En ambos casos la certificación de la sentencia -- afirmativa del Juez deberá inscribirse en el Registro de Comercio".

Esa calificación del disenso y esa autorización -- que da el juez constituyen actuaciones de jurisdicción voluntaria en lo Mercantil; también podemos mencionar como de tal naturaleza la actuación del juez de hacer constar en el documento mismo o en hoja adherida a él, en los títulos a la orden, - la trasmisión de éste cuando dicha trasmisión no se ha verificado por endoso; así lo establece el Art. 661 Com: "Quien justifique que un título a la orden, negociable, le ha sido transmitido por medio distinto del endoso, puede obtener del Juez, - en diligencias de jurisdicción voluntaria, que haga constar -- la trasmisión en el documento mismo o en hoja adherida a él. - La constancia que ponga el juez en el título se tendrá como endoso".

De todos los casos mencionados como de jurisdicción voluntaria, no podemos asegurar que solo ellos sean los únicos; pueden existir otros esparcidos en los diversos códigos, pero creemos haber mencionado ya un buen número.

Antes de terminar este capítulo, queremos hacer notar, que hay cierta tendencia a considerar que los jueces ejercen jurisdicción voluntaria cuando interponen sus oficios en la conciliación civil, laboral y penal, en este último campo en lo que se refiere a los delitos de injuria, calumnia, - adulterio y estupro.

También consideramos como asunto perteneciente a la jurisdicción voluntaria, el juicio de divorcio por mutuo consentimiento; en el cual, ambos cónyuges están de común acuerdo por disolver el vínculo matrimonial y disponen asimismo libremente, lo referente a sus hijos en cuanto al cuidado y educación. Art. 582 Fr.

El juez en la tramitación de este juicio nombra un defensor del matrimonio, cuya misión es velar porque se cumplan las condiciones exigidas por el Código Civil a fin de que proceda dicho divorcio, pero no a hacer oposición como lo haría un cónyuge que no estuviera de acuerdo en el divorcio, lo cual puede acontecer cuando éste se pretende seguir por alguna de las causales del Art. 145 C.

En el divorcio por mutuo consentimiento, éste es unánime de parte de los cónyuges, y es más, la demanda del divorcio es presentada al juez por los interesados en persona o por medio de apoderado exclusiva y especialmente constituido para el juicio de divorcio. Art. 148 No. 1 C.

En seguida viene una serie de formalidades que no tienen mas finalidad que velar por la Institución del Matrimonio, a darles oportunidad a los cónyuges a que recapaciten y eviten algo que puede ser la consecuencia de un arrebató; y así, tenemos que el mismo Art. 148 C. Nos. 2 y 3 establece lo siguiente: 2) El juez procurará un avenimiento entre las partes y no accederá a la demanda si estas no la ratifican tres meses después de haberla entablado: esta ratificación deberá presentarse de la manera indicada en el inciso anterior; 3) dicha ratificación, para que sea admitida, deberá presentarse dentro de los quince días subsiguientes a la expiración del plazo señalado en el inciso precedente".

Confirma nuestra opinión de considerar al divorcio por mutuo consentimiento de jurisdicción voluntaria, el Art. - 585 Fr. y que prescribe: "Si los cónyuges ratificaren su solicitud en el plazo y forma establecidos por la ley y no hubiere oposición por parte del defensor del Matrimonio, se decretará desde luego el divorcio; pero en el caso de haber oposición, se recibirá la causa a prueba y se decidirá por los trámites del juicio Ordinario".

Es decir, que ratificada la solicitud por los cónyuges, y si han cumplido todas las formalidades establecidas por la ley, de tal manera que no haya oposición de parte del defensor nombrado, se decreta el divorcio; pero si el defensor se opone se recibirá la causa a prueba y se convierte en juicio ordinario, correspondiente a la jurisdicción contenciosa.

Estimamos pues, haber comentado algunos casos considerados como de jurisdicción voluntaria, y que actualmente están atribuidos a los funcionarios judiciales, pero que bien podrían estar encomendados a los notarios, funcionarios dotados por el Estado que dan fe de ciertos actos que, como en los anteriores no es necesaria la actuación judicial, pues los interesados están de acuerdo en el fondo del asunto y sólo desean revestirlos de cierta solemnidad o autenticidad,-

C A P I T U L O IX

LA JURISDICCION VOLUNTARIA EN EL PROYECTO DE CODIGO PROCESAL CIVIL. ESTUDIO CRITICO.

El proyecto de Código Procesal Civil, comprende un título preliminar. Una introducción, que comprende dos capítulos, el primero, que trata de la ley procesal civil y el segundo, del proceso.

Una parte primera o general y una parte segunda o especial. La general, está dividida en dos libros; el libro primero, comprende los elementos del proceso y el libro segundo, de la iniciación, desarrollo y conclusión del proceso. La parte segunda o especial trata de las distintas clases de procesos que comprende tres libros: el libro primero, trata de los procesos de cognición. El segundo, de los procesos de ejecución y el tercero, que regula la jurisdicción voluntaria y los procesos especiales. Es este último libro el tema que desarrollaremos en el presente capítulo.

