

2ej
No. 498



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**JURISDICCION VOLUNTARIA EN MATERIA
FAMILIAR**

TESIS PROFESIONAL

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE;
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

EDNA MARTA SAN JUAN VALENZUELA

México, D. F.

1984



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

	Pág.
I N T R O D U C C I O N	I
CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTORICOS	
1. Roma	1
2. España	12
3. México	17
CAPITULO II. CONCEPTO	
1. Jurisdicción voluntaria	23
2. Jurisdicción contenciosa	27
3. Diferenciación entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa. Aspecto doctrinario.	29
4. Principios que rigen a la jurisdicción voluntaria en nuestro Derecho Positivo.	42
CAPITULO III. ADOPCION	
1. Concepto	49
2. Partes que intervienen	52
3. Procedimiento	55
4. Revocación voluntaria de la adopción	59
CAPITULO IV. TUTELA	
1. Concepto	62
2. Declaración del estado de minoridad o de incapacidad por demencia	69
3. Nombramiento de tutores	74
4. Discernimiento del cargo de tutor	80
5. Nombramiento de curadores	82
CAPITULO V. AUTORIZACIONES JUDICIALES	
1. Las que soliciten los emancipados	86
2. Para vender y gravar bienes, y transigir sobre derechos de menores, incapacitados y ausentes	87

	Pág.
a)Reglas especiales para los que ejercen la patria potestad	87
b)Reglas especiales para los tutores	89
3.Disposiciones relativas a otros actos de Jurisdicción Voluntaria	91
CAPITULO VI. JURISPRUDENCIA	101
CONCLUSIONES	105
BIBLIOGRAFIA GENERAL	108

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

El motivo principal que me impulsó a escoger el tema del presente trabajo, está encaminado a despertar el interés por la problemática de la Jurisdicción Voluntaria, figura jurídica que hoy día tiene múltiples aspectos que -
tratar.

La trayectoria histórica de esta figura jurídica, así como su carácter de permanente actualidad, es lo que ha permitido encontrar diversidad de opiniones acerca de -
ella.

Se tomaron en cuenta tres aspectos de la jurisdic-
ción voluntaria: histórico, doctrinario y práctico, dándole mayor importancia a este último, debido a las dificultades que existen al tratar de solucionar los problemas que se -
presentan en los actos de jurisdicción voluntaria.

El presente trabajo consta de seis capítulos en -
los que se pretende analizar desde el punto de vista general, y del Derecho Familiar, a esta figura jurídica.

En el capítulo primero se incluyen los anteceden-
tes históricos en Roma, España, y en nuestro país; en el se-
gundo se trata de detallar lo que se entiende por jurisdic-
ción voluntaria, así como el aspecto doctrinario y las dife-
rencias y principios que la rigen.

En los siguientes tres capítulos se analizan -
los principales actos de jurisdicción voluntaria que se re-
gulan en el Derecho Familiar de nuestro país. En el último-
capítulo se exponen las tesis jurisprudenciales que hay -
acerca de esta figura jurídica llamada Jurisdicción Volunta-
ria.

CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTORICOS

1. ROMA.

Siendo el Derecho Romano el principal pilar en el que se apoya el derecho de la mayoría de los países, y como muchas de sus instituciones jurídicas se conservan hoy en día, es necesario estudiar a la jurisdicción voluntaria como una de ellas.

"Hoy estamos tan habituados a distinguir la autoridad judicial de la autoridad administrativa, con una línea precisa de separación entre los poderes legislativo, judicial y ejecutivo, que difícilmente llegamos a concebir un orden diferente de cosas. No era así en el Derecho Público Romano: por el contrario, la jurisdicción, o sea la función de la autoridad judicial iba mezclada con la función del poder ejecutivo y administrativo, del cual incluso era consecuencia.

"Entre las facultades de los magistrados romanos, se distinguían tres diversas potestades: el *imperium*, la *iurisdictio* y, en un terreno común entre el uno y la otra, el *imperium mixtum*."(1)

Hacemos alusión brevemente a lo que los romanos entendían por jurisdicción, aunque poco ha cambiado el significado de esta palabra; como ya sabemos en el Derecho Romano se les daban amplios poderes a los magistrados; en la actualidad no sucede así, ya que las funciones de los funcionarios judiciales sólo corresponden a su competencia y algunas de las facultades que tenían antes ahora recaen en otros funcionarios.

(1) SCIALOJA, Victorio, Proceso Civil Romano, Trad. Sentís Melendo y Ayerra Redín, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas - Europa-América, 1954, pág. 105.

Es decir, existe marcadamente la llamada división de poderes lo que limita a cada uno de ellos y no les permite entrar en el ámbito de competencia de otros, sólo en algunos casos.

"En términos generales, la iurisdictio es una facultad que poseen determinados magistrados y que les permite intervenir en los procesos normales de carácter civil-que integran el ordo iudiciorum privatorum, es decir, en el procedimiento de las legis actiones y formulario. La iurisdictio se muestra como emanación de un poder más amplio, el imperium, que corresponde igualmente a determinados magistrados."(2)

"Iurisdictio. Jurisdicción; es decir, el derecho, en el sentido amplio de proponer una regla de derecho o de aplicar una regla existente. La iurisdictio, como poder que corresponde a determinados magistrados romanos, es una de las facetas de su imperium o de sus potestas y comprende en sentido amplio, toda la actividad de tutela o protección jurídica que en el orden civil un magistrado pueda llevar a cabo. Para algunos autores iurisdictio es solamente - la actividad que el magistrado realizaba en el ordo iudiciorum privatorum."(3)

"La intervención del magistrado en otros actos - relacionados con el proceso, cae fuera de la iurisdictio y descansa en otra facultad que corresponde a los magistrados y que emana de su imperium: la cognitio. También exceden de

(2) ALVAREZ SUAREZ, Ursicino, Curso de Derecho Romano, Madrid, Revista de Derecho Privado, T. I, 1955, pág. 191.

(3) GUTIERREZ ALVIZ, Faustino, Diccionario de Derecho Romano, "Jurisdicción Voluntaria", Madrid, Reus, 1948, pág. 289.

la iurisdictio aquellos actos que se realizan ante el magistrado y que no tienen carácter de verdadera controversia civil (llamados de jurisdicción voluntaria en época bizantina, datio tutoris, manumisiones, adopciones, etc.). En todos estos actos que salen de la órbita de la iurisdictio el magistrado interviene y resuelve por sí, a virtud de su comitio extraordinem; y se diluye y desaparece en la práctica la distinción clásica iurisdictio comitio."(4)

No todos los actos de los magistrados estaban dentro de la jurisdicción, ya que como vimos anteriormente tenían amplios poderes.

En las diferentes etapas del derecho en Roma, el concepto de jurisdicción va ampliándose y con ello las funciones de los magistrados que la ejercían; todo esto lleva a observar cambios en ésta, como es el hecho de que se habla de dos diferentes tipos de jurisdicciones, la llamada contenciosa y la voluntaria.

"Cuando en el período postclásico se amplía el concepto de iurisdictio, comprendiendo en él toda la actividad del magistrado dentro y fuera de los litigios civiles - propiamente dichos, cabe distinguir dos variantes de iurisdictio:

Iurisdictio contenciosa, con la que se designa la actividad del magistrado en las verdaderas controversias civiles.

Iurisdictio voluntaria, que se refiere a la actividad del magistrado en aquellos casos en que no existía -

(4) ALVAREZ SUAREZ, Ursicinio, Op. cit., pág. 2.

propriadamente litigio, sino simple colaboración de aquél en determinados actos tendientes a constituir ciertas relaciones jurídicas, como la manumisión, adopción, emancipación, etc.

"El único fragmento en que aparece la distinción entre jurisdicción contenciosa y voluntaria es uno de Marciano, en el Digesto I, XVI, 2; con toda seguridad interposto. En la época clásica, según indicamos, los actos de iurisdictio voluntaria no caían dentro de la iurisdictio, sino de la llamada comitio. Por lo demás los actos extraprocesales en que el magistrado intervenía, y que en el período postclásico se encerraron dentro de la iurisdictio voluntaria, son muy numerosos; a los citados en el texto deben añadirse: la insinuación de las donaciones, la aceptación del testamentum principi oblatum y la protocolización del testamentum apud acta conditum; la intervención en la in iure cessio; la colaboración con el tutor en determinados casos de actos jurídicos, por ejemplo: la enajenación de fondos, etc."(5)

La denominación de jurisdicción voluntaria, opuesta a la jurisdicción contenciosa aparece mencionada por primera vez en la obra el Digesto Libro I, Título XVI,2, en la cual el jurisconsulto Elio Marciano establece:

"Todos los procónsules, tan pronto como hubieren salido de la ciudad, tienen jurisdicción; pero no contenciosa, sino voluntaria: para que ante ellos puedan ser manumitidos tanto los libres como los esclavos y puedan hacerse adopciones."(6)

(5) Ibídem, pág. 200.

(6) BECERRA BAUTISTA, José, Proceso Civil en México, México, Porrúa S.A., 1980, pág. 444.

"Se afirma por biógrafos de Marciano que él escribió lo más importante de su producción en el Imperio de Alejandro Severo que fue asesor de Papiniano y que sus libros de Instituciones fueron copia de las Instituciones de Gayo, pero que, además, trataron otras materias que éste no abarcó en su obra. Algunos investigadores ponen en duda la autenticidad del fragmento de Marciano.

"La inseguridad acerca de si el repetido pasaje de Marciano es o no auténtico se debe a que cuando Justiniano no comprendió la grandiosa obra de compilación del derecho que vino a constituir el Corpus Iuris Civiles, dio instrucciones a los jurisconsultos encargados de realizarlas, para que todos los pasajes que sirvieran para perfeccionar el Digesto, el Código y las Instituciones, se modificaran, adicionaran, o alteraran en cuanto resultaran inadecuadas para las necesidades del derecho de la época; a esas alteraciones se les llamó Interpolaciones. Por tanto, con referencia a los autores de los textos que aparecen mencionados en el Digesto, como el de Marciano, no se puede asegurar si en verdad todo le pertenece."(7)

Siendo el Digesto la única fuente donde encontramos a la jurisdicción voluntaria y dado que la discusión subsiste acerca de que si el pasaje de Marciano es o no de él, diremos que eso no es tan importante, sino más bien el hecho de que ahí encontremos por primera vez a la jurisdicción voluntaria como institución jurídica.

Podemos señalar desde el Derecho Romano dife-

(7) MEDINA, Ignacio, "Problemática de la Jurisdicción Voluntaria", Revista de la Facultad de Derecho de México, 1977, Tono XXVII, Enero-Junio, 1977, págs. 283-284.

rencias entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria, lo que nos llevará a entender mejor cada una de ellas, más tarde señalaremos los diferentes nombres que se le han dado a la llamada jurisdicción voluntaria.

"Por efecto de la jurisdicción voluntaria el magistrado decide cuestiones que le son sometidas por las partes, de mutuo acuerdo y en forma pacífica, sin choque de intereses en forma de litigio. Se llama voluntaria porque las personas se presentan espontáneamente a pedir la intervención del magistrado, sin quedar obligadas a concurrir delante de él.

"Se reconocían dos clases de actos de jurisdicción voluntaria: solemnes y no solemnes. En los primeros, debían cumplirse escrupulosamente las formalidades establecidas en forma ritual y sacramental por las acciones de ley, y eran: la manumisión, la adopción, la emancipación y la in iure cessio. Los no solemnes carecían de formalidades y eran: missio in possessionem bonorum, nombramientos de tutores y curadores, etc.

"La jurisdicción contenciosa, al contrario, implicaba un choque de intereses privados, de carácter moral o económico, que podía ser resuelto por el juez o jurado, previa comparecencia ante el pretor. Es involuntaria o forzada porque el demandado debía concurrir al tribunal, so pena de perder facultades que facilitarían su defensa. Para evitarla justicia por sí mismo y la autodefensa se impone el deber de ocurrir a la autoridad judicial en demanda de justicia. Todas las controversias entre litigantes corresponden a esta clase de jurisdicción.

"Podemos destacar otros aspectos diferenciales entre ambas jurisdicciones:

a) El magistrado puede intervenir en las cuestiones de jurisdicción voluntaria en el teatro, en su casa o en cualquier lugar; en la contenciosa sólo en el recinto del tribunal;

b) La presencia de los lictores con sus hachas es obligatoria en la contenciosa, e innecesaria en la voluntaria;

c) El magistrado puede actuar en la voluntaria aun fuera del territorio de su jurisdicción lo que le está prohibido en la contenciosa."(8)

De lo anterior podemos desprender, que de acuerdo a lo que se entendía por cada una de las jurisdicciones, se pudo tener aspectos diferentes entre ellas; posteriormente se analizará su aplicación en la época actual.

En el desarrollo del Derecho Romano y en sus diferentes formas de gobierno encontramos a muchos funcionarios a los cuales se les dieron funciones, que anteriormente no tenían, pero que por la necesidad de solucionar los conflictos o situaciones que se presentaban fue menester darles o quitarles funciones.

Alvarez Suárez(9) nos relata como: "En la época republicana, que coincide con el período de vigencia de las legis acciones, y en su final, del procedimiento formulario no es tampoco seguro que los cónsules, aun cuando estaban -

(8) CUENCA, Humberto, Proceso Civil Romano, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, pág. 3.

(9) ALVAREZ SUAREZ, Ursicino, Cp. cit., pág. 192.

investidos de imperium, ejercitaran una verdadera jurisdicción, interviniendo dentro de Roma o de una milla de la ciudad (domi) en los litigios ventilados por el ordo iudiciorum privatorum. Al menos, es un hecho cierto que las fuentes a que aluden deben la intervención a una época posterior, en la cual propiamente se les atribuye facultad para entender en casos que no constituían verdaderas controversias jurídicas civiles sino actos que en época bizantina se denominaban de jurisdicción voluntaria, (manumisiones, emancipaciones, adopciones, etc.) ."

Estas figuras jurídicas que aun en la actualidad las conocemos se llevan a cabo a través de jurisdicción voluntaria; vemos que también en Roma sucedió lo mismo.

Scialoja (10) también habla de las funciones de los magistrados y nos dice: "Que el pretor, teniendo autoridad algo inferior a la de los cónsules absorbió naturalmente aquella parte de sus funciones que éstos no podían ya cumplir en razón de las mayores atribuciones a ellas delegadas, y sobre todo de la jurisdicción; así que ésta permaneció teóricamente en poder de los cónsules y en poder del pretor, y los cónsules conservaron simplemente el ejercicio de la llamada jurisdicción voluntaria o legis actio, como se les designó en el Derecho Romano avanzado, a saber el de aquellas funciones que nada tenían de común con la verdadera y propia jurisdicción, sino que consistían en el cumplimiento de los actos solemnes que revestían la forma de un acto judicial, porque debían hacerse en la forma de la -

(10) SCIALOJA, Victorio, Op.cit., pág.109.

an iure cessio; pero que realmente nada tenían que ver con la decisión de una litis (manumisión, adopción, etc.)."

Caravantes (11) también nos señala diferentes funciones de los magistrados, además de que con el transcurso del tiempo, las decisiones que se tomaban en la jurisdicción sin imperio tomaron fuerza de sentencia, lo que nos indica en lo siguiente: "Los magistrados investidos de la jurisdicción bajo el imperio de las acciones de la ley, fueron sucesivamente los reyes, después los cónsules, después el pretor, y para ciertos asuntos los ediles: en los municipios los decenviros, y en las provincias los propretores o procónsules. En un principio el rey mismo ocupaba el tribunal, é investido del imperium en su aceptación más alta, ejercía la jurisdicción que es su atributo.

"La jurisdicción en sentido lato era la reunión de los poderes relativos a los litigios y a los actos jurídicos entre particulares aplicada a los litigios; llamábase jurisdicción graciosa o voluntaria.

"La jurisdicción separada del imperium propiamente dicho, del poder administrativo o ejecutivo, comprendía, no obstante, suficiente imperio para obligar a la ejecución de sus decretos y de las sentencias judiciales."

También más tarde algunos actos de la jurisdicción voluntaria que eran de la competencia de los jueces ordinarios pasaron a la competencia de los notarios, a quienes se les llamaba *Judices Chartularie*, y que tenían jurisdicción entre los que querían.

(11) CARAVANTES, José de Vicente, Tratado Histórico..., Madrid, Editorial Gaspar y Roig, T.I, 1856, pág. 30.

No todos los estudiosos del derecho están de acuerdo en que la jurisdicción voluntaria nos viene como institución jurídica desde Roma; algunos afirman que fue en Italia y ya en la Edad Media, en donde adoptó un nombre romano; se le consideró como institución jurídica, pero tal vez con influencia de otros derechos.

Chiovenda (12) afirma que la jurisdicción voluntaria deriva del proceso italiano y nos dice: "Que se utilizó la jurisdicción voluntaria para designar; aquel complejo de actos que los órganos de la jurisdicción realizan frente a un sólo interesado o en virtud de acuerdo de varios, involentes; y el nombre sirvió también para designar entre esos actos, aquéllos que con el tiempo pasaron a la competencia de los notarios."

Mortara (13) analizando la función de los notarios nos señala que: "El magistrado en la antigüedad, ejerció las funciones de notario público, más tarde fue investido de funciones judiciales; pero que la constitución posterior del oficio notarial, en forma autónoma, sacó de la esfera jurisdiccional funciones de la primitiva jurisdicción voluntaria."

Podemos decir que en Roma existió la jurisdicción voluntaria, opuesta a la jurisdicción contenciosa, principalmente por el lugar en dónde se impartía, el cual era distinto.

La función de los magistrados fue cambiando y transmitiéndose a otros, entre ellos a los notarios, los cua--

(12) BOCERRA BAQUISTÁ, José, Op.cit., pág.444.

(13) Ibíd., pág.444.

les adquirieron ciertas facultades para poder ejercer actos de jurisdicción voluntaria.

En la actualidad en ese mismo país, la jurisdicción voluntaria no siempre es ejercida por funcionarios de la rama judicial, sino por otros, y éstos proceden en forma y trámites especiales.

Si hablamos de la sentencia de los juicios voluntarios en Italia, se nos dice que: "La reclamación propuesta contra la sentencia en un juicio voluntario; no se llama apelación, sino simple solicitud, y las decisiones finales no son verdaderas sentencias, sino simples decretos y no tienen carácter esencial de res iudicata. Por consiguiente la providencia nunca es obligatoria para el juez ni para la parte. El primero puede provocar el acto a su arbitrio; la segunda puede siempre proponer la cuestión nuevamente al magistrado que la rechazó, acompañándola de mejores pruebas y argumentaciones en derecho a fin de convencerlo de su nueva solicitud, sin valerse reclamación ante la autoridad suprema."(14)

Medina (15) nos dice que: "En la Edad Media en los tribunales germánicos existe una doble vertiente de la actividad judicial, y en ellos se podía acudir no únicamente para la resolución de verdaderos litigios, sino también para que mediante una resolución judicial se hiciera constar en forma indubitable, que se habían cumplido todos los requisitos necesarios para la validez de ciertos procedimientos legales, o para confirmar actos o negocios ante esos mismos tribunales."

(14) DEVIS ECHANDIA, Hernando, Tratado de Derecho Procesal Civil, Bogotá, Editorial Temis, 1961, pág. 203.

(15) MEDINA, Ignacio, Op. cit., pág. 285.

2. ESPAÑA .

En el pasado no existía una reglamentación uniforme, ni un procedimiento dispuesto para la realización de los actos de jurisdicción voluntaria; en las leyes se hacía mención de los actos que deberían formalizarse con intervención notarial, pero esas disposiciones no se concentraban en una ley determinada.

Todo lo anterior sucedió en el Derecho Español anterior a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855.

En cuanto a la competencia para conocer de los actos de jurisdicción voluntaria, primero correspondió a los alcaldes y después a los jueces ordinarios.

