

5) EFICACIA DE LAS PROVIDENCIAS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA ...

g) KRALIK, Winfried (Innsbruck, AUSTRIA): “Die Wirksamkeit der Verfügungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Osterreich”;	202
h) RAMMOS, Georges Th. (Atenas, GRECIA): “Die Wirksamkeit der besonderen Verfahrensarten der freiwilligen Gerichtbarkeit nach dem geltenden Griechischen Recht”;	206
i) TRIVA, Sinisa (Zagreb, YUGOESLAVIA): “De l’effet des décisions de la juridiction gracieuse dans le droit yougoslave”;	208
j) VAN REEPINGHEN, Charles (Lovaina), y KRINGS, Ernest (Bruselas) (BÉLGICA): “La juridiction gracieuse en droit belge”;	211
k) VOCINO, Corrado (Bari, ITALIA): “L’efficacia dei provvedimenti di giurisdizione volontaria”	217
E) <i>Recapitulación y conclusiones:</i>	222
a) Referentes a las comunicaciones en sí;	222
b) Relativas a la jurisdicción voluntaria;	224
c) Concernientes al tema	227

mero de procedimientos hoy considerados voluntarios pasarán a ser contenciosos, eliminándose de paso una crecida cifra de disposiciones. En cuanto a la eficacia de las decisiones, la fuerza substancial de la cosa juzgada en los procedimientos voluntarios se registró por la de las sentencias (contenciosas).

67) g) *Kralik, Winfried* (Innsbruck, Austria): *Die Wirksamkeit der Verfügungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Österreich*.—La tutela jurídica de los jueces civiles se ejerce, también en Austria, a través de dos vías: la del proceso y la del procedimiento en negocios jurídicos extralitigiosos,⁸⁵ o sea de la jurisdicción voluntaria. Mientras el primero tiene carácter represivo para la decisión de un litigio, el segundo aspira a conjurar futuras contiendas mediante medidas cautelares y preventivas. Por desgracia, el derecho positivo no ha respetado tal deslinde en ninguna de sus dos direcciones, y ello obliga a consideraciones casuísticas, aunque el criterio mencionado sea aprovechable en ocasiones con fines de interpretación. En otro sentido, los negocios de jurisdicción voluntaria son tan diversos, que dejan escaso margen para la aplicación de normas generales, reducidas a 19 párrafos contra 274 específicos, en la ley sobre la materia, la “Kaiserliche Patent” de 1854 (en adelante, *A.P.*). Como postrera indicación preliminar, la de que al ámbito de la jurisdicción voluntaria pertenecen asimismo actividades de documentación (legalización de copias o de firmas, etc.); pero como sólo poseen fuerza probatoria y no efectos de decisión, caen fuera de la ponencia, salvo cuando excepcionalmente produzcan o conduzcan a las segundas consecuencias.

68) Entrando en el tema, Kralik aborda, ante todo, el punto de los *autos*⁸⁶ *ineficaces*. El primer sector lo integran los que sólo lo son en apariencia, ya por emanar de un órgano ajeno a la jurisdicción voluntaria, bien por carecer a todas luces de voluntad decisoria. Les siguen aquellos que adolecen de defectos más o menos graves, hecha la advertencia de que el derecho austriaco no conoce autos absolutamente nulos. Ello no es obstáculo para que se hable de autos nulos

Populaire de Pologne (pp. 119-49 del volumen recopilativo de las ponencias nacionales polacas para el Congreso de Derecho Comparado de Upsala, 1966), pp. 126-30; *IDEM*, *El procedimiento civil no contencioso* (ponencia general ante el citado Congreso; traducción de SEARA VÁZQUEZ y ALCALÁ-ZAMORA y *Acotaciones del segundo*, en “Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México”, 1967, pp. 165-204 aquella y 204-9 éstas).

⁸⁵ «Verfahren in Rechtsangelegenheiten ausser Streitsachen», conforme a la «Kaiserliche Patent» de 1854. Algunos códigos procesales civiles hispanoamericanos han eludido también hablar de jurisdicción voluntaria, y así el de Chile de 1902 y el de Honduras de 1906 lo hacen de «actos judiciales no contenciosos» (libro IV en ambos) y el de Venezuela de 1916, de «procedimientos judiciales no contenciosos» (libro III, parte segunda), y nosotros lo hicimos de «actividad judicial» (no jurisdiccional) *extraprocesal* o *extralitigiosa»* (*Premisas*, cit., núm. 40).

⁸⁶ De nuevo traducimos *Verfügungen por autos*: véase *supra*, nota 32.

a propósito de los incursos en serios vicios procedimentales; pero, en rigor, son sólo anulables y conservan, en consecuencia, su eficacia hasta la sentencia anulatoria. Puede, por último, suceder que un auto de jurisdicción voluntaria sea ineficaz, no a causa de vicio alguno, sino ante la imposibilidad de originar su efecto (así, cuando se prive de la patria potestad a quien en manera alguna sea padre legítimo).

69) ¿Cuándo cabe la *modificación de un auto*? La ley no resuelve el problema, y la solución del proceso civil no es aplicable, entre otras razones, por la prohibición de innovar que consagra.⁸⁷ En cambio, conforme al § 10 A.P. las partes son dueñas de aportar en sus exposiciones y recursos nuevas circunstancias y medios de prueba. Auténtica modificación de un auto existe sólo cuando frente a una situación incambiada, con efecto *ex tunc* o también *ex nunc*, se dé otro auto esencialmente distinto. La regla de que el juez que emitió una decisión no puede ya modificarla, rige asimismo en jurisdicción voluntaria, aunque la A.P. no lo diga expresamente. Así, pues, la posibilidad de que un auto de primera instancia se modifique, dependerá, en principio, de que haya sido recurrido. Semejante criterio no rige respecto de los autos relativos a la tramitación, no mencionados por la A.P., pero que la *Zivilprozessordnung* (Z.P.O.), pese a ser su procedimiento más rígido que el de la jurisdicción voluntaria, permite modificar en cualquier tiempo.

70) Siempre que los *recursos ordinarios* no estén excluidos, los autos de jurisdicción voluntaria son modificables mediante su empleo a tiempo. En cuanto a los *recursos extraordinarios* de revisión y de nulidad, doctrina y jurisprudencia los consideran inadmisibles frente a decisiones de jurisdicción voluntaria, tanto por el silencio de la A.P., como por la posibilidad de aducir en ella nuevos hechos y por la perspectiva de acudir al proceso civil. Kralik estima, sin embargo, que la exclusión ha de limitarse al caso de que el vicio pueda invocarse mediante un recurso ordinario o promoviendo un proceso civil; pero que cuando ambos caminos estén cerrados, habrá de consentirse análogicamente una revisión de procedimiento o una demanda de nulidad.

⁸⁷ Dentro del derecho austriaco, por un lado, y del español y sus derivados, por otro, en contraste con la apelación amplia de otras naciones. Acerca de la cuestión, véanse los tres trabajos siguientes: a) ROSENBERG, *Empfiehl sich die Einführung des Neuerungsverbot im Berufungsverfahren in das deutsche Prozessrecht nach dem Vorbild des österreichischen Zivilprozessordnung?* (en "Zeitschrift für Zivilprozess", 1950/51, pp. 6-28, donde se muestra contrario a la apelación restringida); b) LORENZ, *Über die volle Berufung im deutschen und die beschränkte Berufung im österreichischen Zivilprozessrecht* (en rev. cit., 1952, pp. 169-93, en la que se coloca en posición opuesta a la de ROSENBERG), y c) PRIETO-CASTRO, *Limitaciones de la apelación (Ponencia para el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, en Viena, octubre de 1953)* (en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", (noviembre de 1953, pp. 534-67).

71) Los autos de jurisdicción voluntaria son esencialmente vinculativos para las demás autoridades. Ahora bien: al menos conforme a su primitiva concepción (*supra*, núm. 67), la jurisdicción voluntaria no debe sustituir al proceso civil, sino precederle y ayudarle. Quiere ello decir que si las partes no se conforman con la decisión voluntaria, no debe clausurárseles la vía procesal, si bien esta regla experimenta derogaciones. La ley prevé, además, dos casos en que sin mediar expresa reserva del proceso civil, cabe utilizarlo para alterar un auto de jurisdicción voluntaria: *a*) cuando expresamente confiera el derecho a demandar su modificación, y *b*) cuando resulten afectados derechos de terceros no participantes en el procedimiento.

72) De lo dicho se desprende que los autos de jurisdicción voluntaria son susceptibles de adquirir *cosa juzgada formal*, tan pronto como transcurra el plazo impugnativo y una vez que hayan sido notificados cuantos de hecho intervinieron en el procedimiento. Alcanzan, además, *cosa juzgada material*, puesto que no pueden ser modificados por ninguna otra autoridad (con las salvedades del § 18 A.P., que dejan expedito el proceso civil).

73) Extremo distinto de la modificabilidad de una decisión es el referente a los *efectos de su contenido*, que en cualquier procedimiento y, por ende, en los de jurisdicción voluntaria no pueden ser más que *constitutivo* o *declarativo*. Junto a ellos, la *ejecutabilidad* es asimismo un efecto de la decisión, pero no suele verificarse al mismo tiempo que los otros dos, sino que, como regla, se produce después. Por ese motivo, doctrina y jurisprudencia han entendido que los autos de jurisdicción voluntaria son inmediatamente eficaces, es decir, antes del transcurso del plazo impugnativo. Ahora bien, cuando hayan intervenido varias partes, no siempre se les habrá hecho la notificación al mismo tiempo, y entonces el momento a partir del cual se cuente el efecto correspondiente varía según la naturaleza del auto a que acompañe: si éste es *constitutivo*, brota con la primera notificación eficaz, por lo mismo que la modificación jurídica en que se traduce, ha de operar en seguida, mientras que si es *declarativo*, cabe que surja en diversos instantes, al identificarse con la preclusión de alegar en un procedimiento futuro en contra del contenido de la decisión.

74) De la misma manera que en las demás resoluciones judiciales, así también en las de jurisdicción voluntaria *el efecto constitutivo o declarativo se localiza* en la parte de la decisión donde se recoja la *voluntad del juzgador*; y como consecuencia de los límites objetivos de la cosa juzgada, no cabe asignar efecto autónomo a otros extremos del auto (verbigracia, a la motivación).

75) A causa del concepto material de parte que en ella prevalece,⁸⁸ es difícil determinar la *amplitud de los efectos* de una decisión en la esfera de la jurisdicción voluntaria. Doctrina y jurisprudencia coinciden de nuevo en que las decisiones constitutivas son eficaces *inter omnes*, como consecuencia de la modificación jurídica introducida. ¿*Quid* de las declarativas, dado su mero efecto preclusivo (*supra*, núm. 73)? A falta de prescripciones legales específicas, la elemental garantía de audiencia, que no debe quedar destruida por el principio inquisitivo (no obstante su predicamento en el campo de la jurisdicción voluntaria como protector del interés social), lleva a la conclusión de que los derechos de los terceros no intervinientes han de quedar a salvo, sin extenderse, por tanto, a ellos los efectos de la decisión.

76) Los autos de jurisdicción voluntaria son esencialmente ejecutorios, tan pronto como devienen eficaces; pero su ejecutoriedad queda en suspenso al interponerse un recurso, a menos que mediare peligro, de aplazarse su cumplimiento. Tienen la cualidad de títulos ejecutivos y su ejecución puede correr a cargo del juez de jurisdicción voluntaria o del encargado de realizarla a tenor de la *Exekutionsordnung* (E.O.).

77) La *ejecución de decisiones extranjeras* está supeditada en Austria a la satisfacción de ciertos presupuestos (reciprocidad material, observancia de las normas sobre competencia internacional, participación en el procedimiento, eficacia y ejecutoriedad, garantía de audiencia, respeto al estatuto personal de los ciudadanos austriacos, ídem del orden público), aplicables asimismo, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia dominantes, a los autos de jurisdicción voluntaria, aunque no siempre se exija en ella la concurrencia de todos los citados requisitos. Acerca de la ejecutoriedad de las decisiones extranjeras de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo ha entendido que los §§ 79 y siguientes de la E.O., sólo son aplicables cuando hayan de llevarse a cabo según el citado texto legal, pero no si deben cumplimentarse a tenor del procedimiento extraliti-gioso, en cuyo caso únicamente entrará en juego la reciprocidad formal del § 33 del código civil general de 1811. Kralik considera un contrasentido reconocer una decisión extranjera tan sólo cuando se ajuste a los §§ 79 y siguientes de la E.O. y al mismo tiempo garantizar su ejecutoriedad faltando los requisitos que tales preceptos consagran, máxime si se piensa que de acuerdo con el artículo I de la ley de introducción a la E.O., ésta se extiende a las ejecuciones encomendadas a los “tribunales ordinarios”, que son, precisamente, aquellos ante quienes se desenvuelve en Austria de manera exclusiva la jurisdicción voluntaria. La consecuencia es, por tanto, que salvo casos excepcionales, los autos extranjeros de

⁸⁸ En contraste con el significado formal, propio del proceso civil: cfr. GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, 2ª ed. (Berlín, 1929), p. 70 (trad. española, Barcelona, 1936, p. 191).

jurisdicción voluntaria sólo podrán ejecutarse en Austria si satisfacen los presupuestos de los §§ 79 y siguientes de la *E.O.*

78) h) Rammos, George Th. (Atenas, Grecia): *Die Wirksamkeit der besonderen Verfahrensarten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach dem geltenden Griechischen Recht.*—La actividad principal de la judicatura se desenvuelve en el cuadro de la jurisdicción contenciosa, al resolver litigios y discernir la protección jurídica a quien corresponda según el derecho material; pero junto a ella está la voluntaria, a la que incumbe una función de asistencia respecto de determinadas personas y derechos, de índole preventiva a diferencia de la naturaleza represiva de la otra.

