

EL PROCEDIMIENTO CIVIL NO CONTENCIOSO *

Introducción

1. Por tercera vez en los últimos años, los problemas del procedimiento no contencioso son objeto de discusión en la esfera internacional. Mencionemos las dos convenciones que han procedido a nuestro Congreso, celebradas ambas en Italia: la Conferencia de Milán, en diciembre de 1960, consagrada al procedimiento en cámara de consejo,¹ que se preocupó de diversos problemas del procedimiento no contencioso, y el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil de Venecia² en abril de 1962, en el que una de las materias inscritas en el programa fue *La eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria*, con el profesor Alcalá-Zamora como ponente general.³ Aunque dicho tema no abordó más que uno de los problemas del procedimiento no contencioso, es evidente que por estar ligado a la esencia misma de la jurisdicción graciosa,^b hubo de suscitar una discusión sobre los aspectos más importantes de tal procedimiento. Hoy el tema se suscita de nuevo en los debates del Congreso de Derecho Comparado, y ahora se plantea en toda su amplitud.

Ello revela el considerable interés atribuido al procedimiento no contencioso. Ese interés, que se manifiesta indudablemente en diversos países —como lo prueban las numerosas publicaciones especialmente consagradas a tal procedimiento—, se desplaza hacia el terreno internacional, y, en consecuencia, la materia se convierte en objeto de los estudios de derecho comparado.

* Ponencia General ante el VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, (Upsala, agosto de 1966).

¹ Cfr. *Convegno di studio sui procedimenti in camera di consiglio* (Milano, "Ed. Giuffrè", 1960).

² *Atti del Terzo Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile, Venezia, 1962* (Milano, "Ed. Giuffrè", en prensa). (a).

³ Su excelente ponencia *Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria* se ha publicado en el "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", núm. 45, septiembre-diciembre de 1962, pp. 521-96.

2. Nuestro tema, ¿ha sido juiciosamente escogido y su inscripción en el orden del día de nuestra sección está justificada? Hago la pregunta, porque ciertos ponentes nacionales, por otra parte poco numerosos, han formulado algunas dudas al respecto. Las dudas concernientes a la formulación del tema parecen menos graves, y de ellas me ocuparé más adelante. Dudas más serias pueden surgir a causa de que la indeterminación de la noción de procedimiento no contencioso y la diversidad de sus concepciones en la legislación y en la doctrina, así como también la diversidad de su objeto y de su propio carácter, pueden originar la cuestión de saber si el tema contemplado es susceptible de análisis en el plano del derecho comparado y si es posible llegar a resultados concretos.

Es indudable que la materia en cuestión se caracteriza, efectivamente, por divergencias muy marcadas en cuanto a su reglamentación legislativa en los diferentes países y también por importantes diferencias doctrinales en orden al concepto de procedimiento no contencioso, su carácter intrínseco, alcance, posición respecto del procedimiento contencioso, índole de las resoluciones de jurisdicción graciosa y otros muchos extremos. Más aún: esas divergencias de opinión no aparecen sólo entre representantes doctrinales de países pertenecientes a sistemas jurídicos distintos, sino que se manifiestan también, y en alto grado, entre expositores de un mismo sistema jurídico. Sin duda alguna, en pocas zonas de la ciencia jurídica las diferencias de opinión son tan profundas. En la doctrina alemana y en la austriaca se conocen numerosas teorías acerca de la índole del procedimiento no contencioso. A su vez, la doctrina francesa y la italiana sustentan opiniones controvertidas en torno al carácter que reviste la actividad de los tribunales en materia de jurisdicción graciosa. Y tampoco en la doctrina polaca los pareceres acerca del carácter y fines del procedimiento no contencioso son uniformes.

Es cierto también, por lo que concierne al derecho positivo a utilizar como base de la investigación científica, que tanto la regulación legal como la extensión, fijada por el legislador, de las materias objeto del procedimiento no contencioso en los distintos países, difieren muy sensiblemente de unos a otros, incluso en naciones con sistemas jurídicos en otros aspectos semejantes. Todo ello hace ciertamente difícil, en gran medida, el análisis comparativo y restringe la perspectiva de llegar a una síntesis. Se encontrarán, sin duda, pocas zonas en que la fijación de ciertas reglas generales sea tan difícil. En esta materia, el legislador se deja guiar por consideraciones de oportunidad, no se atiene a criterios uniformes y parece desentenderse de los que la doctrina trata de elaborar cuidadosamente. El procedimiento no contencioso origina, por tanto, muchas preocupaciones y causa muchas dificultades a los procesalistas en todos los países. Estamos de acuerdo con la opinión de los autores franceses

Cornu y Foyer, según la cual, “la jurisdicción graciosa no es una cosa sencilla, sino compleja y múltiple”.⁴

Estimamos, sin embargo, que ha sido correcta la inscripción de la materia relativa al procedimiento no contencioso en el orden del día de nuestro Congreso. Las dificultades que se amontonan en el curso del examen científico de esta materia, en particular desde el ángulo del derecho comparado, no podrían llevarnos a renunciar a dicha tarea. Al contrario: tales dificultades justifican con mayor razón todavía la necesidad de estudiar la materia en escala internacional y en plano de derecho comparado. La confrontación de los diversos sistemas y concepciones acerca del procedimiento no contencioso, puede hacer avanzar la investigación general sobre la substancia y la función del mismo, así como sobre el carácter de las decisiones de jurisdicción graciosa. Se comprueba, en efecto, que pese a los numerosos trabajos existentes y a la multiplicidad de construcciones y teorías, el campo del procedimiento no contencioso no ha sido todavía suficientemente estudiado. Y si bien es cierto que la opinión recientemente emitida, a propósito de la jurisdicción graciosa, por un especialista italiano, cuando declaró textualmente: “No sabemos que es exactamente”,⁵ resulta exagerada, es también cierto que numerosas cuestiones fundamentales sobre la materia no han sido todavía aclaradas de manera suficiente y que no se ha conseguido hasta el momento elaborar una concepción homogénea —aunque fuera sólo la más general— de este procedimiento.

3. La necesidad de investigaciones comparativas acerca del procedimiento no contencioso, aumenta en la medida en que se desarrollan las relaciones internacionales y en que el propio procedimiento no contencioso evoluciona. Es indudable que el papel del procedimiento no contencioso y su alcance aumentan constantemente, como se observa en numerosos países. Dejándose guiar, como hemos dicho, por consideraciones de oportunidad, e inspirándose en diversas causas, los legisladores someten a este procedimiento categorías de asuntos siempre nuevos y dan los tribunales funciones cada vez más numerosas. Debe subrayarse que en numerosos países se someten a procedimiento no contencioso diversas categorías de asuntos esencialmente litigiosos, que con anterioridad eran examinados conforme al procedimiento contencioso o que como resultado de la regulación jurídica de fenómenos nuevos de la vida social y económica, deberían ser tramitados, por su naturaleza misma, en vía procesal. Este hecho no está en manera alguna ligado con un régimen social y político determinado, sino que se le observa, tanto en Alemania Occidental, como en Holanda

⁴ G. Cornu y F. Foyer, *Procédure civile* (Paris, “Thémis”, 1958), p. 93.

⁵ Cfr. M. Cappelletti, *Note in margine al congresso veneziano*, en “Rivista di Diritto Processuale”, 1962 (pp. 275-78), p. 275 (o p. 3 del sobretiro).

o en Yugoslavia y, recientemente todavía en Polonia. Volveremos a hablar de las causas que originan este hecho.

En relación con el carácter tan heterogéneo de los asuntos que corresponden a la vía judicial, en los que los tribunales emiten decisiones definidas formalmente como de jurisdicción graciosa, pero que, en realidad, no es raro que diluciden litigios referentes a derechos subjetivos, se plantea el problema de la eficacia de tales decisiones en el extranjero, en particular en los Estados en que la concepción del procedimiento no contencioso y la apreciación del carácter de las decisiones de jurisdicción graciosa no sean las mismas. Un análisis comparativo de los problemas del procedimiento no contencioso, puede tener especial valor y aportar resultados concretos, sobre todo en los dominios del derecho internacional privado y del enjuiciamiento civil internacional.⁶

4. Ocho ponencias nacionales han sido enviadas, a saber por orden alfabético de países:

1. La alemana, por el profesor Habscheid;
2. La francesa, por los profesores Solus y Perrot;
3. La holandesa, por el profesor Funke;
4. La libanesa, por el profesor Eid;
5. La mexicana, por el profesor Alcalá-Zamora;
6. La polaca, por el profesor Jodlowski;
7. La rumana, por el profesor Zilberstein;
8. La yugoeslava, por el profesor Poznić.

Como se ve, tres ponencias provienen de países europeos occidentales, tres de países socialistas y dos de países no europeos. Sin embargo teniendo en cuenta el hecho de que el derecho procesal mexicano se funda, según revela la ponencia, en el español y que, al parecer, el procedimiento libanés se relaciona con la concepción francesa de la jurisdicción graciosa, puede afirmarse que las ocho ponencias representan, en efecto, el derecho continental.

Esas ocho ponencias, aunque muy valiosas y bien profundizadas, constituirían, sin embargo, una base demasiado estrecha para una ponencia general, si ésta debiese tratar de exponer nuestra materia conforme a una más amplia escala de derecho comparado. La elección de las ponencias no obedece a un plan y a una selección de sistemas jurídicos que represen-

⁶ Acerca de la necesidad y dificultades para calificar las sentencias contenciosas y los actos de jurisdicción graciosa en derecho internacional privado, cfr. Motulsky, *Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé* (en "Travaux du Comité Français de Droit International Privé", 1948-1952, Paris, "Daloz", 1953), pp. 17 y ss.

ten las concepciones más importantes y más características del procedimiento no contencioso, sino más bien a la diligencia de los ponentes. Por tal razón, la presente ponencia debe tener en cuenta igualmente, en cierta medida, otros sistemas jurídicos y en particular el derecho austriaco y el italiano, en orden a los países occidentales, y también el derecho soviético y el de algunos otros países de democracia popular.

El defecto indudable de la presente ponencia es que no ha podido tener en cuenta los sistemas del derecho angloamericano. Las anunciadas ponencias de esos países no nos han llegado, y el ponente general no se cree suficientemente preparado como para llenar esta laguna mediante su propia iniciativa. En definitiva, pues, el material de derecho comparado de que se sirve la presente ponencia proviene del grupo de sistemas de derecho continental. Sin embargo, no se puede hablar aquí de un sistema único de derecho continental, ya que, como es notorio, los diferentes sistemas de los países europeos acusan diferencias notables.

Aunque las ponencias enviadas difieren sensiblemente unas de otras, tanto por sus dimensiones, como por la cifra de cuestiones encaminadas o, a veces por el método de elaboración, poseen un rico contenido y suscitan gran número de problemas. Por otra parte, todas se concentran en torno a los problemas generales más importantes y evitan entrar en detalles de técnica procesal (a lo sumo, a título de ejemplo), con lo que han facilitado la tarea del ponente general.⁷

5. En lo que se refiere al alcance de la ponencia general, no sería posible ni necesario hacer una yuxtaposición de todo el material que contienen las ponencias nacionales. Teniendo en cuenta el hecho que estamos en un Congreso de Derecho Comparado, considero que mi papel de ponente general consiste en someter a discusión los problemas más importantes del procedimiento no contencioso, indicando su formulación y su solución en los diferentes sistemas jurídicos y señalando las semejanzas y diferencias que en ellos se manifiesten. Sin esforzarme en hacer una síntesis, quisiera, sin embargo, preguntarme si es posible un intento de síntesis en nuestra materia, y si es posible deducir una opinión homogénea del procedimiento no contencioso a base de diversos sistemas de reglamentación jurídica y de diversas concepciones doctrinales que se sobreponen unos a otros. En mi opinión, una de las finalidades de la ponencia debe ser preguntarse también si cabe extraer una línea de evolución del procedimiento no contencioso.

Los problemas claves que, a mi entender merecen ser tomados en consideración, y a los que desearía consagrar los desenvolvimientos ulteriores son los siguientes:

⁷ Dado que las ponencias nacionales constituyen la base de la ponencia general e integran en su conjunto la fuente principal de las informaciones concernientes a los sistemas respectivos, no serán citadas por separado en las notas siguientes.

1. Cuestiones terminológicas.
2. Modo de regulación legal del procedimiento no contencioso.
3. Carácter de la función de los tribunales en el procedimiento no contencioso.
4. Órganos competentes en materia no contenciosa.
5. Extensión del procedimiento no contencioso.
6. Criterios de delimitación entre el procedimiento contencioso y el no contencioso.
7. Particularidades del procedimiento no contencioso, en cuanto:
 - a) Introducción de la instancia.
 - b) Participantes en el procedimiento.
 - c) Acción de oficio del tribunal.
 - d) Ausencia de carácter contradictorio.
8. Decisiones no contenciosas, su eficacia y el problema de la autoridad de cosa juzgada.
9. Vías de recurso (ordinarias y extraordinarias) y demás remedios jurídicos contra las decisiones de jurisdicción graciosa.

1. Terminología

1. La diversidad en materia de procedimiento no contencioso se manifiesta no sólo en orden a su concepción y objeto, sino también en cuanto a la terminología misma empleada para esta clase de actividad de los tribunales. Por esta razón, no era fácil formular el tema de tal manera que englobara un procedimiento judicial en toda su extensión, definida en forma diferente según los países, y que la terminología adoptada sea comprendida por todos. El término tradicional *jurisdicção voluntaria* y su correspondiente contemporáneo *jurisdicción voluntaria* o *graciosa*, ya no es suficiente en nuestros días, puesto que en numerosos sistemas ha sido eliminado por otras denominaciones, y en aquellos en que perdura, no tiene ya su antigua significación semántica.

Para designar la actividad de los tribunales —admitamos provisionalmente esta hipótesis de trabajo— que no consista en resolver litigios por la vía del proceso civil ordinario, se emplean términos variados, tanto en derecho positivo como en la doctrina. Generalmente, la terminología adoptada por la doctrina se corresponde con la terminología legal seguida en un determinado país, pero incluso a este propósito se advierten a veces divergencias.

2. La denominación al parecer más extendida todavía es la de “*jurisdicción voluntaria*” de origen romano. Se utiliza en la doctrina italiana y en la mexicana y, alternando con “*jurisdicción graciosa*”, en la francesa y holandesa, así como en el derecho y en la doctrina alemana y suiza⁸ (*freiwillige Gerichtsbarkeit*). La utilización persistente de este término revela la fuerza de la tradición, porque es indudable que su significación etimológica ya no se corresponde o, a lo sumo, muy poco, con la realidad, si por jurisdicción voluntaria se entiende “la idea de un acuerdo de voluntades cuya ratificación se pide al juez”.⁹ Ello explica el hecho de que dicho término vaya siendo poco a poco eliminado por otros, incluso en los países en que todavía se encuentra en uso. Así, en la doctrina holandesa, aunque los términos “*jurisdicción voluntaria*” y “*jurisdicción graciosa*” se utilicen como equivalentes, se ha propuesto, a causa de su “insuficiencia”, el empleo de la expresión “*procedimiento en virtud de requerimiento*”,¹⁰ c ligada con un rasgo esencial, aunque formal, del procedimiento no contencioso.