Los actos de jurisdicción voluntaria en España se encontraban en diferentes leyes, las cuales indicaban cómo se debería de proceder, o sólo se enunciaban sin formular un procedimiento a seguir.

"Pedro Gómez de la Serna, en la exposición de motivos de la citada ley de 1855, explica cómo se hizo necesario, por tratarse de actos judiciales, incorporar en el nuevo ordenamiento la jurisdicción voluntaria. En ella aunque se advierte el deseo de incluir el mayor número de supuestos concretos, el autor de la exposición declara que no se podían abarcar todos los casos en que el interés de las personas puede creer conveniente la intervención judicial en protección de sus derechos o para cumplir un requisito que las leyes y reglamentos imponen como necesarios para su ejecución."(16)

(16) Ibídem, pág. 287.

Encontramos a la Ley de Enjuiciamiento Civil del 5 de octubre de 1855, como la primera ley procesal, en la que se hace una recopilación de disposiciones que estaban dispersas en diferentes leyes.

"Alcala Zamora califica esta ley como el más fecundo texto procesal que ha habido en el mundo, pues fue el cimiento de casi toda la correspondiente legislación hispanoamericana, excepto la de la República Dominicana, de ascendencia francesa. En otro lugar afirma que esta ley procesal (cuyo texto fue reproducido en su mayor parte por la ley vigente en España, de 1881), tuvo el mérito de haber puesto fin al desbarajuste procesal anterior y de haber tratado de fundir en un solo cuerpo legal preceptos dispersos. El propio autor, sin embargo, lo critica diciendo que no es otra cosa 'que un cuerpo legal de trazos medievales tan acusados que a través de la versión de 1881, es único en su género entre los diferentes estados de Europa'."(17)

En esta ley no se introdujeron reformas sino que se trató de restablecer las reglas para los juicios consignados en las leyes españolas antiguas.

Vamos a encontrar que a esa Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, le sucedió otra en el año de 1881. Esta nueva ley contiene reformas, pero sin excluir muchos de los preceptos de la anterior.

Existió en esta nueva ley una marcada influencia del Derecho Romano y del Derecho Germánico, a diferencia de otras leyes europeas.

(17)BECERRA BAUTISTA, José., Op. cit., pág. 250.

"Esta ley es el cuerpo central de normas procesales del ordenamiento jurídico español y constituye el Código del Derecho Procesal Común, supletorio de todas las ordenaciones especiales.

"Se redactó la Ley de Enjuiciamiento Civil del 5 de octubre de 1855 en sólo cuatro meses y medio."(18)

No hay que olvidar que no todas las cuestiones de jurisdicción voluntaria pertenecen a la actividad jurisdiccional, ni tampoco a funcionarios judiciales.

"La ley de enjuiciamiento civil no es, sin embargo, la única fuente de normas sobre esta llamada jurisdicción voluntaria, ni todas las cuestiones que pueden considerarse incluidas en la misma están encomendadas a los órganos jurisdiccionales, pues hay multitud de ellas que se encargan a funcionarios no judiciales, como sucede con los notarios, que asumen fundamentalmente la función de documentación con los Registradores de la Propiedad, que tienen a su cargo el registro de igual nombre y el mercantil, y con los jueces de la justicia municipal que por razones de conveniencia y economía fueron encargados del registro civil por la ley de esta denominación."(19)

Contenido de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Consta de 3 libros:

I. Disposiciones comunes a la Jurisdicción Contenciosa y la Voluntaria.

II. De la Jurisdicción Contenciosa.

III. De la Jurisdicción Voluntaria, con dos secciones: negocios comunes y negocios del tráfico mercantil.

(18) PRIETO CASTRO, Leonardo, Derecho Procesal Civil, Madrid, - Revista de Derecho Privado, Vol. I, 1965, pág. 74.

(19) PRIETO CASTRO, Leonardo, Op. cit., pág. 148.

Análisis de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Competencia, términos y la impugnabilidad de las resoluciones recaídas en jurisdicción voluntaria.

"Se instituyó en esta ley la competencia de los jueces de primera instancia para conocer de dichos asuntos, excluyendo así a los alcaldes, que anteriormente interve---nían en muchos actos delicadísimos en que a las veces se ---comprometía toda la fortuna de una familia y cuyos efectos---eran después irremediables. Se dispuso la necesaria asisten---cia del escribano como auxiliar del juez de primera instan---cia, encargado de autorizar las actuaciones, garantía con ---la que se contaba en los actos pasados, ante los alcaldes.-- Se ordenó igualmente que serían hábiles para la práctica de los actos de jurisdicción voluntaria, todos los días y ho---ras, sin excepción, para que así la autoridad judicial pu---diese acudir con eficacia a satisfacer las necesidades de ---los casos urgentes."(20)

En los casos en que la solicitud presentada afectara intereses públicos, o a personas o cosas cuya defensa ---está a cargo de autoridades, se impuso la intervención forzo---sa del ministerio fiscal.

Esta ley tuvo cosas novedosas como: "la impugnabi---lidad en apelación de las resoluciones recaídas en jurisdic---ción voluntaria; procedía en ambos efectos cuando la inter---pusiera el promovente y en uno sólo cuando el apelante fue---ra otra persona distinta, bien que acudiera espontáneamente o que fuera llamada para intervenir en el procedimiento."(21)

(20) MEDINA, Ignacio., Op.cit., pág. 287.

(21) Ibídem, pág. 287.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil se mencionan claramente los actos de jurisdicción voluntaria, así como su regulación, lo que influyó en otras legislaciones.

"Se dedicó a la jurisdicción voluntaria la segunda parte de la multicitada Ley de Enjuiciamiento Civil, y de ésta su primer título contenía las reglas generales aplicables a todos los casos indistintamente, y del segundo al decimotercero y último títulos, a los supuestos concretos que el legislador creyó necesario regular en forma específica.

"En resumen, delinearon allí por primera vez y vieron más tarde a servir de modelo, tanto para la subsiguiente Ley de 1881 como para los códigos hispanoamericanos de procedimientos civiles, las directrices generales de la regulación procedimental de esta materia." (22)

Se trató de que en esa Ley de Enjuiciamiento Civil se incorporaran todos aquellos casos de jurisdicción voluntaria, sin importar si correspondían o no al Derecho Civil; por ello se considera como una adquisición valiosa en materia legislativa.

A la jurisdicción voluntaria se le dotó de un procedimiento para resolver los casos que se presentaran.

La Ley de Enjuiciamiento civil del 3 de febrero de 1881 dividió su libro tercero en dos partes; la primera que siguió conservando los lineamientos de la jurisdicción voluntaria (como en la anterior ley), pero en su segunda parte incorporó casos de jurisdicción voluntaria relativos a negocios de comercio.

(22) Ibíd., pág. 288.

3. MEXICO.

En la evolución de la legislación de nuestro país se han dado reformas, principalmente en la jurisdicción con-tenciosa, no siendo así, en la jurisdicción voluntaria.

Trataremos de hacer un análisis de nuestra legislación, en donde se contempla a la llamada jurisdicción voluntaria, tema de nuestro estudio, así como de su vigencia.

"La primera ley procesal fue la expedida por el presidente Ignacio Comonfort el 4 de mayo de 1857, pues la de Anastasio Bustamante de 18 de marzo de 1840 y la de Don Juan Alvarez de 22 de noviembre de 1855, carecieron de importancia, aunque esta última estableció el Tribunal Superior del Distrito.

"El Código de Procedimientos Civiles del 15 de agosto de 1872 tuvo escasa vida pues fue abrogado por el del 15 de septiembre de 1880. Ambos ordenamientos estuvieron basados en forma preponderante en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855.

"El 15 de mayo de 1884 se expidió el Código de Procedimientos Civiles que estuvo vigente en el Distrito Federal y territorios hasta 1932, año en que entró a regir la legislación que comentamos en este trabajo."(23)

Aunque las primeras leyes procesales no fueron de trascendencia jurídica, es necesario mencionarlas ya que tuvieron influencia de las leyes españolas que anteriormente estudiábamos y también del Derecho Romano, el cual es pilar de las legislaciones hispanoamericanas.

(23) BECERRA BAUTISTA, José, Op. cit., pág. 257.

"Por influjo inmediato de la ley española de 1855 y en forma remota del discutido pasaje de Marciano en el Digesto, probablemente interpolado, los códigos procesales civiles mexicanos, como tantos otros de Hispanoamérica, regulan diferentes procedimientos de jurisdicción voluntaria, unos bajo tal rúbrica y otros mezclados con los de carácter contencioso."(24)

Hablaremos más a fondo de los códigos procesales de 1884 y el vigente de 1932 del Distrito Federal, siendo la base en la que se sustentan los códigos procesales de los estados del país.

"En el área del enjuiciamiento civil, hemos de arrancar del código de 15 de mayo de 1884 para el Distrito Federal, excelente en su día y del que proviene la casi totalidad de las instituciones, juicios y procedimientos vigentes en la mayoría de la República; y de él deriva el actual código del Distrito Federal de 29 de agosto de 1932, -- cabeza hoy día de la familia más numerosa e importante."(25)

El capítulo de Jurisdicción Voluntaria en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal coincide con el de otros códigos estatales.

Sabemos que en nuestro país rige no sólo un código procesal civil, sino treinta y tres, pero la mayoría de ellos toman como base los lineamientos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, sobretodo en la regulación de la materia de nuestro trabajo.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles para el D.F. contiene la división de la jurisdicción en: contencio

(24) ALCALA ZAMORA, Niceto, Derecho Procesal Mexicano, México, Edit. Porrúa S.A., Tomo I, 1976, pág. 49.

(25) ALCALA ZAMORA, Niceto, Op.cit., pág. 26.

sa y voluntaria, lo que como sabemos proviene desde el Derecho Romano, y también de las leyes españolas de Enjuiciamiento Civil.

En algunos códigos procesales se ha tratado de restarle importancia a la jurisdicción voluntaria relegando la a leyes especiales; en nuestro código procesal de 1884 se encontraba la división de la jurisdicción, pero incorporó la llamada jurisdicción mixta, como intermedia de las jurisdicciones tradicionales.

"El Código Distrital de 15 de mayo de 1884, antecesor inmediato del vigente de 1932, y todavía algunos de los estatales, no contento con acoger la citada división bimembre de la jurisdicción, añadió a ella una tercera rama a la que llamó mixta, integrada por los juicios universales de concurso de acreedores y sucesorio, para entender, y con razón, que se encuentran en situación intermedia o de tránsito entre la contenciosa y la voluntaria y que, en mayor o menor medida, cuentan con fases y actuaciones de una y otra índole."(26)

Siendo que a los tribunales les ha sido encomendada la resolución de casos relacionados con la Jurisdicción Voluntaria, es necesario señalar que esos tribunales son autoridades del poder judicial, y actúan como tal, sin importar que tipo de procedimiento se esté siguiendo.

"La actuación del tribunal es siempre la de un órgano dotado de autoridad, sea en el proceso contencioso, en el procedimiento voluntario o en función disciplinaria frente a los funcionarios que integran su oficina; el modo de--

(26) Ibíd., pág. 416.

actuar fundamental siempre es el mismo, como el de autoridad, es decir, que posee y ejerce una potestad atribuida a los agentes del poder público, en razón de su propia investidura."(27)

Analizaremos brevemente cómo se regula a la jurisdicción voluntaria dentro de nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal vigente. También los rasgos principales de sus disposiciones generales.

"Dentro del Código Procesal Civil del Distrito, la mayoría de los procedimientos de jurisdicción voluntaria se recogen en su título XV (arts.893-939), que contiene un capítulo inicial de las disposiciones generales y seis más, -- relativos a otros tantos procedimientos especiales. A ellos hay que añadir cuatro que figuran dispersos en el código y algunos otros fuera de él.

"Las disposiciones generales se inician por una definición (art.893), tomada del Derecho Español, a la que le siguen ocho artículos, en los que destacan los siguientes rasgos:

a)La frecuente intervención del ministerio público (art.895).

b)La posibilidad de que surja oposición en el expediente; pero si ella implica negación del promovente, entonces el negocio se transformará en juicio contencioso (art.896).

c)La reformatividad de las providencias que el juez dicte (art.897, en contraste con el 34).

d)La utilización del procedimiento incidental(arts. 899 y 900).

(27)GELSI BIDART, Adolfo, De los Efectos de las Providencias de Jurisdicción Voluntaria, Montevideo, Martín Bianchi, 1962, pág.18.

e) La intervención del juez familiar y demás funcionarios previstos por el código civil, cuando se trate de menores o incapacitados (art. 901). "(28)

Se han venido dando reformas a los artículos del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal de 1932; aunque debemos recordar que no sólo ahí se regula a la jurisdicción voluntaria, tenemos en el Código Federal de Procedimientos Civiles un título que se dedica a ella (en su título segundo, capítulo I y II arts. 530-542).

"Hubo un proyecto de don Federico N. Solórzano, cuya exposición de motivos se publicó en marzo de 1931, que no llegó a ser ley.

"Pero debido a importantes reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 31 de enero de 1964, de 21 de enero de 1967, enero 17 y 23 de 1970, de 14 de marzo de 1973, de 31 de diciembre de 1974 y de 31 de diciembre de 1975, en la actualidad muchas disposiciones del Código de 1932 han sido derogadas, otras sustituidas y algunas modificadas, introduciéndose también normas nuevas, con el propósito sano de agilizar los procedimientos y eliminar co rruptelas. No siempre sin embargo, se ha logrado este propósito.

"Debido a nuestro régimen constitucional, la legislación procesal civil que se aplica en el Distrito Federal es distinta a la que tiene aplicación en materia federal, regida actualmente por el Código Federal de Procedimientos Civiles de 31 de diciembre de 1942. (Este derogó al de 26 de diciembre de 1908, que sustituyó al primer federal que hubo, de 6 de octubre de 1897.). "(29)

(28) ALCALA ZAMORA, Niceto, Op. cit. pág. 416.

(29) BECERRA BAUTISTA, José, Op. cit. pág. 257.

En cuanto a la jurisdicción voluntaria en materia familiar se les dió competencia a los juzgados familiares - para conocer de los casos que se presentaran.

"Con las reformas del 24 de febrero de 1971 a la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, se introdujeron en esta entidad, por primera vez, los juzgados de lo familiar, a los cuales se atribuyó competencia para conocer tanto de los juicios y los procedimientos de jurisdicción voluntaria concernientes a las relaciones familiares y al estado civil de las personas, como de los juicios sucesorios (art.58 de la ley citada)."(30)

La importancia de los asuntos que se resuelven -- a través de la jurisdicción voluntaria, es lo que ha permitido que esta figura jurídica siga ocupando un lugar en las legislaciones de los países, como sucede en el nuestro.

(30) OVALLE FAVELA, José, Derecho Procesal Civil, México, Colección Textos Jurídicos Universitarios, 1980, pág.277.

CAPITULO II. CONCEPTO

1. JURISDICCION VOLUNTARIA

Debido a la problemática existente en torno a la división de la jurisdicción en contenciosa y voluntaria no se ha podido llegar a una unificación de criterios, y se le ha tratado de definir a la jurisdicción voluntaria de diferentes maneras, unos tomando en cuenta la intervención del juez, otros en relación a las partes, o al objeto de esa jurisdicción.

Desde el Derecho Romano ya se hablaba de jurisdicción voluntaria.

A continuación trataremos de darles algunas definiciones de la llamada jurisdicción voluntaria.

Uscriche define a la jurisdicción voluntaria en los siguientes términos: Llámase así por oposición a la contenciosa, la que se ejerce por el juez en las demandas, que ya por su naturaleza, ya por razón del estado de las cosas, no admiten contradicción. (31)

Goldschmidt (32) nos dice que: "La jurisdicción voluntaria supone una acción jurídica meramente preventiva (aún cuando puede concurrir en ella la fuerza con carácter auxiliar) como es la intervención en el comercio jurídico (legalizaciones) y la tutela de los intereses civiles de las personas necesitadas de la misma (tutela y sucesiones) con objeto de evitar futuros litigios.

(31) PALLARES, Eduardo, Derecho Procesal Civil, México, Edit. Porrúa S.A., 4a. Edición, 1971, pág. 636.

(32) GOLDSCHMIDT, James, Derecho Procesal Civil, Trad. Prieto Castro Leonardo, Barcelona, Edit. Labor S.A., 2a. Edición, 1936, pág. 126.

Caravantes (33) nos habla de que: "La jurisdicción voluntaria es la que ejerce el juez sin las solemnidades de juicio, por medio de su intervención en un asunto o que por su naturaleza o por el estado en que se halla, no admite contradicción de parte."

Como podemos ver los anteriores autores en sus definiciones hablan de una jurisdicción en donde no hay conflicto de intereses entre partes determinadas, pero con intervención de un órgano jurisdiccional como lo es el juez.

Devis Echandia (34) nos dice que: "...la jurisdicción voluntaria se ejercita a solicitud de una o más personas que necesitan darle legalidad a una actuación o precisión a un derecho, sin que exista desacuerdo al hacer tal solicitud, es decir, que se ejercita inter volentes."

De lo anterior podemos desprender que para este autor la jurisdicción voluntaria es una mera solicitud que necesita la legalidad para surtir sus efectos.

Muchos de los estudiosos del Derecho tratan de definir a la jurisdicción voluntaria dentro del ámbito administrativo, y la consideran como un acto administrativo y no judicial.

"Javiot, poco después, definía a su vez en estos términos a la jurisdicción graciosa: "Acto de jurisdicción-graciosa es un acto que tiene apariencia de sentencia porque emane de un magistrado ordinariamente encargado de ejercer jurisdicción contenciosa, pero en el fondo es un acto administrativo."(35)

(33) CARAVANTES, José de Vicente, Op.cit., pág.121.

(34) DEVIS ECHANDIA, Hernando, Op.cit., pág.195.

(35) MEDINA, Ignacio, Op.cit., pág.289.

Calamandrei (36) nos dice que: "La jurisdicción - voluntaria se puede definir como la administración pública del derecho privado ejercida por órganos judiciales."

"Para Grisvini, la jurisdicción voluntaria consiste en una actividad objetivamente administrativa, sustraída a los órganos de la administración por razones de garantía." (37)

Becerra Bautista (38) nos indica que: "En la voluntaria, los órganos jurisdiccionales realizan actividades administrativas, sin que exista contienda entre partes."

Algunos autores siguiendo el pensamiento de otros tratan de dar más definiciones de lo que entienden por jurisdicción voluntaria pero no logran aportar elementos nuevos, sólo lo hacen de manera repetida.

Jaime Guasp (39) nos dice que: "La jurisdicción - voluntaria es la administración judicial del derecho privado, y que la idea esencial de esta jurisdicción es la de recoger en concepto único, todas las funciones en que el órgano de la jurisdicción actúa como administrador, pero como administrador de derecho privado, esto es, realizando acerca de las relaciones jurídicas de derecho privado cometidos que no son jurisdiccionales, sino administrativos."

Los anteriores autores nos hablan de lo que ellos entienden por jurisdicción voluntaria, y de la intervención que tiene la autoridad jurisdiccional en esos casos, intervención que se les concedió por las mismas leyes.

- (36) CALAMANDREI, Piero, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Edic. Jurídicas Europa-América, Vol. I, 1962, pág. 193
- (37) PALLARES, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, "Jurisdicción Voluntaria", México, Edit. Porrúa S.A., 1979, pág. 515.
- (38) BECERRA BAUTISTA, José, Op. cit., pág. 12.
- (39) GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, Madrid, Edit. Reus S.A., 1973, pág. 956.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal se inspiró en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855. En dicha ley se trató de definir a -- los actos que se solucionan a través de la jurisdicción voluntaria; al respecto transcribimos uno de sus artículos.

Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 1207: "Son actos de jurisdicción voluntaria todos aquéllos en que sea necesario o se solicite la intervención del juez, sin-- estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes-- conocidas y determinadas: tales son el nombramiento de tutores, apertura de testamento, la adopción, etc."(40)

La mayor parte de nuestro artículo 893 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal se inspira -- en la anterior ley, y casi lo transcribe igual.

Art.893: "La jurisdicción voluntaria comprende to dos los actos en que por disposición de la ley o por solici tud de los interesados se requiere la intervención del-- juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas."

El anterior artículo es bastante amplio, y sería-- bueno que ahí mismo se especificaran de manera general esos actos, ya que algunos de ellos los podemos encontrar en -- otras leyes.

(40)CARAVANTES, José de Vicente ,Op.cit., pág.121

2. JURISDICCION CONTENCIOSA

Las definiciones acerca de la jurisdicción contenciosa tienen como puntos principales: el objeto, los sujetos que intervienen en ella, y la autoridad judicial encargada de la solución de los casos que se le presenten, y que serán resueltos de acuerdo a la ley.

Trataremos de exponer de acuerdo a esos puntos varias definiciones que los jurisconsultos han dado sobre ella.

"La jurisdicción contenciosa se ejerce inter--invitos, es decir, entre o sobre los que no estando de acuerdo tienen que acudir al juicio a pesar suyo o contra su voluntad a instancias o a solicitud de alguno de ellos; y por eso se llama contenciosa, tomando su nombre de la contención o disputa que siguen ante el juez sobre derechos, o delitos en partes contrarias." (41)

Ya en esta anterior definición se habla de que las partes no están de acuerdo en algo, pero haciendo hincapié en que se habla de dos partes con distintos intereses.

"Se dice que la jurisdicción contenciosa se ejercita entre personas que requieren la intervención del órgano jurisdiccional a fin de que se desate una controversia existente entre ellos, sobre la cual no han podido llegar a un acuerdo, es decir, que ella se ejercita inter invitos o adversus volentes;..." (42)

De lo anterior, debemos advertir que la controversia existe desde antes que intervenga el órgano.

(41) PALLARES, Eduardo, Op. cit., pág. 636.

(42) DEVIS ECHANDIA, Hernando, Op. cit., pág. 195.

Prieto Castro (43) nos dice que: "La jurisdicción puede ser calificada de contenciosa cuando un órgano titular de ella actúa (en la generalidad de los casos) para entender sobre el negocio que se le somete por una parte, ejercitando una acción frente a otra, en el cauce del proceso, para llegar a la cosa juzgada mediante la aplicación (en sentido amplio) de normas jurídicas."

Becerra Bautista (44) en su obra señala: "...en la contenciosa existe una contienda de partes, que se inicia mediante el ejercicio de una acción, continúa citando a la contraparte, aduciendo pruebas, produciendo alegatos y que concluye mediante sentencia que resuelve, vinculativamente, la controversia."

Pallares (45) nos dice que: "Jurisdicción Contenciosa. La que ejerce el juez sobre intereses opuestos y contestaciones contradictorias entre particulares, determinándolas con conocimiento legítimo de causa o por medio de la prueba legal."

Las partes en la jurisdicción contenciosa tienen intereses opuestos y el juzgador a través del conocimiento que tenga de ese asunto resolverá y podrá sancionar a la parte que no tenga la razón. Aplicando las normas jurídicas a esos casos concretos.

En la jurisdicción contenciosa lo que se trata de hacer es componer un litigio, en el cual las partes generalmente son particulares; pero también puede ser entre el Estado y los particulares.

(43) PRIETO CASTRO, Leonardo., Op. cit., pág. 139.

(44) BECERRA BAUTISTA, José., Op. cit., pág. 12

(45) PALLARES, Eduardo., Op. cit., pág. 509.

3. DIFERENCIACION ENTRE JURISDICCION VOLUNTARIA Y JURISDICCION CONTENCIOSA

Los estudiosos del Derecho al analizar la división de la jurisdicción en contenciosa y voluntaria, han tratado de dar aspectos diferenciales entre las dos, tomando en cuenta los elementos que las componen.

En cuanto a las personas que intervienen en ellas se dice que: "La jurisdicción contenciosa se ejerce entre personas que tienen que acudir a juicio contra su voluntad por no hallarse de acuerdo sobre sus pretensiones respectivas.

"La jurisdicción voluntaria es inter volentes, es decir, entre personas que se hallan de acuerdo sobre el acto que se ejecuta o a solicitud de una sola persona a quien importa la práctica de algún acto en cuya contradicción no aparece interés de tercero,"(46)

Carnelutti da algunos aspectos diferenciales entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria;-- además de que habla de dos clases de proceso y no de dos -- formas de procedimiento judicial.

"La prevención de la litis es el fin específico -- del proceso voluntario. En el voluntario no hay litigio, hay negocio; en esto radica la diferencia fundamental. Hay --- otras notas diferenciales: en el contencioso el juez actúa frente a las partes; en el voluntario, al lado de ellas. Mediante el contencioso el juez realiza la composición del li tigio; en el otro, tutela el interés que puede entrar en --

(46) CARAVANTES, José de Vicente., Op.cit., pág.121.

conflicto; en el voluntario se trata del ejercicio de un derecho subjetivo, en el otro, de la realización de un derecho objetivo; además, lo que ha sido objeto de un proceso voluntario puede más tarde ser objeto de un proceso contencioso."(47)

"Goldschmidt dice que la jurisdicción voluntaria se distingue de la contenciosa en que aquélla es preventiva y realiza una función de policía jurídica, mientras que la contenciosa es de represión o justicia compensativa."(48)

Wach nos dice que: "El carácter diferencial de la jurisdicción voluntaria es su fin constitutivo, porque en ella siempre se tiende a la constitución de nuevos estados-jurídicos o al desenvolvimiento de relaciones ya existentes. En cambio, la contenciosa tiene como fin la actuación de relaciones existentes."(49)

Se han criticado las anteriores diferencias porque la sanción, la creación de derechos o de situaciones jurídicas no es cuestión privativa de este tipo de jurisdicciones, por lo que, no son del todo aceptables.

"Calamandrei nos señala que para él la jurisdicción voluntaria no es propiamente una jurisdicción, y que sólo se puede considerar así a la jurisdicción contenciosa."(50)

Chiovenda nos dice que: "Lo que distingue a la jurisdicción contenciosa de la voluntaria es que en ésta no hay partes, que se les puede llamar solicitantes pero no partes."(50bis)

(47)MEDINA, Ignacio, Op.cit., pág. 291.

(48)PALLARES, Eduardo, Op.cit., pág. 512

(49)Ibídem.

(50)DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José, Instituciones de Derecho Procesal Civil, México, Edit. Porrúa S.A., 5a. Edición, 1961, pág. 80.

(50bis)DE PINA, Rafael y Castillo Larrañaga, José, Op.cit. pág. 81.

Devis Echandía (51) se refiere al aspecto diferencial entre la jurisdicción voluntaria y la jurisdicción contenciosa pero tomando como punto de partida las sentencias que se emiten en jurisdicción voluntaria; al respecto, señala lo siguiente: "Sólo debe circunscribirse la noción de jurisdicción voluntaria a los asuntos que le son planteados al juez para obtener una sentencia respecto a los solicitantes, sentencias que no constituyen cosa juzgada y que caen sin participación de un demandado, con la finalidad de declarar derechos o prevenir conflictos, o el cumplimiento de requisitos que la ley impone para que surtan sus efectos-jurídicos."

Para el anterior autor no existe diferencia entre el juez que resuelve un litigio y aquél que sólo declara la legitimidad de un derecho, ya que al fin y al cabo los dos están administrando justicia, aplicando la norma jurídica al caso concreto.

Pallares (52) citando a Alfredo Rocco dice que: - "Mientras que la jurisdicción contenciosa tiene por objeto-remover los obstáculos para la satisfacción de los intereses particulares y presupone una relación jurídica concreta ya formada, en la voluntaria sucede lo contrario, el estado interviene para la formación de las relaciones jurídicas concretas, acreditando en forma solemne la conveniencia o legalidad del acto que se va a realizar o se ha realizado ya."

Al hablar del objeto de la jurisdicción voluntaria y de la jurisdicción contenciosa, Rocco señala claramente la diferencia, ya que el objeto de la jurisdicción conten

(51) DEVIS ECHANDIA, Hernando, Op.cit., pág.15.

(52) PALLARES, Eduardo, Op.cit., pág.638.

cosa es satisfacer intereses particulares en conflicto y resolverlos; en la voluntaria se van a dar relaciones jurídicas nuevas, analizando si están dentro de la ley o no.

Alsina (53) menciona diferencias entre las dos jurisdicciones, tomando como referencia los efectos de las sentencias de ambas ; al respecto dice: "En la jurisdicción contenciosa , la sentencia produce efectos de cosa juzgada,... Por el contrario en la jurisdicción voluntaria el pronunciamiento no tiene efecto de cosa juzgada y el acto puede ser revisado nuevamente.

Más adelante añade: "La jurisdicción contenciosa se ejerce pronunciando un fallo con arreglo a lo que resulta de lo expuesto y probado por las partes, mientras que en la voluntaria el pronunciamiento sólo tiene por objeto dar autenticidad a un acto o certificar el cumplimiento de un requisito de forma."

Por último Devis Echandía (54) citando a Rosenberg señala otras diferencias entre estas jurisdicciones: "La diferenciación entre las jurisdicciones sólo puede tener éxito sobre la base del derecho vigente; es decir, según que la ley remita el trámite a la una o a la otra."

De lo expuesto anteriormente se puede decir, que las diferencias entre las jurisdicciones se hicieron tomando en cuenta los elementos que las integran, así como el objeto de cada una de ellas.

(53) ALSINA, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Buenos Aires, Editores Ediar, 2a. Edición, T.I, 1963, págs. 554-555.

(54) DEVIS ECHANDIA, Hernando, Op. cit., pág. 204.

ASPECTO DOCTRINARIO

Los estudiosos del derecho a través de sus teorías han tratado de explicar la naturaleza jurídica de los actos de jurisdicción voluntaria.

Durante muchos años la doctrina ha tratado de sacar a la jurisdicción voluntaria del concepto de lo que es la jurisdicción, negándole que sus actos pertenezcan a la jurisdicción, por lo que, se han dado criterios a favor y en contra.

De lo anterior se tratara de dar algunos criterios doctrinales.

Los autores que consideran a los actos de jurisdicción voluntaria como actos administrativos en manos de autoridades judiciales, han tratado de que su doctrina gane más adeptos; entre ellos tenemos a los siguientes:

Calamandrei (55) nos dice que: "Por su contenido, la jurisdicción voluntaria entra en la rama más vasta de la función administrativa, que se suele llamar administración pública de derecho privado y que comprende todas aquellas actividades con las cuales, en formas múltiples y a través de órganos variados, el estado interviene para integrar la actividad de los particulares dirigida a la satisfacción de sus intereses mediante el desarrollo de las relaciones jurídicas."

El estado trata de dejar un margen de autonomía a los particulares, el cual les sirve para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas mediante declaraciones de

(55) CALAMANDREI, Piero, Op.cit., pág.193.

voluntad; sin embargo, en algunos casos, no sólo es necesaria la voluntad para que surta sus efectos sino la intervención de la autoridad, para verificar su legalidad.

"Según Alfredo Rocco, la jurisdicción voluntaria forma parte de la actividad administrativa del estado. Explica su razón de ser, en la siguiente forma: a) Unas de las maneras de proveer a la tutela de los intereses humanos, es conceder eficacia jurídica a la voluntad privada; b) Dicha eficacia puede estar subordinada a determinadas condiciones de forma o de tiempo, y especialmente a una confirmación de parte del estado sobre la conveniente legalidad del acto; c) La jurisdicción voluntaria tiene como fin llevar a cabo esa confirmación que en algunos casos se confía al órgano-jurisdiccional, pero que no puede por ello dejar de ser actividad administrativa;... "(56)

Ugo Rocco (57) considera que: "La jurisdicción voluntaria es una función administrativa y no jurisdiccional. La verdadera jurisdicción tiene por objeto la actuación del derecho objetivo y presupone la concreta relación jurídica ya formada cuya declaración se desea, y, por lo tanto, ya realizadas las condiciones de que las normas jurídicas hacen depender el nacimiento de la relación. En cambio, en la voluntaria el estado interviene en la formación de las relaciones jurídicas concretas, declarando en forma característica y determinada, no la existencia o inexistencia de la relación jurídica sino la conveniencia o legalidad de la --

(56) PALLARES, Eduardo, Op. cit., pág. 638.

(57) ROCCO, Ugo, Derecho Procesal Civil, Trad. J. Tena Felipe De., México, Edit. Porrúa S.A., 2a. Edición, T. I, 1944, pág. 75.

condición establecida por la ley para el acto realizado o por realizar. El acto jurídico sigue siendo declaración privada de la voluntad y el estado sólo le agrega un elemento-extrínseco para que produzca la plenitud de sus efectos jurídicos, función que es similar a la del notario cuando autoriza una escritura. La jurisdicción voluntaria se determina por la instancia del acto."

Se vio anteriormente, que los notarios conocieron de algunos actos de jurisdicción voluntaria. En esta teoría también se considera como una función administrativa a la jurisdicción voluntaria, necesitando para que surta sus efectos, la intervención del estado.

Enrique Redenti (58) dice que: "Las intervenciones esporádicas que en vía de auxilio o de control se confían a funcionarios judiciales y que sirven para prevenir de raíz las inobservancias de normas jurídicas o eliminarlas al nacer mientras están todavía in itinere, que por su índole son administrativas, son los que vienen a formar la jurisdicción voluntaria, en contraposición al método de represión, que es el contencioso. La función de la jurisdicción contenciosa (en contraposición a la voluntaria) consiste precisamente en aplicar las sanciones conminadas por las normas jurídicas, aplicación que debe ser demandada al juez por alguien (sujeto u órgano) 'a cargo o en contra de algún otro'. De allí surge un contraste, un conflicto, que se traduce legalmente en una contienda inter alios (entre otros), que el juez (tercero frente a los contendientes), resolverá y decidirá, acogiendo o rechazando la demanda por absolu--

(58) REDENTI, Enrico, Derecho Procesal Civil, Trad. Sentís Melendo-Santiago y Ayerra Redín Marino, Edic. Jur. Europa-América, Buenos Aires, T. I., 1957, págs. 9-10.

ción o condena; esto es lo que configura el origen y la explicación del atributo contencioso. En la jurisdicción voluntaria, como la función del juez es preventiva, auxiliar o auxiliadora en orden a la mejor aplicación de los preceptos jurídicos, en interés de todos, no se puede pensar en una contienda legítima en sentido propio. Se puede imaginar, sin embargo, que el juez provea pro volentibus (por los que lo quieren) o inter volentes (entre los que quieren) y no entre litigantes."

El criterio de Redenti se basa en el aspecto repressivo que tiene la jurisdicción contenciosa al aplicar sus sanciones, que por otro lado no se encuentra en la jurisdicción voluntaria, considerando también que no existe en esta última un conflicto de intereses, y que el juez sólo fungirá como auxiliador o verificador de que se están aplicando correctamente los preceptos legales.

Couture (59) dice: "Dentro de una noción tan amplia, en la que hemos querido abarcar lo general y lo particular, puede admitirse que los procedimientos de jurisdicción voluntaria tienen su naturaleza administrativa. No se dictan normalmente de oficio sino a petición de un interesado. Procuran la aplicación de la ley a un caso particular, accediendo a una petición legítima. Propenden a la efectividad de esa misma ley en su gradual desenvolvimiento jerárquico y, al no pasar de autoridad de cosa juzgada, permiten siempre revisión en sede jurisdiccional."

Este autor indica que la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria es administrativa, con la posibilidad de que se pueda volver a revisar ante otro órgano jurisdiccional.

(59) COUTURE J., Eduardo, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, México, Edit. Nacional S.A., 3a. Edición, 1946, pág. 52.

Otros autores indican en sus teorías que la jurisdicción voluntaria, ni es jurisdicción, ni es voluntaria; al respecto se presentan algunas de ellas.

Carlos B. Eduardo (60) dice que: "... en la jurisdicción voluntaria no hay ni jurisdicción ni voluntariedad. No existe la primera porque no hay decisión de un conflicto intersubjetivo de intereses; no hay voluntariedad, ya que - el que acude ante el juez necesariamente ha de hacerlo para obtener un acto auténtico o certificación que acredite un - hecho o circunstancia cuya prueba le es indispensable. Los - autores modernos reconocen el complejo problema de formular una diferenciación conceptual, razonadamente hecha ya que - sólo puede hablarse de jurisdicción cuando nos referimos a - la contenciosa, puesto que la otra especie ha de revistar - en la categoría de actos judiciales, pero no en sentido jurisdiccional."

Por otro lado hay que analizar al acto jurisdiccional en relación a los actos de jurisdicción voluntaria; de ese análisis se deduce que los actos de ésta, son de carácter administrativo.

Según Chiovenda (61): "La jurisdicción voluntaria, no es jurisdicción en el sentido que hemos indicado. Por esto la oposición tradicional señalada entre jurisdicción contenciosa y voluntaria es hoy impropia: llamóse con denominación romana jurisdictio voluntaria en la doctrina y en la - práctica del proceso italiano medioeval, al conjunto de actos que los órganos de la jurisdicción realizaban frente a-

(60) CARLOS B. EDUARDO, Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Buenos Aires, Edic. Jurídicas Europa-América, 1959, pág. 206.

(61) CHIOVENDA, José, Principios de Derecho Procesal Civil, Madrid, Edit. Reus S.A., 3er. Edición, 1922, pág. 364.

un solo interesado o por acuerdo de más interesados in --
volentes; y el nombre se usó también para designar entre ta
les actos aquéllos que pasaron con el tiempo de la competen
cia de los jueces ordinarios, a la de los notarios.

"El nombre derivase, pues, de la función habitual
del órgano jurisdiccional. Aún hoy vemos que gran parte de
actos de jurisdicción voluntaria se confían a los jueces, lo
cual no priva que tales actos, sean actos de simple adminis
tración; pero tratándose de actos que requieren una forma
ción especial y especiales garantías de autoridad en los ór
ganos a los cuales son confiados, es natural que el estado
utilice a este fin la misma jerarquía judicial."

Este autor dice que la jurisdicción voluntaria se
llama así por la intervención que tienen los jueces en esos
asuntos, pero que en realidad los actos de jurisdicción vo
luntaria son actos de administración.

Becerra Bautista (62) dice: "La doctrina ha llega
do a la conclusión de que la jurisdicción voluntaria ni es
jurisdicción, porque no tiende a la aplicación de la ley a
un caso controvertido entre partes, ni es voluntaria, porque
los particulares se ven forzados a recurrir a ella si quie
ren asegurar la eficacia de un acto jurídico determinado, -
cuando el legislador ha subordinado la eficacia jurídica de
ese acto a la intervención de un juez."

Hay que aclarar que no toda la doctrina se encuen
tra en esta posición; la aplicación de las leyes que regu--
lan a la jurisdicción voluntaria es en relación a casos con
cretos, en los que quizá lo que no hay es un conflicto de -
intereses opuestos.

(62) BECERRA BAUTISTA, José, Op. cit., pág. 443.

De Pina (63) habla de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria y al respecto dice lo siguiente: "... la tendencia que ha de prevalecer acerca de la naturaleza de la llamada jurisdicción voluntaria, es seguramente la que afirma que es verdadera y propia jurisdicción y no meramente actividad administrativa o cuasi-administrativa. Aún los que sostienen este criterio reconocen en los actos de la jurisdicción voluntaria caracteres específicos que los distinguen de los administrativos aun prescindiendo del órgano que los produce. La actividad contenciosa entraña siempre una actividad con relación a un conflicto de intereses; la voluntad no supone esta oposición, sino la necesidad de documentar, tutelar o garantizar una especial situación jurídica. En realidad, los intentos de distinguir entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria han conducido al fracaso, precisamente, porque no hay manera de separar actividades que tienen idéntica naturaleza."

