

4) PREMISAS PARA DETERMINAR LA ÍNDOLE DE LA LLAMADA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA	115
A) <i>Ocasión y finalidad</i>	115
B) <i>Dificultades externas:</i>	117
a) Nombre inadecuado;	117
b) Desorientación legislativa;	120
c) Terminología impropia;	122
d) Contenido heterogéneo	123
C) <i>Dificultades y complicaciones internas:</i>	125
a) Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria:	125
a') Deslinde general;	126
b') Zonas de dudosa o discutida adscripción:	129
a'') Juicios universales;	129
b'') Otras materias;	134
b) Jurisdicción voluntaria y proceso:	141
a') Presupuesto respectivo;	141
b') Situación en orden a la acción;	144
c') Ramas procesales en que se manifiesta;	145
d') Relaciones con la ejecución procesal	147
D) <i>Búsqueda de la solución:</i>	149
a) Fracaso de las concepciones apriorísticas y nacionalistas;	149
b) Criterios basados en diferencias insuficientes o secundarias; ...	153
c) Tesis administrativista;	155
d) Caminos para resolver el problema	157
E) <i>Palabras finales</i>	160
<i>Addenda et Corrigenda</i>	163

PREMISAS PARA DETERMINAR LA ÍNDOLE DE LA LLAMADA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA *

- A) Ocasión y finalidad. B) Dificultades externas: a) Nombre inadecuado; b) Desorientación legislativa; c) Terminología impropia; d) Contenido heterogéneo. C) Dificultades y complicaciones internas: a) Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria: a') Deslinde general; b') Zonas de dudosa o discutida adscripción: a'') Juicios universales; b'') Otras materias; b) Jurisdicción voluntaria y proceso: a') Presupuesto respectivo; b') Situación en orden a la acción; c') Ramas procesales en que se manifiesta; d') Relaciones con la ejecución procesal. D) Búsqueda de la solución: a) Fracaso de las concepciones apriorísticas y nacionalistas; b) Criterios basados en diferencias insuficientes o secundarias; c) Tesis administrativista; d) Caminos para resolver el problema. E) Palabras finales.

1) A) Ocasión y finalidad.—El tema de la llamada jurisdicción voluntaria (u honoraria o graciosa: cfr. *infra*, núm. 6), ofrece en el derecho procesal hispánico una importancia como acaso en ningún otro sistema jurídico vigente. En efecto, la ley de enjuiciamiento civil española de 5 de octubre de 1855, tuvo a bien adoptar como base para la distribución de materias el contraste entre jurisdicción contenciosa y voluntaria; y como dicho texto ha sido el más prolífico código procesal del orbe, puesto que de él derivan, además del que aún rige en España, la mayoría de los muy numerosos que se aplican en Hispano-

* Escrito con destino a los *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, vol. I (Milano, 1951), pp. 1-55. Publicado asimismo en "Jus" de México, núm. 123, octubre de 1948, pp. 329-92, y en "Rev. Der. Proc." argentina, 1949, I, pp. 287-336. A efectos cronológicos aclararé: a) que pese a llevar fecha "1951", los *Studi in onore di Redenti* se entregaron en Bolonia al homenajeado el 4 de octubre de 1950, que es también el año que figura en los sobretiros distribuidos a los colaboradores; b) que, por el contrario, el núm. 123 de "Jus", revista que venía publicándose con gran retraso, no apareció en "1948", sino en 1950; y c) que según expresa su colofón, el tomo de la "Rev. Der. Proc.", argentina, correspondiente al año "1949", se acabó de imprimir el 25 de marzo de 1950. Quiere decir ello que las tres versiones vieron la luz en 1950 y no en 1948 ("Jus"), 1949 ("Rev. Der. Proc.") y 1951 ("Studi Redenti"). Además, bajo el título de *En torno al concepto de jurisdicción voluntaria*, los actuales números 4-41 sirvieron para la conferencia que di el 27 de abril de 1949 en la Universidad de El Salvador.

américa,² dicha distinción presenta en ellos, junto al interés doctrinal que posea en otra cualquier parte, un relieve legislativo especialísimo, inclusive en los cuerpos legales que carecen de libro o título *ad hoc*.² Un segundo factor, también derivado de la ley-matriz de 1855, contribuye asimismo a darle singular prestancia en sus códigos-filiales al asunto de esta disertación: el peculiar régimen de los denominados juicios universales, articulados en tal forma que aparecen como zona intermedia o de tránsito entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria, hasta el punto de que, verbigracia, en México el código de 1884 y varios de los estatales sobre él calcados, creyeron oportuno englobarlos dentro de un tercer sector, la jurisdicción mixta (cfr. *infra*, núms. 16, 19 y 20), aunque, eso sí, entendida con diferente alcance del tradicional.³ Por último, la diversidad procedimental tanto contenciosa como voluntaria, de la ley española de 1881, que fue comparada con el arca de Noé,⁴ brinda al observador el más variado muestrario de negocios de jurisdicción voluntaria y representa, por tanto, un excelente banco de pruebas para aquilatar la consistencia de las doctrinas elaboradas sin pensar más que en algunos de ellos.

2) Este ensayo, cuyas causas determinantes acabamos de exponer, no se propone dilucidar en un par de pliegos los arduos problemas de la jurisdicción voluntaria y sí sólo, en plan y plano más modestos, señalar los aspectos que, a nuestro entender, deben tenerse en cuenta para una indagación a fondo del concepto en cuestión, rodeado de una brillante corte de teorías, pero a la vez, muy lejos todavía de haber alcanzado objetivos, si no pacíficos, por lo menos generalizados y convincentes. En definitiva, no aspiramos a construir, sino a explanar, de un lado, por las mencionadas posibilidades de espacio y de otro, porque hallándose la biblioteca de la Escuela de Jurisprudencia mexicana en periodo de reorganización, no he dispuesto de la literatura indispensable para acometer

¹ Cfr. COUTURE, *Trayectoria y destino del Der. Proc. Civ. hispano-americano*, Córdoba (Argentina), 1940, pp. 19 y 21; *Fundamentos del Der. Proc. Civ.*, Buenos Aires, 1942, pp. 78 y 297; ALCALÁ-ZAMORA, *Aciertos terminológicos e institucionales del Der. Proc. hispánico*, en "Rev. Escuela Nal. Jurisp." (México), 1948, núm. 38, n. 1. [ahora, *infra*, *Estudio Número 24*] La cifra de códigos procesales hispanoamericanos es crecidísima, debido al federalismo procesal de Argentina y de México, donde rigen alrededor de noventa, entre el enjuiciamiento civil y el penal. La rúbrica «jurisdicción voluntaria» subsiste en textos tan modernos en fecha y en orientación, como el cód. federal de proced. civs. mexicano de 1942 (cfr. lib. III, tít. II), el Proyecto uruguayo de 1945, compuesto por COUTURE (cfr. lib. V), o el Anteproyecto mexicano de 1948 (cfr. lib. III, tít. VIII).

² Como en el argentino de 1880 para la Capital: cfr., entre otros, sus títulos XIX, XXI, XXII, XXIV y XXV.

³ A la manera de VOET, *Comm.*, lib. II, tít. I, n. 4, citado por GAOLIANI, *La giurisdizione volontaria (Concetto e funzione)*, Roma, 1946, pp. 6-7. En cuanto a los códs. mexicanos que adoptan el epígrafe «jurisdicción mixta», cfr. *infra*, nota 64.

⁴ Cfr. BECENA, *Caratteri generali del processo civile in Ispagna*, en "Studi di Dir. Proc. in onore di G. Chioyenda", Padova, 1927, p. 19.

empresa de más vuelos: con poquísimos libros alemanes y no muchos italianos como elementos de consulta, habría significado temeridad dejarse arrastrar más lejos por la atracción del tema. Confiemos en que el tiempo nos permita transformar en libro, lo que hoy no pasa de esbozo o planteamiento.

3) Unas palabras acerca del plan expositivo. En su desarrollo, marcharemos desde la periferia al centro, es decir, examinaremos primero las dificultades más superficiales, o externas, y después las más profundas, o internas, para ocuparnos luego de la búsqueda de la solución, tanto por el lado negativo (derroteros a abandonar) como por el positivo (posibles caminos a seguir), y condensar luego en unas palabras finales los resultados de la investigación.

4) *B) Dificultades externas.*—Por aquello de pequeñas causas, grandes efectos, un conjunto de factores que a primera vista podrían reputarse, ya que no minúsculos, sí secundarios, ha entorpecido sobremanera las indagaciones acerca de la jurisdicción voluntaria. Unos han originado falsas sensaciones de afinidad entre ella y la contenciosa y otros han convertido sus dominios en un intrincado laberinto, donde el capricho del legislador se ha entretenido en frustrar todas las soluciones y casi en hacer imposible la salida.

5) *a) Nombre inadecuado.*—Pocas veces una construcción jurídica, de existencia plurisecular y plurinacional, cual la que nos ocupa, habrá descansado sobre cimiento tan deleznable. Qué, por ejemplo, la famosa definición de Celso acerca de la acción haya perdurado hasta nuestros días y que aún conserve irreductibles partidarios,⁵ se explica por diversos motivos, y entre otros, además de su claridad y de su concisión, porque realmente es... una definición de la acción. Pero que el insípido pasaje de Marciano, ya sea auténtico o interpolado,⁶ haya resistido las inclemencias del tiempo, engendrando numerosas teorías y creado dificultades sinfín, es algo que debiera producir estupor, ya que no pasa de insinuar una distinción, sin fijarle un solo rasgo o atributo. Mas de él arranca el nombre, que ha prevalecido contra viento y marea. Porque, con raras excepciones,⁷ si algún resultado concluyente se ha logrado en materia de jurisdicción

⁵ Por ejemplo, entre nosotros, PALLARES, *Tratado de las acciones civiles*,² México, 1945, pp. 16-7 y 47-52, o en Italia, implícitamente, SATTÀ, *Diritto processuale civile*, Padova, 1948, pp. 74-7.

⁶ «*Omnes proconsules statim quam urbem egressi fuerint habent iurisdictionem, sed non contentiosam, sed voluntariam: ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi quam servi et adoptiones fieri. § I. Apud legatum vero proconsulis nemi manumittere potest, quia non habet iurisdictionem talem*» (Dig., I, 16, 2). El pasaje transcrito ha sido puesto en tela de juicio por SOLAZZI, *Iurisdictione contentiosa e voluntaria nelle fonti romane*, en "Arch. giur", 98 (1927), pp. 3-50, citado por DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, pp. 279-83; véase también PIROSO, *Giurisdizione volontaria ed atti delegati*, Roma, 1947, p. 9.

⁷ Como la de SATTÀ, *ob. cit.*, p. 491, en cuanto al carácter jurisdiccional de la misma y a su identidad esencial con la contenciosa.

voluntaria es el de que no es ni lo uno ni lo otro.⁸ No es jurisdicción, porque en la variadísima lista de negocios que la integran será difícil encontrar alguno que satisfaga fines jurisdiccionales en estricto sentido;⁹ y mucho menos es voluntaria, porque con frecuencia la intervención judicial resulta para los interesados en promoverla tan necesaria o más que en la jurisdicción contenciosa, en la que, al menos cuando se trata de procesos civiles dispositivos, a diferencia de los inquisitorios,¹⁰ las partes pueden eludir el juicio, ponerle término o sustituirlo por medios autocompositivos y hasta autodefensivos.¹¹ Tan no es jurisdicción voluntaria (como tampoco *proceso* voluntario: cfr. *infra*, núm. 31), que expositores de diversos países, cual queriendo salvar el escrúpulo de conciencia inherente al empleo de una terminología inexacta, hablan, al referirse a ella, de “die sogenannte freiwillige Gerichtsbarkeit” o bien de la *così detta*, de la *soi-disant* o de la llamada jurisdicción voluntaria.¹² Y sin embargo, pese a su notoria impropiedad, el nombre subsiste y persiste, por el lastre de la tradición, tan fuerte en el campo jurídico, y, acaso más, porque la variedad extrema de los procedimientos que la componen (cfr. *infra*, núms. 10 y 11) y la insuficiencia de las teorías puestas en circulación para explicarla (cfr. *infra*, núms. 36-39), dificultan la indispensable convergencia de pareceres, que lleve a cabo el cambio.

6) Iguales inconvenientes, y además el de su difusión incomparablemente menor, ofrecen los adjetivos *honorario* y *gracioso*, que también se emplean para

⁸ Cfr. LASCANO, *Jurisdicción y competencia*, Buenos Aires, 1941, p. 58, y PODETTI, *Teoría y técnica del Proc. Civ.*, Buenos Aires, 1942, p. 110.

⁹ A menos de emplear la palabra «jurisdicción» en sentido impropio (cfr. *infra*, núm. 15, texto correspondiente a la nota 43), ya que la llamada jurisdicción voluntaria no es una providencia de justicia, sino tutela de un interés (cfr. GAOLIANI, *ob. cit.*, p. 4).

¹⁰ Para la distinción entre ambos sectores, cfr. CALAMANDREI, *Lineas fondamentali del Proc. Civ. inquisitorio*, en “Studi in onore di Chioventa”, cit., pp. 133-171. Acerca del contraste «necesario»-«voluntario», cfr. *infra*, nota 38.

¹¹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1947, pp. 33-43, 75-95 y 153-83.

¹² Cfr. verbigracia, WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1885, p. 47; SPERL, *Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege*, Wien-Leipzig, 1930, p. 9; REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*,³ Milano, 1939 p. 207; *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1947, p. 16; MICHELI, *Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria*, en “Riv. Dir. Proc.”, 1947, I, p. 22; ALCALÁ-ZAMORA y LEVENE, *Derecho proc. pen.*, I, Buenos Aires, 1945, p. 202; PRIETO-CASTRO, cfr. *infra*, nota 149. En Francia, JAPIOT habla de «jurisdiction proprement dite ou juridiction contentieuse» y la contrapone a la «qu'on appelle la juridiction gracieuse» (*Traité élémentaire de procédure civ. et comm.*,⁸ Paris, 1935, pp. 125 y 146), y VIZIOZ, por su parte, estima que la segunda está «precisamente fuera del dominio de la jurisdicción verdadera» (*Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française du droit public*, Paris, 1931, p. 63, nota 1; ahora, en “Études de Procédure”, Bordeaux, 1956).

caracterizarla. Jurisdicción *honoraria*, aparte de su posible confusión con la ejercida por los llamados tribunales de honor, sólo teniendo en cuenta su derivación histórica se justificaría,¹³ pero ella no se acomoda con su alcance actual, como tampoco con las acepciones hoy predominantes del calificativo, por lo menos en lengua castellana.

En cuanto al concepto de *gracia*, contrapuesto y antepuesto durante tantos años al de *justicia* en la denominación española del correspondiente Ministerio, resulta tan poco apto para apellidar a la pseudojurisdicción voluntaria, que, por ejemplo, en la larga lista de procedimientos de esa clase contenidos en la ley de enjuiciamiento española, sólo uno (las informaciones para dispensa de ley: cfr. nota 14) podría colocarse bajo tal signo, y en otras legislaciones ni siquiera uno. Además, desde el punto de vista político, en un Estado realmente democrático y en que rija el principio de igualdad ante la ley, la gracia, con cuanto tiene de dispensación de favores, carece de razón de ser. Ella se compagina mucho mejor con la idea de monarquía absoluta o con la de régimen totalitario,¹⁴ del mismo modo que, en otro sentido, la delegación y la devolución del poder jurisdiccional (contencioso); pero cuando los pueblos alcanzan su mayoría de edad, y los súbditos o vasallos se transforman en ciudadanos, la gracia aparece como fuente de desigualdades irritantes, porque no es el derecho, sino la amistad o el encono, el influjo o la carencia de él, quienes determinan que se obtenga o no, y quienes la convierten en noción no ya *contrapuesta* a su vieja asociada la justicia, sino *opuesta* a ella. Y si bien la desaparición de la gracia, como en el terreno de la justicia la del estilo procesal *implorante*,¹⁵ faceta distinta del mismo

¹³ Acerca del primer extremo, cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Ensayos de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1944, p. 647, nota 27; en cuanto al segundo, SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Roma, 1936, pp. 75-6; WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München, 1925, p. 51; DE MARTINO, *ob cit.*, p. 120.

¹⁴ Hasta el punto de que en España el franquismo (cfr. d. de 19-VI-1943) ha resucitado la legitimación de hijos mediante «concesión soberana» («real», bajo la monarquía) —inaplicable durante la República—, perteneciente a la categoría de las que se llamaron *gracias al sacar*, conferidas por el Ejecutivo, primero conforme a la ley de 14-IV-1838 y luego a tenor del lib. III, tít. V, l. enjto. civ. de 1881 («informaciones para dispensa de ley»). Téngase, además, presente que si, como afirma LASCANO, en los países totalitarios no existe jurisdicción como función independiente, sino que constituye una faz de la función administrativa (*ob. cit.* p. 31), este rasgo se prolongará a la jurisdicción voluntaria, con doble motivo si se acepta la tesis administrativista acerca de su naturaleza (cfr. *infra*, núm. 39).

¹⁵ Del cual son reminiscencia los términos *súplica* (tanto la de los pedimentos de parte, como el recurso así denominado: cfr. art. 402 l. enjto. civ.) y *suplicación* (restablecido por el d. 11-VII-1941) en el ámbito contencioso, así como la estereotipada fórmula «gracia que espera merecer», frecuente en las solicitudes dirigidas a autoridades administrativas. En sentido contrario, habría que eliminar igualmente la nomenclatura *irrespetuosa*, como *queja* (cfr. v. gr., los arts. 398-400, 1703 y 1755 l. enjto. civ. española o los 723-7 cod. proc. civ. mexicano del Distrito de 1932), *agravios* (expresión de —arts. 704-6 cód. Distrito

fenómeno político, son objetivos todavía no conquistados del todo, es indudable que hacia ellos se avanza con ritmo más o menos acelerado según los países. Inclusive el indulto penal, que constituye en la actualidad la manifestación más típica e importante de la gracia,¹⁶ marcha a todas luces desde el terreno de ésta hacia el de la justicia, es decir, tiende a convertirse en un *derecho* de quien satisfaga las condiciones preestablecidas para su otorgamiento y a dejar de ser un *beneficio* que logre únicamente el que disponga de influencias.¹⁷ En todo caso, si la forma característica de jurisdicción graciosa es el indulto, y si éste pertenece al campo de la justicia penal y no al del derecho privado, reducto de la jurisdicción voluntaria según la inmensa mayoría de los tratadistas, surge en el acto la pregunta de si la misma, como el derecho procesal, no comprenderá varias ramas; pero quédese para más tarde la respuesta (cfr. *infra*, núm. 33). En definitiva, si la jurisdicción voluntaria fuese en rigor expresión de gracia, su deslinde frente a la contenciosa podría trazarse en forma simplista diciendo que en la primera mediaría *concesión* y en la segunda, *contención*; mas al no serlo, hay que renunciar al intento.

7) b) *Desorientación legislativa*.—Como si un nombre inadecuado no suscitase ya suficiente perturbación, a él se suma la desorientación legislativa acerca de lo que sea la jurisdicción voluntaria. Claro está que este reproche no puede dirigirse con igual fuerza a todos los legisladores, y verbigracia, es muy distinto el caso de Alemania, donde la jurisdicción voluntaria e incluso el concurso de acreedores se hallan regulados en textos distintos del relativo al genuino proceso civil,¹⁸ que el de España, donde, como dijimos (cfr. *supra*, núm. 1), las tres materias se incluyen en la ley de enjuiciamiento y el contraste entre las dos juris-

cit.— o recurso gubernativo de —art. 4 l. española de 18-III-1944—), *injusticia notoria* (recurso restablecido en España por l. de 31-XII-1946). «Jurisdicción graciosa» es la rúbrica predominante en el derecho francés y belga: cfr. v. gr., MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, XVI, Bruxelles, 1826, p. 356 ss.; art. 1º de la l. francesa de 10-VII-1901; JAPIOT, *ob. y pp. cit.* en la nota 12; BRAAS, *Précis de procédure civile*,³ I, Bruxelles-Liège, 1944, p. 89.

¹⁶ Tanto, que la ley española sobre la materia, la de 18-VI-1870, se intitula sobre «ejercicio de la gracia de indulto». En Italia, en cambio, aunque afines, indulto y gracia tienen distinto alcance (cfr. arts. 174 cód. pen. y 591-6 cód. proc. pen.).

¹⁷ Así, en España, el art. 102 de la Constitución de 1931, además de prohibir los indultos generales, que fueron calificados de jubileos del delito, encomendó al Tribunal Supremo el otorgamiento de los individuales, salvo en delitos de extrema gravedad, reservados al Presidente de la República, aunque previo informe de aquél (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Ensayos*, p. 587). Por su parte en México se diferencian el indulto por gracia y el necesario, este último basado en los motivos que en otros países autorizan la revisión de la sentencia firme: cfr. arts. 611 y ss. cód. proced. pens. del Distrito de 1931 y 557 y ss. del federal de 1934.

¹⁸ A saber: la primera en el *Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, de 17-V-1898 y el segundo en la *Konkursordnung* de 10-II-1877.

dicciones se erige en base de sistematización, con numerosos procedimientos en cada una. Entre ambos extremos, existen situaciones intermedias, cual la del código de la Ciudad del Vaticano al incluir los de jurisdicción voluntaria como procedimientos especiales (cfr. libro III, título VI), aprovechando la elasticidad de tal rúbrica, o como la del código italiano de 1940, que ha intentado hasta escamotear el nombre (véase, sin embargo, el artículo 801), dentro del libro IV, también de procedimientos especiales y que, dicho sea de paso, dista mucho de brindar una ordenación satisfactoria.¹⁹ Pero ni siquiera en Alemania el legislador acertó por completo, y aun prescindiendo del concurso, la ley de 1898 no contiene toda la jurisdicción voluntaria, ni la *Zivilprozessordnung* se ve, por el contrario, en absoluto libre de ella.²⁰

8) A esa asociación y a esa interferencia de ambas jurisdicciones en los cuerpos legales, ha de agregarse la contradanza de algunos procedimientos, arrojados de una a otra con ligereza sin igual. Unos pocos ejemplos vendrán a demostrarlo.

En España, la conciliación se reputó *juicio* antes de la ley de enjuiciamiento civil de 1855; en cambio, ella y la vigente de 1881 la denominan *acto*, es decir, le atribuyen carácter voluntario, pero incluyéndola en el libro sobre jurisdicción contenciosa.²¹ En la propia ley de 1881, la posesión judicial se obtiene, si el título es *mortis causa*, mediante el interdicto de adquirir, catalogado como contencioso, mientras que si aquél es *inter vivos*, el procedimiento a seguir pertenece a la jurisdicción voluntaria:²² entre las numerosas doctrinas acerca de ésta, no he tropezado con ninguna en que muerte y vida entren en juego como criterios diferenciativos, y el mismo texto español hace caso omiso de tan extraño deslinde, y así mientras los juicios sucesorios aparecen como contenciosos (cfr. *infra*, núm. 21), los procedimientos relativos a la apertura y protocolización de testamentos se incluyen, en cambio, como voluntarios.²³ Mayores fluctuacio-

¹⁹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Indicaciones acerca del nuevo cód. de proced. civ. italiano*, núm. 6 (en el tomo I de la trad. del *Sistema de Der. proc. civ.* de CARNELUTTI, Buenos Aires, 1944); SATTI, *ob. cit.*, pp. 457-9.

