

# El escribano y la jurisdicción voluntaria\*

Consejo Federal del Notariado Argentino

## I. INTRODUCCION\*\*

En el campo de la doctrina se han formulado dos tesis fundamentales, en las que, por una parte, se ha considerado que la función notarial en sí misma es genuina jurisdicción voluntaria, en tanto que, por la otra, se trata de sustraer la jurisdicción voluntaria del ámbito judicial para transferirla al notarial.'

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

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

---

\*Por invitación del Colegio de Escribanos de Salta, hemos escrito este trabajo, en homenaje a la memoria de Francesco Camelutti.

\*\* VID Congreso Internacional del Notariado Latino (México, octubre de 1965). Consejo Federal del Notariado Argentino.

1.- Cfr. Alcalá Zamora y Castillo: "Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria", en Revista de Derecho Procesal, año VII, No IV, pág. 287.

2.-Couture: Fundamentos del derecho procesal civil (3a. ed.), pág. 44.

3.-Couture: "El cocepto de fe pública" (Introducción al estudio del Derecho Notarial), en Revista de Derecho Procesal. año V, No 1, pág. 3.

El concepto de "jurisdicción" tiene una importancia extraordinaria para la ciencia del proceso; está comprendido entre los que se califican de nociones sistemáticas del derecho procesal y es tal su trascendencia que se afirma que constituye realmente una materia muy ardua y peligrosa" y en una feliz expresión se ha dicho que es una prueba de fuego para los juristas.

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

#### a) Teoría del criterio organicista

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

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

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

---

4. Galli: "El concepto de jurisdicción", en Revista Crítica de Jurisprudencia, año m, Ng 22, págs. S 10 ysigs.

Indudablemente, que la "jurisdicción" se ejerce, normalmente, por el Poder Judicial (de acuerdo con la división de los poderes dentro de nuestra organización política), pero el derecho positivo puede ahibuir la también a ciertos órganos que no son del Estado sin que por ello se desnaturalice la función misma como ocurre con el proceso eclesiástico y el arbitraje.<sup>5</sup>

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

Puede darse el caso de un acto legislativo formal con contenido jurisdiccional (leyes solamente fonnales que pueden hasta atribuir un Derecho a una persona dereterminada Y hasta resolver un contrato).'

c) Teoría subjetiva de la jurisdicción Según esta teoría el Estado mediante la jurisdicción tutela el derecho subjetivo violado o amenazado.

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

jurisdiccional.

Así, v. g., el nuevo Código Procesal Civil de Mendoza establece que el Poder Judicial interviene, aun sin la existencia de lesión actual; para declarar la norma concreta aplicable en el caso planteado, siempre que el peticionante ostente un interés legítimo (art. 3).

---

5. Reimundín: "Naturaleza jurídica del proceso eclesiástico en los litigios matrimoniales", en Jurisprudencia Argentina, 1961, V, seco dos., pág. 93.

6. Galli: Loe. cit.

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

#### d) Teoría objetiva de la jurisdicción

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

#### e) Teoría del derecho incierto

Para esta concepción es tarea esencial y característica de la actividad jurisdiccional, verificar en cada caso un derecho incierto o cuestionable. Se le ha formulado la objeción de que no siempre existe incertidumbre; por otra parte, la autoridad administrativa también resuelve cuestiones controvertidas; además, en el proceso de ejecución puede no existir esa incertidumbre y sin embargo se ejerce jurisdicción.

#### f) Teoría de la composición del litigio

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

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

La composición del litigio, entendiéndose por litigio, según Camelutti, como

"el conflicto de intereses cualificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro? limita el proceso contencioso y amplía considerablemente el campo del proceso voluntario.