A diferencia del Código de Procedimientos Civiles vigente, el Proyecto da las reglas generales respecto a la jurisdicción voluntaria, y así regula lo relativo al proceso, el Juez competente, requisitos que debe contener la solicitud y lo relacionado a la asistencia letrada.

A simple vista, se nota una regulación más completa en el Proyecto de Código Procesal Civil que en el actual código, que al respecto no pasa de decirnos que es jurisdicción voluntaria, cuando se ejercita y que en el trámite de las diligencias no es necesario señalar día y hora. Art. 25 Pr. y ---

1254 Pr. Las distintas diligencias de jurisdicción voluntaria se encuentran en forma desordenada en los distintos códigos vigentes.

Analizaremos el capítulo primero del Proyecto, que nos indica las reglas generales.

Art. 952. "Conforme el inciso segundo del artículo primero y en los casos determinados por la ley, se puede recurrir a la autoridad judicial para dar validez a aquellos hechos que han de producir efecto jurídico en interés de una o varias personas o para la constitución de estados jurídicos nuevos y para el desarrollo de relaciones jurídicas existentes.

Si este Código no establece el proceso especial, el Juez que conoce del negocio aplicará conforme a su criterio, aquellas disposiciones que regulan casos semejantes".

El Proyecto de Código Procesal Civil, da validez a ciertos hechos que han de producir efectos jurídicos por la voluntaria participación de las personas que intervienen regulando la actividad o intervención del Estado por medio de procesos especiales que regula en el libro tercero.

Si para un caso en particular el código no establece un proceso especial, el Juez queda facultado para resolver en dicho caso por medio de la analogía, es decir, aplicando según su criterio aquellas reglas que regulan casos semejantes.

Art. 953. "Por regla general, el juez del domicilio del peticionario es el competente para conocer de esta clase de asuntos, salvo cuando intervengan menores incapaces o sucesiones, en cuyo caso el domicilio de éstos fijará la competencia. En asuntos relativos a inmuebles el juez del lugar de su situación será el competente. Si se tuviese que emplazar a un tercero que no sea funcionario, se seguirá la regla del do-

micilio del emplazado o citado".

En asuntos en que no hayan incapaces, menores o su cesiones de por medio, la regla general de la competencia, es el juez del domicilio del solicitante. Art. 32. "El juez del domicilio del demandado es competente para conocer en todas -- clases de procesos que se siguieren contra éste".

En aquellas diligencias donde exista intereses especiales como sucesiones, incapaces, etc., es el domicilio de éstos el que fijará la competencia. Art. 34. "En todo proceso sucesoral será el competente el juez del último domicilio, el juez del lugar donde exista la mayor parte de los inmuebles, y a falta de esta última circunstancia, el juez del lugar don de hubiere fallecido.

Si hubiere fallecido en el extranjero se seguirá la regla final del Art. 36". que dice así: "En los casos en que los Tribunales Nacionales tengan competencia en las demandas contra personas que residan en el extranjero, aquellas serán llevadas ante el juez del último domicilio que el demandado tenga o haya tenido en El Salvador y si no ha tenido ninguno, ante el juez que lleve el número primero en la Capital de la República, salvo que prive cualquiera de las otras reglas -- de competencia".

Al mismo tiempo, el Proyecto de Código nos señala el caso en que puede surgir un tercero emplazado citado que -- no sea funcionario, en cuyo caso se sigue la regla común del domicilio del demandado. Si ese tercero es funcionario, se seguirán las disposiciones comunes que regulan los casos cuando son funcionarios los demandados. Art. 46. "Las demandas civiles contra los funcionarios que menciona el Art. 212 de la -- Constitución Política, así como las que se siguieren contra --

los Diputados de las Asambleas Legislativas y Constituyente, se llevarán en primera instancia ante la Cámara de lo Civil de la Primera Sección del Centro, cualquiera que fuere la naturaleza u origen del derecho controvertido, o el valor determinado o indeterminado de la cosa litigiosa.

La naturaleza o forma del proceso será determinada por las reglas generales; pero las sentencias de Primera Instancia no admitirán apelación, sino sólo el recurso de casación ante la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Cuando las acciones dichas se sigan contra los Magistrados de la Cámara de lo Civil de la Primera Sección del Centro o de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, estos Tribunales se integrarán con los suplentes respectivos para conocer de tales procesos".

Art. 47. "La responsabilidad civil de los jueces y Magistrados, aunque hayan dejado de serlo, se seguirá el juicio sumario ante el respectivo Tribunal Superior en grado, aplicándose la regla sobre los recursos que menciona el artículo anterior.