²⁰ En el primer sentido, cfr. LENT, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, Berlín, 1928, p. 1; en el segundo, GOLDSCHMIDT, *Der. proc. civ.*, Barcelona, 1936, pp. 126, 485 y 492 (procedimientos de interdicción y edictal).

²¹ Cfr. CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico de los proceds. juds. en materia civ.*, I, Madrid, 1856, pp. 413-5 y 419; FÁBREGA y CORTÉS, *Lecciones de proceds. juds.*,⁵ Barcelona, 1928, pp. 444-5.

²² Cfr. por un lado, los arts. 1633-50 y, por otro, los 2056-60 l. enjto. civ.

²³ En México dichos procedimientos se incluyen en el título relativo al juicio sucesorio y, por tanto, fuera del destinado a la jurisdicción voluntaria, o sea el XV (cfr. *infra*, nota 77). En cambio, los «alimentos provisionales», que en España originan un juicio contencioso especial (libro II, título XVIII), en el cód. mexicano de Chiapas de 1938 figuran como un procedimiento de jurisdicción voluntaria (título XVII, capítulo II).

nes, que además no se circunscriben a España, se observan a propósito del concurso de acreedores, el cual, según los países, es objeto: *a*) de leyes autónomas aplicables indistintamente al deudor civil o al comerciante; *b*) de regulación procesal, tanto suya como de la quiebra, en el código de enjuiciamiento, dentro de la jurisdicción contenciosa; *c*) de régimen conjunto (substantivo y procesal) para la quiebra dentro del código de comercio o de leyes mercantiles sobre la materia, quedando el concurso en el código procesal; *d*) de inclusión con los juicios sucesorios dentro de una denominada jurisdicción mixta, en el código procesal; *e*) de ordenación mediante normas ajenas a los códigos procesales.²⁴ Y a todas estas variantes habríamos de añadir, en el terreno doctrinal, la tesis a tenor de la cual constituiría un verdadero proceso voluntario²⁵ (cfr. además, *infra*, núm. 20).

Que, como se ha dicho del Parlamento inglés, el legislador *pueda* hacerlo todo, menos de un hombre una mujer, no *debe* significar que proceda con la despreocupación o ignorancia que revelan los casos señalados, cuya lista sería fácilmente ampliable (cfr. *infra*, núm. 25). Porque de persistir semejante actitud, los esfuerzos de los investigadores para dilucidar la naturaleza de la jurisdicción voluntaria resultarán estériles o, por lo menos, las conquistas teóricas se verán en gran parte desconocidas por la anarquía legislativa.²⁶

9) *c) Terminología impropia.*—En mayor medida, claro está, cuando los procedimientos de ambas zonas se asocian en los códigos procesales, pero también

²⁴ Ejemplos: *a*') *Konkursordnungen* alemana (cfr. *supra*, nota 18) y austriaca, de 1914; véase, además, *sub c'*, Portugal y Uruguay; *b*') Ley de enjto. civ. española de 1881, títs XII (concurso) y XIII (quiebra) del lib. II; *c*') Argentina y México, con leyes nacionales sobre quiebra (de 1933 y 1942, respectivamente) y regulación del concurso en los diversos códs. procs. civs. (cfr., v. gr., los arts. 718-66 del de la Capital en aquélla y los 738-68 del Distrito en éste), así como Portugal antes de 1939 (arts. 930-48 cód. proc. de 1876 para el concurso y cód. de *falências* de 1935 para la quiebra), ya que en la actualidad, los preceptos del vigente cód. proc. civ. sobre las quiebras (arts. 1135-1354) se aplican a los no comerciantes (cfr. art. 1357); régimen similar a éste prevé el Proyecto uruguayo, al someter la que llama «quiebra civil» (arts. 469-73) a las disposiciones de la mercantil; *d*') México, por lo que atañe al concurso (cfr. *infra*, nota 64); *e*') Preceptos diversos del cód. civ., como sucede con la *déconfiture* en Francia —aparte, claro está, la regulación de la quiebra en el lib. III cód. com.—: cfr. TOUSSAINT, *Le problème législatif dit de la faillite civile*, Paris-Aix en Provence, 1923, pp. 66 y ss. Más datos, en FERNÁNDEZ, *Fundamentos de la quiebra*, Buenos Aires, 1937, pp. 30-57. Añadamos aún, régimen concursario circunscrito a comerciantes, como el de la ley italiana sobre quiebras, de 16-III-1942 (cfr. art. 1).

²⁵ Según la tesis de CARNELUTTI enunciada en el texto que procede a la nota 66 y comentada a continuación de ella.

²⁶ Los Parlamentos debieran limitarse a fiscalizar la actuación del Gobierno (no a derribarlos por sistema) y a fijar las directivas político-sociales de la legislación, dejando el desarrollo técnico de las mismas a los especialistas.

cuando son objeto de cuerpos legales diferentes,²⁷ la jurisdicción voluntaria judicial (única que nos importa examinar) suele usufructuar la terminología propia de la jurisdicción contenciosa. Esa circunstancia crea una falsa impresión de semejanza y nexo, acorta de manera artificial la distancia entre los dos sectores y engendra confusiones, que cabe y conviene evitar mediante el uso de un léxico distinto. Como hace años dijimos a propósito del derecho hispano-cubano, “que no se llame *demanda* a la *solicitud*, ni *partes* a los *interesados* o *participantes* (cfr. *infra*, núm. 38), ni *proceso* al *expediente*, ni *sentencia* a la *resolución*. . . , ni *apelación* a la *alzada* (si se admite)”, sino que se extienda “a toda la cadena de sujetos y actuaciones el agudo contraste que entre el *juicio* y el *acto* (o mejor, el *negocio*)” —cfr. *infra*, núm. 31— como conceptos básicos de una y otra jurisdicción se supo establecer por el legislador español.²⁸ Se sobreentiende, como es lógico, que las líneas entrecomilladas no son de adaptación literal, sino analógica, al ámbito de otras legislaciones.

10) d) *Contenido heterogéneo*.—El recorrido de unos cuantos códigos procesales basta para revelar la variedad extrema, en contenido y en tramitación, de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, algunas de cuyas formas más curiosas y alejadas entre sí mencionamos por vía de nota.²⁹ Esa diversidad hace de tal manera difícil extraer la característica esencial y común a todos ellos para definir la jurisdicción voluntaria, que, como es sabido, procesalistas eminentes se contentan con asignarle el ámbito que le reconozca el derecho positivo.³⁰ Y

²⁷ Así, la ley alemana sobre la materia (cfr. *supra*, nota 18) habla, por ejemplo, de *Entscheidungen*, *Beschwerde*, etc., como la ZPO.

²⁸ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Orientaciones para una reforma del enjuiciamiento civil cubano*, en “Ensayos”, p. 128, en relación con los arts. 4, 9, 10, 460, 1156, 1379, 1612, 1626, 1635, 1654, 1666, 1682, 1690, 1811 y ss., 1823-4, entre otros, así como con los epígrafes de los tít. II a V; IX, sec. 3^o; X, sec. 2^o, XV y XVII del lib. II, y el de la segunda parte del lib. III, de la ley de enjto. civ. de España y Cuba. Véase, además, *infra*, nota 105, y PRIETO-CASTRO, *Cuestiones de Der. Proc.*, Madrid, 1947, p. 278.

²⁹ Por ejemplo: el *Codex iuris canonici* se ocupa en su lib. IV de unos llamados *procesos* de beatificación y canonización (cáns. 1999-2141), en los que será difícil o imposible descubrir carácter contencioso (cfr. además, *infra*, nota 134); en la l. enjto. civ. española se regulan las inefables subastas voluntarias judiciales (arts. 2048-55), en que el juez desciende a la categoría de rematador o martillero; en la l. enjto. crim., también española, se conoce como modalidad del recurso de revisión, el que para rehabilitar la memoria del condenado muerto promuevan sus familiares: tampoco aquí existe contenciosidad o, al menos, no necesariamente (cfr. art. 961); añadamos el divorcio por mutuo disenso y el por voluntad de la mujer (cfr. *infra*, núms. 26 y 27), los procedimientos sobre legitimación de hijos (cfr. *supra*, nota 14), cambio de nombre (cfr. arts. 503-5 cód. mexicano del Estado de Veracruz, aun no incluyéndosele en él como voluntario), etc., el protesto de letras de cambio (para algún autor: cfr. GARCÍA, *El poder judicial*, Madrid, 1929, p. 90). Además, pensemos en las posibles manifestaciones de jurisdicción voluntaria fuera del campo civil: cfr. *infra*, núm. 33.

si bien semejante conducta, que se limita a señalar el obstáculo, sin intentar superarlo, poco o nada tiene de científica, puesto que el investigador no tiene por qué rendir pleitesía a los yerros del legislador, sí es cierto que mientras sigan siendo el caos y el capricho los inspiradores legislativos en materia de jurisdicción voluntaria, conservarán su valor las palabras de un expositor español al afirmar que bajo dicha nomenclatura “se ha integrado un número considerable de negocios de la naturaleza y las finalidades más diversas, que hacen imposible agruparlos bajo un punto de vista general sistematizador”,³¹ idea igualmente sustentada respecto del derecho italiano, aun presentándose en él el fenómeno con muchísima menor complejidad que entre nosotros, por el insigne maestro a quien se ofrece este volumen.³²

11) Para salir del atolladero y evitar a la vez un nuevo divorcio legislativo-doctrinal, como el que al final del número 8 señalamos, lo menos que puede pedirse al legislador es que dentro de la actual baraúnda en materia de jurisdicción voluntaria diferencie tres grupos de procedimientos: a) los que de manera preventiva, preparatoria o cautelar enlazan con eventualidades procesales, aunque el proceso no llegue en definitiva a surgir;³³ b) los que al margen de toda perspectiva o propósito procesal, tienen por objeto rodear de mayores garantías la tramitación de expedientes en que la autorización, la homologación o la dación de fe judiciales (no jurisdiccionales) se reputen por el legislador indispensables, o, por lo menos, preferibles a las emanadas de funcionarios de otros órdenes;³⁴ y c) aquellos en que, no sólo sin la menor dificultad, sino también con las máximas ventajas, el juzgador puede y debe ser sustituido por notarios, re-

³⁰ Cfr. c. gr., HELLWIG *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, I, Leipzig, 1903, p. 78, y en forma aún más rotunda, ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*,² Berlín, 1929, p. 31 («Die Abgrenzung kann vielmehr nur auf dem Boden des geltenden Rechts erfolgen») y WOLFF, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*,² Wien, 1947, p. 4.

³¹ ÁLVAREZ-CASTELLANOS RAEL, *El proceso de jurisdicción voluntaria*, en “Rev. Der. Proc.” (española), 1945, núm. 3, p. 340.

³² Cfr. REDENTI, *Profili*, p. 208.

³³ De manera *preventiva*, como la conciliación (cfr. *infra*, núms. 23 y 36); idem *preparatoria*, como la designación judicial de árbitros (cfr. arts. 2175-7 l. enjto. civ. española o 220-3 cód. del Distrito en México), o las habilitaciones para comparecer en juicio (cfr. arts. 1994-2001 l. española y 938, frac. I, cód. mexicano); idem *cautelar*, como el depósito de mujer casada para contender con su marido (cfr. arts. 1880-1900 l. española y 205-19 cód. mexicano) o el embargo provisional de una letra de cambio (arts. 2128-30 l. española). En tales casos, el procedimiento de jurisdicción voluntaria podría no desembocar en un proceso contencioso, como cuando la conciliación conduce a una avenencia o como cuando, despositada la mujer, los cónyuges desisten de demandarse o querrellarse (cfr. arts. 1890 l. española y 214 y 218 cód. mexicano).

³⁴ Por ejemplo: los procedimientos relativos al estado civil, régimen tutelar, ausencia y acaso, las informaciones para perpetua memoria.

gistradores del estado civil o de la propiedad, corredores de comercio, etc.³⁶ El primer sector, que aun aceptada la tesis administrativista acerca de la jurisdicción voluntaria (cfr. *infra*, núm. 39) ocuparía una posición intermedia entre las actuaciones puramente administrativas y las netamente procesales,³⁶ debe permanecer en los códigos de enjuiciamiento, y es más, distribuirse en ellos de acuerdo con sus afinidades y nexos; el segundo, de ser extenso, integraría una ley especial, como en Alemania, y de ser reducido, quedaría como apéndice al término del código procesal; el tercero, por último, al perder su cualidad de jurisdicción voluntaria *judicial*, pasaría a los cuerpos legales que rijan la actividad de los funcionarios a quienes se encomiende.

12) C) *Dificultades y complicaciones internas.*—Denominamos así a las que se relacionan con la esencia de lo que sea o pueda ser la jurisdicción voluntaria. La determinación de su naturaleza, en el caso de que quepa obtener un concepto positivo y no una mera noción negativa de la misma, depende, a nuestro entender, de que se despeje satisfactoriamente la larga serie de dudas a que en los números 13 a 29 pasamos revista, y aun es probable que fuera de ellos hayamos dejado algunos cabos sueltos. No pocos de los extremos que vamos a abordar han sido olvidados o descuidados por los investigadores del tema, y a ello obedece que numerosas teorías explicativas, brillantes y hasta cautivadoras a primera vista, se revelen faltas de consistencia tan pronto como en vía experimental se pretende acoplarlas a los distintos procedimientos de jurisdicción voluntaria. La misión de esta parte del trabajo consistirá, pues, en cotejar la jurisdicción voluntaria con los conceptos e instituciones del genuino derecho procesal que sirvan para cerciorarse de si pertenece o no a su ámbito y, a la vez, en disipar la incertidumbre en cuanto a la pertenencia de ciertas materias.

13) a) *Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria.*—Dividiremos el epígrafe en dos partes. En la primera intentaremos efectuar un *deslinde general* entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria, y en la segunda, fraccionada a su vez, abordaremos el problema de las *zonas de dudosa o discutida adscripción*, que en los códigos procesales de raíz hispánica tiene capital importancia, por el relieve, extensión y complejidades que en ellos presentan los llamados juicios universales, situados en una posición peculiar desde el punto de vista de nuestro estudio.³⁷

³⁶ Verbigracia: deslinde de predios (cfr. *infra*, nota 46), subastas voluntarias (cfr. *supra*, nota 29), reconocimiento de efectos mercantiles (cfr. arts. 2119 y ss. l. española). Acerca del reemplazo del juez por otros funcionarios respecto de tales actuaciones, cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1934, pp. 260-2.

³⁶ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Ensayos*, p. 603; v. también *infra*, nota 168.

³⁷ Debido a ello, tras haber situado los juicios universales en el campo de la ejecución procesal general (cfr. nuestro *Programa de Der. Proc.* 1ª ed., Santiago, 1933, pp. 72-7;

14) a') *Deslinde general*.—En realidad, aun reconociéndole por un momento carácter jurisdiccional a la segunda, jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria no son ángulos opuestos por el vértice. Lo contrario de *contencioso* sería *no contencioso*, y a *voluntario* se enfrenta *necesario*.³⁸ Pero este reproche no tiene mucha fuerza, ya que cabría sostener que sin llegar a un antagonismo total e irreductible, ambas son ramas diferentes del famoso árbol de la jurisdicción,³⁹ y bastaría esa diversidad, aun expresada con calificativos impropios, para que se suscitase la cuestión del deslinde.

Mayor importancia tiene saber si la *contenciosidad* o *litigiosidad* constituye o no elemento esencial de la jurisdicción... contenciosa. En este punto, los primitivos expositores, acaso guiados por el infalible Pero Grullo, vieron con bastante más claridad que algunos contemporáneos,⁴⁰ y no se les ocurrió presentar como ausencia de contenciosidad, meras hipótesis de falta o posposición del contradictorio. Que contienda o litigio y contradictoriedad marchen con frecuencia juntos durante el desarrollo del proceso, no significa que sean inseparables. Tan no lo son, que en una nota recogemos ejemplos de contenciosidad sin contradictorio,⁴¹ y viceversa, una apariencia y hasta una realidad del segundo se manifiesta en algunos procedimientos de jurisdicción voluntaria.⁴² La contenciosidad posee, pues, como rasgo específico y diferenciativo un valor de que carece la contradictoriedad. La falla de esos primitivos expositores no radicó, por tanto, en tomar la contenciosidad como rasgo esencial de la jurisdicción contenciosa, sino en haberse fijado en la voluntariedad como característica de la jurisdicción

2ª ed., Valencia, 1936, pp. 65-9), hemos concluido por reservarles un capítulo autónomo (cfr. nuestro *Programa de Der. Proc. Civ.*, México, 1948, pp. 40-2).

³⁸ De ahí que, v. gr., SPERL y WOLFF, *obs. y lugs. cit.* en las notas 12 y 30, sustituyan la denominación «jurisdicción voluntaria» por «procedimiento extraligioso» («*Verfahren ausser Streitsachen*»). La contraposición *necesario-voluntario* la encontramos consagrada legalmente en algunos casos (así, a propósito del concurso —cfr. arts. 1156 l. española y 738 cód. mexicano— y de la testamentaría— cfr. lib. II, tít. X, secs. 2ª y 3ª, l. española—) y por el uso en otras (se suele llamar divorcio necesario al basado en justa causa y voluntario al pedido por mutuo disenso), sin olvidar por ello el carácter ineludible de la jurisdicción voluntaria en ocasiones, proclamado inclusive por el legislador («Será necesaria licencia judicial...»), dicen de consuno los arts. 2011 l. española y 915 cód. mexicano, en orden a la enajenación de bienes de menores e incapacitados).

³⁹ Cfr. AMELLINO, *Giurisdizione*, en "Il Digesto Italiano", XII, Torino, 1900-1904, p. 773, donde selecciona y reproduce el *arbor jurisdictionum* de LUVERANO, si bien en él no figura la distinción en contenciosa y voluntaria.

⁴⁰ Como PIROSO *ob. cit.*, p. 10 o GAGLIANI, *ob. cit.*, p. 29.

⁴¹ Verbigracia: las fases con contradictorio pospuesto del embargo preventivo y del juicio ejecutivo, los procedimientos monitorio y contumacial (o en rebeldía), el allanamiento, etc. Más datos en DI SERECO, *Il processo senza lite*, Padova, 1930, pp. 55, cuando habla, en un sentido especial, de proceso sin controversia, y ALCALÁ-ZAMORA, *El juicio penal truncado del derecho hispano-cubano*, en "Ensayos", núms. 39-62, pp. 439-58.

⁴² Cfr. *infra*, nota 166 y núm. 40.

voluntaria, sin duda para no despegarse del famoso pasaje de Marciano (cfr. *supra*, nota 6).

15) Veamos ahora si la llamada jurisdicción voluntaria tiene caracter jurisdiccional. Por tres caminos cabría llegar a una respuesta afirmativa, pero ninguno de ellos nos parece convincente. El primero consistiría en valerse de la palabra jurisdicción en sentido lato e impropio, como sinónimo de esfera de acción o conjunto de atribuciones de órganos, entidades y funcionarios de diferentes órdenes, aunque no ejerzan verdadera potestad jurisdicente;⁴³ el segundo implicaría reducirla a la mera *cognitio*, que sin duda se da en la jurisdicción voluntaria, pero entonces, por huir de Escila caeríamos en Caribdis, porque entendida con tal amplitud, habría que admitir también su existencia en el campo puramente administrativo y en el legislativo,⁴⁴ sin contar con que la genuina jurisdicción no se limita a la *cognitio*, ni tampoco la voluntaria se circunscribe a ella; el tercero estribaría en adherir a las teorías subjetivistas acerca de la jurisdicción, y de acuerdo con ellas estimar que desde el momento en que los procedimientos de la voluntaria se encomiendan a la judicatura, o en la porción que se le atribuya, se convierten *ipso facto* en jurisdiccionales,⁴⁵ opinión ésta que no resiste la crítica, porque conforme a ella, un mismo acto variaría de naturaleza según el órgano que de él conozca.⁴⁶ Mas como ninguno de esos derroteros lleva a puerto, hay que convenir que en la seudojurisdicción voluntaria el elemento

⁴³ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA y LEVENE, *Der. proc. pen.*, I, p. 14. De jurisdicción se habla asimismo para designar la demarcación territorial a que se extiende la competencia o las atribuciones de alguna autoridad o funcionario.

⁴⁴ Según CARNELUTTI, «*ius dicunt* no sólo el juez cuando mediante la sentencia decide una cuestión para componer un litigio, sino también y más bien el legislador cuando forma una ley e incluso, por otra parte, los contratantes cuando a tenor del art. 1123 cód. civ. [a saber: del de 1865; no del vigente de 1942], hacen del contrato ley entre ellos» (*Sistema de Der. proc. civ.*, trad. española, I, Buenos Aires, 1944, núm. 39). Además según CHIOVENDA, *Principios de Der. proc. civ.*, trad. esp., I, Madrid, 1922, p. 374, lo característico del proceso no es el conocimiento, sino el efecto suyo que se traduce en la cosa juzgada.

⁴⁵ Cfr., por ejemplo, CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, I, París, 1920, pp. 768 y 782-3, en las que atiende al agente que ejerce la función y la forma en que la desenvuelve, por considerar que no es posible caracterizar la actividad jurisdiccional ni la administrativa en atención a su objeto, naturaleza o fin.

⁴⁶ Por ejemplo: el matrimonio civil sería acto jurisdiccional, y precisamente voluntario, en España, puesto que lo autoriza el juez municipal y, en cambio, administrativo en Francia, donde se celebra ante el alcalde; el deslinde de predios, materia de jurisdicción voluntaria judicial en España y México y nominalmente «juicio» en la Argentina (cfr. arts. 609-25 cód. proc. civ. Capital, aunque en realidad también procedimiento voluntario, como se desprende de los arts. 618-24), se efectúa en vía administrativa en otros países (véase, además, *infra*, nota 54); el divorcio voluntario pueden acordarlo en Cuba (cfr. ley de 17-XII-1937) tanto los notarios como los jueces, en México el encargado del Registro civil o el juez (según que se trate del llamado administrativo o del judicial: cfr. arts.

jurisdiccional se halla ausente, y que los conceptos a que ella responde serían, por una parte, el de *atribución* y, por otra, el de *competencia*, este último, huelga decirlo, no monopolizado por el proceso, aunque dentro de él haya sido estudiado con mayor profundidad y detenimiento.⁴⁷

16) Entre la (genuina) jurisdicción contenciosa y la (seudo) jurisdicción voluntaria, ¿existe espacio para una *jurisdicción mixta*, ya se le asigne el sentido tradicional (cfr. *supra*, nota 3), ya el alcance de algunos códigos americanos vigentes (cfr. *infra*, nota 64), ya, por último, el de cierta reciente doctrina acerca de la naturaleza del proceso penal (cfr. *infra*, núm. 31)? Creo aplicable a la cuestión un razonamiento análogo al empleado para negar la posibilidad de acciones mixtas, aceptadas todavía en Francia:⁴⁸ un procedimiento que sea íntegra y simultáneamente contencioso y voluntario, no creo que pueda darse; pero sí es perfectamente posible que en juicios complejos, como sucede con los universales del derecho hispánico (cfr. *infra*, núms. 19-21), mal sistematizados aún, y en que convergen actuaciones de muy distinta índole y finalidad, haya fases o trámites contenciosos y, junto a ellos, otros voluntarios. Habida cuenta de esa mezcla o combinación, no es del todo inexacto hablar de jurisdicción mixta, aunque la denominación carezca de la precisión técnica apetecible.⁴⁹

17) Por último, ¿cabe hablar de *jurisdicción notarial*⁵⁰ y reivindicar para el 272 cód. civ. de 1928 y 674-82 cód. proc. civ.) y en España, mientras lo hubo, únicamente el juzgador (cfr. art. 63 y ss. I. 2-III-1932).

