

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AÑOS XXXVI-VII - OCT-DIC 1968 - ENE-MAR 1969 - N°s 146-147

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

CONSEJO CONSULTIVO:

MANUEL SANHUEZA CRUZ
RENE VERGARA VERGARA
MARIO CERDA MEDINA
LUIS HERRERA REYES
JORGE ACUÑA ESTAY

IMPRENTA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION (CHILE)

CARLOS PECCHI CROCE

Profesor de Derecho Procesal
de la Escuela de Derecho de
la Universidad de Concepción

CRITERIOS OBSERVADOS EN LA REGULACION DE LA LLAMADA JURISDICCION VOLUNTARIA

Diversas causas han dificultado un estudio profundo y coherente de la llamada jurisdicción voluntaria y, consecuentemente, ellas han dado origen a un confusionismo doctrinal en la tarea de precisar su concepto.

La complejidad de la variada lista de negocios, de naturaleza y fines tan antagónicos, comprendidos dentro de su esfera, ha determinado incluso que la actual denominación resulte insuficiente para involucrar el extenso contenido de esta actividad estatal.

Este manifiesto divorcio entre el nombre y el conjunto de actos que se le atribuye, ha provocado una resistencia, tanto en el ámbito doctrinal como en el positivo, a admitirla como auténtica jurisdicción, llegándose a afirmar que la así denominada jurisdicción voluntaria ni es jurisdicción ni menos es voluntaria. Junto con expresar que la denominación es impropia, Leonardo Prieto-Castro agrega que ella "se conserva tan sólo por dificultades de léxico y apego a la tradición" (1).

(1) "Cuestiones de Derecho Procesal", Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947.
Página 26.

Se estima, en efecto, que no merece la calificación de jurisdicción, porque no satisface ninguno de los fines jurisdiccionales en estricto sentido, y menos puede catalogársele de voluntaria, porque en muchas oportunidades la intervención del órgano jurisdiccional resulta más necesaria que en la jurisdicción contenciosa, y, aún más, en algunas situaciones es imprescindible. Como señala Couture, "en muchos casos, la intervención de los jueces se halla impuesta por la ley bajo la pena de sanciones pecuniarias o privación del fin esperado" ⁽²⁾.

Concurren igualmente a entorpecer su estudio, además del problema de la búsqueda de una adecuada denominación, otras dificultades de igual o mayor importancia, como son: la determinación de su naturaleza jurídica y su posible inclusión en el campo del Derecho Procesal; el empleo de una terminología impropia; su contenido heterogéneo; la diversidad de criterios observados en su regulación; la determinación de los órganos a quienes se debe atribuir su conocimiento, etcétera. Todas estas circunstancias, que han obstaculizado la tarea de delimitar el verdadero concepto de la jurisdicción voluntaria y señalar los deslindes con la jurisdicción contenciosa, han sido enunciadas por el profesor Alcalá Zamora, junto con advertir que mientras en el estudio de la jurisdicción voluntaria se siga prescindiendo de considerar todos estos aspectos, subsistirán las sombras que todavía la envuelven ⁽³⁾.

Entre estos inconvenientes que han debido enfrentar los investigadores del tema, merece especial mención la desorientación legislativa acerca de lo que es la jurisdicción voluntaria, que se traduce, en opinión de Hugo Alsina, "tanto en su ubicación en los Códigos como en su contenido" ⁽⁴⁾.

Indudablemente, esta deficiencia legislativa obedece en parte al amplio contenido doctrinal que se atribuye a la jurisdicción vo-

(2) **Eduardo J. Couture**: "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Tercera edición. Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1958. Página 46.

(3) "Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria". Studi in onore di Enrico Redenti. Volume Primo. Dott. A. Giuffrè. Editore, Milano, 1951. Páginas 3 a 55.

(4) "Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal, Civil y Comercial". Tomo II. Segunda edición. Ediar S. A. Editores. Buenos Aires, 1957. Página 433.