Carnelutti observa que se comprueba una tendencia difusa de los ordenamientos procesales (v. g., el párrafo 256 de la Z: e o. alemana) a establecer una fórmula" que rebasa los límites de la pretensión discutida". En opinión de Carnelutti.s el límite del proceso de accertamiento hay que situarlo, ya que no en la actualidad, sí en el "peligro del litigio"; existiría, por tanto, un interés en el accertamiento cuando aun sin discutirse actualmente una pretensión y no habiéndose, por lo mismo, manifestado el litigio, no se halle excluida su posibilidad en el futuro,"

En esta teoría, el elemento formal de la contienda tiene una importancia particular frente al elemento material o sustancial. Pensamos que la "pugna de voluntades" puede no concurrir y manifestarse la situación contrapuesta de dos partes respecto de una relación jurídica cualquiera cuya solución sólo puede conseguirse con intervención del juez. 10

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

Finalmente puede observarse que si se establece como elemento esencial de la jurisdicción la existencia del litigio, todos los casos -que esta doctrina llama proceso sin litigio- deberían ser excluidos de la verdadera y propia jurisdicción, y relegados al campo de la llamada jurisdicción voluntaria. 11

---

7. Calamandrei: Instituciones de derecho procesal civil. 1, pág. 105.

8. Carnelutti: Sistema de derecho procesal, 1, pág. 175.

9. Carnelutti: Op. cit; pág. 175.

10. Lascano: "Jurisdicción y proceso", en Estudios en honor de A/sina. pág. 378.

11. Calamandrei: Inst .• pág. IOS.

12. Galli: "El concepto de jurisdicción"; Carnelutti: Sistema. I. Nos. S4 y 87.

### g) Teoría sobre el predominio del elemento lógico

Esta posición tiene en cuenta el elemento lógico de la jurisdicción, señalando que en la función administrativa prevalece el acto de voluntad, mientras que en la función jurisdiccional prevalece el acto de inteligencia.

Según esta teoría no existiría un criterio diferencial que permita deslindar sustancialmente la administración y la jurisdicción.

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

Aquí se propone como base el carácter subsidiario de la jurisdicción consistente en la sustitución de una actividad pública a una actividad ajena.<sup>12</sup>

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

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

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

i) Teoría de la adopción y teoría de los equivalentes jurisdiccionales Para explicar el delicado problema de la naturaleza jurídica del proceso eclesiástico y del arbitraje, han surgido las teorías de la adopción y de los equivalentes jurisdiccionales.

Bajo el régimen del matrimonio religioso establecido por el código civil, es decir, desde ello de enero de 1871 hasta ello de diciembre de 1889, los jueces eclesiásticos tenían competencia para conocer y resolver en las causas siguientes: 10 las relativas a impedimentos para el matrimonio entre católicos o entre católico y cristiano no católico, y sus dispensas; 20 las de divorcio entre los casos ante la Iglesia católica o con autorización de ella en los matrimonios mixtos; 30 las de disolución o nulidad de matrimonio (arts. 168, 182, 201 a 203, 221, 225 Y 226 del Cód. Civil).

La ley del matrimonio civil suprimió aquella competencia; a partir de la fecha últimamente indicada, el conocimiento y decisión de los juicios de divorcio y nulidad de matrimonio corresponde exclusivamente a los jueces civiles.

Pero cabe preguntar, si tuvo carácter jurisdiccional el proceso eclesiástico, antes de la vigencia de la ley citada (10 de Diciembre de 1889).

El planteo del interrogante tiene verdadera importancia Doctrinal porque revela la existencia de un problema con trascendencia jurídica en el orden sustancial y procesal a través de Los siguientes elementos:

a) La existencia de un órgano procesal como era el Provisor y Vicario General, único juez competente según nuestro código civil para los juicios de divorcio y nulidad de matrimonio; b) existencia de un proceso, con las instancias y recursos correspondientes; c) una decisión que era sentencia por sí misma y con eficacia jurídica.

En nuestra opinión, el proceso eclesiástico tiene carácter jurisdiccional, pues el Provisor y Vicario General estaba facultado por la ley para decidir y por lo mismo para imponer por sí su decisión con todos los efectos civiles respecto a las partes. Esta actividad aun cuando no emana de un órgano del Estado, es siempre pública por su fin y sus efectos, pues aunque las partes quisieran de común acuerdo el divorcio o la nulidad de matrimonio, tales efectos no pueden conseguirse fuera del ámbito procesal y la decisión pronunciada con finalidad constitutiva agota la función jurisdiccional.