El autor señala que la teoría que debe prevalecer es la que indica que la jurisdicción voluntaria sí es verdadera jurisdicción, y no actos administrativos como lo dicen otros autores.

Tomando en consideración que la figura jurídica de la jurisdicción voluntaria nos fue transmitida por la influencia que tuvo la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855 en nuestro código, es necesario dar el criterio que prevalece en España acerca de esta figura jurídica.

"...en España se admite en general que la diferencia entre las dos jurisdicciones consiste en la existencia

(63) DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José, Op.cit., pág.82.

o inexistencia de pretensiones encontradas o derechos en pugna en el momento de iniciarse el juicio, por lo que la sentencia en la contenciosa persigue resolver con fuerza de cosa juzgada el conflicto que existe entre las partes, al paso que la sentencia en la voluntaria busca la garantía o la constancia para el porvenir de la pretensión común de las partes, sin que constituya cosa juzgada. Y en el código español se consagran normas generales para la jurisdicción voluntaria y de modo especial se remiten a ellas ciertos casos y se consagra el principio de la transformación del juicio voluntario en contencioso, en caso de surgir oposición y conflicto."(64)

Nuestro código también consagra el principio de transformación del juicio voluntario en contencioso, al darse un conflicto.

La doctrina, como ya vimos, trata de sacar de la competencia de los órganos jurisdiccionales los procedimientos de jurisdicción voluntaria, dándoselos a otros funcionarios (como los notarios). También, sustrae de los códigos procesales, los procedimientos de jurisdicción voluntaria incluyéndolos en leyes autónomas.

Respecto a quiénes deben conocer de los actos de jurisdicción voluntaria, los autores siguientes nos dicen que:

De Pina (65) nos dice que: "Teniendo en cuenta la conexión que existe entre los actos de la jurisdicción contenciosa y los de la voluntaria, ya que la materia objeto de éstos se convierte automáticamente en contenciosa en ---

(64) DEVIS ECHANDIA, Hernando, Op.cit., pág. 208.

(65) DE PINA, Rafael, Op.cit., pág. 83.

cuanto surge oposición, y dada también la naturaleza jurídica de la misma y la preparación especial que requiere el conocimiento de estos actos, a nuestro juicio, los únicos funcionarios a quienes pueden encomendarse, con las necesarias garantías, son los judiciales.

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

En cuanto a la reglamentación que debe imperar-- acerca de la jurisdicción voluntaria, se opina que:

"Se puede señalar que hay una menor reglamentación tanto genérica como específica para la jurisdicción voluntaria; en ocasiones ésta adopta estructura similar y aún idéntica a las de jurisdicción contenciosa, pero en términos generales, no se puede afirmar la existencia de estructuras específicas para la jurisdicción voluntaria."(66)

Otros autores piensan que sería bueno que los códigos procesales mexicanos abandonaran la división de la jurisdicción, para ocuparse más de la contenciosa que de la voluntaria y de esa manera sacarían a los procedimientos voluntarios, del área judicial.

En general, se puede decir, que la mayoría de los autores nos hablan de la tesis administrativa, y de la tendencia hacia la separación de la jurisdicción contenciosa de la voluntaria; una de las cuestiones que se deberían de hacer, es legislar mejor sobre los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

(66) GELSI BIDART, Adolfo, Op. cit., pág. 21.

4. PRINCIPIOS QUE RIGEN A LA JURISDICCION VOLUNTARIA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

Los principios que vamos a exponer fueron sacados de las reglas generales que nuestros códigos procesales dan a la jurisdicción voluntaria, y son los siguientes:

- a) Organos Jurisdiccionales competentes en primer grado.
- b) Organos Jurisdiccionales de segundo grado.
- c) Competencia Territorial.
- d) Legitimación Procesal.
- e) Intervención del Ministerio Público.
- f) Casos de Audiencia de alguna persona.
- g) Formas y Efectos de los proveídos dictados por el juez.
- h) Límites de la Jurisdicción Voluntaria.

Becerra Bautista (67) explica brevemente cada uno de ellos: "a) Organos jurisdiccionales competentes en primer grado. La competencia funcional que la doctrina atribuye a los jueces en los procesos de jurisdicción voluntaria, corresponde en México a los jueces civiles y de lo familiar - (ambos en primera instancia), según los artículos 53 fracción I y 58 fracción I de la Ley Orgánica de los tribunales.

"A estos últimos, en forma genérica se les atribuye competencia en los negocios de jurisdicción voluntaria relacionados con el derecho familiar, o sea, con las cuestiones familiares (artículo 159 del código procesal) muy es

(67) BECERRA BAUTISTA, José, Op.cit., pág. 446.

pecialmente con los que atañen a los menores e incapacitados, que antes correspondían a los desaparecidos jueces municipales."

De lo anterior, se puede deducir que en materia de jurisdicción voluntaria sólo se les da competencia a los -- jueces civiles y de lo familiar, esto en primera instancia.

Dado que se pueden apelar las sentencias de jurisdicción voluntaria, existen además de los anteriores órganos judiciales, otros encargados de dicha apelación.

" b) Organos Jurisdiccionales de Segundo Grado. - Los artículos 898 y 899 establecen la posibilidad de recurrir en apelación las providencias de jurisdicción voluntaria, por lo cual el Tribunal Superior de Justicia del D.F. es tribunal de segundo grado.

"Las salas décima y undécima son las que conocen ahora de los asuntos que derivan de la jurisdicción voluntaria en materias relacionadas con el derecho familiar (art. 46 de la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común del D.F.)."(68)

" c) Competencia Territorial. El domicilio del que promueve surte efectos para la competencia territorial en materia de jurisdicción voluntaria, salvo que se trate de bienes raíces, en cuyo caso se determinará la competencia por el lugar en donde están ubicados (artículo 156, frac. VIII); en los relativos a la tutela de los menores e incapacitados, el juez de la residencia de éstos, para la designación del tutor y en los demás casos, el domicilio de éste, (frac. IX), y en los negocios relativos a suplir el consenti

(68) Ibidem, pág. 448.

miento de quien ejerce la patria potestad, o impedimentos para contraer matrimonio, el del lugar donde se hayan presentado los pretendientes (fracción X)."(69)

Como son diferentes los asuntos que se resuelven por la jurisdicción voluntaria, cada uno va a tener diferente competencia territorial.

El siguiente principio señala quiénes deben intervenir en los asuntos de jurisdicción voluntaria, sacados de la ley que regula a esta figura jurídica.

"d) La Legitimación Procesal. Aun cuando se trata de verdaderas partes, el juez tiene que exigir en cada caso, que el 'promoviente de las diligencias' de que habla el artículo 898, acredite las posibilidades o facultades que derivan en su favor 'de los intereses en juego, en relación con los fines específicos que debe perseguir a través del proceso mismo', como enseña Redenti."(70)

El Código de Procedimientos Civiles del D.F. al hablar de los asuntos que se presentan de jurisdicción voluntaria señala a quiénes se les da la legitimación procesal y al respecto dice:

1. Cuando se pide la declaración de estado de minoridad en los artículos 902 y 903.
2. Para pedir la declaración de incapacidad por demencia, artículo 904.
3. En el caso de otorgar la licencia para vender y gravar bienes de menores o incapacitados, en los artículos 916 y 920.
4. Al adoptar a una persona, artículo 923.

(69) Ibidem, pág. 446.

(70) Ibidem, pág. 447.

"e) Intervención del Ministerio Público. En esta materia, el Ministerio Público actúa como substituto procesal, pues tiene poderes substantivos de iniciativa, como en el caso ya mencionado para pedir la declaración de estado de minoridad o de demencia según el artículo 902; y tiene también la facultad y el deber de emitir su parecer, es decir, actúa como requiriente."(71)

El artículo 895 del Código de Procedimientos Civiles del D.F., habla del anterior principio indicando en qué casos debe oírse al Ministerio Público y éstos son:

1. Cuando se afectan intereses públicos;
2. Cuando se refiera a personas o bienes de menores o incapacitados;
3. Si tiene relación con derechos o bienes de un ausente;
4. Cuando las leyes así lo dispongan.

"f) Casos de Audiencia de alguna persona. Enseña Redenti que si bien es cierto que la jurisdicción voluntaria no presupone la existencia de una acción-derecho en sentido substancial que corresponda a un determinado sujeto en contra o a cargo de otro, la ley prescribe o consiente oír a alguna persona (organizandó una especie de proceso contradictorio). El fundamento de tales disposiciones se busca precisamente en el hecho de que la intervención de la autoridad afecta a intereses particulares e individuales al valorar el interés general. Para ajustarse al interés público, deben tenerse en cuenta los intereses de los particulares, pero después de que han sido oportunamente valorados."(72)

(71) Ibíd.

(72) Ibíd., pág. 448.

El código citado da ejemplos de casos de audiencia en la jurisdicción voluntaria; en el artículo 903, si para declarar el estado de minoridad no se lleva el acta del Registro Civil correspondiente se citará a audiencia dentro del tercer día, a la que asistirá el menor (si fuere posible) y el Ministerio Público.

En otros casos se seguirá en forma de incidente, artículos 916 (cuando el tutor solicita la venta de bienes se le da vista al curador y al Ministerio Público) y 920 (o cuando los padres piden la venta de bienes inmuebles de sus hijos). En la adopción se tendrá que oír a las personas que consientan en ella, artículos 397 y 398 del Código Civil para el D.F.

"g) Formas y efectos de los proveídos dictados por el juez. Artículos 897, 898 y 899. Las funciones procesales del juez en esta materia y sus correspondientes poderes instrumentales tienen mayor amplitud y elasticidad.

"Por esto se suele decir que los procedimientos de jurisdicción voluntaria se inspiran en el principio inquisitivo o inquisitorio (similar a los procesos penales), más bien que en el sistema dispositivo (en el que prevalecen, como sabemos, las funciones dispositivas de las partes)."(73)

Pallares (74) dice al respecto: "La jurisdicción voluntaria no tiene una tramitación rigurosa. Art. 897 párrafo primero; 'El juez podrá variar o modificar las providencias que dictare sin sujeción estricta a los términos y formas establecidas respecto a la jurisdicción contenciosa'.

(73) Ibidem, pág. 450.

(74) PALLARES, Eduardo, Op.cit., pág. 639.

El mismo autor indica lo siguiente: "La ley llama a las resoluciones que pronuncia el juez en vía de jurisdicción voluntaria, providencias y no sentencias, arts. 897 y 898, lo que demuestra que no les atribuye las características de una sentencia, no obstante lo cual admite que se internonga entre ellos el recurso de apelación."

El último principio que rige a la jurisdicción voluntaria en nuestro país es el siguiente:

"h) Límites de la jurisdicción voluntaria. La jurisdicción voluntaria encuentra un límite: toda cuestión contenciosa hace que cesen los procedimientos voluntarios y que las cuestiones entre partes queden sujetos a los procedimientos ordinarios contenciosos.

"La oposición que se funda en la negativa del derecho del que promueve el negocio de jurisdicción voluntaria, según el artículo 896, hace que el pleito se substancie conforme a los trámites establecidos para el juicio que corresponda.

"Si a la solicitud promovida se opusiere parte legítima, se seguirá el negocio en procedimiento ordinario. Estas disposiciones están basadas en el principio: La jurisdicción voluntaria se convierte en contenciosa, al intervenir un adversario legítimo." (75)

Pallares (76) al respecto dice: "En el artículo 893, la ley autoriza a los particulares para promover actos de jurisdicción voluntaria sin poner otros límites al ejercicio de ese derecho, que el de que no haya cuestión entre partes, es decir, litigio. De allí que se acuda en vía de jurisdicción voluntaria para llevar a cabo actos de espe

(75) BECERRA BAUTISTA, José, Op. cit., pág. 450.

(76) PALLARES, Eduardo, Op. cit., pág. 639.

cies muy diversas, que corresponden a las funciones notariales y en ocasiones a los de la autoridad administrativa. Salta a la vista, la necesidad de reformar la ley, en el sentido de precisar los límites de la jurisdicción voluntaria y la clase de actos que en ella pueden realizarse."

Como vemos el proceso voluntario puede dejar de serlo en cualquier momento en que surja la contienda entre partes, o lo que es bien, el litigio, ya que sólo se quiere una declaración de un derecho, o la legitimidad que se le tiene que dar a un acto, para que éste surta sus efectos.

Las características principales de los procesos voluntarios que regula el Código de Procedimientos Civiles del D.F. son los siguientes:

"...consiste en que la intervención del juez no tiene simple calidad de documentación, es decir, el juez no es simple fedatario, sino que debe resolver la petición respectiva, mediando una tramitación similar a la contenciosa en la que se reciben pruebas y se dicta una resolución.

"La resolución que se dicta tiene fuerza constitutiva de tal manera que crea derechos y obligaciones en favor del promovente y de terceros."(77)

(77)BECERRA BAUTISTA, José, Op.cit., pág.466.

CAPITULO III. ADOPCION

En este capítulo y en los siguientes se tratará de explicar los actos de jurisdicción voluntaria que en materia familiar regulan tanto el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal como algunas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal.

1. CONCEPTO

Antes de hablar del concepto de adopción, se indicará brevemente el desarrollo histórico de esta figura jurídica.

"La adopción fue conocida y practicada entre los hebreos, asirios, egipcios, griegos y romanos; y estos últimos principalmente la honraron y fomentaron dando leyes sobre sus condiciones, sus formas y sus efectos: leyes que pasaron casi por entero a los pueblos modernos, y que todavía se les hace entrar como base o tipo de las disposiciones peculiares sobre esta materia en los nuevos códigos que se van estableciendo en diferentes naciones."(78)

"La más remota información sobre la adopción se tiene a dos mil años a. de J.C., porque se le conoció en el Código de Hammurabi.

"En España, aparece en el Fuero Real (año de 1254) y en las disposiciones que sobre adopción contienen las Partidas; en esos cuerpos legislativos, podemos percibir la influencia del derecho romano."(79)

"Establece el Código Civil francés, que sólo podrán ser adoptados los menores de edad y en todo caso deja subsistente el vínculo de parentesco natural del adoptado.

(78) ESCRICHE, Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, México, Edit. Norbocaliforniana, 1974, pág. 92.

(79) GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, México, Edit. Porrúa S.A., 3a. Edición, 1976, pág. 654.

"Esta adopción de efectos limitados, es el sistema que han seguido los códigos civiles que como los nuestros, se han inspirado directa o indirectamente en el Código Civil francés."(80)

Nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884 no reglamentaron a la adopción; fue hasta la Ley de Relaciones Familiares de 1917 cuando se introdujo en nuestro Derecho Civil, pero como ésta tuvo escasa vigencia, fue acogida en el Código Civil de 1928.

Existen diferentes conceptos de lo que se entiende por adopción; al respecto se tienen los siguientes:

"Adopción. El acto de prohijar ó recibir como hijo nuestro con autoridad real ó judicial á un individuo, aunque naturalmente lo sea de otro."(81)

Fueyo Laneri (82) dice que: "La adopción es un acto jurídico solemne y bilateral, que crea ciertos lazos de parentesco semejantes a los que provienen de la filiación legítima.

"La definición recién dada tiene la virtud de realzar los aspectos fundamentales de la institución, que consisten en crear un grupo familiar limitado al adoptante y el adoptado, con independencia de la procreación, y tratando de suplir la falta de familia legítima, a la cual imita en su apariencia."

Para Bonnecase (83) es: "El término de adopción, como el término matrimonio, comprende dos cosas distintas; por una parte, la institución de la adopción; por la otra,

(80) GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op. cit., pág. 654.

(81) ESCRICHE, Joaquín, Op. cit., pág. 92.

(82) FUEYO LANERI, Fernando, Derecho Civil, Chile, Edit. Universo S.A., Tomo Sexto, Vol. III, 1959, pág. 497.

(83) BONNECASE, Julien, Elementos de Derecho Civil, Trad. Cajica J.R., Puebla, Edit. Cajica J.R., Tomo I, 1945, pág. 497.

el acto de adopción. La institución de la adopción tiene por objeto permitir y reglamentar la creación, entre dos personas, de un lazo ficticio o, más bien, meramente jurídico de filiación legítima. El acto de adopción es un acto jurídico sometido a formas particulares, por medio del cual los interesados ponen en movimiento, a favor suyo, la institución de la adopción."

Como vemos, para él lo que va a unir a las partes es un lazo de parentesco.

Otros autores también dan su definición de adopción, considerándola como un vínculo de parentesco entre dos personas.

"Los hermanos Mazeaud definen la adopción como el 'acto voluntario y judicial que crea, independientemente de los lazos de sangre, un vínculo de filiación entre dos personas'.

"Planiol afirma que en el Derecho francés la adopción 'es un contrato solemne, sometido a la aprobación judicial'.

"Josserand por su parte enseña que 'la adopción es un contrato, que produce relaciones puramente civiles de paternidad o maternidad'." (84)

Galindo Garfias (85) al respecto dice: "Por la adopción una persona mayor de veinticinco años, por propia declaración de voluntad y previa la aprobación judicial, crea un vínculo de filiación, con un menor de edad o un incapacitado.

(84) GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op.cit., pág. 653.

(85) Ibíd., pág. 652.

"De las disposiciones que contiene el Código Civil del Distrito Federal sobre adopción, esta institución - ha sido creada fundamentalmente con fines de protección de la persona y de los bienes de los menores de edad no emancipados y de los mayores de edad incapacitados."

El mismo autor habla de la naturaleza jurídica de la adopción, a la que considera como un acto jurídico complejo de carácter mixto, ya que en ella intervienen, tanto el interés del particular, como el del estado, siendo el interés de este, el de tratar de proteger a los menores y a los incapaces.

2. PARTES QUE INTERVIENEN

Las personas que participan principalmente de la adopción son: el adoptante y el adoptado. Esto no quiere decir que no haya otras personas que intervengan en ella.

Nuestro propio Código Civil dice quiénes, además de los anteriores pueden intervenir en la adopción.

Rojina Villegas (86) dice: " En el parentesco civil que se origina por virtud del acto jurídico de la adopción, existen como sujetos especiales, el adoptante y el adoptado, que asumen respectivamente todos los derechos y obligaciones que crea la filiación legítima entre padre e hijo."

Por la relación de parentesco que adquieren tanto el adoptante, como el adoptado, vemos que son imprescindibles, ya que, no se puede entender una adopción sin ellos.

Requisitos que debe reunir el adoptante de acuerdo a los artículos 390, 391, 392 y 393 del Código Civil pa-

(86) ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, México, Edit. Porrúa S.A., Tomo II, 5a. Edición, 1980, pág. 66.

ra el Distrito Federal son los siguientes:

1. Ser mayor de veinticinco años y, en todo caso tener diecisiete años más que el adoptado;

2. Estar libre de matrimonio, o contar con el consentimiento de su cónyuge;

3. Estar en pleno ejercicio de sus derechos;

4. Que ha de contar con los medios económicos suficientes para proveer a la subsistencia y educación del adoptado;

5. Que sea de buenas costumbres. Debe acreditar su buena conducta;

6. Nadie puede ser adoptado por más de una persona, excepto cuando los adoptantes sean marido y mujer, y que tengan la diferencia de edades que se requiere;

7. El tutor no puede adoptar al pupilo, mientras no hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela;

8. Que la adopción sea benéfica para el adoptado.

Si alguno de los anteriores requisitos faltara, no se podrá dar la adopción.

En algunos países en sus códigos se tiene la prohibición de adoptar a aquéllos que tienen descendientes; al respecto se dan ejemplos de algunos de esos países.