CRITERIOS OBSERVADOS EN LA JURISDICCION VOLUNTARIA

29

luntaria. Basta, al respecto, recordar las palabras de Kisch: "Por la jurisdicción voluntaria el Estado cuida de que una multitud de derechos y relaciones jurídicas alcancen el estado de publicidad y autoridad general que necesitan, y para ello lleva una serie de Registros: de la propiedad, del estado civil de las personas, de Asociaciones mercantiles, de Bolsas, de Cooperativas, de naves, de patentes, etcétera, y expide certificados y testimonios sacados de los mismos. Puede también, por acto suyo, crear derechos y anularlos, por ejemplo, nombrando y deponiendo tutores y administradores, limitando o privando de la patria potestad, inscribiendo en sus registros públicos con el efecto de dar nacimiento, modificar o extinguir derechos, que es lo que ocurre en el tráfico de los Registros de la propiedad inmobiliaria. Puede incluso, por medio de un acto, hacer que surja un sujeto de derechos o que se extinga: por ejemplo, una Asociación o una Fundación. Presta su conformidad en numerosos negocios (por ejemplo, para la donación) y por medio de ella los hace válidos, como pasa, principalmente, en los contratos de los tutores, de los esposos y de los que tienen la patria potestad. Función análoga realiza cuando aparta los obstáculos que pueden oponerse a un negocio (por ejemplo, el matrimonio de dos personas). En otros casos la intervención del Estado no es necesaria como requisito intrínseco de validez, pero sí de forma externa del negocio. Esto es lo que sucede con el amplio campo de la documentación (fe pública) por los Tribunales, Notarios y demás órganos. Puede también el Estado actuar de mediador en negocios de los particulares: al efectuar particiones de herencia, de bienes comunes en el matrimonio, etcétera, al intervenir en inventarios, al aceptar depósitos públicos de cosas. Fuera de esto, tiene frecuentemente que asegurar los derechos de los particulares y protegerlos contra cualquier daño: llena tal fin cuando vigila el cumplimiento de las obligaciones correspondientes a los padres, tutores, curadores y administradores y cuando custodia de los testamentos y en caso necesario asegura los caudales relictos. Es decir, que la jurisdicción voluntaria comprende una cantidad inmensa de negocios" (5).

(5) Citado por **Rafael Gimeno Gamarra**: "Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria", en "Anuario de Derecho Civil". Enero-Marzo de 1953. Madrid. Página 21.

Este heterogéneo contenido ha impedido lograr una regulación sistemática y armónica de los procedimientos o actos de jurisdicción voluntaria. Un ligero examen de los diversos códigos procesales permite comprobar esta falta de unidad normativa en su reglamentación, y, generalmente, los negocios voluntarios se encuentran agrupados por su exclusión de los asuntos contenciosos. Y, en particular, en los códigos hispanoamericanos, el campo de la jurisdicción voluntaria se determina no por su contenido material, sino por el formal y con un criterio puramente negativo.

Un rápido recorrido por los distintos cuerpos legales permite apreciar la variada diversidad de criterios que se observa en el Derecho positivo respecto no sólo al contenido de la jurisdicción voluntaria, sino que también en orden a la tramitación que debe otorgársele a esta prolífera enumeración de procedimientos en ellos reglamentados y a la indicación o determinación de los órganos competentes para su conocimiento.

E indudablemente, todo estudio sobre jurisdicción voluntaria en el ámbito del Derecho Comparado, debe necesariamente tener en consideración esta desorientación legislativa acerca de lo que es la jurisdicción voluntaria. En opinión de Alcalá-Zamora, una de las causas del fracaso que se observa en las teorías elaboradas en determinados aspectos del problema de la jurisdicción voluntaria, especialmente en las ideadas para explicar su naturaleza jurídica, es la miopía nacionalista con que se han abordado frecuentemente estas materias. "Lejos de nosotros sostener —agrega Alcalá-Zamora—, que para investigar ésta o aquella materia sea indispensable tomar en cuenta todas las legislaciones del mundo, desde los Estados Unidos o la Unión Soviética a Andorra o San Marino, sin excluir los regímenes más retrasados o exóticos; pero entre eso y aislarse en las fronteras nacionales, cabe un término medio. Por desgracia, se trate de endiosamiento o de desidia, las grandes potencias procesales han obrado así como regla, y su literatura ha ganado en profundidad (hasta llegar, a veces, a la lóbrega hondura de los pozos), lo que ha perdido en horizonte" ⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ Obra citada, página 45.

E incluso, esta forma heterogénea con que la jurisdicción voluntaria surge en los diversos códigos procesales, ha provocado que en doctrina sean múltiples las clasificaciones de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, elaborando cada autor una diversa, en que incluye negocios distintos. Podemos afirmar que hay tantas clasificaciones como estudiosos se han preocupado del problema, ya que estos actos pueden agruparse atendiendo a múltiples puntos de vista o criterios.

2.— Como una consecuencia lógica de esta desorientación legislativa a que antes aludíramos, en los sistemas jurídicos de los diversos países hispanoamericanos y europeos se han observado criterios opuestos en la regulación de la jurisdicción voluntaria.

Con miras a una labor de simple exposición, enunciaremos los principales criterios observados en las diferentes legislaciones:

A) Algunos códigos han seguido, para los efectos de la distribución y clasificación de las normas procesales, el sistema de la distinción o contraste entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria.