Es que cabe distinguir los dos momentos o fases de la jurisdicción y los distintos modos en que ésta se ejerce; tendríamos, por una parte, la actividad de juzgar a cargo de los órganos de la cognición, señalados por la ley, y por otra, la ejecución forzada. Esta última fase no se daba en el proceso eclesiástico con fines constitutivos solamente.

Frente a una solución positiva semejante, Carnelutti advierte que el Estado puede servirse del proceso eclesiástico no sólo para la composición de ciertos litigios, sino además para utilizarlo únicamente de tal manera que la trascendencia religiosa del litigio sea un presupuesto para sustraerlo a la jurisdicción."

De la misma manera que para la composición de los litigios del Estado puede no prescindir, y en realidad no prescinde de la existencia de otros Estados y de sus correspondientes órdenes jurídicos y procesales, así también puede tener en cuenta la existencia de un orden jurídico y procesal dependiente de una Iglesia y en particular de la Iglesia católica. De esta manera es que sitúa al proceso extranjero en el sector de los equivalentes jurisdiccionales. 14

---

13. Carnelutti: Sistema. I. Nos. 54 y 87.

14. Carnelutti: Loe. cit.

Alcalá Zamora y Castillo y Levene (h.), señalan como innegable el carácter de equivalente jurisdiccional del proceso eclesiástico." .

Otra cuestión interesante y que es muy controvertida, es la referente al carácter jurisdiccional del arbitraje.

Gallí sostiene que los árbitros no ejercen una función pública y estatal, como es por su esencia la jurisdicción.

Ahora bien, para explicar cómo adquiere autoridad de cosa juzgada la

decisión de los árbitros, utiliza la teoría de la adopción. De acuerdo con esta tesis, se produce un verdadero fenómeno de adopción: en ciertos casos y bajo ciertas condiciones bien determinadas, el órgano jurisdiccional adopta y hace suya la decisión de los particulares y la considera como si hubiera emanado del propio órgano estatal. De conformidad con la legislación con referencia a la cual se formula esta teoría, la adopción se produce por el derecho que declara ejecutivo el laudo arbitral y solamente después del mismo es que se podría hablar de la eficacia de cosa juzgada de la resolución arbitral. Es indudable que este criterio no puede aplicarse a nuestro régimen procesal.

Entre nosotros, la cuestión ha sido controvertida. Lascano sostiene que los árbitros no ejercen jurisdicción, por cuanto ésta es una función pública que supone la intervención del Estado, y otros autores niegan también el carácter jurisdiccional porque los árbitros carecen del imperium y éste es uno de los atributos de la jurisdicción," Mientras que Ottolenghi con argumentos muy sólidos y bien fundados demuestra la índole jurisdiccional del instituto."

Alcalá Zamora y Castillo y Levene (h.), consideran que más Código de comercio y leyes compelememanas: Comentados y concordados. 1, pág. 560.

---

15. Alcalá Zamora y Castillo y Levene (h.): Derecho procesal penal, 1, pág. 207 Y s1gs.

16. Couture: "El concepto de jurisdicción laboral".

17. Ottolenghi: "Conceptos fundamentales para una construcción del instituto arbitral. Naturaleza del arbitraje, en Revista de Derecho Procesal, año 1, págs. 154 Y sigs. Cfr. también Zavala Rodríguez:

Que un mero equivalente (jurisdiccional), el arbitraje constituye un auténtico Proceso jurisdiccional. 18 A1sina, igualmente, reconoce el carácter jurisdiccional. 19

Adherimos sin vacilación a la tesis jurisdiccionalita. Pensamos que corresponde distinguir los dos momentos de la jurisdicción: la fase de la cognición y la ejecución forzada.

j) Teoría que considera a la jurisdicción como un complemento de la actividad legislativa

Se afirma que la jurisdicción es el complemento necesario de la actividad legislativa, a la que conceptual y cronológicamente, es posterior; la actividad legislativa desde este punto de vista, Pone el derecho en la sociedad, mientras que la jurisdicción lo determina y lo hace valer en las relaciones sujetas a él.