⁴⁷ La idea de competencia puede, en efecto, referirse sin la menor dificultad ni violencia a los funcionarios del ministerio público, abogados del Estado, notarios, autoridades administrativas, etc. e incluso examinarla respecto de ellos conforme a los criterios que la determinan en el área jurisdiccional.

⁴⁸ Me refiero a la argumentación de PESCATORE, *Corso universitario dei giudizi civili*, Torino, 1857, pp. 108-15. En cuanto a la subsistencia de las acciones mixtas en la doctrina francesa, cfr., entre otros, JAPIOT *ob. cit.*, pp. 83-88; LABORDE-LACOSTE, *Précis élémentaire de procédure civile*,³ París, 1939, pp. 53-58; CUCHE, *Précis de procédure civile et commerciale*,⁹ París, 1946, pp. 173-6.

⁴⁹ Criticada por AGUILAR, *¿Los juicios sucesorios corresponden a la jurisdicción voluntaria o a la jurisdicción contenciosa?*, México, 1944, p. 33.

⁵⁰ Como, v. gr., se lee en los sucesivos Reglamentos del Notariado en España (cfr. el tít. VII del de 7-XI-1921 o bien el tít. III, cap. I, tanto del de 8-VIII-1935 como del vigente de 2-VI-1944), en parte por haberse empleado la palabra en sentido impropio (cfr. *supra*, nota 43), en parte como reflejo de la añeja aspiración notarial a encargarse de la jurisdicción voluntaria, acaso también como eco de la concentración de la fe pública en manos del escribano, que hasta 1862 la ejerció a la vez en lo judicial (es decir, como secretario) y en lo extrajudicial (o sea como notario), e incluso a título de sucesores de los *juces cartularios* (cfr. CHIOVENDA, *Principios*, I, p. 364). Acerca de los nexos de la función notarial con el proceso, cfr. COUTURE, *El concepto de la fe pública* (Buenos Aires, 1947) y *Teoría de la buena fe en el proceso civil* (curso dado en México en 1947, pendiente de publicación).

notario el ejercicio íntegro de la jurisdicción voluntaria?⁵¹ Al primer extremo respondemos decididamente que no, sin por ello rebajar en un ápice la importancia de la función notarial, que acaso mediante dicha denominación se haya pretendido enaltecer. La misión del notariado es tan importante, útil y noble como la de la judicatura, y no tiene necesidad de disfraces ni de usurpaciones, que a ello equivaldría calificarla de jurisdiccional, aun en el caso de transferirle por completo el conocimiento de la jurisdicción voluntaria, puesto que ésta carece de índole jurisdicente. Además, aun siendo partidarios de que al notario se encomienden diversos procedimientos de jurisdicción voluntaria, no creemos que todos deban traspasársele, sino sólo una parte de los que componen el tercero de los sectores mencionados en el número 11. En otras palabras, partiendo de la distinción de la jurisdicción voluntaria en judicial y extrajudicial, paralela a la que se establece entre las dos ramas de la dación de fe (al fin y al cabo, en aquélla hay mucho de ésta), al notario se le asignaría la mayor parte (aunque no la totalidad) de la segunda.

18) *b') Zonas de dudosa o discutida adscripción.*—Los estudios sobre jurisdicción voluntaria adolecen con frecuencia de un grave y muy visible defecto: el olvido de la casuística, antipática, desde luego, como en pocas indagaciones, por su extrema diversidad de contenido (cfr. *supra*, núm. 10), frente a la que correrían el riesgo de estrellarse las más sugestivas construcciones abstractas. Por eso, muchos investigadores la eluden, con maniobras no por hábiles menos manifiestas o, sin llegar a tanto, se ocupan sólo de los procedimientos de jurisdicción voluntaria que tengan reconocida tal cualidad por el legislador, incluso cuando no les dé el nombre (código italiano de 1940), sin preocuparse, por lo general,⁵² de aquellos que incluidos por los códigos dentro de la jurisdicción contenciosa, puedan en realidad no pertenecer a la misma sino por motivos de conexión, afinidad o sucesión procedimentales.

Dados los rasgos peculiarísimos que en los códigos procesales hispánicos presentan los denominados juicios universales, por ellos comenzaremos el recorrido, y en un posterior subepígrafe abordaremos algunos otros supuestos de discutible pertenencia jurisdiccional.

19) *a") Juicios universales.*—Como es sabido, su concepto se establece según un criterio de derecho material, que los contrapone a los singulares, en atención

⁵¹ Para MICHELI, es discutible la afirmación de DONÀ, *Notariato*, en "Nuovo Digesto Italiano", pp. 1058 ss., a tenor de la cual, sólo la función notarial es genuina jurisdicción voluntaria (cfr. *Per una revisione*, etc., p. 21). A su vez, en España, JIMÉNEZ ARNAU, *Introducción al Derecho Notarial*, Madrid, 1944 (mencionado sin indicación de pág. por ÁLVAREZ-CASTELLANOS RAEL, *ob. cit.*, pp. 345-6), pretende substraer la jurisdicción voluntaria del ámbito judicial.

⁵² Véase luego, en las notas 187 y 188, la indicación de algunos autores que se han cuidado de clasificar los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

a que su extensión patrimonial sea total o parcial. Pero esa circunstancia ha trascendido en el derecho procesal hispánico, desde el contenido al procedimiento, el cual presenta trazos inconfundibles, que permitirían postular una interpretación procesalista de la universalidad,⁵³ referible a las dos clases fundamentales de “juicios” que comprende, los concursarios y los sucesorios,⁵⁴ pese a las diferencias esenciales que entre ellos median. Los elementos para propugnar esa interpretación serían: “ante todo, la existencia de una masa de bienes con personalidad procesal propia (al menos, en determinados momentos o para ciertos casos), a título de patrimonio autónomo;⁵⁵ en segundo lugar, la *vis attractiva* inherente a esa masa, y que se traduce en la que cabría llamar *acumulación-absorción* (a diferencia de la *acumulación-refundición*) de los procesos singulares por el universal; en tercer término, la intervención de órganos parajudiciales⁵⁶ junto a los estrictamente judiciales; en cuarto lugar, la confluencia de criterios puramente procesales y de proyecciones de jurisdicción voluntaria sobre zonas más o menos dilatadas de concursos y juicios sucesorios; finalmente, el carácter de ejecución general que unos y otros poseen, en cuanto procedimientos distributivos del patrimonio autónomo entre varios pretendientes, aunque la clase a que pertenecen sea distinta,⁵⁷ todo ello sin contar con afinidades... en orden a las medidas

⁵³ Esbozada por nosotros en un cursillo sobre *Ejecución procesal civil* dado en 1935 (inédito aún), recogida luego en mis *Adiciones al Der. proc. civ. de Goldschmidt* Barcelona, 1936, p. 533, y ampliada en “Rev. Der. Proc.” (argentina), 1943, II, p. 194, y en *Proceso, autocomposición, etc.*, pp. 130-2.

⁵⁴ En Cuba, a partir de la orden de 5-III-1902 se suele considerar como juicio universal el deslinde (cfr. *supra*, nota 46), en virtud de razones que no me parecen convincentes (cfr. ZALDÍVAR, *El juicio universal en nuestro Derecho*, en “Anuario de la Asoc. Nac. de Funcionarios del Pod. Jud.”, La Habana, 1946, pp. 63-9, así como una nota en “Repertorio Judicial”, mayo de 1947, pp. 41-2; en contra, nosotros, en “Rev. Esc. Nac. Jurisp.”, México, 1946, núm. 32, pp. 273-4). Por analogía con las operaciones divisorias del juicio sucesorio (cfr., v. gr., art. 784 cód. proc. civ. italiano), cabría estimar también que es juicio universal el procedimiento relativo a la disolución de comunidades.

⁵⁵ Noción que tomamos de HELLWIG, *Lehrbuch*, I, pp. 294-316, y que presenta mayor independencia en la hipótesis de la herencia que en la de la masa de bienes del concurso o de la quiebra, ya que mientras ésta puede retornar total o parcialmente al concursado o quebrado, en los supuestos de improcedencia o revocación del concurso o de convenio entre deudor común y acreedores), aquélla no cabe, claro está, salvo el milagro de una resurrección, que vuelva al difunto (aunque sí al ausente, en el caso análogo de presunción de muerte: cfr. arts. 708 y 1649 cód. civ. federal mexicano).

⁵⁶ Empleamos el concepto en sentido más amplio que CARNELUTTI (cfr. *Sistema*, núm. 200), quien lo circunscribe al órgano de la conciliación y a la comisión del patrocinio gratuito. Para nosotros, son órganos parajudiciales cuantos en un proceso están facultados para adoptar resoluciones o acuerdos de índole cuasijurisdiccional, como sucede con la sindicatura y la junta de acreedores en los juicios concursarios y con el albaceazgo y las juntas de herederos o de aspirantes a la herencia en los sucesorios. Véase, además, *infra*, nota 162.

⁵⁷ Ya que en los sucesorios el heredero tiene derecho a su porción hereditaria íntegra, mientras que en los concursarios, los acreedores sólo tienen derecho a un tanto por

cautelares y a la intervención en ellos del ministerio público”.⁵⁸ Sin embargo, las coincidencias señaladas no son absolutas e inmutables, y el día en que la testamentaria salga definitivamente del área judicial⁵⁹ y el concurso y la quiebra se oficialicen, cesando o disminuyendo la desaforada autonomía de los acreedores,⁶⁰ y se unifiquen o aproximen la ejecución singular y la concursaria,⁶¹ esos rasgos comunes desaparecerán o se reducirán a la mínima expresión, y los dos sectores actuales de los juicios universales se mostrarán como territorios jurídicos muy distintos.⁶² Pero mientras subsistan con sus presentes caracteres, surge la duda de si corresponden a la jurisdicción contenciosa, a la voluntaria o inclusive a la mixta (cfr. *supra*, núms. 8 y 16).

20) Tomados en bloque, es decir, sin cribar y clasificar las tan distintas actuaciones, piezas o cuadernos y medidas que integran estos complejísimos procedimientos en el derecho procesal hispánico,⁶³ habría que reputarlos de jurisdicción mixta y, por consiguiente, anotarle ese tanto a los códigos mexicanos que, a ciento de sus respectivos créditos, cuando los bienes de la masa no alcanzaren a cubrirlos en su totalidad (cfr. arts. 1092, 1242 y 1290-2 l. enjto. civ. española y 864 cód. proc. civ. Distrito mexicano).

⁵⁸ ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición, etc.*, pp. 130-1.

⁵⁹ La tramitación extrajudicial de la testamentaria, prevista ya por la ley española (cfr. arts. 1044-50 y 1095) y autorizada asimismo en la Argentina (cfr. art. 3462 cód. civ. y art. 646-7 cód. proc. civ. de la Capital), adquiere mayor relieve en México (cfr. arts. 872-6 cód. proc. Distrito) y, sobre todo, en el Proyecto uruguayo, que regula un proceso sucesorio extrajudicial (ante notario: arts. 333-4 y 336-53) y otro judicial (arts. 333, 335-6 y 354-66). De ahí a eliminar las testamentarias judiciales y a sacar las extrajudiciales de los códigos de enjuiciamiento, sólo hay un paso.

⁶⁰ Es decir, propugnamos la vuelta al tradicional concurso español, inspirado en el principio de oficialidad, o sea el que tiene su culminación en SALGADO DE SOMOZA y su célebre *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam* (1ª ed., Valladolid, 1646). Acerca del autor y de la obra, cfr. las indicaciones que consignamos en nuestro trabajo *Salgado de Somoza y los concursualistas alemanes* (Madrid, 1931; reproducido en “Ensayos”, pp. 63-94).

⁶¹ El cód. proc. civ. italiano de 1940, a pesar de haberse compuesto «teniendo siempre en cuenta la posible intervención de una pluralidad de acreedores» (ALCALÁ-ZAMORA, *ob. cit.*, en la nota 19, núm. 8, pp. 407-8), no se decidió, sin embargo, a llevarla a cabo, como si temiese la protesta de los mercantilistas, invasores de los dominios procesales en materia de quiebra. En cambio, el cód. proc. civ. de la Ciudad del Vaticano, de 1946, ha sabido recluir el concurso en doce artículos (479-90) y extenderlo a los comerciantes, suprimiendo así su dualidad con la quiebra y eliminando casi por completo el contraste ejecución singular-ejecución colectiva. Véase, además, *infra*, nota 69.

⁶² Ello no es obstáculo, a su vez para que juicios universales *mortis causa* (o sea los sucesorios) y juicios universales *inter vivos* (o sea los concursarios) puedan combinarse, en el sentido de que, pendiente un concurso o una quiebra, fallezca el deudor común, o bien en el de que abierto el juicio sucesorio, el pasivo del causante sobrepase el activo (cfr. art. 1053 l. enjto. española).

⁶³ En el que su regulación deja mucho qué desear: cfr., v. gr., PANIAGUA, *La absurda*

ejemplo del de 1884, así los catalogan.⁶⁴ Conviene, sin embargo, que procedamos a un análisis más particularizado de la cuestión, y a tal fin, comenzaremos por separar los concursuarios y los sucesorios.

Con independencia de que *concurso* y *quiebra* se unifiquen o de que subsista la artificiosa dualidad,⁶⁵ se trata ahora de saber a cuál de ambas jurisdicciones pertenecen. Se ha sostenido respecto de la quiebra (aunque el argumento se extiende sin dificultad alguna al concurso civil), que corresponde a los dominios del proceso voluntario, porque en ella el deudor *quiere* cumplir pero *no puede*, a diferencia de la ejecución singular, en la que *puede* cumplir pero *no quiere* hacerlo.⁶⁶ Semejante planteamiento resulta, desde luego, aplicable al concurso voluntario (continuador de la *cessio bonorum* y en el que en rigor media un allanamiento anticipado), a los convenios preventivos y, a lo sumo, a la insolvencia fortuita.⁶⁷ En los demás casos, en cambio, no es admisible la tesis expuesta: “el antagonismo entre los intereses del deudor y los de los acreedores de la masa, la existencia de la declaración necesaria junto a la voluntaria, el criterio que prevalece en la concesión de alimentos, el efecto retroactivo de la quiebra para evitar confabulaciones del quebrado, el régimen de oposición contra los acuerdos principales que en el juicio recaen, el trámite de calificación y su posible derivación penal, etcétera, son, a mi entender, argumentos más que suficientes para no dejarse arrastrar” por la susodicha opinión,⁶⁸ sin contar con que el contraste entre la ejecución singular y la colectiva no es tan tajante como para no encontrar formas intermedias entre una y otra.⁶⁹ Menos aceptable nos parece aún la doctrina que atribuye a la quiebra (*¿quid* del concurso?) naturaleza de derecho admi-

ordenación de los juicios sucesorios universales en nuestras leyes de enjuiciar, en “Rev. Gen. de Legis. y Jurisp.”, 1930, pp. 346-60, y ZALDÍVAR, *ob. cit.* en la nota 54.

⁶⁴ Además del mencionado de 1884 (cfr. su lib. IV), vigente aún en los Estados de Sonora y Zacatecas, acogen la rúbrica «jurisdicción mixta» los de México, Morelos (el de 1899, no el vigente de 1954) y Yucatán, entre otros.

⁶⁵ En pro de la unificación, nosotros en *Estudios*, pp. 258-60, y *Ensayos*, pp. 122-5.

⁶⁶ Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 437, f; v. también los números 387 y 600, b.

⁶⁷ Como convenios preventivos dentro del derecho español, mencionaremos el que quita y espera respecto del concurso civil (arts. 1130-1155 l. enjto. civ.) y el de suspensión de pagos en orden a la quiebra (regulado por leyes de 2-I-1915 y 26-VII-1922). En cuanto a los convenios posteriores a la declaración de concurso o de quiebra (cfr. arts. 1303-13 y 1389-96 l. enjto.), se encuentran con los preventivos en la misma relación que la conciliación intraprocesal con la preprocesal (cfr. *infra*, núm. 23), siendo todos ellos manifestaciones autocompositivas.

⁶⁸ ALCALÁ-ZAMORA, *Ensayos*, p. 124.

⁶⁹ Entre la ejecución singular a base de acreedor único (que es, por ejemplo, la que se ha representado casi exclusivamente la l. enjto. española) y la ejecución concursuaria en estricto sentido, se intercalaría, por de pronto, la ejecución singular con pluralidad de acreedores (cfr. *supra*, nota 61), muy especialmente cuando se trate de enajenación de un fundo, hipótesis que, según GOLDSCHMIDT, se asemeja al concurso (*Der. proc. civ.*, p. 672). Además, en México la ejecución de tipo hipotecario y la tercería plural revisten carácter concursuario (cfr. arts. 477, 594 y 669 cód. proc. civ. del Distrito).

nistrativo, como si la interferencia de mercantilistas y procesalistas se fuese a resolver mediante una tercería de dominio o de mejor derecho interpuesta por los administrativistas.⁷⁰ En definitiva, creemos que el concurso es en su mayoría un "procedimiento del proceso civil", entendiendo por tal el contencioso.⁷¹

21) Pasemos a los *juicios sucesorios* y más concretamente al abintestado (o intestado) y a la testamentaria, ya que el tercero de los que conoce la ley española ⁷² puede y debe refundirse con el primero, y en todo caso, le son aplicables los razonamientos que acerca de él hagamos.

La testamentaria pertenece, incluso conforme a ciertos preceptos que desmienten su clasificación legal como "juicio" (cfr. *supra*, núm. 9 e *infra*, núm. 40),⁷³ a la jurisdicción voluntaria, hasta el extremo de poderse tramitar extrajudicialmente, forma que resulta mucho más ventajosa.⁷⁴ Debe, pues, salir de los códigos procesales, como miembro del tercer sector de los especificados en el número 11; y si con ocasión de las operaciones divisorias extrajudiciales del caudal relicto, surge pugna, entonces, cual sucede ahora,⁷⁵ se convertiría en contenciosa y se substanciaría conforme al juicio que corresponda a su cuantía.⁷⁶ Con mayor motivo todavía son procedimientos de jurisdicción voluntaria los relativos a la

⁷⁰ Cfr. D'AVACK, *La natura giuridica del fallimento*, Padova, 1940, pp. 20-33 y 134-212, e influido por él, APODACA Y OSUNA, *Presupuestos de la quiebra*, México, 1945, pp. 101, 111 y 150; en contra, nosotros, en "Rev. Der. Proc." (argentina), 1945, II, pp. 199-200, y PRIETO-CASTRO, *Naturaleza jurídica del concurso y de la quiebra*, en "Rev. Der. Proc." (española), 1945, pp. 531-3 y 538-40.

⁷¹ Cfr. KISCH, *Grundriss des deutschen Konkursrechts*, 6 y 7 Mannheim-Berlin-Leipzig, 1929, p. 2.

⁷² A saber: la «adjudicación de bienes a que estén llamadas varias personas sin designación de nombres» (arts. 1101-29 l. enjto. civ.), surgida en 1881 por razones que su progenitor MANRESA expone y que nada tienen de convincentes, como lo revela que los demás países hispánicos puedan vivir sin ella (cfr. sus *Comentarios a la l. de enjto. civ.*,⁵ IV, Madrid, 1929, p. 574).

⁷³ Cfr. arts. 1087 y 1091, por un lado, y 1811, por otro, de la l. enjto. española, o bien, en el derecho mexicano, los arts. 852, 864, 871 y 893 cód. del Distrito (v. también el 68 de éste o el 86 del de Chihuahua de 1941).

⁷⁴ Hasta el punto de que la l. española prevé y respeta la prohibición del testador de que se acuda a la testamentaria judicial (cfr. art. 1045). Acerca de la extrajudicial, cfr. *supra*, nota 59.

⁷⁵ Cfr. art. 1088 l. enjto. española. Las operaciones divisorias, que constituyen la esencia de la testamentaria, son materia típicamente voluntaria en Francia (cfr. arts. 907-1002 cód. prc. civ.), Alemania (§§ 72-89 l. sobre jurisd. vol.), Italia (arts. 747-83 cód. proc. civ.) etcétera.

⁷⁶ La liquidación de la sociedad de gananciales en vida (cfr. arts. 1418-31 cód. civ. español, especialmente el 1428) presenta afinidades innegables con la testamentaria, y otro tanto sucede con la de las demás sociedades civiles o mercantiles, sin que, no obstante, se haya considerado necesario hacerlas objeto de un minucioso procedimiento especial en la l. e. civ. Por su parte, el cód. proc. italiano (cfr. *supra*, nota 54) despacha en ocho artículos (784-92), la disolución de comunidades, sean o no hereditarias.

apertura y protocolización de testamentos, de acuerdo con la ley española y en contra de diversos códigos mexicanos.⁷⁷

El *abintestato*, si lo desligamos de las medidas cautelares que lo rodean y de los llamamientos edictales de que se vale, tiene por objeto esencial hacer la declaración judicial de herederos.⁷⁸ Si el aspirante a la herencia es único o si siendo varios, sus pretensiones son compatibles, no hay por parte alguna litigio ni conflicto, y el procedimiento, que se limita entonces a la homologación del derecho aducido, pertenece a la jurisdicción voluntaria; cuando, por al contrario, medie pugna entre los pretendientes, estaremos en el campo de la jurisdicción contenciosa.⁷⁹ Esa discrepancia no es obstáculo para que la finalidad declarativa sea la misma en las dos hipótesis ni para que el procedimiento pueda en ambas ser idéntico o muy parecido. En tales circunstancias, carecería de fundamento instaurar una dualidad legislativa y, por lo tanto, el *abintestato* (en el caso de que exija una tramitación especial) quedará en los códigos procesales, ya que incluso cuando es voluntario, la trascendencia de la declaración de herederos justifica que de ella conozca la autoridad judicial.⁸⁰ El *abintestato*, regulado como contencioso, funcionaría en ocasiones como voluntario y en ellas pertenecería al segundo de los sectores señalados en el número 11.

