



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales

" ARAGON "

1091
2EJ

**NATURALEZA JURIDICA
DE LA JURISDICCION
VOLUNTARIA Y EXAMEN CRITICO DE SU
REGULACION EN EL CODIGO DE
PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL
DISTRITO FEDERAL, VIGENTE**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

SERGIO T. GALINDO MILLAN

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

ENEP



ARAGON

San Juan Aragón, Edo. de México

1993



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E .

NATURALEZA JURIDICA DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA Y EXAMEN CRITICO DE SU REGULACION EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE.

PROLOGO.

INTRODUCCION.

CAPITULO I.

PAGS.

ANTECEDENTES DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA.

1.- ROMA.	1
2.- ESPAÑA.	6
3.- MEXICO.	7

CAPITULO II.

NATURALEZA JURIDICA DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA.

2.1.- CONCEPTO DE JURISDICCION.	9
2.1.1.- EL ACTO JURIDICO.	12
2.1.2.- EL ACTO JURISDICCIONAL.	13
2.1.3.- LA FUNCION JURISDICCIONAL.	16
2.2.- CLASES DE JURISDICCION RESPECTO AL PROCESO	

	PAGS.
CIVIL.	19
2.2.1.- JURISDICCION CONTENCIOSA.	21
2.2.2.- VOLUNTARIA.	22
2.2.3.- MIXTA.	26
2.2.4.- FRACASO DE LAS TENTATIVAS DE DIFERENCIACION ENTRE JURISDICCION VOLUNTARIA Y CONTENCIOSA.	27
2.3.- JURISDICCION VOLUNTARIA. TEORIAS QUE DETERMINAN LOS RASGOS VOLUNTARIO Y JURISDICCIONAL EN ESTA INSTITUCION.	33
2.3.1.- EXTRANJERA:	33
2.3.2.- NACIONAL.	44
2.4.- NATURALEZA JURIDICA DE LOS ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA.	44
2.5.- LA JURISDICCION VOLUNTARIA A LA LUZ DE LA TEORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO.	53
2.5.1.- CONCEPTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO...	53
2.5.2.- REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO.	60
2.5.3.- EL ACTO ADMINISTRATIVO Y EL ACTO JURIDICO DE DERECHO PRIVADO.	64

2.5.4.- EL ACTO ADMINISTRATIVO Y EL ACTO JURISDICCIONAL.
-DIFERENCIACION- PÁGS. 67

CAPITULO III.

LA JURISDICCION VOLUNTARIA EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS
CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

3.1.- DISPOSICIONES GENERALES. 74

3.2.- ENUMERACION DE LOS ACTOS DE
JURISDICCION VOLUNTARIA EN EL
CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES
PARA EL DISTRITO FEDERAL. 79

3.2.1.- NOMINATIVOS O DETERMINADOS. 79

3.2.2.- INDETERMINADOS. 82

3.3.- CARACTERISTICAS ESPECIFICAS PARA
CONSIDERAR ESPECIAL SU REGULACION. 88

3.4.- SUJETOS Y OBJETO DE LOS ACTOS DE
JURISDICCION VOLUNTARIA. 91

	PAGS.
3.5.- IMPUGNACION A LAS PROVIDENCIAS DICTADAS EN ESTOS ACTOS.	93
3.6.- LA INTERVENCION JUDICIAL EN LOS ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA.	96
CONCLUSIONES.	100
BIBLIOGRAFIA.	103

PROLOGO

El trabajo recepcional que someto al autorizado juicio de mis respetables sinodales, versa sobre un tema bastante interesante, la jurisdicción voluntaria.

La importancia de su estudio radica en las dificultades que presenta en la actualidad, en el aspecto doctrinal principalmente y otro tanto desde el punto de vista legal. La complejidad del tema se ve aumentado por la carencia de una distinción formulada entre actos administrativos y jurisdiccionales.

Al presentar a la aprobación de mis respetables sinodales el presente ensayo, lo hago con el espíritu de modestia que corresponde a quien se inicia en esta clase de difíciles labores, esperando de la benevolencia de mis profesores la aprobación que me permita recibir el honroso título de Licenciado en Derecho.

I N T R O D U C C I O N

La denominada jurisdicción voluntaria, constituye en el derecho positivo mexicano una institución jurídica de suma importancia, pues en esta vía, el particular (solicitante) promueve actos de la más diversa índole (por su especial naturaleza) y para que tales adquieran efectos jurídicos frente a terceros, se acude a los órganos jurisdiccionales para que éstos los declaren o constituyan, toda vez que no esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.

Se ha afirmado respecto de la jurisdicción voluntaria que no es jurisdicción, ni es voluntaria. Además al llevar a cabo el estudio de la citada institución jurídica, nos enfrentamos a dificultades como: la terminología impropia, una notoria desorientación legislativa y su contenido heterogéneo, lo cual se manifiesta principalmente al tratar de analizar su naturaleza jurídica, que ha sido arduamente discutida en estos últimos años, pues precisamente el criterio diferenciador de la jurisdicción propiamente dicha, es decir la cosa juzgada, ha sido revalorizado.

No obstante lo anterior y la complejidad que implica llevar a cabo un estudio exhaustivo, nuestro propósito era y lo es en este momento determinar la naturaleza jurídica de la institución citada. En tal virtud, negamos terminantemente el carácter administrativo y la opinión minorizada de un sector

de notarios que afirman que el conocimiento de los actos de jurisdicción voluntaria debería encomendárseles.

Se destacan los aspectos diferenciadores de la jurisdicción voluntaria y contenciosa que han causado polémica. También recalcamos que para llevar a cabo el análisis de la figura jurídica que nos ocupa, es necesario acudir a la autorizada opinión de autores procesalistas extranjeros que han influido enormemente en la doctrina hispanoamericana. En vista de lo anterior podemos afirmar que la literatura nacional es escasa en este sentido, lo cual dificulta aún más su estudio, pues se hace referencia a modelos y terminología jurídica que relativamente coincide con nuestro derecho positivo. Sin embargo señalamos y aplicamos los pocos pero excelentes trabajos de autores nacionales que nos sirvieron de apoyo.

En este orden de ideas, la presente investigación queda justificada, recalcando que se aspira modestamente a ofrecer una idea general por lo menos aproximada del estado que guarda nuestra hipótesis en el momento actual.

Por todo lo anterior, este trabajo recepcional tiene por objeto realizar en principio el marco histórico respecto de la jurisdicción voluntaria, en segundo término analizar su naturaleza jurídica destacando el carácter jurisdiccional de la misma y posteriormente señalar la desorientación legislativa que existe en torno a su regulación en términos generalizados.

CAPITULO I.

ANTECEDENTES DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA.

Como primer objetivo en este capítulo inicial, expondremos en forma breve el origen de la institución jurídica denominada Jurisdicción Voluntaria, que al igual que muchas otras, lo encuentra en la antigua Roma: Acorde a una frase citada por Montesquiu que argumenta: "Es necesario esclarecer la historia por las leyes y las leyes por la historia". (1). Siguiendo este pensamiento, se descubre la utilidad de la historia del Derecho en cuanto facilita la comprensión de nuestras instituciones actuales y aún más previene las futuras, si pensamos al igual que Picard, que el Derecho es una creación continua.

Posteriormente, en forma somera, trataremos su introducción en el Derecho Español, asimismo su inclusión en el Derecho Mexicano.

1.- ROMA.

"Si la historia de Roma es la historia de un pueblo puesto en constante e incesante marcha para ir a la busca de lo eterno, su raíz hay que encontrarla en los

(1).-Mendieta y Núñez, Lucio.- "El Derecho Precolonial".- Editorial Porrúa.- Tercera Edición.- México 1976. p.15.

tiempos más lejanos..." (2).

Consideramos de manera trascendental al hablar de determinada institución jurídica, conocer y comprender su sentido evolutivo. La jurisdicción voluntaria no es ajena a esta situación, por el contrario, pues participa de la utilidad de la historia del Derecho. Para tal efecto, es menester ubicar nuestro tema en tiempo y espacio, siendo pertinente aclarar que: "En toda evolución social es imposible señalar con exactitud los límites de las grandes etapas". (3).

En cuanto al ámbito temporal, los historiadores del Derecho nos hacen referencia al año 510 A.C., en plena época republicana romana. Las principales instituciones políticas que surgen en este período son: La coercitio o función policiaca y la jurisdictio o facultad de dirigir la administración de justicia, siendo ejercidas, la primera por Cónsules y la segunda por Magistrados. Es aquí donde tiene su origen la jurisdicción como idea de poder. Participa de esta referencia la institución que ahora nos ocupa, pues va aunada su aparición a la administración de justicia impartida en

(2).- Iglesias, Juan.- "Instituciones de Derecho Romano".- Editorial Ariel.- Sexta Edición.- Barcelona, España, 1979. p. 10.

(3).- Mendieta y Núñez, Lucio.- "El Derecho Precolonial".- Op. cit. p.21.

esta época por el funcionario público llamado Magistrado. Asimismo debemos mencionar que los historiadores del Derecho Romano sólo señalan una clase de jurisdicción para esta época a saber: La civil, por ser ejercida propiamente por el civitas o ciudadano, es decir, aún no proporcionaba éste Derecho clasificación alguna respecto de la jurisdicción.

Respecto al término, se debe a un famoso texto de Marciano, que ha tenido una gran aceptación en la doctrina jurídica, pero que es conveniente advertir, que este texto se ha prestado a grandes discusiones, pues mientras unos sostienen que es falso, otros señalan que es una interpolación, no faltando quien asegure que verdaderamente es auténtico. Para los efectos del presente trabajo recepcional, aceptaremos el texto como válido.

El texto se ubica en el Digesto, libro primero, título XVI, donde menciona que: "todos los procónsules tan pronto como hubieran salido de la ciudad, tienen jurisdicción: pero no contenciosa, sino voluntaria, para que ante ellos puedan ser manumitidos tanto los libres como los esclavos, y puedan hacerse adopciones". Y en el mismo libro se lee: "la jurisdicción es una contenciosa y otra voluntaria, la voluntaria puede ejercerse fuera del territorio y pertenece a la jurisdicción voluntaria la manumisión, la emancipación y la adopción".

La redacción original del texto es la siguiente:

"I jus (DI. 16.2) Omnes procónsules stárum quam urbem egressi

fuerint habent jurisdictionem, sed contentio sam, sed voluntariam ut ecce manumitti, apud eos possint tam liberti quam servi et adoptionem fieri 1. Apud legatum vero proconsules nemo manumettere potes, qua non habet jurisdictionem talem" (4).

Manifiestan algunos autores que tratan a esta materia que actualmente el nombre se conserva porque es muy difícil encontrar otro distinto que comprenda la extraordinaria variedad de esta manifestación de actuación por parte del Estado. Dentro de la denominación de jurisdicción voluntaria, figura un número variable de actos y procedimientos que cambian de un caso a otro; esto es uno de los motivos que ha dificultado el estudio a fondo de la institución que nos proponemos analizar.

En términos generales podemos señalar que la denominación respecto de la institución jurídica citada, ha sido y es respetada por la mayoría de los procesalistas, aunque respecto al contenido que se le atribuye exista actualmente una divergencia extraordinaria, como podrá apreciarse con posterioridad.

Por lo que toca al ámbito espacial, la jurisdicción que comprendía un poder llamado imperium no tenía limitación alguna, al menos en cuanto a circunscripción se refiere, es

(4).- Derbez Muro, Guillermo.- "Naturaleza Jurídica de los Actos de Jurisdicción Voluntaria".- U.N.A.M. 1958 p.14.

decir, era ejercida en toda Roma: La única limitante era la intercessio o veto por parte de los tribunos de la plebe y la temporalidad que se reducía a un año.

"Referente a la doctrina, existe uniformidad en el reconocimiento de que la jurisdicción voluntaria inter valentes (sic) tuvo origen en el Derecho Romano, para imprimir en forma solemne y garantía jurídica a ciertos actos y manifestaciones, a los que convenía atribuir fuerza y sanción jurídica, mediante la potestad del Estado. La falta de clasificación y distinción entre las funciones de la soberanía, por no existir entonces la división tripartita de poderes, y la primitiva necesidad de crear la norma en el acto mismo de su aplicación a la tutela de una voluntad subjetiva, condujeron espontáneamente 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 vocablo jurisdicción, la volvió aplicable a una materia que efectivamente era voluntaria" (5).

Aparentemente se le consideraba a la jurisdicción voluntaria como la facultad conferida a la autoridad para proveer en negocios jurídicos que no ofrecían contestación.

(5).- Castro Ortiz, Homero.- "Breves consideraciones acerca de la Jurisdicción Voluntaria en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y Territorios Federales".-U.N.A.M. 1952. p.49. (sic).

Procesalmente se le otorga vida a esta figura jurídica a fines del siglo IV, ya que " se recuerda que cuando la plebe fue admitida al consulado, hacia fines del siglo IV, los patricios obtuvieron que la jurisdicción civil fuera desmembrada de las demás funciones consulares y se confiara de manera específica a la pretura que los Patricios reservaron para sí, pero el consulado mantenía el ejercicio de la jurisdicción voluntaria".(6).

También se ha señalado, que el magistrado, para esta época, sólo podía ejercer jurisdicción contenciosa en su ámbito territorial y en su tribunal respectivo, pero en cambio podía realizar en el lugar que fuera actos de jurisdicción voluntaria.

2.- ESPAÑA.

Tocante a España, haremos referencia a la implantación romana en la Península Ibérica, tras su triunfo en las guerras púnicas (202 A.C.). La romanización fue intensa en todos los ordenes, siendo el aspecto legislativo definitivamente impositivo, es así como la vida de los iberos (económica, cultural y social) pasa a ser regulada por normas romanas.

(6).- Guasp, Jaime.- "Derecho Procesal Civil".- Editorial Instituto de Estudios Políticos.- Tercera Edición.- Madrid, España. 1968. pp. 54 y siguientes.

Caído el imperio romano, invadieron la Península Ibérica sucesivas olas de pueblos bárbaros, de los cuales los más notables fueron los visigodos, que permanecieron tres siglos, quienes elaboraron el Fuero Juzgo, Código que refundía las legislaciones romana y visigótica. Aún así, el sello y la presencia del derecho romano quedaba plasmado para siempre en la organización jurídica Ibérica.

Concretamente no es sino hasta las leyes de enjuiciamiento españolas de cinco de octubre de 1855 y las tres de febrero de 1881 en donde hace su aparición la institución denominada jurisdicción voluntaria propiamente, que en su definición legal fija un contenido semejante al que prevalecía en la antigua Roma, pero añade que son procedimientos de esta naturaleza, aquéllos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez La contradicción entre la denominación y el contenido aparecía desde la propia definición de la ley.

3.- MEXICO.

Algunos Códigos latinoamericanos, siguiendo el modelo español, han organizado en torno a la regulación de la citada institución jurídica un título o un libro especial, incluyendo de esta manera diversos procedimientos o actos de esta índole. México no fue la excepción, "como la mayoría de los códigos hispanoamericanos, los mexicanos y a su cabeza el del Distrito Federal. derivan de las Leyes de enjuiciamiento

civil españolas de cinco de octubre de 1855 y de tres de febrero de 1881, y ambas se asientan en la oposición entre la jurisdicción contenciosa y la llamada voluntaria".(7).

"En nuestro país, concretamente el Código de Procedimientos Civiles de quince de mayo de 1884, antecesor inmediato del vigente, es decir, el de 1932, y todavía algunos de los estatales, añadieron aún a la jurisdicción voluntaria y contenciosa una tercera llamada mixta, por entender que se encuentra en una situación intermedia entre ambas". (8).

(7).- Guasp, Jaime.- Op. cit. p. 415.

(8).- Ibidem. p. 416.

CAPITULO II. NATURALEZA JURIDICA DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA.

German Brulliard, profesor de la facultad de Derecho de París, en un trabajo denominado " La evolución de la noción de la jurisdicción llamada graciosa o voluntaria", empieza por recordarnos que el problema relativo a su naturaleza jurídica ha llamado la atención de los juristas, después de la última Guerra Mundial y sobre todo en Italia, ha sido objeto de estudios muy importantes.

Brulliard dice que el problema de la jurisdicción voluntaria, no puede ser abordado directamente, sino que es necesario, partir del concepto de jurisdicción, pues están íntimamente ligados. Nos adherimos a esta opinión.