RaneJlelti define la jurisdicción Como la actividad del Estado tendiente a hacer valer y aplicar el derecho objetivo en las relaciones Particulares concretas, mediante la resolución definitiva y obligatoria de las cuestiones jurídicas relativas a ellas y la realización coactiva de las mismas en aplicación del derecho existente.

Otro autor afirma que la jurisdicción constituye la prosecución necesaria de

la función legislativa.

Galli define la jurisdicción como la actividad tendiente a actuar la ley Y aplicarla en los casos Particulares con la virtud especial y la eficacia de la sentencia, vale decir, Como si desde la entrada en vigor de la ley, la función legislativa misma hubiese aplicado la ley sancionando para ese caso o para esas partes una disposición legislativa especial.

En sustancia, el juez no es sino la langa nutnus del legislador, y en la aplicación de la ley el caso concreto, tiene para las partes la misma potestad de aquéllas. 20

---

18. Alcalá Zamora y Castillo y Levene (h.): Loe, cit.

19. Alsina: Tratado de derecho procesal, m. pág. 816.

20. Galli: "El concepto de jurisdicción M.

#### k) Teoría de la controversia

La controversia propiamente dicha, en sentido formal, no puede ser el elemento específico de la jurisdicción.

En el juicio en rebeldía falta esa oposición y no puede negarse el ejercicio de la jurisdicción; en el juicio contra persona incierta, puede faltar igualmente dicho elemento.

## II. JURISDICCIÓN CONTENCIOSA y JURISDICOÓN VOLUNTARIA

En nuestro ordenamiento jurídico se dan algunas hipótesis en que no sólo existen dos partes cuyos intereses se hallen en pugna, siendo manifiesta una verdadera colisión de intereses, a pesar de no mediar discusión entre las mismas y donde una de ellas demuestra una actitud de mera indiferencia frente al interés de la otra. Estas hipótesis pueden ser referidas al proceso en rebeldía, como asimismo al proceso contra persona incierta.

La naturaleza contenciosa de un proceso se debe no a la regulación de sus "formas": el contradictorio o la bilateralidad de la audiencia, sino que basta la contraposición de dos partes respecto de una relación jurídica cualquiera cuya solución sólo puede conseguirse con la intervención del órgano jurisdiccional."

Las formas del proceso del conocimiento, entre las que se señala como fundamental la del contradictorio, que puede responder como técnica legislativa a razones de seguridad o a las exigencias de una garantía constitucional, nunca puede ser útil para fijar la índole del proceso; es la posición antagónica de dos intereses más que la pugna de dos voluntades lo que configura la



naturaleza del proceso contencioso.

El elemento específico de la función jurisdiccional propiamente dicha y correlativamente del proceso jurisdiccional en sentido estricto, es siempre una contraposición de intereses que puede comprender no sólo toda pretensión resistida o toda pretensión insatisfecha, sino también cualquier incertidumbre sobre la existencia de una relación jurídica, si esa incertidumbre ocasiona un perjuicio y las partes no tienen otro medio que el proceso para hacerla cesar y asimismo cuando sólo mediante la sentencia pueda obtenerse la constitución o modificación de un estado o relación.

---

21. Lascano: "Jurisdicción y proceso".

La naturaleza jurídica del proceso voluntario se determina no por la ausencia de contienda o controversia, sino simplemente por no existir dos intereses en oposición y donde el peticionante no es contraparte de nadie, pues falta en realidad un sujeto pasivo con la calidad de adversario; el juez está en presencia de un interés único cuya tutela se persigue, a diferencia del proceso contencioso donde el órgano se encuentra frente a dos partes cuyos intereses se hallen en pugna y sólo el órgano de la jurisdicción puede proveer mediante la actuación del derecho objetivo.

La denominada jurisdicción voluntaria no es "jurisdicción", por tratarse de una función sustancialmente "administrativa" por su fin y por sus efectos.