Fue éste el criterio observado por la Ley de Enjuiciamiento Civil española, de 5 de Octubre de 1855, texto que ha sido "el más prolífico Código Procesal del orbe, puesto que de él derivan, además del que aún rige en España, la mayoría de los muy numerosos que se aplican en Hispano-América" (7).

Y es el criterio que se mantiene en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, cuerpo legal que se divide en tres Libros: el Libro I, dedicado a las disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y a la jurisdicción voluntaria; el Libro II que reglamenta la jurisdicción contenciosa en particular, y, finalmente, el Libro III que disciplina la jurisdicción voluntaria en especial. A su vez, el Libro III se subdivide en dos partes: la primera regula los actos de jurisdicción voluntaria en materia civil, y la segunda, esos mismos actos en materia mercantil. Ambas secciones dedican el título primero a las disposiciones generales aplicables a los mismos, analizando en los títulos sucesivos, los diversos negocios en particular.

(7) Alcalá-Zamora: Obra citada, página 3.

Diversos códigos hispanoamericanos, siguiendo el modelo español, reglamentan igualmente en forma separada la jurisdicción voluntaria, dedicándole un libro o un título ad-hoc y conteniendo, generalmente, un título preliminar dedicado al examen de las disposiciones fundamentales y básicas aplicables a los diversos negocios de jurisdicción voluntaria, para luego iniciar el estudio particular de los diversos procedimientos de mayor importancia. Los principios generales son válidos, en ausencia de disposiciones particulares, para todos aquellos negocios que no han sido regulados en forma especial.

Entre estos códigos de raíz hispánica podemos citar:

a) El Código de Procedimiento Civil chileno, del año 1902, que dedica su Libro IV —artículos 817 al 925— a los actos judiciales no contenciosos, y el Título I del mismo, a las disposiciones generales;

b) El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y territorios de México, del año 1942, que destina su Título XV a reglamentar la jurisdicción voluntaria —artículos 893 al 939— y el Capítulo I del citado título, a las disposiciones generales;

c) El Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica, que destina a estos efectos su Libro III —artículos 702 al 856— y el Título I del mismo;

d) El Código de Procedimiento Civil argentino vigente en la provincia de Córdoba, que dedica el Libro III a su estudio, bajo la denominación de "los actos de jurisdicción voluntaria", analizando en el Título I las disposiciones generales. Igual predicamento siguen y adoptan en Argentina los respectivos códigos de las provincias de Santa Fe y de Santiago del Estero, como asimismo el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyas disposiciones entraron en vigor el 1º de Febrero de 1968.

Una particularidad común a estos diversos códigos procesales es que, generalmente, todos ellos dan entre sus disposiciones generales una definición de lo que se debe comprender por actos de jurisdicción voluntaria.

CRITERIOS OBSERVADOS EN LA JURISDICCION VOLUNTARIA

33

Así, el artículo 1811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española señala que "se considerarán 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".

A su vez, el artículo 893 del Código Procesal Federal mejicano prescribe: "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".

Manteniendo esta misma tendencia, el artículo 817 del Código de Procedimiento Civil chileno prescribe textualmente: "Son actos judiciales no contenciosos aquellos que según la ley requieren la intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre partes".

De las definiciones transcritas se desprende que los requisitos que deben concurrir copulativamente para encontrarnos frente a un negocio de jurisdicción voluntaria son: a) que una ley expresa ordene o requiera la intervención del juez, y b) que no se promueva contienda alguna entre partes, en el sentido de no existir un contradictor en contra de quien se formule alguna pretensión.

Lo que tipifica al negocio voluntario no es la ausencia de controversia, sino que —como señala Visco—, la falta de dos partes contrapuestas como ocurre en el ordinario proceso civil ⁽⁸⁾.

Otro aspecto que merece ser destacado es el relativo a la denominación que los diversos códigos han dado al libro ad-hoc destinado a la regulación de la jurisdicción voluntaria.

Así, la Ley de Enjuiciamiento española reglamenta esta materia bajo el título de "Jurisdicción voluntaria" e igual camino han seguido el Código de Procedimientos Civiles Federal mejicano, y en Argentina el de la provincia de Santa Fe del año 1940. Otros, como los Códigos argentinos de la provincia de Santiago del Estero y de la provincia de Córdoba y el de Costa Rica, lo hacen bajo el epígrafe de "Actos de Jurisdicción voluntaria".

(8) **Antonio Visco**: "I provvedimenti di giurisdizione volontaria". Sesta edizione, Leonardo da Vinci Editrice, Bari, 1964. Página 41.