El término “*giurisdizione volontaria*” todavía está universalmente admitido por la doctrina italiana, aunque el código de procedimiento civil de 1940 no lo emplee.¹¹

En la doctrina francesa se emplea tradicionalmente el término “*jurisdicción graciosa*”, de origen canónico (se usa también, en segunda posición, el término “*jurisdicción voluntaria*”). “*Jurisdicción graciosa*” es igualmente la denominación legal, que se encuentra en ciertas disposiciones legislativas.¹² La doctrina utiliza igualmente el término “*decisiones graciosas*”. Aunque empleados corrientemente, tales términos son cada vez más a menudo criticados en los últimos tiempos. No se discute únicamente el empleo del adjetivo “*gracioso*”, sino también —cosa curiosa—, el del sustantivo “*jurisdicción*”, señalándose que en materia graciosa, el juez “no ejerce verdadero poder de jurisdicción”.¹³ Algunos

⁸ Cfr. M. Guldener, *Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz* (Zürich, 1954).

⁹ H. Solus y R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, tomo I (Paris, “*Traité Sirey*”, 1961), p. 443.

¹⁰ Es así como Funke titula su ponencia acerca del procedimiento no contencioso holandés. También entre los autores franceses cabe encontrar la rúbrica “*procedimiento mediante requerimiento*”: cfr. Cornu y Foyer, *ob. cit.*, p. 371. Parece, sin embargo, que esta última denominación expresa una categoría más vasta que el procedimiento no contencioso.

¹¹ Salvo la disposición del artículo 801 cód. proc. civ., en el capítulo sobre ejecución de decisiones extranjeras, en donde se encuentra la expresión *volontaria giurisdizione*.

¹² El artículo 1º de la ley de 10 de julio de 1901 sobre asistencia judicial y el artículo 7 de la ley de 15 de julio de 1944 acerca de la cámara de consejo.

¹³ Cfr. Solus y Perrot, *ob. cit.*, p. 443; Cornu y Foyer, *ob. cit.*, p. 93.

autores franceses han abandonado este término y lo reemplazan por la noción de "administración judicial"¹⁴ (esta cuestión se liga con la del carácter de semejante actividad del tribunal, y hablaremos de ella más tarde).

3. El segundo grupo comprende los sistemas en que la actividad en cuestión es calificada como procedimiento no contencioso o con un término parecido. La legislación austriaca, la más antigua de este grupo, regula la materia mediante una ley de 1854, que lleva el nombre de "*Ausserstreitgesetz*",¹⁵ que puede ser traducido al francés como "*loi sur la procédure non contentieuse*" o "*non litigieuse*". Las mismas denominaciones son empleadas por la legislación y la doctrina en Polonia, Yugoslavia y Rumania. El código búlgaro de procedimiento civil emplea el término *procedimiento conservativo*.

En el derecho soviético, semejante terminología no aparece. En el código de la República de Rusia y en los de otras repúblicas soviéticas, el procedimiento en las materias correspondientes al campo tradicional de la jurisdicción graciosa es designado como "especial" o "particular", por oposición al procedimiento general, es decir, el proceso.¹⁶ Lo mismo ocurre en el derecho checoslovaco, con la salvedad de que el capítulo respectivo del código de procedimiento civil de 1963 se titula "de las disposiciones especiales" y contiene los preceptos particulares para ciertas materias (adopción, declaración de muerte, etcétera). Entre todos los sistemas jurídicos de los países socialistas, y acaso de todas las naciones, el código checoslovaco es el que realiza en grado más alto la homogeneidad del procedimiento en materia civil y, por esta razón, no menciona siquiera un "procedimiento especial", sino que establece "disposiciones especiales" dentro de un procedimiento único. Conviene recordar que el código italiano de procedimiento civil regula el procedimiento relativo a las materias tradicionalmente reputadas de jurisdicción voluntaria en su libro IV, titulado "Procedimientos especiales".

4. Dada la diversidad terminológica y el hecho de que las denominaciones tradicionales son inadecuadas respecto de la materia a que conciernen, se ha tratado, al formular nuestro tema, de dar un nombre común a los diversos procedimientos que forman parte de la actividad de los tribunales en materia civil fuera del proceso. El nombre que parece más apropiado es el de "procedimiento civil no contencioso".^d Por un lado,

¹⁴ Cfr. Cornu y Foyer, *ob. cit.*, p. 93.

¹⁵ *Kaiserliche Patent* de 1954 sobre *Verfahren in Rechtsangelegenheiten ausser Streitsachen (b)*.

¹⁶ Acerca del procedimiento especial en el derecho soviético, cfr. A. Mielnikow, *Osoboje proizvodstvo v sovetskom grazhdanskom processie* (El procedimiento especial en el proceso civil soviético) (Mokswa "Ed. Nauka", 1964) (c).

expresa, de la mejor manera, el hecho de que se trata de procedimiento judicial en materia civil y, por otro, que no se trata de procedimiento contencioso, el cual, como regla general, se identifica con el proceso. Pudiera ser que "procedimiento administrativo no contencioso", denominación generalmente admitida en la doctrina del derecho público, haya servido de modelo, en cierta medida por lo menos, para el nombre adoptado en nuestra materia.

En general, la denominación "procedimiento civil no contencioso" no ha provocado dudas y ha sido interpretada exactamente por los ponentes nacionales. Algunas reservas, sin embargo, le han sido formuladas. El profesor Alcalá-Zamora ha puesto en duda, en primer lugar, la exactitud de la expresión "no contencioso", argumentando que no está claro si se trata de un término que corresponda a la "jurisdicción voluntaria" tradicional o bien si esta expresión cubre toda la actividad del tribunal que no entre en la jurisdicción contenciosa. El ponente mexicano ha puesto, además, en duda la exactitud de la palabra "procedimiento", pretendiendo que le quita valor científico al proceso, término que él considera como exacto. En lo que concierne a esta última reserva, no nos parece justa del todo. Puesto que se trata de una actividad del tribunal que no se desarrolla en el cuadro del proceso, sino fuera de él, no se puede emplear este término para designar la forma de procedimiento propia de la actividad en cuestión. Y si se rechaza el término "jurisdicción", que es también discutido, la palabra "procedimiento" parece ser la más exacta.^e

Los ponentes franceses han señalado igualmente que "esta expresión apenas si se utiliza en el vocabulario jurídico francés". Su observación es exacta, puesto que, en efecto, la expresión "procedimiento civil no contencioso" no se encuentra en los autores franceses. Pero podríamos indicar que en sus trabajos (incluso en el excelente *Traité de droit judiciaire privé* de Solus y Perrot)^f se hallan expresiones muy parecidas, y que, por otra parte, los autores franceses utilizan con bastante frecuencia el adjetivo "no contencioso" para delimitar la materia de la llamada jurisdicción graciosa y la materia contenciosa.¹⁷

He aquí cómo se plantean las cuestiones terminológicas en nuestra materia. Evidentemente, éste no es más que el aspecto formal del problema: el contenido real que se encuentra tras los términos utilizados, las nociones expresadas en realidad por tales denominaciones en los dife-

¹⁷ Por ejemplo: "*Les attributions non contentieuses du juge*", "*les actes non contentieuses du juge*", "*les décisions non contentieuses*", "*la juridiction non contentieuse*" (denominación ya muy próxima a la de "procedimiento no contencioso"): cfr. Solus y Perrot, *ob. cit.*, pp. 443, 444, 447 y 456, y Motulsky, *ob. cit.*, p. 13. Indiquemos que la expresión "*juridiction non contentieuse*" se encuentra también en los proyectos de revisión de 1894 y de 1898 del código de procedimiento civil francés.

rentes sistemas, no podrán ser comprobados sino después de haber establecido el objeto del procedimiento judicial no procesal, calificado como jurisdicción graciosa, voluntaria, no contenciosa, etcétera.

2. *Regulación legal del procedimiento no contencioso*

1. Desde el punto de vista de la regulación legal de nuestra materia, cabe distinguir tres sistemas. El primero es el de los países en que está codificada en su totalidad o en gran parte. El segundo está representado por los países donde, pese a que las disposiciones sobre procedimiento no contencioso no están codificadas, la materia se encuentra regulada por el legislador, aun cuando mediante disposiciones dispersas en numerosos textos legislativos. El tercer sistema, en fin, es el de los países en que nuestra materia no se halla, en principio, regida por disposiciones legales, o en que, a lo sumo, existen sólo preceptos escasos y fragmentarios, de tal modo que en ellos el papel esencial a este propósito está representado por la jurisprudencia y la doctrina.

2. El primer sistema se encuentra, en grado más o menos alto, en la mayoría de los países, tanto occidentales como socialistas. Las codificaciones más antiguas del procedimiento no contencioso existen en Austria (1854) y en Alemania (1898). Nuestra materia está codificada igualmente en Italia, en México (en diferentes Estados),^g y también en la mayoría de los países socialistas: Polonia, Yugoslavia, Rumania, Bulgaria, Checoslovaquia y Unión Soviética (en los diferentes códigos de sus repúblicas).

Sin embargo, dentro de los sistemas jurídicos en que las disposiciones sobre procedimiento no contencioso han sido codificadas, hay que distinguir dos grupos. En ciertos países, dichas disposiciones han sido no solamente codificadas, sino reunidas, además, en leyes especiales (Austria, Alemania, Yugoslavia, Polonia hasta 1964). En los otros países, semejante codificación se ha efectuado en el cuadro de los códigos generales de procedimiento civil (Italia, México, Rumania, Bulgaria, Checoslovaquia, Unión Soviética, Polonia desde 1965).^h Aunque no deba ser sobrestimada, tal diferencia en cuanto al modo de codificar legalmente el procedimiento no contencioso, no es sólo de carácter técnico. El método legislativo adoptado repercute, en general, sobre el modo como el legislador regula la relación recíproca del procedimiento no contencioso y del contencioso, si bien no prejuzga en sí misma el método escogido por el legislador. Hablaremos de ello más adelante.

Subrayemos, además, que la codificación del procedimiento no contencioso no equivale a la regulación completa de la materia en el cuadro de un solo texto legislativo, código o ley especial. Como regla, dichos

textos no comprenden más que las disposiciones fundamentales acerca del procedimiento no contencioso, sobre todo las disposiciones de carácter general (las cuales, sin embargo, no constituyen en todas partes un cuerpo diferente) y las especiales que establecen el procedimiento para ciertos grupos característicos y tradicionales de materias no contenciosas, fruto de las relaciones de derecho civil (en materia de familia, personas, bienes y sucesiones). Además, hay disposiciones especiales, a veces numerosas, concernientes al procedimiento en materias que por su naturaleza son no contenciosas, o que el legislador considera como tales, y que emanan no de relaciones reguladas por el código civil, sino por leyes especiales. Así ocurre en Alemania, Polonia y Yugoslavia.

3. El segundo tipo de legislación está representado —a título de ejemplo— por Holanda y Hungría. En Holanda, las disposiciones más numerosas sobre procedimiento no contencioso, incompletas y no sistematizadas (según el profesor Funke), están dispersas en numerosas leyes. Tal estado de cosas suscita críticas por parte de la doctrina y de la práctica, y son esas críticas las que, sin duda, han tenido como resultado un proyecto “relativo a la regulación general de los procedimientos en virtud de requerimiento”, sometido a la Cámara en 1964. El examen parlamentario de este proyecto no se ha terminado todavía. Hay razones para suponer que después de la adopción del proyecto, Holanda vendrá a aumentar el número de países en que la materia del procedimiento no contencioso está codificada.

Igualmente en Hungría las disposiciones relativas al procedimiento no contencioso no están codificadas en un solo texto, sino que se encuentran en diferentes leyes. La disposición final del código de procedimiento civil de 1952 (§ 326) indica que mediante normas especiales se regulan principalmente los procedimientos sobre declaración de muerte de personas desaparecidas, internación de enajenados en establecimientos cerrados, anulación de documentos, etcétera; pero al mismo tiempo, el precepto enumera diversas materias de carácter contencioso, como el procedimiento de indemnización en caso de expropiación, el relativo a demandas que tengan por origen letras de cambio y cheques, los litigios relativos a la inscripción en los registros de la propiedad, etcétera.

4. El tercer sistema, en fin, es el de Francia. En este país cuya doctrina ha ejercido tanta influencia sobre la de muchos otros países (comprendido el campo de la “jurisdicción graciosa”), la casi totalidad de la materia que nos ocupa no se halla regulada por disposiciones legales, al menos por las del código de procedimiento civil. Exceptuados dos artículos, uno de 1808 y otro de 1901, el legislador francés únicamente se ha preocupado de esta materia en forma más vasta y general en la ley de 15 de

julio de 1944 sobre la cámara de consejo. Las disposiciones de esta ley tratan por primera vez, aunque sólo en forma restringida, de las "reglas aplicables en materia graciosa". Y aun cuando haya que compartir la opinión de los profesores Solus y Perrot de que dichas reglas, "a causa de su brevedad..., son impotentes para resolver las múltiples dificultades que suscita su aplicación", no es menos cierto que pueden servir como puntos de apoyo no solamente para la práctica, sino también para la doctrina, siempre que se trate de fijar la extensión de la materia no contenciosa, sus elementos característicos y los criterios de las decisiones graciosas. Un cierto número de disposiciones relativas a la materia no contenciosa, que prevén la ingerencia del tribunal en casos determinados, se encuentra en el código civil (adopción, legislación adoptiva, emancipación, posesionamiento de un legatario, etcétera). Sin embargo, según la opinión de los representantes de la doctrina francesa, todas esas disposiciones en conjunto no constituyen una base legislativa suficiente y no resuelven siquiera los problemas más importantes del procedimiento no contencioso. Así las cosas, "el régimen aplicable en materia graciosa en Francia ha sido elaborado, si no exclusivamente, por lo menos en forma principal por la jurisprudencia y la doctrina" (Solus y Perrot).

5. Desde luego, el sistema más ventajoso en la práctica es aquel en que el conjunto de disposiciones sobre el procedimiento no contencioso o, más bien, su parte fundamental, está agrupado en un solo texto legislativo. Pero la codificación todavía no resuelve para sí misma la cuestión de saber si en un sistema determinado se puede hablar de procedimiento no contencioso único, común (en cierta medida, al menos) a todas las materias no contenciosas. Tal codificación no puede tener más que el carácter de técnica legislativa, en virtud del cual, una ley contiene las disposiciones que regulan el procedimiento relativo a las diversas categorías de asuntos¹ no contenciosos. En realidad, estamos en presencia no de uno sino de varios procedimientos no contenciosos, como cuando no hay codificación y las disposiciones aparecen dispersas en diversas leyes.