Ahora bien, por ser una función administrativa ejercida subjetivamente por los jueces, ha sido tradicionalmente designada con el nombre equívoco de "jurisdicción" acompañado con el atributo de "voluntaria" para distinguirla de la verdadera y propia jurisdicción." Esta función administrativa ha sido atribuida a los órganos jurisdiccionales por razones de conveniencia y oportunidad práctica pero su índole no es jurisdiccional, desde que está dirigida simplemente a dar fuerza, autenticidad o eficacia a un acto mediante la observancia del derecho.

De ahí que el legislador pueda ampliar la esfera de la función notarial, dando ingerencia en las materias de jurisdicción voluntaria y derogar la competencia del órgano judicial en diversos casos.

---

22. Calamandrei: Instituciones. I. pág. 112.

### III. LA CONTIENDA COMO ELEMENTO FORMAL

El cometido de dirimir una "controversia" o "contienda", no constituye la esencia de la jurisdicción y lo demuestra la existencia del "juicio en rebeldía" (art. 433 del Cód. de Proc. Civ. de la Cap.), esto es, un proceso en que una de las partes no esté presente en su desarrollo, dándose la posibilidad de una

relación activamente unilateral.

Existiendo, por nuestro derecho positivo, la posibilidad de un proceso sin la presencia de ambas partes, lo contencioso significa una contraposición e incompatibilidad de intereses.

El demandado es libre de no personarse en juicio y no tomar participación activa en la integración de la relación procesal, pero no puede impedir con su omisión, una decisión jurisdiccional frente o contra él.

Por otra parte, la contraposición de intereses puede afectar a una parte conocida frente a una desconocida o "persona incierta", sin que se desnaturalice la función jurisdiccional.

La fórmula: "intereses controvertidos" es insuficiente para deslindar la jurisdicción contenciosa de la jurisdicción voluntaria.

Lo "contencioso" importa una contraposición e incompatibilidad de intereses. Asimismo, es insuficiente como elemento formal, el concepto de "contienda entre partes conocidas", desde que nuestro derecho admite la hipótesis del "proceso contra persona incierta" (art. 80 del Cód. de Proc. de la Cap.). Ni el contumaz ni la persona incierta, pueden modificar el carácter contencioso del proceso.

La ausencia del "principio del contradictorio", por la especial regulación de la ley en determinada materia, como asimismo la falta de "contienda" o "controversia", no pueden por sí mismos, configurar el proceso voluntario, mientras exista una evidente colisión de intereses.

En consecuencia, la manifestación de una contraposición de intereses, puede utilizarse como criterio diferencial de la jurisdicción contenciosa.

No es necesario que ambas partes sean conocidas; individualizado el actor, el demandado puede ser desconocido, como en el caso de las "personas inciertas"; lo esencial, es la existencia de dos intereses opuestos, lo que, a su vez, significa la existencia de dos partes, pudiendo tener lugar la actuación de la ley en favor de una y frente o contra de la otra. Es decir, lo contencioso, requiere siempre una parte y una contraparte.

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

#### **IV. LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA y LA SISTEMÁTICA DE LA LEY**

El hecho de que cierta materia se encuentre legislada dentro de la división sistemática de un código que recoja la "jurisdicción contenciosa" no le da, por esta sola circunstancia, carácter "jurisdiccional". No puede confundirse

lo "procesal" con lo "jurisdiccional"; lo jurisdiccional es siempre procesal, pero lo "procesal" no siempre es "jurisdiccional". « El legislador podrá instituir sobre lo "procesal": estructura del procedimiento y la competencia, pero no puede modificar la esencia del proceso.

El legislador no puede determinar que una materia sea de "jurisdicción voluntaria"; si pertenece a la jurisdicción voluntaria, lo será en razón de su propia naturaleza jurídica, siendo la doctrina, en todo caso, a quien corresponde precisar su verdadero carácter.

El legislador únicamente puede optar por la competencia del órgano judicial o suprimirla, atribuyendo el conocimiento de la materia de esas cuestiones a algunos órganos públicos que no sean los jurisdiccionales, pero que sí son verdaderos órganos del Estado, como son los notarios.