De tal manera, que iniciaremos este capítulo con la idea que recomienda el autor citado, analizaremos las clases de jurisdicción del proceso civil, señalaremos las opiniones más autorizadas en torno a la índole jurídica de los actos de jurisdicción voluntaria, y por último, destacaremos la naturaleza de la institución que nos ocupa.

2.1.- CONCEPTO DE JURISDICCION.

Las definiciones de jurisdicción se han multiplicado conforme a los doctrinarios, Manresa y Navarro señala "la jurisdicción es la potestad de que se hayan revestidos los jueces para administrar justicia; Guasp afirma "la

jurisdicción es una función pública de examen y actuación de pretensiones, que es el especial derecho y deber que en el Estado reside de administrar justicia. Los tratadistas nacionales Rafael De Pina y José Castillo Larrañaga señalan que la jurisdicción es una función pública encomendada a órganos del Estado.

Etimológicamente la palabra jurisdicción significa decir o declarar el Derecho. De un ángulo más amplio la jurisdicción hace referencia al poder del Estado a impartir justicia por medio de sus tribunales, en los asuntos que ante los mismos planteen los particulares, agregamos nosotros que este concepto es conocido en la doctrina como una de las principales actividades que el Estado dotó al Poder Judicial; esto es, la "función jurisdiccional"

Escriche, define a la jurisdicción como "el poder o autoridad que tiene alguien para gobernar y poner en ejecución las leyes, pero consideramos que esta idea es algo restringida; esta se derivó en el Derecho Romano en donde predominaba el imperio del Magistrado.

Retornando a su etimología la palabra jurisdicción se forma de las palabras jus y dicere esto es "decir el Derecho".

El vocablo jurisdicción aparece en el lenguaje jurídico; con distintos significados como nos hemos percatado hasta este momento, muchas de las dificultades que la doctrina no ha podido superar aún, provienen de esa circunstancia.

Lo indudable es que todas las definiciones a que hemos hecho referencia anteriormente expresadas en diferentes términos y con distintas palabras contienen los tres elementos esenciales de la jurisdicción, es decir: la notio o conocimiento de la controversia; iudicium, esto es la facultad de decidir y la executio o potestad de ejecutar lo sentenciado.

La expresión hecho jurídico es con más frecuencia empleada por la doctrina en un sentido opuesto al concepto de acto jurídico.

Con base en lo anterior y con apoyo en la doctrina dominante argumentamos nosotros que, en el hecho jurídico no interviene la voluntad (sin embargo se producen consecuencias, ejemplo la muerte de una persona) y en el acto jurídico tanto se crean como se desean las consecuencias que de la voluntad se derivan (ejemplo compraventa).

Enfatizamos que para nuestra investigación, lo más relevante es el elemento volitivo del acto jurídico por la estrecha relación que guarda con el acto jurisdiccional (como se había apuntado); y que a la vez este último, será contrapuesto con posterioridad frente al acto administrativo y hasta ese momento la voluntad seguirá siendo el aspecto diferenciador.

Como referencia agregamos que en el Derecho de la mayoría de los países latinoamericanos, el vocablo

jurisdicción tiene por lo menos cuatro acepciones: como ámbito territorial, como sinónimo de competencia, como conjunto de poderes o autoridades u otros órganos del Poder Público y su sentido preciso y técnico de función pública al ejercer justicia.

2.1.1.- EL ACTO JURIDICO.

En nuestros estudios de Derecho Civil II (Obligaciones), se contemplaba que existe una gama de acontecimientos que producen consecuencias jurídicas y son los llamados "actos jurídicos" en los que interviene la voluntad del hombre en forma unilateral o bilateral, para producir consecuencias en el campo jurídico, y que en este tipo de acontecimientos, valga la redundancia, juega un papel importantísimo la voluntad de los particulares. Como ejemplos damos la compraventa, el arrendamiento, etc.

A continuación determinaremos los fundamentos doctrinales respecto a la figura jurídica mencionada.

La teoría del acto jurídico de Derecho Privado, acorde a lo señalado por el profesor Fernando Arzúa Ramírez, encuentra su fundamento en tres pilares fundamentales: la autonomía de la voluntad, la libertad contractual y la igualdad jurídica de las partes.

La primera da origen al antiguo aforismo que señala que en Derecho Privado es posible hacer todo lo que no está expresamente prohibido. Como se aprecia, las posibilidades de

acción jurídica, de acuerdo con ella, son inmensas.

Sólo encuentra un límite en los actos que la misma ley prohíba.

La autonomía de la voluntad es el punto cumbre de la teoría del acto jurídico.

La libertad contractual, en cierta manera, consecuencia de la anterior, permite, con máxima libertad, la expresión de la voluntad de las partes en la celebración de los actos y contratos que les interesen, y la igualdad jurídica de las partes las supone en un plano de igualdad para realizar los negocios jurídicos que deseen.

Son éstos en términos generales, los principios que fundamentan toda la teoría del acto jurídico de Derecho Privado y, por lo tanto, los que determinan la naturaleza del mismo.

2.1.2.- EL ACTO JURISDICCIONAL.

No pretendemos en el presente apartado llevar a cabo la teoría general del acto jurisdiccional, puesto que es inmensa y al igual que el anterior punto, de la conceptualización del vocablo se desprenderán sus elementos principales.

La doctrina ha dividido en dos grupos fundamentales que señalaremos para tratar de explicar la naturaleza jurídica del acto jurisdiccional: a saber:

- a).- Criterios formales;
- b).- Criterios materiales.

CRITERIOS FORMALES.- En este sentido La Band y Bornack se expresa diciendo que: "la actividad jurisdiccional no tiene un contenido sustancial propio, sino únicamente caracteres formales particulares". Es decir, para este autor, solamente es posible distinguir la jurisdicción refiriéndola al órgano estatal que obra. Y así nos dice: "la jurisdicción es la actividad del Juez, órgano imparcial e independiente, sometido sólo al Derecho Objetivo". (9)

Contra la opinión anterior, basta advertir, para demostrar su insuficiencia, que no es el órgano quien puede calificar la función, sino que, por el contrario, es la particularidad de la función (es decir cuando la norma abstracta se concretiza) la que califica al órgano. Además los órganos jurisdiccionales cuando actúan, no siempre desempeñan la función que les es típica, sino que, por el contrario, en ocasiones, desarrollan también funciones administrativas, como acontece cuando imponen medidas disciplinarias a los litigantes, etc.; así como también en ocasiones, los órganos del Estado desempeñan funciones jurisdiccionales, como sucede en el senado (órgano legislativo) cuando se erige en gran jurado para juzgar, los

(9).- La Band y Bornack.- "Tratado de Derecho Público", Edición Francesa, citado por Gabino Fraga, "Derecho Administrativo".- Tercera Edición.- México, 1944. p.80.

delitos oficiales cometidos por los funcionarios públicos, según lo expresa el artículo 76 fracción VII, de nuestra Constitución.

CRITERIOS MATERIALES.- Para los jurisconsultos Plosz y de Palo, la jurisdicción consistiría en la resolución de controversias: su característica exterior sería el debate.

Esta tesis no es de aceptarse, pues como dice Gastón Jezé, la esencia del acto jurisdiccional no debe buscarse en la preexistencia de una contienda, ya que muchos casos en los que no hay controversia y debate la jurisdicción existe. Como ejemplo en el proceso civil seguido en rebeldía, o cuando el demandando acepta las peticiones del actor; o en el proceso penal, cuando el reo se declara confeso.

La doctrina no tardó en criticar los anteriores criterios, resultando bastante severos, pero es importante señalar con base a esos criterios es como fueron surgiendo posturas diversas en torno al acto jurisdiccional. algunas de ellas elaboradas por autorizados tratadistas de Derecho Procesal: Chiovenda, Carnelutti, Redenti y Hugo Rocco.

Por todo lo expuesto, y sólo por circunstancias de tipo formal y sistemático, daremos la definición siguiente del acto jurisdiccional:

El acto jurisdiccional es aquél que realiza el Estado, a instancia de parte, pública o privada, a fin de garantizar "a priori", o "a posteriori" la observancia de la función jurisdiccional.

Es notorio que en la definición anterior, se destacan los elementos principales del acto jurisdiccional, como son:

a).- Que es una función del Estado;

b).- Que es necesario para su movilización requisitos de procedibilidad; es decir a instancia de parte pública o privada.

1.- PUBLICO.- Cuando sea el mismo órgano estatal (principalmente el Poder Judicial) que efectúe actos de esta naturaleza.

2.- PRIVADO.- Cuando sea el particular el que ejercite actos de este tipo ante un órgano jurisdiccional (administrativo, judicial, etc.)

Nótese que aquí el aspecto más sobresaliente es la VOLUNTAD del interesado.

2.1.3.- LA FUNCION JURISDICCIONAL:

Según Calamandrei en la función jurisdiccional la principal actividad que el Estado dotó al Poder Judicial, es en sí; la satisfacción de intereses particulares para la convivencia social

La actividad jurisdiccional está regida, por lo que hace al Estado -Juez al que llamamos "principio de indiferencia", es decir, el Estado- Juez permanece indiferente ante la inobservancia de la norma substancial y que es consumada o está en posibilidad de consumarse, si una parte con

legitimación actora provoca, a ese Estado -Juez y lo hace reaccionar; pues es un principio general que: la acción es condición, para movilizar la jurisdicción.

Desde el punto de vista formal, la función jurisdiccional propiamente dicha está constituida por la actividad desarrollada por el poder que normalmente dentro del régimen constitucional está encargado de los actos judiciales, o sea el Poder Judicial.

Según Fraga (administrativista), "la función jurisdiccional es una función del orden jurídico ya que el Estado por medio de las funciones legislativas y administrativas, crea situaciones jurídicas que deben dentro de la normatividad de la vida social, ser voluntariamente respetadas, y en caso de que ésta situación sea motivo de duda, controversia o violación, el Estado debe intervenir para para que los particulares no lleguen a imponer por la fuerza su derecho, o como se dice comúnmente, hacerse justicia por su propia mano, actividad prohibida por nuestra Constitución Federal en su artículo 17. De manera que la función que el Estado realiza al efectuar esa intervención es precisamente la función jurisdiccional, la cual necesariamente supone una situación de conflicto preexistente, así como dos pretensiones opuestas cuyo objeto es variable, pues pueden referirse a un hecho, actitud o acto jurídico que se estimen contradictorios, con un derecho o una norma legal o un estado de duda, error sobre la

interpretación, alcance o aplicación de una norma o situación jurídica". (10)

Para nosotros la definición de Fraga es casi completa, sólo le faltó argumentar a nuestro parecer, que existen en el ámbito social actos jurídicos, que para tener efectos de derecho requieren de la intervención del órgano estatal (juez), esos actos al ser encomendados al conocimiento del juzgador, será el momento en donde haga su aparición la función jurisdiccional. Pero esos actos (insistimos) al no tener como un común denominador "contradictor", ni partes, recaerá en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, el cual al llevarse a cabo en los tribunales, será vista también, como una actividad jurisdiccional, formalmente hablando.

La función jurisdiccional, está organizada para dar seguridad al orden jurídico; bien sea en la jurisdicción contenciosa, voluntaria o mixta, en todo caso se persigue la misma finalidad.

Otra característica, según el autor citado, de la función que nos ocupa, es que ésta acaba con una decisión (sentencia) que pone fin al conflicto suscitado entre las partes. Y continúa diciendo: Esa sentencia que pone fin a dicho conflicto debe tener fuerza definitiva e irrevocable, presumiendo que en ella está contenida la verdad legal y esto

(10).- Gabino, Fraga.- "Derecho Administrativo".- Octava Edición.- México 1960. p. 71.

precisamente para alcanzar la seguridad jurídica.

Diferimos con el autor citado, en relación a la última afirmación que hace, ya que la jurisdicción voluntaria habíamos expuesto, encuadra en la esfera jurídica de lo que hemos aludido y denominado función jurisdiccional y hacemos notar que en esa clase de jurisdicción, no aparece una sentencia, y la resolución que se dicte no tendrá el carácter de cosa juzgada; sin embargo, la actividad jurisdiccional estará presente.

2.2.- CLASES DE JURISDICCION RESPECTO AL PROCESO CIVIL.

En el capítulo anterior, se realizó un esbozo en torno a la idea que se tuvo en Roma sobre el concepto de jurisdicción y para tal efecto nos ubicamos en la época republicana, tiempo en que Marciano elaboró un pequeño texto en donde nos conducía a una breve explicación de la jurisdicción llevada a cabo ante los magistrados (contenciosa) y la que se conducía frente a los cónsules (voluntaria); consideramos ese texto de gran valor ya que podemos considerar que es en este período del antiguo Derecho Romano, en donde surge la tendencia de acudir a uno, u otro de los funcionarios públicos antes mencionados con base al acto de que se trate y de esta forma se lleva a cabo "una insípida clasificación" de la jurisdicción.

Dicho lo anterior, trataremos el siguiente apartado

referente a las clases de jurisdicción en lo que respecta al proceso civil, ya que si habláramos de los procesos en general, sería forzoso mencionar todos y cada uno de ellos como: proceso administrativo, penal, marcial, civil, etc. sin conducirnos a nuestro propósito.

La jurisdicción, tiene un límite objetivo, consistente en la competencia, derivada ésta de la imposibilidad de que sea una sola persona la que resuelva todas las controversias, además esta última fracciona la jurisdicción en un considerable número de tribunales y jueces, obligando a las partes a acudir precisamente al tribunal o juez que de acuerdo con las reglas de la competencia deba conocer de la controversia.

Ahora bien, la propia institución de la competencia se divide en competencia por territorio, por materia, por cuantía y por grado.

La competencia por territorio, se encuentra determinada de acuerdo con la asignación que a cada tribunal se haga de una porción territorial.

La competencia por materia se determina por las distintas ramas del derecho sustantivo que a cada tribunal se atribuye, ya sea civil, mercantil, penal, etc.

La competencia por cuantía se encuentra determinada como su nombre lo indica por valor de la causa.

Y por último la competencia por grado es la que también se le llama jerárquica o funcional, compete a los tribunales

jerárquicamente superiores para confirmar, modificar o revocar las resoluciones de los inferiores.

Refiriéndonos a la jurisdicción civil, que en todo caso encaja dentro de la competencia por materia, se admite en ella, la distinción entre jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria. Y a esta clasificación tradicional podemos agregar una más, la denominada mixta.

Para tal efecto, pasaremos a detallar a grandes rasgos, las características esenciales de cada una de las manifestaciones, de estas clases de jurisdicción.

2.2.1.- JURISDICCION CONTENCIOSA.

El autor J. Couture Eduardo, nos dice que habitualmente se denomina jurisdicción contenciosa a la jurisdicción propiamente dicha, ya que para él, al igual que sucede en nuestro derecho común la palabra contenciosa, equivale a contienda y ésta a su vez, la podemos traducir a juicio. En estos términos el juicio sería la contienda legal sometida a la resolución de los jueces. Contienda es controversia, disputa, discusión.

Aunque ésta no es una regla general, ya que se ha demostrado, tanto en la praxis, como en la doctrina que existen procesos sin contienda, es decir sin controversia.

La controversia, es sólo uno de los elementos de la jurisdicción. Su ausencia no significa forzosamente que no exista función jurisdiccional.

Es decir, puede haber jurisdicción, sin que exista contradicción como es el caso del juicio en rebeldía, la conciliación etc.

Aún así, existe una gran mayoría de doctrinarios, para quienes ésta clase de jurisdicción, se ejerce por el juez, como indica Voet: Inter- invitos o nolentes, es decir, entre personas que no habiéndose puesto de acuerdo entre sí, se ven precisadas a deducir sus pretensiones ante los tribunales para que, interponiendo éstos su pública autoridad, administren justicia con arreglo a las leyes.

2.2.2.-VOLUNTARIA.

La definición de la jurisdicción voluntaria, viene integrada por la concurrencia de dos notas: presencia de un órgano jurisdiccional y existencia de un objeto jurídico privado.

En principio, debemos hacer notar, al igual que el insigne Maestro Niceto Alcalá Zamora, que el nombre de esta figura jurídica, es debido, sólo a la tradición romana de la que tiene su origen.

"La fijación del concepto de esta institución jurídica, es extraordinariamente difícil, como lo demuestra el hecho de que entre los innumerables que se han formado por los tratadistas de derecho procesal, no exista siquiera uno que no haya sido seriamente objetado" (11).