"Hay prohibición absoluta cuando hay descendientes en el Código francés de 1966; en el italiano (art. 291 del código de 1942); Chile hasta octubre de 1965; Argentina, hasta octubre de 1948; Uruguay la prohibía; ... Nicaragua creó la adopción en 1960 con prohibición cuando hubiera descendientes. Guatemala la prohibió hasta el 7 de mayo de 1947.

"Después de la Convención Europea de 1967 sobre la adopción de niños, el Consejo de Europa recomendó a las

naciones evitar los sistemas prohibitivos de la adopción." (87)

De Ibarrola (88) al respecto dice: "Nuestro código (art.390;D.O. 17 de enero de 1970) parece inclinarse a - que quien tiene hijos legítimos no puede adoptar, ya que éste habla de que el adoptante, como arriba dijimos, debe estar libre de matrimonio. El artículo 391 nada dice sobre si el marido y la mujer que ya tienen descendencia pueden adoptar."

Sin embargo, en nuestro país no encontramos en - sus legislaciones artículos que prohiban de manera expresa el hecho de que el adoptante tenga descendientes.

El artículo 390 del Código Civil para el Distrito Federal indica que el adoptado debe ser:

1. Menor de edad, o
2. Mayor de edad incapacitado, y
3. Diecisiete años menor que el adoptante.

Escriche (89) define lo que es el adoptado y dice:

"ADOPTADO. El que siendo por naturaleza hijo de una persona, es prohijado o recibido como hijo por otra mediante autorización real o judicial."

Aparte del adoptante y del adoptado existen personas que pueden intervenir en la adopción y esto será cuando se requiera el consentimiento de las mismas. Al respecto el Código Civil del D.F. indica en su artículo 397 quiénes deben dar su consentimiento y en qué casos:

a) Consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad sobre la persona que se quiera adoptar;

(87) DE IBARROLA, Antonio, Derecho de Familia, México, Edit. Porrúa S.A., 1a. Edición, 1978, pág. 350.

(88) DE IBARROLA, Antonio, Op.cit., pág. 350.

(89) ESCRICHE, Joaquín, Op.cit., pág. 95.

b) De su tutor;

c) De quienes lo hayan acogido como hijo durante - seis meses;

d) El Ministerio Público del lugar cuando el adoptado no tenga padres, ni tutor, ni persona que le brinde su apoyo;

e) El consentimiento del menor, si tiene más de ca torce años; y

f) La autoridad administrativa, cuando el tutor o el Ministerio Público se nieguen a otorgar el consentimiento sin causa justificada (artículo 398 del C.C.).

3. PROCEDIMIENTO

El Código Civil del Distrito Federal en su artículo 399 señala que el procedimiento para la adopción, será fijado en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Los requisitos de forma de la adopción se encuentran en los artículos del 923 al 926 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el capítulo de nominado 'De los actos de Jurisdicción Voluntaria'.

De Pina (90) dice al respecto: "La reglamentación que en el sistema civil mexicano tiene la forma de la adopción no permite atribuirle la naturaleza de acto contractual."

La adopción como un acto que se promueve a través de la jurisdicción voluntaria, se lleva ante un juez de lo familiar, ya que, es el competente para conocer de esos asuntos (artículo 58 de la Ley Orgánica de los Tribunales de Jus

(90) DE PINA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, México, Edit. Porrúa S.A., Vol. I, 1968, pág. 368.

ticia del Fuero Común del D.F.).

Este procedimiento se inicia por la petición del que pretende adoptar, siempre y cuando cumpla con los requisitos que el Código Civil establece.

El escrito que debe presentar el promovente ante el juez de lo familiar contendrá lo siguiente:

1. Nombre y domicilio del menor o incapacitado;
2. Nombre y domicilio de quienes ejerzan sobre él la patria potestad o la tutela;
3. Nombre y domicilio de las personas o institución pública que lo hayan acogido;
4. Acompañar certificado médico de buena salud.

En el caso de que el menor hubiere sido acogido por una institución pública, el adoptante deberá recabar constancia del tiempo de la exposición o abandono (artículo 923 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Ovalle Favela (91) dice: "El juez de lo familiar puede decretar el depósito del menor con el presunto adoptante, si aún no hubiese transcurrido el plazo anterior, por el tiempo restante, o si el menor no tuviese padres conocidos ni hubiese sido acogido por institución pública alguna, por todo el periodo de seis meses (artículo 923 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal)."

"Aunque el CPCDF no lo indique expresamente, con viene que, en su solicitud, el que pretenda la adopción ofrezca las pruebas con las cuales intente acreditar el cumplimiento de los requisitos legales mencionados. Las prue-

(91) OVALLE FAVELA, José, Op.cit., pág. 353.

bas se recibirán el día y a la hora que el juez señale (artículo 923)."(92)

Una vez que ya se ofrecieron las pruebas, quedando cubiertos los requisitos que el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal exigen y obtenido el consentimiento de la persona que lo deba dar; el juez resolverá dentro del tercer día, autorizando o denegando la adopción (artículo 924 del CPCDF).

Ovalle Favela (93) señala que: "Cuando la resolución judicial que otorgue la adopción adquiera lo que Pix Zamudio denomina estado preclusivo por haberse resuelto la apelación interpuesta y, en su caso, el amparo, o bien por-no haberse interpuesto aquel recurso-, el juez de lo familiar remitirá las copias certificadas de las diligencias respectivas al juez del registro civil, para que éste levante la correspondiente acta de adopción (artículo 401 del Código Civil)."

Como se puede deducir de lo anterior, el procedimiento de jurisdicción voluntaria de la adopción se tramita rápidamente, ya que al juez se le dan tres días para resolver, siempre y cuando no haya problemas en cuanto al consentimiento y a los requisitos.

Efectos de la Adopción. Son los siguientes:

a) Surge el parentesco civil, sólo entre el adoptado y el adoptante (artículo 402 del C.C.). Lo que significa que los parientes del adoptante no tienen ningún parentesco con el adoptado, ni éste con ellos.

b) Existe impedimento para celebrar matrimonio en-

(92) Ibíd., pág. 353.

(93) Ibíd.

tre el adoptante y el adoptado, y sus descendientes (artículo 157 del C.C.). No podrán casarse entre ellos.

c) Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad la cual se le da al adoptante.

En el caso de que esté casado con alguno de los progenitores del adoptado; la ejercerán los dos.

Galindo Garfias (94) dice: "Por consiguiente, el padre o la madre adoptivos, tendrán la representación del adoptado en juicio y fuera de él; al adoptante corresponde la administración de los bienes del adoptado y la mitad del usufructo de los bienes de éste; el adoptante está obligado a dar alimentos al adoptado y nace la recíproca vocación hereditaria.

d) El adoptante tiene el derecho de corregir y castigar mesuradamente al adoptado (artículos 395 y 396 del Código Civil).

"El adoptado, aparte la obligación de dar alimentos al adoptante, si los necesita, debe vivir al lado de éste y ha de respetar y honrar a su padre adoptivo. Tiene derecho a llevar el apellido de quien lo ha adoptado y a participar en la sucesión hereditaria de este último." (95)

Aunque sobrevengan hijos al adoptante, la adopción producirá sus efectos (artículo 404 del C.C.).

La autorización judicial que aprueba o no la adopción, debe de comprobarse antes si se prestó el consentimiento, o si se cumplieron los requisitos que deben tener tanto el adoptante, como el adoptado, y que ya se señalaron.

(94) GALINDO GÁRFIAS, Ignacio, Op. cit., n.º g. 662.

(95) Ibidem.

4. REVOCACION VOLUNTARIA DE LA ADOPCION

La adopción termina por revocación o por impugnación.

La revocación de la adopción se da por:

a) Mutuo consentimiento. Las partes convengan en ello, o sea lleguen a un acuerdo, siempre y cuando el adoptado sea mayor de edad, ya que si no lo es, deberán consentir en la revocación las personas que dieron el consentimiento para la adopción (artículo 405 frac. I del C.C.). Aunque sea mayor de edad si está incapacitado no podrá dar su consentimiento, y lo darán las personas que anteriormente lo dieron.

El artículo 925 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece que: "Cuando se pide la revocación de una adopción, el juez citará a una audiencia verbal dentro de los tres días siguientes, en la que se resolverá si se decreta o no la revocación, si el juez se convence de que conviene a los intereses del adoptado, de acuerdo también al artículo 407 del Código Civil."

Se admitirán todo tipo de pruebas, que hagan que el juez se cerciore de la conveniencia para el adoptado, de esa revocación.

Las resoluciones que se dicten por la revocación se comunicarán al juez del Registro Civil (artículo 410 del Código Civil).

Ovalle Favela (96) dice: "También se puede promover en procedimiento de jurisdicción voluntaria la revocación de la adopción, cuando el adoptante y el adoptado pidan de común acuerdo. El procedimiento se reduce a la soli-

(96) OVALLE FAVELA, José, Op.cit., pág. 353.

cidad suscrita por estas dos personas y una audiencia en la cual se pueden practicar las pruebas conducentes para demostrar la conveniencia de la revocación."

Al tratarse de la revocación de la adopción por mutuo consentimiento se tramitará en jurisdicción voluntaria.-

b) Revocación de la adopción por ingratitud del adoptado.

Galindo Garfias (97) dice que "Se considera ingrato al adoptado:

1. Si comete algún delito que merezca una pena mayor de un año de prisión, contra la persona, la honra o los bienes del adoptante, de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes;

2. Si el adoptado acusa judicialmente al adoptante de algún delito grave que pudiera ser perseguido de oficio, aunque lo pruebe, a no ser que hubiere sido cometido contra el mismo adoptado, sus ascendientes o descendientes, su cónyuge;

3. Si el adoptado rehusa dar alimentos al adoptante que ha caído en pobreza (art. 406 c.c.)."

En este caso el procedimiento a seguir, ya no será de jurisdicción voluntaria, sino a través de un proceso contencioso ordinario, en donde hay un conflicto de intereses.

Otras de las maneras de terminar la adopción es por impugnación de la misma; el artículo 394 del Código Civil faculta al adoptado a impugnar la adopción dentro del

(97) GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op. cit., pág. 663.

año siguiente a la mayoría de edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad. El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece que este caso no se puede promover en diligencias de jurisdicción voluntaria.(98)

(98)Art. 926, del Código de Procedimientos Civiles para el D.F.

CAPITULO IV. TUTELA

Una de las figuras jurídicas que ha tenido más importancia hasta nuestros días dentro de la sociedad, ha sido sin duda la tutela, la cual a continuación trataremos de explicar brevemente.

1. CONCEPTO

Antes de dar un concepto de lo que se entiende por tutela, explicaremos sus antecedentes históricos.

"La patria potestad y la tutela funcionaron en su origen, teniendo en cuenta el provecho de la familia más que el interés del propio incapacitado y se concebía como un derecho más que como un deber del jefe del grupo de parientes."(99)

"En el Derecho Romano, las instituciones que cooperan al fin tutelar son : La tutela en sentido estricto, y la curatela; la primera para los imúberes, la segunda para los que, habiendo alcanzado la pubertad, tienen una capacidad de obrar limitada."(100)

"Entre los germanos, la familia no se ajustó a un tipo de potestad doméstica absoluta como en Roma, la autoridad residía en todos los miembros varones y capaces de tomar las armas.

"La tutela correspondía por tanto, entre los germanos a toda la familia; y asimismo, por transformación de esta protección colectiva y familiar, nació la tutela ejercida por uno de los parientes más próximos, aunque conservando la familia una tutela superior o de alta inspección,

(99) GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op. cit., pág. 692.

(100) DE IBARROLA, Antonio, Op. cit., pág. 387.

con derecho a intervenir en los actos más importantes del pupilo."(101)

En la actualidad vamos a encontrar a la tutela como una figura jurídica de interés público, en lo que se refiere a la protección de los menores o incapacitados y a sus bienes.

"En derecho moderno y en atención a que la tutela acusa el interés de la familia, ha prevalecido en su organización un evidente interés público y general, sin desconocer el interés individual; por lo que los preceptos que la rigen deben garantizar tres clases de intereses, el del pupilo, el de la familia y el de la sociedad ya que a ésta trasciende el problema de la protección de los menores e incapacitados."(102)

Galindo Garfias (103) habla de los llamados sistemas tutelares que se entienden de la siguiente manera: "Podemos clasificar los sistemas tutelares en derecho moderno, en tres categorías: a) sistema tutelar de autoridad; b) sistema tutelar familiar, y c) sistema mixto.

"La tutela de autoridad se basa en la idea de que la protección del incapacitado, es una función propia de la autoridad soberana y por consiguiente, no susceptible de quedar abandonada a la autonomía de organismos más o menos privados.

"Este sistema es el adoptado por nuestro Código Civil, así como por el Código Alemán vigente desde el primero de enero de 1900; el de Suiza que empezó a regir el primero de enero de 1922 y el de Italia promulgado el 12 de di-

(101) GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op. cit., pág. 693.

(102) Ibíd., pág. 693.

(103) Ibíd.

ciembre de 1938 en vigor desde 1942, ..."

De Ibarrola (104) dice lo siguiente: "La apertura de la institución de la tutela debe ser inmediata al fallecimiento de la última persona que ha ejercido sobre el niño la patria potestad. Los jueces y parientes deben obrar con la necesaria rapidez, para que el menor o el incapacitado no queden nunca exentos de protección legal, lo cual es altamente peligroso.

"Es por ello la tutela una institución familiar. Casi podría decirse que el tutor se convierte en un miembro de la familia, aun en el caso en que ningún parentesco lo ligue con el menor."

El hecho de que en un momento dado el incapacitado o el menor queden sin nadie que ejerza la patria potestad sobre ellos es lo que da origen a la tutela; también en lo que respecta a aquéllos que tienen un patrimonio y el cual por su incapacidad no pueden cuidar, ni menos administrar.

Existen diferentes conceptos de tutela que a continuación trataremos de explicar:

"La palabra tutela procede del verbo latino tueor que quiere decir defender, proteger. Es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores o incapacitados. Es un cargo civil de interés público, y de ejercicio obligatorio." (105)

Valverde y Valverde (106) dice que: "Es la tutela una manera de dar protección social a los débiles, y un medio de defensa de los menores y de los demás individuos in-

104) DE IBARROLA, Antonio, Op.cit., pág. 392.

105) GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op.cit., pág. 689.

106) VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, Tratado de Derecho Civil Español, España, Edit. Valladolid, Tomo IV, 4a. Edición, 1938, pág. 535.

capaces, no sujetos a la autoridad paterna, o que están abandonados o son maltratados. La razón fundamental de la tutela es un deber de piedad, que tiene su origen en la debilidad e imperfección del ser humano."

En la doctrina, los estudiosos del derecho la han definido de diferentes maneras:

"La doctrina en materia de tutela, maneja los calificativos con gran variedad. Ruggiero y Clemente de Diego la definen como un poder conferido a una persona para cuidar a otra; Pizaniol afirma que es una función jurídica conferida a una persona capaz para cuidar a un incapaz y administrar sus bienes; Laurent, la define como la carga pública impuesta a una persona capaz de cuidar a otra incapaz y representarla en los actos de la vida social; Enneccerus la denomina como el cuidado llevado bajo la inspección del Estado por una persona de confianza (el tutor) sobre la persona y el patrimonio de quien no está en situación de cuidar de asuntos por sí mismo que por lo menos se le trata jurídicamente como si no estuviera en esa situación; Mateos Alarcón la considera como el cargo público que tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal o sólo la primera."(107)

De Pina (108) la define diciendo: "La tutela es una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual se provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficientes

(107) GALINDO GARFÍAS, Ignacio, Op.cit., pág. 691.

(108) DE PINA, Rafael, Op.cit., pág. 383.

para gobernar su persona y derecho por sí mismos, para regir, en fin su actividad jurídica."

Para Bonnecase (109) la tutela es: "Un organismo de representación de los incapaces, que se aplica tanto en materia de minoridad, como en caso de interdicción. En otros términos, se substituye a la patria potestad íntegra, por lo menos, respecto a los hijos legítimos, cuando el padre o la madre han muerto, y también en otros casos especiales, como en los de pérdida de la patria potestad; también se aplica cuando se trate de un incapaz sujeto a interdicción legal."

Por último, De Ibarrola (110) al respecto dice:

"La tutela es un poder protector, cuyo origen no está en la naturaleza, sino en la ley que la establece para suplir la incapacidad, ya de los menores a quienes falta la protección natural de la patria potestad, ya de los incapacitados en general.

"El ejercicio de este poder, es un verdadero mandato legal, una investidura civil, un cargo que la ley impone."

Aunque en el Código Civil para el Distrito Federal no encontramos expresamente un artículo que nos defina a la tutela, en el artículo 449 se indica el objeto de ésta, así como las personas que están sujetas a ella. Al respecto se transcribirá el citado artículo:

Artículo 449. "El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o sola-

(109) BONNECASE, Julien, Op.cit., pág. 438.

(110) DE IBARROLA, Antonio, Op.cit., pág. 387.

mente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley."

Podemos decir de manera general que la tutela tiene como finalidad proteger y cuidar a la persona y a los bienes del incapacitado; el tutor tendrá que realizar sus funciones de acuerdo a las disposiciones de la ley respectiva.

Las personas que pueden estar sujetos a la tutela son las siguientes:

a) Los menores de edad, que no tengan quien ejerza la patria potestad sobre ellos, llamada incapacidad legal.

b) Los que tengan incapacidad natural, señalados en el artículo 450 fracciones II y III del Código Civil para el Distrito Federal.

c) Los ebrios consuetudinarios y los que hacen uso inmoderado y habitual de drogas enervantes (artículo 450 - fracción IV del citado Código).

d) Los menores de edad emancipados por razón de matrimonio (artículo 451 del citado Código).

La persona que tendrá a su cargo la tutela se le llama tutor; y la persona que estará sujeto a ella se le llama pupilo.

ESCRICHE (111) define al tutor diciendo que: "Es la persona destinada primariamente para la educación, crianza y defensa; y accesoriamente para la administración y gobierno de los bienes del que quedó sin padre antes de la edad de catorce años siendo varón, y de doce siendo hembra.

(111) ESCRICHE, Joaquín, Op.cit., pág. 1518.

"Llámase tutor de la palabra latina tueri , que significa defender pues efectivamente el tutor no es otra cosa que un defensor y protector del pupilo."

Existen personas a las que no se les puede dar el cargo de tutores; al respecto los siguientes autores hablan de esto.

Galindo Garfias (111 bis) dice: "Son personas inhábiles para la tutela, aquéllas que la ley considera no deben ejercer el cargo aunque estén anuentes en recibirlo. En razón de los fines y naturaleza de la institución tutelar, que es la defensa y cuidado de los intereses de los incapaces, la ley veda su ejercicio a las personas que por diversas razones no deben ejercerlo, como son las que enumera en los artículos 503, 505 y 506 del Código Civil."

Rojina Villegas (112) dice que: "La incapacidad de ciertos sujetos (menores no sujetos a patria potestad y mayores de edad privados de inteligencia o afectados en sus facultades mentales) origina que el Derecho Familiar regule relaciones específicas mediante la institución de la tutela, creándose así, como nuevos sujetos a los tutores e incapaces, con el conjunto de derechos y obligaciones que después determinaremos al tratar de la citada institución."

En el artículo 452 del Código Civil para el Distrito Federal se indica que: "La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse sino por causa legítima."

(111 bis) GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op.cit., pág. 690.

(112) ROJINA VILLEGAS, Rafael, Op.cit., págs. 67-68.