Más si se tratase de la responsabilidad civil de los Magistrados que formen parte de alguna de las Cámaras de Segunda Instancia o de la Corte Suprema de Justicia, el proceso se llevará en Primera Instancia ante la Sala de lo Civil, cuyas sentencias admitirán el recurso de casación ante la misma Corte, que conocerá en pleno, integrándose ambos Tribunales con los Magistrados suplentes si fuese necesario.

La regulación contemplada en este artículo no podrá aplicarse cuando la responsabilidad civil naciera de sentencia criminal o condenatoria por delito del funcionario, en cuyo caso la competencia estará sujeta a las reglas genera

les".

Art. 48. "Las acciones contra un juez de Primera Instancia, serán de la competencia de otro Juez de igual categoría más inmediato.

En Segunda Instancia conocerá la Cámara respectiva; en revisión si la cantidad litigada no pasare de quinientos colones; y en apelación si excediere de dicha cantidad o fuese indeterminada".

Siguiendo con la jurisdicción voluntaria en el Proyecto de Código, al respecto el Art. 954 dice: "la petición o demanda en esta clase de asuntos será escrita salvo que la ley indique la forma verbal; podrá ser presentada personalmente o por Procurador y debe contener los mismos requisitos procesales de la demanda.

Se hará mención de los documentos justificativos de la petición, los cuales tiene que presentarse con la demanda o indicarse el lugar donde se encuentren.

También se mencionará el nombre de la persona a cuyo favor se pide la providencia y en su caso, de sus parientes más próximos y de otras personas que pueden proporcionar informes y noticias".

Al igual que cualquier demanda de juicio contencioso, en el Proyecto de Código Procesal Civil, respecto a la jurisdicción voluntaria, la solicitud debe contener los mismos requisitos processales, será escrita por regla general, -- excepto en aquellos casos en que el procedimiento especial indique sea verbal. Se presentará juntamente con la solicitud todos los documentos pertinentes o indicarse el lugar donde se encuentren, personalmente o por medio de Procurador, aunque en algunos casos el Juez puede exigir la asistencia letra

da, así lo establece el Art. 955 que prescribe lo siguiente:-
"el juzgador puede exigir que la parte solicitante sea asistida por un abogado, cuando lo crea conveniente en interés de la justicia o de tercero".

Siempre que existan intereses de menores o incapaces o ausentes, que carezcan de representante legal tendrá intervención la Procuraduría General de Pobres; y cuando exista conflicto de intereses entre el solicitante y la persona incapaz, habrá lugar a nombramiento de Curador Especial o defensor.

El asunto de jurisdicción voluntaria, puede ser siempre impugnado por proceso contencioso.

Lo anterior tiene su asidero legal en los Arts. 956 y 957, que respectivamente dicen: "el juez siempre citará al Procurador General de Pobres para que intervenga cuando haya de por medio intereses de menores incapaces o ausentes que carezcan de representante.

Si entre el solicitante y la persona incapaz pueda existir conflicto de intereses, el juez le nombrará a la última un Curador Especial o defensor".

"La sentencia que resuelva el asunto de jurisdicción voluntaria puede ser impugnada ante el Juez competente por cualquier interesado, a quien le perjudique la providencia o tenga interés en el asunto. También puede hacer oposición en el curso del proceso, la cual se resolverá en los mismos autos si fuese sencilla o se tramitará en proceso separado según el caso".

Todo lo anterior, como ya lo dijimos, es lo relativo a las reglas generales de la jurisdicción voluntaria, --

en las cuales está comprendido lo que se refiere al Juez competente, al proceso, requisitos de la petición, asistencia letrada, intervención del Procurador e impugnación por proceso contencioso.

En los capítulos tercero, cuarto, quinto y sexto del Libro Tercero del Proyecto en mención, están regulados -- los distintos casos de jurisdicción voluntaria con sus respectivos procedimientos; clasificados según sus relaciones en -- asuntos de incapaces, familiares, sucesorales o de bienes; y así, entre los primeros se encuentran los procesos relativos a la representación legal, como es la suspensión de la patria potestad, nombramiento de guardadores, autorización en la venta de bienes raíces de incapaces.

Entre los asuntos familiares, está lo relativo al consejo de familia, ~~adopción~~, comprobación de preñez y constitución del Bien de Familia.

En los asuntos sucesorales, se menciona la apertura y publicación del testamento cerrado, la aposición de sellos, la declaratoria de la herencia yacente, aceptación de herencia, formación de inventario, partición de bienes y declaración de muerte presunta.

En lo relativo a los bienes está el deslinde voluntario, el proceso de título supletorio, de la consignación, de la notificación de cesión de crédito y amortización de títulos de créditos.

E S T U D I O C R I T I C O .