En el derecho romano -apuntábamos en el capítulo que

antecedente, la jurisdicción voluntaria era concebida como aquella especie de la jurisdicción, en que el magistrado interviene sin litigio o conflicto, colaborando en la celebración de un acto o negocio jurídico, ejemplos: la in iure cessio, la adoptio, etc; jurisdicción que los cónsules conservaron cuando se les despojó de la jurisdicción contenciosa.

Un concepto de jurisdicción voluntaria.- como suele denominársele en la práctica-, característico de la posición tradicionalmente seguida por los jurisconsultos españoles y americanos es la formulada por Escriche en su diccionario de "Legislación y Jurisprudencia" en los siguientes términos: "Llámase así por oposición a la contenciosa, la que se ejerce por el juez, en las demandas -llamémosle solicitud-, que ya por su naturaleza, ya por razón del estado de las cosas, no admiten contradicción."

La mayoría de los jurisconsultos, al formular su concepto sobre la institución que nos ocupa, lo forman en oposición a la contenciosa, al igual que la anterior denominación.

El autor Prieto Castro nos ofrece otra conceptualización más de la figura jurídica que venimos comentando. A su

(11).- Castillo Lavín, José Luis.- "Nuevas Orientaciones acerca de la Jurisdicción Voluntaria". U.N.A.M.- 1963. p. 15.

entender "con el nombre de jurisdicción voluntaria se quiere expresar la intervención que el Estado realiza para tutelar el orden jurídico, cooperando a la constitución, desenvolvimiento y modificación de estados y relaciones jurídicas, con carácter general o sea, frente a todo el mundo". Una intervención muy distinta, a su juicio, de la que asume ejerciendo la contenciosa por medio del proceso civil, donde la tutela del orden jurídico se verifica protegiendo derechos subjetivos, intereses y situaciones, con la cosa juzgada (12)

Como ha escrito el Dr. De Pina, con la denominación de jurisdicción voluntaria "Lo que realmente se designa es la actividad judicial encaminada a resolver sobre una determinada clase de cuestiones (relativas principalmente, al estado civil de las personas), que el legislador somete a un procedimiento especial (que se caracteriza por su sencillez) con un criterio inseguro y veleidoso, que ha llevado históricamente a colocar algunas de ellas, unas veces en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, y otras en jurisdicción contenciosa" (13).

Consideramos, que esta definición es la que más se apega

-
- (12).- Prieto Castro, R.- "Tratado de Derecho Procesal".-Tomo I.- Derecho Procesal Civil. - Madrid.- 1952. p. 147
- (13).- Pina Vara, Rafael De.- "Derecho Procesal". (Temas). México.- 1951. p. 213.

a nuestro sistema positivo, y en consecuencia al trabajo de investigación; ya que coincide la definición con las características que daremos al respecto con posterioridad sobre la citada institución jurídica.

Recuerda el autor citado, que la jurisdicción voluntaria a juicio de algunos autores, no se puede definir exactamente. Por eso se ha afirmado también que lo que es o no es jurisdicción voluntaria, depende de la determinación del legislador; esa determinación en nuestro derecho se contempla en el artículo 873 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, de 1932 (en vigor).

Kisch dice al respecto que la jurisdicción voluntaria comprende un número considerable de actos de la naturaleza más diversa y de los fines más diferentes, que apenas se pueden agrupar desde un punto de vista general sistematizador; esta situación se presenta en nuestra legislación.

Es oportuno señalar, que no existe jurisprudencia en nuestro país, que agrupe los rasgos distintivos de esta clase de jurisdicción; mucho menos alguna que aporte su conceptualización o bien su naturaleza jurídica.

Como veremos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sólo hace referencia a "los efectos de las resoluciones dictadas en vía de jurisdicción voluntaria."

a).- Las resoluciones dictadas en jurisdicción voluntaria de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación,

no constituyen cosa juzgada ni verdad legal, en virtud de que pueden ser modificadas por el mismo juez que las proveyó.

b).- La Suprema Corte ha mantenido firme este criterio en otras sentencias entre las que pueden recordarse aquella en la cual sostiene que la resolución pronunciada en diligencias de jurisdicción voluntaria, en que no ha habido controversia judicial alguna, no puede conceptuarse como sentencia definitiva.

Los anteriores pronunciamientos de la Suprema Corte, traducen el criterio que tradicionalmente se ha tenido sobre la jurisdicción voluntaria tanto en la doctrina, como en la legislación; pero, en realidad este criterio no aporta elementos suficientes para elaborar un concepto de la referida institución.

2.2.3. MIXTA.

A nuestro parecer la distinción de la jurisdicción -que han elaborado un mínimo de autores- admitiendo entre la contenciosa y la voluntaria, una tercera especie llamada mixta, no ofrece ningún resultado práctico, porque nada es más natural que habiendo oposición de parte legítima, cese la jurisdicción voluntaria y surja la contenciosa en la cual se debe decidir la contienda iniciada por el opositor. Por lo tanto, lo natural lógico y jurídico es distinguir la jurisdicción en contenciosa y voluntaria.

Por su parte Cesáreo L. González, refiriéndose a la jurisdicción mixta dice: "Es aquélla que se observa en los juicios universales, cuya actuación es voluntaria y sólo se le entremezcla la contenciosa cuando surge algún incidente entre los interesados, que exija la decisión judicial, nada más que sobre el punto cuestionado. En rigor de derecho, puede afirmarse que los universales no son propiamente juicios, porque carecen de algunas de sus partes esenciales y porque aún sus sentencias suelen dictarse -comúnmente- sin contradicción o controversia alguna, no decidiendo cuestión alguna, sino confirmando la voluntad expresada de los interesados, quienes en tales actuaciones intervienen sin los caracteres de actor o demandado. La sola definición de juicio basta para demostrar la exactitud de esta tesis y de que hay actuaciones judiciales en que se observa la jurisdicción mixta, de voluntaria y contenciosa" (14).

2.2.4.- FRACASO DE LAS TENTATIVAS DE DIFERENCIACION ENTRE JURISDICCION VOLUNTARIA Y CONTENCIOSA.

Los intentos dirigidos a satisfacer un factor o elementos de diferenciación entre ambas jurisdicciones, no ha encontrado el éxito que esperaba, y el inmenso número de

(14).- González L., Cesáreo.- "Apuntes breves sobre Derecho Procesal Civil".- Tomo I.- México 1914. p. 5.

teorías, siempre han hallado objeción alguna.

Los criterios dominantes que han querido encontrar diferencias han sido:

- a).- Aquél que ha querido distinguir ambas jurisdicciones en relación con los efectos de la cosa juzgada;
- b).- El que se basa en la ausencia de contradictor;
- c).- La que se apoya en la ausencia de partes;
- d).- Aquélla que, como consecuencia de los efectos de la cosa juzgada en materia administrativa, fundamenta la naturaleza de la jurisdicción voluntaria en ésta materia y a la contenciosa en la jurisdiccional;
- e).- La postura que señala que la voluntaria se ejerce inter volentes y la contenciosa inter nolentes;
- f).- El criterio que señala que la voluntaria tiene efectos constitutivos y la contenciosa declarativos.

Nosotros consideramos, que los elementos mencionados en las distintas posturas, son efectivamente rasgos distintivos de ambas jurisdicciones y que si la doctrina dominante los acogiera, gran parte de la problemática ya estaría resuelta, sólo que no ha sido así.

De cualquier forma sólo por vía de orientación expondremos algunas teorías que pretendieron hallar elementos diferenciadores.

Don José de Vicente y Caravantes ha señalado entre ambas jurisdicciones, las diferencias siguientes:

a).- La contenciosa, se ejerce inter volentes, esto es, entre personas que tienen que acudir a juicio contra su voluntad por no hallarse de acuerdo sobre sus pretensiones respectivas, mientras que la voluntaria se ejerce inter volentes, es decir, entre personas que se hallan de acuerdo sobre el acto que se ejecuta o a solicitud de una persona a quien importa la práctica de algún acto, en cuya contradicción no aparece interés de tercero.

b),.- La contenciosa se verifica con conocimiento legítimo de causa y la voluntaria sin conocimiento de causa o con sólo conocimiento informativo.

c).- La contenciosa se ejerce pronunciando un fallo o providencia con arreglo a lo que resulta de lo expuesto y probado por las partes y en la voluntaria-, sólo se pide al juez la intervención de su autoridad para dar fuerza y eficacia a aquél acto.

Menéndez Pidal, por su parte señala: "se ha creído encontrar el criterio diferencial de ambas jurisdicciones en el carácter contencioso de la relación jurídica; pero éste no es esencial en el proceso; puede haber proceso sin contienda (contumacia) y aún puede haber proceso litigioso en que el demandado reconozca la pretensión adversa." (15).

Según la opinión de Wach, los actos de jurisdicción

(15).- Menéndez Pidal, Faustino.- "Elementos de Derecho Procesal Civil". Madrid 1935. pp. 991-993.

voluntaria tienden siempre a la constitución de estados jurídicos nuevos y cooperan al desarrollo de relaciones existentes.

El autor citado señala además, que no es el carácter de la jurisdicción voluntaria la falta de contradicción, sino la falta de dos partes: también la contenciosa tiene procesos sin contradicción, pero no sin dos partes. Culmina diciendo este autor que sería un error distinguir ambas jurisdicciones de acuerdo a su denominación o nombre.

Existe un criterio importante: el jurisprudencial, es decir aquél que expresa el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pero en realidad, este criterio no es en la actualidad unánimemente admitido, por lo cual se trata de un criterio desde luego autorizado, pero que no puede tomarse como elemento diferenciador. La razón es que la Suprema Corte, sólo enfatiza la cosa juzgada como rasgo distintivo en la jurisdicción contenciosa y de lo cual carece la voluntaria.

Consideramos que si existen rasgos de diferenciación, como serían:

a).- Los efectos de la cosa juzgada, que operan en la contenciosa y de lo cual carece la voluntaria.

b).- El cumplimiento de las formalidades procesales, en la contenciosa -vía ordinaria- y la libertad o facultad de la voluntaria para acatarlas o no. De lo cual hablaremos con posterioridad.

c).- La presencia de partes en la contenciosa y de solicitantes o peticionantes en la voluntaria.

d).- Como consecuencia de lo anterior, la presencia de la litis -generalmente- en la contenciosa y la ausencia de ello en la voluntaria.

No obstante lo anterior, opina Castillo Lavin: "a pesar de los esfuerzos que se han realizado para distinguir ambas jurisdicciones, por parte de los más destacados procesalistas nacionales y extranjeros, no se ha podido conseguir tal objetivo". (16) Por ello se ha argumentado certeramente, que el único orden de distinción es el criterio legal, opinándose en este sentido, que los actos de jurisdicción voluntaria son aquéllos que el legislador ha entendido que deben considerarse de esta naturaleza.

"El criterio legal, relativo a la distinción entre ambas jurisdicciones lo encontramos, en el artículo 893 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, según el cual la jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas. De acuerdo con este texto legal, lo que distingue la jurisdicción voluntaria de la contenciosa, es que ésta se resuelve sobre un conflicto en oposición de

(16).- Castillo Lavin, José Luis.-Op. Cit. p. 83.

intereses y en aquélla simplemente sobre una cuestión no
contenciosa". (17)

(17).- Castillo Lavin, José Luis.- Ibidem. p. 73.

2.3.- JURISDICCION VOLUNTARIA. TEORIAS QUE DETERMINAN LOS RASGOS VOLUNTARIO Y JURISDICCIONAL EN ESTA INSTITUCION.

2.3.1.- EXTRANJERA.

Comenzaremos con el profesor German Brulliard de la Universidad de Paris. Este autor, sostiene que la "Jurisdicción voluntaria está confiada al Juez, porque entre los funcionarios públicos, es el mejor calificado para conocer de negocios relativos al Derecho Privado, y esto es lo que hace constituir a aquélla, una actividad esencialmente jurisdiccional". (18).

Agrega que el carácter jurisdiccional es tan profundo, que desde el punto de vista material se debe reconocer en estos actos la tutela de intereses subjetivos, aunque en ciertos órdenes jurídicos esté confiado formalmente a órganos administrativos.

Nótese que para Brulliard, lo más trascendente es la eficacia que pueden dar los jueces a esta clase de actos, razón por la cual afirma "es el mejor órgano capaz de desplegar su jurisdicción". Al respecto diremos que el juez (en materia civil) no es el único que conoce de jurisdicción voluntaria, ya que en nuestro Derecho Positivo el Código de (18) Derbez Muro, Guillermo. "Naturaleza Jurídica de los Actos de Jurisdicción Voluntaria" U.N.A.M. México 1958. p. 36.

Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su artículo 68 señala: "El promovente de procedimientos de jurisdicción voluntaria y los litigantes, podrán designar un Notario que desempeñe las funciones que este Código asigna al Secretario. En las testamentarias e intestados, la designación podrá hacerse por el albacea.

Entre otros autores extranjeros que sostienen el carácter jurisdiccional de la referida institución, figura Gian Antonio Michelli. Empieza por hacer notar que la jurisdicción voluntaria no ha perdido su interés y su valor, ya que lejos de ser un problema teórico, tiene importantes aplicaciones prácticas, y de ahí la razón de ser de su estudio.

Este autor afirma qué respecto de su naturaleza, los actos que ella consagra tienen la típica estructura y eficacia del acto jurisdiccional; y como consecuencia de esto pertenece en definitiva a la función jurisdiccional y no al campo del Derecho Administrativo.

Pasaremos a revisar ahora la opinión del Magistrado Español Alvarez Castellanos, con respecto a la tesis que sostiene que los actos de jurisdicción voluntaria no deben salir del conocimiento de los órganos jurisdiccionales, éste autor se pronuncia enérgicamente al decir: "Las ciencias jurídicas no han descubierto un organismo que sustituya con ventaja a la acción de los tribunales, en la aplicación concreta de la Ley, porque son base de sustentación, aquellos

principios que se acogieron como axiomáticos por la ciencia".
(19). Además no aconseja cambio alguno, porque dice que las garantías de autenticidad y publicidad, a la plena luz de la audiencia pública son insuperables; teniéndose además la experiencia judicial procurando en todo caso se cumpla con la finalidad del orden jurídico.

El autor español Alcalá Zamora, admite el carácter jurisdiccional de la jurisdicción voluntaria.

Una de las doctrinas más dinámicas del continente americano es sin duda la argentina, la doctrina dominante en este país hispanoamericano afirma el carácter jurisdiccional de la jurisdicción voluntaria y señalan algunos autores nacionales que tenía tal característica en el Derecho Romano y que aún lo conserva en la actualidad.

¿Quiénes niegan el carácter jurisdiccional?

En la doctrina francesa predomina el criterio que niega a la jurisdicción voluntaria o graciosa (como suele llamarsele en aquel país) la naturaleza jurisdiccional, tan sólo, apartándose de esta corriente dos autores: Solus y Perrot.

Pero no es la única doctrina que omite dicho rasgo en la jurisdicción voluntaria como veremos.

(19).- Alvarez Castellanos, Rafael Pedro; "El proceso de jurisdicción voluntaria".- Madrid, España 1945.

pp. 340-353.

Para quienes encuentran el signo específico de la jurisdicción propiamente dicha -es decir la contenciosa- en la actitud de proferir decisiones con autoridad de cosa juzgada, la actividad examinada -jurisdicción voluntaria- no es jurisdicción por faltarle este atributo.

Quienes se hayan en el presupuesto -litigio, litis o conflicto- a componer, la clave y condición del acto jurisdiccional; como ello sólo se encuentra en el proceso contencioso y no en el voluntario, éste no es, por lo tanto jurisdiccional.

Para Jaime Guasp, "la idea esencial de la jurisdicción voluntaria consiste, en recoger en un concepto único, todas las funciones en que un órgano de la jurisdicción actúa como administrador, pero como 'administrador de Derecho Privado, esto es, realizando cerca de las relaciones jurídicas de Derecho Privado cometidos que no son jurisdiccionales, sino administrativos". (20). La definición de la jurisdicción voluntaria viene integrada según él, por la existencia de un objeto jurídico privado, sobre el cual se verifica una tarea que no es procesal, sino administrativa.