En la mayoría de los casos, sin embargo, la codificación no solamente tiene por finalidad reunir disposiciones de procedimiento relativas a las materias no contenciosas en un solo texto, sino que traduce en regla general la tendencia del legislador a considerar dicho procedimiento como modo único de procedimiento no contencioso. Esta tendencia puede ser realizada en diversos grados. Se trata de saber si el legislador establece, y en qué medida, ciertas normas generales de procedimiento no contencioso, comunes y aplicables en los negocios no contenciosos de cualquier tipo, y en qué medida implanta normas particulares que regulen el procedimiento de manera diferente para cada categoría de asuntos.

Como regla, esta tendencia se realiza en grado más alto cuando existen leyes especiales. Las leyes de este tipo poseen una parte general que agrupa todas las disposiciones comunes a los asuntos no contenciosos de cualquier género. Las disposiciones generales de esta clase pueden figurar también antes que las referentes al procedimiento no contencioso contenidas en los códigos de procedimiento civil, pero no es la regla. La existencia de estas disposiciones no es tampoco decisiva en sí misma para saber si el legislador considera el procedimiento no contencioso como único o si no hace más que agrupar los diversos procedimientos no contenciosos. Ello depende del grado de desenvolvimiento de esas disposiciones y, naturalmente, del modo como pongan en práctica la tendencia real del legislador. Se puede, por ejemplo, compartir la duda planteada por el profesor Alcalá-Zamora cuando se pregunta si conforme al sistema de leyes vigente en México, existe un solo procedimiento no contencioso o bien si hay varios.^j En cambio, no cabe duda de que en los derechos polaco, rumano y yugoeslavo, así como en el austriaco y en el alemán, existe un solo procedimiento, no contencioso, como forma general de procedimiento, aunque difiera a veces en forma sustancial de un sistema a otro.

Por el contrario, en los países donde las disposiciones que regulan el procedimiento en materia graciosa no están codificadas, principalmente en Francia y en Holanda, no se puede tomar en consideración un solo procedimiento no contencioso, como forma de instrucción particular elaborada *a priori*, sino que más bien entra en juego una serie de particularidades procedimentales, según han subrayado expresamente los profesores Solus y Perrot, así como el profesor Funke, en sus informes.

3. *Carácter de la actividad de los tribunales en el procedimiento no contencioso*

1. Una de las diferencias más esenciales que se advierte en las opiniones sobre la substancia del procedimiento no contencioso, y que repercute sobre diversos problemas, es la relativa a la apreciación del carácter de la actividad judicial en el ámbito de la jurisdicción graciosa. Sabido es que para cierto número de autores esta cuestión es el criterio de distinción entre la jurisdicción contenciosa y la no contenciosa. Por otra parte, es necesario hacer observar que las diferencias de opinión acerca de la substancia de la jurisdicción no contenciosa son, desde luego, más bien de naturaleza doctrinal. El derecho positivo no resuelve, como regla, esta cuestión,^k y sólo mediante el análisis de la función del juzgador y del significado de sus decisiones en los diferentes casos, llega la doctrina a apreciaciones generales acerca del carácter de las decisiones no contenciosas.

: El problema se reduce a la cuestión de saber si en materia de jurisdicción no contenciosa el tribunal desempeña función judicial o administrativa y si, en consecuencia una decisión no contenciosa es "acto jurisdiccional" o bien acto de naturaleza administrativa, "acto administrativo judicial", como lo califican ciertos autores.

2. La doctrina francesa consideraba tradicionalmente las decisiones graciosas como actos de naturaleza administrativa. Y, por otra parte, en esta idea se apoya toda la concepción francesa de la jurisdicción graciosa.

La opinión que ve en la decisión graciosa un acto administrativo judicial predomina siempre en la doctrina francesa. Autores de la talla de los profesores Solus y Perrot (tanto en su citado *Droit judiciaire privé*, como en su ponencia a nuestro Congreso) enuncian o exponen esta opinión. También el profesor Vincent, continuador del *Précis de procédure civile* del decano Cuche, ve en la jurisdicción graciosa una actividad del juez puramente administrativa, inclusive cuando reviste formas judiciales. Estima que "el rasgo común de las decisiones graciosas es que no tienen nada de jurisdiccional".¹⁸ Otros autores, tales como Cornu y Foyer, ven en la jurisdicción de gracia "la administración judicial".¹⁹

En nuestros días, sin embargo, no es opinión universalmente admitida. También la doctrina francesa ve aparecer un punto de vista nuevo acerca de la naturaleza de las "decisiones graciosas". Un autor eminente, el profesor Hébraud, en su notable comentario a la ley de 15 de julio de 1944,²⁰ ha criticado la concepción doctrinal que niega a las sentencias recaídas en virtud de requerimiento naturaleza de actos jurisdiccionales. Ha defendido la idea de que la diferencia entre la sentencia contenciosa y la decisión graciosa responde a una "unidad sustancial", ligada con la identidad del órgano judicial. "La jurisdicción graciosa, prolongación y accesoria de la jurisdicción contenciosa, no le es antinómica, sino que vive bajo su dependencia y puede aproximarse a ella", afirma el profesor Hébraud.

Otros autores no van tan lejos, pero se separan en cierta medida de las opiniones tradicionales. El profesor Motulsky²¹ discute la definición que califica la decisión graciosa como acto administrativo y preconiza, prudentemente, la expresión "acto judicial de administración", que entraña una modificación no meramente de orden terminológico. Este autor descubre en las decisiones graciosas, elementos tanto judiciales como admi-

¹⁸ P. Cuche y J. Vincent, *Procédure civile et commerciale* (Paris, "Précis Dalloz", 12^a ed., 1960), p. 72, núm. 73.

¹⁹ Véase nota 4.

²⁰ P. Hébraud, *Commentaire de la loi du 15 juillet 1944*, D. 1946, L. 335 y ss.

²¹ H. Motulsky, *ob. cit.*, p. 17.

ministrativos, con ventaja de los primeros, de los cuales nacen consecuencias importantes en el plano del derecho internacional privado. Otro autor francés, H. Roland, adopta una posición intermedia. En su excelente trabajo *Chose jugée et tierce opposition*²² critica la opinión clásica de la doctrina francesa, que considera las sentencias recaídas en virtud de requerimiento como actos administrativos judiciales, pero al mismo tiempo, reprocha a la tesis de Hébraud “el ser demasiado absolutista”. Considera que las “sentencias en virtud de requerimiento” no tienen carácter homogéneo: unas son actos administrativos (por ejemplo, cuando el tribunal declara un fallecimiento, ordena la convocación del consejo de familia, etcétera); y otras son actos jurisdiccionales (verbigracia, la sentencia que admite una adopción, que pronuncia una legitimación *postnuptias*, todas las sentencias homologadoras, etcétera).²³ Hay que señalar, en fin, que en una de las más recientes obras francesas sobre procedimiento civil, la de Normand, *Le juge et le litige*,²⁴ no sólo no se encuentra ya ningún desenvolvimiento acerca de la naturaleza administrativa de las decisiones graciosas, sino que el autor opone la jurisdicción graciosa y la jurisdicción contenciosa, por un lado, a los actos y a las medidas de administración judicial, por el otro, lo que parece probar que considera la jurisdicción graciosa como actividad judicial igual a la jurisdicción contenciosa. “La noción de jurisdicción graciosa ha perdido su pureza original”, declara Normand, y añade que “el tránsito se efectúa insensiblemente hoy, tanto en el plano material como en el formal, desde la jurisdicción graciosa a la contenciosa”.²⁵

3. En la doctrina italiana, donde se ha consagrado mucha atención a los problemas del procedimiento no contencioso, la opinión que considera a la jurisdicción graciosa como actividad administrativa, ha sido eliminada.¹ Los autores que se han preocupado del problema estos últimos años, tales como Satta,²⁶ Fazzalari,²⁷ Micheli,²⁸ Marini,²⁹ subrayan de común acuer-

²² H. Roland, *Chose jugée et tierce opposition* (Paris, “Bibliothèque de Droit Privé” bajo la dirección de H. Solus, 1958), tomo XIII, pp. 328 y ss.

²³ Recordemos que también Cuche en su *Précis de procédure civile et commerciale*, 8ª ed. (Paris, 1939), núm. 261, distinguía tres grupos de actos emanados de un tribunal: las sentencias contenciosas, las sentencias graciosas y los actos administrativos.

²⁴ J. Normand, *Le juge et le litige* (Paris, “Bibliothèque de Droit Privé” bajo la dirección de H. Solus, 1965), tomo LXV, pp. 3 y ss.

²⁵ *Ibidem*, p. 9.

²⁶ S. Satta, *Diritto processuale civile* (Padova, 1954).

²⁷ E. Fazzalari, *La giurisdizione volontaria* (Padova, 1953).

²⁸ G. Micheli, *Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria*, en “Rivista di diritto processuale”, 1947, I, pp. 18 y ss.; *Prospettive critiche in tema di giurisdizione volontaria*, en “Scritti in onore di Francesco Carnelutti”, vol. II (Padova, 1950), pp. 356 y ss.

²⁹ M. De Marini, *Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria*, en “Rivista di Diritto Processuale”, 1954, I, pp. 255 y ss.

do que el acto de jurisdicción graciosa no tiene la misma finalidad que el acto administrativo y que el juez decide siempre serena e imparcialmente, mientras que el administrador actúa a fin de satisfacer intereses inmediatos del Estado. La mayoría de los autores italianos contemporáneos consideran los actos de jurisdicción graciosa como actos jurisdiccionales,³⁰ aunque algunos de ellos creen que la jurisdicción voluntaria constituye un género aparte, un dominio *sui generis*, que no pertenece ni a la jurisdicción ni a la administración.^{31 m}

4. La doctrina alemana adopta también la opinión de que la *freiwillige Gerichtsbarkeit* no es un servicio administrativo. Ciertamente que Baur, en su obra de 1955,³² comparaba todavía al juez con un funcionario de la administración, pero al mismo tiempo, subrayaba fuertemente las diferencias que los separan, indicando que la actividad del juez con carácter de protección jurídica (*Rechtspflege*), se refiere a las relaciones privadas, mientras que la actividad del funcionario de la administración se refiere a los asuntos del Estado y públicos. Mostraba igualmente que el juez está más limitado por la ley, mientras que el funcionario de la administración puede actuar según su apreciación discrecional. Baur reconoce, sin embargo, el carácter puramente jurisdiccional de la actividad de los tribunales cuando el juez resuelve un litigio según el procedimiento gracioso. En su ponencia, el profesor Habscheid expresa sin reservas y firmemente la opinión de que "la jurisdicción no contenciosa pertenece en su totalidad al poder judicial y que, por consiguiente, está sometida a las garantías constitucionales del tercer poder, entre las cuales la más importante es la de la neutralidad de sus órganos".

5. En los países socialistas, no hay duda ninguna de que la actividad judicial en materia graciosa constituye un sector de la actividad de los tribunales. Es la posición uniforme de la doctrina, que encuentra apoyo en la posición del legislador. Al incorporar el procedimiento no contencioso a los códigos de procedimiento civil (cosa que, como hemos dicho, tiene lugar en todos los países socialistas, con excepción de Hungría y Yugoslavia), el legislador de esos países ha dado a entender sin ambages, que considera la actividad de los tribunales en dicha materia como aplicación de sus funciones judiciales.ⁿ Como testimonio de ello encontramos también el hecho de someter las decisiones graciosas al régimen de las decisiones judiciales en general. Son susceptibles de vías de recurso y, además, las decisiones emitidas en vía no contenciosa y con fuerza

³⁰ Cfr. Brulliard, *L'évolution de la notion de juridiction dite 'gracieuse' ou 'volontaire' et de celle de juridiction d'après les récents travaux de la doctrine italienne*, en "Revue Internationale de Droit Comparé", 1957, núm. 1, pp. 22 y ss. (d).

³¹ Fazzalari, *ob. cit.*

³² F. Baur, *Freiwillige Gerichtsbarkeit: I. Buch Allgemeines Verfahrensrecht* (Tübingen, 1955), p. 266.

de cosa juzgada pueden ser objeto, como las sentencias, de la revisión llamada extraordinaria. Los autores polacos (Siedlecki,³³ Jodlowski³⁴) y, en la doctrina rumana, el profesor Zilberstein se pronuncian a favor del carácter judicial de las decisiones graciosas. Este problema no plantea tampoco duda ninguna en los derechos soviético y checoslovaco, donde el procedimiento en materia graciosa no representa más que un tipo particular de un procedimiento único. Pero incluso allí donde las disposiciones sobre procedimiento no contencioso no están incorporadas al código de procedimiento civil, sino que son objeto de regulación legal aparte, se admite sin reservas que las decisiones emitidas según este procedimiento tienen carácter jurisdiccional (es el caso de Yugoslavia, como lo comprueba expresamente en su ponencia el profesor Poznić).

6. Aun admitiendo que los actos de jurisdicción no contenciosa son actos jurisdiccionales, hay, sin embargo, que hacer una observación. No cabe negar que las funciones realizadas por el tribunal en ciertas materias graciosas tienen ciertos elementos de la actividad administrativa. Se trata, sobre todo, de la actividad en materia de tutela y de curatela (institución del tutor, vigilancia de la tutela, etcétera). Numerosos autores lo comprobaron, no sin razón. Dichas funciones pueden ser desempeñadas por diversos órganos, y depende del legislador a qué órganos sean conferidas. También se puede observar que en ciertos países (es el caso de la URSS y de Rumania, por ejemplo) la tutela de los menores y de otras personas está confiada a los órganos administrativos (servicios de asistencia social de los consejos populares locales). Pero cuando estas funciones se confían a los juzgadores (la mayoría de las veces, a los tribunales especiales de tutela, como en Polonia), la actividad del tribunal tiene, a este respecto, carácter jurisdiccional. No se pueden sacar conclusiones del hecho de que el legislador haya confiado tales funciones a tribunales independientes que las llenen conforme a su manera propia de actuar. Ciertos autores se inclinan a creer que la cuestión del órgano propio de una categoría determinada de asuntos, sólo representa un elemento formal y no prejuzga el carácter de la actividad de tal órgano. Somos de opinión distinta y compartimos la opinión según la cual, "la jurisdicción no contenciosa está confiada al juez, no porque él sea el órgano mejor calificado para llenar tal misión, sino porque dicha tarea responde a una función propiamente jurisdiccional".³⁵

³³ J. Policzkiewicz, W. Siedlecki y E. Wengerek, *Postępowanie miesporne* (El procedimiento no contencioso) (Warszawa, 1962), pp. 63 y ss.

³⁴ J. Jodlowski, *Les problèmes fondamentaux de la codification des dispositions de la procédure civile* ("Panstwo y Prawo", 1960), núms. 8-9 (resumen en francés); *Les décisions gracieuses*, ponencia polaca al Tercer Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil de Venecia, 1962 (véase nota 2) (e).

³⁵ Cfr. Normand, *ob. cit.*, p. 5; Brulliard *ob. cit.*, pp. 24-5.