En resumen: los juicios universales se hallan en el tránsito de la jurisdicción contenciosa a la voluntaria, más próximos a la primera los concursarios y más cercanos a la segunda los sucesorios.

22) *b*) *Otras materias.*—Sin la pretensión de formar una lista exhaustiva, examinaremos con rapidez algunas otras zonas debatidas, en el supuesto de que en los códigos procesales no puedan coexistir más que jurisdicción contenciosa o voluntaria.⁸¹

⁷⁷ Cfr. lib. III, títs. VI y VII, l. enjto. española y en contra, tít. XIV, caps. IX-XIV cód. proc. Distrito, más aquellos códs. mexicanos inspirados por él en este punto, como los de Chiapas, Hidalgo, Oaxaca, Veracruz, etc.

⁷⁸ Cfr. arts. 977 y ss. l. enjto. española, 695 cód. proc. para la Capital argentina y 801, 804, 807 y 809 cód. mexicano del Distrito.

⁷⁹ Cfr. arts. 989 y 991 l. enjto. española. La situación que estos artículos ofrecen es análoga a la que puede surgir en el procedimiento para reconocer la adquisición del dominio en virtud de prescripción: cfr. sobre el tema COUTURE, *La acción declarativa de la prescripción*, Buenos Aires, 1936, y nuestro comentario al mismo, en *Ensayos*, pp. 643-9.

⁸⁰ Parécenos por ello errónea la solución adoptada en Cuba por la l. de 17-XII-1937 y por su reglamento de 23-V-1938, al permitir a los notarios, en concurrencia con los jueces, entender en las dos fases esenciales y más características del *abintestato*, es decir, la de prevención y la de declaración de herederos.

⁸¹ SATTÁ, por ejemplo, estima que los procedimientos para llevar a cabo los *derechos potestativos* implican «innegable función jurisdiccional, que no es contenciosa, pero que tampoco es voluntaria», e incluye en tal sector los relativos a disolución de comunidades, liberación de gravámenes hipotecarios y copia y colación de documentos públicos (cfr. *Dir. proc. civ.*, pp. 159-60 y 501 ss.). Téngase también en cuenta la posibilidad, que no

Iniciaremos el recorrido por las *actuaciones preliminares*,⁸² o sea por las que tienen lugar antes de la demanda principal. En realidad, si jurisdicción contenciosa implica proceso de igual índole o, mejor dicho, proceso a secas, ya que el llamado proceso voluntario no lo es en rigor (cfr. *infra*, núm. 31), y si el momento constitutivo de aquél se sitúa en la litispendencia e incluso, conforme a las arcaicas interpretaciones privatistas, en la litiscontestación,⁸³ dichas actuaciones, como anteriores inclusive a la interposición de la demanda, son netamente preprocesales y, por tanto, no podrían estimarse contenciosas. Más aún: la promoción de tales diligencias cabe que no desemboque en un proceso, bien porque queden fallidas las esperanzas del solicitante (la exhibición de cosas o de documentos o la confesión sobre personalidad dan resultados distintos de los previstos), bien porque incluso si se confirman, no deduzca luego, por cualquier causa, la demanda que de ellas debiera derivar.⁸⁴ Así las cosas, y a menos de elaborar la noción de proceso preliminar, “cuyo fin consistiría en determinar la posibilidad o pertinencia de un proceso principal posterior”,⁸⁵ las actuaciones preparatorias habrían de reputarse materia de jurisdicción voluntaria, al menos mientras no pasen de tentativa, es decir, cuando no vayan seguidas de un verdadero proceso. Naturalmente, como su empleo no se autoriza al solo efecto de molestar o de curiosear, sino en atención a una eventualidad procesal, el régimen de las actuaciones preliminares, además de encomendarse a los jueces, deberá regularse en los códigos procesales (cfr. *supra*, núm. 11).

23) La *conciliación* se ha venido considerando, en general, como procedimiento de jurisdicción voluntaria, y, además, en ninguno como en ella se percibe la finalidad *preventiva* que diversos autores estiman rasgo distintivo de aquélla (cfr. *infra*, núm. 36). Sin embargo, no falta quien la contemple como proceso ni, sobre todo, quien afirme su naturaleza contenciosa. El primero de esos pareceres, so pena de confundir proceso con procedimiento, o lo que es lo mismo: finalidad y forma (cfr. *infra*, núm. 31), no se tiene en pie, y el propio padre de la criatura señala tales diferencias entre el proceso(?) de conciliación y el verdadero, que destruyen su propia aserción: el primero representa la paz, posee ca-

aceptamos (cfr. *infra*, núm. 31), de un proceso sin litigio, como *ens medium* entre el juicio contencioso y la jurisdicción voluntaria.

⁸² O preparatorias o prejudiciales (cfr. tít. V cód. Distrito mexicano, en cuyos seis capítulos alternan los tres calificativos en cuestión, a diferencia de la l. española —lib. II, tít. II, cap. I, sec. 2ª—, que se vale del que utilizamos en el texto y que junto con el segundo, resulta preferible a «prejudicial», con otras posibles acepciones).

⁸³ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso autocomposición*, etc. pp. 125-7.

⁸⁴ Por ejemplo: muerte de quien se disponía a demandar, confusión de derechos, autocomposición extraprocesal (cfr. *ob. cit.* en la nota anterior, pp. 76-7), etc.

⁸⁵ ALCALÁ-ZAMORA, *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*, en “Estudios de Der. Proc. en honor de Hugo Alsina”, Buenos Aires, 1946, núm. 34 [véanse *infra*, Estudios Números 7 y 9].

rácter negocial y tiene por objeto la composición amigable de un conflicto, en tanto que el segundo significa la guerra y persigue la realización de la tutela jurídica y la aplicación de las sanciones.⁸⁶

El autor de la otra posición entiende, a su vez, que la conciliación pertenece a la jurisdicción contenciosa, por concurrir en ella los factores esenciales de la relación jurídica procesal y, en definitiva, de la acción, a saber: un actor, que formula una pretensión de tutela jurídica; un demandado, que puede oponerse o defenderse y hasta deducir contrapretensión, y un magistrado, con obligación de prestar el ejercicio de su función y que desenvuelve una actividad judicial tendiente a resolver la pugna (reconoce, no obstante, que la conciliación se encuentra en la "zona extrema" o de confín de la jurisdicción contenciosa).⁸⁷

Para resolver el problema de la conciliación, hay que tener muy en cuenta dos aspectos de la misma: el *momento* en que recae y el *resultado* que aporta. En atención al momento, la conciliación (sea obligatorio o facultativo el intento de celebrarla) puede ser preprocesal o intraprocesal;⁸⁸ en cuanto al resultado, cabe que sea positivo (avenencia) o negativo (desavenencia expresa o bien *facta*, en caso de incomparecencia). La conciliación preprocesal positiva evita el proceso contencioso; la negativa, tampoco desemboca fatalmente en él;⁸⁹ en todo caso, el juez (que entonces lo es únicamente en sentido orgánico, pero no funcional), solo o auxiliado por los hombres buenos,⁹⁰ desempeña en ambas papel de mediador y no de juzgador, y resulta, por consiguiente, ilógico atribuir a un procedimiento ayuno de decisión jurisdiccional y que tiene precisamente por objeto descartarla, naturaleza de jurisdicción contenciosa. Cuando la conciliación es in-

⁸⁶ Cfr. SATTÀ, *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, en "Introduzione allo studio del Dir. Proc. Civ.", Milano, 1939, pp. 5, 10 y 11. Destaquemos que la expresión «composición amigable» empleada por SATTÀ para definir el cometido de la conciliación, se utiliza con el mismo alcance por el art. 20, frac. VI, tít. sobre justicia de paz del cód. mexicano del Distrito, para designar la conciliación intraprocesal, a diferencia de «amigable composición», con que denomina al arbitraje de equidad (cfr. art. 628). Al hablar de conciliación, dicho se está que pensamos en su uso de acuerdo con la finalidad querida por el legislador y no en el abuso consistente en valerse de ella para celebrar contratos sin mediar controversia y al solo efecto de eludir la intervención notarial (cfr. SATTÀ, *ob. cit.*, p. 12).

⁸⁷ Cfr. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*,⁴ III, Milano, 1923, núm. 9, pp. 9-12.

⁸⁸ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición, etc.*, pp. 70, 76 (nota 95) y 182-3. Carácter obligatorio tiene la conciliación preprocesal en el cód. proc. civ. francés (art. 48) y en la l. enjto. española (art. 460); la intraprocesal es facultativa o, a lo sumo, constituye un deber discrecional del juzgador, cuando crea propicio intentarla.

⁸⁹ Cfr. nota 84. Además, de manera específica, el art. 478 l. enjto. española prescribe que «si no se presentare la demanda ordinaria dentro de los dos años siguientes al acto de conciliación, no producirá efecto alguno este acto y deberá intentarse de nuevo antes de promover el juicio».

⁹⁰ Acompañantes de las partes, con la misión de procurar su avenencia: cfr. arts. 470-1 l. enjto. española.

traprocesal positiva (la negativa no interesa, porque continuaría el proceso), entonces, claro está, se produce durante el desarrollo de un proceso contencioso, pero sin que esta circunstancia baste para imprimirle tal carácter, porque falta asimismo la decisión jurisdiccional. En este caso, el proceso contencioso, en lugar de concluir por sentencia, se extingue en forma autocompositiva, del mismo modo que cuando las partes le ponen término mediante transacción —la conciliación será con frecuencia transaccional—,⁹¹ que no por ello sería lícito incorporar a la jurisdicción contenciosa. Cosa muy distinta, pero que confirma nuestro punto de vista, es incluir la conciliación y, en general, la autocomposición, bajo el concepto de equivalente jurisdiccional.⁹²

24) Ocupémonos del *arbitraje*. Su índole jurisdiccional —por descontado, contenciosa— es negada por las teorías contractualistas, mientras que la afirman las que precisamente por ello se llaman jurisdiccionalistas.⁹³ De prevalecer las primeras, acaso cabría sostener que el arbitraje, a título de “procedimiento” o de “resolución” no jurisdiccional (contenciosa),⁹⁴ encajaría en el campo de la jurisdicción voluntaria. Pero como no es posible situar su “centro de gravedad” en la voluntaria aceptación del fallo por los compromitentes,⁹⁵ sino en el consentimiento estatal,⁹⁶ la concepción jurisdiccionalista del arbitraje será la que a fin de cuentas triunfe, porque “tan decisión de litigio es la sentencia del juez público como el laudo del juez privado, y lo prueba su cualidad de ejecutorio, aunque por carecer de *imperium*, no puedan los árbitros llevarlo a cumplimiento.

⁹¹ Según SATTÀ, será difícil que la conciliación, que siempre es negociada, se traduzca en reconocimiento unilateral (cfr. *Dalla conciliazione*, p. 11); pero ello significa una tendencia y no una regla y, por tanto, en la misma puede mediar desistimiento o allanamiento, ya que en definitiva no es más que un vehículo para lograr la autocomposición (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, etc., p. 70).

⁹² De acuerdo con CARNELUTTI, *Sistema*, núms. 49, 55-7 y 59, según indicamos en *Proceso, autocomposición*, etc., núms. 8 y 44. Desde el punto de vista de nuestro estudio, la autocomposición, si bien tiene como presupuesto el litigio, lo mismo que el proceso contencioso (cfr. nuestro cit. lib., núm. 2), posee carácter voluntario.

⁹³ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, etc., p. 71.

⁹⁴ PIROSO, por ejemplo, contempla el arbitraje como un procedimiento no jurisdiccional que lleva a un accertamiento irrevocable (*ob. cit.*, p. 11); y por su parte, SATTÀ estima que el arbitraje significa no tanto una forma privada de jurisdicción, como una resolución no jurisdiccional de las controversias, por ser la jurisdicción esencialmente función del Estado (cfr. *Dir. proc. civ.*, p. 459).

⁹⁵ Cfr. SATTÀ, *Dalla conciliazione*, p. 14.

⁹⁶ Comenzando porque es el legislador quien especifica las materias susceptibles de arbitraje y las excluidas de él. En cuanto a situar el centro de gravedad en la aceptación de los litigantes, equivale a confundir arbitraje y mediación, con olvido de que «mientras el árbitro *resuelve* el litigio (es decir, se encuentra *supra partes*), el mediador se limita a *proponer una solución*, que los litigantes son dueños de aceptar, rechazar o modificar (es decir, se encuentra *infra partes*)» (ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso*, etc., p. 72).

Tampoco cabe sostener que los árbitros no ejercen jurisdicción, si bien, como es natural, no son depositarios permanentes de poder jurisdiccional.⁹⁷ Para negarle carácter jurisdiccional al arbitraje, habría que reputarlo institución de derecho privado; pero, ¿cómo se explica entonces que su encuadramiento se determine, bajo pena de nulidad, por normas de derecho público, cual las de los códigos procesales; que los árbitros puedan requerir el auxilio de los jueces estatales; que éstos queden obligados a ejecutar sus laudos; que la excepción de compromiso equivalga, según los casos, a la de incompetencia o la de litispendencia y que la de cosa juzgada se refiera por igual a sentencias y a laudos; que un proceso iniciado ante jueces públicos se pueda desplazar ante jueces privados y que, por el contrario, la impugnación de los laudos se lleve ante los tribunales del Estado? Demasiadas preguntas, que con dificultad responderán los defensores de la interpretación privatista o contractualista del arbitraje”, el cual por lo mismo, es auténtico proceso de jurisdicción contenciosa y no mero equivalente jurisdiccional (cfr. *supra*, nota 92) y menos todavía procedimiento de jurisdicción voluntaria.⁹⁸

25) Examinemos ahora tres situaciones típicamente inquisitorias (cfr. *supra*, nota 10): la *declaración de incapacidad*, el *divorcio por mutuo consentimiento* y el *divorcio por voluntad de la mujer*.

En cuanto a la primera, se ha dicho que entre el actor de un pleito de incapacitación y el denunciado como incapaz “no media litigio, porque el primero obra *en interés* y *no contra el interés* de segundo”, y el razonamiento ha servido para presentar la hipótesis como ejemplo característico de *proceso sin litigio*,⁹⁹ pero como por motivos que luego expondremos (cfr. *infra*, núm. 31), no creemos posible intercalar dicha figura entre el proceso contencioso y el voluntario, habrá que incorporarla a uno de estos dos. Trátase de un caso harto dudoso, acerca del cual las legislaciones se muestran discrepantes.¹⁰⁰ Aun cuando en plano

⁹⁷ «Como tampoco lo son (nos referimos a la permanencia o continuidad de la función) los jurados en materia penal, ni los jueces (juristas o no) de los tribunales periódicamente renovables de distintos países (especialmente los de composición paritaria), y no por ello dejan de ser jurisdiccionales los órganos de que forman parte» (ALCALÁ-ZAMORA Y LEVENE, *Der. proc. pen.*, I, p. 209, nota 34).

⁹⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y LEVENE, *Der. proc. pen.*, I, pp. 208-9; véase, sin embargo, *infra*, nota 174. Aclaremos que si bien CARNELUTTI presenta el compromiso (*rectius*, el proceso arbitral) como uno de los equivalentes jurisdiccionales (cfr. *Sistema*, núm. 60), más adelante se muestra uno de los más decididos paladines de la tesis jurisdiccionalista (*ob. cit.*, núm. 219).

⁹⁹ Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 80.

¹⁰⁰ Así, en España, la declaración de incapacidad se hace «numariamente» (art. 218 cód. civ.), o sea, según se ha interpretado, en forma incidental, y sin que, pese al art. 1848 l. enjto., pueda tener el carácter de jurisdicción voluntaria (auto de 29-XI-1922), y la del pródigo se efectuará en «juicio contradictorio», es decir, el de mayor cuantía (art. 221 cód. civ., en relación con el 483 l. enjto.). (Por tanto, al menos en el aspecto

teórico sea cierta la afirmación al comienzo transcrita, en la práctica, sin embargo, no siempre quien demanda la incapacitación de otro lo hace en interés ajeno, sino en interés propio: las declaraciones de incapacidad y de prodigalidad revelan con frecuencia cómo la codicia familiar, auxiliada por la venalidad de peritos sin escrúpulos y favorecida por la desidia del ministerio público y de los juzgadores, perpetra iniquidades sin cuento, como en terreno próximo sucede también con la actuación del consejo de familia, por lo mismo reemplazado ya en diversos países.¹⁰¹ Así, pues, cuando la incapacidad sea notoria y el móvil que anime al promotor realmente altruista, el expediente de incapacitación pertenecerá a la jurisdicción voluntaria, y no habrá en él contenciosidad, sino a lo sumo, contradictoriedad;¹⁰² en caso contrario, nos hallaremos de hecho ante un proceso contencioso, aunque su apariencia resulte voluntaria.

26) En el *divorcio por mutuo consentimiento*¹⁰³ no hay litigio entre partes, sino conformidad entre solicitantes; el juez no despliega con tal motivo actividad jurisdiccional en estricto sentido, sino que se limita a procurar la reconciliación

formal, se substancian por cauces contenciosos); en México, en cambio, el cód. proc. civ. del Distrito la inserta en la jurisdicción voluntaria, dentro del capítulo sobre nombramiento de tutores y curadores (cfr. arts. 904-5), pero el de Guanajuato de 1934, pese a basarse en él en este punto, la considera contenciosa (cfr. arts. 702-4), y el Anteproyecto de 1948 para el Distrito la reputa «juicio» (cfr. lib. II, tít. III, cap. IX); en Francia, la interdicción es objeto de los arts. 890-7, pertenecientes a la Segunda Parte del cód. proc. civ., que bajo el rótulo «Procedimientos diversos» se ocupa fundamentalmente de la jurisdicción voluntaria; en Alemania, tratan de ella los §§ 645-87 de la ZPO. y no la l. de 1898, pero ya recogimos la opinión de GOLDSCHMIDT acerca de dichos preceptos (cfr. *supra*, nota 20); el cód. proc. civ. italiano la incluye en el lib. IV, tít. II, cap. II (arts. 712-20); el cód. proc. civ. Vaticano la lleva a un título aparte, a renglón seguido del referente a la jurisdicción voluntaria (cfr. lib. III, tít. VII, arts. 860-70); el Proyecto uruguayo la regula como de jurisdicción voluntaria (cfr. Parte Primera, lib. V, tít. III, arts. 309-21), etc.

¹⁰¹ Como México, que ha instituido en su lugar consejos locales de tutela y jueces pupilares (cfr. arts. 631-4 cód. civ. fed. de 1928), como Italia, con el juez pupilar (cfr. art. 342 cód. civ. de 1938).

¹⁰² El código civil español prevé que el presunto incapaz se defienda, y si no quiere o no puede defenderse, lo hará por él el ministerio público o un defensor judicial (cfr. arts. 215 y 223); el cód. proc. civ. del Distrito prescribe a tal fin el nombramiento de un tutor interino (cfr. art. 904). Para MICHELL, el proceso de interdicción es voluntario por el contenido y contencioso por la forma (cfr. *Forma e sostanza della giurisd. vol.*, en "Riv. Dir. Proc.", 1947, I, p. 109) y, en cambio, para CARNELUTTI, quien tiene contencioso el aspecto y voluntaria la substancia es el proceso de estado civil (cfr. *Istituzioni del nuovo proc. civ. it.*,³ Roma, 1942, núm. 24),

¹⁰³ En cuanto a la nulidad de matrimonio, la situación es distinta, ya que no bastaría la voluntad concorde de los cónyuges para producir el efecto jurídico deseado, sino que habría de acreditarse la existencia de la causa correspondiente. Ello no es obstáculo para que en países que no autoricen el divorcio, los cónyuges se concierten, y mediante la aducción de un falso motivo de nulidad que por su índole se preste a la realización de su

y, de no conseguirla, a homologar la disolución recabada por los cónyuges. La intervención judicial se justifica “como una especial garantía de autenticidad y publicidad, por hallarse en juego algo más que el interés privado e individual de los cónyuges, a saber: el público y social en cuanto a las consecuencias de la disolución del matrimonio (situación de los hijos, ulteriores nupcias, régimen de bienes, contratación, etc.)”;¹⁰⁴ pero no es consubstancial ni indispensable, como lo prueban las legislaciones que permiten autorizarlo al notario o al encargado del registro civil.¹⁰⁵ Por tanto, el divorcio por mutuo consentimiento, que no pasa de ser una autocomposición homologada, entra de lleno en la jurisdicción voluntaria y sólo incidentalmente reviste carácter contencioso.¹⁰⁶

27) El *divorcio por voluntad de la mujer*, en que bajo los efectos de un desbordamiento feminista se supone que cuando ella pide la disolución del matrimonio, le asiste la razón y debe evitársele la exposición de intimidades enojosas, constituye un procedimiento de jurisdicción voluntaria, puesto que basta una declaración unilateral de voluntad para que el vínculo se rompa, sin que el marido pueda hacer nada para evitarlo. Y así como en el divorcio concordado estábamos ante una autocomposición homologada, en éste nos hallamos en rigor ante una autodefensa sujeta a homologación judicial¹⁰⁷ y que sólo en el caso de que las mujeres fuesen a la vez santas e infalibles podría justificarse.

28) El *reconocimiento de sentencias y, en general, de actos jurídicos extranjeros* por los tribunales nacionales, se considera por algún autor como un “caso más bien anfíbio”, porque si bien puede haber controversia con motivo del *exequatur*, como quiera que la declaración de ejecutabilidad se limita a una

propósito (acreditado luego merced a pruebas amañadas), obtengan la disolución del vínculo matrimonial.

¹⁰⁴ ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, etc., p. 181.

¹⁰⁵ Cfr. *supra*, nota 46. Además, aunque se trate de una diferencia meramente formal, el procedimiento del divorcio voluntario suele ser distinto del relativo al necesario o por justa causa (cfr. arts. de derecho mexicano y español mencionados en la referida nota 46). Desde el punto de vista terminológico, no deja de ser significativo que el cód. proc. civ. del Distrito hable de «solicitud» (art. 675) y de «expedientes» (art. 679), en vez de hacerlo de «demanda» y de «proceso», que serían los nombres adecuados si estuviésemos en el campo de la jurisdicción contenciosa (cfr. *supra*, núm. 9 e *infra*, núm. 41).

¹⁰⁶ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, etc., nota 323. Ejemplo típico de incidente contencioso dentro del divorcio voluntario, lo encontramos en el art. 680 cód. proc. civ. Distrito (cfr. *infra*, nota 176). El carácter voluntario del divorcio por mutuo consentimiento lo proclaman también MORTARA, *Comentario*, V, p. 700; СНЮВЕНДА, *Principios*, I, p. 781; y DÍAZ PAIRÓ, *El divorcio en Cuba*, La Habana, 1935, p. 347; reseña mía, en “Ensayos”, pp. 139-59.