Calamandrei coloca a la disciplina señalada en la zona fronteriza entre la función jurisdiccional y la función

(20) Guasp Jaime.- "Derecho Procesal Civil".- Tercera Edición.- Instituto de Estudios Políticos.- Madrid, España 1968. p. 946.

administrativa. Afirma que "esta disciplina constituye uno de los casos más típicos del fenómeno por el cual órganos constituidos para ejercer una de las tres funciones de la soberanía ejercen por excepción, funciones que substancialmente pertenecerían a una de las otras dos funciones existentes; en el caso de la jurisdicción voluntaria, los actos realizados por el órgano judicial, que por razones subjetivas deberían de calificarse de jurisdiccionales, son administrativos por su fin y por sus efectos. En sustancia, pues, la contraposición entre jurisdicción voluntaria y contenciosa tiene el siguiente significado: Que esta última es jurisdicción, mientras que la llamada voluntaria no es jurisdicción, sino es administración ejercida por órganos judiciales". (21)

Sostiene Calamandrei que, por su contenido, la disciplina estudiada entra en la rama de la función administrativa, que Zenobini llama "administración pública de Derecho Privado", que comprende todas aquéllas actividades con las cuales en formas múltiples y a través de organismos variados, el Estado interviene para integrar la satisfacción

(21).- Calamandrei.- "Instituciones de Derecho Procesal Civil".- Vol. I.- pp. 112-117 citado por Pina Vara, Rafael De y Castillo Larrañaga, José.- "Instituciones de Derecho Procesal Civil".- Editorial Porrúa, S.A.- Décima Octava Edición, México 1988. p. 80.

de los intereses de los particulares, mediante el desarrollo de relaciones jurídicas.

La tendencia que ha de prevalecer acerca de la naturaleza jurídica de la institución denominada jurisdicción voluntaria, es seguramente la que afirma que es verdadera y propia jurisdicción y no meramente actividad administrativa o cuasi administrativa. Aún los que sostienen este criterio, reconocen en los actos de la institución citada, caracteres específicos que los distinguen inclusive de los actos administrativos.

Hemos hecho alusión hasta este momento a las posturas unas que niegan y otras que aceptan el carácter jurisdiccional de la disciplina que venimos comentando.

Expondremos ahora una tesis elaborada por algunos procesalistas que afirman: "para la concepción tradicional solamente es jurisdiccional el acto de la sentencia definitiva y firme"; han llevado esto hasta el extremo de señalar que "si no hay cosa juzgada no hay jurisdicción".

Por tanto, los demás actos del tribunal quedan proscriptos (a su parecer) como simples actos judiciales o actos procesales, pero nunca jurisdiccionales.

Es oportuno manifestar que esta tesis, llamada por la generalidad "revisionista" no ha encontrado muchos adeptos como se esperaba y es posible que dentro de la doctrina caiga en desuso por no aportar elementos satisfactorios, lo cual es visible en el párrafo que antecede; y aún más para reafirmar

esto en un momento dado podríamos interrogar: ¿los demás actos del juez, inseparables de la sentencia, y en los cuales habrá de fundarse para ser válida, qué constituyen? ¿y los demás actos del proceso no contencioso, qué son?.

A nuestro criterio estos autores han errado, ya que los actos, sean de jurisdicción común o voluntaria, tendrán siempre el carácter de jurisdiccionales, siempre y cuando se ventilen ante un órgano jurisdiccional, ya que mencionábamos se otorga facultad al promovente de jurisdicción voluntaria, tramitar sus actos ante otro funcionario (vgr. un notario).

Entre las posturas extranjeras que niegan el rasgo voluntario en la institución estudiada se encuentra Jaime Guasp, quien señala que es discutible la voluntariedad de esta supuesta jurisdicción. Y agrega, que lo esencial en ella no es que las partes acudan voluntariamente ante el órgano jurisdiccional, ya que esto incluso puede no ocurrir, como se aprecia en los casos en que la intervención es necesaria.

Se dice que el nombre de una institución jurídica debe sugerir con exactitud su concepto y con más razón cuando el mismo se compone de elementos que encuentran su propia significación en el mundo científico. Con apoyo en este argumento, si empezamos a tratar la institución que nos ocupa con el término clásico, casi todos los autores nos dicen que el nombre es inadecuado por no tratarse propiamente de jurisdicción y no ser en modo alguno voluntaria la

intervención del juez.

La mayor parte de los actos que motivan el ejercicio de esta institución necesitan por imperio de la Ley, para alcanzar sus fines o producir sus efectos, la intervención del órgano jurisdiccional. Luego entonces, no participa la voluntad del interesado -pues no le cabe prescindir de ella- ni tampoco la del juez si es que decidiera conocer de actos de esta naturaleza, que la Ley no le adjudicara expresamente.

El desajuste entre el contenido y el nombre de esta clase de procedimientos, ya se pone de manifiesto en la misma definición que de ellos han dado algunos Códigos, como la Ley de Enjuiciamiento Española de 1855 -antecedente de nuestro Código de Procedimientos Civiles- cuyo artículo 1207 expresaba: "Se consideran' actos de jurisdicción voluntaria, todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas". Como se puede apreciar, se explica que es de tipo voluntario, aquéllo que es necesario.

Se decía, que esta jurisdicción es voluntaria, por cuanto se ejerce inter volentes, es decir, entre personas que están de acuerdo sobre el acto que se ejecuta; y en cambio la contenciosa es inter nolentes porque las partes concurren a juicio contra su voluntad y con motivo de un litigio que las enfrenta.

Para la doctrina argentina, no existen más supuestos de

voluntariedad que aquellos que nos ofrecen los procesos
dispositivos, los cuales pueden solucionarse sin sentencia
del juez -mediante allanamiento, desistimiento o transacción-
y aun evitarse totalmente antes de iniciados, en virtud de
medios autocompositivos.

Lo que ocurre es que lo contrario de lo contencioso, no
es lo voluntario, sino lo "no contencioso", y es indudable
que en los procedimientos de la presente institución no hay
contienda, litigio o controversia.

Dijimos también, que se ha hablado de "jurisdicción
graciosa" noción con que se conoce principalmente en Francia.
Esta denominación, además de ser menos usada ha perdido
prácticamente actualidad en los modernos estados de derecho,
donde la discrecionalidad y el favor del soberano ya casi no
cuentan por chocar con el sentido republicano de las
instituciones. La "gracia" o sea el favor o la dispensa, ha
quedado a supuestos muy particulares.

Ese origen tendría en el Derecho Penal, la institución
del indulto. Pero aún éste, tiende a convertirse en un
Derecho de quien satisfaga las condiciones establecidas para
su otorgamiento.

Lo mismo, podemos decir del calificativo "honoraria", que
ningún vínculo puede mostrar con el alcance actual de esta
actividad.

Para evitar tantos equívocos, algunos autores evitan el
inapropiado adjetivo de voluntaria y se refieren a "la

jurisdicción no contenciosa"; o eluden el discutible nombre genérico de jurisdicción y examinan el "proceso voluntario" o apartándose a distancia de ambos vocablos, mencionan la institución jurídica analizada con la expresión descriptiva de "actos judiciales no contenciosos" o "actos judiciales no jurisdiccionales".

Pero como es evidente, con sólo utilizar o eludir el nombre en cuestión no se resuelve el problema, ni se agota la discusión respecto de lo que es la institución investigada.

Pese a todo lo objetado -en cuanto a la denominación se refiere- haremos como la mayoría de los autores que estudiaron el tema y que a fines de su desarrollo, siguieron usando la tradicional expresión de "jurisdicción voluntaria". Dicho lo anterior a partir de ahora nos olvidaremos por completo del sentido semántico de la expresión; además de mediar una causa muy importante consistente en el respeto que debe merecer la tradición jurídica de un país o de un sistema de Derecho. Es decir la presente investigación, no pretende destruir un concepto que ha sido utilizado por siglos y por ende, bien cimentado en la tradición forense, el fin es determinar su naturaleza jurídica.

Reiteramos que la única doctrina que acepta la voluntariedad en esta clase de actos es la que se ejerce inter volentes.

Por último, citamos el criterio de Luigi Mattiolo - autor italiano- al cual nos adherimos cuando dice que "el

criterio que atiende a la voluntad de las partes, debe ser rechazado, porque no desentraña la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, ni proporciona un criterio claro para poder observar claramente la diferencia que existe entre el acto jurisdiccional y el acto administrativo". (22)

(22).- Mattiolo, Luigi.- "Instituciones de Derecho Civil".-
2a. Edición.- Torino, Italia. 1949. pp. 2-3

2.3.2.- NACIONAL.

Toca ahora, hacer referencia a la literatura jurídica mexicana que sobre el tema se ha elaborado.

La doctrina que se ha desarrollado en nuestro país, en términos generales es reducida, y la que existe, no atañe al Derecho Positivo Nacional exclusivamente, sino que se toman modelos y posturas extranjeras.

Aún así, sería injusto no reconocer el esfuerzo verdaderamente admirable que en México se ha realizado en estos últimos tiempos por los procesalistas: Alcalá Zamora y Castillo, Niceto: Premisas para determinar la índole de la llamada Jurisdicción Voluntaria; Friseño Sierra, Humberto: Jurisdicción Contenciosa y Jurisdicción Voluntaria "Criterios de Diferenciación" en "Anales de Jurisprudencia"; Castro Ortiz, Homero: Breves consideraciones acerca de la Jurisdicción Voluntaria en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales (SIC); Derbez Muro, Guillermo: Naturaleza jurídica de los actos de jurisdicción voluntaria; Rafael De Pina: Notas sobre la Jurisdicción Voluntaria.

2.4. NATURALEZA JURIDICA DE LOS ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA.

Para exponer el presente sistema nos apoyaremos en el atinado estudio que llevó a cabo Rafael Gimeno Gamarra en

"Ensayo de una Teoría General sobre la Jurisdicción Voluntaria", en donde el autor empieza elaborando un análisis de las principales doctrinas que se han ocupado de aquella institución y para tal efecto, las divide en tres corrientes: 1 - Teorías que atienden a los caracteres externos -ausencia de contienda; 2 - Teorías que se fijan en los efectos -la falta de cosa juzgada y, 3 - Teorías que tienen en cuenta el fin -La prevención de litigios o la constitución de estados o relaciones.

En el primer caso, quedan comprendidas las tesis que consideran como jurisdicción voluntaria, aquéllos actos en que no se promueve contienda entre partes, y agrega Gimeno Gamarra que la anterior doctrina ha sido rebatida por Wach y Chiovenda.

En cuanto al segundo, es decir las teorías que se fijan en los efectos, principalmente la cosa juzgada, dice el autor citado que algunos autores modernos representados principalmente por Allorio, estiman que la nota característica que diferencia la jurisdicción verdadera y propia, de la jurisdicción voluntaria y de la actividad administrativa, es la cosa juzgada, que se produce en la primera y de la cual carecen las otras dos.

Respecto al tercer caso, señala el autor citado que ese criterio esta representado en forma destacada por Goldshmidt y Carnelutti. El primero, afirma que la jurisdicción voluntaria se caracteriza por el fin que en ella se persigue,

consistente en prevención de infracciones jurídicas, y que se diferencia de la contenciosa, cuyo fin es reprimirlas.

Como es de observarse, las posturas antes mencionadas buscan como objetivo principal un aspecto diferenciador entre la jurisdicción contenciosa y voluntaria, pero no aportan criterios -al menos uno importante- para desentrañar la naturaleza de la estudiada institución jurídica.

Respecto a la naturaleza jurídica de la figura analizada, Gamarra dice que se pueden resumir las doctrinas en dos sectores, el primero que sostiene que la jurisdicción voluntaria tiene una naturaleza jurisdiccional y que estaría representada por Carnelutti, Satta, Michelli y De Fina y el segundo sector que es la opinión dominante que considera a la jurisdicción voluntaria como una actividad administrativa y que estaría representado por autores como Calamandrei, Allorio, Guasp, Alsina y el propio Gamarra.

De aquéllos que se inclinan por la doctrina jurisdiccionalista, ya expusimos sus ensayos con antelación. Por lo que hace, a los que consideran administrativa naturaleza jurídica la disciplina que venimos comentando, también señalamos algunos criterios, aunque en forma limitada, la razón es que quienes han opinado al respecto han sido en su mayoría procesalistas y no administrativistas como se esperaba.

Existen muchas doctrinas sobre la naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria, y hay quien señala que

entre las facultades que el Estado se reserva, la de mayor importancia es impartir justicia, pero Mario Casarino afirma: "En grave error incurriríamos si estimáramos que ésta es su labor exclusiva. No hay duda que estas facultades son la esencia del Poder Judicial, puesto que se encuentran comprendidas dentro del concepto de administrar justicia que constituye la función primordial y la razón de ser de dicho poder". (23). Derbez Muro con toda razón señala: "Esta afirmación es acertada y creemos que no hay nada que agregar, para justificar la existencia de la jurisdicción voluntaria, pues numerosos actos de la vida civil, requieren la intervención del juez en virtud de que afectan al interés público". (24). Casarino -comentando- añade que esto es lo que en la doctrina se llama "jurisdicción voluntaria", con la circunstancia de que en estos actos, muchas veces se pretende confirmar una situación jurídica y evitar un futuro estado de controversia; lo cual denota consideramos nosotros un medio de autocomposición.

Haciendo un análisis de la exposición de Viterbo, tenemos siguiendo a este autor: a).- El criterio romanista; b).- El criterio que atiende a la voluntad de las partes;

(23).- Casarino Viterbo, Mario.- "La jurisdicción voluntaria ante la doctrina".- Revista de Derecho Procesal.- Argentina 1948. p. 334.

(24).- Derbez Muro, Guillermo.- Op. cit.- pp. 18 y 19.

c).- Aquél que atiende a aspectos secundarios; d).- El criterio tradicional y ;e) Teorías Modernas.

a).- Criterio Romanista.- Según este criterio, la jurisdicción voluntaria se confunde con el jus acta confidenci, esto es, con el derecho que tienen ciertos funcionarios públicos de dar fe de los actos jurídicos que ante su presencia se celebren. Como consecuencia de todo esto se quiere desprender la diferencia entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria, en que la primera preside cum causae cognitio, con conocimiento de causa, y en la segunda es a la inversa, es decir, sine causae cognitio, sin causa de conocimiento.

Pero esta teoría, acude a los principios que fundamentan la teoría de la prueba, en una y otra jurisdicción. Por tanto diremos que en materia de jurisdicción voluntaria, el juez no tiene su arbitrio limitado como sucede en la contenciosa en que la Ley precisamente indica los diferentes medios de prueba, su valor probatorio, etcétera. Es más, aunque sean distintas las reglas probatorias en ambas jurisdicciones, no por eso deja el juez de conocer, en ambos casos, con conocimiento de causa; cayendo así por su base el principio hecho valer por la tesis romanista.

b).- Criterio que atiende a la voluntad de las partes.

Este criterio sostiene que la jurisdicción contenciosa se ejerce inter invitos, esto es, entre personas que no están de acuerdo con sus pretensiones jurídicas, y la voluntaria se

ejercita intervolentes, esto es, voluntariamente entre personas que no tienen intereses encontrados u opuestos.

El criterio que atiende a la voluntad de las partes, debe ser rechazado, porque no desentraña la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria.

c).- Criterio que atiende a aspectos secundarios.

Consiste en sostener que las resoluciones recaídas en negocios contenciosos, gozan de la autoridad y fuerza de la cosa juzgada, cosa que no acontece con la jurisdicción voluntaria.

Viterbo afirma al respecto que: "El criterio que se basa en la cosa juzgada, tiene el defecto en primer lugar, de atender a los diversos efectos de las resoluciones que recaen en una y otra jurisdicción, elemento que sólo es de detalle e insuficiente por lo tanto, para darnos un concepto de fondo sobre ambas jurisdicciones". (25). Alcalá Zamora también rebate este criterio.

d).- Criterio tradicional, presencia o ausencia de contradictor.

Esta ha sido la argumentación más utilizada para distinguir la jurisdicción contenciosa de la voluntaria, de esta manera los términos contienda y controversia son sinónimos de jurisdicción contenciosa, correspondiendo el término no contencioso a la jurisdicción voluntaria.

(25).- Casarino Viterbo, Mario.- Op. cit. p. 340.

Chiovenda al estudiar la presente tesis, la rebate al decir: "Se ha creído encontrar el criterio diferencial de ambas jurisdicciones en el carácter contencioso o de la relación jurídica: pero aquél no es esencial, puede haber proceso sin contienda, (esto ocurre en el proceso en rebeldía) y aún puede haber proceso en que el demandado reconozca la pretensión adversaria". (26).