En el Proyecto de Código Procesal Civil los asuntos de jurisdicción voluntaria se encuentran más ordenados y mejor clasificados que en el código vigente, tiene bastante analogía con los códigos de las Repúblicas de Guatemala y Cos-

ta Rica, en cuanto hace referencia a las distintas clasificaciones por materia; pero nos atrevemos a decir, que a pesar de ser un código moderno, sigue atribuyéndole competencia al funcionario judicial exclusivamente, desestimando así, la propia naturaleza de la jurisdicción voluntaria, atendiendo a lo cual, debería estar asignada su competencia a la autoridad administrativa o al notario, según se le considere como función administrativa o notarial, ya que no puede considerársele como función jurisdiccional, por no existir contención de partes, siendo innecesario en estos casos la presencia del Juez, ya que este es la persona constituida en autoridad pública para administrar justicia, conocer y dirigir el procedimiento en materia civil, criminal, laboral, mercantil, militar y de tránsito, dictando sobre ellas las sentencias que crea justo de acuerdo a las leyes y procedimientos establecidos.-

C A P I T U L O X

LEGISLACION COMPARADA

En este capítulo haremos un breve comentario de algunas legislaciones; creemos de mejor provecho escoger la de algunos países de Centroamérica y de México.

El Código Procesal Civil y Mercantil de la República de Guatemala, en relación a la jurisdicción voluntaria, nos dice en el Art. 24 "Para el conocimiento de los asuntos de jurisdicción voluntaria son competentes los Jueces de Primera Instancia, de acuerdo con las disposiciones de este Código".

El Libro IV del mismo Código, trata de los PROCESOS ESPECIALES. TITULO I. JURISDICCION VOLUNTARIA-CAPITULO I. DISPOSICIONES COMUNES. ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA.

Art. 401 "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 promovido ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas".

PRINCIPIO GENERAL. Art. 402 "Las informaciones -- que las leyes exigen para la realización de ciertos actos, como el otorgamiento de autorizaciones judiciales, rectificaciones de partidas, etc. y todos los que no estuvieren especialmente reglamentados, se sujetarán a lo dispuesto en este título, aplicándose, además, lo que particularmente establezcan como requisito especial las leyes respectivas".

SOLICITUD Y AUDIENCIA. Art. 403 "Las solicitudes

relativas a jurisdicción voluntaria se formularán por escrito ante los Jueces de Primera Instancia; y cuando fuere necesaria la audiencia de alguna persona, se le notificará para que dentro de tercero día la evacúe.

Los documentos que se presentaren y las justificaciones que se ofrecieren serán recibidos sin necesidad de citación.

Se oirá al Ministerio Público.

1o.) Cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos.

2o.) Cuando se refiere a personas incapaces o ausentes".

OPOSICION. Art. 404. "Si a la solicitud se opusiere alguno que tenga derecho para hacerlo, el asunto será declarado contencioso, para que las partes acudan a donde corresponde a deducir sus derechos.

Si la solicitud se hiciere por quien no tenga derecho en el asunto, el juez la rechazará de oficio".

CARACTER REVOCABLE DE LAS PROVIDENCIAS. Art. 405 - "El Juez podrá variar o modificar las providencias que dictare, sin sujetarse a los términos y formas establecidas para la jurisdicción contenciosa".

En Guatemala, al igual que en nuestro país, la jurisdicción voluntaria, comprende los actos que requieran la intervención del Juez sin que exista contienda entre partes, pero existen diferencias notorias pues ya en Guatemala hay un título que regula la jurisdicción voluntaria y establece las disposiciones generales; en el capítulo I y II, están reglamentados los distintos procesos especiales que son asuntos de mera

jurisdicción voluntaria, y así, están los asuntos relativos a la persona y a la familia, tales como declaratoria de interdicción o incapacidad; ausencia y muerte presunta; disposiciones relativas a la administración de bienes de menores, incapaces y ausentes, en las cuales está el discernimiento para los cargos de tutor o guardadores, excusas, impedimentos, modo de suplir el consentimiento para contraer matrimonio o sea la dispensa judicial; divorcio y separación por mutuo consentimiento; disposiciones relativas a los actos del estado civil como las que tienden al reconocimiento de preñez o parto, cambio de nombre, identificación de persona, asiento y rectificación de partida, diligencias sobre constituir un patrimonio familiar; subastas voluntarias y todo lo relativo a sucesiones. El Art. 24 del Código en mención coloca a los jueces de Primera Instancia, como los únicos funcionarios para conocer en materia de jurisdicción voluntaria, pero al examinar el resto de artículos que hacen referencia a los distintos procesos que son asuntos de jurisdicción voluntaria, en el Cuerpo de Leyes que estamos comentando, encontramos que en lo relativo a la identificación de la persona, distingue si se refiere al propio interesado o a un tercero.

Si es el propio interesado el que pretende la identificación de su persona que constante y públicamente hubiere usado y fuere conocida con nombres distintos del que aparece en su partida de nacimiento, podrá pedir ante un notario su identificación; el testimonio y una copia se inscriben en el Registro.