¹⁰⁷ Cfr. *Proceso, autocomposición* etc., p. 171, y para el estudio de esta curiosa institución en particular, COUTURE, *El divorcio por voluntad de la mujer* (Montevideo, 1931); v. también nota 183.

comprobación extrínseca, la resolución que acuerda la fuerza ejecutiva sería de la misma naturaleza que la que atribuye ejecutoriedad al laudo arbitral o a una sentencia eclesiástica, es decir, “acto de fe (desde ese momento, ciega) en una decisión de otra fuente; investidura mecánica que pierde en dicho punto los caracteres de la jurisdicción en el sentido propio y pleno de la palabra”.¹⁰⁸ De cualquier modo, aun fichada como voluntaria, la fase que entonces se intercala entre la de conocimiento y la de ejecución, habrá de regularse en los códigos procesales, como miembro del primero de los tres sectores mencionados en el número 11.¹⁰⁹

29) Finalmente, el propio autor a quien acabamos de referirnos, estima que en el *proceso laboral colectivo* no se desenvuelve jurisdicción contenciosa y sí una función similar a la de los arbitradores.¹¹⁰ Sin ocultárenos las peculiaridades de la sentencia colectiva del trabajo, así como tampoco la dificultad de resolver siempre tales controversias conforme a derecho estricto,¹¹¹ creemos que aquí sí estamos en el área del enjuiciamiento contencioso, aunque, eso sí, lo mismo que el litigio que a él conduce, ofrezca agudo contraste con el de tipo individual.

30) *b) Jurisdicción voluntaria y proceso.*—A través de los cuatro subepígrafes en que la presente rúbrica se descompone, examinaremos toda una serie de afinidades, nexos y diferencias entre los expedientes de la seudo jurisdicción voluntaria y los procesos de la jurisdicción contenciosa.

31) *a') Presupuesto respectivo.*—Si “el proceso no surge del proceso, sino de una situación *extra y meta procesal*, que él está llamado a canalizar y resolver”,¹¹² otro tanto habrá que afirmar de la jurisdicción voluntaria. Uno y otra encuentran fuera de sí y no en sí, su verdadero presupuesto, que respecto del primero está representado, a nuestro entender, por el *litigio*, aunque interpretado el concepto con mayor amplitud de la que le atribuye el pensamiento carneluttiano.¹¹³ Pero ¿cuál será el presupuesto de la jurisdicción voluntaria? El mismo autor que

¹⁰⁸ REDENTI, *Profili*, pp. 214-5. Acerca del tema, SENTÍS MELENDO, *La sentencia extranjera: naturaleza procesal del exequátur*, en “Rev. Der. Proc.” (argentina), 1944), II, pp. 221-78.

¹⁰⁹ Lo que no cabe es, como, v. gr., hacen la l. española y el cód. mexicano del Distrito, incluir el reconocimiento bajo la rúbrica «ejecución de sentencias», ya que una vez acordado el *exequátur*, se llevan a cabo como las nacionales y dicho trámite se reduce a una «declaración de ejecutabilidad» (cfr. nuestro *Programa Der. proc. civ.*, p. 37).

¹¹⁰ Cfr. REDENTI, *Profili*, p. 222.

¹¹¹ Acerca del proceso colectivo, cfr. las indicaciones que hacemos en *Proceso, autocomposición*, etc. núms. 41, 84, 116 y 120.

¹¹² ALCALÁ-ZAMORA, *Der. proc. pen.*, I, p. 7; *Enseñanzas de la acción*, núm. 9; *Proceso, autocomposición*, p. 12.

¹¹³ Para poderlo referir sin dificultad a las diversas ramas procesales, en todas las cuales hay que arrancar de un estadio que no sea aún procesal. Cfr. *infra*, nota 120.

renovó la noción de *litigio*, para erigirla en piedra angular de su sistema, asienta la jurisdicción voluntaria sobre la idea de *negocio*.¹¹⁴ Como antes el litigio, ahora el negocio no ha escapado a la crítica;¹¹⁵ pero si los reproches que se les han dirigido deben llevar a que se perfilen o reelaboren ambos conceptos, no impiden que *antes* del proceso y de la jurisdicción voluntaria tenga que preexistir su respectivo presupuesto, y mientras la ciencia jurídica no nos suministre denominaciones preferibles, valgámonos de ellas, con las salvedades oportunas.

Tendríamos, pues, como presupuesto del proceso el litigio y como presupuesto de la jurisdicción voluntaria el negocio. Mas he aquí que el investigador a quien debemos el señalamiento de ambos presupuestos —aun cuando antes de él se haya utilizado el negocio como distintivo de la jurisdicción voluntaria—,¹¹⁶ ha complicado su empleo nada menos que en cuatro direcciones: *a*) en la de hablar, no de jurisdicción, sino de “proceso” voluntario; *b*) en la de intercalar entre el proceso contencioso y el voluntario un proceso sin litigio; *c*) en la de reputar el proceso penal de naturaleza voluntaria, y *d*) en la de asignarle a

¹¹⁴ Traducimos «*affaire*» por negocio basándonos precisamente en las palabras del propio CARNELUTTI: «*affaire* —afirma— es un interés o un grupo de intereses, respecto del cual se exige, en el conflicto con uno o más intereses ajenos, la realización de un acto para su tutela según el derecho (*negotium*, de *nec otium*)» (*Istituzioni*, I, núm. 19, p. 20). Sin llegar a buscarle un presupuesto distinto, ya LENT había afirmado que el litigio es, por lo general, muy diferente en una y otra jurisdicción (cfr. *ob. cit.* p. 2).

¹¹⁵ Respecto del litigio, cfr. las indicaciones que recogemos en *Francisco Carnelutti* (nota bio-bibliográfica que figura en vol. I de la trad. de su *Sistema*), pp. XIV-XV, así como las objeciones que por mi parte formulo en los núms. 3-9 del *Prólogo* redactado para la traducción de sus *Lezioni sul processo penale* (Roma, 1946-7), en curso de impresión en Buenos Aires. Por lo que concierne al negocio, cfr. CALAMANDREI, *Sul sistema e sul metodo di Francesco Carnelutti*, en “*Studi sul Proc. Civ.*”, V, Padova, 1947, pp. 140-3. En realidad, mientras la noción de *litigio* pecó por defecto, al no servir, tal como se formuló, de base para el proceso penal (cfr. *infra*, nota 120), la de *negocio* incurrió en exceso, al incluir dentro de la jurisdicción voluntaria los procesos inquisitorios, que la doctrina común reputa contenciosos, y numerosos procedimientos cautelares y ejecutivos, entre ellos la quiebra (cfr. CALAMANDREI, *ob. cit.*, p. 141). Además, a la definición del negocio como presupuesto de la jurisdicción voluntaria, cabría objetar que en ésta con frecuencia no hay conflicto alguno con intereses ajenos.

¹¹⁶ Tanto en el terreno legislativo como en el doctrinal. En el primero, cfr., v. gr., el lib. III, parte 2ª y el art. 2109 l. enjto. civ. española (aunque en otros lugares de la misma, como en los arts. 51 y 436, la palabra «negocio» tenga significado impreciso o genérico, al igual que en la l. enjto. mercantil de 1830), el art. 44 de la l. italiana de 29-VII-1929 y recuérdese el término *Angelegenheit* de la l. alemana de 1898 (cfr. *supra*, nota 18), traducible sin violencia por negocio; en el segundo, mencionaremos a WENGER, que habla de constitución de «*Rechtsgeschäften*» como objeto de la jurisdicción voluntaria en el derecho romano (cfr. *ob. cit.* p. 30; en la trad. italiana de ORESTANO, *Istituzioni di procedura civ. romana*, Milano, 1938, p. 29, se lee «*rapporti giuridici*», es decir, relaciones, en vez de negocios), y a SATTA, al atribuir a la conciliación carácter negocial (cfr. *supra*, nota 91). Pero en ninguno de esos episódicos antecedentes el concepto (que no pasa de la simple mención) alcanza la trascendencia y amplitud que en CARNELUTTI.

éste un nuevo presupuesto: la *controversia*.¹¹⁷ A esas cuatro complicaciones habría que formular algunas objeciones: a') sin discutir si la voluntariedad se extiende no sólo al proceso jurisdiccional, sino también al ejecutivo y al cautelar, que es la razón aducida para el cambio del substantivo, creemos que un proceso, cual el pretendido voluntario, que no tiene por presupuesto el litigio ni por finalidad una definición jurisdiccional no es ni aun formalmente un proceso,¹¹⁸ y mejor sería denominarle *expediente* (cfr. *supra*, núm. 9 e *infra*, núm. 41); b') la hipótesis de un proceso sin litigio que, a fin de cuentas, no resulte o contencioso o voluntario es tan difícilmente imaginable, que su propio inventor ha terminado por abandonarla;¹¹⁹ c') si como pensamos, el proceso penal es contencioso, entonces su presupuesto habría de ser el litigio, aunque, no el de tipo iusprivatista imaginado por su creador,¹²⁰ y si es voluntario, en tal caso su presupuesto debiera ser el negocio y no la controversia; porque si el "proceso" voluntario civil y el penal discrepan esencialmente en cuanto al presupuesto, a la rama jurisdiccional y a la tramitación y, además, en el primero falta y en el segundo existe verdadera actividad jurisdicente, las divergencias entre ellos son de tal magnitud, que no es posible imaginarlos como meras especies de un mis-

¹¹⁷ Cfr., respectivamente, las siguientes obras de CARNELUTTI: a) *Sistema*, núm. 81, e *Istituzioni*, núm. 23; b) *Lezioni di dir. proc. civ.* II, Padova, 1930, núm. 89, y *Sistema*, núm. 80; c) *Lezioni proc. pen.*, I, núm. 60, y *La tutela del terzo nel processo penale*, en "Riv. Dir. Proc.", 1946, II, p. 41, y d) *Lezioni proc. pen.*, lug. cit.

¹¹⁸ En las *Lezioni dir. proc. civ.*, núm. 89, CARNELUTTI casi aceptaba que el proceso sin litigio fuese un «seudoproceso», un «proceso formal» o un «proceso impropio», denominación la última que le aplica sin vacilar en el *Sistema* (cfr. núms. 80, 117 y 567). Y cuando en las *Istituzioni* prescinde del proceso sin litigio, el adjetivo «impropio» se transfiere, aunque con reservas, al «proceso» voluntario (cfr. núm. 17). Ello confirma que el pretendido «proceso» voluntario no lo es en rigor. Además, ¿a qué hablar de proceso en sentido *formal*, cuando disponemos del término *procedimiento*? ¿A qué confundir tipos de proceso y formas de procedimiento? (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, etc., núm. 77).

¹¹⁹ En efecto, desde la 1ª ed. (Padova, 1941) ha desaparecido de las *Istituzioni* hasta el epígrafe «processo senza lite», mientras que se mantienen los correspondientes al contencioso y al voluntario (cfr. Primera parte, lib. I, tít. I, caps. I y II).

¹²⁰ Cuando afirma que si «el delito es la violación de una obligación, no puede existir duda de que el fondo del proceso penal está constituido por el conflicto de intereses entre el imputado y la parte lesionada» (*Sistema*, núm. 79 j; v. también los trabajos precedentes que mencionamos en la nota 5 de nuestro *Prólogo* a la trad. de las *Lez. proc. pen.*, en la que asimismo indicamos los trabajos de PAOLI e INVREA en que se critica la noción de litigio penal, censurada igualmente por nosotros en *Der. proc. pen.*, I, pp. 7-8). En las *Lezioni proc. pen.*, sin rectificarse abiertamente, CARNELUTTI salva la dificultad de seguir concibiendo el proceso penal como destinado a la justa composición de un conflicto entre particulares, mediante el doble expediente de esfumar el litigio y de presentar el juicio criminal como fusión de un proceso contencioso con uno voluntario, aquél civil y éste penal, con el litigio y la controversia como presupuestos respectivos.

mo género, y d') la distinción litigio-controversia pugna con el uso corriente, que los emplea como sinónimos, y habría sido por ello preferible, en lugar de contraponerlos, dilatar el primero para que cupiese referirlo asimismo al proceso penal.¹²¹

32) b') *Situación en orden a la acción.*—La actuación del funcionario judicial en el campo de la jurisdicción voluntaria reclama también, al menos como regla, un acto provocatorio. Ahora bien: si en ella no hay litigio de que emane, ni proceso en que se ejercite, ni jurisdicción a la que se dirija, ni partes que sean sus titulares, ni juzgador en sentido funcional que pronuncie sobre la misma, parece inadecuado hablar de *acción* en tales circunstancias. Habría, por tanto, que habilitar una denominación especial, que destaque la divergencia terminológica y de contenido entre ambas. Instancia, solicitud, petición, pedimento o requerimiento podrían utilizarse con tal fin.¹²²

Suponiendo resuelto ese primer problema, surge el de si la clasificación (seudo) procesal de las acciones (contenciosas) en *declarativas, constitutivas y de condena* podría extenderse a las acciones en sentido impropio de la jurisdicción voluntaria.¹²³ Es evidente que la elaboración doctrinal de las dos primeras categorías, si bien ha ensanchado el panorama de la actuación judicial y ha aclarado no pocos fenómenos procesales, “lejos de agudizar el contraste entre la jurisdicción contenciosa (vista a través de la acción de condena) y la voluntaria, lo ha

¹²¹ Según CARNELUTTI, la diferencia entre litigio y controversia estribaría en que la segunda «no implica pugna de intereses y si tan sólo de opiniones» (*Lez. proc. pen.*, núm. 60); pero aparte de que ésta podría faltar en algunas hipótesis de proceso penal (cfr. nuestro *Juicio penal truncado*, núms. 42 y 49-52), litigio y controversia se emplean como términos sinónimos (cfr., v. gr., JAEGER, *Corso di dir. proc. del lavoro*,² Padova, 1936, pp. 12, 59-60 y 64-6, o bien cód. proc. civ. ital. de 1940 —uno de cuyos redactores fue justamente CARNELUTTI—, lib. II, tít. IV: «Normas para las controversias en materia corporativa», así como los cuatro capítulos en que se divide). El camino a seguir sería, pues, no el de introducir a presión la controversia, sino el de ensanchar el litigio para hacerlo aplicable al proceso penal (cfr. *Proceso, autocomposición, etc.*, pp. 15-6, y *Prólogo cit.*, núms. 4 y 7).

¹²² De las cinco, creemos preferible petición y pedimento (cfr. *infra*, núm. 41): requerimiento, tiene alcance específico en la l. enjto. civ. (cfr. art. 275); instancia, posee diversas acepciones y, a nuestro entender, debe reservarse para designar el elemento dinámico y procesal de la acción (cfr. *Enseñanzas acerca de la acción*, núm. 25), y solicitud quedaría como el equivalente de la demanda en el campo de la jurisdicción voluntaria (cfr. núms. 9 y 41; en el mismo sentido, PRIETO-CASTRO, *infra*, nota 167).

¹²³ Cfr. en nuestras *Enseñanzas acerca de la acción*, núm. 16, las razones para reputarseudoprosesal la susodicha clasificación de las acciones. CARNELUTTI, por su parte, no vacila en hablar de «acción voluntaria» (*Istituzioni*, I, p. 203) —de conocimiento, de ejecución y concursuaria («fallimentare») —, denominación que si bien resulta consecuente con su aceptación de un «proceso» de tal índole, no es utilizable por quienes le negamos semejante naturaleza, sin contar con que es una expresión anfibológica a más no poder. Cfr. también, en México, el art. 897 cod. proc. civ. Dist.

suavizado bastante”, puesto que peticiones y resoluciones tanto declarativas como constitutivas se manifiestan sin género alguno de dudas en el ámbito de la segunda,¹²⁴ sin contar con que según tesis que luego enjuiciaremos (cfr. *infra*, núm. 36), a ésta se le ha asignado como finalidad la constitución de estados jurídicos nuevos. En cuanto a las peticiones de condena, es innegable que en la jurisdicción voluntaria pueden imponerse sanciones, mediar ejecución (incluso ineludible, si no queremos calificarla de forzosa) y hasta seguirse ésta por los cauces de la contenciosa:¹²⁵ ¿bastarán dichos factores para suponer que existen peticiones de condena voluntarias idénticas a las contenciosas? Entendemos que no, porque la condena contenciosa lo es simultáneamente *a favor* del vencedor y en *contra* del vencido, mientras que en la voluntaria, al no mediar contraparte (puesto que no hay partes), faltará semejante perspectiva; en cuanto a la ejecución, no es en ella secuela del incumplimiento de una obligación, sino que viene exigida o autorizada por la ley, como una garantía o como una facultad.¹²⁶

33) *c') Ramas procesales en que se manifiesta.*—Por lo general, el asunto de la jurisdicción voluntaria se aborda como un problema interno del *derecho procesal civil* o conexo con él; y si del terreno doctrinal pasamos al legislativo, confieso no conocer un solo código de enjuiciamiento no civil en que dicha expresión aparezca siquiera. Sin embargo, y aparte cierta tentativa, por fortuna fallida, de eliminar mediante la jurisdicción voluntaria el proceso civil contencioso,¹²⁷ el concepto se proyecta sobre las distintas ramas procesales. Así, dentro del *enjuiciamiento criminal*, a él se acudió hace años para explicar la naturaleza del juicio monitorio penal, al cual no se consideraba adaptable la doctrina de la relación jurídica procesal,¹²⁸ en fecha más reciente, y con carácter general,

¹²⁴ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Ensayos*, p. 649; v. *infra*, nota 156.

¹²⁵ KISCH, *Deutsches Zivilprozessrecht*,³ Berlin-Leipzig, 1922 § 7, y ALVAREZ-CASTELLANOS, *ob. cit.*, p. 341, creen que en la jurisdicción voluntaria caben condenas, citando como ejemplo las «órdenes y prohibiciones obligatorias para los tutores». En cuanto a la extensión del procedimiento ejecutivo forzoso al ámbito de la jurisdicción voluntaria, cfr. MICHELI, *Forma e sostanza*, pp. 101 y 108, y en el terreno legislativo los arts. 917-22, en relación con los 564 y ss., cód. proc. civ. mexicano del Distrito: venta de bienes de menores o incapacitados.

¹²⁶ Como garantía, en el caso mencionado en la nota anterior, de la enajenación de bienes de menores o incapacitados (arts. 2011 y ss. l. española y 915 y ss. cód. mexicano); como facultad, en la hipótesis de subastas voluntarias judiciales (lib. III, tít. XIII, l. española). En el primer supuesto, se trata de una obligación del promovente, y de un derecho, en el segundo.

¹²⁷ Aludimos al célebre artículo de BAUMBACH, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit*, en “*Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*”, 1938, p. 583 ss., criticado en la propia Alemania por BULL, *Ende des Zivilprozesses?* (rev. y año cits., p. 629 ss.) y en Italia por CALAMANDREI, *Abolizione del processo civile?*, en “*Riv. Dir. Proc. Civ.*”, 1938, I, pp. 336-40.

¹²⁸ Cfr. OETKER, *Strafprozessbegründung und Strafklageerhebung*, en “*Würzburger Fests-*

se ha presentado el proceso penal como de tipo voluntario, mediante razonamientos que no estimamos convincentes,¹²⁹ o bien, con alcance más circunscrito, se ha atribuido esa índole a determinados actos y procedimientos,¹³⁰ a dos de los cuales (el indulto como exponente de jurisdicción graciosa y la conciliación, sólo que ahora referida a los delitos perseguibles a instancia da parte)¹³¹ hemos prestado ya atención (cfr. *supra*, núms. 6, 8 y 23). La conciliación se conoce asimismo, y hasta con más relieve que en el cuadro del proceso civil, en el *derecho procesal laboral*, donde habríamos de anotar además, como procedimiento voluntario, la homologación de transacciones,¹³² y en la esfera de la *justicia internacional*.¹³³ Se acepta también la posibilidad de jurisdicción voluntaria dentro del *proceso canónico* y en el ámbito más o menos autónomo del *mercantil*.¹³⁴ Finalidad análoga a la conciliación tiene la exigencia de agotar previamente la vía gubernativa antes de deducir demandas civiles contra la Hacienda pública o de acudir al *proceso* ("recurso") *contencioso-administrativo*.¹³⁵ Por último,

gabe für Dernburg", p. 120, citado por BELLAVISTA, *Il proc. pen. monitorio*, Milano, 1938, p. 89. A nuestro entender, en el juicio monitorio, como en los demás procesos sin contradictorio o con el pospuesto (cfr. *supra*, nota 41), sí existe relación jurídica, sólo que *nominal o latente*, en vez de *efectiva o presente*: cfr. *Ensayos*, pp. 248-9.

¹²⁹ Cfr. CARNELUTTI, *obs. cit.*, en la nota 117, sub c. Nuestra crítica, en el *Prólogo* a la trad. de sus *Lez. proc. pen.*, núms. 5-10.

¹³⁰ REDENTI, por ejemplo, se refiere al internamiento del imputado demente en un manicomio, al de los menores en un reformatorio y, en general, a las medidas de seguridad (cfr. *Profili*, pp. 208-9). Dentro del derecho español, además del recurso de rehabilitación (cfr. *supra*, nota 29), podríamos agregar la liberación condicional (cfr. arts. 101-2 cód. pen. 1932 y 98-9 del de 1944 —así como del vigente de 1963—, más la l. de 23-VII-1914, aun siendo materia de concesión gubernativa y, por tanto, graciosa —cfr. *supra*, núm. 6—) y, sobre todo, el procedimiento para el cambio de nombre del vago o maleante, cuando «por haber alcanzado triste popularidad» pueda originarle «graves dificultades en la nueva vida de regeneración» (art. 103 del reglamento de 3-V-1935 para la aplicación de la l. de vagos).

¹³¹ Conciliación en delitos de injuria y calumnia contra particulares: cfr. arts. 804 l. enjto. crim. española de 1882 y 591-2 cód. proc. pen. argentino para la Capital, de 1888.

¹³² Cfr., por ejemplo, los arts. 504, 506, 512, frac. V, y 516 de la ley federal mexicana del Trabajo de 1931, sobre homologación de convenios por las Juntas que ejercen la jurisdicción laboral.

¹³³ Nos referimos a los numerosos tratados de *conciliación* (y arreglo judicial) inspirados en el Convenio de La Haya de 18-X-1907 para la solución pacífica de los conflictos internacionales (cfr., por ejemplo, el hispano-italiano de 7-VIII-1926).

¹³⁴ En el primero, cfr., v. gr. los cánones 1648 y 1925 (cfr. DELLA ROCCA, *Istituzioni di dir. proc. can.*, Torino, 1946, p. 15, en la que se hace, además, eco de la posibilidad de referirla al ejercicio de la potestad administrativa), así como *supra*, nota 29; en el segundo, cfr. lib. III, parte 2ª, l. enjto. española («De los actos de jur. vol. en negocios de comercio», con ocho títs.).

¹³⁵ Cfr. art. 533, n. 7, l. enjto. civ. española, r. d. de 23-III-1886 sobre procedimiento para substanciar en la vía gubernativa las reclamaciones formuladas por los particulares, como trámite previo a la vía judicial en asuntos de interés del Estado, y art. 2 l. de la

hasta en el *derecho procesal constitucional* podríamos descubrir alguna actividad judicial que, por lo menos, no sería contenciosa y en la que no sería difícil hallar la finalidad preventiva que diversos autores (cfr. *infra*, nota 150) le asignan a la jurisdicción voluntaria.¹³⁶

De la relación precedente, despréndese que uno de los extremos más a tener en cuenta en una investigación a fondo acerca de la jurisdicción voluntaria consiste en dilucidar si se trata de un problema de teoría general del proceso, en vez de serlo de la particular del enjuiciamiento civil, y en caso negativo, en suministrar una pauta que sirva para diferenciarla de esos otros fenómenos no contenciosos que se conocen en las demás ramas procesales.