Sería reducir enormemente el ámbito de las funciones judiciales de los tribunales considerar que sólo las soluciones de litigios mediante sentencias constituyen actos jurisdiccionales. Los tribunales dictan muchas decisiones, en el curso y fuera del proceso, que no resuelven litigios, pero que tienen, sin embargo, carácter jurisdiccional; es el caso, por ejemplo de las medidas conservativas, de la designación de un depositario de bienes embargados, etcétera. Teóricamente, cabría imaginar que esta función se encomendase a otro órgano y que, por ejemplo, el depositario de un establecimiento mercantil sea designado por un órgano competente de la administración o por una cámara de comercio. Y sin embargo, el legislador ha confiado a los tribunales la función de designar al depositario de bienes embargados y la vigilancia del mismo. Las decisiones del tribunal a este respecto tienen el carácter de actos jurisdiccionales.

Un análisis más profundizado de las funciones del tribunal en materia no contenciosa y del carácter de las decisiones graciosas exigiría, ciertamente, un examen previo de las funciones judiciales en general y de la noción de jurisdicción, labor que desgraciadamente sobrepasa el cuadro de la ponencia.

Estas observaciones no conciernen evidentemente a los actos de pura administración judicial. Es comprensible que todo órgano del Estado o todo órgano público deba, cualquiera que sea el tipo de sus funciones propias, administrar en cierta medida el dominio que le ha sido confiado y realizar los actos que tengan como finalidad crear las condiciones propicias a la realización de sus tareas propias. Asimismo pueden los tribunales ejercer cierta actividad estrictamente administrativa para asegurar el buen funcionamiento del servicio público de justicia. Se trata, por otra parte, no tanto de actos del tribunal, como de los de sus dirigentes administrativos, es decir, el presidente (por ejemplo, la formación de una lista de peritos o de traductores juramentados, admisión de pasantes, etcétera). Este tipo de actividad no tiene, sin embargo, nada en común con la jurisdicción no contenciosa, y por esta razón, no da lugar a hablar de ella en los estudios consagrados a la misma.

4. *Órganos competentes en materia no contenciosa*

Dos cuestiones se plantean a este respecto: 1ª la de qué órganos judiciales tienen jurisdicción en materia no contenciosa, y 2ª la de si órganos distintos de los tribunales son competentes en esta materia.

1. El procedimiento no contencioso es un procedimiento judicial y en todas partes los tribunales son la jurisdicción en esta materia. ⁵ Allí donde existan dos grados de jurisdicción de primera instancia, los dos tipos

de tribunales son competentes en materia no contenciosa. No es esencial saber cuál es la competencia respectiva de los tribunales en nuestra materia. Cabe comprobar, en todo caso, que el principio es la competencia de los tribunales de grado inferior (tribunales de instancia en Francia, *Amtsgericht* en Alemania, tribunales de distrito en Polonia). La competencia de los tribunales de grado superior no entra en juego más que a título más bien excepcional (así, en Polonia, son de competencia de los tribunales de *voivodie* en materia no contenciosa solamente los asuntos de interdicción judicial). En ciertos países (Checoslovaquia, por ejemplo) no existe más que un tribunal de primera instancia, y, en este caso, se sobreentiende que él es el competente en todas las materias.

Los asuntos no contenciosos caen bajo la competencia de los tribunales de derecho común. Es raro que una competencia en estos asuntos pertenezca también a tribunales especiales, como los de comercio, por ejemplo (caso de Francia).

La composición del tribunal en materia no contenciosa está regulada de manera diferente según los países. En unos, la regla es que el tribunal resuelve en forma colegiada, y sólo excepcionalmente los asuntos caen bajo la competencia de un juez único o del presidente (en Francia o en Rumania). En otros países domina la regla del juez único, con la salvedad de que para determinadas categorías de asuntos, los más importantes, se requiere la formación colegiada (en Polonia, por ejemplo).^o

2. En varios países, ciertas funciones que corresponden a la jurisdicción no contenciosa se encomiendan a órganos distintos de los tribunales, es decir, a notarios, a funcionarios especialmente llamados a este efecto y, también, a los órganos administrativos. Dejaremos de lado aquí la cuestión de las atribuciones de los cónsules y de los agentes diplomáticos para realizar ciertos actos en materia no contenciosa en el extranjero.

A los notarios se suele confiar, sobre todo, ciertas funciones en materia de procedimiento sucesorio (medidas conservativas, inventarios, apertura y publicación del testamento, recepción de declaraciones acerca de la aceptación o renuncia a una sucesión y, a veces, hasta la partición de la herencia).^p La participación de los notarios en el procedimiento no contencioso es conocida en el derecho austriaco, en el alemán y en el de los países socialistas (Polonia, Unión Soviética, Rumania, Hungría, Checoslovaquia). También en Francia ciertos actos del procedimiento de división de la herencia están atribuidos a los notarios (artículos 827 y 828 del código civil).

En cuanto a funcionarios especializados, ciertas funciones correspondientes al procedimiento no contencioso (con excepción, sin embargo, de los asuntos de carácter litigioso) son desempeñadas en Alemania, en virtud de una ley de 1957 sobre asistencia judicial, por *Rechtspfleger*,

oficiales judiciales independientes instituidos en los tribunales de distrito (*Amtsgerichte*) y que actúan bajo la vigilancia del tribunal. En Austria, el tribunal puede delegar ciertas funciones del procedimiento no contencioso en funcionarios oficiales llamados "delegados judiciales" (§§ 93 y ss. del ASG).

En Polonia, los negocios en materia de deslinde (respecto de inmuebles) son de competencia del agrimensor jurado, que debe tratar de llegar a la conciliación entre las partes y, en defecto, el asunto pasa al tribunal, que lo tramita según el procedimiento no contencioso.

3. Como indicamos en el capítulo anterior, en algunos países, ciertos asuntos que en otros caen tradicionalmente bajo la competencia de los tribunales, han sido confiados a órganos administrativos, como sucede principalmente a propósito de la tutela y de la curatela. En la mayoría de los países socialistas (con excepción de Polonia), dichas materias se han encomendado a los órganos de los consejos populares. Las funciones de autoridad tutelar en tales países son desempeñadas, bien por los comités ejecutivos de los consejos populares locales (Unión Soviética, Rumania, Hungría, Yugoslavia), bien por un miembro delegado por el comité ejecutivo (Bulgaria).

Sin embargo, la competencia de estos órganos no es en todas partes la misma. En ciertos países, son exclusivas de la competencia de los tribunales y en otros no. Así, la homologación de la adopción en la Unión Soviética, en Yugoslavia y en Rumania, corresponde a la autoridad tutelar antes mencionada, mientras que en otros países incumbe al tribunal (en Hungría, con consentimiento de la autoridad tutelar). En cambio, la revocación de la adopción pertenece, como regla, al tribunal, excepto en Yugoslavia, donde en esta materia la competencia corresponde también a la autoridad tutelar (en Hungría, la autoridad tutelar puede disolver la adopción, a propuesta concordante de las partes). Por dondequiera, la pérdida o la limitación de la patria potestad no puede ser pronunciada sino en virtud de decisión del tribunal; pero en Checoslovaquia y en la Unión Soviética las decisiones incidentales al respecto en interés del menor pueden ser emitidas por el consejo popular. En Checoslovaquia, el consejo popular puede dictar también, en interés del menor, otras decisiones, que pueden ser emitidas asimismo por el tribunal. De ese modo, se admite, hasta cierto punto, la doble vía.

Como indica el profesor Habscheid, en Alemania ciertas funciones del procedimiento no contencioso caen igualmente bajo la competencia de órganos de la administración.

4. La cuestión que se plantea ahora es la de saber si, cuando ciertas funciones en materia no contenciosa que previamente eran de la com-

petencia de los tribunales y que todavía lo son en otros países, van a ser transferidas a otros órganos, se puede hablar todavía de jurisdicción no contenciosa. En principio, en efecto, cuando hablamos de jurisdicción no contenciosa pensamos en la autoridad de los tribunales, así como al hablar de procedimiento no contencioso, en el procedimiento judicial.

No debe haber duda ninguna de que el procedimiento no contencioso sigue siendo tal cuando ciertas funciones son confiadas a los notarios o a otros funcionarios judiciales. Unos y otros son órganos auxiliares de la justicia, actúan en lugar de los tribunales, ya sea en virtud de delegación del tribunal para un asunto concreto, ya sea conforme a una delegación legal general.

Es así como hay que apreciar las disposiciones que confían las funciones en materia no contenciosa a los notarios o a los *Rechtspfleger*. Las más de las veces su competencia no es exclusiva, sino que tiene carácter auxiliar y, por tanto, no excluye la realización de un acto determinado por el tribunal. Así, según el código procesal civil polaco, la declaración sobre aceptación o renuncia de la herencia puede hacerse no sólo ante notario, sino también ante el tribunal en el curso del procedimiento tendiente a comprobar los derechos a la sucesión. Además, dichos funcionarios judiciales ejercen sus funciones bajo la vigilancia del tribunal. Todo ello permite reconocer que estamos en presencia de la jurisdicción no contenciosa.

5. Cosa distinta, a nuestro entender, es cuando ciertos asuntos no contenciosos, concernientes a materia civil y familiar, se encomiendan a órganos administrativos. En este caso, pertenecen al ámbito de actividades de la administración. Las decisiones de los órganos administrativos al respecto tienen carácter administrativo y, además, no están sujetas a la vigilancia y al control judiciales. En consecuencia, el procedimiento correspondiente ya no es judicial, sino administrativo.

Surge entonces el problema de saber si junto al procedimiento no contencioso judicial, cabe tomar en consideración el procedimiento no contencioso extrajudicial, o bien si únicamente el procedimiento judicial puede ser considerado como procedimiento no contencioso. Hallamos a este propósito opiniones que admiten la existencia de un procedimiento no contencioso extrajudicial.³⁶ El profesor Zilberstein indica que, según el derecho rumano, las disposiciones del código procesal civil son aplicables a título auxiliar, o sea en defecto de disposiciones especiales, al procedimiento de los órganos administrativos, y hace al efecto una distinción entre el procedimiento no contencioso judicial y el mismo procedimiento

³⁶ Cfr. Alcalá-Zamora, Ponencia general ante el Congreso de Venecia, cit., p. 585, núm. 125.

ante otros órganos. De ahí resultaría que el autor en cuestión considera procedimiento no contencioso, tanto el desenvuelto ante los tribunales, como el ventilado ante los órganos administrativos. En los otros sistemas este problema parece ser objeto de controversia.

5. *Extensión del procedimiento no contencioso*

1. Acerca de esta cuestión, aparecen diferencias muy importantes según los sistemas. En ciertos países, la extensión de los negocios que corresponden al procedimiento no contencioso es más restringida que en otros. En unos no comprende más que materias de derecho privado (civil y familiar), mientras que en otros abarca asimismo cuestiones de derecho público. En unos no se refiere más que a negocios de carácter realmente no contencioso, en tanto que en otros atañe a asuntos que, por su naturaleza, son litigios civiles. Existe, evidentemente, un grupo de negocios pertenecientes al procedimiento no contencioso, que se encuentra en todas partes (podría calificársele de campo clásico de la jurisdicción no contenciosa, pero es un grupo más bien débil numéricamente). Nos atreveríamos a afirmar que son mucho más numerosos los asuntos que no se encuentran sino en ciertos sistemas y que en otros corresponden al proceso civil o a otras clases de procedimiento.

El catálogo de negocios pertenecientes al procedimiento no contencioso en los diversos sistemas jurídicos es tan largo, que su sola enumeración ocuparía demasiado lugar. Por ello, nos limitaremos a indicar algunas categorías solamente de esos negocios y a hacer observaciones generales.

2. Desde el punto de vista del derecho comparado, los negocios que corresponden al procedimiento no contencioso pueden dividirse en los siguientes grupos:

1º Negocios gratuitos por esencia, que en todos o en la mayoría de los países corresponden al procedimiento no contencioso (campo de aplicación clásico de la jurisdicción gratuita);

2º Negocios referentes al derecho familiar, al matrimonio y a las personas, cuyo carácter es diversamente apreciado y que en ciertos países son tramitados como proceso, mientras en otros se substancian según el procedimiento no contencioso;

3º Negocios de carácter litigioso que el legislador ha transferido al procedimiento no contencioso;

4º Negocios de derecho público;

5º Funciones del tribunal ligadas con la investigación o la conservación de pretensiones, que corresponden, en principio, al proceso civil y que, en ciertos países, son consideradas como actos de jurisdicción no contenciosa.

3. En el primer grupo se pueden clasificar los asuntos que se refieren a:

a. Tutela y curatela (designación y revocación de tutores y curadores, vigilancia de su actividad, autorización para realizar los actos más importantes, etcétera);

b. Consentimiento para realizar actos jurídicos (celebración del matrimonio por un menor, por un débil de espíritu, o mediante poder; ciertos actos realizados por personas que tienen restringida capacidad de ejercicio en cuanto a sus actos);

c. Adopción;

d. Declaración de ausencia o de fallecimiento y comprobación de éste;

e. Rectificación o anulación de documentos del estado civil;

f. Anulación de documentos al portador;

g. Recepción de una suma de dinero o de otra prestación en virtud de consignación judicial;

h. Inscripción en los registros hipotecarios;

i. Atención de los registros (de comercio, de cooperativas, de organizaciones económicas, etcétera), allí donde su funcionamiento se confíe a los tribunales.

4. En el segundo grupo se pueden clasificar:

a. Los negocios concernientes a interdicción, que, en general, corresponden en todas partes al procedimiento no contencioso; sin embargo, en ciertos países (Francia, Alemania, Bulgaria) son considerados como asuntos litigiosos y se tramitan como procesos; *

b. El divorcio por mutuo consentimiento (México); *

c. Los asuntos sobre pérdida o limitación de la patria potestad (Holanda, Polonia, Yugoslavia y otros países socialistas);

d. Los litigios entre cónyuges cuyo origen sea la diferencia de opiniones sobre los principales asuntos de la familia, educación de los hijos, etcétera (Polonia, Holanda, Yugoslavia);

5. En ciertos países, el legislador, dejándose guiar por consideraciones de oportunidad, prevé el procedimiento no contencioso para algunos asuntos con carácter de litigios patrimoniales. Esta solución se encuentra par-

ticularmente extendida en Alemania Occidental.³⁷ Y abarca los siguientes asuntos:

- a. Las cuestiones sobre alimentos (Holanda, México,^t Polonia desde 1945 a 1949);
- b. La liquidación de la copropiedad y los litigios entre copropietarios (Polonia, Yugoslavia);
- c. La partición de la herencia (Polonia);
- d. Los asuntos relativos a la propiedad de viviendas (Alemania);
- e. El deslinde de inmuebles (Yugoslavia, Polonia, México);
- f. Las cuestiones sobre restitución de bienes inmobiliarios confiscados durante la guerra (Alemania, Polonia desde 1945 a 1950);
- g. La revalorización de créditos (Alemania);
- h. Los asuntos relativos a arrendamientos a plazo (Alemania);
- i. Ciertos negocios referentes a sociedades, como la anulación de resoluciones de los órganos de la sociedad por acciones (Alemania, Holanda), el nombramiento de los miembros de los órganos de la sociedad (Alemania), o el de liquidador de una sociedad (Holanda).