Ahora, si es un tercero, se podrá pedir ante el Juez de Primera Instancia o un Notario. Así lo establece el Art. 440, que al tener literal, dice: "Cualquier persona que

constante y publicamente, hubiere usado nombre incompleto u omi-
tiere alguno de los apellidos que le corresponden podrá pedir
ante un notario, conforme a lo establecido en el Código Civil
su identificación, la que se hará constar en escritura pública;
el testimonio y una copia se presentarán al Registro Civil co-
rrespondiente para la anotación de la partida".

La identificación de un tercero, se podrá pedir an-
te el Juez de Primera Instancia o un notario, la solicitud se
mandará publicar en el Diario Oficial en un edicto que contene-
drá el nombre completo de la persona cuya identificación se --
pide, los nombres y apellidos que hubiere usado constante y pu-
blicamente y los que aparezcan en su partida de nacimiento. El
solicitante aportará la documentación que tuviere y propondrá
la información de testigos, pudiendo ser parientes de la perso-
na de cuya identificación se trate.

Entonces del texto de este artículo, se concluye -
que no es únicamente el Juez de Primera Instancia el funciona-
rio competente, sino que esta clase de jurisdicción es delega-
da también siguiendo la tendencia moderna al notario, funciona-
rio público en capacidad suficiente para conocer de estos asun-
tos, pues analizando el concepto de jurisdicción voluntaria --
que da Carlos Castellanos R., en su obra Derecho Procesal Gua-
temalteco, Segundo Curso de Procedimientos Civiles, y en el --
cual expresa: "Es la facultad concedida a los jueces ordina---
rios para conocer de actos determinados y relaciones de dere--
cho no contravertidos, ni tampoco contradichos, con la única -
finalidad no solo de solemnizarlos y legalizarlos, sino tam---
bién de dejar constancia auténtica de ellos" (1). Podemos ---

(1) Derecho Procesal Guatemalteco, 2o. Curso Pr. Civiles,
Carlos Castellanos R.

afirmar que dicho autor está de acuerdo con la doctrina moderna, pues en la última parte del concepto destaca la misión propia del notario, del cual se ha dicho, es el funcionario público autorizado para dar fé, conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales; también se ha dicho, que es el Profesional del Derecho, que ejerce una función pública para robustecer con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta de los negocios jurídicos privados y de cuya competencia solo por razones históricas están sustraídos los actos de jurisdicción voluntaria; en esta forma se reservarían así únicamente los asuntos contenciosos a los Tribunales de Justicia, a los cuales se tendría que recurrir siempre que surgiera alguna disputa, tal como lo dispone el Art. 404, anteriormente transcrito, en relación con el artículo 441, que al respecto dice: "Si se tratase de la identificación de un tercero y hubiere oposición dentro de los diez días siguientes a la fecha de publicación, se seguirá en juicio ordinario ante un Juez de Primera Instancia -- suspendiéndose las diligencias voluntarias. En este caso el notario que coniciere de ellas, la remitirá al Juez correspondiente.

Si no hubiere oposición, el juez dictará resolución declarando si procede o no la identificación y mandará que se anote en el Registro Civil. La resolución es apelable".

Asimismo creemos oportuno comentar algo sobre el proceso de rectificación de partida; entre nosotros, son procesos que corresponden a la jurisdicción ordinaria cuya contraparte es el Síndico Municipal; este podrá oponer excepciones, apelar de la sentencia, o sea hacer oposición, razón por la --

cual se considera asunto contencioso y no de jurisdicción voluntaria. En Guatemala dichos juicios son considerados de jurisdicción voluntaria.

Algo que regula el Código de Guatemala a diferencia del nuestro, son las "SUBASTAS VOLONTARIAS", a las cuales les asigna un capítulo aparte, y así, en el capítulo tercero aparece el título de "SUBASTAS VOLONTARIAS". Solicitud.- ARTICULO 447. "Para que pueda anunciarse subasta judicial voluntaria deberá acreditarse por el que solicite, que le pertenece lo que ha de ser objeto de la subasta y los gravámenes y anotaciones vigentes, que aparezcan en el Registro, debiendo notificarse a los que tengan interés.

Llenados los requisitos anteriores el juez accederá al anuncio de la subasta en la forma y bajo las condiciones que propusiere el que la haya solicitado, pudiendo repetirse cuantas veces lo pida el interesado".

CONDICIONES DE LA SUBASTA. Art. 448. "En la subasta voluntaria, el vendedor o quien legítimamente represente sus derechos, es libre para establecer las condiciones que le convengan, y para aceptar las propuestas por el postor.

Sin que conste el consentimiento del vendedor, el juez no podrá mandar apercibir de remate; y el Secretario o testigos de actuación, cuidarán de hacerlo constar en el acta respectiva y de puntualizar en la misma todas las condiciones del contrato".

SUBASTA ANTE NOTARIO. Art. 449. "Las subastas voluntarias a que se refiere este capítulo podrán llevarse a cabo ante notario, en las condiciones que libremente fijen las partes".