Nosotros consideramos que la jurisdicción voluntaria, no se basa en la controversia, sino que su existencia, tiene como fin precisamente evitarla, o bien, conseguir la seguridad jurídica en un negocio determinado, pues uno de los fines del Estado, es mantener el orden y la paz social, cosa que se puede lograr cuando se garantizan los derechos de los particulares, y en el supuesto caso de que se violen en su perjuicio esos derechos, poder acudir a los tribunales en demanda de justicia.

"Muchos actos de jurisdicción voluntaria tienen como fin precisamente evitar en lo posible el litigio, como sucede por ejemplo en la conciliación; pero esta afirmación no basta para desentrañar tampoco la naturaleza jurídica de la figura comentada y para conseguir esto, debe buscarse la diferencia que existe entre la función administrativa y la función

(26).- Chiovenda, José.- "Principios de Derecho Procesal Civil".- Tomos I.- Editorial Cárdenas. México 1980.
p. 701.

jurisdiccional". (27).

d) Teorías Modernas.

Han surgido infinidad de teorías respecto a la jurisdicción voluntaria -principalmente en Italia-, pero los autores con más proyección han sido: Chiovenda, Alfredo Rocco, Niceto Alcalá, Wach y Carnelutti.

Chiovenda y Alfredo Rocco, cuyo criterio se inspira en Wach, analizan la diferencia entre ambas jurisdicciones en su diversa finalidad, de esta manera Chiovenda afirma: "La jurisdicción voluntaria tiene un fin constitutivo, ya que los actos de ésta, tienden siempre a la constitución de estados jurídicos nuevos y cooperan al desarrollo de las relaciones ya existentes. En cambio la jurisdicción propiamente tal, tiende a la actuación de relaciones existentes". (28).

Rocco sostiene: "La jurisdicción voluntaria corresponde a la intervención del Estado, en la formación de relaciones jurídicas concretas, acreditando en forma solemne la conveniencia o legalidad del acto realizado o que se va a realizar". (29).

Niceto Alcalá Zamora, por su parte, en su notable estudio en honor a Enrico Redenti, denominado "Premisas para

(27).- Verbez Muro, Guillermo.- Op. cit. p. 21.

(28).- Chiovenda, José.- Op. cit. p. 365.

(29).- Rocco, Alfredo.- "La Sentencia Civil".- Torino, Italia. 1986. pp. 17-18.

determinar la índole de la jurisdicción voluntaria", dice:
"Que dicho término se ha prestado a graves confusiones y que para proceder correctamente a su estudio, se necesita encuadrar los actos de esta clase de jurisdicción en tres grupos de procedimientos a saber: a).- Los que de manera preventiva, preparatoria o cautelar enlazan con eventualidades procesales, aunque el proceso no llegue a surgir; b).- Los que al margen de toda perspectiva o propósito procesal, tienen por objeto, rodear de mayores garantías la tramitación de los expedientes, en que la autorización, la homologación o la dación de fe judiciales se reputen por el legislador indispensables, o por lo mismo preferibles a las emanadas de funcionarios de otras órdenes y ; c).- Aquéllos que no sólo con la menor dificultad, sino también con las máximas ventajas, el juzgador puede y debe ser sustituido por notarios, registradores del estado civil o de la propiedad, corredores de comercio, etc.". (30).

Respetamos la opinión del autor citado, pero consideramos que al ponerse en práctica lo que él propone, implicaría mayor problemática, de la que se cuenta hasta el momento, es decir, su argumentación sería una fuente de controversias y debates.

(30).- Alcalá Zamora, Niceto.- Studi in Onore di Enrico Redenti.- "Premisas para determinar la índole de la Jurisdicción Voluntaria".- Milán 1951. pp. 13 y sigs.

Carnelutti, dice que la jurisdicción voluntaria debe partir de la idea de negocio, pero como el concepto de negocio no ha sido debidamente desarrollado para comprender en él aquella institución, se sostiene entonces que es un acto materialmente administrativo. Con acierto se afirma, que la idea de negocio jurídico, sería insuficiente para poder explicar la naturaleza jurídica de la disciplina citada, y sobre todo, los cambios que sufre en su naturaleza misma, cuando se convierte de voluntaria en contenciosa.

Hasta el momento, ninguna de las teorías señaladas nos ha dejado satisfechos como para poder elegir alguna que se apegue a nuestro objetivo; de tal forma que será necesario confrontar el acto jurisdiccional y el acto administrativo, para obtener nuestro propósito.

2.5. LA JURISDICCION VOLUNTARIA A LA LUZ DE LA TEORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

2.5.1.- CONCEPTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

La búsqueda de un concepto o, con mayor precisión, de una definición de lo que es el acto administrativo, ha preocupado universalmente a la doctrina que, pese a los largos años de estudio sobre el punto, no encuentra aún una definición que satisfaga de manera general, las diversas tendencias conceptuales.

"Muchos conceptos y definiciones se han ensayado. En

una perspectiva histórica encontramos desde aquéllas que lisa y llanamente lo asimilan al acto jurídico de Derecho Privado, en donde sólo variaría el sujeto que lo emite, hasta otras que incorporan nociones técnicamente más elaboradas". (31)

El avance de la doctrina jurídica ha ido perfeccionando los distintos conceptos emitidos. En la doctrina administrativa el profesor Rolando E. Pantoja B., en su obra "concepto de acto administrativo" (32), otorga una excelente sistematización de las distintas corrientes conceptuales enmarcándolas en tres grandes sistemas que serían: 1.- El que trata el acto administrativo como sinónimo de actividad de la administración; 2.- El que lo encuadra como declaración que puede asumir un contenido sumamente variado, y 3.- El que lo circunscribe a la declaración de voluntad dimanante de una administración pública.

1.- El acto administrativo como sinónimo de actividad de la administración.

Se indica en la obra citada que, según la primera tendencia indicada, el vocablo acto administrativo debe

(31).- Urzua R., Carlos Fernando.- "Requisitos del acto administrativo".- Edición Jurídica de Chile.- Santiago de Chile.- 1971.- p. 112.

(32).- Pantoja Baúza, Rolando E.- "Concepto de Acto administrativo".- Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1960. pp. 17 y siguientes.

reservarse para designar a través de ella a toda la gama de actos, esto es, de resoluciones y de hechos, que emanan de las diversas administraciones estatales. De acuerdo con esta tendencia el autor Fleiner señala: "Se entiende como acto administrativo, el de una autoridad administrativa, por oposición a un acto de los tribunales de justicia (jurisdiccional) o del poder legislativo. Por lo tanto la expresión acto administrativo, abarca lo mismo hechos positivos que acciones de naturaleza jurídica (de derecho privado y público)". (33). Esto es para Fleiner el acto administrativo en un sentido lato, pero agrega que en un sentido más estricto hay que entender por acto administrativo nada más que la acción de una autoridad administrativa llevada a cabo en virtud de una facultad de soberanía encaminada a obtener un efecto jurídico. Ahora bien; para este autor, tales actos no sólo son las operaciones de preparación y ejecución, sino también las decisiones que han de ser tomadas por las autoridades administrativas, así como los fallos gubernativos, (acuerdos-decretos) que la autoridad administrativa puede dictar por disposición de la Ley. En consecuencia, el acto administrativo abarca en esta primera tendencia que señala la

(33).- Fleiner, Fritz.- "Instituciones de Derecho Administrativo." Traducción de la 8a. Edición Alemana.-Editorial Labor S.A. 1993. Barcelona. p. 42.

doctrina, ya sea los pronunciamientos, ya sean los hechos y las acciones realizadas por una administración estatal.

2.- El acto administrativo como declaración de variado contenido.

Nacida en la doctrina italiana, esta postura conceptual consiste en atribuir al acto administrativo, en cuanto a acto se refiere, una consistencia psicológica variada, o si se quiere una frase más sugerente, una declaración de variado contenido. Señala el autor citado que este contenido estaría constituido por una declaración de voluntad, o una manifestación de deseo, una exteriorización de ciencia, de opinión, de juicio, de conocimiento, etc.

Zanobini sostiene que "cualquier declaración de voluntad, de deseo, conocimiento, juicio, cumplida por un sujeto de la administración pública, es un acto administrativo". (34).

Esta tendencia ha encontrado apoyo en América.

3.- El acto administrativo como declaración de voluntad.

Esta corriente conceptual la podemos caracterizar a través de la definición que el profesor griego Michell Stassinopoulos ofrece del acto administrativo; para él es tal la declaración de voluntad emitida por órgano administrativo

(34).- Zanobini, Guido.- "Curso de Derecho Administrativo".- Volumen I.- Buenos Aires, Argentina.- 1954. Parte General. p. 27.

y determinadora de modo unilateral de lo que es el Derecho en un caso individual. O lo que Gascón y Marín entiende por acto administrativo: Una manifestación de la voluntad de una autoridad administrativa, realizada frente al súbdito, determinadora de una situación jurídica individualizada. Como es posible apreciar, para esta tercera corriente el acto administrativo declaración de voluntad se concreta en el acto jurídico emanado de la administración pública.

El profesor Aylwin A., define el acto administrativo como la declaración unilateral de voluntad de la administración en el ejercicio de sus potestades administrativas que produce efectos particulares o subjetivos.

En la obra "Manual de Derecho Administrativo", de don Manuel Jara Cristi, se define el acto administrativo como un acto jurídico, es decir una manifestación de voluntad destinada a producir una situación jurídica. Y para don Guillermo Varas el acto administrativo es una forma especial de acto jurídico.

La categoría de los actos administrativos, por consiguiente, para parte considerable de la doctrina europea y casi la unanimidad de la americana, está configurada por los actos jurídicos emanantes de las administraciones públicas estatales.

Señala el profesor Rolando Pantoja que el acto administrativo es una concepción dinámica, una declaración de

voluntad, de conocimiento, de juicio, o de razonamiento, formulada por un administrador en ejercicio de una potestad administrativa.

Buscando un concepto operacional para nuestro trabajo, señalaremos que, para nosotros, acto administrativo será toda declaración o manifestación de voluntad orgánica, por medio de la cual un órgano administrativo exterioriza su competencia, en virtud de su potestad. Del concepto transcrito surgen varios elementos que creemos conveniente analizar para determinar sus alcances.

El primero de ellos dice relación con la manifestación de la voluntad orgánica. Por una parte se señala la necesidad de un pronunciamiento, es decir de hacer algo perceptible en el mundo sensorial, que equivaldría en sentido jurídico a la manifestación estatal. Por otra parte, precisamos que se trata de una voluntad orgánica, vale decir, la voluntad que se traduce en la acción de la administración, a través de actos administrativos. Con ello significamos la especial naturaleza de esta manifestación volitiva y planteamos así la diferencia que existe con la manifestación de voluntad de un particular, generadora del acto jurídico.

El segundo elemento de nuestra definición hace hincapié en lo anterior. El órgano administrativo es el sujeto emisor del acto. Aquí se remarca el carácter unilateral de éste.

Al referirnos a la exteriorización de competencia que realiza el órgano administrativo, creemos que significamos

con ello la naturaleza propia del acto administrativo, es decir, toda acción que emane de un órgano de la administración pública, tendrá tal carácter.

Terminaremos nuestra definición señalando que el acto administrativo es dictado en virtud de potestades administrativas, vale decir, el poder jurídico de que está dotada la administración pública para el cumplimiento de sus fines. Estas constituyen la fuerza generatriz para la emisión del acto. Además, contribuyen a destacar el carácter unilateral del acto administrativo y la variada gama de acción de que dispone el acto, pues si ellas se ejercen vienen a originar el acto. Obviamente las potestades administrativas son variadas; la reglamentaria, la disciplinaria, la correctiva, la imperativa, y algunas más cuyo conjunto se ha individualizado desde antaño bajo el calificativo común de "potestades ejecutivas".

A) referirnos a las potestades administrativas y al imperio nos estamos refiriendo, obviamente al poder público, cuyo ejercicio implica el acto administrativo.

En la definición que hemos ofrecido, se ha conjugado el elemento orgánico y funcional, representado este último por la noción: exteriorización de competencia y potestades administrativas. De aquí que caractericemos nuestro concepto como orgánico y funcional. Es decir, determinamos el acto administrativo por dos elementos decisivos: el órgano del cual emanan y la función que sirve o materia que contiene.

En los casos citados existe un elemento común: el hecho de ser dictados en virtud de facultades de administración, y un elemento diferenciador: el sujeto del cual emanan. Si es éste un órgano de la administración pública del Estado, el acto será propiamente administrativo.

Por último, en la conceptualización que realizáramos del acto administrativo, señalamos que el sujeto emisor es un órgano administrativo; que cada vez que éste órgano exterioriza su competencia en virtud de su potestad emite un acto administrativo. Del concepto transcrito resalta su carácter unilateral, ya que lo determinante es, precisamente la manifestación de esa potestad administrativa ejercida, que es exclusiva del órgano público y por lo tanto ajena al administrado o particular. Esto nos permite afirmar que siempre el acto administrativo será unilateral.

2.5.2.- REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

Paralelamente a lo que ocurre en Derecho Privado, hay autores que distinguen requisitos de existencia y de validez respecto del acto administrativo. No compartimos esta posición que nos parece busca armonizar la teoría del acto jurídico con el acto administrativo. Los párrafos anteriores han demostrado la inaplicabilidad del esquema del Derecho Privado en esta materia, por lo que no es pertinente extraer la teoría del acto jurídico y tratar de implantarla en el acto administrativo, así opinan una gran mayoría de autores

administrativistas, y nos adherimos a esta corriente, por lo siguiente:

La teoría del acto jurídico de Derecho Privado tiene entre sus puntos principales la distinción entre requisitos de existencia y de validez. Concurriendo ambos requisitos el acto resulta perfecto.

Son condiciones de existencia del acto jurídico aquéllas sin las cuales no puede formarse, no puede nacer a la vida del Derecho. Son condiciones de validez aquéllas que, si bien pueden faltar en el acto, su concurrencia le da una existencia sana.

Esta estructuración que la doctrina ha dado al acto privado no podemos considerarla en una teoría del acto administrativo. El ejercicio del poder público, por parte del acto administrativo, y la existencia de la autonomía de la voluntad, como fundamento del acto privado, constituye los pilares que basan las profundas diferencias que entre ellos existen y además señalan por su naturaleza, la imposibilidad de amalgamarlos en una teoría que ilumine ambos actos.

La estructuración de la teoría del acto privado en requisitos de existencia y validez obedece a los principios comentados con antelación. Por lo mismo no podemos aplicar al acto administrativo la doble exigencia de requisitos como se establece para el acto privado.

Nuestra discrepancia atiende más que a la terminología o a los requisitos considerados separadamente, al esquema

mismo. Esto es. propugnamos por la inaplicabilidad del esquema de Derecho Privado en esta Materia.

Dicho lo anterior, no se plantea el problema de saber si los requisitos que se exigen al acto administrativo son de existencia o de validez. El acto administrativo obedece a principios propios y por lo tanto a un esquema diferente, por lo que inclinar la opinión a uno u otro sería continuar dentro del mismo esquema, razón por la cual no adjetivamos los requisitos del acto administrativo. Para nosotros, existen requisitos -propios- del acto administrativo, sin mayores distinciones, los cuales han sido desarrollados en la propia doctrina administrativa.

Reafirmamos que en el desarrollo de la doctrina administrativa se han planteado distintas posiciones acerca de cuáles son los elementos conformadores o bien los requisitos del acto administrativo.

A) efecto el administrativista español Recaredo Fernández de Velazco indica que son tales la competencia, motivo, causa, fin y objeto para la validez del acto.

Para Gaetano, los elementos del acto administrativo son cinco: competencia, voluntad, objeto, forma y fin.

Por su parte el autor argentino J.M. Diez, a propósito de la legitimidad del acto, señala que los elementos del acto administrativo son cuatro: órgano competente, manifestación de voluntad, objeto y forma.

Vitta enseña que los elementos del acto son:

competencia, declaración de ciencia o de voluntad y causa.

Zanobini caracteriza los elementos esenciales del acto como: el sujeto, el objeto, la voluntad, el contenido y la forma. Agrega que los elementos no esenciales son la causa y el procedimiento.

Gascón y Marín escribe al respecto señalando: Para que el acto administrativo sea válido, ha de emanar de funcionario competente, ser realizado dentro de las facultades que al mismo confieren las disposiciones legales y para el mismo fin que motiva el otorgamiento del poder a la autoridad administrativa.

Para concluir este apartado, creemos oportuno recordar la definición que se ofreciera del acto administrativo, pues ella resume a nuestro parecer las características esenciales del acto. Definimos el acto administrativo como una manifestación o declaración de voluntad orgánica, por medio de la cual un órgano administrativo exterioriza su competencia en virtud de una potestad administrativa. A través de ella hacemos hincapié en lo que es propio del acto administrativo.