Indudablemente, más afortunada ha sido la denominación usada por el Código de Procedimiento Civil chileno al titular el libro con el nombre "De los actos judiciales no contenciosos". En efecto, la mayoría de los códigos procesales al regular esta materia, están haciendo referencia exclusivamente a aquel sector de la jurisdicción voluntaria entregada a los jueces, es decir, a los negocios de la jurisdicción voluntaria judiciales. Al respecto, debemos recordar que la jurisdicción voluntaria es una función estatal ejercida por los diversos poderes, repartiéndose por consiguiente esta actividad tanto entre los órganos judiciales y los no judiciales.

Como expresa Urrutia Salas, la jurisdicción voluntaria es "una fuente de actividades tan heterogéneas, tan diversas, de tan diversos fines que el legislador ha debido entregarle a cada autoridad o poder, un grupo de estos actos; ha sido necesario repartirlos entre todos los poderes, para satisfacer ampliamente los propósitos jurídicos que se pretenden, propósitos que a veces necesitan de una sentencia, otras de un decreto ejecutivo, otras de una resolución administrativa y otras de una ley, para que el acto pueda realizarse" (9).

Es decir, a diferencia de lo que sucede en la jurisdicción contenciosa, mientras en el proceso en estricto sentido sólo tienen participación como órganos los Tribunales, en el campo de la jurisdicción voluntaria hay una distribución de las actividades entre éstos y diversos otros funcionarios no judiciales, como ser los Notarios, los Oficiales de Registro Civil, etcétera.

El Código de Procedimiento Civil chileno tiene el mérito de haber precisado —al decir de Urrutia Salas— el límite del concepto de la jurisdicción voluntaria judicial, pero no a la jurisdicción voluntaria en sentido amplio.

B) Un segundo criterio observado en la regulación de la jurisdicción voluntaria es el seguido por aquellas legislaciones que reglamentan separadamente los diversos procedimientos voluntarios agrupados en un Libro, Título o Capítulo especial del respectivo Código Procesal, con prescindencia de un párrafo preliminar dedicado a las disposiciones generales.

(9) "La jurisdicción voluntaria". En "Revista de Derecho Procesal". Año IX, Números 3 y 4, Año 1951, Ediar S. A. Editores, Buenos Aires, Página 313.

CRITERIOS OBSERVADOS EN LA JURISDICCION VOLUNTARIA

35

Sucede así con el Código de Procedimiento Civil peruano, que destina la Sección Tercera —artículos 1185 y siguientes— al estudio de esta materia, bajo el título de "Procedimientos no contenciosos".

En otros términos, el legislador peruano, haciendo abstracción del delicado problema relativo a la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, no menciona la expresión misma y reglamenta la materia bajo el nombre de procedimientos no contenciosos, o sea, aquellos negocios que están fuera de los límites de la jurisdicción contenciosa.

Sigue, de este modo, el criterio empleado por el Código Procesal austríaco de Franz Klein, que habla también de "Verfahren ausser Streitsachen", esto es, de los procedimientos para las cuestiones que están fuera de la jurisdicción contenciosa ⁽¹⁰⁾.

C) Un tercer grupo de legislaciones ofrece la particularidad de silenciar totalmente la jurisdicción voluntaria en sus respectivos códigos procesales, y, desconociéndole su naturaleza de una auténtica jurisdicción, regulan los diversos negocios de esta índole generalmente en el Libro dedicado a los procedimientos especiales. Esto es, no sistematizan en forma alguna la jurisdicción voluntaria y no destinan libro o título ad-hoc a su regulación.

Diversos sistemas europeos y latinoamericanos han seguido este criterio. Entre los cuerpos legales europeos podemos citar principalmente el Código de Procedimiento Civil italiano y el de la ciudad del Vaticano. Respecto al primero, Jannuzzi observa que en el Código de Procedimiento Civil de 1940 se observa una tendencia del legislador de evitar el empleo de la expresión "jurisdicción voluntaria", denominación que emplea sólo excepcionalmente en algunas disposiciones, como ocurre en el artículo 801 ⁽¹¹⁾. De tal modo, que el Código de Procedimiento Civil italiano silencia la jurisdicción voluntaria, omitiendo incluso su denominación, no obstante que ella

⁽¹⁰⁾ Citado por **Leonardo Prieto-Castro Ferrándiz**, "Problemas debatidos en el Primer Congreso Ibero-Americano y Filipino de Derecho Procesal". Publicado en su volumen: "Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal". Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1964. Páginas 586 y 706.

⁽¹¹⁾ **Angelo Jannuzzi**: "Manuale della volontaria giurisdizione". Milano. Dott. A. Giuffrè, Editore. 1964. Página 2.

es reglamentada sin orden ni sistema alguno en el Libro IV destinado a los procedimientos especiales —artículos 633 y siguientes—.