En las subastas voluntarias, vemos una vez más,

que son delegadas no solo ante el Juez sino que también al notario.

Los demás temas de jurisdicción voluntaria que -- comprende el Código que estamos comentando, son temas que en el nuestro, son también considerados de esa misma naturaleza, pero que no se encuentran regulados en libro aparte, sino como ya lo expusimos en capítulo anterior; actualmente la jurisdicción voluntaria se encuentra regulada en forma desordenada, aunque en el Proyecto del Código Procesal Civil, esa materia es objeto de una regulación ordenada, comprendiendo un libro -- dividido en varios capítulos.

El Libro Tercero, Título Primero del Código de -- Procedimientos Civiles de la República de Costa Rica, contiene las disposiciones generales sobre los actos de jurisdicción -- voluntaria, considerando estos como en los que se solicita la intervención del juez sin haber o existir litigio entre partes, así lo establece el Art. 702, que al tenor literal dice así: "Se consideran actos de jurisdicción voluntaria aquellos en que sea necesario o se solicite la intervención del Juez -- sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna".

En relación a las actuaciones de jurisdicción voluntaria, éstas no están sujetas a las reglamentaciones que -- para los asuntos contenciosos señale el Código, relativos a -- los días y horas para hacer notificaciones y demás diligencias; en cuanto al término para mandar a oír personas, variar o modificar resoluciones a excepción de los autos que tengan fuerza de definitivos; así lo establecen los artículos 703, -- 704 y 705, que por su orden dicen lo siguiente: "Si el que -- promoviere el acto pidiere que se oiga alguna otra persona, o lo solicitare alguien que tuviere interés legítimo en él o el

juez lo estimare conveniente, se otorgará la audiencia por un breve término que fijará el juez según las circunstancias del caso.

Con el fin de que pueda evacuarse la audiencia, se pondrán de manifiesto los autos en la Secretaría".

"En los casos en que la audiencia proceda, una vez evacuada, se oirá en la forma prevenida en el artículo anterior al que haya promovido el expediente".

"En asuntos de jurisdicción voluntaria podrá el juez variar o modificar las resoluciones que dictare sin sujeción a lo prescrito para los asuntos contenciosos.

No se comprenden en esta disposición los autos que tengan fuerza de definitivos y contra los cuales no se hubiere interpuesto recurso alguno".

"Siempre que haya de por medio intereses públicos, o de menores inhábiles o ausentes, se oirá desde el principio al Ministerio Público, al representante legal del Patronato -- Nacional de la Infancia, o de la Junta Provincial, así lo establece el artículo 706". Se oirá desde el principio y se tendrá por parte al Ministerio Público en los casos en que la solicitud afecte los intereses públicos, o los de un menor, de un inhábil o de un ausente.

En los casos en que la solicitud afecte intereses de menores se oirá desde el principio y se tendrá como parte al Representante Legal del Patronato Nacional de la Infancia o de la Junta Provincial correspondiente a la jurisdicción del Juez.

El representante del Ministerio y en su caso el del Patronato Nacional de la Infancia o de la Junta Provincial respectiva, emitirán su dictámen y harán sus pedimentos por escri

to.

Para la tramitación de los actos de jurisdicción voluntaria y en lo que se refiere a documentos que se presentaren y justificaciones que se ofrecieren, se admitirá sin necesidad de solicitud ni otra solemnidad; así lo dice el Art. 707, "Se admitirán sin necesidad de solicitud y otra solemnidad alguna los documentos que se presentaren y las justificaciones que se ofrecieren".

Si resultare oposición por alguien que tenga interés en el asunto, este se volverá contencioso y se tramitará, por los procedimientos establecidos según la cuantía. Art. 708. "Si a solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto se hará contencioso el expediente sin alterar la situación que tuvieran los interesados al tiempo de ser incoado y lo que fuere objeto de él y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda según la cuantía.

Al hacerse contencioso el asunto o negocio en que intervenga el Ministerio Público cesará la representación de éste y se tramitará con el Representante legítimo".

Análoga a la disposición 703 del Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica, hay una en nuestro Código, regulada en las Disposiciones Generales, y es el Art. 1254 Pr. que al respecto dice: "En los asuntos de mera jurisdicción voluntaria, para la práctica de diligencias, no será necesaria señalar lugar, día y hora, salvo que sea para remates, o cuando se hubiere presentado persona haciendo oposición".

Continuando con el Código de Costa Rica, en el título Segundo del mismo Libro, se encuentran reguladas las dis-

tintas actuaciones consideradas como de jurisdicción voluntaria, y así se consideran, "Las oposiciones al matrimonio", "Depósito de personas", "Tutela y curatela", "Procedimiento sobre enajenación de bienes de menores e incapacitados y acerca de otros asuntos en que ellos se hallen interesados", "Deslinde y amojonamiento", "Consignación", "Ausencia", y "Apertura o protocolización de los testamentos".

Todas las anteriores diligencias son consideradas por nosotros de idéntica naturaleza.