34) *d')* *Relaciones con la ejecución procesal.*—Indicamos antes que dentro de la jurisdicción voluntaria se dan procedimientos ejecutivos y que incluso se desarrollan a veces conforme a los de tipo contencioso (cfr. *supra*, núm. 32 y nota 125). Tan evidente es la cosa, que con mencionar en una nota algunos ejemplos podemos dar por resuelta esta primera cuestión.¹³⁷ Pero junto a ella surgen otras dudas, que pasamos a examinar.

Se ha entendido en alguna ocasión que la jurisdicción, de acuerdo más con la etimología que con el alcance hoy dominante del vocablo, se extiende tan sólo a la fase procesal de declaración o de conocimiento, en tanto que la de ejecución quedaría fuera de ella, y que para englobar ambas dentro de nuestra disciplina habría que hablar de *función procesal* y no de *función jurisdiccional*.¹³⁸ ¿Podría entonces sostenerse que, al no ser jurisdiccional *stricto sensu*, la ejecución forzosa pertenecería a la pseudo-jurisdicción voluntaria? Estimo indefendible semejante punto de vista, de un lado, porque la ejecución forzosa que derive de un título ejecutivo judicial (mejor, jurisdiccional), tendrá en definitiva como

jurisd. contencioso-administrativa de 1894, si bien en ellos, de existir jurisdicción voluntaria, no sería judicial, y de dar resultado positivo, tendría carácter autocompositivo.

¹³⁶ Nos referimos a la facultad conferida al Tribunal de Garantías Constitucionales por la Constitución republicana de 1931 (art. 19) para que apreciase previamente la necesidad de que el Estado, por medio de una ley, fijase las bases a que habría de ajustarse la legislación de las regiones autónomas, cuando así lo exigiese la armonía entre los intereses locales y el interés general de la República (cfr. el tit. IX, «De las funciones no jurisdiccionales del Trib. de Gar.», art. 101, de la ley orgánica del mismo, de 1933).

¹³⁷ Cfr., entre otros, los arts. 1888, 1907, 1916-8, 2015-24, 2051-4, 2066 y 2161 l. enjto. española o bien los arts. 917-20 y 936 cód. mexicano del Distrito.

¹³⁸ Cfr. CARNELUTTI, *Sistema* núm. 39; v. además los núms. 48, 84, 118, 185 y 202. Pero en realidad, CARNELUTTI es un sostenedor aislado de la tesis que reduce la jurisdicción a la fase de conocimiento (cfr. CALAMANDREI, *Studi*, V, pp. 134-5 y 139-40), y por tanto, la opinión general es que el proceso de ejecución tiene naturaleza jurisdiccional (cfr. LIEBMAN, *Eficacia y autoridad de la sentencia, y otros estudios sobre la cosa juzgada*, Buenos Aires, s. f. —1946—, p. 78). A mi entender, cabe diferenciar en la jurisdicción una finalidad esencial (la definidora) y una finalidad complementaria (a ejecutiva): cfr. *Der. proc. pen.*, I, p. 193.

presupuesto el litigio (cfr. *supra*, núm. 31) y porque, con más o menos amplitud, la contenciosidad se prolonga a dicha etapa.¹³⁹ Además, aun cuando la función jurisdiccional no abarcase la ejecución forzosa,¹⁴⁰ ésta no podríamos tampoco cobijarla bajo la rúbrica *función procesal voluntaria*, porque, según dijimos, no es correcto hablar de proceso voluntario (cfr. *supra*, núms. 31 y 32).

Si la noción que estudiamos no puede, por lo expuesto, extenderse a la ejecución basada en títulos ejecutivos judiciales, ¿cabrá referirla a la de títulos extrajudiciales, contractuales o *negociales*?¹⁴¹ Frente a ellos se ofrecen dos caminos ejecutivos: uno, el medieval del juicio ejecutivo, conservado por la mayoría de los códigos procesales hispánicos,¹⁴² y otro, el de la llamada ejecución inmediata.¹⁴³ El juicio ejecutivo, que pese a su nombre es un proceso de conocimiento y no de ejecución, nada tiene de voluntario, ya que hay en él contenciosidad e incluso contradictoriedad, aunque pospuesta.¹⁴⁴ En cambio, en la ejecución inmediata, el título ejecutivo contractual representaría, en rigor, la sustitución del proceso de conocimiento necesario para la obtención del título judicial (sentencia), y en ese sentido sería un *equivalente jurisdiccional*, con mayor motivo que algunos de los así designados (cfr. *supra*, nota 92); “es más: si a la jurisdicción voluntaria queremos darle un contenido congruente con su significado literal, tan distante del que por el lastre de la tradición se le atribuye, acaso sea el fenómeno de la ejecución procesal de títulos extrajudiciales (es decir, no surgidos por obra del proceso —contencioso— de conocimiento) el que nos ponga en camino de encontrarlo”.¹⁴⁵

¹³⁹ Con motivo de la aducción de excepciones (cfr. v. gr. art. 531 cód. proc. Distrito en México), promoción de incidentes (cfr. arts. 928, 935 y ss. l. española o 515-6 cód. mexicano) o interposición de recursos (cfr. arts. 942, 944 y 949 l. española).

¹⁴⁰ De estimarse que ésta integra una disciplina jurídica autónoma, a la manera del *Strafvollzugsrecht* propugnado por HAFTER para formar junto, con el derecho penal material y el derecho procesal penal, el triángulo de las ciencias jurídico-penales (cfr. su *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechtes*, Berlín, 1926, § 1).

¹⁴¹ Cfr. DOS REIS, *Processo de execução*, I, Coimbra, 1943, p. 124, donde al título ejecutivo, que en definitiva no es más que el presupuesto de la ejecución, se le asigna el mismo carácter negocial que al presupuesto de la jurisdicción voluntaria según CARNELUTTI (cfr. *supra*, nota 114).

¹⁴² Sin embargo, en México existen códigos procesales civiles, como el Federal o el de Guanajuato, que han eliminado el juicio ejecutivo.

¹⁴³ Cfr. LIEBMAN, *Execução e ação executoria*, en “Rev. Forense” (brasileña), mayo de 1943, pp. 214 ss., y *Processo de execução*, S. Paulo, s. f. —1946—, pp. 225-55.

¹⁴⁴ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Ensayos*, p. 119.

¹⁴⁵ ALCALÁ-ZAMORA, *Miscelánea de libros procesales*, en “Rev. Der. Proc.” (argentina), 1944, II, p. 96. En ella agregamos que la ejecución inmediata no excluye un *mínimum* de conocimiento, «ya que por lo menos el órgano de la ejecución ha de cerciorarse de la ejecutabilidad o ejecutividad del título» (cfr. —añadimos ahora— los arts. 400-1 cód. Federal mexicano de proc. civ. o, aunque menos explícitos, los arts. 478, 480 y 485 cód. proc. civ. italiano, así como el núm. 109 de nuestro *Proceso, autocomposición*, etc.).

Por las razones expuestas en el apartado segundo de este número, la circunstancia de que la ejecución se encomiende en primer término a un órgano judicial autónomo, y no al juez como en España,¹⁴⁶ no le hace perder su carácter contencioso, como tampoco que la subasta de bienes se practique extrajudicialmente.¹⁴⁷ En cuanto a la ejecución por obra del acreedor, trátase de una forma de auto-defensa autorizada por el legislador en ocasiones; pero al no ser ni jurisdiccional ni judicial, carece de interés en nuestro estudio.¹⁴⁸

35) *D) Búsqueda de la solución.*—Nótese que decimos “búsqueda” y no hallazgo, porque no tenemos la pretensión de haber encontrado la clave, en materia donde tantas figuras eminentes han errado el rumbo, y sí solo el deseo de aportar nuestro grano de arena a que se dé con ella. Como ya indicamos (cfr. *supra*, núm. 3), en el presente epígrafe nos ocuparemos primero de los derroteros a abandonar y después de los posibles caminos a seguir.

36) *a) Fracaso de las concepciones apriorísticas y nacionalistas.*—El número y diversidad de las teorías ideadas para explicar la naturaleza de la jurisdicción voluntaria,¹⁴⁹ revela que ninguna de ellas, ni siquiera la que en la actualidad parece reunir más sufragios, o sea la administrativista (cfr. *infra*, núm. 39), posee la solidez indispensable. Puestos a indagar las causas de tan reiterados fracasos, existen, a nuestro entender, dos que a un tiempo son graves, generalizadas

¹⁴⁶ Cfr. art. 919 l. enjto. española, en contraste con regímenes como el francés del *huissier* (cfr. entre otras disposiciones, el tit. II, dec. de 14-VI-1813) o el alemán del *Gerichtsvollzieher* (§§ 753 y ss. *ZPO.*). Entre aquél y éstos cabría señalar situaciones intermedias, como las de Italia, con el juez de la ejecución y el oficial judicial (cfr. arts. 59, 475, 484, 494 cód. proc. civ.), y México, con el juez de la ejecución y el llamado juez ejecutor (cfr. arts. 455, 472, 501-4 y 568-81 cód. proc. Distrito).

¹⁴⁷ Por ejemplo, en España por medio de los hoteles de ventas (cfr. rr. oo. de 21-XII-1897 y 27-IV-1898); en México, valiéndose de corredor o casa de comercio (art. 598 cód. Distrito); en Italia, mediante comisionista (art. 532 cód. proc. civ., que, como los cits. preceptos de España y México, se refiere a la venta de muebles); en el Proyecto uruguayo, remate efectuado por martillero (art. 431).

¹⁴⁸ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, etc., pp. 37 y 174; v. también la situación especial del art. 488 cód. proc. Distrito (ejecución hipotecaria con intervención judicial limitada al avalúo, y eventual oposición del deudor o de los acreedores posteriores).

¹⁴⁹ Resúmenes de las principales doctrinas pueden consultarse en WACH, *Handbuch*, pp. 48-53; PIROSO, *Giurisd. vol.*, pp. 10-13 (donde las agrupa en atención a los siguientes criterios: voluntariedad o contenciosidad de la relación jurídica, índole del procedimiento, efectos, carácter, finalidad y naturaleza, todos ellos para diferenciarla de la contenciosa); GAGLIANI, *La giurisd. vol.*, pp. 6-25; PRIETO-CASTRO, *Cuestiones*, pp. 275-8 (además, *Sobre el concepto y delimitación del Der. proc. civ.*, en “Rev. Der. Proc.” —española—, 1947, núm. 4, epígrafe «La llamada jurisd. vol.»), etc. Simple enunciado de las mismas, en nuestro *Programa de Der. Proc.* (para España: 1ª ed., p. 80; 2ª ed., p. 71).

y fácilmente perceptibles: la tendencia a las definiciones o caracterizaciones apriorísticas, y el enfoque nacionalista del tema.

En el primer sentido, varias de las doctrinas acerca de la jurisdicción voluntaria producen la impresión de llamativas etiquetas fijadas sobre ella sin haberse preocupado antes de examinar su contenido heterogéneo ni haberse cuidado luego de comprobar si el supuesto rasgo esencial era aplicable a todos los procedimientos voluntarios o sólo a los dos o tres tenidos en cuenta por el fabricante del rótulo en el momento de lanzarlo al mercado. Como quiera que justificar nuestro punto de vista frente a todas y cada una de las teorías imaginadas rebasaría los límites de espacio del trabajo, y como cualquiera puede proseguir por su cuenta el ensayo mental de nuestra crítica para cerciorarse de su exactitud, nos contentaremos con hacer la demostración respecto de dos de las tesis más difundidas, sin contar con las objeciones que en los números 38 a 40 se formulan a otras cuantas.

Según un criterio recientemente renovado, la finalidad de la jurisdicción contenciosa sería *represiva* y la de la voluntaria, *preventiva*, de tal modo que, como se ha dicho, se encontrarían ambas en la relación de la medicina con la higiene.¹⁵⁰ Ahora bien, y aparte las dificultades que en concreto suscita el nítido deslinde entre represión y prevención, ideas cuyo alcance no siempre establecen quiénes las utilizan al efecto,¹⁵¹ es decir, aceptando que se refieran a la controversia o conflicto, fácil es comprobar que si bien el propósito de prevenir el litigio se

¹⁵⁰ Entre los propugnadores de esta tesis, WACH, *Handbuch*, p. 52, nota 23, menciona a GLÜCK, OSTERLOH, FITTING, VON CANSTEIN y MENDER. Con posterioridad a ellos, GOLDSCHMIDT, *Der. proc. civ.*, p. 126, y CARNELUTTI, *Istituzioni*, I, p. 18, cuando afirma que «la prevención del litigio es el fin específico del proceso voluntario, el cual se halla respecto del proceso contencioso como la higiene respecto de la curación de las enfermedades». (Lanzados por esta pendiente, el proceso penal podría representar la cirugía, y CARNELUTTI casi está a punto de proclamarlo: véase su singular definición del verdugo, en *Lex. proc. pen.*, núm. 132).

¹⁵¹ Así, GOLDSCHMIDT no pasa de señalar que la oposición entre ambas jurisdicciones podría sintetizarse mediante las expresiones «represión, o justicia compensativa y prevención, o justicia preventiva (policía jurídica)»: *ob. y lug. antes cit.* Algo más explícito, pero no muy convincente se muestra CARNELUTTI, ya que la finalidad preventiva del litigio, en los casos que expone (cfr. *Istituzioni*, pp. 18-9), está cogida por los pelos. Agreguemos que «la acción declarativa desempeña una función preventiva, que la aproxima sobremanera al proceso cautelare» no porque implique ausencia de litigio, sino porque mediante ella se tiende a prevenir «un ulterior litigio en que se pretenda exigir la prestación» (ALCALÁ-ZAMORA, *Enseñanzas acerca de la acción*, nota 80, en relación con CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 79 h, y “Rev. Escuela Nac. Jurisp.”, 1948, núm. 37, p. 207; en el mismo sentido, ARANHA BANDEIRA, *A ação declaratoria*, en “Rev. Forense”, enero de 1945, p. 41; en contra, MACHADO GUIMARÃES, *A ação declaratoria na jurisprudência dos tribunais*, en rev. cit., p. 6). Además, según CHIOVENDA, las medidas provisionales de seguridad constituyen formas procesales de tutela preventiva (cfr. *Princípios*, I, p. 365), y según nosotros, todo proceso (por supuesto, contencioso) satisface una finalidad *represiva* (restaurar el orden jurídico alterado por el litigio) y otra *preventiva* (evitar que se per-

advierte en algunos procedimientos voluntarios, tal cosa no sucede en todos ni aun en la mayoría. Observados en conjunto, podríamos descomponerlos, en orden a la finalidad preventiva, en los siguientes sectores: a) negocios de jurisdicción voluntaria en que dicho objetivo es evidente y directo (conciliación pre-procesal —acerca de la intra-procesal, cfr. *supra*, núm. 23—, convenios de quita y espera o de suspensión de pagos respecto de los juicios concursarios, etc.); b) idem en que semejante fin no pasa de dudoso e indirecto (informaciones *ad perpetuam*, deslinde de fincas, declaración de incapacidad, protocolización de testamentos, etc.); c) idem ajenos por completo a toda idea de prevención litigiosa (subastas voluntarias, adopción, discernimiento de cargos tutelares, etc.), y d) procedimientos voluntarios que lejos de prevenir el proceso contencioso, sirven para hacerlo posible (concesión del patrocinio gratuito, habilitaciones para comparecer en juicio, depósito de mujer casada, nombramiento de defensor judicial, de curador para pleitos o de tutor especial, etc.).¹⁵² Como se ve, el criterio preventivo, rebajándole la jerarquía, resulta aprovechable para clasificar los expedientes de jurisdicción voluntaria, pero no para caracterizar a ésta en conjunto.

Un criterio también muy conocido, y que ha sido un continuo zigzag, es el que atribuye a la jurisdicción voluntaria una finalidad *constitutiva* de estados jurídicos nuevos.¹⁵³ Propagada esta doctrina merced, en gran parte, al prestigio extraordinario que el orden público por obra de la autodefensa): cfr. *Der. proc. pen.*, I, p. 15, y *Proceso, autocomposición*, etc., pp. 188-90).

¹⁵² Patrocinio gratuito, ya se acuerde por los juzgadores, como en España (cfr. art. 21 l. enjto. civ.), ya se encomiende su otorgamiento a una comisión especial, como en Italia (cfr. art. 5 del d. 30-XII-1923), ya a un servicio *ad hoc*, como en México (cfr. reglamento de 7-V-1940 sobre la defensoría de oficio del fuero común). En cuanto a los otros casos, cfr. arts. 1852-60 —en relación con los 165 y 236 cód. civ.—, 1880-1900 y 1994-2001 l. enjto. española y 205-18 y 938, fracs. I y III, cód. proc. Distrito en México. Desde el punto de vista de la prevención litigiosa, ocupa una situación especial la consignación, según que persiga una finalidad liberatoria absoluta o condicional (cfr. arts. 224 y 463 cód. mexicano).

¹⁵³ Frente a WACH, seguido por CHIOVENDA, se alza WEISMANN, acompañado por DIANA, y nuevos contendientes, como CALAMANDREI, LIEBMAN y CRISTOFOLINI, participan en la disputa: cfr. RAGGI, *L'efficacia degli atti stranieri di volontaria giurisdizione*, Milano, 1941, pp. 16-18. CALAMANDREI, por su parte, entiende que la sentencia constitutiva resulta de la suma de una actividad jurisdiccional y una actividad administrativa, en virtud de razonamientos que reputo sutiles en demasía (cfr. *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nel proc. civ.*, en "Studi", I, Padova, 1930, pp. 246-51); su tesis es compartida por el venezolano LORETO, para quien no poseerían los rasgos de «un acto estrictamente jurisdiccional, sino más bien las características propias de un acto administrativo, presentándose como sentencia en un sentido puramente formal» (*La sentencia constitutiva*, en "Cultura Jurídica", Caracas, abril-junio de 1942, p. 149, nota 14; reproducido tanto en sus "Estudios", 1956, como en sus "Ensayos", 1970). Pero como la opinión dominante (cfr. *infra*, nota 168) atribuye naturaleza administrativa a la jurisdicción voluntaria, la opinión de CALAMANDREI y de LORETO, aun suponiéndola exacta, sólo resolvería la dificultad suscitada por las sentencias constitutivas, mediante el traspaso de todas ellas al campo voluntario.

nario de sus dos principales sustentadores, a ella cabe oponer cuatro fundamentales objeciones: a) que la finalidad constitutiva se manifiesta tanto en la jurisdicción voluntaria como en la contenciosa (cfr. *supra*, núm. 32), y los distinguos que con tal motivo se han intentado implantar entre ellas son demasiado sutiles como para constituir una buena línea demarcatoria;¹⁵⁴ b) que por lo menos en el campo del proceso contencioso, el concepto de acción constitutiva no es unánimemente aceptado ni entendido de igual modo;¹⁵⁵ c) que no todas las peticiones deducidas en vía de jurisdicción voluntaria son constitutivas, sino que hay en ella no pocas declarativas y aun algunas, si no de condena, por lo menos ejecutivas,¹⁵⁶ y d) que la constitución de estados jurídicos desborda los límites de ambas jurisdicciones, sobre todo en el ámbito de la actividad contractual,¹⁵⁷ y no puede, por tanto, erigirse en característica privativa y diferencial de urta de ellas.

37) Causa indudable de fracaso asimismo ha sido la *miopía nacionalista* con que se ha abordado el tema con frecuencia. Lejos de nosotros sostener que para investigar esta o aquella materia sea indispensable tomar en cuenta todas las legislaciones del mundo, desde los Estados Unidos o la Unión Soviética a Andorra o San Marino, sin excluir los regímenes más retrasados o exóticos; pero entre eso y aislarse en las fronteras nacionales, cabe un término medio. Por desgracia, se trate de endiosamiento o de desidia, las grandes potencias procesales¹⁵⁸ han obrado así como regla, y su literatura ha ganado en profundidad (has-

¹⁵⁴ CHIOVENDA estima que las sentencias constitutivas contienen la realización de un derecho a la constitución de un nuevo estado jurídico, derecho que corresponde a un sujeto jurídico contra el otro, lo que no sucede en la jurisdicción voluntaria (cfr. *Principios*, p. 366). LIEBMAN, pese a colocarse junto a WAGH y a CHIOVENDA, reconoce, sin embargo, que la argumentación de éste para superar la objeción de WEISMANN y de DIANA «appare piuttosto faticosamente formulata ed è forse soverchiamente sottile» (*Giurisdizione volontaria e competenza*, en “Riv. Dir. Proc. Civ.”, 1925, II, p. 277). Véase también KISCH, *Beiträge zur Urteilslehre*, Leipzig, 1903, pp. 60-2.

¹⁵⁵ MORTARA, por ejemplo, la rechaza, y acepta sólo las de accertamiento y las de condena (cfr. *Commentario*,⁴ IV, núms. 34-38, pp. 62-74). Sin llegar tan lejos, KISCH destaca su rareza o excepcionalidad (cfr. *Beiträge*, pp. 49-53). Además, hay casos que unos tratadistas conceptúan como declarativos y otros como constitutivos (cfr. nuestras *Adiciones al Der. proc. civ. de Goldschmidt*, pp. 112-3), y para cuyo deslinde acaso pueda servir la distinción adverbial entre efectos jurídicos *ex tunc* y *ex nunc* (cfr. KISCH, *Beiträge*, p. 76: en contra, GOLDSCHMIDT, *Der. proc. civ.*, p. 112).

¹⁵⁶ MIGUEL Y ROMERO considera resoluciones declarativas a cuantas ponen término a expedientes de jurisdicción voluntaria (cfr. *Principios del moderno Der. proc. civ.*, Valladolid, 1931, p. 189), incurriendo al hacerlo en tan notorio exceso como quienes las reputan todas constitutivas. En cuanto a pedimentos voluntarios ejecutivos, cfr. *supra*, notas 125, 137.

¹⁵⁷ Cfr. SATTA, *Dalla conciliazione*, p. 8.

¹⁵⁸ Nos referimos a Francia durante el siglo XIX, a Alemania a partir sobre todo de BÜLOW y a Italia a contar de CHIOVENDA, aunque el reproche sea menor para los pro-

ta llegar, a veces, a la lóbrega hondura de los pozos), lo que ha perdido en horizonte. Al proceder así, numerosas indagaciones acerca de la jurisdicción voluntaria son inaprovechables de fronteras afuera, bien por haberse detenido ante los límites señalados a la misma por el legislador nacional, bien por querer caracterizarla según notas de estricto derecho positivo.¹⁵⁹ En ambos casos, el erróneo enfoque se traduce en la multiplicación y no en la unificación del concepto: junto a una jurisdicción voluntaria alemana, habría una italiana, una española, una francesa, etc., con olvido de que si los códigos son nacionales, la Ciencia jurídica debe aspirar, si no a la universalidad de la Biología, la Física, la Química o las Matemáticas, ya que sobre ella influyen factores históricos, políticos, sociales y económicos variables en el espacio, sí, desde luego, a influir y a guiar más allá del Estado en que surja.