Esta ausencia de visión unitaria de la jurisdicción voluntaria en el Código italiano ha sido justificada por Carnacini, atribuyéndola al modo desordenado y apresurado con el cual fue afrontado el problema en sede legislativa ⁽¹²⁾.

Entre los códigos hispanoamericanos podemos citar: el Código de Procedimiento Civil brasileño, que reglamenta igualmente la jurisdicción voluntaria en el Libro IV, entre los diversos procedimientos especiales —artículos 298 y siguientes—; el Código de Procedimiento Civil boliviano, que la regula en el Título VII del Libro II —artículos 570 y siguientes—, denominado "De otros varios procedimientos"; el Código de Procedimiento Civil colombiano, que reglamenta los negocios voluntarios en títulos dispersos —artículos 809 y siguientes— del Libro II, denominado "Procedimiento Civil", y el Código de Procedimiento Civil uruguayo, que lo hace en los Títulos XIII y XIV —artículos 1042 y siguientes—.

D) Un cuarto sector de legislaciones está formado por aquellos sistemas que han organizado en torno a una ley especial, y separada del Código Procesal, todos los procedimientos de índole voluntaria, sean judiciales o extrajudiciales.

Este criterio es el empleado, principalmente, por el sistema jurídico alemán.

En efecto, la jurisdicción voluntaria no se encuentra regulada en el Código Procesal Civil —Zivilprozessordnung—, sino que en la ley especial de 17 de Mayo de 1898.

Como observa Leonardo Prieto-Castro, mientras en los países latinos se reglamenta en forma ordenada y sistemática la jurisdicción voluntaria, o al menos se enuncian sus principios fundamentales en los respectivos Códigos Procesales Civiles, en los países germánicos los códigos no le dedican tratamiento alguno y ella es reglamentada en una ley especial. Agrega el mismo profesor español: "Claro es que las naciones latinas sólo tienen, como si dijé-

(12) **Tito Carnacini:** "Le norme sui procedimenti di giurisdizione volontaria". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno XV, 1961. Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano. Páginas 593 a 599.

CRITERIOS OBSERVADOS EN LA JURISDICCION VOLUNTARIA

37

semos, codificada (en el Código o ley procesal) la materia de jurisdicción voluntaria judicial, mientras que las germánicas comprenden en la ley independiente otros negocios de jurisdicción voluntaria, como son, por ejemplo, los registrales, y ello les impide situar la materia en el seno de un Código Procesal Civil" (13).

E) Finalmente, mencionaremos un grupo integrado por aquellas legislaciones en que la expresión "jurisdicción voluntaria" no ha tenido el desenvolvimiento observado en otros sistemas.

Tal es el caso, por ejemplo, del sistema procesal soviético. Basamos nuestra afirmación en lo expuesto por el profesor Alcalá-Zamora en la ponencia general sobre la eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria, presentada en el Tercer Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, celebrado en Venecia (Italia) del 12 al 15 de Abril de 1962.

Resumiendo el trabajo presentado a dicho torneo por el delegado de Unión Soviética, profesor Mark A. Gurvich, señala Alcalá-Zamora: "El término jurisdicción voluntaria es desconocido en el Derecho Soviético y lo fue también en el zarista; pero existen en él, en contraste con el ordinario, unos cuantos procedimientos especiales, que en parte coinciden con los de índole graciosa de Europa Occidental, al no versar sobre derechos subjetivos discutidos, como tampoco sobre obligaciones" (14).

3.— Siempre en relación con la diversidad legislativa observada en la regulación de la jurisdicción voluntaria, diversos otros matices o circunstancias, fuera de los ya expuestos, han contribuido a complicar aún más el panorama de ella.

En primer término, la circunstancia de que el Código Procesal no siempre constituye la única fuente de las normas que disciplinan los negocios voluntarios.

En efecto, en ninguno de los sistemas anteriormente analizados se han logrado unificar o reagrupar en el libro o capítulo ad-hoc

(13) "Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria". Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1964. Página 591.

(14) Actas del citado Congreso, en prensa.

del Código Procesal o en la ley respectiva —criterio germánico— todos los diversos procedimientos voluntarios judiciales, y siempre podremos encontrar diseminados, ya sea en los libros del mismo Código Procesal destinado a la jurisdicción contenciosa, o en otros cuerpos legales o en leyes especiales, diversos asuntos de naturaleza voluntaria.

"Ni siquiera en Alemania el legislador acertó por completo —comenta Alcalá-Zamora— y aun prescindiendo del concurso, la Ley de 1898 no contiene toda la jurisdicción voluntaria ni la Zivilprozessordnung se ve, por el contrario, en absoluto libre de ella" (15).

En segundo término, dificulta también el estudio de la jurisdicción voluntaria la diversidad de criterios adoptados por el legislador para distinguir con precisión cuándo un acto pertenece a la jurisdicción contenciosa y cuándo a la voluntaria.