79) Los negocios de jurisdicción voluntaria se encomiendan en parte a los jueces civiles y en el resto a funcionarios de justicia, y se acomodan a un *procedimiento denominado a solicitud o a instancia* ("nach Gesuch") (arts. 640 y ss. del código procesal civil de Grecia y 557 y ss. del de Creta), cuyos lineamientos expone el ponente nacional (competencia, subsidiariedad de la tramitación ordinaria, exclusión del juzgamiento contumacial y de la oposición, apelabilidad de la sentencia).

80) *Los efectos de la cosa juzgada material* de las sentencias se contraen a las partes debidamente citadas, y, por tanto, los terceros que no lo hubiesen sido podrán impugnarlas. Frente a la duda de si dicha norma (arts. 645 Grecia y 560 Creta) se extiende a la jurisdicción voluntaria, se han sustentado cuatro tesis: *a)* producen efectos de cosa juzgada material respecto de las partes citadas (Okonomidis-Livadas y un sector jurisprudencial); *b)* únicamente alcanzan cosa juzgada material si el juez decide sobre el reconocimiento y presupuestos de una relación jurídica (Eyklidis-Papadopoulos y un segundo grupo de sentencias); *c)* sólo poseen dicho atributo cuando resuelvan acerca de relaciones patrimoniales, mientras que si lo hacen sobre *status personae*, la cosa juzgada material no subsistirá sino hasta que surjan nuevos hechos (Pratsikas); y *d)* en realidad, no cabe hablar de cosa juzgada material en un territorio jurídico donde el juez no pronuncia sobre litigios ni otorga protección jurídica alguna (Ramos, tras los pasos de Glasson, Tissier y Morel). La postrera opinión no es obstáculo para estimar que los artículos mencionados originan un *efecto análogo* al de la cosa juzgada, respecto de quienes comparecieron o fueron citados. Más concretamente: las sentencias de jurisdicción voluntaria provistas de cosa juzgada formal vinculan a los juzgadores que más tarde conozcan, en procedimiento voluntario o contencioso, acerca de los presupuestos establecidos por el primer juez.

81) Desde el *punto de vista subjetivo*, la cosa juzgada material se circunscribe, como regla, a los interesados que hubiesen comparecido o que fuesen citados;

pero en negocios relativos al *status personae*, se proyecta *erga omnes* entre los justos contradictores. En cuanto a los terceros, pueden atacar la sentencia mediante oposición u oposición de terceros.⁸⁹ Pero, ¿quiénes tienen ese carácter? El Tribunal de Casación (Areópago) entendió al principio que los afectados por las medidas ordenadas no podían valerse de los expresados remedios, aun no habiendo comparecido ni sido citados, por no ser terceros. Rammos critica, y con razón, esa postura, en abierta pugna con principios generales del derecho procesal y con la noción misma de parte. Además, de aceptarse la interpretación censurada, los artículos en cuestión resultarían inaplicables, ya que al reputarlos partes afectadas por la sentencia, los terceros no podrían acudir a los remedios puestos a su servicio. Brotaría, además, otra dificultad, relacionada con el advenimiento de la cosa juzgada formal, puesto que el plazo para que apele cada uno de los interesados que no comparecieron ni fueron citados, comenzaría con la notificación de la sentencia; y en semejante hipótesis no podría afirmarse con seguridad que la decisión hubiese llegado a alcanzar ese estado respecto de todos ellos. La posición correcta la sostuvo más tarde el Areópago al estimar que los terceros no están legitimados para apelar.⁹⁰

82) La segunda mitad de la ponencia está consagrada a la *descripción de una serie de procedimientos específicos de jurisdicción voluntaria* atribuidos a los jueces civiles, a saber: 1º, nombramiento de tutores, curadores y defensores judiciales; 2º, aprobación de acuerdos del consejo de familia; 3º, autorizaciones para realizar determinados actos jurídicos; 4º, declaración de incapacidad total y, en su caso, revocación, productoras de efectos *erga omnes*; 5º designación de defensor judicial, cuando la incapacidad del deficiente mental, ciego, sordo, mudo, pródigo o ebrio sea sólo parcial (aplicase el procedimiento de la total); 6º, adopción, también con efectos *erga omnes*; pero los vicios del negocio jurídico en que la misma consiste, determinantes de nulidad o de impugnabilidad, no quedan cubiertos por la cosa juzgada ni por los efectos análogos (*supra*, núm. 80) de la sentencia, y en ese sentido podrán ser atacados por los participantes o por terceros; 7º, legitimación judicial de hijos, tramitable como la adopción: si recayó en jurisdicción voluntaria, los efectos de la sentencia se limitan a los participantes, mientras que si se obtuvo en un proceso contencioso, tendrán alcance *erga omnes*; pero los terceros podrán combatir la sentencia siempre que afirmen y prueben que fue fruto de un proceso aparente o de colusión de las partes, y en este supuesto la cosa juzgada se extiende asimismo a los oponentes; 8º, reconocimiento de una asociación o de la reforma de sus estatutos: discútese a propósito de él si una vez la sentencia en posesión de cosa juzgada formal, adquiere

⁸⁹ «Opposition oder Drittwiderspruchlage», en el original (letra G).

⁹⁰ En este punto, el derecho mexicano brinda al tercero la opción entre deducir tercería, promover proceso como actor inicial o interponer apelación (arts. 23, 422, 652 y 689 cód. proc. civ. del Distrito Federal): ALCALÁ-ZAMORA, *El papel del juez*, cit., nota 40.

también la material o un efecto análogo (*supra*, núm. 80) y respecto de qué personas: mientras Maridakis, Kapodistrias, Svolos-Vlachos y Giannapoulos dan una respuesta afirmativa, Gidopoulos y Polychronis, entre otros, contestan negativamente y creen que su ineficacia, resultante de su antijuricidad, podrá hacerse valer después.

83) La ponencia concluye con una breve referencia a la *jurisdicción voluntaria a cargo de funcionarios de justicia* (notarios, jueces de paz, registradores, etc.), facultados para realizar o autorizar determinados actos jurídicos, pero sin que ante ellos se desenvuelva un procedimiento.

84) *i) Triva, Sinisa (Zagreb, Yugoslavia) : De l'effet des décisions de la juridiction gracieuse dans le droit yougoslave.*—A diferencia de la jurisdicción contenciosa, que se desarrolla de manera uniforme, la voluntaria abarca en Yugoslavia un conjunto heterogéneo de procedimientos destinados a proteger derechos patrimoniales, laborales y de estado civil.

85) La materia no está codificada, puesto que la ley sobre jurisdicción graciosa de 7 de julio de 1934 sólo reglamentó una parte. Abrogadas, además, en 1946 las disposiciones anteriores al 6 de abril de 1941 y las introducidas durante la ocupación enemiga, salvo cuando no pugnen con normas posteriores ni con los principios socialistas, sobre la ley de 1934 han repercutido varias de los años 1946 a 1955 (régimen sucesorio, declaración de muerte presunta, amortización de letras de cambio y de cheques, y legalización de firmas), sin contar con que los procedimientos relativos a tutela y adopción incumben a los tribunales administrativos en virtud de dos leyes de 1947.

86) El efecto atribuible a las decisiones de jurisdicción voluntaria depende en Yugoslavia de la respuesta que el derecho positivo dé a las tres siguientes cuestiones: *a)* posibilidad de que dichas resoluciones lleguen a ser ejecutorias y, por tanto, no atacables mediante los recursos ordinarios; *b)* perspectiva de utilizar la cláusula llamada de inmutabilidad (o de validez material) de tales decisiones, en virtud de la cual se convierte en obligatoria no sólo en el ámbito de la jurisdicción graciosa, sino asimismo para los demás tribunales y dependencias administrativas estatales; y *c)* medida en que se permita la ejecución de las decisiones que nos ocupan.

87) Cuatro causas provocan en Yugoslavia el *advenimiento de la cosa juzgada*: *1a.*, renuncia de las partes a los recursos ordinarios; *2a.*, desistimiento del recurso interpuesto; *3a.*, decisión de última instancia, contra la que no quepa recurrir; y *4a.*, preclusión del plazo impugnativo. Las tres primeras se extienden sin dificultad a la jurisdicción voluntaria, mientras que la cuarta suscita dudas,

debido a que el tribunal de segunda instancia está facultado para tomar en consideración el recurso tardíamente interpuesto, siempre que los derechos de otras personas, fundados en la decisión recurrida, no resulten violados. El problema ha sido objeto de dos interpretaciones: la de Zuglia, para quien en dicha hipótesis la entrada en vigor de la cláusula referente a la cosa juzgada sólo excepcionalmente es posible (a cuyo fin analiza la cuestión según que se trate de decisiones declarativas, constitutivas o de condena), y la del propio Triva, en sentido contrario, por estimar que una vez precluido el plazo para recurrir, la cosa juzgada opera asimismo en la jurisdicción voluntaria y que el recurso deducido después, y nominalmente ordinario, funciona en realidad como extraordinario. Conforme a la tesis de Zuglia, no sería aplicable la mencionada inmutabilidad, por lo mismo que está condicionada por la cosa juzgada. En cambio, según el parecer contrario, la entrada en vigor de la inmutabilidad puede producirse, no obstante las disposiciones sobre admisión de recursos tardíos. Ahora bien: la regla que supedita la admisión de tales recursos a que no violen derechos de otras personas, tropieza con el obstáculo de los procedimientos en que, pese a la existencia de varias partes, sólo intervenga una, cuando los derechos fundados en la decisión atacada resulten lesionados al mejorar la posición jurídica del recurrente como consecuencia del recurso tardío.

88) A veces, la *cláusula sobre autoridad de cosa juzgada en negocios de jurisdicción voluntaria* no desemboca en inmutabilidad, ya que en determinadas condiciones cabe promover un ulterior proceso (contencioso). Así sucede en las cuatro situaciones previstas por la ley sucesoria de 1955, exceptuadas las cuales, las decisiones con autoridad de cosa juzgada referentes a herencias o a legados vinculan a las partes que intervinieron en el procedimiento. Otro ejemplo lo brinda el deslinde, según que el valor del terreno quede por bajo o por encima de quinientos dinares, ya que en el segundo caso las partes pueden acudir al procedimiento contencioso dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que la decisión voluntaria adquirió autoridad de cosa juzgada. A su vez, la ley de 1952 establece las condiciones para revisar en vía de jurisdicción voluntaria la decisión que fijó la fecha de la muerte del desaparecido o para conseguir su anulación. Por otra parte, el artículo 381 del código procesal civil de 1956 permite pedir la renovación del procedimiento,⁹¹ frente a decisiones con autoridad de cosa juzgada, tanto sentencias como autos,⁹² que es la forma de las resoluciones dictadas

⁹¹ «Proposition de renouveler la procédure», en el original (núm. 12). Suponemos que mediante semejante expresión se ha querido traducir la denominación germánica *Wiederaufnahme des Verfahrens* (§§ 578-91 Z.P.O. alemana; véanse también los §§ 529-47 de la Z.P.O. austriaca), es decir, el recurso equivalente (no idéntico: *infra*, nota 95) al de *revisión* en España (arts. 1796-1810 ley enjto. civ.) y a la *revocazione* italiana (arts. 395-403 cód. proc. civ.).

⁹² «*Arrêts*», en el original (núm. 12); y dado que en él se contraponen a «*sentences*»,

en jurisdicción voluntaria. Pero en atención al alcance limitado de ese recurso extraordinario y a los plazos para valerse de él, la renovación del procedimiento frente a decisiones de jurisdicción voluntaria sólo debe consentirse cuando no se disponga de otros medios para obtener la revisión.

89) El número de *personas sin cuya intervención no puede desenvolverse la jurisdicción voluntaria*, no es siempre idéntico al de las que puedan tomar parte en la misma y resulten, por tanto, afectadas por la cosa juzgada. La diferencia resalta especialmente en los negocios concernientes al estatuto personal, donde las personas que deben ser informadas acerca del procedimiento promovido y de las decisiones que en él recaigan se enumeran taxativamente, sin perjuicio de que existan otras con derecho a intervenir, así como a recurrir de la decisión que no se les haya notificado. ¿Dentro de qué plazos pueden recurrir estos otros sujetos no informados ni notificados? Si se trata de persona sin cuya intervención el procedimiento no podía promoverse, el vicio implica la nulidad y la facultad para deducir recurso extraordinario, dentro de treinta días, para la renovación del procedimiento (art. 381 cit.); pero téngase en cuenta la recomendación formulada al final del número anterior.