Aunque estos asuntos se tramiten según el procedimiento no contencioso, la función del tribunal en dichos casos consiste en resolver un litigio. La sumisión de un asunto de tal tipo a la vía del procedimiento no contencioso puede obedecer a diversos motivos: al hecho de que este procedimiento sea más rápido y menos costoso, a que sea más cómodo gracias a sus formas más sencillas, etcétera. Parece, sin embargo, que el motivo decisivo es la diferencia entre los principios del procedimiento no contencioso y los del proceso, por lo menos allí donde esta diferencia exista. Gracias a la actividad del tribunal de oficio y a la posibilidad de englobar en el procedimiento a todos los interesados, el procedimiento no contencioso ofrece a los ojos del legislador mejores posibilidades y garantías de protección del interés público y de los derechohabientes.

Por esta razón, la doctrina y la jurisprudencia de ciertos países (la doctrina alemana en particular), sin perder de vista este carácter de los negocios y de las funciones del tribunal que los resuelva, separan, dentro del conjunto de las decisiones graciosas, las que el tribunal dicte en estas materias, y les atribuyen efectos que van más lejos (de los que hablaremos de nuevo en el capítulo relativo a las decisiones graciosas).

6. Entre los asuntos de derecho público encomendados a los tribunales y tramitados por éstos según el procedimiento no contencioso, se encuentran:

³⁷ Cfr. Bärman, *Echtes Streitverfahren in der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, en "Archiv für die zivilistische Praxis", 1955, pp. 373 y ss.

a. Los relativos a la fijación de la indemnización a pagar en caso de expropiación efectuada por los poderes públicos (Yugoeslavia);

b. Los referentes a la inscripción o a la eliminación de la lista de electores (Unión Soviética, Polonia, Francia —decreto de 2 de febrero de 1852—);

c. Ciertos autores incluyen también en este grupo el *exequatur* que se deba dar a las sentencias extranjeras (Holanda) o el reconocimiento de las sentencias extranjeras en materia de divorcio (Alemania). En otros países, el procedimiento de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras está considerado como un procedimiento *sui generis* (*processo di deliberazione*), que no es ni proceso ni procedimiento no contencioso (Italia, Polonia);

d. En este grupo conviene clasificar asimismo las quejas contra los notarios, a título de funcionarios públicos, en particular contra su negativa a realizar los actos de ellos solicitados (Alemania, Polonia).

7. Algunos sistemas consideran como decisiones graciosas no sólo las emitidas conforme a un procedimiento especial autónomo, cuando la ley prevea la intervención del tribunal en ciertas zonas de las relaciones civiles y familiares, sino también las pronunciadas en relación con un proceso en curso o que se va a intentar. Así, en los derechos francés, holandés y libanés se considera como decisión graciosa aquella en virtud de la cual el tribunal autoriza al demandante a citar a su adversario dentro de un breve plazo, así como las medidas conservativas: la autorización para proceder a un embargo preventivo, la designación de un depositario de bienes secuestrados para asegurar la conservación de los bienes litigiosos, etcétera. La jurisprudencia y la doctrina francesas no reconocen que la materia a que se refieren estas decisiones constituya materia "contenciosa por accesión", y las consideran como decisiones graciosas, de la misma manera que la designación de un perito (en el curso de un proceso).³⁸

Cosa distinta sucede en otros sistemas. En los derechos polaco, austriaco y alemán, una decisión emitida durante un proceso no es nunca considerada como graciosa y continúa sometida al procedimiento contencioso. Cuando se trata de ordenanzas asegurativas de la demanda, tanto acerca del requerimiento formulado al deducirse la instancia, como en el curso del proceso o inclusive antes de la introducción de la instancia, no se consideran tampoco decisiones graciosas. En algunos sistemas, el procedimiento para el aseguramiento de la demanda se ha convertido en un procedimiento distinto y *sui generis*, denominado conservativo. Este pro-

³⁸ Solus y Perrot, *ob. cit.*, p. 451.

cedimento no es proceso, ni tampoco procedimiento no contencioso, ni, en fin, procedimiento ejecutivo, aunque se ligue estrechamente a este último, puesto que está destinado a garantizar la futura ejecución. Se trata de figura que se encuentra en los límites del proceso y del procedimiento de ejecución. Como regla, está regulada por disposiciones especiales, y, subsidiariamente, las disposiciones sobre el proceso —no las relativas al procedimiento no contencioso— pueden ser aplicadas en esta materia. Además, en ciertos sistemas (como el polaco) el aseguramiento de pretensiones es posible no solamente en el proceso, sino también en el procedimiento contencioso (por ejemplo, la designación de un depositario del inmueble en copropiedad durante el procedimiento para la liquidación de la misma).

8. Algunas ponencias han señalado que también las decisiones en materia de quiebra pertenecerían a la jurisdicción no contenciosa (por ejemplo, la homologación del concordato en materia de quiebra en el derecho francés, o la decisión que declara la quiebra de una sociedad, en el holandés). Sin embargo, el procedimiento de quiebra es de tal forma específico, complejo y extendido, que, en general, no hay duda en nuestros días acerca de que constituye un procedimiento distinto *sui generis*.³⁹ Ciertos autores (Alcalá-Zamora, de acuerdo con el derecho mexicano y Blagojevic conforme al yugoeslavo),³⁹ estiman que el de quiebra es un procedimiento intermedio entre el contencioso y el no contencioso, puesto que contiene elementos de uno y otro. En cuanto a nosotros, estimamos que está más cerca del procedimiento ejecutivo, ya que tiene como finalidad la liquidación de los bienes del deudor para satisfacer a sus acreedores y cumple, por tanto, aunque en otra forma, los mismos propósitos que la ejecución.

Si se considera el procedimiento de quiebra como mixto, más bien se pueden encontrar en él elementos del procedimiento no contencioso y del de ejecución. En los desarrollos que consagramos al procedimiento no contencioso, no tomamos en consideración el procedimiento de quiebra.

9. Tampoco cabe reputar procedimiento no contencioso el de conciliación, siempre que esté prevista como procedimiento distinto o como una fase separada en el procedimiento antes o en el curso del proceso (en principio, facultativo, pero algunas veces —como en caso de divorcio— obligatorio).^v Todavía menos puede ser considerada como decisión no contenciosa la homologación de una transacción celebrada en el curso de un proceso. En la primera situación entra en juego un procedimiento distinto y en la segunda, un acto del tribunal en el curso del proceso, so-

³⁹ B. Blagojevic, *Les principes du droit processuel privé*, 1936, p. 167, citado en la ponencia de Pozinić.

metido a las disposiciones sobre procedimiento contencioso. El profesor Zilberstein escribe, con razón, que en este caso "el procedimiento, que comenzó siendo contencioso, concluye de la misma manera".

10. La precedente enumeración de asuntos pertenecientes al cuadro del procedimiento no contencioso, no es completa, ya que hemos elegido tan sólo las categorías más características y las que representan las excepciones más interesantes.

6. *Criterios del procedimiento no contencioso*

1. Son conocidas las numerosas dificultades que hay para encontrar criterios válidos que permitan separar el procedimiento contencioso y el no contencioso. Son tan grandes como las dificultades existentes para definir el procedimiento no contencioso. Las tentativas para fijar tales criterios han sido acometidas por la doctrina en vasta escala; pero por lo menos hasta ahora, no han desembocado en resultados positivos. La doctrina no encuentra a este respecto apoyo suficiente en el derecho positivo; al contrario: las dificultades derivan, justamente, de la tentativa de deducir de su reglamentación legal, la esencia y los criterios del procedimiento no contencioso.

El legislador no da, como regla, definición legal del procedimiento no contencioso ni determina de manera general sus propósitos o su objeto, y no ofrece, por consiguiente, base para establecer los criterios que permitan delimitar, a base de disposiciones legales, este procedimiento frente a otros. ^w

Existen, sin embargo, algunas excepciones al respecto, dos de las cuales se indican en las ponencias nacionales, a saber: en el derecho rumano, el artículo 331 del código procesal civil, y, en el francés, el artículo 2 de la ley de 15 de julio de 1944 sobre la cámara de consejo. Esas dos disposiciones muestran que el procedimiento no contencioso es tan sólo aplicable a las demandas que no comporten adversario, y, por consiguiente, a los negocios en que no media litigio. Aunque el criterio adoptado por el legislador sea claro en principio, en la práctica —como lo demuestran los dos ponentes—, surgen diversas dudas y dificultades en la aplicación de tales disposiciones.

2. En otros países, la carga de definir el procedimiento no contencioso y de delimitarlo ha sido dejada a la doctrina. Se conocen numerosas teorías construidas por la doctrina alemana ⁴⁰ y por la de otros países acerca de la esencia del procedimiento no contencioso, así como los criterios pro-

⁴⁰ Acerca de la yuxtaposición de estas teorías, cfr. Baur, *ob. cit.*, p. 27 c.

puestos; pero las tentativas para delimitar el procedimiento no contencioso según el criterio de la finalidad y del objeto, han sido vanas. No hay necesidad de reconsiderar dichas teorías. Los fines y el objeto de la jurisdicción voluntaria han sido, por otra parte, concebidos de diferentes maneras: lo que ciertos autores consideran como finalidad, otros la califican como objeto del procedimiento no contencioso. Se ha revelado vano también el empeño de buscar la diferencia en la distinción entre decisiones declarativas y constitutivas de un derecho, del mismo modo que la búsqueda de fines preventivos en el procedimiento no contencioso y de fines represivos en el proceso o, en fin, el contraste entre la protección del interés privado en el proceso y la del interés social o público en el procedimiento no contencioso.

La índole de la actividad de los tribunales en el procedimiento no contencioso, adoptada como criterio por la doctrina francesa, no es tampoco suficiente con carácter general, válido para todos los sistemas, puesto que implica el reconocimiento de que la jurisdicción graciosa funciona para realizar actividad de naturaleza administrativa. Ahora bien: la gran mayoría de la doctrina contemporánea de otros países —tanto occidentales como socialistas— no admite este punto de vista y es controvertido inclusive en Francia.

3. Otro criterio, enunciado hace tiempo, sostenido también por la doctrina contemporánea y adoptado a veces expresamente —como señalamos antes— por el legislador, es la ausencia de litigio y de adversario en el procedimiento no contencioso. Este criterio ha sido propuesto por algunos autores de ponencias nacionales, como los profesores Solus-Perrot, Zilberstein, Poznié, Funke y Eid. Son conocidos los argumentos en contra formulados a este respecto, los cuales debilitan sensiblemente el valor de tal criterio; pero no tienen todos el mismo peso. El hecho de que en el proceso se den también situaciones en que no hay litigio (sentencia contumacial, sentencia de expediente, etcétera) ² no es un argumento convincente. Que en un caso concreto no haya, a fin de cuentas, litigio y que recaiga sentencia contumacial o sentencia de expediente, ello obedece tan sólo a una situación de hecho, pero virtualmente el litigio existe: se está en presencia de pretensiones de una de las partes contra la otra, y si el demandado emprendiera su defensa habría un proceso normal.

Un argumento bastante más poderoso es el hecho de que el legislador haya sometido varios asuntos litigiosos a la jurisdicción no contenciosa. Este hecho excluye la posibilidad de aplicar el criterio "ni litigio, ni adversario" en diversos sistemas, como los de Alemania, Polonia, Holanda y Yugoslavia. Parece, sin embargo, que este criterio tiene valor real allí donde no se sometan al procedimiento no contencioso los asuntos litigiosos, como, según dijimos, sucede en Francia y Rumania. El criterio en

cuestión no tiene en dichos sistemas un valor meramente doctrinal, sino que es una directiva del legislador: una demanda graciosa no puede tramitarse conforme al procedimiento no contencioso, cuando aparezca que se dirige, en realidad, a resolver un litigio.

Los autores franceses que adoptan el criterio de la ausencia de litigio, destacan ellos mismos que su lado débil es que “la decisión graciosa contiene en germen todos los elementos de un contencioso” y “puede convertirse en generadora de un conflicto de interés” (auto que autoriza un secuestro, por ejemplo). Surge, sin embargo, la objeción de que incluso cuando en un caso concreto la decisión graciosa pueda constituir “el punto de partida de un verdadero procedimiento contencioso” (Solus-Perrot), ello se refiere, no obstante, al estado existente después de que la decisión haya sido emitida y no significa que el tribunal resuelva el litigio en el curso del procedimiento no contencioso en que tal decisión haya recaído. Parece, pues, que la objeción suscitada no puede quebrantar, de modo decisivo, el principio consecuentemente adoptado por el sistema francés, de que el procedimiento no contencioso se caracteriza por la falta de litigio.

4. En la doctrina contemporánea se realizan investigaciones de nuevos criterios acerca del procedimiento no contencioso. Conviene subrayar aquí la tentativa de clasificar los negocios contenciosos y no contenciosos a base del elemento disposición. Según la opinión de Cappelletti,⁴¹ la evolución se orienta en el sentido de que el procedimiento que engloba los asuntos relativos a derechos disponibles y que se dirigen contra otros sujetos, se opone el procedimiento concerniente a los asuntos en que el elemento dispositivo no aparece. Es una concepción interesante, que merece atención, tanto más cuanto que el autor la relaciona con el hecho de la “socialización” del derecho civil y con la limitación del dominio respecto de los derechos disponibles. Pero esta concepción tampoco brinda criterios infalibles y no se verifica en todas partes en la esfera legislativa, por lo menos *de lege lata*. Hay que advertir que por vía del proceso se tramitan también numerosos asuntos relativos a derechos personales de que las partes no disponen, sobre todo los que tienen como origen las relaciones de familia y de matrimonio (divorcio, anulación del matrimonio, desconocimiento de paternidad). Por otro lado, en el procedimiento no contencioso pueden entrar en juego asuntos en que se trate de derechos disponibles y que podrían ser resueltos mediante convención entre las partes (partición de la sucesión, liquidación de la copropiedad).

5. La imposibilidad de encontrar un criterio material ligado con la esencia de los asuntos substanciados mediante el procedimiento no contencio-

⁴¹ Cappelletti, *ob. cit.*, p. 5 del sobretiro, o sea la 277 de la revista.

so, lleva a muchos autores a la búsqueda de criterios formales, puramente procesales. Se subraya que el procedimiento no contencioso no puede iniciarse más que en virtud de requerimiento, mientras que el proceso se desarrolla como consecuencia de una citación; que en el procedimiento no contencioso el tribunal emite decisiones, mientras que en el proceso pronuncia sentencias; y en fin, que el procedimiento no contencioso no puede entrar en juego más que cuando las disposiciones especiales lo prevén.