En verdad, hasta ahora no se ha logrado delimitar en forma precisa sus esferas y muchos asuntos presentan serios inconvenientes para su inclusión en una u otra jurisdicción. Así, diversos procedimientos considerados como contenciosos por los cuerpos legales o incluidos en los libros de los Códigos Procesales que regulan la jurisdicción contenciosa, pertenecen por su naturaleza a la jurisdicción voluntaria. Por el contrario, no todos los negocios tratados por el legislador como de índole voluntaria merecen en doctrina la denominación de tal, ya que en ellos se reglamentan, algunas veces, situaciones pertenecientes más propiamente a la jurisdicción contenciosa.

E incluso, esa dificultad que ofrece la delimitación de estos dos campos de la jurisdicción ha provocado que negocios que un determinado sistema califica de naturaleza voluntaria, en otros son considerados de índole contenciosa, o bien, no se les regula expresamente.

4.— En el campo doctrinario, todos los diversos criterios observados en la regulación de la jurisdicción voluntaria han sido objeto de críticas, no considerándose acertado ninguno de ellos en forma especial.

(15) Niceto Alcalá-Zamora: "Premisas...", ya citado, página 9.

CRITERIOS OBSERVADOS EN LA JURISDICCION VOLUNTARIA

39

Así, Gimeno Gamarra rechaza el seguido por la Ley de Enjuiciamiento Civil española y algunos códigos hispanoamericanos, "porque la distinción entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria no puede servir como criterio primario y fundamental de clasificación de las normas procesales, pues en una ley procesal la importancia de las normas relativas a la jurisdicción voluntaria es muy inferior a las de la contenciosa, tanto por su volumen como por su carácter, ya que las referentes a ésta contienen la regulación de la actividad típica y más frecuente de lo que constituye la función normal del órgano judicial" (16).

Existe, por consiguiente, la necesidad de propiciar una codificación ordenada y sistemática del heterogéneo conjunto de los actos voluntarios, y los autores han elaborado los principios aplicables al régimen jurídico de los negocios de jurisdicción voluntaria en general, analizando aspectos relacionados con los sujetos que en ellos intervienen, el procedimiento, la eficacia de las resoluciones y su impugnabilidad, etcétera (17).

De los diversos problemas que acarrea una labor de esta naturaleza, analizaremos brevemente dos de ellos. El primero dice relación con la determinación de los órganos que deben conocer de los actos voluntarios, y el segundo, con el lugar en que ellos deben estar reglamentados y el contenido de su regulación.

Referente al primer problema, es decir, determinar los diversos órganos a quienes debe entregarse el conocimiento de los negocios voluntarios, en doctrina se plantea el problema de si todos los actos actualmente atribuidos a los tribunales no debieran encomendarse, en forma exclusiva, a la decisión de funcionarios no judiciales.

Evidentemente, este aspecto está en íntima relación con la determinación de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, ya que, de estimarse que no estamos frente a una verdadera actividad jurisdiccional, lo natural y lógico es que no se les atribuya

(16) "Jurisdicción voluntaria". Actas ya citadas. Páginas 471-472.

(17) Ver trabajo de Gimeno Gamarra: "Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria", publicado en el "Anuario de Derecho Civil". Tomo VI, Enero-Marzo de 1953, páginas 3 a 80.

intervención alguna a los órganos judiciales por encontrarnos frente a una materia ajena al campo procesal.

Pero haciendo abstracción de este problema, la realidad jurídica nos enseña que en la variada lista de negocios voluntarios judiciales, encontramos efectivamente algunos que no constituyen actos jurisdiccionales propiamente tales, y que, por el contrario, tienen una naturaleza autenticadora, por lo que sería lógico atribuirlos a órganos más idóneos, como ser los notarios, por tener estos profesionales, como función típica, la labor de autenticación, o sea, "la acción de autorizar o legalizar alguna cosa para que haga fe con arreglo a derecho" (18).

No obstante, en todo sistema jurídico existen asuntos de jurisdicción voluntaria que se considera aconsejable y prudente someter al conocimiento del Poder Judicial, por estimarse que la presencia del órgano jurisdiccional permite alcanzar en mejor forma el fin perseguido por el negocio voluntario. Así, determinados actos de protección o tutela de intereses de menores, de incapaces y de ausentes, deben ser atribuidos a los jueces, porque sólo en estos órganos concurren las necesarias garantías de independencia e imparcialidad para la adecuada defensa de esos intereses.

En esta forma, puede lograrse una adecuada distribución de actividades entre los órganos judiciales y no judiciales, atendiendo a la naturaleza de cada negocio en particular.