90) El derecho yugoeslavo conoce otro recurso extraordinario, la *demanda de protección de la legalidad*, utilizable en jurisdicción voluntaria⁹³ contra sentencias con autoridad de cosa juzgada en que la ley haya sido violada en la forma o en el fondo.⁹⁴ En principio, el plazo para interponerlo es el de seis meses; pero en caso de “violación grave”, el Procurador Federal no está sujeto a ese lapso. Las ilimitadas posibilidades temporales de la impugnación en la última hipótesis, sitúan a las decisiones que comprende (las de jurisdicción voluntaria y las emitidas en ejecución) en plano de inferioridad respecto de las del procedimiento ordinario, porque el código de 1956 restringe frente a éstas el remedio extraordinario, en el sentido de permitirlo tan sólo cuando el interés general esté en juego y en el de consentirlo únicamente dentro de plazos prefijados (dos años, seis meses o cuarenta y cinco días, según el asunto); pero es de esperar

creemos que su traducción correcta es *autos*, por razones análogas a las expuestas en la nota 32 (véase también la 86) a propósito de *Verfügungen*.

⁹³ Promovibles (núm. 14) por los presidentes de los tribunales supremos (en cuyo caso nos halláramos ante un ejemplo típico de jurisdicción sin acción: cfr. CRISTOFOLINI, *La dichiarazione del proprio dissesto nel fallimento*, en “Riv. Dir. Proc. Civ.”, 1931, I, p. 331) y por los procuradores (ministerio público), unos y otros tanto de las repúblicas federadas como de la federación.

⁹⁴ Estaríamos aquí ante un genuino recurso de casación, por errores *in procedendo* o *in iudicando*, dada su finalidad de asegurar, en la cumbre, la interpretación uniforme de la ley, o en otros términos: no sólo la igualdad de los ciudadanos ante la ley, sino la unidad del derecho objetivo nacional: cfr. CALAMANDREI (FURNO), *Cassazione civile*, en “Novissimo Digesto Italiano” (Torino, 1958), p. 1056.

que esas diferencias se borren cuando se promulgue la nueva ley sobre jurisdicción voluntaria.

91) En el proceso contencioso existe la *oportunidad de un nuevo juicio*, incluso si no concurren los presupuestos para la renovación del procedimiento, siempre que la demanda para la protección de la legalidad se funde en hechos sobrevenidos.⁹⁵ Al faltar entonces la identidad de los hechos, no se choca con el principio *ne bis in idem*, esencia o quintaesencia de la cosa juzgada. Esta regla se aplica también en la jurisdicción voluntaria, y las perspectivas de revisión por tal causa se manifiestan singularmente en los negocios sobre estado de las personas.

92) Del precedente resumen se desprende que el profesor Triva ha cargado el acento sobre la impugnabilidad de las decisiones de jurisdicción voluntaria—mediante recursos ordinarios, extraordinarios o excepcionales,⁹⁶ o a través de un proceso contencioso—⁹⁷ y ha dejado en la penumbra, en la sombra o en el olvido algunos otros aspectos del tema, según el cotejo con otras varias de las ponencias nacionales permite comprobar.

93) j) *Van Reepingen, Charles* (Lovaina), y *Krings, Ernest* (Bruselas) (Bélgica): *La juridiction gracieuse en droit belge*.—Compónese la ponencia de tres partes: la primera, carente de epígrafe, abarca las páginas 1-27 y se ocupa

⁹⁵ A diferencia de la nota anterior, aquí nos hallaríamos ante un recurso de revisión, con el alcance asignable al mismo en el derecho español (véase nota 91, así como arts. 954-61 ley enjto. crim.), de remedio máximo frente a sentencias con autoridad de cosa juzgada. Téngase en cuenta, por otra parte, la dualidad alemana, dentro de la *Wiederaufnahme des Verfahrens*, entre *Nichtigkeitsklage* (acción de nulidad: § 579 Z.P.O. alemana; véase asimismo el 529 de la austriaca) y *Restitutionsklage* (acción de restitución: § 580 Z.P.O. alemana).

⁹⁶ De acuerdo con la clasificación que establecimos en artículo y páginas citados en la nota 59 y luego seguida por diversos autores (GUASP, PINA Y CASTILLO LARRAÑAGA, BALLBÉ, GONZÁLEZ PÉREZ): cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *La cosa juzgada en lo contencioso administrativo*, en "Revista de Administración Pública", Madrid, mayo-agosto de 1952, p. 81, nota 32.

⁹⁷ Esta perspectiva se da asimismo, al menos en España, respecto de precedentes procesos contenciosos concluidos mediante sentencia carente de cosa juzgada material (*supra*, nota 38). El género impugnación no se identifica, por tanto, con la especie recursos, aunque dentro de aquél éstos constituyan el prototipo y sean los de uso más frecuente en la práctica, sino que junto a ellos se dan, por lo menos, otras dos perspectivas: la oposición (como figura intermedia entre la contestación a la demanda y el recurso) y la promoción de un ulterior proceso, que tenga al fenecido (por efecto de cosa juzgada formal no acompañada de la material) como antecedente obligado: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Adiciones al «Derecho procesal civil» de Goldschmidt* (Barcelona, 1936), pp. 411-2; *Adiciones a los números 569 y 600 del «Sistema» de Carnelutti*, tomo III (Buenos Aires, 1944), pp. 630-2 y 721; *En torno a la noción de proceso preliminar* (en "Scritti giuridici in onore della "Cedam", vol. II, Padova, 1953), pp. 272-3.

(cfr. p. 3) de la “Noción de acto jurisdiccional”; la segunda, que se extiende desde la página 28 a la 54, trata de “La jurisdicción graciosa”, y la tercera, comprensiva de las páginas 55 a 60, está consagrada a las “Conclusiones y perspectivas de futuro”. Si a esas rúbricas añadimos las divisiones internas de los dos primeros capítulos, el sumario de la comunicación quedaría establecido así: *I. Noción del acto jurisdiccional*: Introducción:⁹⁸ 1) Criterios del acto jurisdiccional (léase, para determinar su naturaleza); 2) Formas y efectos del acto jurisdiccional: A) Las formas; B) Los efectos de la decisión; 3) Conclusiones acerca de la naturaleza y de los efectos del acto jurisdiccional. *II. La jurisdicción graciosa*: Introducción (véase nota 98): 1) Búsqueda de los criterios de la jurisdicción graciosa (de nuevo el título resulta elíptico y habría debido decir: “. . . criterios para fijar la índole del acto. . .”); 2) Formas y efectos del acto de jurisdicción graciosa; *III. Conclusiones y perspectivas de futuro*.

94) Hemos comenzado por transcribir el índice, a fin de mostrar hasta qué punto los profesores belgas se han apartado del tema que se les señaló, para abordar cuestiones conexas, con sacrificio correlativo del problema central, que no se examina sino muy al final del trabajo, en el número 2 de la parte II y en la parte III, con quince páginas únicamente en una comunicación de sesenta.

95) La ponencia arranca de la *división de poderes* implantada en la Constitución belga de 1831 y de la atribución, acentuada durante el último treintenio, de los litigios sobre derechos políticos a organismos extraños al Judicial y en los que, junto a la nota de especialización y a la frecuente composición paritaria, se revela una regulación empírica, que a cada paso muestra lagunas e imperfecciones técnicas. El desempeño de funciones jurisdicentes por funcionarios y dependencias que no son tribunales en estricto sentido, lleva a los autores a examinar, ante todo, los criterios para determinar la naturaleza del acto jurisdiccional, puesto que si bien actividad judicial y actividad jurisdiccional confluyen con frecuencia, no se identifican. Tras pasar revista a los criterios material, orgánico y formal⁹⁹ y exponer las posiciones de la Corte de Casación, del Consejo de Estado y de la doctrina respecto de los mismos, se acoge como última palabra jurisprudencial la sustentada por aquélla en 1956 al atender de nuevo (como

⁹⁸ También este epígrafe falta en la ponencia belga.

⁹⁹ Este último sustentado en 1880 por el Procurador General de Bélgica en un dictamen donde invocaba como institución poco menos que sagrada e inviolable la *litiscontestatio*. Para la exacta comprensión de la misma, véase ARANGIO-RUIZ, *Las acciones en el derecho privado romano* (trad. española, Madrid, 1945), pp. 28-31, 97-105, 138 y 144, y para la crítica de su proyección a sistemas procesales posteriores al *ordo iudiciorum privatorum* (y ya ha llovido desde entonces. . .), FAIRÉN GULLÉN, *Una perspectiva histórica del proceso: la «litis contestatio» y sus consecuencias* (en “Atti Congresso Dir. Proc. Civ.”, cit. pp. 239-74), y *El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia (Contra la doctrina de la litis contestatio)* (Barcelona, 1950).

en 1880 y en 1888 y en contra de 1905, en que se tomó asimismo en cuenta que la decisión fuese según derecho y no quedase librada a la discrecionalidad administrativa) a la existencia previa de una discusión.¹⁰⁰ Frente a esta tesis, la doctrina se coloca en actitud menos radical, y si bien acepta que el acto jurisdiccional presupone un litigio, cree que no cabe tampoco desentenderse de las formas que lo acompañen ni, en ocasiones, de la voluntad del legislador (aunque sea difícil puntualizarla). Finalmente, jurisprudencia antigua (1868) y reciente (1956) se fijó, para discernirle carácter jurisdiccional, en que la decisión fuese susceptible de ser recurrida en casación.

96) Como *formas peculiares del acto jurisdiccional* se mencionan cuatro: a) respecto al derecho de defensa; b) pronunciamiento de la decisión en audiencia pública; c) motivación (entre otras causas, porque sólo frente a decisiones fundadas se permite la casación); y d) obligación de votar sobre el litigio. Sin embargo, a todas ellas se les señalan derogaciones de mayor o menor trascendencia.

97) A la cabeza de los *efectos del acto jurisdiccional* sitúase el advenimiento de la cosa juzgada o, valiéndonos de la fórmula que emplean los autores, la existencia de una decisión “necesariamente revestida con el carácter de verdad legal”, propio de las resoluciones contenciosas de los tribunales. Conforme a la doctrina francesa, única tomada en consideración por el informe (además, claro está, de su variante belga), se diferencian en la cosa juzgada su *fuerza* (o sea la inimpugnabilidad mediante los recursos ordinarios) y su *autoridad*, originadora de la correspondiente excepción. Tanto la Corte de Casación como el Consejo de Estado han reconocido dicha autoridad a las decisiones de las jurisdicciones administrativas.

98) El resultado de la investigación acerca de la naturaleza y efectos del acto jurisdiccional lo condensan Van Reepinghen y Krings en las siguientes conclusiones: 1ª, el acto jurisdiccional presupone una discusión sometida a la autoridad jurisdicente o, en todo caso, la existencia de una pretensión jurídica; 2ª, el juzgador ha de aplicar una regla de derecho objetivo; 3ª, el carácter jurisdiccional del acto puede derivar de la ley, de la forma del mismo, de la vía para obtener el cumplimiento o de la autoridad que intervenga, pero todos estos criterios se reducen a supletorios del de índole material; 4ª, ciertas reglas procesales y orgánicas han de ser acatadas por el juzgador administrativo (motivación, res-

¹⁰⁰ Debido a que, en español, *contestación* tiene un significado usual y forense muy distinto de la *contestation* francesa y de la *contestazione* italiana, hemos traducido el citado término francés, que es el utilizado en la ponencia belga (p. 7), por *discusión*: véanse las razones que al efecto exponemos en la *Adición a los números 124-6 del «Sistema» de Carnelutti*, tomo III, cit., p. 21.

peto del derecho de defensa); 5ª, el juzgador debe ser independiente; 6ª, el acto jurisdiccional posee autoridad de cosa juzgada y cuenta, además, con fuerza cuando sea inimpugnable.

99) El análisis efectuado del acto jurisdiccional sería indispensable no sólo para diferenciar, fuera del área judicial, la actividad reglamentaria y la desplegada por la Administración en el desempeño de funciones juzgadoras, sino asimismo para *distinguir en su seno la verdadera jurisdicción y la denominada graciosa*, cuya existencia reconocen la jurisprudencia y la doctrina belgas, aunque el legislador no la defina (a título de qué, preguntaríamos) ni aparezca tampoco en el código de procedimiento civil.¹⁰¹ Para puntualizar su concepto, comienzan por pasar revista a diversos casos del código civil, del de comercio, del procesal civil y de la legislación laboral, respecto de los cuales doctrina y jurisprudencia han negado a la intervención del juez naturaleza contenciosa. (Aclaremos, antes de proseguir, que las hipótesis tomadas del código procesal en que, como los propios autores admiten, existe discusión latente, no constituyen en rigor manifestaciones de jurisdicción voluntaria, sino algo tan distinto, como fases de un proceso contencioso sin contradictorio o con él pospuesto). El recorrido en cuestión les permite descubrir en la jurisdicción graciosa cinco cometidos diversos, los dos primeros de signo notarial, el tercero de dación de fe (que podría refundirse con aquéllos) y los dos últimos de aprobación (si bien, puntualizamos, uno *a priori*, o autorización, y otro *a posteriori*, u homologación). Se examinan luego algunos criterios diferenciativos tildados de insuficientes,¹⁰² para sustentar en definitiva la tesis de que hay jurisdicción contenciosa siempre que surja discusión, así sea latente, a propósito de la aplicación de una regla de derecho y de que, en realidad, la noción de acto jurisdiccional se identifica con la de acto de jurisdicción contenciosa. En consecuencia, actos de (seudo) jurisdicción graciosa serían los no pertenecientes a la (verdadera) jurisdicción contenciosa, y, por ende, su concepto sería exclusivamente residuario, negativo o por exclusión.