Por tanto, y con apoyo en la doctrina dominante aceptamos la teoría que considera como requisitos del acto administrativo:

a).- La voluntad de un órgano de la administración pública para realizar o ejecutar un acto; b).- La competencia de ese órgano; c).- La facultad que poseen y que otros

autores llaman legitimidad; d).- Y por último las formalidades que deberá reunir el acto.

2.5.3.- EL ACTO ADMINISTRATIVO Y EL ACTO JURIDICO DE DERECHO PRIVADO.

Efectuaremos un análisis entre los dos conceptos que menciona el presente apartado. Aunque se tocó en forma breve en el punto anterior, lo haremos repetitivo por sernos de una utilidad imprescindible como se observará con posterioridad.

Señalamos con anterioridad, que el acto administrativo y el acto jurídico, son nociones diferentes y que su diferencia radica más que en el concepto, en su distinta naturaleza jurídica.

Definimos al acto administrativo como aquella declaración o manifestación de voluntad orgánica, mediante la cual un órgano administrativo exterioriza su competencia en virtud de una potestad administrativa. Por otra parte definimos al acto jurídico como la manifestación de voluntad (privada) que se hace con la intención de crear, modificar o extinguir un derecho.

Para el profesor Patricio Aylwin, el problema a resolver sobre si ambos conceptos, son compatibles o no, es sencillo. Este autor señala que el concepto antes dado sobre el acto jurídico, es aplicable al acto administrativo, cuando la persona que realizara el acto fuere un órgano de la administración debidamente facultado. Es decir sólo habría

variación en cuanto al sujeto. El acto es el mismo. En general, es esta la posición de todos aquellos autores que siguiendo la doctrina francesa aceptan la noción: acto administrativo igual a declaración de la voluntad administrativa.

Nuestra opinión difiere. Consideramos que el acto administrativo, no está sometido de manera alguna, a la conceptualización y normativa del acto jurídico. Opinamos que el pretender abarcar en una unidad ambos actos, es confundir instituciones diversas, desconociendo la independencia que entre ellos existe, y por lo tanto negar la categoría jurídica y propia del acto administrativo.

Nos parece más acertado, de acuerdo con la naturaleza jurídica del acto administrativo, darle el tratamiento que merece cada uno. El acto administrativo y el jurídico, responden a situaciones que les son exclusivas. Es decisivo el hecho de que uno se gesta en el ejercicio del poder público y el otro en la autonomía de la voluntad. Es por esto, que la noción que en el derecho privado se le ha dado al acto jurídico, corresponda únicamente, a aquél que encuentra su origen en la libre expresión de la voluntad, en el querer jurídico de la persona, en su relación igualitaria con otras personas. Nace una relación de coordinación, ya que los sujetos se encuentran en el mismo plano de igualdad jurídica; situación que no sucede de la misma manera en el acto administrativo. De aquí que el acto jurídico se enmarque

en lo volitivo y esto sea condicionante del concepto. El acto administrativo importa, como se ha dicho, el ejercicio del poder público, por un sujeto de derecho público.

Recapitulando: Para nosotros, el vocablo acto administrativo será equivalente a pronunciamiento, declaración o manifestación, no únicamente del querer jurídico de la administración pública, sino del poder de cualquiera de sus potestades o facultades. Por consiguiente, consideramos al acto administrativo un acto jurídico en una concepción amplia, gramatical si se prefiere, pero no en la forma categórica en que los equipara el profesor antes citado.

Para apoyar lo anterior, observemos que el acto administrativo guarda similitud con el acto jurídico, como actuación nacida y regida por el Derecho.

En un Estado de Derecho, la actuación de la administración pública, tendrá un principio fundamental: siempre estará regida por el Derecho, por lo que será jurídica. De aquí nuestra afirmación, en el sentido de señalar que el acto administrativo será un acto de Derecho, un acto jurídico en una concepción amplia. Por tanto en un sentido estricto respecto al acto jurídico como tal, nos situamos en una distinta perspectiva de análisis, rechazando la aplicación de su esquema para el acto administrativo.

2.5.4.- EL ACTO ADMINISTRATIVO Y EL ACTO JURISDICCIONAL -DIFERENCIACION-

La doctrina preponderante, al tratar el presente apartado hace referencia a la función que cumplen -como factor diferenciador- uno y otro acto.

Siguiendo este criterio, el problema consistiría en resolver la diferencia que existe entre la función jurisdiccional y la función administrativa. Los tratadistas de Derecho Administrativo, clasifican las funciones del Estado en dos categorías:

a).- Desde el punto de vista del órgano que las realiza, es decir adoptando un criterio formal, luego entonces, las funciones son formalmente: legislativas, administrativas o judiciales, según que estén atribuidas al Poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial.

b).- Desde el punto de vista de la naturaleza interna de la función, es decir, partiendo de un criterio objetivo, material, que prescinde del órgano, así tenemos las funciones materialmente legislativas, administrativas o judiciales.

El problema más difícil desde luego, es ver la diferencia entre la función jurisdiccional y la administrativa. Con apoyo en Gabino Fraga, diremos: Que la función jurisdiccional, estaría desde el punto de vista formal, constituida por la actividad desarrollada por el poder que normalmente dentro del régimen constitucional, está

encargado de los actos judiciales, es decir, el Poder Judicial.

Fraga afirma que existen serias dificultades para definir materialmente a la función jurisdiccional, sin embargo agrega, que esta función puede, desde el punto de vista material, caracterizarse por su motivo y su fin. Agrega que a semejanza de las otras funciones, presupone la existencia de un conflicto preexistente, y si el motivo o antecedente es ese conflicto, entonces el primer elemento del acto jurisdiccional, consiste en la declaración que se haga de la existencia del conflicto -declarar el derecho-.

En cuanto al fin, consiste en que la función jurisdiccional, no puede limitarse a que hay una situación de conflicto, pues es necesaria una decisión que ponga fin al conflicto, pero debe tener fuerza y estabilidad otorgándole estas características la sentencia definitiva.

La función administrativa, formalmente se define como la actividad que el Estado realiza, por el Poder Ejecutivo.

Materialmente la función administrativa, sería según el autor citado: una actuación del Estado, que se realiza bajo un orden jurídico y que consiste en la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales.

Nuestra opinión es la siguiente: aplicando las ideas anteriormente expuestas. en torno a la jurisdicción voluntaria, se concluye que en el Derecho Positivo Mexicano,

es un acto materialmente administrativo y formalmente jurisdiccional. Es este el criterio que debe imperar, por ser el que más se apega a nuestros modelos o estructuras institucionales.

Es aquí donde encuentra -una vez agotados los criterios expuestos con antelación- su punto culminante la teoría que otorga carácter jurisdiccional a la institución estudiada.

La intención era, y lo es ahora, exponer las más autorizadas opiniones de procesalistas y administrativistas, para cumplir con el rigor científico que la presente hipótesis se propone. De tal manera que fue realmente "novedoso" el haber contado con la valiosísima aportación de la teoría expuesta por el autor mexicano Gabino Fraga, que en el debido momento se expuso; y "curioso", por la siguiente razón: Es un autor administrativista, quien vino a romper con la barrera doctrinal que imperaba y no un procesalista como se esperaba.

De cualquier forma si la postura de Gabino Fraga no satisface del todo los requerimientos doctrinarios, expondremos otros criterios.

Alfredo Rocco afirma que "la distinción entre la actividad administrativa y la jurisdiccional estriba en que mientras en la primera el Estado, persigue directamente sus intereses, en la segunda interviene para satisfacer intereses de otro (s), que han quedado sin satisfacción y que no pueden ser perseguidos directamente" (35).

También nos adherimos a la autorizada opinión del procesalista italiano Gian Antonio Michelli, en sostener y defender convencidamente la teoría que otorga carácter jurisdiccional a la jurisdicción voluntaria y que se apega al carácter formal que hemos señalado.

De igual manera, compartimos el criterio del autor mexicano Alfredo Domínguez del Río, al señalar que: analizando los actos y la trayectoria de la institución denominada jurisdicción voluntaria, se trate en específico de:

a).- Actos que se asemejan a la función administrativa: intrínsecamente, interiormente, materialmente;

b).- Pero -como lo sostiene Couture- exteriormente, formalmente, son jurisdiccionales.

Además, reconocemos nosotros que la división de funciones entre los tres poderes, ya no es tajante como en un principio lo fue, siendo posible que conozca perfectamente un órgano jurisdiccional de un acto materialmente administrativo, esto es lo que sucede precisamente en la jurisdicción voluntaria.

Enrico Allorio señala respecto de la índole de la jurisdicción voluntaria, que para llegar a este objetivo, es necesario enfrentar el problema principal, relativo a la

(35).- Rocco, Alfredo.- "Derecho Procesal Civil".- Traducción Española.- México 1979. p. 43.

distinción entre las dos actividades o funciones - jurisdiccional y administrativa, ya que es la base de la sustentación. Consideramos que tiene razón este autor, al igual que otros y apoyamos su criterio. El autor citado destaca en su trabajo en forma eminente, la prevalecencia del elemento formal. Para sostener esto afirma: "con la clasificación tradicional de las funciones del Estado, desde el punto de vista sociológico, se pueden atribuir respectivamente diferentes finalidades metajurídicas a los mencionados órdenes de actividad". (36). Es cierto dice, porque la legislación tiende a asegurar un orden de conveniencia social, la jurisdicción el cumplimiento de la Ley, y la administración a organizar los servicios públicos. Argumenta además que ante la imprecisa distinción de los fines, la forma tiende a gobernar la diversidad de los efectos jurídicos, entonces la forma es el matiz que prevalece. Indica, que en realidad la relación entre la materia y la forma, siempre estarán ligadas, y no es necesario que concuerden, aunque desde luego la prevalecencia del elemento formal, servirá de mucho para poder identificar la verdadera naturaleza de la jurisdicción voluntaria y encuadrarla en el campo jurídico a que pertenece, por lo que la observación que nos hace Allorio es de gran importancia en

(36).- Allorio, Enrico.- "Ensayo Polémico sobre la Jurisdicción Voluntaria".- Milano, 1948. pp. 513-514.

el presente trabajo recepcional.

En párrafos anteriores, destacamos que ambos conceptos tienen en sí distinta naturaleza jurídica. Se manifestó que la teoría del acto jurídico de Derecho Privado, encuentra su fundamento en tres pilares: la autonomía de la voluntad, la libertad contractual y la igualdad jurídica de las partes.

En materia administrativa, la situación es completamente diferente. Los principios anteriormente señalados resultan incongruentes con la naturaleza de la administración del Estado.

Si analizamos el principio de la igualdad jurídica entre las partes, debemos concluir que no opera en Derecho Administrativo, por tener éste último una naturaleza eminentemente pública, es decir, por ejercer la administración estatal el poder público, y por satisfacer un servicio e interés públicos también. Es evidente la distinta posición que ocupan los particulares o administrados, por una parte y la Administración Pública por otra. La relación no es de igualdad, sino de subordinación. Como se puede apreciar, no es posible aplicar este principio en materia administrativa.

Acerca de la libertad contractual, caben también similares reflexiones. Esta libertad decíamos, puede considerarse como una consecuencia de la autonomía de la libertad. En principio, la administración pública carece de esta libertad, pues sólo le es posible realizar los actos

juridicos que expresamente la Ley le permite y bajo las condiciones que la misma le señale. En realidad el principio de la libertad contractual no opera en materia administrativa.

Creemos que las consideraciones precedentes demuestran la clara diferencia que entre ambos actos existe, pero si al respecto quedara alguna duda, hay un elemento diferenciador decisivo: el carácter público que presenta la administración, es éste elemento determinante en el análisis de ambos actos.

C A P I T U L O 111

**LA JURISDICCION VOLUNTARIA EN EL CODIGO
DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL
DISTRITO FEDERAL**

3.1.- DISPOSICIONES GENERALES.

Dentro del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1932, (de aquí en adelante citado mediante las siglas C.P.C.D.F.), las disposiciones generales se encuentran ubicadas en el capítulo inicial de la institución estudiada, a saber: Los artículos 893 al 901. A continuación comentaremos las características más sobresalientes que se presentan en dicho capítulo con respecto a la disciplina citada.

Si bien podemos afirmar que el artículo 893 del C.P.C.D.F. no ofrece definición alguna sobre esta materia, es necesario advertir que sólo enfatiza aquéllos actos que serán considerados de tal naturaleza.

Nuestra legislación es copia fiel en esa disciplina, del Código Español, ya que el artículo 893 del C.P.C.D.F., en vigor, es similar al artículo 1358 del C.P.C. de 1884, que a su vez se basó en el artículo 1207 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, que a la letra dice: "La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de 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", como observamos, no brinda una definición de jurisdicción voluntaria, la razón es que los Códigos no han sido elaborados para definir instituciones jurídicas, la doctrina

es la apropiada para realizar dicha tarea, por aportar elementos científicos basados en una sistemática.

El criterio legal del Derecho Español es exactamente el mismo al que impera en el Derecho Positivo Mexicano, es decir, se basa en el criterio de aceptar como actos de esa naturaleza, a los que carezcan de "litis".

Manifiestan algunos autores al respecto, que el legislador mexicano siguió el sistema tradicional de calificar negativamente la jurisdicción voluntaria, como aquélla que carece de carácter contencioso. Ha sostenido el mismo criterio la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Al criterio legal que mencionamos le siguen ocho artículos en los que destacan los rasgos siguientes:

a).- La frecuente intervención del Ministerio Público, artículo 895, pero es conveniente advertir, que muchos actos de jurisdicción voluntaria comprendidos en la Legislación Mexicana se refieren al Derecho de Familia, que es de interés público y en el cual el Estado por la trascendencia de los actos en esta materia comprendidos, se ha dicho que es de orden público, y se ha aceptado que en éstos casos el representante de la sociedad, esto es el Ministerio Público, debe intervenir precisamente para vigilar el correcto desarrollo del procedimiento en esta disciplina, con la finalidad de evitar abusos.

"Muchas veces hay intereses creados para llevar a cabo una acción delictuosa, bajo una apariencia de legalidad, por

ello se justifica la intervención del Ministerio Público".
(37).

En nuestro Derecho Positivo, en el artículo 895 se prevé su intervención en cuatro casos a saber:

I.- Cuando la solicitud promovida afecte los intereses públicos.

II.- Cuando se refieran a la persona, o bienes de menores o incapacitados.

III.- Cuando tenga relación con los derechos o bienes de un ausente.

IV.- Cuando así lo dispusieren las leyes.

b).- La posibilidad de que surga oposición en el expediente.

El artículo 896 es sumamente importante, porque trata de la oposición precisamente; es decir, el estado que se suscita con motivo de una controversia, transformándose el acto de no contencioso en contencioso, esto es, como se ha dicho con antelación, debido a la naturaleza especial de la jurisdicción voluntaria.

Literalmente el artículo 896 dice: Si a la solicitud presentada se opusiere parte legítima, el acto se continuará conforme al procedimiento contencioso, de acuerdo con la naturaleza del asunto.

(37).- Derbez Muro Guillermo.- Tesis Profesional.

"Naturaleza Jurídica de los actos de Jurisdicción Voluntaria.

U.N.A.M. México, 1958. p. 64.

Nótese que el citado artículo hace referencia a "parte legítima", refiriéndose a la personalidad debidamente acreditada en autos, que deberá tener la parte que se opusiere, aplicándose las reglas de los artículos 44 y 45 del C.P.C.D.F., indicándonos a contrario sensu el artículo procesal antes citado, que si la oposición se hace por quien no tenga personalidad, el juez la deberá desechar de plano.

En realidad esta es una situación de nulidad relativa del proceso, y no de inexistencia, pues puede ser cubierta por medio de la ratificación que haga la persona mal representada, o en el caso de los incapaces, por su representante legítimo.

c).- La variación o modificación de las providencias que el juez dicte.

El artículo 897 prevé la situación anterior, que según Derbez Muro Guillermo es una consecuencia de su propia naturaleza, ya que el procedimiento en vía de jurisdicción voluntaria debe ser sencillo y exento de formalidades.

Sin embargo, el citado artículo al afirmar que el juez no está sujeto a los términos y formas establecidos respecto de la jurisdicción contenciosa, brinda margen a la acostumbrada tendencia por parte del juzgador en general, a evitar el exceso de formalidades en el Código Procesal mencionado.