Quedan excentuados de la tutela: "... los ciegos, los paralíticos y los ancianos aunque sean incapaces de gobernarse por sí mismos; pues mientras esos defectos no trasciendan a la inteligencia, no podrán aplicarse las disposiciones del artículo 450 de nuestro Código Civil, el cual es de interpretación estricta y no extensiva, es decir únicamente aplicable a los casos de incapacidad en ellos previstos."(113)

2. DECLARACION DEL ESTADO DE MINORIDAD O DE INCAPACIDAD POR DEMENCIA

Para que pueda darse la tutela es necesario que se compruebe que la persona a la que se le va a nombrar un tutor, tiene alguna incapacidad ya sea la legal o la natural.

"Como la tutela es una restricción impuesta a la libertad de los individuos, no puede sujetarse ninguna persona a ella, sin que conste de una manera evidente la necesidad de privarla del ejercicio de sus derechos civiles, y del gobierno de su persona.

"La interdicción puede definirse diciendo que es el estado de una persona que, careciendo de las aptitudes para gobernarse por sí mismas y administrar sus bienes, ha sido declarada incapaz por sentencia judicial, y sometida, en consecuencia, a la guarda y autoridad de un tutor que la represente legalmente en los actos de su vida civil."(114)

En el artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal aparte de indicar el principio respecto a que no puede darse una tutela sin que an-

(113) GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op.cit., pág.692.

(114) Ibíd., pág.695.

tes se declare la incapacidad de la persona que va a quedar sujeto a ella, menciona las personas que pueden pedir la declaración de minoridad o de incapacidad de alguna persona.

Al respecto transcribimos el citado artículo:

Artículo 902. "Ninguna tutela puede conferirse - sin que previamente se declare el estado de minoridad o de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella.

"La declaración de estado de minoridad o demencia puede pedirse: 1o. Por el mismo menor si ha cumplido dieciséis años; 2o. Por su cónyuge; 3o. Por sus presuntos herederos; 4o. Por el albacea; 5o. Por el Ministerio Público. Pueden pedir la declaración de minoridad los funcionarios encargados de ello por el Código Civil."

Becerra Bautista (115) dice al respecto: "La declaración del estado de minoridad la pueden solicitar también los funcionarios que menciona el artículo 460 del Código Civil o sea: los oficiales del Registro Civil, las autoridades administrativas y las judiciales."

Declaración de estado de minoridad.

Este procedimiento se lleva a efecto a través de jurisdicción voluntaria y se encuentra regulado en el artículo 903 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Artículo 903. "Si a la petición de declaración de minoridad se acompaña la certificación del registro civil, se hará la declaración de plano. En caso contrario, se citará inmediatamente a una audiencia dentro del tercer día, a la que concurrirán el menor si fuere posible y el Ministerio

Público. En ella, con o sin la asistencia de éste y por las certificaciones del registro civil si hasta este momento se presentaron, por el aspecto del menor, y a falta de aquéllas o la presencia de éste, por medio de información de testigos, se hará o denegará la declaración correspondiente."

Ovalle Favela (116) dice que: "Es claro que para determinar la edad del presunto menor, es más adecuada, a falta de la constancia registral, la prueba pericial que la testimonial."

Como vemos, de lo anterior podemos deducir que para declarar el estado de minoridad, el juez debe tener pruebas de que la persona es efectivamente menor de edad, y en el caso de que no se tenga el acta de nacimiento de dicha persona, se le podrá practicar un examen médico que demuestre la edad que tiene.

Declaración de incapacidad por causa de demencia.

El artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal indica que para llevar a cabo la declaración de incapacidad por causa de demencia se hará un juicio ordinario, en el cual intervendrán el peticionario y un tutor interino que nombre el juez de lo familiar.

Ovalle Favela (117) dice al respecto: "La petición de declaración de incapacidad por causa de demencia, tiene un doble trámite: primero, si los interesados están de acuerdo y dos exámenes médicos realizados en fechas y por especialistas diferentes confirman el estado de demencia, la declaración puede ser formulada por el juez en jurisdicción voluntaria; pero, si existe oposición por parte

(116) OVALLE FAVELA, José, Op.cit., pág. 350.

(117) Ibídem.

del tutor del presunto incapacitado o del Ministerio Público, la declaración sólo podrá ser hecha una vez que se realice un juicio ordinario contencioso en el cual se dé oportunidad de defenderse al presunto incapacitado, por sí mismo como por medio de su tutor interino."

En la fracción I del artículo 904, se indica que el juez tiene que dictar las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la persona y bienes del incapacitado.

"En el procedimiento de jurisdicción voluntaria, a la petición de interdicción debe acompañarse el 'certificado de un médico o informe fidedigno' de la persona que auxilia al presunto incapacitado o algún 'otro medio de convicción'. Recibida la petición, el juez ordenará un primer examen del presunto incapacitado por los médicos que aquél nombre, quienes deben ser 'de preferencia, alienistas'. Este examen deberá hacerse en presencia del juez y con citación del solicitante y del Ministerio Público. El presunto incapacitado tendrá derecho a ser oído en la audiencia."(118)

Si después de que ya se le hicieron los exámenes médicos a la persona de la que se dice es incapaz, se comprobare la incapacidad, o se tuviere duda sobre su capacidad, el juez dictará las siguientes medidas:

1. Nombrarle tutor y curador interino;
2. Poner los bienes del presunto incapacitado bajo la administración del tutor interino. Y los de la sociedad conyugal en manos del otro cónyuge; y
3. Proveer legalmente de la patria potestad o tutela a las personas que tuviese bajo su guarda el presunto incapacitado (artículo 904 fracción III, incisos a), b), y c) del

(118) Ibidem.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

"Una vez dictadas estas medidas , las cuales pueden ser recurridas en apelación en el efecto devolutivo (ejecutivo), el juez ordenará un segundo examen del presunto incapaz por otros médicos también nombrados por él , preferentemente alienistas. Si hubiese discrepancia entre el nuevo dictamen pericial y el anterior , el juez llamará a los peritos a una junta de aveniencia y , si no logra superar las discrepancias, nombrará un perito tercero en discordia. Por último, citará a una audiencia en la que , si hubiese acuerdo entre el solicitante, el tutor y el Ministerio Público, dictará resolución (artículo 904)."(119)

Si en la audiencia en la que dicte resolución el juez sobre la incapacidad no hubiere acuerdo , y existiera oposición ya sea por parte del tutor interino o por el Ministerio Público, no se podrá seguir a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria y tendrá que hacerse en un juicio ordinario contencioso (artículo 904 , última parte del Código de Procedimientos Civiles para el D.F.).

Para Becerra Bautista (120) existen diferentes etapas por las que atraviesa el procedimiento de declaración de incapacidad por causa de demencia , y las indica de la manera siguiente:

"Diligencias prejudiciales. Teniendo dentro de estas: el aseguramiento de la persona y bienes del incapacitado, ordenar que la persona que lo auxilia lo ponga a disposición de médicos alienistas en el plazo de 72 hrs. y otras.

"Segunda etapa, las medidas cautelares como: el -

(119) Ibíd., pág. 695.

(120) BECERRA BAUTISTA, José, Op. cit., pág. 471.

nombramiento de tutor o curador interinos, poner los bienes del presunto incapacitado bajo la administración del tutor-interino, etc.

"Tercera etapa, un segundo reconocimiento médico.

"Cuarta etapa, la resolución."

3. NOMBRAMIENTO DE TUTORES

Antes de hablarles sobre el procedimiento de nombramiento de tutores, es necesario decirles lo siguiente:

En el artículo 461 del Código Civil para el Distrito Federal, se indica que existen tres clases de tutela: a) la testamentaria, b) la legítima, y c) la dativa.

De Pina (121) dice que: "Ninguna de ellas puede conferirse sin que previamente se declare judicialmente el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a sus efectos."

Se tratará de explicar brevemente a cada una de ellas:

a) Tutela Testamentaria. "Es la que se confiere en testamento y tiene lugar, cuando el ascendiente que sobreviva de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad, aunque fuere menor, nombra tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza, incluyendo al hijo óstumo. Ese nombramiento, excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulterior grado (artículos 470 y 471 del Código Civil).

"Existe, en nuestra ley, el derecho reconocido a un extraño, para designar tutor en su testamento, a un incapaz que no se encuentre bajo su patria potestad, no bajo la

(121) GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op. cit., pág. 698.

de otro y esto ocurre cuando le deje bienes, para el simple efecto de la administración de esos bienes (artículos 473 y 475 del Código Civil)."(122)

b) Tutela Legítima.

De Ibarrola (123) dice que: "Es la tutela legítima la diferida por la ley en defecto de la testamentaria. Es - decir, tiene como en el Derecho romano, carácter subsidia--rio. Esta tutela, dice De Diego, es cualidad y atributo de ciertas personas, de los parientes, por consecuencia de su parentesco; pero el código civil restringe los llamamientos en interés del menor, por lo que parece reconocer la preferencia de la tutela dativa que permite la apreciación de las condiciones personales del tutor. Nuestro código distingue en tres capítulos (III, IV, V del título noveno del libro prmero) diversas clases de tutela legítima: la de los menores, la de los dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de las drogas enervantes; y la de los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona, o depositados en establecimientos de beneficencia."

c) Tutela Dativa.

Galindo Garfias (124) señala que: "La tutela dativa tiene lugar: 1o. cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien corresponda desempeñar la tutela legítima, y 2o. cuando el tutor testamentario está impedido de ejercerla temporalmente y no existan hermanos o colaterales dentro - del cuarto grado inclusive (artículo 495 del Código Civil).

"Las notas que caracterizan la tutela dativa son

(122) Ibíd.

(123) DE IBARROLA, Antonio, Op. cit., pág. 398.

(124) GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op. cit., pág. 399.

las siguientes: a) que es subsidiaria de la testamentaria y de la legítima; b) que el tutor dativo es designado por el juez de lo familiar, si no tiene justa causa para reprobala. La designación la hace el propio juez de lo familiar, si el menor no ha cumplido esa edad (artículos 496 y 497 del Código Civil); c) que puede recaer en cualquier persona en el caso del inciso anterior, y sólo en alguno de los que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas, en el segundo (artículos 496 y 497 del Código Civil).'

En el artículo 499 del Código Civil para el D.F. se dice que: "Siempre será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado."

Tanto en la tutela legítima, como en la dativa es donde el juez debe nombrar al tutor, ya sea dentro de los parientes más cercanos del incapaz, o de la lista de tutores que le da cada año el Consejo Local de Tutelas.

Galindo Garfias (125) al respecto dice: "Se entiende por nombramiento de tutor, la designación que en el caso de tutela testamentaria hace el autor de la herencia, o el juez en el caso de tutela dativa para que una cierta persona desempeñe esas funciones.

"La persona designada por el autor de la herencia o por el juez de lo familiar en su caso, puede tener una excusa o no se ha hecho valer ninguna."

Como vemos, la persona que ha sido designado como tutor puede excusarse del cargo, siempre y cuando compruebe que están fundadas sus excusas.

"El tutor designado debe manifestar si acepta o -

(125) Ibíd., pág. 701.

no el cargo dentro de los cinco días que sigan a la notificación de su nombramiento.

"En igual término debe proponer los impedimentos o excusas que tenga para no aceptar el nombramiento, disfrutando de un día más por cada cuarenta kilómetros que medien entre su domicilio y el lugar de la residencia del juez competente (artículo 906).

"El artículo 511 del Código Civil establece las causas que permiten excusarse para ser tutores y el 513 establece que cuando transcurra el término que para proponer sus impedimentos o excusas señala el Código de Procedimientos Civiles, sin ejercitar el derecho respectivo, se entiende renunciada la excusa. También se entiende renunciada la excusa por el hecho de aceptar el cargo no obstante haber excusa legítima o cuando habiendo dos o más no se proponen simultáneamente, dentro del plazo señalado por el artículo 906; si se propone una sola, se entenderán renunciadas las demás (artículos 512 y 514 C.C.)."(126)

Al aceptar el cargo de tutor, éste debe dar ciertas garantías respecto al tiempo en que dure la tutela.

Becerra Bautista (127) al respecto dice: "Aceptado el cargo por el tutor, éste debe prestar las garantías exigidas por el Código Civil -dice el artículo 906-, a no ser que la ley lo exceptuare expresamente.

"Quedan exceptuados de otorgar garantía los tutores que sean cónyuge, ascendientes o hijos del incapacitado y el que no administre bienes (artículos 520 y 523, fracción II del C.C.)."

(126) BECERRA BAUTISTA, José, Op.cit., n.ºg. 476.

(127) Ibidem.

Existen dos tipos de tutores: tutor definitivo y tutor interino.

El tutor definitivo es el que se hará cargo de la tutela por el tiempo que ésta dure, ofreciendo sus respectivas garantías y terminará sus funciones cuando cese la incapacidad ya sea legal o la natural.

El tutor interino es nombrado por el juez de lo familiar en los siguientes casos:

"En los casos en que temporalmente el tutor definitivo no pudiere desempeñar el cargo, porque su nombramiento sea condicional y no se haya cumplido la condición, por que está pendiente de la calificación de una excusa presentada por él, porque está corriendo el plazo para el otorgamiento de la garantía que debe prestar, porque en un negocio determinado tenga el tutor interés opuesto a su pupilo, etc., el juez de lo familiar deberá nombrar a un tutor interino."(128)

Galindo Garfias (129) dice al respecto: "El tutor interino, como su nombre lo indica, desempeñará el cargo provisionalmente y cesa en su ejercicio en el momento en que el tutor definitivo se encuentre en la posibilidad legal de asumir la tutela, porque han desaparecido las causas que impiden transitoriamente ejercer sus funciones."

La tutela interina puede ser: "... especial, si se trata de uno o varios negocios determinados (oposición de intereses en juicio entre la mujer incapacitada y el marido o entre el pupilo y el tutor) o general, si el nombramiento de tutor interino tiene lugar en los casos en que el tutor-

(128) GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op.cit., pág. 699.

(129) Ibíd.

definitivo se encuentra impedido temporalmente para desempeñar todas las funciones que implica el ejercicio de la tutela." (130)

En el artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal se indica que el juez de lo familiar nombrará a un tutor interino para la declaración de incapacidad por demencia, con la finalidad de que intervenga en el juicio.

Facultades y Obligaciones del tutor

De Ibarrola(131) dice que: "A diferencia de lo que sucede en el Derecho francés, las funciones del tutor no son entre nosotros gratuitas, ni tienen por qué serlo. Lo que desea la sociedad mexicana es la actuación, en todo caso, de personas honorables, aun cuando sean retribuidas en forma adecuada. Las funciones del tutor son personales, en cuanto que no se transmiten a sus herederos, quienes por otra parte, artículo 603, sí quedan gravados,...

"Evidentemente por el tutor puede ser asistido por administradores y mandatarios, pero sin perjuicio de la responsabilidad que le incumben a él exclusivamente para con el menor."

"...los poderes y facultades del tutor tienen el carácter de generales, lo que significa que, salvo excepción establecida por la ley, puede representarlo sin tener que solicitar al efecto autorización alguna. Administra el tutor, por lo tanto, en principio, los bienes del incapacitado como administraría los suyos propios."(131bis)

En el caso de que el tutor tenga que administrar-

(130) Ibidem, pág. 700.

(131) DE IBARROLA, Antonio, Op. cit., pág. 414.

(131bis) Ibidem, pág. 419.

los bienes del pupilo, no podrá administrarlos si no se ha nombrado a un curador (artículo 535 del Código Civil para el Distrito Federal). Y si lo hiciere será responsable de los daños y perjuicios que le ocasionare al incapacitado.

El hecho de que el tutor administre bienes del pupilo, trae como consecuencia la rendición de cuentas, en el tiempo que dispongan, tanto el Código Civil como el Código de Procedimientos Cíviles para el Distrito Federal. Para vigilar que las funciones del tutor sean las apropiadas a su encargo, se tiene al curador, pero en primer término a los jueces de lo familiar.

Galindo Garfias (132) dice: "Los jueces de lo familiar son las autoridades encargadas de intervenir en los asuntos relativos a las cuestiones que afectan a la familia y por lo tanto, a la tutela. Ejercen una supervigilancia sobre el conjunto de los actos del tutor, para impedir, por medio de disposiciones apropiadas, la transgresión de sus deberes (artículo 634 del Código Civil), además tiene la facultad de deferir la tutela especial de los menores para comparecer en juicio."

4. DISCERNIMIENTO DEL CARGO DE TUTOR

Al comprobarse que el tutor nombrado aceptó el cargo, y que dio la garantía respectiva, y que reúne los requisitos para ser tutor, se procede al llamado discernimiento del cargo de tutor; es muy importante que el tutor presente la garantía que se le pide ya que si no lo hace no podrá realizar ninguno de los actos que a su cargo competen.

Galindo Garfias (133) define lo que es el discer-

(132) GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op. cit., pág. 697.

(133) Ibíd., pág. 701.

nimiento del cargo de tutor y dice: "... es el acto judicial por medio del cual el juez de lo familiar, después de comprobar que los intereses del menor o incapacitado quedan debidamente asegurados con la caución otorgada por el tutor, lo inviste de los poderes de representación y gestión y de la potestad para el cuidado del menor, que requerirá el ejercicio de la tutela. Sólo después del discernimiento del cargo, el tutor puede realizar los actos propios de la función de la tutela."

El artículo 908 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal se refiere a que cuando el tutor no ha cumplido con los requisitos que debe tener se denegará el discernimiento del cargo, y escogerá a otro.

La tendencia del legislador al regular esta figura jurídica de la tutela es la de proteger los intereses de los menores y de los incapacitados, escogiendo el procedimiento de jurisdicción voluntaria por la rapidez con que se lleva, y porque realmente no entran en conflicto otros intereses, ya que si así fuera cambiaríamos a un juicio contencioso, como ya lo expresamos anteriormente.

El código citado indica en su artículo 909 lo siguiente: "En los juzgados de lo familiar, bajo el cuidado y responsabilidad del juez y a disposición del Consejo de Tutelas habrá un registro en el que se inscribirá testimonios de todos los discernimientos que se hicieren de los cargos de tutor y curador."

Las autoridades encargadas de vigilar y controlar las funciones de los tutores han nombrado también a los curadores, para que éstos tengan un control más exacto sobre los tutores; en el siguiente inciso se explicará la función de los curadores.

5. NOMBRAMIENTO DE CURADORES

Antes de hablar del nombramiento de curadores, hablaremos un poco de la curatela.

La curatela al igual que la tutela nos viene desde el Derecho Romano y es una figura jurídica que sirve para cuidar el patrimonio de los incapaces, así como de vigilancia para el tutor.

De Ibarrola(134) dice al respecto lo siguiente: "La ley es especialmente severa para vigilar a aquellas personas que tienen a su cuidado la persona y los bienes de un incapacitado. La palabra curador nos viene del latín curator, derivado de curare, cuidar. Era en Roma la persona encargada de administrar los bienes del menor o incapaz sometido a tutela: cuidaba en algunos casos también de la persona del menor y de la salud del incapaz. Figura genuinamente romana, se ha querido diferenciar del tutor en que éste defiende y protege la persona del menor y el curador sus bienes, lo que no siempre es exacto. Son circunstancias históricas y razones prácticas las que originan y perpetúan incluso en la mayoría de las legislaciones modernas esta distinción.

"Siendo la curatela una institución de guarda y protección de los intereses de los menores o incapacitados, la definición en el fondo en nada se diferencia de un concepto genérico de la tutela."

Como podemos ver, se ha tratado de diferenciar a la tutela de la curatela pero coinciden en uno de sus fines, la protección del patrimonio del incapaz o del menor.

Al hablar de nombramiento de curadores Becerra -

(134) DE IBARROLA, Antonio, Op. cit., pág. 439.

Bautista (135) dice que: "Es principio general que todos los individuos sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, deben tener un curador que debe ser designado, en algunos casos, por el que hace el nombramiento de tutor, en otros (previstos por el artículo 624 del C.C.), por el mismo menor con aprobación judicial y, finalmente, por el juez.

"Por tanto, se aplican a las designaciones judiciales de curadores las mismas reglas que hemos visto para las designaciones judiciales de los tutores."