¹⁰¹ Esta última afirmación es discutible, puesto que el código napoleónico de 1806, vigente asimismo en Bélgica, se ocupa en su libro III, bien que bajo el epígrafe de «procedimientos diversos», de varios pertenecientes a los dominios de la jurisdicción voluntaria, y de ésta tratan también en sus obras los cultivadores del derecho procesal, verbigracia: JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile & commerciale*, 2ª ed., (París, 1929), pp. 141-60, o BRAAS, *Précis de procédure civile* (Bruxelles, 1929), pp. 69 y 539.

¹⁰² A saber: el del Procurador General Mesdagh de ter Kiele en 1895, y el del «Centre d'études pour la réforme de l'Etat», en la obra *Réforme de la procédure*, vol. I, París, 1938, donde el deslinde entre jurisdicción contenciosa y voluntaria no se reduce a la p. 317 (como se lee en la p. 41 de la ponencia), sino que se extiende desde la 305 a la 328, reveladoras de un conocimiento del tema muy superior al de la comunicación que venimos examinando.

100) En el segundo punto de la segunda parte se ocupa, por fin, la ponencia del extremo a que debería haberse circunscrito, y ni siquiera todo él está consagrado a su examen, ya que las primeras páginas se refieren a las *formas* y no a los *efectos*. Entre aquéllas, señaladas con riguroso criterio de derecho positivo belga, encontramos las siguientes: 1ª, en la jurisdicción voluntaria no es indispensable el refrendo del secretario judicial; 2ª, se desenvuelve en sala de deliberación¹⁰³ y no en audiencia pública; 3ª, la decisión no es motivada; 4ª, no se requiere la intervención del ministerio público;¹⁰⁴ 5ª, el acto en que culmina puede consistir en un acta, un auto¹⁰⁵ e incluso una sentencia; 6ª, el procedimiento para obtener el cumplimiento reviste modalidades diversas, pero la más frecuente es la de requerimiento verbal o escrito.

101) En cuanto a los *efectos*, el acto de jurisdicción graciosa goza, en caso necesario, de fuerza ejecutiva, como los instrumentos notariales o ciertos documentos administrativos, y puede engendrar derechos a favor de quien lo haya recabado. Se afirma, en cambio, de manera rotunda¹⁰⁶ que no posee autoridad ni fuerza de cosa juzgada. La consecuencia de ello es que quien no haya obtenido satisfacción, podrá renovar su petición ante el propio o distinto juez, de la misma o de diferente jurisdicción. Además, cabe en ocasiones que el juez se retracte de la decisión que dictó, sin contar con la posibilidad de anular un acta por vicios de forma o abuso de poder; pero si la retractación la solicita un tercero, entonces el procedimiento se transforma en contencioso (art. 635 *bis* *cód. proc. civ.*).

102) ¿Son *impugnables las decisiones de jurisdicción voluntaria*? La jurisprudencia se halla dividida. En ciertos casos, sólo cabría la anulación (por ejemplo:

¹⁰³ *Chambre de conseil* en Francia y Bélgica, y por influjo indudable de la primera, *camera di consiglio* en Italia, ante la cual, también en ella, se desarrolla, como regla, la jurisdicción voluntaria, aunque ello constituya sólo una característica extrínseca: cfr. CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 313; arts. 737-42 *cód. proc. civ.* de 1940; véase asimismo VOCINO, *infra*, núm. 105. Ahora bien: aun cuando la traducción literal no suscita en este caso dificultad alguna lexicológica, resulta inexpresiva por su falta de correspondencia orgánica e institucional, y de ahí que resulte más apropiado hablar de *sala de deliberación* (en contraste con *sala de audiencia*) que no de *cámara de consejo* (véase, sin embargo, *infra*, nota 110).

¹⁰⁴ En contra de lo que sucede en otros países, como España (art. 1815 ley enjto. civ.), Italia (art. 740 *cód. proc. civ.*) o México (art. 895 *cód. proc. civ.* del Distrito Federal), entre otros.

¹⁰⁵ Traducimos «*procès-verbal*» por *acta*, que es el término exacto y correcto en castellano, y no, huelga decirlo, por *proceso verbal*, barbarismo innecesario (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Advertencia del traductor a la versión castellana de La prueba civil de CARNELUTTI* —Buenos Aires, 1955—, p. XXVIII; ahora, en “Estudios de derecho probatorio” —Conceptión, 1965— p. 188), así como «*ordonnance*» por *auto*, en atención a consideraciones análogas a las enunciadas en la nota 32 (véanse también la 86 y la 92).

¹⁰⁶ «Aucune opinion divergente n'existe sur ce point» (p. 47).

la de un acta levantada por el juez: *supra*, núm. 101), 'mientras que en los demás quedarán expeditos los recursos, salvo prohibición legal. Sin embargo, son más numerosas las decisiones que rechazan la apelación en jurisdicción voluntaria que no las que la admiten. En principio, la vía impugnativa debería excluirse en el ámbito de la jurisdicción graciosa, porque al no poseer autoridad de cosa juzgada las decisiones en ella recaídas, pueden ser modificadas por el juez que las emitió. Pero la ausencia de recursos dejaría al requirente desarmado frente a la arbitrariedad o el error del juzgador, y de ahí que pese a la mencionada objeción, se permita con frecuencia el empleo de medios impugnativos en sus dominios.

103) El trabajo finaliza con una *recapitulación de conclusiones*, de las que prescindimos por haberlas hecho resaltar en los oportunos pasajes del resumen, y con unas *bases para una reforma de la materia*, en vista de que el prestigio y la independencia del juez belga han contribuido a que el legislador acuda a él cada día más en busca de las garantías inherentes a la intervención del poder judicial. Pero como sería peligroso permitirle proceder a su arbitrio, su actuación en negocios de jurisdicción voluntaria debería responder a las siguientes orientaciones: 1^ª, el justiciable se dirigirá al juez mediante requerimiento individual; 2^ª, la decisión judicial será modificable o retractable. El requirente que no obtenga satisfacción, podrá recurrir a un tribunal superior, y si las circunstancias cambiasen, estará facultado para reiterar su petición ante el juez a quien primero se dirigió; 3^ª, los derechos de terceros serán salvaguardados y podrán discutir cualquier decisión judicial que les afecte. Surgirá entonces un litigio, y con él se pasará de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa.

104) La ponencia de Van Reepinghen y Krings, merced a la que se suple en parte la falta de una relativa a Francia, se asienta, ante todo, en tesis jurisprudenciales, como lo indica que sobre un total de ochenta notas, cincuenta y tres se limitan a recoger doctrina de los tribunales. Por desgracia, como país sometido a influjo del cada día más anticuado procedimentalismo francés, en el que la renovación iniciada por Vizioz quedó truncada por su muerte,¹⁰⁷ la investigación de los ponentes belgas, compuesta por completo al margen del procesalismo científico, empezando por el alemán y el italiano, como si al cabo de casi un siglo cupiese seguir ignorándolo,¹⁰⁸ responde en su trayectoria a ideas hace mucho tiempo superadas.

¹⁰⁷ Acaecida el 31 de julio de 1948 en accidente aéreo. Vizioz merece ser recordado como procesalista por sus breves, pero excelentes *Études de procédure* (París, 1931), a saber: I. *Observations sur l'étude de la procédure civile* y II. *Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française du droit public* (en "Revue Générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France et à l'Étranger", año cit.; reimpresos en la 2^ª ed. —Bordeaux, 1956—, pp. 1-164).

¹⁰⁸ El contraste entre *procedimentalismo* y *procesalismo*, establecido por primera vez en un

105) *k) Vocino, Corrado* (Bari, Italia): *L'efficacia dei provvedimenti di giurisdizione volontaria*.—Ni en la literatura ni en la jurisprudencia italianas será fácil encontrar datos seguros sobre el tema, comenzando porque los *pareceres acerca de su naturaleza* se hallan divididos. Ciertamente que la doctrina dominante, con influjo sobre la jurisprudencia, sustenta la tesis administrativista; pero aparte de que la administración en que piensa presentaría fuertes peculiaridades, en los últimos años la concepción jurisdiccionalista ha resurgido (*supra*, nota 13), y junto a ambas cabe descubrir todavía otras corrientes, como la de quienes se contentan con subrayar las razones justificativas de que se encomiende a órganos judiciales, tareas que institucionalmente no serían propias de ellos; la de los que reputan el deslinde entre jurisdicción contenciosa y voluntaria poco menos que inútil desde el ángulo del derecho positivo y, en fin, la de aquellos que imaginan la segunda como territorio jurídico autónomo (*supra*, núm. 26). Tales divergencias no impedirían, sin embargo, una primera comprobación, a saber: la de la *incapacidad de las providencias de jurisdicción voluntaria para producir la cosa juzgada*, si no fuese porque entre los procedimientos pertenecientes a los dominios de la misma figuran varios que concluyen mediante sentencia. Para resolver el problema sin profundizar mucho en él, se suele hablar de que aquélla operaría entonces en sentido meramente formal. En todo caso, una legislación insuficiente, heterogénea y dispersa, y sin más elemento común que el negativo de que la función en ella desenvuelta por los jueces es esencialmente distinta de la que cumplen en la jurisdicción contenciosa. Con todo, desde el punto de vista formal posee un alto valor el artículo 742 *bis* del código procesal civil¹⁰⁹ al generalizar la aplicación del procedimiento en cámara de consejo;¹¹⁰ pero bueno será advertir que no cabe identificar la actuación de ésta

curso inédito que dimos en la Universidad de Santiago de Compostela en 1935; puntualizado en cuanto al alcance del segundo en las notas 5 y 17 del *Comentario a los «Fundamentos del Derecho Procesal Civil» del Dr. Eduardo J. Couture* (en "Jurisprudencia Argentina" de 1-XI-1942 y después en "Ensayos" cit., pp. 652 y 656-7) y recogido luego en las *Adiciones al número 1 del «Sistema» de Carnelutti* (vol. I, pp. 7-9), fue poco más tarde desenvuelto por SENTÍS MELENDO en su conferencia *Del procedimentalismo al procesalismo en la República Argentina* (publicada en la "Revista Peruana de Ciencias Jurídicas", año II (1946), núm. 1, pp. 1-22, y en "Anales del Colegio de Abogados de Santa Fe", año I, núm. 1). Más adverso todavía al procedimentalismo francés que los pareceres indicados en la nota 20 lo es el juicio de VIZIOZ en la p. 51 del primero de sus estudios mencionados en la nota anterior.

¹⁰⁹ Agregado en virtud del decreto legislativo de 5 de mayo de 1948, ratificado por la ley de 14 de julio de 1950: cfr. SATTI, *Le nuove disposizioni sul processo civile* (Padova, 1951), pp. 62, 71 y 95.

¹¹⁰ Véase la nota 103. Sin embargo, en las tres traducciones del código italiano, a saber: la de FRANCISCO DE CILLIS y JULIO DASSEN (*Código de procedimiento civil italiano* —Buenos Aires, 1944—, pp. 229-30), la nuestra (como apéndice al vol. I de la traducción del «Sistema» de Carnelutti, p. 564) y la de SANTIAGO SENTÍS MELENDO y MARINO AYERBA

con la jurisdicción voluntaria, por existir negocios honorarios que se desarrollan en vía contenciosa, y al revés: procedimientos de esta índole que no desdeñan la cámara de consejo.

106) Pasando al análisis de los *efectos*, Vocino anota como primera comprobación, que reputa pacífica, la de que los pronunciamientos de jurisdicción voluntaria no contienen un *acertamiento*.¹¹¹ Bastaría ello para explicar que no engendren cosa juzgada y, de considerar este atributo consubstancial con la jurisdicción, para negarle carácter jurisdiccional a la de naturaleza voluntaria; pero es conclusión rechazada por quienes creen que aquélla no refleja la jurisdiccionalidad de las sentencias. En todo caso, esa ausencia de efecto declarativo en la jurisdicción que nos ocupa, trasciende a la revocabilidad y revisibilidad de las decisiones en ella recaídas. Otra característica saliente de las providencias en cuestión sería su *índole constitutiva, por decirlo así, pura*, en contraste con las sentencias constitutivas emitidas en juicios contenciosos, en las que el efecto derivaría de la realización de un derecho preexistente, aun cuando la postrera afirmación sea discutida e incluso haya autores que reduzcan tales resoluciones a declarativas con rasgos especiales. Esa cualidad conduce, por su parte, a que las providencias de jurisdicción voluntaria estén fuertemente impregnadas de *discrecionalidad* (principio tan frecuente en la actividad administrativa), aun cuando no sea rasgo exclusivo de ellas y no falten tampoco las de contenido vinculado. La *constitutividad* no abarca, sin embargo, todo el panorama de la eficacia, y junto a ella, las providencias de jurisdicción voluntaria cuentan con una ulterior fuerza, o sea la *ejecutoriedad*, que podría enfrentarse como antitética a aquélla. La antinomia se salva, no obstante, tanto respecto de las sentencias constitutivas contenciosas como de las decisiones de jurisdicción voluntaria, cuando se piensa que, pese a su naturaleza, pueden requerir actos de ejecución administrativa (de registro, etc.), en el campo extraprocesal, a título de efecto secundario de la decisión como hecho jurídico o como prueba de la innovación introducida. Ahora bien: mientras en las sentencias contenciosas podrían com-

REDÍN (en la traducción del *Derecho Procesal Civil* de REDENTI, tomo III —Buenos Aires, 1957—, p. 336) se habla de «cámara de consejo».