Aunque en realidad estas diferencias se manifiestan, como regla, en la mayoría de los sistemas, no pueden sin embargo, constituir un criterio suficiente para delimitar el procedimiento no contencioso y no explican su esencia, además de que no son absolutas. Disposiciones especiales no existen sólo para los asuntos no contenciosos, sino también para ciertas categorías de asuntos no contenciosos, tramitados en vía procesal de acuerdo con formas diversas.⁴² El requerimiento abre no solamente el procedimiento no contencioso, sino que es aplicable también en el proceso (requerimiento para el aseguramiento de pruebas o de la demanda, exención de gastos judiciales). Cada requerimiento de este género abre el procedimiento sobre una materia concreta en el cuadro del proceso. La cuestión de saber si se trata de una decisión o de una sentencia es más bien un problema de técnica procesal, si es que no de terminología. La elección de la forma de las decisiones judiciales depende del legislador.⁴²

6. La dificultad que hay para encontrar un criterio acerca del procedimiento no contencioso y la heterogeneidad de éste, han determinado que numerosos autores renuncien a la búsqueda de una definición del mismo. La imposibilidad de dar una definición general es comprobada por dos autores de ponencias: Habscheid y Poznić.

Es necesario convenir en la imposibilidad de encontrar definiciones y criterios acerca del procedimiento no contencioso, que sean comunes y válidos para todos los sistemas. Pese a los elementos semejantes que aparecen en dichos sistemas, las diferencias son tan profundas y esenciales, que encontrar un denominador común a todas estas zonas heterogéneas del procedimiento no contencioso en el estado legislativo actual, es una tarea imposible de realizar. Si, como hemos visto, el establecimiento de una definición del procedimiento no contencioso encuentra obstáculos inclusive en el cuadro de un solo sistema, qué decir entonces de un conjunto de sistemas fuertemente diferenciados...

⁴² Tanto en la URSS, como en Checoslovaquia, todas las decisiones que pronuncian sobre el fondo, sea cual fuere el procedimiento, se emiten por el tribunal en forma de sentencia.

7. La noción de procedimiento no contencioso y de sus criterios es, claro está, la más estrechamente ligada con la concepción misma de este procedimiento en un determinado sistema de derecho judicial.

En los países occidentales entran en juego, por lo menos, dos concepciones fundamentales del procedimiento no contencioso, entre las cuales oscilan los diferentes sistemas. La primera concepción, que se realiza de la manera más completa en el sistema francés, plantea el principio de una vía única de protección de los derechos objetivos, a saber: el proceso, mientras que el procedimiento no contencioso se limitaría a las funciones de homologación, etcétera. De acuerdo con la segunda concepción, representada principalmente por el sistema alemán, el procedimiento no contencioso, regido por reglas distintas del proceso, está considerado como una vía diferente, paralela, por decirlo así, de la protección legal, a la que el legislador envía los asuntos de acuerdo con su capricho.

En los países socialistas, sería difícil asimismo encontrar una definición uniforme del procedimiento no contencioso, fundada en unos mismos criterios comunes. También en ellos se manifiestan diferencias esenciales causadas, en gran parte, según parece, por tradiciones de regulación legislativa, tal como eran anteriormente adoptadas en diferentes países. Un tipo está representado por el derecho yugoeslavo y por el polaco, donde junto a asuntos que entran bajo el dominio clásico de la jurisdicción graciosa, el procedimiento no contencioso se aplica también a asuntos de carácter contencioso. El segundo tipo está constituido por la URSS y Rumanía, en las que el procedimiento no contencioso sólo se aplica a la tramitación de asuntos no litigiosos. El tercer tipo, en fin, está representado por Checoslovaquia, donde existe un procedimiento judicial uniforme en materia civil, mientras que los asuntos no litigiosos por esencia son substanciados conforme a un procedimiento especial; en este procedimiento entran solamente en juego ciertas particularidades con relación al procedimiento general.

Pese a la heterogeneidad en cuanto a la concepción del procedimiento no contencioso, parece descubrirse en los países socialistas cierta evolución en cuanto a la misma. Como fundamento, tiene el proceso de uniformización de las reglas que rigen el proceso y el procedimiento no contencioso. En los dos procedimientos el tribunal está dotado de amplios poderes, trata de descubrir la verdad objetiva y de proteger el interés público; su campo de actividad *ex officio* es extenso, mientras que el principio dispositivo (entendido en la forma tradicional) se halla limitado, en particular cuando se trata de disponer de medios de prueba. Ello hace desaparecer en gran medida la necesidad para el legislador de apartarse de la vía procesal y de enviar los asuntos a la vía del procedimiento no contencioso. Permite, además, realizar en grado cada vez mayor un

procedimiento judicial uniforme en materia civil, en el cuadro del cual el de índole no contenciosa se convierte en un procedimiento especial, cuyas formas difieren del procedimiento general en la medida en que tal cosa se justifique por la especificidad de los negocios gratuitos y por la diferencia de las funciones que el tribunal llena en ellos. Esta evolución ha experimentado avances diversos según los países.

7. Particularidades del procedimiento no contencioso

Mientras que existen divergencias indudables entre los diferentes sistemas acerca de la extensión de la jurisdicción no contenciosa, no se manifiestan más que en grado relativamente poco elevado cuando se trata de las reglas y del modo de dicho procedimiento, es decir, de cuestiones puramente procesales: sistemas muy alejados unos de otros, incluso opuestos en otras cuestiones, son sensiblemente convergentes en este aspecto, y algunas diferencias se refieren más bien a detalles y no son de primer orden.

1. *Introducción de la instancia.* El procedimiento no contencioso comienza en todas partes por un requerimiento. La asignación (citación) no entra en juego en principio.⁴³ El requerimiento puede ser deducido por cualquier persona interesada. Sucede a veces que hay varias personas con derecho a deducir el requerimiento (allí, por ejemplo, donde la interdicción corresponda al procedimiento no contencioso, la ley indica, como regla, diversas personas que tienen derecho a demandarla).

El requerimiento puede deducirse también por el ministerio público. En los países socialistas, donde uno de los principios fundamentales del procedimiento civil es la vasta participación del ministerio público como representante del interés social y para defender los derechos de los ciudadanos, aquél puede, por regla general, hacer que se substancie cualquier asunto según el procedimiento no contencioso, de la misma manera que, en principio, cabe que actúe en cualquier asunto sometido a la vía procesal. A este respecto, los poderes del ministerio público en los países socialistas no muestran diferencias entre el proceso y el procedimiento no contencioso.⁴⁴ Pero también en los países no socialistas los poderes del ministerio público en el procedimiento no contencioso son vastos. En

⁴³ La ponencia francesa indica los casos en que en materia gratuita es necesaria una citación, a saber: cuando la ley exija que el procedimiento se dirija contra el ministerio público en cualidad de "contradictor legítimo"; cfr. también Solus y Perrot, *ob. cit.*, p. 453.

⁴⁴ Acerca del papel del ministerio público en el proceso civil polaco, cfr. J. Jodłowski, *Les principes fondamentaux de la procédure civile polonaise*, en "Revue Internationale de Droit Comparé", 1960, núm. 2, p. 376.

Francia, puede dirigirse al juez por vía de requerimiento en todos los casos en que una ley particular le reconoce este derecho, y la generalidad de la doctrina está de acuerdo en admitir que ese derecho le corresponde también al ministerio público, fuera de todo texto formal, siempre que el orden público esté en juego. En ello, el procedimiento no contencioso se distingue del contencioso, tanto en el sistema francés, como también en los otros sistemas occidentales. Excepcionalmente, en casos determinados por la ley, el requerimiento puede formularse asimismo por una organización social, un órgano de la administración pública e incluso un particular. Son casos más bien raros y se dan, sobre todo, en los países socialistas.

Ciertos sistemas (Austria, Alemania, Polonia, Yugoslavia) admiten la introducción *ex officio* de la instancia no contenciosa por el tribunal, pero únicamente en los casos indicados por la ley, poco numerosos y que, como regla, se refieren a asuntos relativos a la tutela (Polonia, Alemania, y, en medida más amplia, Yugoslavia). Los ponentes franceses muestran que de acuerdo con la reforma del procedimiento de 13 de octubre de 1965, en Francia el tribunal puede igualmente dictar de oficio ciertas decisiones graciosas, pero todos los casos que citan se refieren a resoluciones del tribunal en el curso de un proceso (cuando no pueda ser proseguido por ausencia de las partes, o bien las decisiones concernientes al depósito de ciertos documentos por las partes). Estos casos no se refieren, pues, a la materia puramente graciosa.

2. *Participantes en el procedimiento.* En este punto, aparecen diferencias esenciales entre el proceso y el procedimiento no contencioso. La cuestión de la participación en este procedimiento está regulada con mucha más elasticidad. Además del requirente, participantes son todos los interesados, es decir, las personas cuyos derechos puedan verse afectados por el resultado del procedimiento. Como regla, el tribunal debe convocarlos de oficio y pueden incorporarse al procedimiento y participar en él. El número de participantes no está fijado, y por tanto, puede haber uno solo o varios. En el sistema francés, el procedimiento no contencioso es unilateral; pero la ley del 15 de julio de 1944 reserva a los terceros, es decir, a las personas cuyos intereses pueden ser afectados por la medida solicitada, la facultad de intervenir.

En el procedimiento no contencioso, el principio de bilateralidad no es obligatorio. Pero, en realidad, esta observación no es válida más que en ciertos sistemas, donde se prescribe rigurosamente que el procedimiento no contencioso no será utilizado en caso de litigio. Sin embargo, también en ellos puede haber un adversario, por ejemplo: un tercero que se oponga a la promoción del asunto según dicho procedimiento. En la mayoría de los sistemas, aparece muy a menudo un adversario en este procedimiento:

es la persona que tiene intereses contrarios a los del requirente y que discute los derechos del mismo. Tal participante no es demandado, pero la práctica judicial (en Polonia, por ejemplo) lo califica a veces de "adversario al requerimiento".

La participación del ministerio público está ampliamente admitida. Como regla, dispone de mayores probabilidades para intervenir que cuando tiene que instar un proceso.⁴⁵ * En los países socialistas estos dos campos de la iniciativa del ministerio público son idénticos. En ciertos casos (interdicción, recuperación de un menor, por ejemplo), la participación del ministerio público es obligatoria y el tribunal debe oír su opinión antes de emitir su decisión. Los representantes de organizaciones sociales o de órganos administrativos pueden también, a título excepcional, participar en el procedimiento.

3. *Ausencia de contradicción.* En la mayoría de los sistemas, la regla en el procedimiento no contencioso consiste en que no es obligatorio el principio de contradicción, que caracteriza el proceso. Como regla, el tribunal examina los asuntos no contenciosos sin audiencia pública, o sea en cámara de consejo. La ausencia de debates contradictorios es, pues, característica del procedimiento no contencioso, pero no constituye regla absoluta. Así, en todas partes, si el tribunal lo considera oportuno, puede oír a los participantes en el procedimiento. En el derecho polaco, existen casos bastante numerosos en que el tribunal debe conocer en audiencia de asuntos no contenciosos. En el derecho soviético, la regla es que el tribunal substancia los asuntos según el procedimiento especial y con participación de todos los interesados.

4. *Papel de juez.* Uno de los elementos característicos del procedimiento no contencioso, que nos atrevemos a decir se encuentra en todas partes, es el papel preponderante del juez. Es, sin duda, el rasgo más esencial de cuantos se dan en todos los sistemas de procedimiento no contencioso. En gran medida, el juez actúa de oficio. No solamente da de oficio curso a la instancia y vigila el desarrollo regular del procedimiento, sino que debe intentar de oficio aclarar todas las circunstancias del asunto y todos los informes esenciales para la decisión a tomar acerca del requerimiento. En numerosos sistemas hay disposiciones expresas que prevén los derechos y deberes de los jueces a este respecto. El tribunal no está ligado por los hechos alegados por los participantes, sino que debe tener en cuenta todas las circunstancias esenciales de hechos para la decisión a tomar y recibir todas las pruebas que a ellos se refieran.

⁴⁵ Acerca de la intervención del ministerio público en el procedimiento no contencioso en Francia, cfr. Solus y Perrot, *ob. cit.*, p. 453.

En los países socialistas, esos poderes del tribunal no difieren de los que detenta en el proceso, porque el principio dominante del procedimiento judicial socialista es el descubrimiento de la verdad objetiva, y para lograrla, el juez está dotado, tanto en el proceso como el procedimiento no contencioso, de amplios poderes que son a la vez deberes.⁴⁶ En los países no socialistas, en cambio, los poderes del juez y su papel dominante en el procedimiento no contencioso representan una de las diferencias fundamentales con relación al procedimiento contencioso.

En su forma tradicional, el proceso civil de tipo liberal, con sus principios dominantes (acusatorio, dispositivo, de libre contradicción), se corresponde con los principios liberales del derecho civil (propiedad libre no restringida, libertad de las convenciones, libertad ilimitada para suceder). El procedimiento no contencioso, en cambio, fundado en el principio inquisitorio y en la acción de oficio, responde a la tendencia de los órganos del Estado a ingerirse en nombre del interés público, en el dominio de las relaciones de derecho civil y de familia, tendencia que, en un grado variable, cabe observar en numerosos países.

8. Decisiones no contenciosas (cuestiones escogidas)

1. *Fundamentos de la decisión no contenciosa.* En el procedimiento no contencioso, el juez dispone de un amplio poder de decisión en virtud de su libre apreciación. No quiere decir ello que el juez deba inspirarse únicamente en consideraciones de oportunidad y que no esté ligado por disposiciones legales. Al contrario, debe actuar siempre dentro de los límites de la ley. Incluso cuando la ley deja al juez la apreciación (del interés del menor, por ejemplo, como condición de la decisión relativa a la adopción), no se trata de una apreciación arbitraria, sino de una fundada en consideración a las circunstancias que entren en juego en los casos concretos. Es necesario, pues, que el juez establezca cuáles son esas circunstancias. Aun en el caso de que emita una decisión de homologación o de autorización, debe investigar si todas las condiciones que la ley exige han sido llenadas y si no se ha violado la ley; al actuar así, brinda una comprobación acerca de la regularidad de una situación jurídica,⁴⁷ de la que depende la facultad de aplicar una norma jurídica y de dictar la decisión prevista por la misma.

Al tomar una decisión en el procedimiento no contencioso, el juez aprecia, pues, si ha lugar a aplicar una norma determinada, igual que en el caso de la sentencia en el proceso. La situación es, al menos, la misma que en

⁴⁶ Cfr. Jodlowski, *ob. cit.*, en la nota 44, pp. 378 y ss.