La práctica es la que se ve desfavorecida con esta norma. De ninguna manera criticamos la facultad con que dotó

el legislador -órgano creador del derecho-, al juzgador -órgano que aplica o declara el derecho creado por aquél-, pero si propugnamos en el sentido de que debe subsistir en el desarrollo del proceso no contencioso un mínimo de formalidades que proporcionen al desenvolvimiento del mismo las garantías necesarias, sobre todo en el caso de los llamados actos "innominados", pues al no contar con una tramitación específica, es necesario que el juez sea más cuidadoso al actuar.

Es más, toda vez que el criterio legal da margen a que se presenten en la praxis asuntos de la más variada índole (siempre que no exista litis), esos actos pertenecerán a los que hemos designado "innominados" por no tener una regulación concreta a nivel sustantivo ni procesal.

d).- La utilización del procedimiento incidental.

El artículo 900 del C.P.C.D.F., indica la forma en que se debe resolver toda cuestión que surja en juicio contradictorio, que deberá tramitarse en la forma determinada para los incidentes, es decir, con un escrito de cada parte y tres días para resolver, si se promueve prueba, deberá ofrecerse en los escritos respectivos fijando los puntos sobre los que verse y se citará para audiencia indiferible en que se reciba, se oigan brevemente las alegaciones y se dicte resolución.

Respecto a la apelación, de esta trataremos con posterioridad.

Finalmente el último artículo de las disposiciones generales se refiere a los funcionarios que intervienen en los negocios de menores e incapacitados, que son el juez de lo familiar y los demás funcionarios que determine el Código Civil.

3.2.- ENUMERACION DE LOS ACTOS MATERIA DE JURISDICCION VOLUNTARIA EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

3.2.1.- NOMINATIVOS O DETERMINADOS.

Los procedimientos de jurisdicción voluntaria se ubican en el título XV del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que contiene un capítulo inicial sobre disposiciones generales y, seie más relativos a otros procesos de igual naturaleza. Dicha enumeración es la siguiente:

1.- Nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de estos cargos. (artículos 902 a 914).

2.- El procedimiento para la enajenación de bienes de menores e incapacitados y transacción acerca de sus derechos. (artículos 915 a 922).

3.- La adopción. (artículos 923 a 926).

4.- Informaciones ad-perpetuum (más correctamente: para perpetua memoria artículos 927 a 931).

5.- Apeo y deslinde. (artículos 932 a 937).

6.- Autorización judicial para que los emancipados o habilitados puedan enajenar o gravar bienes raíces o para

comparecer en juicio. (artículo 938 fracción I).

7.- El permiso para que los cónyuges celebren contratos entre ellos o para obligarse solidariamente a ser fiador uno del otro en los casos del artículo 175 del Código Civil. (artículo 938 fracción II).

8.- La calificación de la excusa de la patria potestad en los casos a que se refiere el artículo 448 del Código Civil.

9.- Y por último el depósito de menores o incapacitados, maltratados o abandonados por sus padres o tutores de los huérfanos y de los menores que pretendan contraer matrimonio, sin consentimiento de sus padres.

Respecto de la clasificación anterior, nuestra postura es la siguiente:

El legislador del C.F.C.D.F. de 1932, y anterior a éste el de 1884, no tuvo la capacidad de esquematizar en un sólo título, los actos materia de jurisdicción voluntaria, como consecuencia de ésta causa observamos muchos de ellos dispersos en el primer Código citado (el cual nos interesa por ahora), como si la sistemática jurídica no mereciera ningún respeto.

b) De los actos enunciados anteriormente, en el capítulo segundo de la jurisdicción voluntaria se comprende: artículo 904 la declaración de incapacidad por causa de demencia. En su párrafo primero es notorio un grave error, suponemos nosotros de redacción, donde se dice: " La declaración de

incapacidad por causa de demencia, SE ACREDITARA EN JUICIO ORDINARIO...". esto es una aberración, puesto que el citado acto está siguiendo la consecución del proceso en vía de jurisdicción voluntaria. Consideramos que mientras no exista oposición de parte legítima, es innecesario hablar de juicio ordinario. Es más creemos que la declaratoria de incapacidad puede y debe ser ejercitada en una sola vía: jurisdicción voluntaria, conforme a sus disposiciones especiales. A nuestro criterio, sólo es apropiado hablar de juicio ordinario, en el caso de que surga oposición en la audiencia que se señala en la fracción V del artículo anotado.

En la fracción I del artículo citado, se habla de "demanda de interdicción", creemos que se está utilizando un término inapropiado, debería emplearse la palabra "solicitud" como señala el profesor Niceto Alcalá Zamora.

La siguiente crítica es relativa al artículo 905 que en su fracción V dispone: "Luego que cause ejecutoria la sentencia de interdicción...". Como se observa, dicho artículo reconoce la cosa juzgada en el proceso de interdicción. Es notorio que el legislador incurrió en un grave error, puesto que con fundamento en el artículo 426 del C.P.C.D.F., "hay cosa juzgada cuando la sentencia causa ejecutoria"; luego entonces el proceso de interdicción podrá causar cosa juzgada. Sólo que si checamos el artículo 94 párrafo segundo del mismo Código, se desprende que: "Las resoluciones firmes dictadas en... jurisdicción voluntaria

-comprendiendo en esta disciplina el proceso de interdicción- y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente", es decir, en el proceso de interdicción no opera la cosa juzgada.

Como podrá apreciarse la contradicción es también bastante notoria por dos razones:

a).- Si existiera la figura jurídica de la cosa juzgada en los actos de interdicción, no admitiría modificación la resolución que decidiera el fondo del asunto, una vez causando ejecutoria la sentencia.

b).- El negocio de interdicción, como consecuencia de lo anterior, ya no pertenecería al ámbito de jurisdicción voluntaria, sino que pasaría a formar parte de la vía ordinaria o jurisdicción contenciosa propiamente dicha.

3.2.2.- INDETERMINADOS.

Manifestamos nuestra inconformidad con la inapropiada clasificación de los actos materia de jurisdicción voluntaria, ya que si observamos detenidamente el título XV donde se regula la disciplina en estudio, notamos en forma inmediata, que ese índice general, no abarca la totalidad de actos materia de jurisdicción voluntaria.

Fuera del título XV encontramos todavía en el C.P.C.D.F. varios procedimientos de jurisdicción voluntaria. Entre los

actos prejudiciales del título V (aunque en ocasiones funcionen como intraprocesales), incluye el Código aludido los preliminares de la consignación (artículos 224 a 234). Ha lugar a ella siempre que el acreedor rehuse recibir la prestación debida o dar el documento justificativo del pago, o cuando se trate de persona incierta o incapaz de recibir, y el deudor quiera librarse de la obligación contraída (artículo 224 del C.P.C.D.F., en relación con los artículos 2097 a 2103 del Código Civil).

Otro es, el divorcio por mutuo consentimiento a diferencia del fundado por justa causa (en cualquiera de las dieciséis primeras causales del artículo 267 del Código Civil), que se tramita como juicio ordinario. El divorcio voluntario determina dos procedimientos distintos, aunque ambos basados en la causa diecisiete del susodicho artículo 267: uno netamente administrativo ante el oficial del Registro Civil tramitado conforme al artículo 272 del Código Civil, para cuando los cónyuges sean mayores de edad, no tengan hijos y hayan liquidado de común acuerdo la sociedad conyugal y otro judicial ante el juez de lo familiar, que deberá tramitarse cuando no concurren las circunstancias del administrativo.

Expondremos a grandes rasgos la tramitación del divorcio consensual judicial, para hacer notar su carácter de jurisdicción voluntaria.

Como diligencia preparatoria, los cónyuges deberán

presentar el convenio exigido por el artículo 273 del Código Civil (situación de los hijos, casa-habitación de la mujer durante el divorcio, alimentos, régimen de la sociedad conyugal) así como copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores (artículo 674 del C.P.C.D.F.). Formulada la "solicitud", el juzgador citará a una junta al Ministerio Público y a las partes para un plazo comprendido entre ocho y quince días, y en ella procurará conciliar a éstas. Si no lo consiguiese aprobará provisionalmente, previa audiencia del Ministerio Público, los puntos del convenio relativo a los hijos menores o incapacitados y a los alimentos de ellos y del cónyuge que deberá recibirlos, adoptando las medidas cautelares pertinentes (artículo 675' del C.P.C.D.F.). Si los cónyuges insisten en su voluntad de divorciarse, se les citará a una segunda junta que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días de solicitud a fin de intentar de nuevo la reconciliación y si esta fracasare, el juez dictará "sentencia" -consideramos que deberá decirse providencia o resolución, pero no sentencia-, concediendo el divorcio, siempre que en el convenio queden garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados y que se haya oído al Ministerio Público y no se oponga a la aprobación del convenio. (artículo 676 del C.P.C.D.F.).

Entre los "juicios sucesorios" como suele llamarle nuestra legislación a las sucesiones, a nuestro criterio

principalmente la testamentaria participa de las reglas de la jurisdicción voluntaria, bien sea cuando se tramita ante el órgano jurisdiccional (juez de lo familiar) o ante Notario.

A continuación mostraremos otra serie de actos en los cuales su principal peculiaridad consiste en la ausencia de contenciosidad, por tanto presentan una similitud con la disciplina investigada.

Las hipótesis que a continuación expondremos, se encuentran todas ellas colocadas bajo la figura jurídica denominada autocomposición, por lo cual podemos decir, que la contienda entre partes existente hasta un momento dado, desaparece por obra de uno de los litigantes o en virtud de arreglo o convenio entre ambos. A la autocomposición unilateral se refiere el artículo 34 del C.F.C.D.F.

En cuanto a las modalidades de autocomposición bilateral, la más característica, es decir la transacción, se menciona en algunos artículos del C.F.C.D.F., como el 531, pero se regula entre los contratos por los artículos 2944 a 2963 del Código Civil de 1928. Junto a la transacción tenemos algunos otros acuerdos, entre partes, de menor proyección, pero que reducen o aplazan la contenciosidad, como acontece con los tradicionales convenios de quita y espera.

Punto y aparte reclama la conciliación, perteneciente en sí conforme a la opinión doctrinaria, a los dominios de la jurisdicción voluntaria y que si funciona con carácter preprocesal, como si lo hace con el de intraprocésal, es de

cualquier forma una variante más de la autocomposición, lograda mediante: desistimiento, allanamiento o transacción. Tratase de una figura que en México, presenta su mayor relieve en la esfera de la Justicia Laboral, en tanto que en el ámbito procesal Civil estricto sensu (único que nos toca examinar), ha merecido escasa atención legislativa, hasta el extremo de que sólo en cuatro artículos del C.P.C.D.F. encontramos preceptos correlativos: . Por un lado en los artículos 675 y 676 en relación a la conciliación conyugal expresa en caso de divorcio consensual que tratamos con antelación, así como el artículo 272-A, y por otro extremo en el área de los juicios de mínima cuantía o de paz, cuando el 20 fracción VI del título especial autoriza al juez para que "en cualquier estado de la audiencia" -por tanto intraprocesal-, exhorte a las partes a una composición amigable y si se lograse la aveniencia se dará por terminado el correspondiente proceso.

Algunos autores afirman que también debe incluirse dentro de la categoría de los procedimientos de jurisdicción voluntaria los que se refieren:

a).- A la declaración de ausencia (artículos 648 a 678 del Código Civil).

b).- A la presunción de muerte, (artículo 705 Código Civil).

El legislador, al agrupar en el título XV del C.P.C.D.F. bajo la rubrica "de la jurisdicción voluntaria" los actos a

los que atribuye este carácter, se inclina al parecer, a la opinión de quienes sostienen que para determinar cuales son los que deben considerarse como tales, no existe más criterio que atenerse a la calificación legal, prescindiendo de los criterios sustentados por la doctrina, como ha quedado manifestado.

Desde este punto de vista, es decir, de acuerdo con nuestra legislación procesal civil parecen que deberán considerarse como actos de jurisdicción voluntaria, aquéllos de los cuales se hace enumeración expresa en el título XV del C.P.C.D.F.

Ahora bien, es evidente que en los juzgados de primera instancia del Distrito Federal, se tramitan como actos de jurisdicción voluntaria bastantes más que aquéllos que clasifica como tales el C.P.C.D.F., circunstancia que realmente se opone a dicha tesis.

La realidad de la vida judicial contradice sin duda el supuesto criterio del legislador y dá margen a la consideración de que los actos de esta clase de jurisdicción, entre nosotros no son únicamente los nominativos, sino que existen otros que pueden ser calificados como innominados - genéricamente hablando ya que no se ubican en el título respectivo de la institución aludida-, es decir, como no previstos directamente por el legislador bajo tal rúbrica.

Faustino Ballvé escribió al respecto que el Código de Procedimientos Civiles reglamenta los casos más frecuentes y

típicos de jurisdicción voluntaria, pero que dicha reglamentación no es limitativa, por lo que todo negocio no contencioso puede tramitarse según las reglas de esta clase de jurisdicción civil.

En México -añade- "se hace gran uso de ella al extremo de obtener en esta vía copias certificadas de documentos, contratos y poderes y aún de contratar con el juez, pidiendo y obteniendo que declare el contrato con la misma fuerza de obligar, que una sentencia ejecutoriada y, consiguientemente con efectos ejecutivos". (38).

3.3.- CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS PARA CONSIDERAR ESPECIAL SU REGULACION.

Para referirnos a las características de que goza la jurisdicción voluntaria para considerarla especial en cuanto a su reglamentación, tendremos como apoyo la autorizada opinión del profesor Jaime Guasp que nos ofrece una visión general de lo que puede llamarse en principio "proceso especial".

Para este autor existen en sentido lato sensu dos clases de procesos, uno es el llamado común, instituido con la finalidad de recoger en su dominio la generalidad de actos y esto constituye su esencia, revistiendo esta clase de

(38).- Ballvé, Faustino.- "Formulario Procesal Civil".- Ediciones Botas; México, 1958. p. 25.

procesos razones cuantitativas (proceso ordinario).

En cambio el proceso especial reviste razones o características cualitativas, en otros términos, el proceso especial es aquél que no está pensado para una hipótesis general sino para una "hipótesis particular y concreta". No responde a un género sino a una especie, en el sentido de que su objeto está integrado por pretensiones específicamente definidas, de aquí resulta la propiedad del término "especial" frente al de proceso general o común.

Consideramos que en base a lo expuesto el proceso especial es un verdadero proceso.

Resulta oportuno indagar sobre los tipos de procesos especiales, para lo cual nos apoyamos en el autor citado:

Niega que sea imposible establecer dentro de un cierto derecho positivo una tipología satisfactoria y prácticamente exhaustiva de los procesos especiales, pero en cambio opina que es una tarea por demás ardua. Y argumenta que todo lo anterior se debe a una sola razón, consistente en lo siguiente: Los procesos especiales no se crean por una necesidad científica, sino por un interés general, de orden público.

Sin embargo, afirma este autor que el problema de la tipología de los procesos especiales se puede resolver si se tiene en cuenta en sí, no un derecho positivo determinado sino la conjunta homogeneidad de todos ellos. Esta situación la vemos plasmada en materia civil que es la que nos

interesa, en nuestro derecho positivo en el título VII (preferentemente), así como en los títulos VIII, X, XI, XIII, XIV, XV y XVI de nuestro C.P.C.D.F. de 1932.

Quedó asentado en párrafos anteriores, que hablamos en un sentido amplio de las características de que goza en general un proceso para considerarlo especial.

Corresponde ahora especificar o detallar las características en particular de la institución jurídica llamada jurisdicción voluntaria, lo cual hace que tal figura "represente a toda una serie de actos jurisdiccionales" los cuales son considerados especiales principalmente en lo que a su tramitación respecta.

El carácter especial de la jurisdicción voluntaria radica en lo siguiente:

a).- No deberá promoverse cuestión alguna (requisito sine qua non).

b).- Como consecuencia de lo anterior, no existen partes. (este es un presupuesto procesal de la misma institución). Los promoventes son denominados solicitantes.

c).- El juzgador en esta clase de peticiones o solicitudes no se apega a las formalidades, ni a las solemnidades que la ley exige para otra clase de asuntos. En otras palabras las formalidades son escasas. El C.P.C.D.F. dice que no se requiere o no se exigen formalidades para tramitar esta clase de actos.

d).- Su tramitación es dinámica.

e).-La intervención por parte del Ministerio Público es muy marcada en determinados actos de jurisdicción voluntaria.

f).- La cosa juzgada, es inoperante o ineficaz en esta clase de actos.