¹¹¹ El término italiano «*accertamento*» ha sido trasladado de diversos modos al castellano. Como regla, las acciones y sentencias de tal clase se designan como *declarativas*; por nuestra parte, no dudamos en valernos de la traducción literal, o sea *acertamiento* (cfr. *Adición a los números 45 y 46 del «Sistema» de Carnelutti*, tomo I, p. 181); SENTÍS MELLENDO habló de *declaraciones de simple o de mera certeza* (reseñas del *Tratado de Alsina* en “Mundo Forense” de 7-XI-1941, p. 5, y en “Jurisprudencia Argentina” de 3-XII-1941, p. 6, determinantes del ensayo de LORETO, *La sentencia de «declaración de simple o de mera certeza»*, en “Estudios en honor de Alsina”, pp. 409-38, y luego en sus “Estudios de derecho procesal civil”, Caracas, 1956, pp. 133-61), y ROSAS LICHTSCHHEIN, de *La acción mere declarativa*, en el folleto así titulado (Santa Fe, Argentina, 1949).

binarse el efecto constitutivo y el de condena,¹¹² el segundo ha de descartarse en las providencias de jurisdicción voluntaria, sin perjuicio de que, como emanadas de un órgano estatal, pueda procederse a su realización coactiva, sin necesidad de una posterior declaración jurisdiccional, cual, en otro sentido, en la hipótesis de títulos ejecutivos extrajudiciales.¹¹³

107) *¿En qué momento adquieren eficacia las providencias de jurisdicción voluntaria?* Redactadas, como regla, en forma de *decreto*,¹¹⁴ basta que transcurra inútilmente el plazo para la reclamación, con algunas salvedades; si revisten la estructura de *sentencias*, se aplicarán los principios propios de las mismas, y para su eficacia habrá que esperar a la cosa juzgada formal. Ello, en orden al efecto constitutivo; y cuando a título excepcional entre en juego el ejecutivo, deberá permitirse la ejecución provisional. Finalmente, en los raros casos en que se decida mediante *ordenanza*,¹¹⁵ el momento determinante de la eficacia dependerá del medio impugnativo autorizado contra la misma.

108) *¿Dentro de qué límites puede atribuirse eficacia a una providencia de jurisdicción voluntaria?* Las hipótesis de *inexistencia* son escasas en materia contenciosa y no parecen aplicables en la esfera voluntaria; mas junto a ella álzase la *mera anulabilidad*. Dado que en las providencias contenciosas concurren características que no se dan en las voluntarias, y que éstas son actos de órganos públicos, estudiados de manera especial en el ámbito administrativo, surge la duda de si la nulidad por *exceso de poder* (concepto ya de teoría general del derecho) puede manifestarse en la jurisdicción voluntaria. La respuesta

¹¹² Acerca de la posibilidad, no ya de semejante combinación, sino de que un mismo asunto se plantee como declarativo, constitutivo o de condena, véase TEJA OLIVEROS, *Notas procesales: Estudio sobre las sentencias declarativas, constitutivas y de condena, el principio 'iura novit curia' y la formación de las sentencias* (México, 1947).

¹¹³ Dicho se está, en los países, como Italia (cfr. art. 474 cód. proc. civ.), en que den lugar a la llamada ejecución inmediata (así también en México en el ámbito del cód. proc. civ. Federal, art. 407); pero no en aquellos en que sólo autoricen el juicio ejecutivo, cual en España (arts. 1429 y 1545 ley enjto. civ.), México (cód. Distrito Federal, art. 443, y los estatales que en él se inspiran) y demás naciones hispano-americanas.

¹¹⁴ Aun siendo igualmente la resolución de inferior categoría, el *decreto italiano*, (cfr. arts. 131 y 135 cód. proc. civ.) no se corresponde con el *decreto mexicano* (cfr. art. 79 cód. proc. civ. del Distrito Federal), que tiene su equivalente y su antecedente en la providencia *stricto sensu* del derecho español (*supra*, nota 25), sino que se encuentra en una posición intermedia entre ésta y el auto.

¹¹⁵ A diferencia del *decreto*, que, como regla carece de motivación (salvo cuando expresamente la prescriba la ley, como en los procedimientos en cámara de consejo, tan ligados con la jurisdicción voluntaria: cfr. art. 135, en relación con el 737, cód. proc. civ. italiano), la *ordenanza* estará «sucintamente motivada» (art. 134 cód. cit.): de ahí que se halle más próxima al auto del derecho hispánico.

ha de entenderse afirmativa respecto de las decisiones *discrecionales* (*supra*, núm. 106).

109) El primer corolario de la ausencia de cosa juzgada en la jurisdicción voluntaria es que falta la base para el *deslinde entre partes y terceros*, y, sin embargo, este contraste es fundamental para el empleo de ciertos remedios. Cuestión previa también, pero que pasaremos por alto para no alargar el resumen, es la concerniente a la *presunción de legitimidad de los actos administrativos*¹¹⁶ y a su posible proyección sobre los de jurisdicción voluntaria.

110) Falta de cosa juzgada significa retractabilidad de la providencia y liberación para los futuros jueces de prestarle necesaria observancia. Acorde la doctrina en reconocer la llamada *desaplicación de las providencias honorarias* en los procesos contenciosos, será necesario a tal fin que haya mediado violación de derechos subjetivos, puesto que son ellos los que se hacen valer en juicio. En torno a la desaplicación, la jurisprudencia conoce una *acción de nulidad* frente a providencias voluntarias, dirigida a denunciar sus vicios y a comprobar su legitimidad, pero sin decir una palabra acerca del interés en obrar.¹¹⁷ Dicha acción, concedida tan sólo a los terceros perjudicados, no tiene caracteres de recurso. La doctrina, a su vez, sustenta frente a la misma tres posiciones diferentes: a) dicha acción, equiparable a una *querela nullitatis*, debe quedar expedita tanto a los terceros como a las partes, incurriéndose, si no, en denegación de justicia; b) la desaplicación de la providencia honoraria agotaría la tutela y absorbería la acción de anulación, sin coexistir con ella; y c) desaplicación y anulación serían concomitantes, y la segunda podría promoverse en vía principal o incidental.

111) Un punto acerca de cuya subsistencia hay unanimidad en Italia es el concerniente a la *revocabilidad de las providencias de jurisdicción voluntaria*. La estructura comúnmente *unilateral* de los procedimientos correspondientes, se presta a su continua renovación, al desenvolverse al servicio del interés de un

¹¹⁶ La presunción de legitimidad se establece también a favor de actos jurisdiccionales. Tal ocurre con el artículo 91 cód. proc. civ. del Distrito Federal en México: «Toda sentencia (aunque debió haber dicho: "toda resolución judicial") tiene a su favor la presunción de haberse pronunciado según la forma prescrita por el derecho, con conocimiento de causa y por juez legítimo con jurisdicción (léase, competencia) para darla». La presunción citada, dicho se está, es relativa.

¹¹⁷ Acogido en el artículo 100 cód. proc. civ. italiano, tanto respecto de la demanda como de la contestación a ella. Acerca del mismo, véase el trabajo de ALLORIO, *Bisogno di tutela giuridica*, en "Jus", 1954, pp. 547-61; publicado a la vez en la "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 14, abril-junio de 1954, pp. 87-114 (traducción y notas complementarias de ALCALÁ-ZAMORA), con el título de *Necesidad de tutela jurídica*.

solo sujeto, o de varios pero concurrentes y no en pugna.¹¹⁸ La revocabilidad supone que a causa de circunstancias sobrevenidas, la providencia no responda ya a las necesidades de tutela que ocasionaron su emisión. La revocación funciona, ante todo, a instancia de parte y también de oficio, aunque con algunas reservas, y como regla, el poder de revocar incumbe al juez que dictó la providencia revocable. En cuanto al sentido en que se manifiesta, opera *ex nunc*, cuando obedezca a cambio en las circunstancias o a inoportunidad sobrevenida y *ex tunc*, si responde a ilegitimidad, incluida en ésta la inoportunidad originaria.

112) Las consideraciones precedentes hacen que la importancia de los verdaderos medios impugnativos disminuya mucho en el campo de la jurisdicción voluntaria. De escasa utilidad es la *reclamación* del artículo 739 cód. proc. civ., puesto que su finalidad se puede lograr en otra forma. La reclamación se refiere a los decretos, con posibilidad discutida de extenderla a las ordenanzas, en tanto que las sentencias, fruto de un procedimiento calcado sobre el contencioso, se someten al régimen impugnativo normal. En cuanto a la providencia que resuelva sobre la reclamación, es inimpugnable, sin que pese a esfuerzos de la doctrina y de la jurisprudencia se haya logrado suscitar contra ella una casación por violación de ley, que sólo sería admisible en los pocos casos en que la resolución sea sentencia y el procedimiento revista estructura contenciosa.

113) La ponencia de Vocino, sin duda una de las mejores de la serie, aunque incurra algunas veces en idas y venidas que el autor debió haber evitado en aras de una exposición más rectilínea, ofrece, a nuestro entender, dos lunares tan sólo: uno el de esbozar con frecuencia cuestiones que no se desenvuelven después¹¹⁹ y otro el de aludir a autores que no se mencionan y cuyos nombres ningún trabajo habría costado citar entre paréntesis aunque no se puntualizase luego la obra ni el pasaje invocados:¹²⁰ conocidos todos ellos, dentro y fuera de su patria, ya no

¹¹⁸ Reaparece aquí el añejo deslinde entre jurisdicción contenciosa como ejercida *inter nolentes* o *inter invitos* y jurisdicción voluntaria cual desenvuelta *inter volentes*, cuyo influjo perdura en artículos como el 1811 ley enjto. civ. española o el 893 cód. proc. civ. del Distrito Federal en México.

¹¹⁹ Indicaremos algunas, con señalamiento, entre paréntesis, de las divisiones de la ponencia en que se abordan: a) mera alusión a las exigencias determinantes de que se acuda a procedimientos de jurisdicción voluntaria (II); b) índole de la *vis* inherente a las sentencias constitutivas (III); c) noción del acto jurídicamente inexistente (V); d) opiniones justificativas acerca de la tutela concedida a los terceros de buena fe (IX); e) dudas surgidas en torno a la reclamación y a la competencia como resultado de la promulgación posterior del artículo 742 *bis* (XI); f) bondad o no del criterio a cuyo tenor la naturaleza de una decisión dependería de su substancia y no de su forma (XII); g) relaciones entre revocación y reclamación y de ambas con la normal acción judicial (XII).

¹²⁰ Así, entre otros, ALLORIO, MICHELI, FAZZALARI, CHIOVENDA, CARNELUTTI, MORTARA, CALAMANDREI, LIEBMAN, etc., *passim*. Únicamente en el capítulo o división VII

acontece lo mismo (salvo en el restringidísimo círculo de los procesalistas italianos y de unos cuantos extranjeros) con sus pareceres en concreto, y en esas condiciones, la indicación de sus respectivos apellidos hubiese servido para individualizarlos.

114) *E) Recapitulación y conclusiones.*—Las consideraciones que una vez terminado el resumen de las ponencias nacionales formularemos, serán de tres clases: *a)* referentes a las comunicaciones en sí; *b)* relativas a la jurisdicción voluntaria, en la medida en que haya sido objeto de atención en las mismas o sirva en ellas para centrar el tema; y *c)* concernientes a éste.

115) *a) Referentes a las comunicaciones en sí.*—Como complemento de las indicaciones meramente formales o externas consignadas en la letra *C* (número, longitud e idioma), destacaremos, ante todo, su escasa cifra, que impide extraer conclusiones de alcance general. En efecto, sistemas jurídicos enteros, cual el anglosajón y los más o menos definidamente caracterizados de orientales, no figuran en la lista de las ponencias recibidas. Huelga decir que al hablar de los últimos aludimos a los de países que lo sean por peculiaridades de su derecho y no por su emplazamiento geográfico, puesto que, verbigracia, Turquía en el Medio Oriente o Japón en el Extremo no pertenecen a ellos, sino al continental europeo.