También respecto a los curadores, se puede nombrar a un curador interino, en el caso de que el propietario no pueda ejercer su cargo.

En el artículo 911 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F. se dice: "En todos los casos de impedimento, separación o excusa del curador propietario se nombrará curador interino mientras se decide el punto. Resuelto, se nombrará en su caso nuevo curador conforme a derecho,

Hay que hacer hincapié en que tanto tutores como curadores no pueden ser removidos, ni excusarse por acto de jurisdicción voluntaria (artículo 914 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F.).

También en el Código Civil para el D.F. se regula a los curadores (artículos del 618 al 630), aunque remitiendo a disposiciones que regulan a la tutela.

Obligaciones del curador:

I. Defender los derechos del menor en juicio y fuera de él; siempre que estén en oposición con los intereses-

del tutor.

II. Vigilar la conducta del tutor, y poner del conocimiento del juez todo aquéllo que considere que puede dañar al incapacitado.

III. Dar aviso al juez, si el tutor no cumple con su función, o la abandona (artículo 626 del C.P.C. para el Distrito Federal).

Galindo Garfias (136) dice que: "El curador puede ser de acuerdo con nuestro derecho, testamentario o dativo; no hay curadores llamados por la ley al desempeño de la curaduría, en razón a la misión que el curador tiene encomendada, consiste en fiscalizar los actos del tutor; lo que supone su independencia en provecho del tutelado, y origina que no puedan ser desempeñados al mismo tiempo los cargos de tutor y curador por una misma persona, ni por personas que tengan entre sí parentesco, en cualquier grado en la línea recta o dentro del cuarto grado colateral (artículo 458 del Código Civil)."

Como vemos el curador es parte muy importante dentro de la tutela, ya que el tutor no puede disponer del patrimonio del incapaz, si no se le ha nombrado curador.

Antes de terminar con este capítulo es necesario mencionar cuándo se puede considerar terminada una tutela o extinguida.

Galindo Garfias (137) dice al respecto: "La cesación de la tutela puede entenderse de dos modos, por desaparecer el supuesto hecho de la misma o sea que no haya ya un incapaz y no sea necesario ni posible ejercer un poder tute

(136) GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op.cit., pág. 696.

(137) Ibíd., pág. 709.

er, o porque sin cesar la incapacidad se extingue, sin embargo, la tutela, la cual es sustituida por la patria potestad, en el caso de que aparezca persona que deba ejercerla.

"Las causas de cesación de la tutela de la primera especie afectan a la condición personal del incapaz y son la muerte y la desaparición de su incapacidad (artículo 606 fracción I del Código Civil): y los de la segunda se refieren a la extinción de las funciones del tutor, porque el incapacitado caiga en la patria potestad, por reconocimiento o por adopción."

CAPITULO V. AUTORIZACIONES JUDICIALES

Hablaremos en este último capítulo de la ya mencionada incapacidad de algunos sujetos de derecho, así como de las autorizaciones judiciales que éstos requieran.

En las autorizaciones judiciales nos referiremos al carácter patrimonial de los incapacitados, y de la forma en que éstos a través de sus representantes legales (tutores o los que ejerzan la patria potestad), disponen de su patrimonio bajo la vigilancia de las autoridades, principalmente del juez de lo familiar.

1. LAS QUE SOLICITEN LOS EMANCIPADOS

Para que se dé la emancipación se necesita que el menor contraiga matrimonio; anteriormente, existía la llamada emancipación voluntaria en la cual si el menor tenía más de 18 años y menos de 21, y se comprobaba que era apto para los negocios y para la administración de sus bienes, se le liberaba de la patria potestad. Pero actualmente sólo conocemos a la emancipación legal, o sea, porque el menor contraiga matrimonio, quedando suprimida la emancipación voluntaria.

"La reforma del artículo 34 constitucional que concedió la ciudadanía a las personas de dieciocho años, cualquiera que sea su estado civil (D.O. de 26 de diciembre de 1969), trajo como consecuencia las reformas del Código Civil, según las cuales 'la mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos' y 'el matrimonio del menor de 18 años produce emancipación' (artículos 446 y 441).

"Consecuencia de lo anterior es que desapareció la emancipación para los mayores de dieciocho años que proveía el derogado artículo 642 C.C. y su correlativo 645 que

ordenaba que la resolución judicial de emancipación se remitiera al Registro Civil."(138)

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal indica en su artículo 938 fracción I que la autorización judicial que otorga el emancipado para poder enajenar o gravar bienes raíces o para comparecer en juicio, se tramitará a través de un incidente, con intervención del Ministerio Público. En el caso de que el emancipado tenga que intervenir en juicio se le nombrará un tutor especial.

2. PARA VENDER Y GRAVAR BIENES, Y TRANSIGIR SOBRE DERECHOS DE MENORES, INCAPACITADOS Y AUSENTES

El hecho de que una persona esté incapacitada para hacer valer sus derechos, trae como consecuencia que el juez de lo familiar se preocupe porque las personas que tienen a su cargo a esos incapaces, no se aprovechen de esa circunstancia tratando de derrochar el patrimonio de ellos; por esto es que si se quiere vender o gravar algún bien del incapacitado se tiene que pedir autorización judicial, siempre y cuando, la venta traiga algún provecho al incapacitado.

Alcalá Zamora (139) dice al respecto: "El procedimiento para la enajenación de bienes de menores o incapacitados y transacción acerca de sus derechos, se basa en la desconfianza hacia los representantes de los mismos, especialmente cuando se trata de tutores."

Los bienes de incapacitados que requieren autorización para venderlos o gravarlos, se encuentran regulados en el artículo 915 del Código de Procedimientos Civiles pa-

(138) RECERRA BAUTISTA, José, Op.cit., pág.480.

(139) ALCALÁ ZAMORA, Niceto, Op.cit., pág.417.

ra el Distrito Federal.

Los sujetos que pueden pedir la autorización judicial son: los que ejercen la patria potestad y los tutores; para estos sujetos existen reglas especiales que se explicarán a continuación.

"Para poder vender bienes pertenecientes a menores o incapacitados se necesita autorización judicial.

"Los bienes sujetos a este régimen son los enumerados por el artículo 915, a saber: bienes raíces, derechos reales sobre inmuebles; alhajas y muebles preciosos; acciones de compañías industriales y mercantiles, cuyo valor exceda de cinco mil pesos.

"Tienen el deber de pedir la licencia judicial :- los que ejercen la patria potestad y los tutores."(140)

a) **REGLAS ESPECIALES PARA LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD**

En el artículo 920 del Código de Procedimientos - Civiles para el Distrito Federal se señala claramente cuándo se requiere autorización judicial y cuáles son los bienes que se pueden vender o gravar.

Se necesitará:

1. Expresar el motivo, objeto y beneficio que se pueda obtener con la venta de los bienes, y la utilidad que le reedituará al menor de edad (artículo 916 del C.P.C.).

Se pedirá la autorización judicial respecto a la:

- Venta o gravamen de bienes inmuebles;
- Venta o gravamen de muebles preciosos o alhajas;
- Extinción de derechos reales;

(140) RECERRA BAUTISTA, José, Op.cit., n.º 468.

-Extinción de derechos reales sobre inmuebles;y-
 -Acciones mercantiles cuyo valor exceda de 5 mil pesos (artículos 915 y 920 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F.).

Intervendrán: el Ministerio Público y un tutor especial.

En cuanto a los muebles preciosos:"El juez puede autorizar la venta de las alhajas y de los muebles preciosos por medio de corredor o casa de comercio, en los términos previstos para las enajenaciones de muebles en la vía de apremio o por conducto del Monte de Piedad(art.917)."(141)

b) REGLAS ESPECIALES PARA LOS TUTORES

También en nuestro código procesal se menciona cuando el tutor necesita pedir autorización judicial.

Al respecto señalamos que necesita autorización judicial para:

- 1.Vender o gravar bienes inmuebles;
- 2.Vender o gravar muebles preciosos;
- 3.Vender derechos reales sobre inmuebles;
- 4.Vender acciones de sociedades mercantiles cuyo valor exceda de cinco mil pesos;
- 5.Celebrar contratos de arrendamiento sobre bienes de los incapacitados por más de cinco años;
- 6.Recibir dinero prestado en nombre del menor o del incapacitado (artículos 915 y 921 del CPCDF).

Intervendrán en ella: curador, Ministerio Público y peritos.

El segundo párrafo del artículo 916 señala que:

(141) OVALLE FAVELA, José, Op.cit., pág.352.

"Si fuere el tutor quien solicitare la venta, debe proponer al hacer la promoción las bases del remate en cuanto a la cantidad que deba darse de contado, el plazo, interés y garantías del remanente.

"La solicitud del tutor se substanciará en forma de incidente con el curador y el Ministerio Público. La sentencia que se dictare es apelable en ambos efectos.

"Los meritos que se designen para hacer el avalúo serán nombrados por el juez."

Como vemos se utilizará un procedimiento de remate, para la venta.

En el artículo 917 segundo párrafo, del CPCDF se señala que el procedimiento de remate se hará: "...conforme a los artículos 565 y siguientes del C.C., y en él no podrá admitirse postura que baje de las dos tercias partes del avalúo pericial ni la que no se ajuste a los términos de la autorización judicial.

"Si en la primera almoneda no hubiere postor, el juez convocará a solicitud del tutor, del curador o del consejo de tutela, a una junta dentro del tercer día, para ver si son de modificarse o no las bases del remate, señalándose nuevamente las almonedas que fueren necesarias."

Becerra Bautista (142) al respecto señala: "Como no se aclara, creemos que deben hacerse deducciones al precio que sirva de base para la subasta, pues en otra forma no sería posible el remate."

Respecto a las acciones de empresas comerciales y mercantiles se dice que: "La ley substantiva prohíbe a los

(142) BECERRA BAUTISTA, José, Op.cit., pág. 470.

tutores vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados pertenecientes al incapacitado, por menos valor del que se coticie en la plaza el día de la venta (artículo 563 C.C.)."(143)

Lo anterior, se constata en el artículo 918 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F., el cual indica que al darse la autorización para disponer de las acciones es sólo para el caso de que no se haga a menor valor del que tenga en la localidad el día de la venta.

Ovalle Favela (144) concluye diciendo: "El procedimiento se reduce a la solicitud y a un incidente en el cual se da participación al Ministerio Público y a un tutor especial nombrado para tal objeto por el juez (si la solicitud proviene de quienes ejercen la patria potestad) o al curador (si es del tutor). La resolución definitiva que el juez dicte es apelable en ambos efectos (suspensivo) (artículos 916 y 920)."

En cuanto a los ausentes, según el artículo 922 del CPCDF dice que: las disposiciones de los artículos para las autorizaciones judiciales que ya estudiamos se aplican en el caso de gravamen y enajenamiento de bienes del ausente, también en el caso de transacción y arrendamiento por más de cinco años.

3. DISPOSICIONES RELATIVAS A OTROS ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA

Existen otros actos de jurisdicción voluntaria que los podemos incluir dentro de la materia familiar, primero porque atañen a la familia y segundo por estar encomen-

(143) Ibídem.

(144) OVALLE FAVELA, José, Op.cit., pág.351.

dados a un juez de lo familiar, aunque uno de ellos no lo regule nuestro código procesal, sino que está en el Código Civil para el D.F.

En los artículos 938 y 939 se regulan otros actos de jurisdicción voluntaria; al respecto, trataremos de explicarlos:

a) Se habla de las autorizaciones judiciales de los emancipados (parte que ya tratamos) (fracción I del artículo 938).

b) El permiso que rigen los cónyuges para poder contratar, para obligarse solidariamente entre ellos, o para ser fiador uno del otro.

Becerra Bautista (145) dice que: "... se debe acreditar la clase de negocio que va a celebrar con el marido o con los terceros y la necesidad de otorgar la fianza o la obligación solidaria en su caso."

c) Calificación de excusa de la patria potestad. Cuando los que ejerzan la patria potestad sobre un menor estén imposibilitados para ejercerla ya sea por: tener mala salud o porque tengan 60 años cumplidos, y no puedan desempeñar el ejercicio de la patria potestad (excusas que regula el art. 443 del C.C.).

d) Aclaración de actas del estado civil, ya sea por errores gramaticales o por errores mecanográficos.

Becerra Bautista (146) señala al respecto: "En la reforma de 1973 se ordenó que para la aclaración de actas del estado civil, cuando se trate de errores gramaticales o mecanográficos o de letras o de palabras concernientes a la

(145) BECERRA BAUTISTA, José, Op.cit., pág. 480.

(146) Ibidem, pág. 481.

real identificación de las personas se podía acudir al juez de lo familiar en vías de jurisdicción voluntaria, con audiencia del Ministerio Público, como en todos los casos citados."

Ovalle Favela (146 bis) dice: "Conviene aclarar - que el artículo 138 bis del Código Civil, introducido con las reformas de 1979, permite la aclaración de las actas - del estado civil por la Oficina Central del Registro Civil, cuando existan errores mecanográficos, ortográficos o de - otra índole que no afecten los datos esenciales de aquéllas."

Y por lo que respecta al artículo 939 del CPCDF - referente al depósito de personas: "Tienen derecho de pedir - su depósito: Los menores o incapacitados que se hallen suje - tos a la patria potestad o a tutela y que fueren maltratados por sus padres o tutores o reciban de éstos ejemplos perniciosos a juicio del juez o sean obligados por ellos a cometer actos reprobados por las leyes;

"Los huérfanos e incapacitados que queden en el - abandono por la muerte, ausencia o incapacidad física de la persona a cuyo cargo estuvieren, y

"El menor de edad que desee contraer matrimonio y necesite acudir a la autoridad competente para suplir el consentimiento de sus padres, puede solicitar al juez determine sobre su custodia." (147)

De acuerdo a lo anterior el juez será el que decida si niega o llega a decretar el depósito de la persona, - hasta el mismo día.

Ovalle Favela (148) al respecto señala: "En rigor,

(146 bis) OVALLE FAVELA, José, Op.cit., pág. 355.

(147) BECERRA BAUTISTA, José, Op.cit., pág. 481.

(148) OVALLE FAVELA, José, Op.cit., pág. 356.

el depósito decretado conforme al artículo 939 del CPCDF es sólo una medida cautelar personal, similar a la separación de la persona que intente demandar o presentar denuncia o querrela contra su cónyuge (artículos 207 a 217 del CPCDF), la cual no implica una decisión sobre la patria potestad o la tutela, cuya pérdida, suspensión o remoción sólo podrá ser resuelta en un juicio contencioso."

Otro acto de jurisdicción voluntaria en materia familiar, que no está regulado en el capítulo que el Código de Procedimientos Civiles para el D.F. dedica a la jurisdicción voluntaria es el divorcio voluntario.

Gómez Lara (150) dice al respecto: "Consideramos correcta la posición doctrinal de incluir, al divorcio por mutuo consentimiento, como un trámite que tiene naturaleza de jurisdicción voluntaria.

"Ahora bien, este divorcio por mutuo consentimiento encuentra su fundamento en la fracción XVII del artículo 267 del Código Civil, y presenta dos cauces diversos de tramitación, el llamado divorcio administrativo, a que alude el artículo 272 del propio Código Civil, y el divorcio judicial por mutuo consentimiento. Trataremos de precisar, brevemente la tramitación de ambos."

Como sabemos el divorcio voluntario puede tener cualquiera de las siguientes dos tramitaciones: ya sea como divorcio administrativo, o como divorcio judicial.

a) Divorcio administrativo. Presupone lo siguiente (artículo 272 del C.C.):

1. Que los cónyuges están de acuerdo en divorciarse;

(150) GÓMEZ LARA, Cipriano, Derecho Procesal Civil, México,

Editorial Trillas S.A., Primera Edición, 1984, pág. 252.

2. Que no tengan hijos; y

3. Que liquidaron de común acuerdo la sociedad conyugal.

Se presentarán ante el Juez del Registro Civil del lugar para:

a) Comprobar que están casados, claro está con el acta de matrimonio.

b) Que son mayores de edad; y

c) Que tienen la voluntad de divorciarse.

Una vez hecho lo anterior: "Conforme al artículo 272 del Código Civil para el D.F., el juez del registro civil después de levantar un acta haciendo constar la solicitud de divorcio, debe citar a los cónyuges para que ratifique ésta a los quince días, y hecho esto, los declarará divorciados." (151)

Existe también el llamado divorcio judicial por mutuo consentimiento.

b) Divorcio judicial.

Gómez Lara (152) dice al respecto: "De la misma disposición contenida en el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal se desprende que, si los cónyuges también desean divorciarse, pero tienen hijos, o bien alguno de ellos es menor de edad, o bien no han liquidado la sociedad conyugal, entonces pueden obtener su divorcio también por mutuo consentimiento, ocurriendo al juez de lo familiar en los términos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal ..."

En este tipo de divorcio se deben entregar los siguientes documentos:

(151) OVALLE FAVELA, José, Op. cit., pág. 357.

(152) GÓMEZ LARA, Cipriano, Op. cit., pág. 253.

- a) Acta de matrimonio;
- b) Actas de nacimiento de sus hijos;
- c) Convenio respecto a la situación de los hijos.

En este tipo de divorcio es muy importante la intervención del Ministerio Público, ya que él cuidará que se respeten los intereses de los hijos, revisará el convenio y resolverá si se acepta o no.

El divorcio voluntario administrativo se tramita ante una autoridad administrativa, que actualmente recibe el nombre de juez del Registro Civil, pero que anteriormente se llamaba Oficial del Registro Civil, ya que no juzga. En cambio, el divorcio judicial se tramita ante el juez de lo familiar, pero en los dos casos son actos de jurisdicción voluntaria, ya que si bien es cierto que el divorcio judicial por mutuo consentimiento se tramita ante un juez de lo familiar y se regula de manera más estricta cuidando los intereses de los hijos, también se le considera como un acto de jurisdicción voluntaria.

Gómez Lara (153) dice que: "La naturaleza del trámite y de la resolución dictada, en ambos procedimientos que hemos descrito, en la misma. Se trata estrictamente de trámites de jurisdicción voluntaria, uno de ellos en sede judicial, y el otro en sede administrativa. Es claro que las diferencias esenciales entre uno y otro trámite, entrañan que merezca mayor tutela estatal, el trámite judicial, y obsérvese que el mismo se exige para el caso de que existan hijos del matrimonio o de que los cónyuges sean menores de edad o de que no hubieren liquidado la sociedad conyugal."

(153) Ibídem, pág. 254.

En cuanto a las resoluciones en los dos tipos de divorcio voluntario se dice lo siguiente:

" ... que no se trata, en ninguno de los dos casos de una verdadera sentencia jurisdiccional. Si bien, en una forma externa, y de estructura, el llamado juicio de divorcio voluntario termina por una 'sentencia', la verdad es que no hay tal. Como tampoco existe una genuina o verdadera sentencia, en ninguno de los procedimientos de la llamada jurisdicción voluntaria. Se trata de resoluciones, muchas veces dictadas por los jueces, porque así conviene que sea, pero que no entrañan el genuino desempeño de la función jurisdiccional y, consecuentemente, tampoco el ejercicio de acción ni la existencia de un genuino proceso; constituyen acuerdos o decretos administrativos en los que la autoridad, ya sea judicial o administrativa, cumplidos determinados requisitos, declara disuelto el vínculo matrimonial, sancionando solamente una solicitud en la cual, no hay litigio ni controversia de las partes, puesto que, los solicitantes de un divorcio por mutuo consentimiento, usualmente están en desacuerdo sobre todas las cosas de la vida y del mundo, pero están plenamente de acuerdo en una sola que es precisamente el separarse y obtener la disolución del vínculo matrimonial que los une."(154)

Pallares (155) señala al respecto: "Aunque generalmente se afirma que el divorcio voluntario se lleva a cabo por vía de jurisdicción voluntaria, en realidad no es así, porque el Código Procesal no lo incluye en el título relativo a dicha jurisdicción, y además, principalmente, porque

(154) Ibidem, pág. 255.