3.4.- SUJETOS Y OBJETO DE LOS ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA.

Como sujetos tenemos al promovente o solicitante de la providencia o del acto, y al tercero o terceros directa o indirectamente interesados, como en el caso de la adopción, donde se hace figurar en unión del presunto adoptante a la persona que debe prestar su consentimiento como tutor o como titular del ejercicio de la patria potestad, y en su caso, al representante del Ministerio Público. Por lógica queda excluido el probable adoptado, en atención precisamente a su falta de capacidad. En general debe reconocérsele la calidad de sujeto en diligencias de jurisdicción voluntaria, a más del promovente de las mismas, a cualquier persona llamada para ser oída o esté legitimada para intervenir u oponerse al acto, y al Ministerio Público, siempre que verse alguna de las posibilidades prevista por el artículo 895 del C.P.C.D.F.

La doctrina refiriéndose al objeto del acto de jurisdicción voluntaria señala:

1.- La situación jurídica. Esto presupone las pruebas que ofrezca el promovente para que con ello el juzgador actúe con conocimiento de causa.

2.- El motivo o fin del acto. Es lógico pensar que el promovente de esta clase de actos, al solicitar la intervención del juez para la validez de los mismos tiene un motivo para ello, para lo cual deberá manifestarlo en su solicitud, a efecto de que aquél constituya o declare el derecho requerido con eficacia plena. Este factor deberá señalarse precisamente en los actos innominados puesto que estos actos al no contar con una tramitación específica deben apegarse a las reglas generales de la jurisdicción voluntaria y a falta de éstas, a los principios generales del Derecho, pero por lo menos hay que ilustrar al juzgador en este sentido, es decir, el motivo que nos condujo a ejercitar dicha vía jurisdiccional.

La idea anterior será ejemplificada con un comentario que desarrollaremos a continuación.

Realizando el servicio social como pasante en un juzgado de lo familiar en el Distrito Federal, me percate de un interesante asunto que bien vale la pena narrar:

El conocido actor Julio Alemán, en ese tiempo Director de la ANDA (Asociación Nacional de Actores) promovió un acto de jurisdicción voluntaria ante el juez de lo familiar por tratarse su pretensión del estado civil de las personas, puesto que el promovente solicitaba al juzgador se le reconociera su doble personalidad mediante o a través de una resolución judicial con efectos constitutivos-declarativos, ya que en la vida artística su nombre es el que se dijo con

antelación y su nombre de pila -el cual se advertía en su acta de nacimiento- era otro.

El promovente aportó pruebas fehacientes, principalmente documentales -sólo que en ningún momento señaló el motivo de su petición-. De tal manera que el criterio del juez fue prevenirlo por primera vez conforme a Derecho, es decir verbalmente, la siguiente prevención de ninguna manera puede ser verbal y sigue su marcha el proceso. Deducimos con base en la exposición anterior que el motivo o fin debe contemplarse como factor principal de toda solicitud o petición de jurisdicción voluntaria, básicamente en los actos inominados por ser menos conocida su tramitación.

3.5.- IMPUGNACION A LAS PROVIDENCIAS DICTADAS EN ESTOS ACTOS.

En orden a la impugnación de las providencias dictadas en esta disciplina de la Administración de la Justicia, se establece que, si el recurrente es quien promueve el acto de jurisdicción voluntaria, se le admite el recurso de apelación en ambos efectos, ya que siendo el único interesado, no hay razón para que opere el efecto devolutivo, esto es debido a que de no ejecutarse lo que el juez determina, no se perjudica derecho alguno.

La parte final del artículo 898 agrega que sólo se admitirá la apelación en el efecto devolutivo, cuando el que recurra hubiere venido al expediente o fuere llamada por el juez, o bien para oponerse a la solicitud. Se admite en un

sólo efecto, porque no habiendo éstos promovido el expediente, es de temer que se propongan dilatar la ejecución de una providencia que, por lo común es urgente.

De la redacción del artículo citado se desprende la figura jurídica del "tercero", ya que a contrario sensu, de lo que dice el párrafo primero, es posible que un tercero en forma voluntaria o llamado por el juez se apersona en las diligencias inclusive podrá oponerse si es afectado.

En uno y otro caso la tramitación de la alzada se hará en la forma establecida para las interlocutorias, esto es, con un escrito de expresión de agravios, traslado a la parte apelada para que los conteste, y ocho días para resolver (artículo 899 en relación con el 715).

Para nosotros, la apelación no es el único recurso de que pueda valerse el promovente de jurisdicción voluntaria, consideramos que si en algún momento le causa perjuicio alguna actuación dictada por el juzgador, deberá hacer uso de cualesquiera de los recursos que el C.P.C.D.F señala dentro del título décimo segundo.

Si en un dado momento alguna de las providencias dictadas por el Juez causa un perjuicio mayor o bien no respeta las formalidades esenciales del procedimiento, podrá el interesado promover el amparo, pero la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sido muy enérgica al pronunciarse de la siguiente manera:

La Suprema Corte de Justicia ha establecido

Jurisprudencia en el sentido de que las resoluciones dictadas en Jurisdicción voluntaria son actos fuera de juicio y contra ellos cabe el recurso de amparo, PERO ESTO DEBE ENTENDERSE RACIONALMENTE Y JURIDICAMENTE, cuando la persona que se estime agraviada por una decisión de esa naturaleza, no tenga recurso o medio de defensa dentro del procedimiento, pues si puede interponer el recurso de apelación o cualquier otro, la improcedencia del juicio de garantías es incuestionable. Tomo LXXX pag. 6414. Vera Contreras Rafaela.

Del criterio anterior, se desprende que dentro de las resoluciones dictadas en jurisdicción voluntaria, rige el PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD para los efectos del amparo, de tal manera que si las resoluciones en jurisdicción voluntaria admiten apelación o cualquier otro recurso, es necesario agotar primeramente éstos; a este respecto, del Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación, transcribimos la Tesis número 206 visible a fojas 661: " Las resoluciones dictadas en jurisdicción voluntaria, son actos fuera de juicio, y contra ellos cabe el amparo.- Jurisdicción voluntaria, amparo contra las resoluciones dictadas en.- Si bien la tercera sala de la Suprema Corte de Justicia ha establecido Jurisprudencia firme en el sentido de que las resoluciones dictadas en Jurisdicción voluntaria son actos fuera de juicio, y por lo tanto, contra ellos cabe el amparo, esto presupone necesariamente que los actos revistan una gravedad consistente en que se afecten partes

substanciales del procedimiento o en que se deje sin defensa al quejoso; de manera que si el juicio de garantías se interpone contra actos dictados en jurisdicción voluntaria que no llenan ninguna de las condiciones a que anteriormente se aludió, debe desecharse la demanda respectiva, interpretando a contrario sensu, lo que dispone la fracción III del artículo 107 constitucional".

De igual manera ha sostenido la Suprema Corte que en las resoluciones dictadas en jurisdicción voluntaria no procede el amparo directo sino el indirecto, en virtud a que tales resoluciones no pueden considerarse como sentencias definitivas.

En apoyo a lo anterior encontramos la siguiente tesis jurisprudencial: "En la resolución pronunciada en diligencias de jurisdicción voluntaria en que no ha habido controversia judicial alguna, no puede conceptuarse la sentencia definitiva a que se contrae los artículos 103 y 107 constitucionales y 158 de la Ley Orgánica de esos preceptos y por lo mismo en esas resoluciones no procede el amparo directo sino el indirecto".

3.6.- LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LOS ACTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

Expuesto el carácter de los actos materia de jurisdicción voluntaria, corresponde formular una opinión sobre el problema tan discutido respecto de: si el ejercicio de esta disciplina sería más propio de los Notarios que de

los jueces civiles de primera instancia (dígase de lo familiar, del arrendamiento o de los civiles), a quienes se ha encomendado tradicionalmente tal función.

Teniendo en cuenta la conexión que existe entre los actos de jurisdicción contenciosa y los de la voluntaria, ya que la materia objeto de éstos se puede convertir automáticamente en litigiosa en cuanto surge oposición, y dada también la naturaleza jurídica de la misma (formalmente jurisdiccional) y la preparación especial que requiere el conocimiento de estos actos, a nuestro juicio, los únicos funcionarios a quien pueden encomendarse, con las necesarias garantías que deben prevalecer en la tramitación, son los órganos jurisdiccionales.

Este criterio que es el tradicional en España y en los países hispanoamericanos es además, el único que a nuestro juicio, debe mantenerse, tanto desde el punto de vista doctrinal como legal. La legislación mexicana se ajusta a él.

Por lo que respecta a la afirmación de que los actos de jurisdicción voluntaria podrían confiarse a los Notarios, poniéndolos al margen de las actividades de los jueces, baste decir que no constituye un criterio unánime ni siquiera entre quienes ejercen la fe pública notarial. Aunque algunos autores de obras de Derecho Notarial han pretendido reivindicar para la función notarial los actos de jurisdicción voluntaria, hay que reconocer que un importante sector de Notarios ha rechazado esta idea, aceptando que

aquella institución no es específicamente notarial, aunque se hallen algunos puntos de contacto y de similitud entre ambas actividades.

A nuestro parecer, los Notarios, a quienes según algunos autores, debiera encomendarse la resolución de los casos de la disciplina citada, tienen sin duda un gran papel que representar en la vida jurídica de cualquier país, pero no ciertamente, el de sustituir a los jueces en el ejercicio de funciones que nadie más que ellos están facultados para cumplir.

Ha escrito Bellón, que los que opinan que el ejercicio de la jurisdicción voluntaria es más adecuado para los órganos administrativos o los Notarios, que para los órganos jurisdiccionales: "Parece que no advierten que su materia atiende a la efectividad de derechos que si bien en colisión con otros tienen que ser judicialmente declarados, también debe serlo sin contienda: que su conexión con las pugnas de derecho transforma muchos actos de jurisdicción voluntaria en cuestiones contenciosas impropias en absoluto de otros órganos, y que las garantías de los órganos judiciales, si bien técnicamente son superables, no pueden serlo en la función ni para el concepto público". (39).

Las opiniones que frente a este criterio se han formulado, no han tenido hasta ahora, trascendencia alguna en el campo de la legislación.

Para cambiar el sistema actual, en los países en que los

actos de jurisdicción voluntaria se encuentran atribuidos a los órganos jurisdiccionales, harían falta razones más poderosas que las que se han expuesto con objeto de conseguirlo.

(39).- Bellón. "Procedimientos Judiciales". Tomo II. p 281. citado por Pina Vara, Rafael De y Castillo Larrañaga, José.- "Instituciones de Derecho Procesal Civil". Editorial Porrúa S.A. Décimo octava edición. México 1988. p. 32.

CONCLUSIONES

- 1.- El término jurisdicción voluntaria, aparece por primera vez en un texto romano y se sigue usando por tradición.
- 2.- Tras la invasión de la Península Ibérica por los romanos, implantan éstos sus instituciones jurídicas. De esta manera la legislación española acoge la oposición entre la jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa. México adopta el mismo modelo derivado de la ley española de 1855.
- 3.- Según la doctrina, las tentativas de diferenciación entre jurisdicción voluntaria y contenciosa no han hallado el éxito esperado, por tal motivo, el único criterio aplicable es el legal.
- 4.- Es universalmente válido que la diferencia fundamental entre administración y jurisdicción radica en que, mediante la primera, el Estado persigue directamente sus fines, y en la segunda, el Estado interviene para satisfacer intereses ajenos a los suyos, los cuales no pueden ser directamente alcanzados por el particular, pues se requiere del imperium de la jurisdicción, para lograrlo.

5.- El análisis elaborado respecto a las funciones administrativa y jurisdiccional, nos conduce a destacar y determinar la naturaleza jurídica de la llamada jurisdicción voluntaria consistente en su carácter jurisdiccional, desde el punto de vista formal.

6.- La jurisdicción voluntaria es una institución jurídica que por sus características pertenece a los denominados procesos especiales.

7.- Existe en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal una desorientación legislativa respecto a la regulación de la jurisdicción voluntaria. En primer lugar, el título décimo quinto no comprende todos los actos de jurisdicción voluntaria a que se refiere el Código señalado, pues el divorcio por mutuo consentimiento, los preliminares de consignación, así como los procedimientos sucesorios (con la reserva de que si se suscita controversia se transformarán en contenciosos), que son verdaderos actos de jurisdicción voluntaria, están regulados en títulos diferentes. En segundo lugar, existen notorias discrepancias de algunos actos en particular como son los artículos: 904 y 905 fracción V.

8.- El artículo 893 del Código de Procedimientos Civiles para

el Distrito Federal de 1932, proporciona la base jurídico-positiva para entender la esencia de los actos de jurisdicción voluntaria, pero en ningún momento define o conceptúa dicha institución.

9.-Los actos de jurisdicción voluntaria no adquieren la categoría de cosa juzgada.

10.-Teniendo en cuenta la conexión que existe entre los actos de jurisdicción contenciosa y voluntaria, asimismo la naturaleza jurídica de ésta última y la preparación especial que requiere el conocimiento de éstos actos, a nuestro criterio, los únicos funcionarios a quien debe encomendarse son los órganos jurisdiccionales. En tal sentido rechazamos la opinión que afirma que los actos de jurisdicción voluntaria podrían confiarse a los notarios.

B I B L I O G R A F I A

D O C T R I N A

- 1.- Alcalá Zamora, Niceto. Studi in onore di Enrico Redenti.
"Premisas para determinar la indole de la
jurisdicción voluntaria". Milán, Italia. 1968.
- 2.- Alvarez Castellanos, Rafael Pedro. "El Proceso de
Jurisdicción Voluntaria". Madrid, España. 1945.
- 3.- Allorio, Enrico. "Ensayo polémico sobre la jurisdicción
voluntaria". Milano, 1948.
- 4.- Ballvé, Faustino. "Formulario Procesal Civil". Ediciones
Rotas. México 1958.
- 5.- Casarino Viterbo, Mario. "La jurisdicción voluntaria ante
la doctrina". Revista de Derecho Procesal.
Argentina, 1948.
- 6.- Castillo Lavin, José Luis. "Nuevas orientaciones acerca
de la jurisdicción voluntaria". U.N.A.M., México.
1963.
- 7.- Castro Ortiz, Homero. "Breves consideraciones acerca de

la jurisdicción voluntaria en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios Federales". U.N.A.M., México, 1952.

8.- Chioyenda, José. "Principios de Derecho Procesal Civil". Tomos I y II. Editorial Cárdenas. México, 1980.

9.- Derbez Muro, Guillermo. "Naturaleza jurídica de los actos de jurisdicción voluntaria". U.N.A.M., México 1958.

10.-Fraga, Gabino. "Derecho Administrativo". Editorial Porrúa S.A.. Décimo octava edición 1990.

11.-González L. Cesáreo. "Apuntamientos breves sobre Derecho Procesal Civil". Tomo I México 1941.

12.-Guasp, Jaime. "Derecho Procesal Civil". Tercera edición. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, España 1968.

13.-Iglesias, Juan. "Instituciones de Derecho Romano". Editorial Ariel. Sexta edición. Barcelona, España 1979.

14.-J.Couture, Eduardo. "Fundamentos de Derecho Procesal Civil". Editorial De Palma. Argentina, 1979.

- 15.- Mattiolo, Luigi. "Instituciones de Derecho Civil".
Torino, Italia. 1949.
- 16.-Mendieta y Núñez, Lucio. "El Derecho Precolonial".
Editorial Porrúa S.A.. Tercera edición. México, 1976.
- 17.-Menéndez Pidal, Faustino. "Elementos de Derecho Procesal
Civil". Madrid, España. 1985.
- 18.-Rocco, Alfredo. "Derecho Procesal Civil". Traducción
Española. México, 1979.
- 19.-Urzúa R., Carlos Fernando. "Requisitos del acto
administrativo". Editorial jurídica de Chile.
Santiago de Chile, 1971.
- 20.-Zanobini, Guido. "Curso de Derecho Administrativo".
Volumen I, Parte General. Editorial De Palma. Buenos
Aires, Argentina. 1954.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

JURISPRUDENCIA

Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1965.

Semanario Judicial de la Federación. Tomo LXVIII. Quinta Epoca.

Semanario Judicial de la Federación. Tomo LXXXI. Quinta Epoca.

Semanario Judicial de la Federación. Tomo LXXXVII. Quinta Epoca.