⁴⁷ Compartimos la justa observación que a este propósito formula H. Roland, *ob. cit.*, p. 334.

todos los demás casos de solución de litigio en el proceso, cuando la apreciación de ciertas circunstancias, determinantes para la aplicación de una norma apropiada, se deja al juez: si ha lugar, por ejemplo, a establecer que existe causa grave de divorcio (en particular, cuando la ley no las enumera). Por ello, es difícil aceptar las opiniones de ciertos autores antiguos, según las cuales, en materia graciosa el juez resuelve *sine causa cognitione*, al contrario de lo que sucede en el proceso.⁴⁸ Es verdad que en la doctrina contemporánea estas opiniones no son acogidas, y nadie duda de que el principio de pronunciar *causa cognita* debe también ligar al juez en el procedimiento no contencioso.⁴⁹ Por esta razón, el juez debe fijar escrupulosamente el estado de los hechos. A este efecto, el derecho procesal lo dota, como hemos indicado ya, de amplios poderes. Merece la atención que en numerosos sistemas el juez, a instancia de un participante y a veces de oficio, está obligado a motivar la decisión no contenciosa, igual que motiva una sentencia. Ello confirma el hecho de que la decisión del juez no puede ser arbitraria, sino que debe estar justificada a la luz de los hechos probados y de las disposiciones de la ley.

2. *Autoridad de cosa juzgada.* a) A este respecto, aparecen diferencias sensibles entre los diversos sistemas. En aquéllos en que se oponen estrictamente el proceso y el procedimiento no contencioso, la doctrina y la jurisprudencia niegan autoridad de cosa juzgada a las decisiones no contenciosas (Francia, Holanda, Rumania, México, Líbano). Este punto de vista es una consecuencia de la tesis de la ausencia de litigio en el procedimiento no contencioso: se rechaza la facultad de que adquiera autoridad de cosa juzgada una decisión emitida en un procedimiento en que no se juzga un litigio y donde, por consiguiente, no hay "cosa juzgada". Hay que mencionar, sin embargo, que en la doctrina francesa este punto de vista, aunque dominante,⁵⁰ no es general. Ciertos autores se inclinan a creer que no hay incompatibilidad entre la autoridad de cosa juzgada y las decisiones graciosas (Hébraud⁵¹ y, entre los autores más antiguos, André Weiss),⁵² o, por lo menos, adoptan este punto de vista en cuanto al sector de decisiones graciosas que tienen carácter de actos jurisdiccionales (Rolland).⁵³

⁴⁸ Cfr. Solus y Perrot, *ob. cit.*, p. 455.

⁴⁹ Cfr. Normand, *op. cit.*, pp. 7-8.

⁵⁰ Cfr. Solus y Perrot, *ob. cit.*, p. 447; Cuche y Vincent, *ob. cit.*, núm. 77; Cornu y Foyer, *ob. cit.*, p. 98; L. Mazeaud, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit*, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1929, p. 47; Motulsky, *ob. cit.*, p. 26.

⁵¹ Hébraud, *ob. cit.*, § I-f.

⁵² A. Weiss, *Manuel de Droit International Privé*, 9a. ed. (Paris, 1925), p. 686.

⁵³ Roland, *ob. cit.*, pp. 339 y ss.

En la doctrina alemana, se encuentran opiniones variadas. Unos (Lent)⁵⁴ niegan autoridad de cosa juzgada (material, *Rechtskraft*) a las decisiones graciosas, mientras que otros se las reconocen sin reserva (Sieger).⁵⁵ En fin, una tercera corriente, representada por Baur,⁵⁶ Habscheid⁵⁷ y otros, divide las decisiones emitidas en procedimiento gracioso en aquellas que resuelven un litigio jurídico y aquellas que tienen realmente carácter no contencioso. A las primeras se les reconoce autoridad de cosa juzgada, en atención a la necesidad de regular definitivamente una determinada relación jurídica.

En la doctrina yugoslava, como indica Pocznić, se atribuye dicha autoridad a todas las decisiones no contenciosas. En Polonia, la doctrina la asigna a las decisiones positivas solamente, y ello en razón del artículo 523 del código procesal civil, cuando prevé que las decisiones sobre el fondo del asunto no pueden ser modificadas ni derogadas, a menos que una disposición especial establezca otra cosa. En cambio, las decisiones que rechazan el requerimiento pueden ser modificadas por el tribunal cuando las circunstancias varíen. En la literatura procesal soviética, tras una cierta divergencia de opiniones a este respecto, se admite también que las decisiones emitidas en procedimiento especial adquieren autoridad de cosa juzgada.⁵⁸

Es evidente que las opiniones a este respecto están estrechamente ligadas con los pareceres acerca de la naturaleza misma del procedimiento no contencioso, funciones del tribunal en el mismo y diferencias entre él y el proceso.

b) Todavía hay que suscitar aquí una cuestión. Aun los que niegan autoridad de cosa juzgada a las decisiones no contenciosas, reconocen, sin embargo, que el juez queda ligado por su decisión, que no puede modificarla si las circunstancias no vinieran a modificarse y que en este campo también es obligatorio el principio *ne bis in idem*.⁵⁹ Incluso en los sistemas en que se admite, en principio, que el juez no queda ligado por su decisión (Francia, Líbano, Rumania) y que la parte puede pretender una modificación de ésta, se reconoce que ello no puede producirse sino en el caso de que las circunstancias cambien.

⁵⁴ F. Lent, *Freiwillige Gerichtsbarkeit: Ein Studienbuch* (München, Berlin, 1951), § 18 IV.

⁵⁵ Sieger, en "Zeitschrift für deutschen Zivilprozess", tomo 54, p. 440.

⁵⁶ Baur, *ob. cit.*, p. 267.

⁵⁷ W. Habscheid, en Lent y Habsscheid, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 4a. ed., 1962, pp. 166 y ss.

⁵⁸ Mielnikow, *ob. cit.*, pp. 118 y ss.

⁵⁹ Lent, *ob. cit.*, § 18 VI; cfr. Lent y Habsscheid, *ob. cit.*, pp. 169 y ss.

Parece que este modo de ver debilita sensiblemente la opinión que niega autoridad de cosa juzgada a las decisiones en cuestión, si es que no hay en ello una contradicción. Ciertos autores alemanes establecen, a decir verdad, una diferencia sutil entre "lazo" (*Bindung*) y autoridad de cosa juzgada (*materielle Rechtskraft*), pero si la primera debe significar, como indica Baur,⁶⁰ que no solamente el tribunal que pronunció la decisión, sino los demás tribunales y órganos quedan ligados por ella, ¿en qué se diferencia esto de la autoridad de cosa juzgada? El hecho de que el tribunal competente y los demás tribunales y órganos queden obligados por una decisión con fuerza de cosa juzgada, es uno de los efectos sustanciales de la autoridad de cosa juzgada. Puesto que ni el tribunal ni nadie puede decidir en forma distinta, ello quiere decir que el participante en el procedimiento no puede actuar eficazmente para pedir una modificación de la decisión. La situación es, pues, la misma que para una sentencia: la función negativa de la autoridad de cosa juzgada consiste, justamente, en la inadmisibilidad de un replanteamiento del asunto.

Es verdad, en efecto, que el tribunal puede conocer de nuevo del asunto cuando las circunstancias de hecho hayan cambiado; pero esa posibilidad se da también, en cierta medida, cuando se trata de sentencias. El tribunal puede examinar un asunto litigioso y emitir una sentencia diferente de la precedente, siempre que las circunstancias determinantes de la facultad de conceder la asistencia jurídica y de dar curso a la demanda lleguen a modificarse. Así, la autoridad de cosa juzgada de la sentencia que rechaza una demanda prematura, no impide acoger más tarde una pretensión que se ha vuelto exigible entretanto; el tribunal puede modificar el monto de los alimentos concedidos, en la medida en que cambie la situación de fortuna de las partes, y a base de hechos nuevos se puede pedir el divorcio, a pesar de la existencia de una sentencia que rechazó una demanda anterior al efecto, etcétera.

3. *Vías de recurso.* En todos los sistemas en cuestión las decisiones no contenciosas son susceptibles de vías de recurso. Esta afirmación es tanto más interesante cuanto que, primeramente, prueba que, pese a todas las diferencias concernientes al carácter de las decisiones en materia no contenciosa, están sometidas al régimen general de las decisiones judiciales y, en segundo lugar, que el carácter no litigioso de las decisiones no contenciosas no se ha conservado en ninguna parte bajo su forma pura. Las vías de recurso, trátese de la apelación o de la reclamación, presuponen la existencia de un litigio entre los participantes en el procedimiento, y el procedimiento ante un tribunal de segunda instancia tiene todos los rasgos característicos

⁶⁰ Baur, *ob. cit.*, p. 267.

del procedimiento contencioso, siempre que uno de los participantes defiende la decisión recaída en primera instancia y el otro la ataque. Acaso por esta razón, la doctrina y la jurisprudencia francesas cerraron durante largo tiempo las vías de recurso a las decisiones no contenciosas. Poco a poco, sin embargo, la jurisprudencia comenzó a sufrir una evolución, admitiendo en ciertos casos la apelación y la oposición de terceros. Esta evolución ha sido respaldada por la ley de 15 de julio de 1944, a tenor de la cual, la apelación podrá interponerse en todas las materias, inclusive las gratuitas.

En los países socialistas, donde las decisiones no contenciosas están consideradas como de naturaleza judicial, no hay duda de que son susceptibles de las vías de recurso, a saber: los mismos previstos frente a las sentencias (revisión).

En los países donde existen dos instancias de fondo, se admiten otros recursos (casación o revisión) ante la Corte Suprema (Austria, Alemania, Holanda). En los países socialistas donde el sistema de dos instancias ha sido adoptado, la comprobación de las decisiones (sentencias) con fuerza de cosa juzgada se hace mediante el "recurso de control" (o "revisión extraordinaria") que el Procurador General y otros órganos públicos determinados pueden dirigir a la Corte Suprema. Este control es posible también en lo que se refiere a las decisiones gratuitas que pronuncien sobre el fondo.

4. *Requerimiento civil.* Allí donde se niegue la autoridad de cosa juzgada a las decisiones no contenciosas, no se admite, como regla general, el requerimiento civil. Está excluido expresamente por el código holandés de procedimiento civil, con excepción —cosa curiosa— de las decisiones relativas a la adopción, respecto de las que es admisible dicho medio. El motivo probable de tal exclusión es la posibilidad de un nuevo requerimiento y de una modificación de la decisión por el tribunal, que haría inútil el requerimiento civil. Pero puesto que la modificación de la decisión por el tribunal no puede tener lugar más que cuando las circunstancias hayan cambiado, no parece que esta posibilidad constituya un remedio a cualquier situación, y que excluya absolutamente el requerimiento civil. En los países socialistas (Polonia, Yugoslavia) se admite expresamente el requerimiento civil en materia no contenciosa, y ello obedece, sin duda, a la atribución de autoridad de cosa juzgada a tales decisiones.

5. *Protección de los derechos de terceros.* En principio, esta protección se garantiza en todas partes, aunque en forma diferente. En Francia, la oposición de terceros en materia gratuita es admitida desde hace mucho tiempo por la jurisprudencia, y en ciertos casos también por disposiciones

legales más recientes.⁶¹ En Holanda, no se admite la oposición de terceros en esta materia. En Polonia, un tercero que no haya participado en el procedimiento no contencioso, podía, hasta 1964, promover un proceso para la reparación de daños causados por la violación de sus derechos mediante una decisión no contenciosa (para abolir la decisión misma). Actualmente, un tercero puede pedir que la decisión emitida sin su participación y en violación de sus derechos sea abolida.

Jerzy JODLOWSKI,
Profesor de la Universidad
de Varsovia.

Traducción de Modesto SEARA VÁZQUEZ
y Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO.

ACOTACIONES A LA PONENCIA DEL PROFESOR JODLOWSKI

A) Texto.

* Por afán de fidelidad hacia el original, hemos traducido literalmente la denominación francesa *chambre de conseil* (con la que coincide la italiana *camera di consiglio*: véase nota 1), aun cuando por lo menos a tenor de la actual terminología judicial de España y de México (no así en la de Argentina, por ejemplo, con sus *cámaras* y sus *camaristas*) habría resultado preferible hablar de *sala de deliberación*, en contraste con la *sola de audiencia* (cfr., verbigracia, los artículos 78 y 90 de la hoy en suspenso ley española del jurado de 1888 o los 370 y 377 del código procesal penal de 1931 para el Distrito Federal).

^b Si bien en los países de nuestra lengua predomina de modo abrumador, en textos legales y en doctrina, la rúbrica *jurisdicción voluntaria*, como quiera que Jodlowski, por influjo francés, se vale casi siempre del nombre *jurisdicción graciosa*, a él nos hemos atendido en la traducción de su ponencia, con tanto más motivo cuanto que la sinonimia de ambas denominaciones es conocida de todos.

^c ¿Cómo trasladar al castellano el término francés *requête*, que es el constantemente utilizado por el autor y que tiene en su nación de origen diferentes acepciones jurídicas (pensemos en la *requête civile*, vinculada con la casación —cfr. arts. 480-504 del *code de procédure civile* de 1806—, o en los *maîtres des requêtes* del Consejo de Estado)? Creemos que por *requerimiento* o por *solicitud*. Acerca de este último vocablo como peculiar de la materia examinada en la ponencia general, cfr. Alcalá-Zamora, *Orientaciones para una reforma del enjuiciamiento civil cubano* (primero en la "Revista del Colegio de Abogados de La Habana", enero

⁶¹ La ley de 1º de marzo de 1963 sobre adopción ha admitido la oposición de tercero por parte de los parientes consanguíneos contra la sentencia que pronuncie sobre legitimación adoptiva, dentro del plazo de un año y con ciertas restricciones: cfr. J. Flour, *L'adoption*, ponencia ante las VI Jornadas Jurídicas Franco-Polacas (Warszawa-Wroclaw, 1966), p. 11.

a julio de 1942, y luego en nuestros "Ensayos de Derecho Procesal" —Buenos Aires, 1944; pp. 95-138—, p. 128; Idem, *Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria* (en "Studi in onore di Redenti", vol. 1 —Milano, 1951—, pp. 1-55; en "Revista de Derecho Procesal" argentina, 1949, I, pp. 287-336, o en "Jus" de México, octubre de 1948, pp. 329-92), núms. 9 y 41. En todo caso, no era posible traducirlo como *demanda*, concepto indisolublemente unido al *proceso* (*contencioso*), al cual se contraponen en el ensayo de Jodlowaki, *passim*, el *procedimiento* (*no contencioso*).

^d Sin entrar a objetar la denominación *procedimiento civil no contencioso*, bueno será tener en cuenta que el concepto de jurisdicción voluntaria acaso no se circunscribe al campo de las relaciones civiles y de sus colaterales las mercantiles, sino que, según autores de la talla de Calamandrei, Cappelletti, Carnelutti, Oetker, etcétera, podría extenderse a otras zonas jurídicas, como la constitucional, la penal, la administrativa, etcétera. (cfr. Alcalá-Zamora, *Premisas*, cit., núm. 33; Idem, *Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria*, en este "Boletín", 1962, pp. 521-96, núms. 3 y 125; Cappelletti, información citada por Jodlowski en la nota 5 de su ponencia).