(155) PALLARES, Eduardo, Op.cit., págs. 587-588.

en él hay cuestiones entre partes que consiste, no en la voluntad que tienen los cónyuges de divorciarse, sino en la validez de lo estipulado en el convenio respecto de la condición futura de los hijos y de la manera como han de cumplir los padres la obligación que tienen de alimentarlos, así como las garantías que se otorguen para el cumplimiento de esta obligación. El divorcio no se decreta por el juez - sino cuando se aprueba el convenio, al cual pueden oponerse el Ministerio Público y el propio juez, si lo rechaza por no considerarlo legal o conveniente a los intereses morales y económicos de los hijos que están sujetos a la patria potestad. Por tanto, en el juicio de divorcio hay cuestiones entre partes y debido a esta circunstancia debe figurar en los actos de jurisdicción contenciosa. La parte contraria - a los cónyuges es el Ministerio Público."

Tal parece que al citado autor se le olvidó que - lo que trajo a las partes al divorcio voluntario fue la voluntad de divorciarse; y el hecho de que el Ministerio Público tenga intervención es lógica ya que va a cuidar los - intereses de los menores sujetos a la patria potestad.

Hay que reconocer que el convenio que presentan - los cónyuges, en donde se estipula la situación de los menores es muy importante, pero lo que mueve realmente a los - cónyuges es el hecho de quererse divorciar.

Dentro de las causales de divorcio necesario entre ellas se tiene a el mutuo consentimiento (artículo 267 del Código Civil, fracción XVII) es necesario señalar que la - tramitación es diferente en el caso del divorcio por mutuo consentimiento además de la prontitud con que éste se resuelve cumpliéndose con los requisitos que se viden en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

RESOLUCIONES DE LOS ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA

En los anteriores capítulos se explicaron los actos de jurisdicción voluntaria, así como sus procedimientos que nos señalan las leyes respectivas.

Pero vemos la necesidad de hablarles de la eficacia de las resoluciones de dichos procedimientos de jurisdicción voluntaria.

a) Adopción. En esta figura jurídica, la resolución que la autorice surte sus efectos desde que se inscribe en el Registro Civil. Puede existir revocación de ésta por impugnación dentro del año siguiente en que el adoptado sea mayor de edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad (artículos 400 y 394 del C.C. y 926 del Código de Procedimientos Civiles para el D.F.).

Becerra Bautista (156) dice que: "¿Qué pasa si - transcurrido el año no intenta el adoptado el proceso revocatorio?"

"Indudablemente que queda confirmada en forma definitiva por lo que esa resolución tiene efectos de cosa juzgada, no obstante tratarse de un acto de jurisdicción voluntaria."

b) Nombramiento de tutores y curadores. "... no puede removerse del cargo de tutores y curadores por acto de jurisdicción voluntaria, lo que significa que debe oírseles y vercéseles en juicio contradictorio." (156 bis)

Esto trae como consecuencia que al nombrarse al tutor, y éste acente el cargo habiendo ya cumplido con los

(156) BECERRA BAUTISTA, José, Op.cit., pág. 691.

(156 bis) Ibidem, pág. 692.

requisitos que señala la ley, surte efectos ésta. Y si se quiere cambiar tanto al tutor, como al curador, tendrá que llevarse otro juicio.

c) Autorizaciones para vender y gravar bienes y - transigir sobre derechos de menores, incapacitados y ausentes.

Becerra Bautista (157) dice al respecto: "El efecto, en todos estos casos, es que el juez conceda o niegue - esas autorizaciones. Supongamos que las concede. A consecuencia de esa autorización pueden realizarse actos jurídicos - que tienen como base de validez y eficacia la autorización concedida. Por tanto, esas autorizaciones no pueden ser revocadas ni modificadas ni por el juez ni a petición de parte interesada, aun cuando se demostrara que habían cambiado las circunstancias que se tuvieron en cuenta para concederlas."

d) Emancipación. En este caso, el hecho de que el menor que se encuentre casado se le autorice a realizar - ciertos actos trae como consecuencia la realización de actos jurídicos por parte del emancipado, que deben tener validez jurídica, ya que tiene el emancipado autorización judicial para realizarlos.

Todo lo anterior nos trae como consecuencia que - las resoluciones dictadas en la jurisdicción voluntaria si surten efectos.

"... las resoluciones de jurisdicción voluntaria que dicta el órgano jurisdiccional surten efectos de derecho material muchas veces erga omnes y las partes interesadas no pueden desconocer las situaciones jurídicas que de las mismas derivan, sin que medie un proceso contencioso..."(158)

(157) Ibidem, pág. 691.

(158) Ibidem, pág. 692.

CAPITULO VI. JURISPRUDENCIA

JURISDICCION VOLUNTARIA

"Las resoluciones dictadas en jurisdicción voluntaria, son actos fuera de juicio y contra ellas cabe el amparo."

Quinta Epoca:

Tomo VII, pág. 1294. Alvarez Herminia.

Tomo XV, pág. 52. C. de Rosas Vicenta y Coags.

Tomo XXVI, pág. 1217. Serrano Méndez Rufino y Coags.

Tomo XXVI, pág. 1794. "Gómez Ochoa y Cía".

Tomo XXVI, pág. 2177. Comunidad de San Nicolás de Otongo y Cano e Isidoro.

JURISDICCION VOLUNTARIA. AMPARO CONTRA LAS RESOLUCIONES DICTADAS EN.

"Si bien la Tercera Sala de la Suprema Corte de justicia ha establecido jurisprudencia firme en el sentido de que las resoluciones dictadas en jurisdicción voluntaria, son actos fuera de juicio, y, por tanto, contra ellos cabe el amparo, esto presunone necesariamente que los actos revisten una gravedad consistente en que se afecten partes sustanciales del procedimiento o en que se deje sin defensa al quejoso; de manera que si el juicio de garantías se interpone contra actos dictados en jurisdicción voluntaria, - que no llenan ninguna de las condiciones a que antes aludí, debe desecharse la demanda respectiva, interpretando, contrario sensu, lo que dispone la fracción III del artículo 107-constitucional."

Quinta Epoca:

Tomo LXVIII, pág. 2037. Martínez Menez, Gerardo.

Se puede interponer amparo en contra de las resoluciones dictadas en jurisdicción voluntaria, pero se dese-

chará la demanda interpuesta si no llena las condiciones -
previstas.

JURISDICCION VOLUNTARIA, DILIGENCIAS DE NOTIFICACION

"Las diligencias de jurisdicción voluntaria no son verdaderos juicios, según el artículo 893 del Código de Procedimientos Civiles, que dispone que la jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida cuestión alguna entre partes determinadas. Por tanto, el mandamiento que ordena hacer saber determinado acto de esta índole, no requiere que se cumpla con las solemnidades del juicio, caso en el cual su notificación debe hacerse conforme al artículo 11 del Código Procesal citado; sino que es bastante con que la notificación se haga en los términos del artículo 116 del propio Código mencionado, es decir, si la persona a quien se ordena hacer saber la diligencia de jurisdicción voluntaria se encuentra en el domicilio en que se le busca, se le hará en lo personal, pero si no se le halla la notificación se practica con quien se encuentre en el domicilio, cumpliéndose únicamente con los demás requisitos del precepto en cita."

Sexta Época: Cuarta Parte: Vol. XLVI, pág. 83. A. D. 5756/59.

Daniel Milla Santos. Unanimidad de 4 votos.

JURISDICCION VOLUNTARIA, INCOMPETENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, PARA CONOCER DEMANDAS DE AMPARO CONTRA LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR QUE CONFIRMAN PROVIDENCIAS -
DICTADAS EN. (LEGISLACION DEL ESTADO DE NUEVO LEON).

"Las cuestiones que se plantean en la jurisdicción voluntaria, no son entre partes, sino que se trata únicamente de medidas provisionales y, por tanto, no causan estado;

es más, las resoluciones que pronuncian los jueces en jurisdicción voluntaria ni siquiera reciben la denominación de sentencias, sino de providencias, de acuerdo con los artículos 935 y 936 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, razón por la cual, los fallos pronunciados por el Tribunal Superior de Justicia, confirmando las providencias dictadas por sus inferiores, no tienen el carácter de sentencias definitivas, sino más bien de sentencias interlocutorias. En esa virtud, de las demandas de amparo interpuestas contra dichos fallos, debe conocer el Juez de Distrito respectivo, al tenor de lo dispuesto en la fracción VII del artículo 107 constitucional."

Amparo Directo 2099/68. José Claro Jiménez. 5 de marzo de 1969. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas.

Séptima Época, Volumen 3, Cuarta Parte, pág. 73.

Se desprende de la anterior tesis jurisprudencial que en el Código de Procedimientos Civiles para el estado de Nuevo León no se consideran partes a los sujetos que intervienen en los actos de jurisdicción voluntaria, y en cuanto a las resoluciones tampoco se les tienen como sentencias; también el Código de Procedimientos Civiles para el D.F. a los sujetos que intervienen en la jurisdicción voluntaria no se les considera como partes, lo mismo ocurre con las resoluciones que se dictan ya que se consideran como providencias y no como sentencias.

JURISDICCION VOLUNTARIA EN MATERIA FEDERAL, OPOSICION A LAS DILIGENCIAS DE. NO LA CONSTITUYE EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES QUE EN ELLAS SE PROMUEVE.

"Es inexacto que el incidente de nulidad de actuaciones promovido en las diligencias de jurisdicción volun

taria pueda ser considerado como el medio idóneo a que se refiere el artículo 533 del Código Federal de Procedimientos Civiles para estimar que existe oposición a las mismas por parte de quien lo promueve, pues la aludida oposición que no se plantea en forma lisa y llana, tan sólo da motivo a que se tramite y decida el mencionado incidente mas no controvierte la naturaleza voluntaria del procedimiento."

Amparo en Revisión 1076/82. Ferrocarriles Nacionales de México, 31 de agosto de 1983. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Villegas Vázquez. Secretario: Noé Adonai Martínez Berman.

INCOMPETENCIA, CUESTIONES DE. PUEDEN PLANTEARSE EN JURISDICCION VOLUNTARIA

"Las cuestiones de incompetencia por declinatoria y por inhibitoria, pueden plantearse por quien sea o pueda ser parte en un juicio o procedimiento que se tramita ante las autoridades judiciales, por tratarse de una cuestión que atañe a la capacidad procesal objetiva del juzgador, independientemente de que se esté tramitando lo que doctrinalmente se conoce como juicio de jurisdicción contenciosa o voluntaria; es decir, las cuestiones de competencia pueden promoverse por todo aquel que se encuentre legitimado para intervenir en el juicio o procedimiento, sin que sea indispensable, que se tramite un juicio en el que se ejercite una acción, ya que de acentar este criterio, se daría lugar a que se tramitarán procedimientos (como los relativos a la jurisdicción voluntaria) ante jueces incompetentes."

Amparo en Revisión 226/81. Licenciado Oscar Flores Sánchez, Procurador General de la República. 13 de mayo de 1981. Ponente: Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: Marco A. Rivera Corella.

CONCLUSIONES

PRIMERA. En Roma existió la jurisdicción voluntaria opuesta a la jurisdicción contenciosa, diferenciándose principalmente por el lugar en que cada una se impartía, ya que la contenciosa se llevaba a cabo en un tribunal, en cambio, la voluntaria se impartía en la calle, en la plaza, en el teatro, etc.

SEGUNDA. Con el tiempo los notarios absorbieron - funciones propias de los magistrados; una de ellas fue la solución de los actos de jurisdicción voluntaria, pasando a ser desde entonces función de los primeros.

TERCERA. Con la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, se regulan por primera vez en un solo ordenamiento jurídico procesal a todos los actos de jurisdicción voluntaria, que se encontraban dispersos en las antiguas leyes españolas. Dicho ordenamiento que se elaboró con la influencia del Derecho Romano y Germánico, sirvió de modelo a las leyes de los países hispanoamericanos.

CUARTA. En México, se regula a la jurisdicción voluntaria a través de los treinta y tres códigos procesales, los cuales siguen los lineamientos que marca para esta figura jurídica el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

QUINTA. En cada uno de los ordenamientos jurídicos procesales se ha destinado un capítulo especial para la jurisdicción voluntaria, apartándola así de la jurisdicción contenciosa.

SEXTA. Corresponde conocer de los actos de jurisdicción voluntaria en materia familiar, a los Jueces de lo Familiar.

SEPTIMA. Respecto a la definición de jurisdicción voluntaria, afirmamos que los autores han tomado diferentes criterios para definirla, por lo que, son muchas las definiciones que se han dado, sin lograr que se llegue a una unificación de criterios.

OCTAVA. El hecho que hace que se diferencie a la jurisdicción voluntaria de la jurisdicción contenciosa es - la regulación que nuestro código procesal hace de ésta, apartándola y regulándola de manera especial.

NOVENA. Gran parte de la doctrina ha tratado de sacar de la competencia de los órganos jurisdiccionales a - los procedimientos de jurisdicción voluntaria, restándoles importancia. Sin embargo, se debería tratar de legislar más a cerca de la reglamentación de los mismos sin sacarlos del área judicial.

DECIMA. Siendo que en el procedimiento voluntario lo que se pretende es que se declare un derecho o se legitime un acto, por ello en el momento en que surja contienda - entre partes con diferentes pretensiones, dejará de ser procedimiento voluntario teniéndose que tramitar como procedimiento contencioso.

DECIMA PRIMERA. La naturaleza jurídica de los actos de jurisdicción voluntaria que en materia familiar regula nuestro código procesal, se funda en la importancia social que tienen, por lo que se necesita la intervención de un órgano jurisdiccional. La propia ley da la competencia - a los jueces familiares para que conozcan de esos actos, lo que trae como consecuencia que se esté aplicando la ley a - un caso concreto, aunque no haya un litigio.

DECIMA SEGUNDA. La mayoría de los actos de jurisdicción voluntaria tienen una tramitación rápida, sobre to-

do en los siguientes casos: adopción ; nombramiento de tutores y curadores, discernimiento del cargo ; declaración de incapacidad legal por causa de interdicción o minoridad ; autorizaciones judiciales para vender, gravar y transigir sobre bienes y derechos de menores e incapacitados, ausentes ; divorcio voluntario y otros actos de jurisdicción voluntaria en materia familiar.

DECIMA TERCERA. La adopción se tramita a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria sumamente rápido, ya que si se han cumplido con los requisitos , el juez resolverá en tan solo tres días.

DECIMA CUARTA. Las autoridades jurisdiccionales ejercen un control más intenso sobre las funciones de los tutores nombrando a un curador , el cual se encargará de vigilar y cuidar que el tutor cumpla debidamente con sus funciones, ya que como sabemos entran en juego la persona y el patrimonio del incapacitado.

DECIMA QUINTA. Las resoluciones dictadas en el procedimiento de jurisdicción voluntaria surten sus efectos desde el momento en que se dictan, siempre y cuando no haya oposición por parte de un tercero.

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

- ALCALÁ ZAMORA, Niceto, Derecho Procesal Mexicano, México, Editorial Porrúa S.A., Tomo I, 1976.
- ALSINA, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Buenos Aires, Editores Ediar, 2a. Edición, - Tomo I, 1963.
- ALVAREZ SUAREZ, Ursicino, Curso de Derecho Romano, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo I, 1955.
- BERCERRA BAUTISTA, José, El Proceso Civil en México, México, Editorial Porrúa S.A., 8a. Edición, 1980.
- BONNECASE, Julien, Elementos de Derecho Civil, Trad. Cajica Jr., José, Puebla, Editorial José M. Cajica Jr., Tomo I, 1945.
- CALAMANDREI, Piero, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Vol. I, 1962.
- CARLOS B., Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.
- COUTURE, Eduardo J., Fundamentos de Derecho Procesal Civil, México, Editorial Nacional S.A., 3a. Edición, 1946.
- CURRICA, Humberto, Proceso Civil Romano, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.
- CHIOFFENDA, José, Principios de Derecho Procesal Civil, Trad. Gómez Orbaneja, E., Madrid, Editorial Reus S.A., 3a. Edición, 1922.
- DE IBARROLA, Antonio, Derecho de Familia, México, Editorial Porrúa S.A., 1a. Edición, 1978.
- DE PINA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, México, Editorial Porrúa S.A., Vol. I, 1968.
- DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José, Instituciones de Derecho Procesal Civil, México, Editorial Porrúa S.A., 5a. Edición, 1979.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando, Tratado de Derecho Procesal Civil, Bogotá, Editorial Temis, 1961.
- ESCRICHE, Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, México, Editorial Norbocaliforniana, 1974.
- FUEYO LANERI, Fernando, Derecho Civil, Chile, Editorial Universo S.A., Tomo Sexto, Vol. III, 1959.

- GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, México, Editorial Porrúa S.A., 3a. Edición, 1976.
- GEISI BIDART, Adolfo, De los Efectos de las Providencias de - Jurisdicción Voluntaria, Montevideo, Editorial Martín Bianchi, 1962.
- GOLDSCHMIDT, James, Derecho Procesal Civil, Trad. Prieto Castro, Leonardo, Barcelona, Editorial Labor S.A., 2a. Edición, 1936.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, Derecho Procesal Civil, México, Editorial Trillas S.A., 1a. Edición, 1984.
- GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, Madrid, Editorial Reus S. A., 1973.
- GUTIÉRREZ ALVIZ, Faustino, Diccionario de Derecho Romano, "Jurisdicción Voluntaria", Madrid, Editorial Reus S.A., 1948.
- MEDINA, Ignacio, "Problemática de la Jurisdicción Voluntaria", Revista de la Facultad de Derecho de México, México, UNAM, Tomo XXVII, núms. 105-106, Enero-Junio, 1977.
- OVALLE FAVELA, José, Derecho Procesal Civil, México, Colección Textos Jurídicos Universitarios, 1980.
- PALLARES, Eduardo, Derecho Procesal Civil, México, Editorial Porrúa S.A., 4a. Edición, 1971.
- PALLARIS, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, "Jurisdicción Voluntaria", México, Editorial Porrúa S.A., 1979.
- PRIETO CASTRO, Leonardo, Derecho Procesal Civil, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Vol. I, 1965.
- REBERTI, Enrico, Derecho Procesal Civil, Trad. Sentís Melendo, Santiago y Ayerra Redín, Marino, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo I, 1957.
- ROSCO, Ugo, Derecho Procesal Civil, Trad. Tena, Feline de J., México, Editorial Porrúa S.A., 2a. Edición, Tomo I, 1944.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, México, Editorial Porrúa S.A., Tomo II, 5a. Edición, 1980.
- SANCHEZ MEDAL, Ramón, Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia en México, México, Editorial Porrúa S.A., 1979.
- SOCIALOJA, Victorio, Proceso Civil Romano, Trad. Sentís Melendo, Santiago y Ayerra Redín, Marino, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, Tratado de Derecho Civil Español,

España, Editorial Valladolid, Tomo IV, 4a. Edición, 1938.

VENTURA SILVA, Sabino, Derecho Romano, México, Editorial Porrúa S.A., 5a. Edición, 1980.

VICENTE Y CARAVANTES, José, Tratado Histórico, Crítico, Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil, Madrid, Imprenta y Librería Gaspar y Roig, Tomo I, 1856.

L E G I S L A C I O N C O N S U L T A D A

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, México, Editorial Porrúa S.A., 24a. Edición, 1979.

CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, México, Editorial Porrúa S.A., 1979.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, México, Editorial Porrúa S.A., 48a. Edición, 1961.

LEY ORGANICA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DEL FUERO COMUN DEL DISTRITO FEDERAL, México, Editorial Porrúa S.A., 1979.