116) Las once ponencias se circunscriben a *dos continentes*, de manera muy desigual: Europa con nueve (Alemania, Austria, Bélgica, España, Grecia, Italia, Polonia, Unión Soviética y Yugoslavia) y América con dos (México y Uruguay). Por tanto, muchísimos Estados, como Francia (aunque su ausencia se supla en parte con la ponencia belga: *supra*, núm. 104), Gran Bretaña; Estados Unidos y Canadá; China, India y Japón; Australia y Unión Sudafricana; los países escandinavos, los árabes y la mayoría de los iberoamericanos (con las salvedades que en seguida se enuncia), etcétera, han quedado fuera del panorama. Bueno será aclarar que en algunas de las comunicaciones presentadas, su área jurídica

son citados por sus nombre ALLORIO, FAZZALARI. Y en el II, al referirse a la naturaleza controvertida de los juicios divisorios, sin duda se estaba pensando en trabajos como los de PAVANINI, *Natura dei giudizi divisorii: Note di uno studio introdotto* (Padova, 1942), CARNELUTTI, *Meditazione sul processo divisorio* (en "Riv. Dir. Proc.", 1946, II, pp. 22-33) o MINOLI, *Contributo alla teoria del giudizio divisorio* (Milano, 1950— sobre el tema en la literatura española, VALCARCE, *División judicial de cosa común: Problemas procesales que plantea* (en "Rev. Der. Proc." española, 1955, pp. 261-280); REYES MONTERREAL, *El proceso de disolución de la comunidad* (en rev. cit., 1960, pp. 396-437—). En cuanto al libro de LIEBMAN a que se alude, digamos que acaba de ser objeto de una reimpresión, acompañada de algunos estudios complementarios: *Efficacia ed autorità della sentenza (Ed altri scritti sulla cosa giudicata)* (Milano, 1962), y que fue traducido al castellano (Buenos Aires, 1946).

no coincide, por defecto o por exceso, con la de la nación a que pertenece como ciudadano su autor. Tal sucede, en el primer sentido, con la de Gurvich (*supra*, núm. 54), que se ocupa de algunos procedimientos especiales no tanto de la Unión Soviética como de la, eso sí, más importante pero no única de sus repúblicas federales, la de Rusia, y con la de Fix Zamudio (*supra*, núm. 25), que ante la treintena de códigos procesales civiles vigentes en México, seleccionó los dos principales, a saber: el Federal y el del Distrito; y en dirección opuesta, con la de Gelsi Bidart, que aun cuando asentada en la legislación uruguaya, contiene en su última parte (*supra*, núms. 32 y 39) datos sobre diversas naciones hispanoamericanas (Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Guatemala, México y Venezuela). Añadamos que la de Rammos cita preceptos no sólo del código de Grecia en estricto sentido, sino también del de Creta.

117) Como por influencia hispánica, México y Uruguay (así como los demás países tomados en cuenta por Gelsi Bidart) responden al *sistema continental europeo*, podría afirmarse que las once ponencias están bajo su signo. Pero como, si no desde el punto de vista de la técnica legislativa, sí desde luego, desde el de su trayectoria política, económica y social el régimen jurídico de los países comunistas se aparta mucho del de las naciones que no lo son, habría que formar dos sectores en el conjunto: uno con Polonia, Unión Soviética y Yugoslavia, y otro con los ocho Estados restantes, y dentro de aquél se alinearían las dos primeras, como exponentes del comunismo ortodoxo y la tercera cual disidencia heterodoxa. Todavía, en el contraste entre gobiernos liberales y totalitarios, tendríamos que marcar otra divisoria, con siete en el primer bando y cuatro en el segundo, de ellos uno de derecha (España)¹²¹ y tres de izquierda (Polonia, Unión Soviética y Yugoslavia). Mas a decir verdad, esas divergencias ideológicas no han repercutido gran cosa en los dominios de la jurisdicción voluntaria, salvo si acaso en Polonia (*supra*, núm. 55): en España, verbigracia, la materia continúa acomodada en su mayoría¹²² a la ley de enjuiciamiento civil de 1881

¹²¹ Sobre su carácter totalitario, explícitamente proclamado en el decreto de indulto de 22 de abril de 1938, véase nuestro folleto *Veinte años de franquismo* (México, 1960), pp. 14-5.

¹²² Se han modificado totalmente sólo dos de sus veinticuatro títulos, a saber: el IV (ley de 24 de abril de 1958), que decía «De los depósitos de personas» y ahora se titula «Medidas provisionales en relación con las personas» (arts. 1880-1918) y el XII (ley de 30 de diciembre de 1939), ambos de la «primera parte» del libro III, que antes se denominaba «De la administración de bienes de ausentes en ignorado paradero» y en la actualidad «Del ausente» (arts. 2031-47; *supra*, nota 36, e *infra*, nota 126). Además, como consecuencia de haberse promulgado la ley de enjuiciamiento civil (1881) antes que el código civil (1888) y que el de comercio (1885), las divergencias entre aquéllas y éstos abundan y se han resuelto, como es natural, a favor de los segundos. Finalmente, el artículo 10 de la ley de arbitraje de 22 de diciembre de 1953 debe entenderse derogatorio de los artículos 2175-7 de la de enjuiciamiento, por razones que exponemos en la nota

(*supra*, núm. 15); en Yugoslavia se sigue aplicando, con más o menos cambios, la ley de 1934 (*supra*, núm. 8); y fácilmente se colige que la finalidad de ciertos procedimientos (declaración de ausencia o de muerte presunta, idem de capacidad, legalización de documentos o de firmas, etc.) es esencialmente idéntica en todas partes, sea cual fuere el credo político que impera en un Estado.

118) Si ahora nos fijamos en su *impregnación doctrinal*, nueve caen de lleno dentro del procesalismo científico, a saber: las de Baur, Carreras Llansana, Fix Zamudio, Gelsi Bidart, Jodlowski, Kralik, Rammos, Triva y Vocino, como era obligado en trabajos compuestos en 1961. Influida muy tenuemente por dicha corriente se encuentra la de Gurvich, y por completo fuera de ella, es decir, imbuida por el más rancio procedimentalismo francés, la de los belgas Van Reepinghen y Krings: escrita a máquina en la segunda mitad del siglo xx, su lenguaje científico pertenece de lleno a la primera mitad del xix.

119) Por *razón de su contenido*, tendríamos que integrar tres grupos: a) el de las ponencias que, naturalmente conforme al correspondiente derecho nacional y al peculiar enfoque de cada relator, se han atendido estrictamente al tema (Baur, Carreras Llansana, Fix Zamudio, Jodlowski, Kralik, Rammos y Vocino); b) el de las que lo han desbordado, para traer a colación otras cuestiones (Gelsi Bidart, por un lado —núms. 33 y 39—, y Van Reepinghen y Krings, por otro —núms. 93-94—), y c) el de las que, por el contrario, han dejado en el tintero más de un aspecto: así, Triva, que se ha preocupado fundamentalmente de la impugnabilidad (*supra*, núm. 92), y, sobre todo, Gurvich, que se ha contentado con la descripción de unos cuantos procedimientos especiales, sin rozar casi la concreta materia que debería haber desenvuelto (*supra*, núms. 48 y 54).

120) Las comprobaciones precedentes deben llevar, si para futuros congresos persiste el criterio de encomendar la redacción de ponencias nacionales, resumidas y comparadas luego en una general, a que por la comisión organizadora se fijen unas bases (*supra*, núm. 5), donde se prevean los límites mínimo y máximo de extensión, para evitar tremendos altibajos (*supra*, núm. 6), se determine el alcance del tema escogido y se establezca una pauta para su desarrollo uniforme, sin perjuicio de que luego, por vía de introducción o de suplemento, se permita a los ponentes que, dentro de una longitud prudencial y proporcionada, agreguen aquellas consideraciones o datos que escapen al modelo fijado.

121) b) *Relativas a la jurisdicción voluntaria*.—La primera de las consideraciones que se extrae o se infiere de todas las ponencias de la serie, es la inherente

14 (pp. 112-3) del ensayo *Examen de la nueva ley española sobre arbitraje* (en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 15, julio-septiembre de 1954, pp. 105-24).

a su *heterogeneidad*: así, en Baur (núm. 11), Carreras Llansana (número 16), Fix Zamudio (núms. 25 y 27), Gelsi Bidart (núm. 34), Gurvich (hasta cierto punto: núm. 48), Jodlowski (en parte: núm. 55), Kralik (núm. 67), Rammos (núms. 79 y 83), Triva (núm. 84), Van Reepinghen y Krings (núm. 99), Vocino (núm. 105). Como es natural, esa diversidad dificulta sobremanera el deslinde y caracterización de la materia, el enunciado de principios generales a ella atinentes y el estudio comparativo de los tan dispares procedimientos que la integran en distintos países.

122) La *imprecisión en torno al concepto de jurisdicción voluntaria* trasciende, en primer lugar, a su *regulación legislativa*, según que sus nexos con la contenciosa se estimen remotos o próximos. Y así, junto a países que le dedican textos *ad hoc* (Alemania, núm. 8; Austria, núm. 67; Polonia, núm. 55 —mientras no se promulgue el proyectado código procesal civil, que se ocupará de ella y de la contenciosa: núm. 66—; y Yugoslavia, en parte, núm. 85), hallamos otros donde se la incluye en los códigos de enjuiciamiento (España, núm. 15; Grecia, núm. 79; Italia, núm. 105; México, núm. 25, y Uruguay y demás naciones hispanoamericanas, núm. 39), y un tercer sector a base de disposiciones dispersas (Bélgica, núm. 99, y Unión Soviética, núm. 49), sin perjuicio de que ninguna de las dos primeras fórmulas —y claro está, menos todavía la tercera— realice una delimitación inobjetable, puesto que a ambas podría aplicarse, como a los manicmios, la frase de que ni son todos los que están, ni están todos los que son.

123) En segundo término, la mencionada imprecisión complica sobremanera dilucidar su *naturaleza jurídica*. Como indicamos (*supra*, núm. 2), y aparte otras menores (*supra*, núms. 26 y 105), dos grandes corrientes se ofrecen aquí: la *jurisdiccionalista*, minoritaria hoy en día, acogida en la ponencia de Gelsi Bidart (núms. 34 y 47), y la *administrativista*, sustentada o compartida de manera más o menos explícita por Carreras Llansana (núms. 20 y 22), Fix Zamudio (núms. 26 y 28), Kralik (núm. 67), Rammos (núms. 78, 80 y 83), Van Reepinghen y Krings (núm. 90) y Vocino (núms. 105, 106 y 109). Baur, por su parte, acepta la primera de tales interpretaciones respecto de los negocios que son *auténticos litigios* substanciados en vía voluntaria y la segunda cuando pertenezcan al *dominio clásico* de la misma (núm. 11), y Jodlowski, por la suya, sin pronunciarse abiertamente, afirma sólo que cuando se promulgue el nuevo código procesal civil polaco, enjuiciamiento contencioso y jurisdicción voluntaria se reducirán a dos diversos modos de proceder en materia civil (núm. 66). A su vez, al contraponerla a la contenciosa, Van Reepinghen y Krings opinan que identificándose ésta con la verdadera jurisdicción, la voluntaria es únicamente un concepto residuario, negativo o por exclusión (núm. 99), y un pensamiento similar hallamos en Vocino (núm. 105). De aceptarse la mayoritaria tesis administrativista y el parecer que acabamos de citar de los ponentes belgas e italiano, desembo-

caríamos en una paradoja: la de que para un congreso de derecho procesal se habría seleccionado una materia ajena a sus dominios, y como el otro tema de la convención de Venecia¹²³ se puede reputar más bien de derecho internacional privado, resultaría que ninguna de las dos pertenecería a nuestra disciplina. Por lo demás, en el derecho soviético es desconocido el término “jurisdicción voluntaria”, aun cuando existan en él unos cuantos procedimientos especiales más o menos afines a los honorarios de Europa occidental (Gurvich, núm. 48). En todo caso, junto a la elaboración dogmática acerca de su naturaleza, en el terreno legislativo el problema de la seudojurisdicción voluntaria se plantea en condiciones mucho más sencillas, es decir, en las de precisar cuándo es necesaria o conveniente la actuación judicial para proveer acerca de cuestiones no litigiosas (cfr. Vocino, núm. 105): el contraste entre las declaraciones de ausencia, de presunción de muerte (cfr. Gurvich, núm. 50) o de incapacidad, en un extremo, y el deslinde (cfr. Gelsi Bidart, núm. 44) o las subastas voluntarias,¹²⁴ en el otro, podría servir para trazar la divisoria.

124) En principio, tanto Kralik (núm. 67) como Rammos (núm. 78) asignan a la jurisdicción voluntaria una *finalidad preventiva*, frente a la represiva del proceso contencioso; pero en ambos países (Austria y Grecia) trátase de divisoria¹²⁵ no siempre respetada por el derecho positivo.

125) En el número 3 dijimos que la totalidad de los ponentes se ha limitado a examinar el tema en el cuadro de los negocios civiles y zonas colindantes, sin aludir siquiera a *posibles manifestaciones de jurisdicción voluntaria en otros campos del derecho*. Sólo Fix Zamudio (núm. 27) se refiere a un procedimiento honorario del derecho administrativo mexicano, y Gelsi Bidart (núm. 55) se

¹²³ *L'ammissibilità dei mezzi di prova nel diritto internazionale privato*, con ponencia general a cargo del profesor Giorgio BALLADORE PALLIERI de la Universidad Católica de Milán, en “Riv. Dir. Proc.”, 1963, pp. 5-19. Adición: La ponencia de BALLADORE-PALLIERI se reproduce, como es natural, en los “Atti del 3° Congresso”, cit. (*supra*, nota *), pp. 165-79.