En el campo doctrinario —expresa Gimeno Gamarra— ha dominado precisamente esta posición intermedia, "distinguiendo aquellos negocios que suponen una actividad constataadora o legitimadora, que debe encomendarse a los notarios, y aquellos otros de protección de personas con capacidad nula o disminuida, que deben seguir atribuidos a los Jueces" (19).

E incluso —como bien señala este mismo autor— los procesalistas que consideran a la jurisdicción voluntaria como una función administrativa, aceptan que ella debe ser atribuida en gran parte

(18) F. Navarro Azpeitia: "Teoría de la autenticación notarial" en "Revista de Derecho Privado", Año XXVI, Nº 308, Noviembre de 1942, Madrid, Página 678.

(19) "Jurisdicción voluntaria", Actas del Primer Congreso Ibero-Americano y Filipino de Derecho Procesal. Madrid, 1955, Gráfica Clemares, Página 464.

a los órganos judiciales, por estimar que, tratándose de actos que requieren especiales garantías de autoridad en los órganos a que se confían, es natural que el Estado utilice para responder a esas exigencias la misma jerarquía judicial ordinaria ⁽²⁰⁾.

En cuanto al segundo problema expuesto, esto es, al lugar donde deben ser reglamentados los actos de jurisdicción voluntaria, y principalmente al contenido de dicha regulación, tampoco existe uniformidad de opiniones en el campo doctrinal.

El profesor español Jaime Guasp, en el informe presentado al Primer Congreso Ibero-Americano y Filipino de Derecho Procesal, celebrado en Madrid del 14 al 19 de Noviembre de 1955 sobre el tema "El sistema de una ley procesal civil hispanoamericana", al referirse al problema precedentemente expuesto, expresa: "La jurisdicción voluntaria no tiene de jurisdicción más que el nombre y especialmente no guarda ninguna conexión auténtica con el verdadero proceso, sino sólo la circunstancia meramente accidental de que sus actuaciones son confiadas a unos mismos órganos muchas veces por razones de comodidad o economías derivadas de la división del trabajo, pero de ninguna manera por razones de esencia auténticas. De aquí que la preocupación sistemática que inspira la Ley tenga que traducirse por fuerza en un criterio negativo con respecto a la jurisdicción voluntaria, a la cual se aconseja que quede fuera de la ley procesal y que sea objeto de una ley especial, donde este importante tema pueda ser acometido con todo el empeño que merece" ⁽²¹⁾.

En opinión del profesor Guasp, en el evento de estimarse que este criterio pudiera considerarse excesivamente avanzado, y que es propio de una ley procesal civil atender los problemas de la llamada jurisdicción voluntaria, "será máximamente admisible que, no como parte propia de la ley, sino como apéndice, figurasen una serie de preceptos dedicados a tal materia". Este apéndice deberá contener no sólo una ordenación de procedimientos mejor o peor empalmados, sino que debe contener previamente una parte general, para entrar posteriormente al análisis de los diversos procedi-

(20) Rafael Gimeno Gamarra: "Jurisdicción voluntaria", ya citado, página 460.

(21) Jaime Guasp: "Actas del Primer Congreso Ibero-Americano y Filipino de Derecho Procesal" ya citadas, páginas 112 y 113.

mientos especiales. Este orden debe respetarse debido a que la jurisdicción voluntaria no es derecho procesal civil y, por consiguiente, "sería imposible aplicarle con criterios idóneos los conceptos fundamentales que al derecho procesal civil se refieren".

Distinta posición asume el profesor Leonardo Prieto-Castro al señalar que la jurisdicción voluntaria debe ser materia de una ley especial, que comprenda todos los negocios, tanto los judiciales como los no judiciales. Esta ley propia debe especificar "La diversidad de órganos llamados a intervenir según los negocios, el modo de funcionar de cada uno de ellos, las normas generales de procedimiento y las especiales de los negocios que, por su importancia, por su historia y por su uso común, merezcan el título de "nomina-dos", frente a los innominados, que se ajustarían a dichas normas generales" (22).

A su vez, el profesor Alcalá-Zamora señala que mientras no se superen todos los inconvenientes que envuelven el estudio de la jurisdicción voluntaria, debemos contentarnos con respetarla cual una zona delimitada por exclusión, es decir, como un no proceso en contraste con el verdadero proceso —el contencioso—, aun cuando los fines y la naturaleza de éste continúen siendo debatidos. "Así las cosas —agrega el profesor Alcalá-Zamora—, la tarea fundamental consistirá, por de pronto, en determinar, dentro de este heterogéneo conjunto no procesal, las materias que por motivos de conexión con el proceso contencioso, de seguridad jurídica o hasta de convivencia reclamen la intervención judicial, y cuales otras puedan y deban transferirse a organismos y funcionarios extrajudiciales. El señalamiento de los procedimientos del primer sector habrá de efectuarse con criterio restrictivo y no extensivo, de tal modo, que bien como apéndice de los códigos procesales o en leyes especiales, la jurisdicción voluntaria judicial, única que debe preocupar a los procesalistas, abarque tan sólo los negocios en que el reemplazo del juez esté contraindicado o sea peligroso" (23).