El título XV del Código de Procedimientos Civiles de México se intitula "De la jurisdicción voluntaria", el cual comprende siete capítulos; en el primero, están las disposiciones generales y en los restantes están regulados los distintos procedimientos a seguir en la diversas actuaciones estimadas por aquella legislación como jurisdicción voluntaria.

En México, son actos de jurisdicción voluntaria, aquellos 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. Art. 893.

Cuando en la tramitación de algún asunto de jurisdicción voluntaria sea necesario la audiencia de alguna persona, se le citará y quedarán a su disposición durante tres días, las actuaciones en la Secretaría del Juzgado para que se impongan de ella. Art. 894. "Cuando fuere necesaria la audiencia de alguna persona se le citará conforme a derecho, advirtiéndole en la citación que quedan por tres días las actuaciones en la Secretaría del Juzgado para que se imponga de ellas y señalándole día y hora para la audiencia, a la que concurrirá el --

promovente, sin que sea obstáculo para la celebración de ella -- la falta de asistencia de éste".

Al igual que en Costa Rica y en nuestro país cuando existan de por medio intereses de menores, incapaces o ausentes se oirá al Ministerio Público. Art. 95 L.O.M.P.

Art. 895. Se oirá precisamente al Ministerio Público: primero, cuando la solicitud promovida afecte los intereses públicos. Segundo, cuando se refiere a la persona o bienes -- de menores o personas incapacitadas. Tercero, cuando tenga relación con los derechos o bienes un ausente. Cuarto, cuando -- lo dispusieren las leyes.

Si en el negocio de jurisdicción voluntaria se presenta oposición, de inmediato se vuelve asunto contencioso, y -- se tramitará en juicio sumario, siempre que la oposición no se funde en la negativa del derecho del que promueve el asunto de jurisdicción voluntaria. Art. 896, "Si a la solicitud promovida se opusiere parte legítima, se seguirá el negocio en procedi-- miento sumario, siempre que la oposición no se funde en la negativa del derecho del que promueve el negocio de jurisdicción voluntaria. En tal caso se sustanciará el pleito conforme a los trámites establecidos para el juicio que corresponda.

Si la oposición se hiciere por quien no tenga personalidad ni interés para ello, el juez la desechará de plano. -- Igualmente desechará las oposiciones presentadas después de efectuado el acto de jurisdicción voluntaria reservando el derecho a la oposición".

En lo relativo a los términos, México al igual que en Costa Rica y Guatemala la jurisdicción voluntaria no esté sometida a ellos en forma estricta, a excepción de los autos que

tengan fuerza de definitivos. Art. 897, "El juez podrá variar o modificar las providencias que dictare sin sujeción a los términos y formas establecidos respecto de la jurisdicción voluntaria.

No se comprenden en esta disposición los autos que tengan fuerza de definitivos y contra los que no se hubiere interpuesto recursos alguno, a no ser que se demostrara que cambiaron las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción".

En México existe artículo expreso en el cual se admite el recurso de apelación para los negocios de jurisdicción voluntaria. Art. 898. "Las providencias de jurisdicción voluntaria son apelables en ambos efectos, si el recurso lo interpusiere el promovente de las diligencias, y solo en el devolutivo -- cuando el que recurre hubiere venido al expediente voluntariamente o llamado por el juez o para oponerse a la solicitud que haya dado motivo a su formación".

Los capítulos segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo tratan de los diversos actos de jurisdicción voluntaria, y así el capítulo segundo dice: "del nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de estos cargos"; el capítulo tercero, "de la enajenación de bienes de menores o incapacitados y transacción acerca de sus derechos", el cuarto, "de la adopción"; el quinto, "de las Informaciones Ad-perpetuan"; el sexto, "Apeo y deslinde", y séptimo, "disposiciones relativas a otros actos de jurisdicción voluntaria, entre los cuales está la habilitación para comparecer en juicio del menor de más de dieciocho años cuando su representante legal está ausente, se ignore su paradero o se niegue a representarlo; las solicitudes de emancipación o habilitación de edad, la autorización judi--

cial que soliciten los emancipados o habilitados de edad para enajenar o gravar bienes raíces o para comparecer en juicio;- el permiso que para contratar con su marido o para obligarse solidariamente a ser su fiadora solicite la mujer casada; la calificación de la excusa de la patria potestad o a tutela y que fueren maltratados por sus padres o tutores o reciban de éstos ejemplos perniciosos o sean obligados por ellos a cometer actos reprobados por las leyes; de huérfanos o incapacitados -- que queden en abandono por la muerte, ausencia o incapacidad física de la persona cuyo cargo estuvieren; la mujer menor de edad que deseando contraer matrimonio necesite acudir a la autoridad competente para suplir el consentimiento de sus padres, puede solicitar su depósito.