¹²⁴ Distintas, por supuesto, de las originadas por la ejecución forzosa mediante expropiación en un proceso contencioso. Para el contraste, véanse, por un lado, los artículos 1495-1511 (subastas en el procedimiento de apremio) y 2048-55 (subastas voluntarias judiciales) de la ley de enjto. civ. española. Por influjo suyo, las subastas voluntarias figuran en diversos códigos hispanoamericanos: a los de Chile y Ecuador, citados por GELSI BIDART en el núm. 38 de su ponencia, añadiremos (además de la ley procesal de Cuba de 1886, calco de la española de 1881), los de Honduras de 1906 (arts. 1048-50) y Nicaragua de 1905 (arts. 736-8), entre los de países de América Central.

¹²⁵ Entre los propugnadores de esta tesis, WACH, *Handbuch*, cit., p. 52, nota 23, menciona a GLÜCK, OSTERLOH, FITTING, VON CANSTEIN y MENGER. Con posterioridad, la sustentan asimismo GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 41 (en la trad. esp., p. 126), y CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 3ª. ed., vol. I (Roma, 1942), p. 18.

contenta con afirmar que la jurisdicción voluntaria puede exteriorizarse en cualquier rama del derecho, inclusive el penal (cfr. nota 55). Tampoco la distinción entre *jurisdicción voluntaria judicial y extrajudicial* ha sido tenida en cuenta sino por Rammos (cfr. núms. 78 y 83).

126) Seis de los ponentes, algunos de ellos en relación más o menos directa con el tema, se han preocupado de *clasificar los procedimientos honorarios*, a saber: a) Baur (núm. 11), en pertenecientes al “dominio clásico” de la jurisdicción graciosa (tutela, sucesiones, registro) y en “auténticos litigios” substanciados en vía voluntaria; b) Fix Zamudio (núm. 27), por razón de la materia, en civiles, mercantiles, laborales y administrativos; c) Gelsi Bidart (núms. 34 y 39), en relacionados con procesos contenciosos, mixtos (concurenciales) y autónomos; d) Gurvich (núm. 49), en ordinario (o contencioso *stricto sensu*) y especiales, según criterio que se esfumó para después reaparecer (en atención a que se discute o no un derecho); distingue, además, los atribuidos en unas repúblicas al notariado y en las restantes a la organización judicial, como ocurre con la declaración de ausencia (núm. 50); e) Kralik (núm. 67), en procedimientos que culminan en una decisión y procedimientos que se reducen a una actividad de documentación, con mera fuerza probatoria, excluidos, por lo mismo, de su trabajo; y f) Van Reepinghen y Krings (núm. 99), de acuerdo con su cometido, en dos de índole notarial, uno de dación de fe y dos más de aprobación.

127) c) *Concernientes al tema.*—El análisis de la *eficacia atribuible a las providencias de jurisdicción voluntaria*, abarca en las ponencias nacionales diferentes extremos, que contemplaremos separada y sucesivamente, una vez que nos hayaamos referido primero a dichas resoluciones en sí.

128) En algunos de los países a que se contraen las comunicaciones, las *resoluciones de jurisdicción voluntaria* dan la sensación de ser las hermanas menores o los parientes pobres de las de jurisdicción contenciosa. Adviértese ello desde la nomenclatura (*Verfügungen* en Alemania y Austria, en lugar de *Urteile*; *decreti*, de preferencia en Italia, e incluso *ordinanze*, frente a la excepcionalidad de las *sentenze* en dicho territorio; etc.) hasta el régimen impugnativo de menores horizontes a que suelen quedar sujetas, si bien éste compensado en parte por las perspectivas que brindan frente a ellas la retractibilidad, en un sentido, y la modificabilidad, en otro. Acaso por lo mismo, las indicaciones que acerca de ellas consignan los relatores tienen alcance estrictamente nacional, si exceptuamos dos: una, la de que en jurisdicción voluntaria cabe que la meta buscada no se consiga mediante una resolución, sino a través de una actividad diferente (así, Carreras Llansana, núm. 16, y Kralik, núms. 67 y 126), y otra, la relativa a la clasificación a que las somete Gelsi Bidart (núm. 47), conforme a un triple enfoque: a) por razón de su contenido, en constitutivas, declarativas (véase

también Fix Zamudio, núm. 27) y de condena, aun cuando el tercer sector haya de rechazarse y el segundo resulte discutible para algunos (*infra*, núms. 130-131); *b*) en atención a su objeto, en precautorias y principales; y *c*) habida cuenta de su cometido procesal, en de tramitación y de fondo.

129) En relación con España, Carreras Llansana (núms. 16-18) estima que la división de las resoluciones en interlocutorias y definitivas, propia del proceso contencioso, no se adapta a la jurisdicción voluntaria, donde debe ser sustituida por una en definitivas (autos en los juzgados y sentencias en las audiencias territoriales y el tribunal supremo) y no definitivas (providencias y autos). La resolución será definitiva en dos hipótesis; *a*) cuando decida sobre la pretensión objeto del expediente respectivo, y *b*) cuando declare contencioso el expediente e impida, en consecuencia, su prosecución. En cuanto a las resoluciones no definitivas, comprenderían dos clases: ordinatorias, y enderezadas a producir efectos materiales transitorios. Más brevemente respecto de México, Fix Zamudio (núm. 27) expresa que en jurisdicción voluntaria las resoluciones revisten la forma de providencias o de autos (divididos éstos en provisionales y definitivos) y sólo en una ocasión la de sentencias. En Polonia, en cambio, según manifiesta Jodlowski (núm. 57), todas las resoluciones de jurisdicción voluntaria reciben el nombre de "decisiones", pero no todas tienen la misma jerarquía. Por último, acerca del Uruguay, Gelsi Bidart (núm. 35) sostiene que las providencias de trámite y las interlocutorias (aquí en contra de la hace poco señalada tesis de Carreras Llansana) poseen el mismo significado en la jurisdicción voluntaria y en la contenciosa, mientras que se diferencian, por el contrario, aquellas en que culmina el procedimiento respectivo.

130) En atención a su contenido, ¿cuál es la *índote de las providencias de jurisdicción voluntaria*? De manera rotunda expone Vocino que no contienen un accertamiento (véase nota 111) y que, por tanto, son de naturaleza constitutiva pura, a diferencia de las sentencias constitutivas contenciosas, en que el efecto derivaría de la realización de un derecho preexistente. Frente a él, Fix Zamudio (núm. 26) y Kralik (núms. 73 y 74) admiten asimismo que las haya de carácter declarativo; Baur (núm. 7) y Jodlowski (núms. 58 y 64) afirman, por su parte, que, como regla, las decisiones honorarias son constitutivas, pero el primero considera que en el supuesto de genuinos litigios substanciados en vía voluntaria, pueden ser declarativas e incluso de condena, y el segundo reconoce que si bien en contraste con el proceso contencioso, en el voluntario son raros los casos en que se procede a la ejecución, no son en manera alguna desconocidos en su área. Y para Gelsi Bidart (núm. 36), las providencias de jurisdicción voluntaria pueden agotarse o no en la mera declaración, así como exigir un cumplimiento ulterior, en el mismo procedimiento o fuera de él, bien a cargo de autoridades administrativas o a través de un proceso contencioso.

131) Que con frecuencia y hasta, si se quiere, como regla las decisiones de jurisdicción voluntaria sean constitutivas, podríamos reputarlo opinión pacífica o cuando menos muy generalizada, y sin vacilar la suscribimos. Pensamos también que salvo el supuesto de auténticos litigios tramitados en vía voluntaria, no cabe hablar en ésta de providencias de condena, pero sin que ello sea obstáculo para que en el ámbito de la jurisdicción graciosa se den manifestaciones ejecutivas o, si se prefiere, actos de cumplimiento, porque como dice Vocino (núm. 106), las decisiones constitutivas, tanto contenciosas como voluntarias, pueden requerir ejecución en el campo extraprocesal. Huelga aclarar que, según entiende Kralik, la ejecutabilidad es asimismo un efecto, junto al constitutivo o al declarativo, si bien, como regla, se produce después que ellos (núm. 73), y se suspende al interponerse un recurso, salvo cuando el aplazamiento entrañe riesgo (núm. 76).

132) El *alcance que al término eficacia asigna cada uno de los ponentes* es tan distinto o, mejor dicho, dentro de él incluyen aspectos tan dispares, que creemos preferible ocuparnos por separado de las consideraciones previas y generales acerca de la misma y luego de los conceptos o sectores que se pueden aislar en el conjunto. Además, exceptuado Baur (núm. 7), que comienza por contraponer *eficacia y efectos*, porque mientras la determinación de cuándo y cómo deviene eficaz una resolución es tarea del derecho procesal, las consecuencias suelen ser de derecho material, aunque no siempre, los otros relatores involucran las dos ideas o no se han cuidado de su deslinde. Carreras Llansana (núm. 18) subraya, a su vez, que jurisdicción voluntaria y proceso pueden ser análogos en su estructura, pero que discrepan en sus efectos.¹²⁶ Triva (núm. 86), por su parte, hace depender el efecto atribuible a las decisiones honorarias de tres factores: 1º, posibilidad de que lleguen a ser ejecutorias; 2º, perspectivas de utilizar la cláusula de inmutabilidad, y 3º, medida en que se permita su ejecución. En esta misma dirección, Van Reepinghen y Krings (núm. 101) sostienen que, en caso necesario, el acto de jurisdicción voluntaria goza de fuerza ejecutiva, como los documentos notariales y ciertos actos administrativos, y puede engendrar derechos a favor de quien lo haya recabado.

133) *¿En qué momento adquieren eficacia las providencias honorarias?* Para Baur, a partir de la notificación a sus destinatarios (núm. 8), pero en ocasiones, por motivos de seguridad jurídica, opera desde el advenimiento de la cosa juz-

¹²⁶ Destaquemos a este propósito la analogía evidente que, en cuanto a la estructura, presentan en el derecho español el acto de conciliación (honorario: *supra*, nota 35) y el juicio verbal (contencioso; invocado también en el procedimiento de ausencia por el art. 2032; *supra*, notas 36 y 122), o bien, en el mismo, la frecuente remisión (arts. 1821, 1839-40, 1843, 1858, 1873, 1900, 2000, 2055, 2103 y 2114) que en los procedimientos de jurisdicción voluntaria se hace al régimen (contencioso) de los incidentes (arts. 741-61 y 887-902).

gada formal (núm. 10), que es el instante en que, como regla, se fija Jodlowski (núm. 60), por ser entonces cuando se convierten en ejecutorias, aunque a veces antes (por ejemplo, en caso de interdicción), e incluso algunas son inmediatamente ejecutivas. Vocino (núm. 107), en cambio, muestra que en el derecho italiano el momento varía según que la resolución consista en *decreto* (hipótesis que representa la regla y en la que bastará el transcurso inútil del plazo para la reclamación), *sentencia* (respecto de la cual habrá que esperar a la cosa juzgada formal) u *ordenanza* (en que todo dependerá del medio impugnativo frente a la misma).

134) *¿Qué efectos producen las providencias honorarias?* Según Carreras Llansana (núm. 21), la resolución definitiva que acceda a la petición, engendra efectos jurídicos materiales (directos unos y reflejos otros), variables conforme al fin de cada negocio de jurisdicción voluntaria. En cuanto a Fix Zamudio (núm. 28), distingue la autoridad preclusiva inherente a las decisiones honorarias, y sus efectos materiales, establecidos por el derecho substantivo.

135) El reverso de la eficacia, o sea la *ineficacia*, ha sido tomado en cuenta por los dos ponentes germánicos. Baur (núm. 9) entiende que en jurisdicción voluntaria un acto judicial no es ineficaz por el mero hecho de que lo haya emitido juzgador incompetente o de que provenga de juez excluido por la ley. A su vez, Kralik (núm. 68) se ha preocupado de clasificar en tres sectores las decisiones honorarias ineficaces, a saber: 1º, las que de tales no tienen más que la apariencia; 2º, las que adolecen de defectos más o menos graves, hecha la aclaración de que en el derecho austriaco no existen *Verfügungen* absolutamente nulas; y 3º, las imposibilitadas de producir su efecto.