^e O por no haberme expresado con suficiente claridad en mi ponencia sobre el derecho mexicano, o porque Jodlowski no me haya entendido bien, el hecho es que el pasaje suyo que ahora acoto no refleja con exactitud mi opinión, puesto que no sólo no he negado, jamás el *carácter procedimental* de la actividad desenvuelta en el cuadro de la jurisdicción voluntaria (cosa que, además, no creo que nadie discuta), sino que con insistencia quizás digna de mejor causa lo he proclamado una y otra vez (cfr., verbigracia, *Proceso, procedimiento, enjuiciamiento*, en "Estudios de Derecho Procesal" —Madrid, 1934; pp. 461-75—, pp. 473-5; *Orientaciones reforma enjuiciamiento cubano*, cit., pp. 126-8; *Premisas*, cit., núms. 8 y 38; *Examen crítico del código de procedimientos civiles de Chihuahua (Comparado con el del Distrito y Territorios Federales)* (Chihuahua, 1959), p. 183; *Síntesis del derecho procesal* (México, 1966), pp. 139-44. A lo que me refería en realidad era a que en los temarios para los Congresos Internacionales de Derecho Comparado se siga, *erre que erre*, hablando de *Procedimiento*, en vez de hacerlo de *Derecho Procesal* (denominador de mayor categoría científica que aquél, como estoy seguro que aceptará Jodlowski) y a que en lugar de destinar a nuestra disciplina una *sección* aparte, se la reduzca a una *pregunta* dentro de la de Derecho Civil (como si una materia de derecho *público* pudiese incluirse dentro de una de derecho *privado*) y a otra en la de Derecho Penal: cfr. nuestra ponencia *El procedimiento civil no contencioso en México* (en el volumen "Comunicaciones Mexicanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado" (Upsala, 1966) —México, 1966; pp. 35-57—, núms. 1-2).

^f La obra de Solus y de Perrot ha sido objeto de dos detenidos análisis en México, a saber: el de Ignacio Medina, *El derecho judicial privado, según Solus y Perrot* (en la "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 48, enero-marzo de 1963, pp. 105-36), y el nuestro (reseña bibliográfica en este "Boletín", 1963, pp. 678-87); sin contar con la traducción del comentario de Rudolf Bruns (*Rechtsvergleichende Bemerkungen zu neuen Lehrsystemen des Zivilprozessrechts*, en "Juristenzeitung", 1964, pp. 542-6), *Observaciones jurídico-comparativas acerca de nuevos sistemas en la enseñanza del derecho procesal civil* (en este "Boletín", 1964, pp. 609-20, seguidas de unas *Aclaraciones y complementos al artículo del*

profesor Bruns —pp. 620-6—, redactadas por nosotros), donde se presta atención especial al libro en cuestión.

§ *Rectius*: en todas las entidades federativas, aunque, eso sí, con mayor o menor amplitud y no pocas divergencias sistemáticas y de contenido: cfr. nuestra citada ponencia, núms. 22-24, correspondientes al epígrafe G: *Variantes en los códigos estatales y en el federal*.

¶ Pero en México quedan fuera de los códigos procesales civiles algunos procedimientos de jurisdicción voluntaria: cfr. Briseño Sierra, *El reingreso de la jurisdicción voluntaria en la vía administrativa*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", cit., 1962 (pp. 43-66), pp. 58-60, y Fix Zamudio, *Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria en el derecho mexicano* (ponencia para el Congreso de Venecia de 1962), en rev. cit., 1962 (pp. 89-106), pp. 93-8, mencionados ambos artículos por nosotros en la ponencia susodicha, nota 51.

‡ Hemos traducido "*affaires*" unas veces por *asuntos* y otras por *negocios*, máxime habida cuenta de los nexos de este segundo vocablo con la jurisdicción voluntaria, según revelan: a) la ley de enjuiciamiento civil española de 1881, cuando en la segunda parte de su libro III habla "De los actos de jurisdicción voluntaria en *negocios* de comercio"; b) las leyes austriaca (*supra*, nota 15) y alemana sobre la materia, al incluir en sus títulos el término *Angelegenheiten*; y c) Carnelutti, cuando considera el *affare* como presupuesto de la jurisdicción voluntaria y como sinónimo de *negocio*: cfr. Alcalá-Zamora, *Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso* (en "Revista de Derecho Procesal" argentina, 1952, I, pp. 212-77), p. 234, nota 108, en relación con las *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 3a. ed., vol. I (Roma, 1942), p. 20.

§ Acaso por las mismas razones expuestas al comienzo de la nota e, tampoco aquí nuestro pensamiento ha sido reflejado con exactitud, ya que es indudable la pluralidad de procedimientos no contenciosos en México. En el lugar a que alude Jodlowski, lo que decíamos era que "aun cuando como aspiración de *lege ferenda* deba tenderse a habilitar un procedimiento *genérico* voluntario sumamente elástico, que permita arrojar por la borda la mayor cifra posible de los de alcance *específico*, ese resultado no se ha conseguido aún y no conocemos un solo ordenamiento positivo que cuente con tramitación única para los distintos *negocios* o *expedientes* de jurisdicción voluntaria" (ponencia cit., núm. 6).

¶ Sin embargo, tanto la ley de enjuiciamiento civil española, en su artículo 1811, como a ejemplo suyo diversos códigos mexicanos, y a su cabeza el del Distrito Federal, suministran una noción, más o menos exacta, de lo que entienden por jurisdicción voluntaria: "Se considerarán actos [léase, procedimientos] de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna [litigiosa, se sobreentiende] entre partes conocidas y determinadas." Y casi en los mismos términos se expresa el artículo 893 cód. proc. civ. D. F.

‡ Sentimos discrepar aquí radicalmente de Jodlowski. No sólo la tesis administrativa no ha sido eliminada en Italia, sino que en el conjunto del derecho continental europeo occidental sigue predominando de manera indiscutible. En el primer sentido, bastaría recordar, entre otros, dos fundamentales trabajos de Allorio: a) *Saggio polemico sulla 'giurisdizione' volontaria* (en "Rivista Trimestrale di Diritto e Pro-

cedura Civile", 1948, pp. 487-529; reseña nuestra en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", núm. 43, julio-septiembre de 1949, pp. 191-2), y b) *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato* (en "Rivista di Diritto Civile", enero-febrero de 1957, pp. 1-67, y en "Scritti Giuridici in Memoria di Piero Calamandrei", vol. III —Padova, 1958—, pp. 1-82). En el segundo, a título de ejemplo, véase la lista de pareceres administrativistas que recogemos en la nota 168 de *Premisas*, cit., aun distando muchísimo de ser exhaustiva. Tampoco creemos que se pueda atribuir demasiada importancia a la postura en este punto de los países comunistas, no, dicho se está, por motivos políticos, sino porque empezando por la Unión Soviética, que se vale de denominación tan imprecisa, como "procedimiento especial" (existentes asimismo en los dominios de la jurisdicción contenciosa, y en algunas naciones, cual las iberoamericanas, en crecido número), son varios los Estados de ese signo donde será difícil encontrar una doctrina de cierta consistencia científica acerca de la (seudo) jurisdicción voluntaria: véase, verbigracia, Gurvich, *Lineamenti fondamentali dei procedimenti speciali nel diritto processuale sovietico* (ponencia para el Congreso de Venecia; *supra*, nota 2), y acerca de ella, nuestra síntesis en *Eficacia providencias*, cit., núms. 48-54 (cfr. "Boletín", 1962, pp. 550-3).

^m Esa tercera posición, a que parece propender Fazzalari (nota 31; véase —puntualizamos— pp. 7, 42, 164-5, 169-70, 175, 181, 187-8 y 196), había sido sugerida antes por mí en *Premisas*, cit., núm. 39 y nota 171.

ⁿ Muy probablemente bajo los efectos de una concepción organicista de la jurisdicción, propiéndose en este pasaje a confundir *actividad judicial* y *actividad jurisdiccional*, con olvido: a) de que no toda la actividad de los juzgados y tribunales es de índole jurisdicente, sino que sectores muy importantes de ella son administrativos, y b) de que no siempre la jurisdicción se ejerce por órganos del poder, función o servicio judicial (cfr. Alcalá-Zamora, *Derecho procesal penal* —en colaboración con Levene—, tomo I, —Buenos Aires, 1945—, pp. 185-9). De atenernos al criterio organicista, resultaría, por ejemplo, que la celebración del matrimonio civil sería acto jurisdiccional en España, por autorizarlo en ella el juez municipal, y administrativo en Francia, donde se celebra ante el alcalde. Además, so pena de desnaturalizarla en absoluto, no vemos conforme a qué pauta quepa descubrir la existencia de jurisdicción en procedimientos como las subastas voluntarias judiciales de varios códigos hispanoamericanos (España, Ecuador, verbigracia) o el deslinde en tanto no surja oposición a su práctica, y sea cual fuere la causa a que obedezca (destrucción de las lindes o de los mojones por obra de la naturaleza —inundación, terremoto, etcétera— o del hombre). Precisamente a propósito del mismo, Jodlowski destaca el papel preponderante del agrimensur (cfr. *sub* núm. 4, 2 *in fine*), a quien, sin embargo, será punto menos que imposible reconocer cualidades de órgano jurisdiccional (cfr. arts. 935-6 cód. proc. civ. D. F.) ni judicial y sí únicamente, cuando coopere con el juez, la de un auxiliar (ocasional o circunstancial y no permanente) de la administración de justicia o, a lo sumo, la de un avenidor (*infra*, nota v).

^ñ Harto discutible resulta que "en todas partes" sean los tribunales quienes conozcan del procedimiento no contencioso. Baste pensar, en México, en las dos modalidades de divorcio consensual, determinante la una de un procedimiento judicial (arts. 674-82 cód. proc. civ. D. F.) y la otra de uno administrativo (art. 272 cód. civ.), sin que el hecho de que en aquél haya hijos menores o de que los cónyuges no tengan 21 años, destruya su unidad esencial ni la identidad de efectos en cuanto a la disolución del matrimonio. Huelga decir que tampoco la mera función judicial homologadora impri-

me naturaleza jurisdiccional a la singularísima especie estudiada por Couture en *El divorcio por voluntad de la mujer: Su régimen procesal* (Montevideo, 1931).

° En México, la jurisdicción voluntaria corresponde en primera instancia a jueces únicos (los ordinarios o el pupilar: cfr. arts. 897 y 901 cód. proc. civ. D. F.), y sólo en apelación a juzgador colegiado (cfr. art. 899, en relación con el 715, cód. cit.).

¶ De acuerdo con el artículo 68 cód. proc. civ. D. F., los notarios pueden desempeñar funciones de secretario judicial en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, y, en principio al menos, tramitan la testamentaria, extrajudicial (cfr. arts. 872-6 cód. cit.), aun cuando, en rigor, el protagonista de ella lo es el albacea.

ª Véase *supra*, nota ñ.

† En México, los artículos 904 y 905 cód. proc. civ. D. F. hablan a este propósito de “juicio”, vocablo que se reputa, en general, sinónimo de proceso contencioso. Téngase en cuenta que dichos artículos han sido declarados inconstitucionales, como violatorios de esenciales garantías de defensa, por acuerdo plenario de la Suprema Corte de Justicia al fallar el amparo en revisión 6506/62, el 11 de octubre de 1966.

ª Véase *supra*, nota ñ.

‡ Por respeto al texto del autor mantenemos la mención de “México” que en él figura; pero en el código procesal civil del Distrito, las cuestiones sobre alimentos no aparecen en el título xv sobre jurisdicción voluntaria, sino en estos otros tres lugares: a) con carácter prejudicial (léase, pre-procesal), en el artículo 217, relativo a la separación o depósito de mujer casada; b) como juicio sumario (art. 430, frac. II, según la reforma de 30 de diciembre de 1966), y c) con ocasión del divorcio consensual (art. 675).

‡ Perteneciente a la clase de los *juicios universales*, dentro de las legislaciones hispánicas, hasta el punto de que Salgado de Somoza, el padre del derecho concursario, lo define como “. . . iudicium universale, quasi divisorium patrimonii debitoris communis. . .” (*Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, parte I, capítulo I, núm. 28 —Valladolid, 1646; ed utilizada, Lugduni, 1665—).

∇ Acerca de la índole de la *conciliación*, que, a nuestro entender, sí es un procedimiento de jurisdicción voluntaria, véase lo que decimos en *Premisas*, cit., núm. 23. En el código procesal civil del Distrito, dicha figura aparece sumamente borrosa, bajo el nombre de “*composición amigable*” —a no confundir con la “*amigable composición*” o arbitraje de equidad del artículo 628—, en el artículo 20, fracción vi, del título sobre justicia de paz, y con mayor relieve, en orden al divorcio consensual (arts. 675 y 676; véase también el 679, así como el 279 y 280 del código civil) y, singularmente, en el ámbito laboral (arts. 500-10 de la ley federal del trabajo de 1931).

∞ Véase *supra*, nota k.

* Así en el original: “*jugement d'expédient*”. Por tal se entiende en Francia el recaído en un juicio convenido entre las partes, a fin de consagrar sus derechos respectivos con autoridad de cosa juzgada: cfr. Solus y Perrot, *ob. cit.*, tomo I, núm. 490, pp. 451-2.

³ Muy numerosas y variadas precisamente en los códigos hispanoamericanos, hasta el punto de que Becerra dijo que la ley de enjuiciamiento civil española vigente es una especie de Arca de Noé donde se hubiesen refugiado ejemplares de los más diversos juicios (cfr. *Caratteri generali del processo civile in Ispagna*, en "Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento" —Padova, 1927; pp. 1-21—, p. 19). La doctrina española se ha alzado una y otra vez contra esa plaga: cfr. Alcalá-Zamora, *La reforma del enjuiciamiento civil español y el mundo procesal hispanoamericano*, en "Revista de Derecho Procesal" española, octubre-diciembre de 1966 (pp. 27-46), notas 14 y 46 (pp. 31 y 41-2).

⁴ Sobre intervención del ministerio público en negocios de jurisdicción voluntaria, véanse los artículos 895 (que sienta la regla), 902, 903, 910, 912, 916, 920, 925, 927 y 938 (como aplicaciones específicas) cód. proc. civ. D. F.

⁵ *Requête civile* ha de entenderse aquí como sinónima de casación: véase *supra*. nota c.

B NOTAS.

^a Las pruebas de imprenta han sido corregidas por los colaboradores en dos ocasiones, 1962 y 1965, pero sin que hasta la fecha (julio de 1967) haya aparecido el volumen.

^b Acerca de dicho texto, véase Stigel, *Grundsätze der österr. Zivilgerichtsverfassung und des Verfahren aussser Streitsachen* (Wien, 1951).

^c Véase también la comunicación de Gurvich citada en la nota 1 de nuestras acotaciones al texto.

^d En el trabajo de Brulliard, se me incluye entre los autores italianos: cfr. *ob. cit.*, p. 21.

^e Añadamos, del propio Jodlowski, *La procédure non contentieuse dans le système du droit judiciaire de la République Populaire de Pologne*, sobretiro (pp. 119-49), suponemos (ya que carece de cubierta y no indica tampoco el lugar ni el año de edición —aunque éste se desprende que es 1966—), del volumen recopilativo de las ponencias nacionales polacas para el Congreso de Upsala.