Lo anterior demuestra gran similitud con nuestra legislación, aunque no en la clasificación, pues ésta no existe en el Código Vigente únicamente en el Proyecto, ya que casi en su totalidad los actos considerados por la legislación mexicana como de jurisdicción voluntaria, son considerados de tal naturaleza por nuestro Código Vigente y el Proyecto, a excepción de algunos que no son objeto de regulación; por ejemplo, la solicitud de permiso que para contratar con su marido o para obligarse solidariamente a ser su fiadora solicite la mujer casada.

En las tres legislaciones extranjeras que hemos brevemente comentado y en el Proyecto nuestro, hemos observado que hay ciertas características comunes en los procedimientos establecidos para la tramitación de los negocios pertenecientes a la jurisdicción voluntaria; ellas son: primero, la no sujeción a los términos y formalidades establecidas para los juicios contenciosos, pues no habiendo ninguna contienda pendiente entre partes, es natural esa no sujeción a los términos, pues de ese

modo el juez expedita de una manera más rápida las diligencias sometidas a su conocimiento; segundo, presentación de documentos sin necesidad de previa citación; ello resulta de la propia naturaleza de la jurisdicción voluntaria, pues al no existir contención de ninguna clase, todo documento justificativo que presente el interesado sea recibido sin previa citación de parte contraria que no existe. En caso de que surja alguna oposición a lo solicitado por quien inició las diligencias voluntarias, estas concluyen para entrar al juicio contencioso correspondientes; tercero, la formulación por escrito de las solicitudes relativas a jurisdicción voluntaria; desechando por consiguiente la forma verbal; salvo excepciones muy contadas en nuestra legislación; cuarto, la intervención del Ministerio Público cuando haya de por medio intereses de menores, ausentes e incapaces; la intervención de esa institución es necesaria cuando dichos intereses pudieren salir perjudicados.

Asimismo podemos decir, que los asuntos de jurisdicción voluntaria son de dos clases: generales y de tramitación especial; sujetándose estas últimas en cuanto a su procedimiento a normas especialmente señaladas para cada una de ellas.

Esas características en la tramitación del acto de jurisdicción voluntaria, no se observa en nuestro Código por la falta de regulación ordenada y científica. Sin embargo el Proyecto nuestro, si presenta en forma clara las características mencionadas, pues existe una regulación más metódica, estableciendo una parte que contiene los principios generales y otra, los especiales.-

=====

BIBLIOGRAFIA

RAFAEL BIELSA

Cuestiones de Jurisdicción.
Acciones y Recursos. 1956.

JAIME GUASP

Derecho Procesal Civil, 3a. Edición corregida. Tomo I. Introducción y parte Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1968.

ENRICO ALLORIO

Problemas de Derecho Procesal, Tomo II.
Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, traducción Santiago Sentis Melendo.

PIERO CALAMANDREI

Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vol I.

GIUSEPPE CHIOVENDA

Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vol II. 1a. Edición, 1940.

JOSE CHIOVENDA

Principios de Derecho Procesal Civil, Madrid, Editorial Rens, 1925.

LUIS MATTIROLLO

Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I.

MANUEL DE LA PLAZA

Derecho Procesal Civil Español, Vol I. Editorial Revista de Derecho Privado.

MANUEL DE LA PLAZA

Vol II, 3a. Edición.

LEONARDO PRIETO-CASTRO

Derecho Procesal Civil, Manual Tomo I, 1955.

UGO ROCCO

Teoría General del Proceso Civil.
Editorial Porrúa, S.A.

ENRICO RELENTI

Derecho Procesal Civil, Tomo I.
Ediciones Jurídicas Europa-América.

ADOLFO MALDONADO

Derecho Procesal Civil, 1a. Edición. Antigua Librería Robredo, de José - Porrúa e hijos, México, 1947.

EDUARDO J. COUTURE

Fundamentos de Derecho Procesal Civil, 3a. Edición, 1962.

JOSE M. MUSTAFICH

Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial, Tomo I. Ediar-Soc.--- Anom. Editores Sucesores de Cia. Argentina de Editores, S.R.L., Buenos Aires.

EDUARDO FALLARES

Diccionario de Derecho Procesal Civil, 4a. Edición corregida y aumentada, Editorial Porrúa, S.A., México, 1963.

FRANCISCO MARTINEZ- SEGOVIA

Función Notarial, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

CARLOS CASTELLANOS R.

Derecho Procesal Guatemalteco, Segundo Curso de Procedimientos Civiles.

D. JOSE GONZALEZ PALOMINO

Instituciones de Derecho Notarial, Tomo I. Instituto Editorial Reus - Centro de enseñanza y Publicaciones, S.A., Madrid, 1948.

R. CARRE DE MALBERG

Teoría General del Estado Versión española de José León Depetre, Edición española, 1948.

EUSTORGIO SARRIA

Derecho Administrativo, 3a. Edición.

ENRIQUE SAYAGUES LASO

Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Montevideo.

MIGUEL LANZ DURET

Derecho Constitucional Mexicano, 4a. Edición corregida.