(22) "Informe general sobre principios políticos y técnicos para una ley procesal civil uniforme en la comunidad hispánica de naciones". Publicado en su volumen "Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal", ya citado, página 645.

(23) "Premisas", ya citado, páginas 54 y 55.

CRITERIOS OBSERVADOS EN LA JURISDICCION VOLUNTARIA

43

En nuestra opinión, es evidente y manifiesta la conveniencia de proceder a la unificación de los diversos negocios voluntarios dispersos en numerosas leyes, pero estimamos que debe propenderse única y exclusivamente a la reagrupación de todos los negocios de jurisdicción voluntaria judiciales. Esto es, reconociendo la clasificación de la jurisdicción voluntaria en judicial y extrajudicial, los asuntos atribuidos a los órganos judiciales son los únicos que deben constituir objeto de una regulación sistemática, ya que los restantes no forman parte del campo procesal.

En cuanto al sitio de su regulación, estimamos que debe disciplinarse en los Códigos Procesales de cada país, sea constituyendo un título especial o bien un apéndice de los mismos, con disposiciones preliminares que constituyan una formulación de las normas generales aplicables a los negocios voluntarios, para proseguir con las disposiciones especiales aplicables a los más importantes de ellos. Aquellos asuntos no objeto de una reglamentación particular, se regirán por los principios contenidos en la parte general.

No somos partidarios de una regulación en una ley especial e independiente del Código Procesal, pues a todos los negocios judiciales de jurisdicción voluntaria les serán aplicables aquellas disposiciones de carácter general de la jurisdicción contenciosa que no sean contrarias a los principios generales de aquélla, como sucederá, por ejemplo, con las normas relativas a la capacidad para ser parte, capacidad procesal, legitimación, etcétera.

En efecto, aceptar el sistema de disciplinarla en una ley particular e independiente, importa reglamentar todo un estatuto jurídico especial para la jurisdicción voluntaria judicial, con la lógica repetición de principios ya contenidos en el Código Procesal, válidos a una y otra jurisdicciones.

Es decir, en esta materia estamos en la misma posición que asumió Rafael Gimeno Gamarra, en el ya citado Congreso Ibero-Americano y Filipino de Derecho Procesal celebrado en Madrid.

Las dos primeras conclusiones contenidas en su comunicación, expresan textualmente: "1º: La jurisdicción voluntaria se integrará por aquellos negocios en que precise la intervención de los jueces, para la protección de derechos privados de los particulares, sin que en ellos se formulen pretensiones o se traten de ejercitar derechos por unas personas frente a otras; 2º: Se regulará en un apéndice

de los Códigos Procesales, en el que se formulen las reglas peculiares a la misma, sin que sea preciso regular totalmente su régimen jurídico, sino sólo los extremos de éste en que deban regir normas distintas a la de la jurisdicción contenciosa, siendo en lo demás aplicables las de ésta. La regulación consistirá en una parte general, en la que se incluyan las reglas normalmente aplicables a todos los negocios, y una parte especial, en la que se formulen las relativas a cada una de ellos, si bien no es posible ni necesario regular en ésta todos los negocios, sino sólo aquellos que, por su importancia o peculiaridad, necesiten normas especiales, ya que los restantes se regirán por las normas de la parte general" (24).

5.— Ponemos término a este resumen, reiterando que un estudio sobre la así denominada jurisdicción voluntaria, con miras a una aplicabilidad en el ámbito del Derecho Comparado, deberá necesariamente considerar esta manifiesta desorientación legislativa acerca de lo que es la jurisdicción voluntaria, como también la diversidad de criterios observados en su regulación.

De no adoptar esta vía, se corre el riesgo —como advierte Alcalá-Zamora— que dichas indagaciones sean "inaprovechables de fronteras afuera, bien por haberse detenido ante los límites señalados en la misma por el legislador nacional, bien por querer caracterizarla según notas de estricto Derecho positivo" (25).

De tal modo que la investigación debe encaminarse, preferentemente, a la obtención de conclusiones válidas en el mayor número de ordenamientos positivos, reconociendo que en muchos aspectos el capricho del legislador ha provocado que sus puntos de contacto sean escasos.

(24) "Actas", ya citadas, página 481.

(25) "Premisas", ya citado, página 45.