---

23. Reimundín: "Naturaleza jurídica del proceso eclesiástico en los litigios matrimoniales". en J. A., 1961. V, seco doe., pág. 93.

24. Lascano: "Jurisdicción y proceso".

Lo único que está al alcance del legislador, es la valoración de la conveniencia de establecer la competencia del órgano judicial por razones de oportunidad o bien derogar esa competencia judicial y establecer la administrativa en su reemplazo; la naturaleza "jurisdiccional" o "administrativa" de cualquier proceso, deberá ser señalada por obra de la doctrina y no del legislador.

Es importante hacer notar que la materia de la jurisdicción voluntaria es variable y de un contenido muy heterogéneo, pero en realidad, no depende del arbitrio del legislador. Así, la simple distribución sistemática de un código, no puede determinar que cierta materia sea "contenciosa" o "voluntaria".

Lo que el legislador podrá modificar o mantener, es la competencia del órgano judicial, así como puede atribuir determinado asunto al ámbito de la función "notarial".

Lo que puede variar de país a país y de momento a momento, es la competencia de los diversos órganos del Estado y según las conveniencias prácticas, el legislador podrá preferir la competencia de los órganos judiciales o de los órganos administrativos.

Hasta hace poco, no percibiéndose con exactitud la naturaleza jurídica del "proceso declarativo por posesión treinta años",<sup>25</sup> se la consideraba como perteneciente a la jurisdicción voluntaria; algunos códigos procesales y proyectos, lo habían legislado como una "simple información unilateral",<sup>26</sup> pero se trataba en realidad, de un proceso "voluntario" en apariencia, en razón de sus particularidades extrínsecas, es decir, por el quebrantamiento del principio de bilateralidad de la audiencia. Ahora bien, a pesar de su regulación sistemática en los códigos, nunca podía configurar un "proceso voluntario", por

cuanto desde el día en que el actor entró a poseer el inmueble, desde ese momento, se producía una colisión de intereses frente al anterior propietario."

---

25. Reimuedín: "El proceso declarativo por posesión treintañal". (Aspectos del anteproyecto Podetti), en Revista Jurídica del Perú, año 1, No 11, pág. 65. Sobre la legislación actual, véase Moreno: El proceso de usucapión.

26. Reimundín, en Revista Jurídica del Perú.

La posición contrapuesta o antagónica entre el accipiens y el anterior titular del dominio es manifiesta, de manera que, aun dentro de esas "informaciones posesorias", existía una demanda implícita contra el anterior propietario.

Aun en la hipótesis de que el ex propietario fuese "persona incierta", existía una incompatibilidad de intereses, persiguiendo el actor que se compruebe su adquisición por la prescripción y la extinción del dominio anterior. A pesar del defecto de técnica legislativa, contenía una sustanciación en beneficio de una parte y en desmedro de la otra.

Si se tiene en cuenta la sistemática de nuestros códigos Procesales, se advierte claramente la existencia de dos direcciones: una que considera la "declaración de incapacidad" como un proceso contencioso, aunque se lo clasifique entre los atípicos o especiales, y otra que lo ubica entre los actos de jurisdicción voluntaria. Ambas manifestaciones legislativas están apoyadas con las distintas opiniones de Podetti y Couture, como se señalará a continuación.

Como proceso contencioso se encuentra legislado en el reciente código de Mendoza (arts. 305 a 308); es interesante señalar que el código derogado legislaba la "Declaración de incapacidad y de su cesación", en el libro III correspondiente a los "actos de jurisdicción voluntaria" (artículos 1118 a 1126). El cambio sistemático responde a la doctrina de Podetti, que es el redactor del nuevo código de aquella provincia.

El nuevo código de la provincia de Santiago del Estero Reglamenta la "Declaración y cesación de incapacidad"; en el libro IV correspondiente a los "actos de jurisdicción voluntaria" (arts. 838 a 842). La misma sistemática se encuentra en el código de la provincia de San Juan donde la "Declaración de la incapacidad y de su cesación" (arts. 1133 a 1144) pertenece igualmente a la jurisdicción voluntaria.