30) b) Criterios basados en diferencias insuficientes o secundarias.—Pasaremos revista a algunas de ellas, a título de ejemplo, para mostrar su inconsistencia.

No es posible distinguir, como algunos han intentado, jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria a base de *diferencias procedimentales*. La noción de procedimiento —no la de proceso (cfr. *supra*, núm. 31)— es común a los dos territorios; más aún: se manifiesta asimismo fuera del derecho judicial e incluso en campos no jurídicos.¹⁶⁰ Cabría, además, que el o los procedimientos de jurisdicción voluntaria fuesen idénticos a los seguidos en la contenciosa, o meras adaptaciones suyas,¹⁶¹ y aun en el caso de ser escasas y hasta nulas las semejanzas de unos y otros, ello no suministraría un criterio diferenciativo provechoso, puesto que discrepancias procedimentales acusadas median entre los diferentes juicios contenciosos de cualquier código (nada digamos de las tan profundas existentes en el enjuiciamiento hispánico entre los universales y los restantes) y con mayor motivo si comparamos los de códigos pertenecientes a diversos países o sistemas jurídicos. Dada su índole, el procedimiento suministrará, a lo sumo, una pauta de diferenciación *formal* (cfr. *supra*, nota 118), pero *no esencial* entre las dos jurisdicciones.

cesalistas italianos, que por lo menos, además de la propia, han tenido presente siempre la literatura germánica.

¹⁵⁹ En el primer sentido, HELLWIG, ROSENBERG y WOLFF (cfr. *supra*, nota 30); en el segundo, RAGOI, *ob. cit.*, p. 13, cuando se atiene a la «naturaleza jurídica que en el ordenamiento italiano poseen los proveimientos de jurisdicción voluntaria», o DE LA PLAZA, al basarse en los arts. 1811, 1816, 1819, 1820, 1822, 2112, etc. l. enjto. española para diferenciarla de la contenciosa, tras haber reconocido que el «concepto de la jurisdicción voluntaria no se acomoda al de jurisdicción» (cfr. *Der. proc. civ. español*,² I, Madrid, 1945, pp. 154-8).

¹⁶⁰ Cfr. nuestro *Der. proc. pen.*, I, pp. 16-7, y *Proceso, autocomposición*, etc., pp. 110-1.

¹⁶¹ En España, por ejemplo, la conciliación (arts. 460 y ss. l. enjto.) se desarrolla en forma análoga al juicio verbal (arts. 715 y ss.), y con facilidad suma podrían refundirse los respectivos procedimientos. Además, en el lib. III, a cada paso encontramos remi-

Si el procedimiento en conjunto no sirve para efectuar el deslinde, mucho menos podrá asentarse éste en ciertas peculiaridades del mismo en tal o cual ordenamiento positivo. Por ejemplo: en Italia, la substanciación en cámara de consejo (cfr. arts. 737-742), ya que ese régimen no se sigue en otros códigos, ni de cambiarse en el italiano dicha forma de proceder dejarían por ello de ser voluntarios los negocios hoy sometidos a aquéllas. Sigamos: la intervención de juntas de interesados, que en el derecho hispánico se produce a veces en expedientes de jurisdicción voluntaria, la hallamos con mucha mayor intensidad y relieve en los juicios universales (de cuya especial naturaleza ya hablamos; cfr. *supra*, núms. 19-21) e inclusive con ocasión de alguna condena contenciosa;¹⁶² la actuación del ministerio público en lo civil, se la conceptúe o no como la quinta rueda del carro de la justicia,¹⁶³ si bien en España opera con más frecuencia en el campo voluntario (y en el de los juicios universales) que en el contencioso, no está excluida de éste, sin contar con que en otros países tiene mayor importancia ni con que en todos debiera ser preceptiva en los procesos inquisitorios (cfr. *supra*, nota 10). Todavía menor trascendencia diferenciativa poseen, verbigracia: a) la adopción por algún código, del grado único para tramitar los expedientes de jurisdicción voluntaria, puesto que otros les dejan expedita la vía impugnativa, y viceversa, la instancia única no es desconocida en la jurisdicción contenciosa,¹⁶⁴ o b) la prescripción según la cual, “para las actuaciones de jurisdicción voluntaria son hábiles todos los días y horas sin excepción”, como si todas ellas fuesen inaplazables o más importantes y urgentes que los procesos contenciosos.¹⁶⁵ Tienen, por el contrario, mayor relieve, pero sin resultar, en nuestra opinión, decisivas, las caracterizaciones asentadas en la falta de discusión litigiosa, en la reformabilidad de las resoluciones y en la ausencia de partes, dentro de la jurisdicción voluntaria. Del primero de esos criterios hablamos ya (cfr. *supra*, núm. 14) y sobre él volveremos en el número 40, donde también nos ocuparemos del segun-

siones al procedimiento incidental, regulado en el libr. II como contencioso (cfr., entre otros, los arts. 1821, 1839-40, 1843, 2000, 2055, etc., en relación con los 741 y ss.). Véase también *supra*, nota 125.

¹⁶² Como la relativa a la división de la cosa común: cfr. art. 523 cód. proc. Distrito, Juntas en la jurisdicción voluntaria: cfr. arts. 1923 y ss., 2037 y ss. (texto primitivo), 2062, 2073, etc. l. enjto. española y 936 cód. proc. civ. Distrito en México. Juntas en los juicios universales: cfr. entre otros, los arts. 994, 1068, 1086, 1115, 1131, 1209, 1266, 1304, 1390 l. española y 739, 752, 790, 805 cód. mexicano, y arts. 73-82 de la ley de quebras mexicana de 1942.

¹⁶³ Cfr. JOFRÉ, *Manual de proced. civ y pen.*, Buenos Aires, 1919, I, p. 284.

¹⁶⁴ Jurisdicción voluntaria con instancia única: cfr. art. 535 cód. federal mexicano de proced. civs.; idem con apelación: cfr. arts. 1819-20 l. enjto. española y 898-9 cód. proc. Distrito; instancia única en juicio civil contencioso: cfr. art. 23 tít. sobre justicia de paz anexo al cód. Distrito cit.

¹⁶⁵ Cfr. art. 1812 l. enjto. española. Naturalmente, no tiene explicación que un deslinde o una subasta voluntaria *puedan* celebrarse en día festivo y a medianoche.

do. En cuanto al tercero, si bien ha sido discutido,¹⁶⁶ lo reputamos exacto; pero creemos que la intervención de participantes o interesados, en lugar de partes,¹⁶⁷ en la jurisdicción voluntaria no es, en realidad, causa, sino consecuencia o efecto de no mediar litigio en ella (cfr. *supra*, núm. 31 e *infra*, núm. 40).

39) *c) Tesis administrativista.*—Representa hoy por hoy la tendencia dominante: la jurisdicción voluntaria no es jurisdicción, sino administración, se repite por tratadistas de diversos países, y arrastrados por su prestigio y número, nosotros mismos hemos estampado la afirmación.¹⁶⁸ ¿Se ha resuelto de ese modo el problema? Entendemos que no: *a)* porque la palabra “administración” tiene múltiples acepciones, dentro y fuera del derecho, y en el propio ámbito de nuestra disciplina sirve para designar actuaciones de diversa clase y, por lo mismo, resulta poco apropiada con fines de diferenciación exter-

¹⁶⁶ Cfr. las reservas y salvedades que, aun aceptándolo, le formula CRISTOFOLINI, *Efficacia dei provvedimenti di giurisd. vol. emessi da giudice incompetente*, en “Studi in onore di Chiovenda”, pp. 387-91.

¹⁶⁷ La inexistencia de partes en la jurisdicción voluntaria la sustentan, entre otros, GAGLIO, *Sui limiti differenziali tra giurisdizione volontaria e contenziosa*, en “Riv. Dir. Pubbl.”, 1920, cit. por GAOLIANI, *ob. cit.*, p. 8; CHIOVENDA, *Principios*, I, p. 366; LENT, *ob. cit.*, pp. 6-7, de acuerdo con el empleo frecuente del término *Beteiligten* en la l. alemana de 1898 (cfr. *supra*, nota 18); PRIETO-CASTRO, *Cuestiones*, p. 278, donde, como nosotros (cfr. *supra*, núm. 9), habla de «solicitante» o «interesados», en lugar de «parte». Cfr. además los arts. 1811 l. española y 893 cód. Distrito mexicano.

¹⁶⁸ Una relación de autores que comparten la tesis administrativista, puede verse en ZANOBINI, *Sull'amministrazione pubblica del dir. privato*, en “Rev. Dir. Pubbl.”, 1919, p. 178; con posterioridad a esa fecha sigue el alud: cfr., entre otros, en la doctrina germánica KISCH, *Zivilpr.*, § 7, y SPERL, *Lehrbuch*, p. 9, que también hablan de administración de derechos privados; en la italiana, CHIOVENDA, *Principios*, I, p. 364; CARNELUTTI, *Lezioni*, II, núm. 90 («buena administración de los intereses privados»); CALAMANDREI, *Limiti*, p. 260; REDENTI, *Profili*, p. 221, aunque advirtiendo que la jurisdicción voluntaria posee «finalidades inherentes a exigencias propias»; LIEBMAN, *art. cit.* en la nota 154, pp. 279 y 282, si bien establece profundas discrepancias respecto de ZANOBINI; CRISTOFOLINI, *Efficacia*, p. 292; RAGGI, *ob. cit.*, pp. 22, 23 y 33, o PAVANINI, *Natura dei giudizi divisorii*, Padova, 1942, p. 136, donde, sin embargo, reconoce que entre la actividad administrativa *stricto sensu* y la jurisdicción voluntaria existen diferencias; en otras literaturas, DOS REIS, *Processo ordinário e sumário*,² Coimbra, 1928, I, p. 49; ALSINA, *Tratado teórico práctico de Der. proc. civ. y com.*, Buenos Aires, 1941, I, p. 554; COUTURE, *Curso sobre el Cód. de organización de los tribs.*, Montevideo, 1936, núms. 70 y ss.; FERNÁNDEZ, *Cód. de proced. civ. y com.*,² Buenos Aires, 1942, p. 8; GUASP, *Comentarios a la l. enjto. civ.*, I, Madrid, 1943, pp. 277-8; PRIETO-CASTRO, *Cuestiones*, p. 277, donde se vale de la equívoca expresión «actividad ejecutiva», ya que ni por el órgano que la asume ni por la índole de la resolución en que se traduce (cfr. *supra*, núm. 32) resulta adecuado el calificativo; ALCALÁ-ZAMORA, *Ensayos*, pp. 603 y 648, y *Proceso, autocomposición*, etc., p. 135, en las que, sin embargo, formábamos ya un sector aparte e intermedio con los procedimientos voluntarios ligados con procesos contenciosos (cfr. *supra*, núm. 11).

na;¹⁶⁹ b) porque aun puntualizando que se trata de la *administración pública*, una de las dificultades mayores que al jurista se ofrecen consiste en deslindarla con claridad y exactitud respecto de la "jurisdicción";¹⁷⁰ c) porque como la actividad jurídica no se reduce a administración y jurisdicción —en cuyo caso, al no ser la (seudo) jurisdicción voluntaria lo segundo, tendríamos que adscribirla a la primera—, sino que al margen de ambas quedan otras esferas —evuquemos sólo la inmensa zona de la contratación civil o mercantil—, cabría pensar que pertenezca nuestro tema a una de ellas, aún no perfilada del todo;¹⁷¹ d) porque en atención a la naturaleza y finalidad respectivas, será difícil descubrir afinidades entre los expedientes de jurisdicción voluntaria y la actividad administrativa por antonomasia: el escollo se ha querido salvar colocando a la primera en una posición especial o intermedia,¹⁷² o bien hablando de "administración pública del derecho privado",¹⁷³ rúbrica sugestiva con la que se elude

¹⁶⁹ Nada menos que veintinueve acepciones o especies jurídicas de la voz «administración» se recogen en la *Enciclopedia Jurídica Española* (SEIX), I, Barcelona, s. f., pp. 606-19, y la lista en cuestión no es exhaustiva ni mucho menos. Por otra parte, aun dentro del derecho procesal, la palabra «administración» tiene varios significados: cfr. mis *Adiciones a los núms. 342 y 403 del Sistema de Carnelutti*.

¹⁷⁰ O si se prefiere, en diferenciar de manera nítida el acto jurisdiccional y el acto administrativo: cfr. entre otros, CHIOVENDA, *Principios*, §§ 13 y 18; CARNELUTTI, *Lez. proc. pen.*, núm. 165; *Limiti, passim*; REDENTI, *Intorno al concetto di giurisdizione*, en "Studi in onore di Vincenzo Simoncelli", Napoli, 1917, pp. 493-508, en donde la conecta con la aplicación de sanciones (cfr. p. 505, así como *Profili*, pp. 207 y 220, en relación precisamente con la jurisdicción voluntaria, a la que no incumbe tal cometido), dentro de un sentido muy amplio y especial del concepto: cfr. *supra*, *Estudio 2*; CORSINI, *La giurisdizione*, Milano, 1936, pp. 19, 27 y 61-2; LASCANO, *ob. cit.*, caps. I y VI; LAMPUE, *La noción de acto jurisdiccional* (trad.), México, 1947, *passim*; ALCALÁ-ZAMORA, *Der. proc. pen.*, I, pp. 187-93.

¹⁷¹ Cfr. *supra*, nota 81, con su correspondiente texto. MICHELI, a su vez, además de recordar recientes textos legislativos que diferencian los actos de jurisdicción voluntaria y los administrativos (cfr. *Per una revisione*, p. 20) y de subrayar que la misma constituye una categoría especial (p. 22), busca por el lado del interés perseguido la distinción entre ambas zonas: en los genuinos actos administrativos del juez (por ejemplo, aplicación de sanciones disciplinarias; cfr. *infra*, nota 181) es evidente el interés de la administración pública, de la que el juez aparece como portador, precisamente por pertenecer a ella, mientras que en los procedimientos voluntarios, tendería a satisfacer el interés público en la realización de las normas que aseguren una determinada tutela jurídica a ciertos sujetos (p. 27). Y GAGLIANI es aún más categórico: niega que la jurisdicción voluntaria sea administración, y la caracteriza como integración de negocios jurídicos privados (cfr. *ob. cit.*, pp. 19 y 29-30), aunque esta fórmula no resuelve el problema de las manifestaciones no privadas de aquélla (cfr. *supra*, núm. 33).

¹⁷² Cfr. *supra*, nota 36, con su correspondiente texto, y nota 168, parecer de REDENTI.

¹⁷³ Cfr. ZANOBINI, *ob. cit.* en la nota 168, y en la propia nota, las opiniones coincidentes de KISCH, SPERL y CARNELUTTI. Y si este último ha podido hablar, a propósito de la acción, de «ejercicio privado de una función pública» (*Sistema*, núm. 356), acaso no sería incorrecto, desde el punto de vista de los autores mencionados, mostrar la jurisdicción voluntaria como *ejercicio de una función pública al servicio de intereses privados*.

la falta de interés general en tales casos, pero que tropieza con el obstáculo de las manifestaciones de jurisdicción voluntaria existentes en ramas del derecho público (cfr. *supra*, núm. 33), al menos mientras no se dilucide el carácter de esas figuras no contenciosas que en ellas se dan; e) porque si se habla de “administración” por hallarse la jurisdicción voluntaria encomendada a funcionarios públicos, entonces habría que incluir en aquélla el proceso contencioso asimismo (de donde resultaría correcta la expresión “administración de justicia”), sin contar con que junto a la jurisdicción voluntaria judicial existe la extrajudicial, atribuida o atribuible en buena parte a no funcionarios,¹⁷⁴ y dentro de la contenciosa, el arbitraje.

La tesis administrativista, que también ha intentado proyectarse a la quiebra (cfr. *supra*, nota 70), necesita, pues, antes de poder ser aceptada como solución definitiva para la jurisdicción voluntaria, superar por completo las dificultades apuntadas.¹⁷⁵

40) d) Caminos para resolver el problema.—A nuestro entender, de los distintos caminos hasta ahora seguidos para diferenciar jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria, únicamente tres pueden conducir a destino, a saber: los que se fijan en el *presupuesto*, en la *actividad* desenvuelta o en la *definición* de una y otra.

Sin perjuicio de que ambas nociones se depuren, *litigio* y *negocio* (cfr. *supra*, núm. 31) constituyen dos excelentes puntos de partida, y hasta bastaría con el primero, en el caso de que, dado su heterogéneo contenido, la jurisdicción volun-

¹⁷⁴ Cfr. *supra*, nota 35, así como KISCH, *Zivilpr.*, §7, y MICHELI, *ob. cit.*, pp. 20-21. Reputamos, por consiguiente, errónea en este punto la posición de REDENTI, según la cual, la jurisdicción voluntaria tendría dos caracteres generales: uno negativo (ser extraña a la aplicación de sanciones: cfr. *supra*, nota 170), que no nos interesa ahora, y otro positivo, o formal, o sea el de encomendarse a órganos u oficios del orden judicial (cfr. *Profili*, p. 220). Acerca de la rúbrica «administración de justicia» en el constitucionalismo español, cfr. nuestro *Ensayos*, pp. 550-2. En cuanto al desempeño de la jurisdicción voluntaria extrajudicial por no funcionarios, pensemos en la actuación del consejo de familia (cfr. arts. 293-313 cód. civ. español), en la posible intervención de corredores de comercio en algunos de sus procedimientos e incluso en la perspectiva de que en ciertos negocios el juez público sea reemplazado por árbitros (sobre este último extremo, uno más entre los múltiples que habrá de resolver un estudio a fondo del tema, cfr. DE BOOR, *Zur Lehre vom Schiedspruch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, en “Judicium”, 1928-29, pp. 261-311, con especial referencia a la materia sucesoria).

¹⁷⁵ En la Argentina, donde en virtud de una interpretación constitucional muy discutida se ha entendido que los códigos procesales pertenecen a la legislación provincial, en tanto que los de fondo son nacionales, la caracterización de la jurisdicción voluntaria como materia administrativa haría que, a efectos legislativos, se encontrase en situación muy distinta de la asignable al genuino proceso, o sea a la jurisdicción contenciosa (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Ensayos*, pp. 603, 654 y 672 y *La reforma del enjuiciamiento penal argentino*, en “Rev. Der. Proc.”, 1945, I, pp. 28-38, núms. 16-22).

taria no pudiese tener un solo presupuesto. Entonces, en sentido negativo, cabría sostener que, como regla, en la jurisdicción voluntaria el litigio está *ausente*, a veces *latente* (como en la conciliación, el depósito para litigar o la habilitación para comparecer en juicio), pero nunca *presente*. Puede suceder, eso sí, que en un procedimiento de jurisdicción voluntaria se produzcan: a) incidentes contenciosos autónomos;¹⁷⁶ b) discrepancia e impugnación de apreciaciones técnicas;¹⁷⁷ c) oposición frente a ciertos acuerdos,¹⁷⁸ y d) transformación del expediente voluntario en contencioso, al suscitarse controversia en aquél;¹⁷⁹ pero ninguna de estas contingencias implica discusión de una pretensión litigiosa en vía voluntaria: la primera y la cuarta, porque de manera incidental la una y principal la otra se traducen en desviación o sustitución contenciosa, y la segunda y la tercera, porque no se niega en plan de antagonismo un mismo derecho.¹⁸⁰ Conforme a este primer camino, la jurisdicción voluntaria no sería más que *actividad judicial* (no jurisdiccional) *extraprocesal o extralitigiosa*.¹⁸¹

¹⁷⁶ V. gr., como el motivado por la oposición del ministerio público a la aprobación del convenio relativo a los hijos menores o incapacitados, en el divorcio por mutuo disenso (cfr. arts. 675 y 680 cód. proc. Distrito mexicano), de no allanarse los cónyuges a ella, y con la perspectiva de que se deniegue por tal causa la disolución del vínculo. En la misma hipótesis, la hoy derogada ley española de 1932 no llegaba tan lejos, si bien facultaba al juez para adoptar las medias pertinentes (cfr. art. 65, en relación con el 44).

¹⁷⁷ Por ejemplo: respecto de las operaciones divisorias en el juicio sucesorio: cfr. arts. 1086-7 l. enjto. española (abstracción hecha de la derivación contenciosa prevista por el 1088) y 825 y ss. cód. mexicano del Distrito.

¹⁷⁸ De las juntas de interesados en los juicios universales: cfr., v. gr. arts. 1220, 1312 y 1316 l. enjto. española y 754 cód. mexicano del Distrito; del juez en procedimientos voluntarios: cfr. arts. 1839, 1905-6, 2087-8, 2096, etc. l. española.

¹⁷⁹ Cfr. arts. 1817, 2009, 2070 y 2080 l. española y 896, y 936, frac. II, cód. mexicano.

¹⁸⁰ La jurisdicción voluntaria con oposición, aunque sin discusión de un mismo derecho (cfr. GOLDSCHMIDT, *Der. proc. civ.*, p. 126, así como art. 896 cód. proc. mexicano del Distrito), tiene, eso sí, *apariencias* de contenciosidad y ocupa, por lo mismo, una posición intermedia entre los expedientes voluntarios sin oposición y los procesos contenciosos.

¹⁸¹ Cfr. *supra*, nota 38 (denominación de SPERL y de WOLFF). A su vez DE MARTINO, *ob. cit.*, cap. V, estudia la jurisdicción voluntaria bajo el epígrafe *Iurisdictio e cognitio non processuale*, junto a la *tutoris datio* y a la *transactio alimentorum et decretum de alienando*. Haciéndonos eco ahora de una distinción que GARSONNET et CÉZAR-BRU (cfr. *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*,³ I, París, 1912, p. 111) aplican a los tribunales de primera instancia, pero que sin dificultad cabe generalizar, podríamos diferenciar tres clases de actividad judicial (ellos dicen «jurisdiccional»): la contenciosa, la voluntaria y la administrativa (ellos hablan de «disciplinarias», que sería sólo una parte de la misma —cfr. *supra*, nota 171—, ya que a su lado encontramos otras varias manifestaciones: formación de estadísticas, visitas de inspección, régimen interno de trabajo, etc.). Aun considerada administrativa la actividad voluntaria, ella redundaría en provecho de los solicitantes o interesados, mientras que la administración cien por cien miraría a la prestación de un servicio público, es decir, el de administración de justicia.