---

27. Reimundín, en Revista Jurídica del Perú.

El proyecto Couture, en la "jurisdicción voluntaria" ha incluido la "Declaratoria de incapacidad" (arts. 301/309 a 321).

La solución adoptada por los códigos de las provincias de Santiago del Estero y San Juan, como asimismo el proyecto Couture, concuerda con nuestra tesis desenvuelta en otro lugar.

Hemos sostenido que la interdicción no importa el ejercicio de la función jurisdiccional, sino función administrativa atribuida a la autoridad judicial por razones de conveniencia práctica.

La declaración de incapacidad por insanía es un proceso contencioso por su forma, pero no por su contenido; en realidad, es pura administración que se traduce en determinadas medidas judiciales decretadas para el mejor cuidado de la salud del insano y de la debida conservación de sus bienes; se utiliza, en algunos de nuestros códigos procesales, la forma del proceso contencioso porque con él se persigue una mayor garantía para los intereses que se quieren proteger.

Además, deberá tenerse en cuenta que todo proceso de carácter contencioso, supone necesariamente la existencia de dos partes en posición contrapuesta, por existir una incompatibilidad de intereses.

Basta observar que la "declaración de incapacidad" es indispensable para que una persona pueda ser sometida al sistema especial de protección establecida en el código civil y que el objeto mismo de la declaración judicial y la organización de la cura tela, es proteger a la persona que por causa de la demencia o de la sordomudez, carece de la capacidad necesaria para el cuidado de su patrimonio y de su salud. Es decir, que la "declaración de incapacidad" está establecida en el interés del incapaz.

Por ello es que se considera que la denuncia de insanía es más el cumplimiento de un deber que el ejercicio de un derecho, toda vez que el denunciante está obrando en interés del incapaz y no contra el interés de éste.

Cuando el padre ha formulado ante juez competente la denuncia de insanía de su hijo mayor de edad incapaz de administrar sus bienes, solicitando la declaración de incapacidad y el nombramiento de curador (arts. 144 Y 468 del Cód. Civil), actúa "en el interés del hijo" y no contra el interés de este último.

Mientras que en cualquier otro proceso (litigio entre coherederos o condóminos, por ejemplo), donde el padre en ejercicio de la patria potestad represente a su hijo y además tenga él también interés en el pleito, si llegara a existir oposición de intereses (entre padre e hijo), cesa en tal caso la representación legal derivada de la patria potestad, para dar lugar a la designación de un curador especial de acuerdo con lo dispuesto por el arto 61 Cód. Civil.

De ahí es que las hipótesis previstas por los arts. 81 Y 147 del código civil son totalmente diversas y responden a distintos fines.

Si en el proceso por "declaración de incapacidad", se admitiera que por la Bola razón de formular el padre la denuncia de insanía de su hijo "menor adulto", existen intereses en oposición, habría que aplicar el arto 61 del Cód. Civil designando un curador especial; pero en el caso del "menor adulto", no se designa curador ad litem, pues el mismo padre ejerce las funciones de curador

provisorio mientras dure el juicio de insania (véase; Busso, II, 1604).

## LA FUNCIÓN NOTARIAL y EL PROYECTO COUTURE

La solución consiste en la posibilidad de tramitar la sucesión no litigiosa ante un escribano, limitando la actividad del juez a la homologación de lo actuado ante él. 28 El proceso sucesorio Extrajudicial tal como ha sido reglamentado en el proyecto, exalta la investidura del escribano poniéndolo casi en el rango del juez, al confiarle la declaración de apertura de la sucesión y al hacer afluir hacia él los acreedores y demás interesados.

---

28. Couture: Proyecto de código de procedimiento civil (Montevideo, 1945).

El proyecto, en nuestra opinión, no desnaturaliza la institución notarial, desde que la doctrina ha demostrado que allado de la misión primitiva, esencialmente probatoria, la evolución de las instituciones jurídicas ha confiado al notario otras tareas, legitimadoras y constitutivas de los actos jurídicos, que en la actualidad son ya tan típicamente notariales como la primera y que el fedatario "hace algo más que autenticar actos o documentoS".29

Al declarar promovido el proceso sucesorio extrajudicial y al ordenar la publicación de los edictos, el notario viene a desempeñar funciones públicas atribuidas por la ley (arts. 337 y 338 del proyecto), sin ser por ello un agente administrativo stricto sensu.