La segunda ruta es la *jurisdiccional*, que se bifurca en dos direcciones: la *positiva*, consistente en determinar los caracteres que, concebida como verdadera jurisdicción, servirían para diferenciar la voluntaria de la contenciosa, y la *negativa*, que se traduciría en fijar la noción de la genuina jurisdicción, o sea la contenciosa, y excluir de ella a la llamada voluntaria. El camino positivo, no creemos que esté destinado a prevalecer, porque so pena de desnaturalizar el concepto, la jurisdicción voluntaria nada tiene de jurisdiccional. El camino negativo, llevará a la conclusión de que la jurisdicción voluntaria la integra una serie de procedimientos que, sin ser jurisdiccionales, se atribuye en mayor o menor medida (puesto que existe una jurisdicción voluntaria extrajudicial) al conocimiento de funcionarios judiciales, quienes entonces no se conducen como auténticos juzgadores.

El tercer derrotero sería el de la *cosa juzgada*, meta o culminación del proceso contencioso¹⁸² y, por tanto, extraña a la jurisdicción voluntaria,¹⁸³ que se caracterizaría, en cambio, por la reformabilidad de sus resoluciones.¹⁸⁴ Personalmente, elegiríamos las otras sendas con preferencia a ésta, de un lado, porque en definitiva si se llega a la cosa juzgada es por mediar litigio y proceso jurisdiccional y, de otro, porque ni la cosa juzgada goza de intangibilidad ni los expedientes de jurisdicción voluntaria son un continuo tejer y destejer, sino que *de iure* en unos casos y *de facto* en otros alcanzan estabilidad.¹⁸⁵ Como al no

¹⁸² Cfr. WACH, *Handbuch*, pp. 3-12 y GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlín, 1925, pp. 151-227.

¹⁸³ Cfr. CARNELUTTI, *Lez. proc. pen.*, núm. 61. En cambio, LENT estima que las decisiones de jurisdicción voluntaria alcanzan autoridad de cosa juzgada en sentido formal (cfr. *ob. cit.*, p. 13), y COUTURE refiere el concepto al divorcio por voluntad de la mujer, que a nuestro entender (cfr. *supra*, núm. 27), es un típico procedimiento voluntario (cfr. su nota de jurisprudencia *Apelabilidad de la sentencia que decreta el divorcio por la sola voluntad de la mujer*, en "Rev. de Der., Jurisp. y Admón.", septiembre de 1947, p. 245).

¹⁸⁴ Cfr. arts. 1818 l. enjto. española, 897 cód. proc. Distrito mexicano y 742 cód. proc. civ. italiano (revocabilidad de los decretos emitidos en cámara de consejo). Sin embargo, y aparte las restricciones a la reformabilidad que los tres mencionados artículos consignan, la revocabilidad no es idónea para asentar sobre ella un deslinde tajante entre el campo contencioso y el voluntario (cfr. MICHELI, *Efficacia, validità e revocabilità dei provvedimenti di giurisd. vol.*, en "Riv. Dir. Proc.", 1947, I, pp. 190-209, esp. 191), ya que, como veremos en la nota siguiente, admite diversas excepciones.

¹⁸⁵ Con independencia de los ataques lanzados en la esfera doctrinal contra la cosa juzgada (por ejemplo, por DORADO MONTERO o por JIMÉNEZ DE ASÚA en materia penal—cfr. las puntualizaciones oportunas en mis *Ensayos*, pp. 195-6 y 212-6—, y en fechas más recientes por CARNELUTTI, *Lez. proc. pen.*, núm. 61, y por CLEARY, *Res iudicata reexamined*, en "The Yale Law Journal", enero de 1948, pp. 339-50), en el terreno legislativo ella no es invulnerable, y así, en el derecho español (aparte el remedio de la aclaración de sentencia: art. 363) se conocen dos recursos que la combaten (el de audiencia y el de revisión: arts. 773 y ss. y 1796 y ss. l. enjto. civ. y 954 y ss. l. enjto. crim.), puede asimismo ser atacada mediante tercería (cfr. art. 1543, en relación con el 919 l. enjto.

darse entonces juicio (en el sentido restringido de sentencia y no en el amplio de proceso), no sería exacto hablar de cosa juzgada, habría que habilitar una denominación al efecto (acuerdo o resolución firme, por ejemplo, si no se quiere decir cosa resuelta), aunque sin olvidar que la primera se ha referido inclusive al ámbito administrativo ciento por ciento, donde sería pueril imaginar que la revocabilidad funciona a toda hora y sin ninguna cortapisa.¹⁸⁶

En todo caso, sea cual fuere el camino que se siga, el investigador de la jurisdicción voluntaria habrá de consagrar especialísima atención a un aspecto que muchos aprioristas desdeñaron: adentrarse por el abigarrado conjunto para *clasificar* los procedimientos que la integran, de acuerdo, por ejemplo, con su objeto,¹⁸⁷ con su naturaleza o con su finalidad.¹⁸⁸ Sólo cuando se haya realizado a fondo esa tarea estaremos en condiciones de afirmar si la jurisdicción voluntaria forma uno solo o bien diversos territorios jurídicos.

41) *E) Palabras finales.*—Mientras en el estudio de la jurisdicción voluntaria se siga prescindiendo de considerar los numerosos aspectos y problemas que en parte hemos señalado a lo largo del artículo, subsistirán las sombras que todavía la envuelven. Entretanto, quizás hayamos de contentarnos con reputarla cual una zona delimitada por exclusión, es decir, como un *no proceso*, en contras-

civ.), y existen sentencias carentes de cosa juzgada material (cfr. arts. 1479, 1558, 1617, 1658, 1671 l. cit.), además de que puede ser modificada y aún dejada sin efecto mediante autocomposición posprocesal en lo civil o en virtud de amnistía o indulto en lo penal, o como en México, por medio de excepciones en vía ejecutiva o de arbitraje posterior (cfr. arts. 531 y 610 cód. proc. civ. Distrito). Sobre revocación de sentencias firmes por causa de nulidad o colusión, cfr. MIGLIORE, *Autoridad de cosa juzgada*, Buenos Aires, 1945, pp. 185-8. En sentido contrario, las resoluciones de jurisdicción voluntaria no se modifican a diario ni a capricho, sino que alcanzada por el expediente su meta, se archivan y, como regla, la situación jurídica creada o declarada se consolida.

¹⁸⁶ HEINITZ, v. gr., opina que es erróneo negar a los actos administrativos autoridad de cosa juzgada (cfr. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, pp. 3-4), sin contar con la inmutabilidad que en verdaderos estados de Derecho (no, claro está, en regímenes totalitarios o dictatoriales) poseen determinadas categorías de aquéllos (concesiones de servicios, estatuto de funcionarios, etc.).

¹⁸⁷ Así, CARAVANTES, *ob. y vol. cit.*, núm. 304, los agrupa según que se refieran a las personas, a los bienes y a los hechos o documentos; en sentido análogo, CARNELUTTI, *Istituzioni*,³ núms. 907 y ss.

¹⁸⁸ Así, WACH, *Handbuch*, pp. 54-61, seguido por CHIOVENDA, *Principios*, I, pp. 369-72, al distribuirlos en cuatro sectores (intervención del Estado en la constitución de sujetos jurídicos; idem en la integración de la capacidad jurídica; idem en la formación del estado de las personas, y participación en el comercio jurídico); FÁBREGA Y CORTÉS, *Lecciones de práctica forense*,² Barcelona, 1921, p. 396 (en civiles y mercantiles, los primeros divididos en relativos a la familia, a las sucesiones y a los bienes), en parte seguido por nosotros, *Programa*, pp. 81-2 (agregamos las informaciones para dispensa de ley y para perpetua memoria y referimos el primer sector a la familia y el estado civil).

te con el verdadero proceso (el contencioso), aun cuando los fines y la naturaleza de éste continúen siendo asunto debatido.¹⁸⁹ Así las cosas, la tarea fundamental consistirá, por de pronto, en determinar, dentro de ese heterogéneo conjunto no procesal, las materias que por motivos de conexión con el proceso contencioso, de seguridad jurídica o hasta de conveniencia (cfr. *supra*, núm. 11) reclamen la intervención judicial, y cuáles otras puedan y deban transferirse a organismos y funcionarios extrajudiciales. El señalamiento de los procedimientos del primer sector habrá de efectuarse, a nuestro parecer, con criterio restrictivo y no extensivo,¹⁹⁰ de tal modo, que bien como apéndice de los códigos procesales o en leyes especiales, la jurisdicción voluntaria judicial, única que debe preocupar a los procesalistas,¹⁹¹ abarque tan solo los negocios en que el reemplazo del juez esté conraindicado o sea peligroso (verbigracia, en el divorcio voluntario).

Concebida la jurisdicción voluntaria como *un no proceso* (al que denominaríamos *expediente*: cfr. *supra*, núms. 9 y 31), con finalidades diversas, y aplicada a la judicial el deslinde terminológico que hemos propugnado (cfr. *supra*, núm. 9), llegaríamos a la conclusión de que entre ella y el proceso contencioso, si bien existen algunos importantes elementos comunes, y como más destacados los de procedimiento¹⁹² y competencia —quizás, como dijimos (cfr. *supra*, núms. 15 y 38), porque ninguno de los dos está monopolizado por el derecho procesal, aunque sea él quien los haya estudiado más a fondo—,¹⁹³ median divergencias

¹⁸⁹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, etc., pp. 99-149 y 187-228, y KISCH, *Die soziale Bedeutung des Zivilprozesses*, en "Judicium", 1928-9, pp. 1-32.

¹⁹⁰ Es decir, las tendencias expansivas de BAUMBACH (cfr. *supra*, nota 127) respecto de la justicia civil y de CARNELUTTI (cfr. *supra*, nota 129) en cuanto al proceso penal, las reputamos, la primera peligrosísima desde el punto de vista político-procesal y la segunda, perturbadora en el terreno doctrinal.

¹⁹¹ Ya que aun incorporada a ella la jurisdicción voluntaria extrajudicial, no justificaría la creación de cátedras universitarias consagradas a su docencia, como tampoco grandes exposiciones doctrinales. Con cursillos, en un sentido, y pequeños manuales, por otro, pueden ser debidamente atendidas las exigencias de la jurisdicción voluntaria. Prueba de ello es que no conozco una sola Universidad en que se haya erigido la materia en disciplina independiente. Por otra parte, encomendarle su exposición al administrativista o al civilista, ofrecería más inconvenientes que ventajas.

¹⁹² No en cuanto al desarrollo del mismo, que podría ser, desde idéntico o muy parecido (cfr. *supra*, nota 161) a muy distante (cfr. indicación de diferencias formales entre ambos territorios, por ejemplo, en KISCH, *Zivilpr.*,³ § 7; LENT, *ob. cit.*, p. 6, o MICHELI, *Per una revisione*, p. 23).

¹⁹³ Serían asimismo comunes algunos otros conceptos e instituciones, como los de capacidad (para actuar ante una u otra jurisdicción), legitimación (aunque en la voluntaria, al no haber partes, será la activa la que predomine), prueba, impugnación (de admíttersela: cfr. *supra*, nota 164) e incluso ejecución (cfr. *supra*, núms. 32 y 34), nociones que tampoco son propiedad exclusiva del derecho procesal, manifestándose todas ellas en el campo administrativo.

esenciales, que impiden contemplarlos como especies de un mismo género y que condensamos en el cuadro con que se cierra este trabajo:

PROCESO (Contencioso): *Litigio*¹⁹⁴ - *Partes* - *Acción* - *Demanda* - *Jurisdicción* - *Juzgador* - *Sentencia*.

EXPEDIENTE (Voluntario): *Negocio* - *Participantes* - *Pedimento* - *Solicitud* - *Atribución* - *Funcionario judicial* - *Resolución (o Acuerdo)*.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Como expresión de antagonismo jurídico por lo menos inicial entre las partes, y sin perjuicio de que después se produzca entre ellas autocomposición.

¹⁹⁵ A los contrastes enunciados podríamos añadir el que sugiere COUTURE entre *convocatoria* para la jurisdicción voluntaria y *emplazamiento* para la contenciosa (cfr. *La acción declarativa de la prescripción*, pp. 54-5).

ADDENDA ET CORRIGENDA

A) **TEXTO:** Núm. 23: El artículo 283 de la Constitución de Cádiz de 1812, habla refiriéndose al resultado positivo de la conciliación, de “decisión extrajudicial”. —Núm. 25: Véase *infra*, *Estudio Número 11*, nota 112.— Núms. 63 y 40: Véase *infra*, *AD*, a la nota 33.— Núm. 40: Apartado 2º. Tras “*pero nunca latente*”, la Redacción de “Jus” consideró oportuno intercalar una nota 176, con perturbadora corrida en la numeración de las siguientes (cuando tan fácil le habría sido marcar la llamada con un asterisco o una letra), a fin de destacar que “tal es el sistema adoptado por el código de procedimientos civiles para el Distrito y Territorios Federales —mexicano— promulgado en agosto de 1932” —como si yo lo hubiese ignorado en todo el trabajo—, según lo establecido en su artículo 893, transcrito a continuación literalmente (cfr. versión cit., p. 387). Siento declarar que dicho artículo, tenido en cuenta por mí en las notas 73 y 167, no guarda relación alguna con lo que sostengo en el pasaje a que la Redacción de “Jus” adosó sin venir a cuento la nota mencionada.

B) **NOTAS:** (2, 24, 46, 59 y 78). El cód. proc. civ. argentino de 1880 para la Capital ha sido reemplazado por el de 1967. —(11, 53, 58, 83, 84, 88, 91, 93, 96, 104, 107, 112, 148, 151, 160, 168 y 189). Las pp. que en ellas se citan de la 1a. ed. de *Proceso, autocomposición*, se corresponden con las siguientes de la segunda (México, 1970): 11 (35-47, 79-102 y 164-96), 53 (139-41), 58 (139-40), 83 (132-4), 84 (80-2), 88 (73, 81 —nota 95— y 194-6), 91 (73), 93 (74), 96 (75), 104 (194), 107 (184), 112 (12), 148 (39 y 186-7), 151 (197-200), 160 (115-7), 168 (143-4) y 189 (103-61 y 196-239).— (20) Recordaré que en Polonia llegó a haber un código de procedimiento civil (el de 1930) y otro de procedimiento voluntario (el de 1945), refundidos en el vigente procesal civil de 17 de noviembre de 1964: cfr. JODŁOWSKI, *Procédure civile*, en “Introduction à l'étude du droit polonais” (Varsovie, 1966; pp. 381-434), pp. 387-8.— (24) El cód. proc. civ. portugués de 1939 ha sido reemplazado por el de 1961, que regula asimismo la quiebra (arts. 1135-1312) y que extiende también las prescripciones de ella a los no comerciantes (cfr. art. 1315).— (33) Las habilitaciones para comparecer en juicio (art. 938, frac. I, cód. proc. civ. distrital mexicano, texto de 1932) fueron suprimidas por el decreto de 23-XII-1969, como consecuencia de haberse rebajado por la legislación sustantiva la mayoría de edad desde los 21 a los 18 años.— (37 y 109) 2a. ed. de mi *Programa Der. Proc. Civ.* (México, 1960), pp. 33-4 y 30, respectivamente.— (41 y 121) *Juicio penal truncado*: impreso más tarde en volumen independiente y ampliado, como *El allanamiento en el proceso penal* (Buenos Aires, 1962).— (46) En orden a Cuba, téngase en cuenta que el presente artículo se redactó varios años antes del advenimiento de Castro al poder.— (49) Rescena mía del folleto de AGUILAR, en “Rev. Esc. Nac. Jurisp.”, núm. 34, abril-junio de 1947, pp. 172-4, y ahora en “Miscelánea Procesal”, tomo I (México, 1972), pp. 91-3.— (64) Los Estados de Sonora y de Zacatecas cuentan ya con códigos procesales civiles propios, el primero de 1949 y el segundo de 1965, absolutamente iguales, y sin que ninguno de los dos hable ahora de “jurisdicción mixta” y sí, en cambio, de “jurisdicción voluntaria”, en el título VIII (arts. 836-55) del libro III. Ambos se inspiraron en el anteproyecto de 1948 para el Distrito Federal.— (101) A par-

tir del decreto de 10-III-1971, el juez *pupilar* mexicano ha sido reemplazado por el juez *de lo familiar*. El art. 344 (no 342) del libro I cód. civ. italiano de 1938, incorporado al texto definitivo de dicho cuerpo legal en 1942, se ocupa del juez *tutelar* (no *pupilar*).— (115) El *Prólogo* mío para las *Lecciones sobre el proceso penal* de CARNELUTTI, ocupa las pp. 1-29 del vol. I (Buenos Aires, 1950), y los núms. 3-9 se extienden en él desde la p. 3 a la 11.— (121) Cfr. FERGOLES, *Alcune osservazioni sulla fase attuale del processo del lavoro*, en “Studi in onore di Redenti”, vol. II (Milano, 1951), pp. 171-84.— (128) En torno al libro de BELLAVISTA, véase mi estudio *Acerca del juicio monitorio penal*, redactado en Francia en enero de 1938 y agosto de 1939 e impreso en mis “Ensayos”, cit., pp. 235-51. Respecto de la posible pertenencia del *monitorio civil* al ámbito de la jurisdicción voluntaria, propugnada por algunos expositores austriacos, cfr. CALAMANDREI, que la rechaza, *El procedimiento monitorio*, trad. de SENTÍS MELENDO (Buenos Aires, 1946), pp. 48-52 y 248-9.— (129-131) *Proceso penal y jurisdicción voluntaria*: además de los trabajos antes citados *infra*, *Estudio Número 5*, nota 22, véanse estos otros: CARNELUTTI, *Contro il giudicato penale*, en “Riv. Dir. Proc.”, 1951, I, pp. 289-97, y en “Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini” (Padova, 1954), pp. 119-29 —sobre el tema, cfr. también LEONE, *Il mito del giudicato*, en “Riv. Dir. Proc. Pen.”, 1956, pp. 167-98—; JAEGER, *Processo, lite, controversia penale*, en “Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti”, vol. II (Padova, 1950), pp. 417-24; PINA, *Notas sobre jurisdicción voluntaria*, en “Derecho Procesal (Temas)”, 2a. ed. (México, 1951; pp. 205-23), p. 208, nota 2.— (130) No rige ya el reglamento de 1935 para la aplicación de la también derogada ley de vagos de 1933, sino el de 13-V-1971, que desenvuelve las disposiciones de la vigente ley de peligrosidad social de 4-VIII-1970.— (132) Derogada la ley federal del trabajo de 1931 por la actual de 1969, véanse en ésta los arts. 748, frac. III, 753, frac. II, y 785, frac. I.— (135) Derogada la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1894 por la vigente de 1956, sus arts. 52-4 se ocupan del que llaman “recurso de reposición” (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Cuestiones de terminología procesal* —México, 1972, núm. 121), “como requisito previo a la interposición del recursos contencioso-administrativo” (art. 52 cit.).— (136) *Proceso constitucional y jurisdicción voluntaria*: véase *infra*, *Estudio Número 5*, nota 23.— (138) Para una representación gráfica de las posiciones de CARNELUTTI y de CALAMANDREI, véase la nota 282 de mis *Cuestiones de terminología*, cit.— (141) En realidad, “los títulos extrajudiciales no conducen a la ejecución de manera inmediata, sino mediata. En otras palabras: el título negocial no desemboca directamente en ejecución, sino que llega a ella indirectamente, o sea a través del título judicial cuya emisión determine”; ALCALÁ-ZAMORA, *Cuestiones de terminología*, cit., núm. 114.— (146) Los llamados *jueces ejecutores* del cód. proc. civ. distrital de 1932, fueron reemplazados por los “secretarios de acuerdos”, a partir del decreto de 1º de enero de 1935, y suprimidos por el decreto de 30 de diciembre de 1966: cfr. mi trabajo *Triptico procesal mexicano* (en “Rev. Arg. Der. Proc.”, abril-junio de 1971, pp. 161-76), p. 163, nota 11.— (147) Por decreto de 13 de abril de 1945 se crearon en España *Salas Oficiales de Subastas*, dependientes del Ministerio de Justicia.— (149) *Bibliografía sobre jurisdicción voluntaria*: tengo muy avanzado un *fichero*, con cerca de un millar de títulos, destinado al *Anuario del Instituto de Investigaciones Jurídicas* (México) correspondiente al año 1974. Mientras tanto, consúltense los datos contenidos en las notas 1, 3, 10-9, 21-3, 54 y 130-1 del *Estudio Número 5*.— (151) En unión de otros dos sobre el mismo tema (que ocupan, respectivamente, en el volumen recopilativo las pp. 165-9 — *Sobre a ação declaratória*— y 170-7 — *Ação declaratória*), el trabajo de MACHADO GUIMARÃES citado en esta nota, se reproduce en sus “Estudos de Direito Processual” (Río de Janeiro-São Paulo, 1969; reseña mía en “Rev. Der. Proc. Iberoam.”, 1970, pp. 427-31), pp. 178-200.— (152) José Frederico MARQUES estima, en contra

mía, que la concesión del patrocinio gratuito sí posee carácter preventivo (cfr. su *Ensaio sobre a jurisdição voluntaria* —1a. ed., S. Paulo, 1952, pp. 159-60; 2a., 1959, pp. 182-3—). Pues bien: so pena de que MARQUES le asigne a “preventivo” un alcance distinto del que le es propio (al menos, en castellano, y no creo que en portugués tenga uno diferente), no veo cómo pueda atribuírsele semejante naturaleza a un procedimiento que con independencia del órgano que lo confiera (judicial, parajudicial o administrativo) no tiende a *evitar* que el litigio desemboque en proceso contencioso, sino precisamente a *permitir* que actúe en éste quien sin su obtención no se hallaría en condiciones económicas de seguir la contienda adelante.— (153) Acerca de las sucesivas posiciones de CALAMANDREI respecto de las *sentencias constitutivas*, véase *supra*, *Estudio Número 2*, punto 21 y nota 95.— (168) La tesis administravista acerca de la jurisdicción voluntaria es también sustentada por KLEIN en *Der Zivilprozess Oesterreichs* (Mannheim, Berlín, Leipzig, 1927; adicionado por ENGEL), p. 56. Véase también BACHOF, *Justiz und Verwaltungsggerichtsbarkeit*, en “*Zeitschrift für Zivilprozess*”, 1952 (pp. 1-43), p. 5 (trad. italiana —*L'amministrazione di fronte ai tribunali nella recente legislazione tedesca*—, en “*Jus*”, 1952, pp. 518-49, p. 520).— (181) EHRENZWEIG, en el artículo *Recognition of custody decrees rendered abroad: Law and reason versus the Restatement* (en “*The American Journal of Comparative Law*”, abril de 1953, pp. 167-77), habla (p. 168, nota 6) de “extralitigious procedure”, en relación con la ley alemana de jurisdicción voluntaria, y lo hace de “extralitigious proceedings”, en la p. 177, nota 45. En la esfera legislativa, los códigos procesales de *Chile* (1902, según el texto de 1970; libro IV) y de *Honduras* (1906; primera parte, libro IV) se valen de la rúbrica “De los actos jurídicos no contenciosos”; y el de *Venezuela* (1916; libro III, parte segunda) lo hace de “Procedimientos especiales no contenciosos”, epígrafe preferible a aquel otro, ya que en los tres se regulan actuaciones *coordinadas* para la consecución de una meta y no tan sólo actos *aisladamente* considerados.