Lo que nos interesa señalar es que el proyecto, al exaltar la investidura del escribano no la desnaturaliza, sino que destaca su calidad de funcionario público, y como tal, la de órgano del Estado, ampliando su competencia y la esfera de las funciones públicas que debe desempeñar.

Esta subrogación del juez por el notario, no transforma a éste en una suerte de depositario de funciones "judiciales", pues, siempre estamos en presencia de una función sustancialmente administrativa y no "jurisdiccional",

La jurisdicción voluntaria, que es una verdadera función administrativa que el legislador ha puesto por circunstancias especiales a cargo del Poder Judicial, puede experimentar en el orden subjetivo, una innovación en cuanto a la competencia actual de sus órganos, por lo menos, en un sector importante de las materias de contenido tan heterogéneo que comprende, extendiendo de este modo la intervención del notario.

---

9. Spota: Tratado de derecho civil, t. 1, parte general, v. 3, pág. S09 y sus notas.

## VI. CONCLUSIONES

El elemento específico de la jurisdicción contenciosa o sea de la verdadera y única "jurisdicción", se encuentra configurado por una contraposición de intereses, es decir, por la existencia de dos sujetos cuyos intereses se hallen en pugna. Pero es la posición antagónica de dos intereses más que la colisión de dos voluntades lo que caracteriza el proceso contencioso.

La contraposición de intereses puede comprender no sólo toda pretensión resistida o toda pretensión insatisfecha, sino también cualquier incertidumbre sobre la existencia de una relación jurídica, si esa incertidumbre ocasiona un perjuicio y las partes no tienen otro medio que el proceso para hacerla cesar y asimismo cuando sólo mediante la sentencia pueda obtenerse la constitución o modificación de un estado o de una relación.

Por lo que será siempre contencioso y no voluntario, cuando un determinado efecto jurídico sólo pueda obtenerse dentro del ámbito del proceso y mediante una sentencia, aunque las partes estuvieren totalmente de acuerdo para conseguir ese efecto.

La naturaleza jurídica del proceso voluntario se determina no por la ausencia de contienda, sino, simplemente por no existir dos intereses en oposición y donde el peticionante no es contraparte de nadie; el juez, en esta hipótesis se encuentra en presencia de un interés único cuya tutela se persigue a diferencia del proceso contencioso donde el órgano jurisdiccional se encuentra frente a dos partes cuyos intereses se hallen en pugna.

La denominada jurisdicción voluntaria no es "jurisdicción", por tratarse de una función sustancialmente "administrativa" por su fin y por sus efectos. 30

Esta función administrativa ha sido atribuida al Poder Judicial por razones de conveniencia práctica, pero su índole no es "jurisdiccional", desde que está dirigida primariamente a dar fuerza, autenticidad o eficacia, a un hecho o a un acto mediante la observancia del derecho objetivo.

De ahí que el legislador pueda ampliar la esfera de la función notarial sin desnaturalizarla, dando ingerencia en algunas materias de jurisdicción voluntaria y derogando la competencia del órgano judicial en ciertos casos.

Sin revestir el carácter de agente administrativo stricto sensu, el notario es un verdadero funcionario público, T, por consiguiente, es un órgano del Estado cuya competencia puede extenderse sin desfigurar con ello la institución notarial.

---

30. La impropiedad de las denominaciones de "jurisdicción voluntaria" o "jurisdicción contenciosa" heredadas del derecho romano y del derecho canónico. Respectivamente, ha sido observada por la doctrina, a la vez que se ha propuesto como más adecuada la de "atribuciones de jurisdicción" de los órganos judiciales. Cfr. Tavara: Elementos de derecho procesal civil, vol. 1, pág. 36.