136) Si no en la doctrina general sobre la materia, sí, desde luego, en las ponencias presentadas, el *problema de la cosa juzgada* aparece como el caballo de batalla, y en torno a él los pareceres varían sobremanera. La posición más radicalmente negativa la encontramos en Fix Zamudio (no es posible hablar de cosa juzgada, ni siquiera formal, en jurisdicción voluntaria, puesto que al no mediar litigio, no se juzga sobre cosa alguna: núm. 28; véase también el 26), Gelsi Bidart (es constante el principio de que las providencias honorarias no pasan en autoridad de cosa juzgada: núm. 47), Rammos (con razonamiento análogo al de Fix, al que añade que en el ámbito de la jurisdicción voluntaria no se otorga protección jurídica alguna: núm. 80) y Van Reepinghen y Krings (cuando tras señalar como efecto característico del acto jurisdiccional, que ellos identifican con el contencioso —núm. 99—, afirman de modo categórico que las decisiones graciosas no poseen fuerza, o sea inimpugnabilidad, ni autoridad, originadora de la correspondiente excepción, de cosa juzgada: núm. 101, en relación con los 97 y 98). Vienen a continuación Gurvich, cuando destaca que sólo en

raras oportunidades las sentencias recaídas en los procedimientos especiales similares a los voluntarios alcanzan autoridad de cosa juzgada (núm. 51), y Vocino, quien, en principio, proclama la incapacidad de las providencias de jurisdicción voluntaria para producir cosa juzgada, pero que ante la posibilidad de que alguna vez revistan la forma de sentencias, admite que en tal caso ella opere en sentido formal (núm. 105; véanse asimismo los núms. 106, 109 y 110). Una tercera posición la integran quienes creen que en el ámbito de la jurisdicción voluntaria no hay margen para la cosa juzgada material, pero sí para la formal: en este sentido se manifiesta Carreras Llansana (que rechaza aquélla, porque haría falta que afectase a un verdadero juicio contradictorio entre genuinas partes, y ello no sucede en el territorio jurídico de marras —cfr. núms. 20, 22 y 24—, mientras que acoge ésta, una vez consentidas por los interesados las resoluciones pertinentes o agotados los recursos contra ellas —núm. 19—). Baur, por su parte, diferencia según que se trate de negocios pertenecientes al *dominio clásico* de la jurisdicción voluntaria o de *auténticos litigios* substanciados en dicha forma (núm. 12; véase *supra*, núm. 126). A su vez, Jodlowski (núms. 59, 61 y 62), Kralik (núm. 72) y, aunque no de manera tan explícita, Triva (núms. 87 y 88) reconocen a las decisiones honorarias el atributo de la cosa juzgada en la doble dirección formal y material. Finalmente, con razones distintas, Carreras Llansana (núm. 23), Fix Zamudio (núms. 27 y 28) y Rammos (núm. 80) admiten que las resoluciones de jurisdicción voluntaria originan un efecto *sui generis*, en reemplazo de la cosa juzgada: el primero de los tres opina que podría llamársele *efecto vinculante*, aun cuando es sólo el reflejo de una resolución como hecho jurídico; el segundo designa como *eficacia o autoridad preclusiva* la peculiar de los acuerdos de jurisdicción voluntaria; y el tercero, en forma más vaga, se contenta con hablar de un *efecto análogo*, respecto de quienes comparecieron o fueron citados al procedimiento correspondiente.

137) Por nuestra parte, sin desconocer las consideraciones de derecho positivo aducidas por Jodlowski, Kralik y Triva, entendemos que, o se trata de procedimientos contenciosos tramitados como voluntarios (es decir, de hipótesis de divorcio entre fondo y forma o, si se quiere, entre contenido y desarrollo), o no es posible referir el concepto de cosa juzgada (con doble motivo, el material) al cuadro de la jurisdicción voluntaria, donde no se decide acerca de una controversia entre partes. Ello no se opone a que, con o sin vía impugnativa, el procedimiento de jurisdicción voluntaria se agote en un momento dado, sin perjuicio de reabrirse en determinadas circunstancias, y esa clausura del camino emprendido ofrece semejanzas con la cosa juzgada formal, mas sin confundirse con ella: simple analogía y no identidad.

138) En el estudio de los *límites subjetivos de las decisiones honorarias*, ha de tenerse en cuenta, ante todo, la observación de Triva (núm. 89), a tenor de

la cual, el número de personas sin cuya intervención no puede desenvolverse la jurisdicción voluntaria no siempre es igual al de las que pueden tomar parte en la misma y resulten afectadas por la cosa juzgada. En segundo lugar, como acto de autoridad, las providencias honorarias se proyectan tanto sobre las partes como sobre terceros (Gelsi Bidart, núm. 36), fórmula que Jodlowski (núm. 62) sustituye por esta otra: como regla, en jurisdicción voluntaria la cosa juzgada (concepto que él acoge, pero que la mayoría rechaza o elude: núm. 136) liga no sólo a las partes y al juzgador que la emitió, sino también a los demás tribunales y órganos estatales, respecto de los cuales admiten asimismo su vinculatoriedad Baur (núms. 7 y 12) y Kralik (núm. 71). Partiendo de punto de arranque diametralmente opuesto al de Jodlowski, Vocino (núm. 109) entiende que corolario de la ausencia de la cosa juzgada en jurisdicción voluntaria es que falte la base para el deslinde entre partes y terceros, pese a ser fundamental para el empleo de ciertos remedios (por ejemplo, la acción de nulidad se concede a los terceros perjudicados; pero según una de las interpretaciones doctrinales de que es objeto, debería permitirse su uso a las partes también: núm. 110). No obstante ello, Fix Zamudio, que coincide con Vocino en negar la posibilidad de cosa juzgada en el cuadro de la jurisdicción voluntaria (*supra*, núm. 136), enfrenta a participantes y terceros en orden al señalamiento de la eficacia subjetiva que producen las decisiones honorarias: tratándose de los primeros, el acuerdo definitivo produce el efecto positivo de que se tenga como cierta e inmutable la situación jurídica declarada o constituida, mientras no sea impugnada o controvertida (núm. 29); en cambio, a los segundos (o sea los terceros) no cabe oponerles la inmutabilidad de la resolución emitida en un procedimiento voluntario en que no intervinieron, y podrán discutirla en un proceso contencioso (núm. 30; en el mismo sentido, Kralik, núm. 75). Por razón de su índole o contenido, las providencias constitutivas, que representan la regla en jurisdicción voluntaria y la única clase que algunos aceptan, surten efecto *erga omnes*, en tanto que las declarativas lo circunscriben *inter partes* (así, Baur, núm. 11; Jodlowski, núm. 64; Kralik, núm. 75, y Rammos, núm. 82).

139) Escasos son los datos que sobre *vicios de las providencias honorarias* encontramos en las ponencias. Así, con alcance concreto, Gurchich (núm. 52) se contenta con expresar que es obligatoria la *anulación* en vía judicial del pronunciamiento oportuno, cuando se averigüe el paradero del ausente o se compruebe la existencia del presunto muerto (en el mismo sentido, el artículo 2043 de la ley de enjuiciamiento civil española). Mientras Baur (núm. 9) entiende que, como regla, una decisión honoraria no es nula por el simple hecho de pugnar con preceptos materiales o procesales, a menos que la infracción de los mismos sea grave, Jodlowski (núm. 65) enuncia la idea en términos más precisos, y conforme a un criterio muy extendido,¹²⁷ asienta la nulidad en la transgresión de formal-

¹²⁷ Así, el artículo 74 cód. proc. civ. del Distrito Federal en México: «Las actua-

dades esenciales. Y Vocino (núm. 108) cree que la noción de *inexistencia* no parece referible a las decisiones de jurisdicción voluntaria, en tanto que sí lo son la *mera anulabilidad* y la *nulidad por exceso de poder*, la segunda respecto de decisiones discrecionales en ella recaídas. Muy poco, pues, sobre tan fundamental cuestión, quizás por ser uno de los muchos puntos en que la jurisdicción voluntaria sigue viviendo del préstamo.

140) El *régimen impugnativo en estricto sentido de las resoluciones honorarias* (es decir, abstracción hecha de la retractabilidad a cargo del juez emisor y de la modificabilidad en vía contenciosa), varía sobremanera en los países a que pertenecen las ponencias nacionales y ha sido examinado con diferente atención por sus respectivos autores. Quien ha estudiado el asunto con más detenimiento, a la vez que con detrimento de otros extremos (*supra*, núm. 92), ha sido Triva (núms. 87-90), que en relación con las decisiones de jurisdicción voluntaria se ocupa tanto de los recursos ordinarios como de los extraordinarios (renovación del procedimiento y demanda de protección de la legalidad contra sentencias con autoridad de cosa juzgada en que la ley haya sido violada en la forma o en el fondo).¹²⁸ En cambio, en Italia, la importancia de los verdaderos medios impugnativos disminuye mucho en jurisdicción voluntaria, conforme al testimonio de Vocino (núm. 112): la reclamación rinde escasa utilidad; la providencia que resuelva sobre ella es inimpugnable, y la casación está proscrita, salvo cuando la decisión honoraria sea una sentencia y el procedimiento revista estructura contenciosa. En Bélgica, Van Reepinghen y Krings (núm. 102) van más lejos aún y consideran que, en principio, la vía impugnativa debería prohibirse en la jurisdicción voluntaria, porque al no poseer sus decisiones cosa juzgada, pueden ser modificadas por el juez que las emitió; en cuanto a la jurisprudencia, suele rechazar la apelación; pero el peligro de que se perpetren arbitrariedades y errores ha llevado asimismo a que se consienta el empleo de recursos en el ámbito de aquélla. En Alemania y Polonia, Baur (núm. 9) y Jodlowski (núm. 65), respectivamente, se limitan a decir que la nulidad de una decisión habrá de eliminarse mediante la vía impugnativa o, añade el primero, porque la revoque el juzgador que la dictó. Respecto del Uruguay, Gelsi Bidart (núm. 47) no pasa de afirmar que, en general, las providencias honorarias son impugnables por disposición expresa de la ley o en virtud de analogía con las de jurisdicción contenciosa. En cambio, Carreras Llansana (núm. 20), respecto de España, y Fix Zamudio (núm. 31), a propósito de México, concretan los medios impugnativos utilizables en cada uno: en la primera, apelación y casación si el negocio es civil

ciones serán nulas cuando les falte alguna de las formalidades esenciales, de manera que quede sin defensa cualquiera de las partes. . . ». En el mismo sentido, el artículo 1693 de la ley enjto. civ. española: recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.

¹²⁸ Véase *supra*, nota 94.

y sólo aquella cuando sea mercantil; en el segundo, apelación con efecto devolutivo o suspensivo (véase nota 46), según los casos, más amparo indirecto. Por último, en Austria, las decisiones honorarias son atacables mediante los recursos ordinarios, mientras que acerca del empleo de los extraordinarios, Kralik (núm. 70) disiente de la actitud prohibitiva de doctrina y jurisprudencia, y cree que cuando estén cerradas tanto la posibilidad del recurso ordinario como la promoción de un proceso civil contencioso, deberá consentirse analógicamente la revisión del procedimiento o bien una demanda de nulidad.

141) La perspectiva de iniciar, tras el expediente de jurisdicción voluntaria; un *proceso contencioso ulterior*, ante el cual aquél ha de inclinarse (cfr. Gelsi Bidart, núm. 47; véase, además, el 39), a instancia de terceros que no hayan intervenido en el mismo o de las propias partes, la reconocen, respecto de aquéllos, Carreras Llansana (núm. 20), Fix Zamudio (núm. 30), Jodlowski (núm. 63), Kralik (núm. 75; véase también el 70) y Van Reepinghen y Krings (núm. 101), y respecto de éstas, Kralik (núm. 71) y Triva (núm. 88).

142) ¿En qué medida son *modificables las providencias de jurisdicción voluntaria*? En actitud a la vez extrema y aislada se coloca Jodlowski, cuando sostiene que, en principio, no pueden modificarse en procedimiento honorario ni contencioso, salvo el derecho del tercero no interviniente de acudir a un proceso civil ulterior (núm. 63). Menos categórico se muestra Kralik, para quien, también en principio, la posibilidad de que una decisión honoraria sea modificada, dependerá de que haya sido recurrida; pero si la resolución es de trámite, puede variarse en cualquier tiempo (núm. 69). Carreras Llansana (núm. 19) y Fix Zamudio (núms. 25, 28 y 29) proclaman la inalterabilidad de los autos definitivos en el expediente en que se dictaron, en tanto que serían variables los autos provisionales y las providencias en estricto sentido, es decir, las resoluciones de categoría mínima (*supra*, nota 25); pero si cambian las circunstancias, los propios autos definitivos podrían ser modificados por quienes los pronunciaron, puesto que no disfrutaban de cosa juzgada material y sí sólo de simple eficacia preclusiva (Fix, núm. 27; Carreras habla, a tal fin, de cosa juzgada formal: núm. cit.). Baur destaca que la vida de una decisión de jurisdicción voluntaria no es “eterna”, puesto que en ocasiones está prefijada por el derecho material (caso, verbigracia, del menor tutelado que llegue a la mayor edad), y, además, a diferencia del proceso civil, en que rige la irreformabilidad, las resoluciones honorarias son modificables (núm. 13). La variabilidad de dichas providencias, con señalamiento de las cuatro causas a que puede obedecer, la proclama también Gelsi Bidart (núms. 37 y 38), así como Van Reepinghen y Krings (núms. 101 y 102), en el extremo opuesto al de Jodlowski, cuando la supeditan a la ausencia de cosa juzgada, que permite a quien no haya obtenido satisfacción renovar su solicitud ante el propio o distinto juez, ya sea de la misma

o de diferente jurisdicción, sin perjuicio de que el juzgador pueda retractarla por su cuenta, y también anular un acta por vicios de forma o abuso de poder. Para Triva, por último, tanto en un proceso contencioso como en uno voluntario existe la oportunidad de un nuevo juicio, siempre que se produzcan hechos sobrevenidos, porque al faltar entonces la identidad de los hechos, no se chocaría con el *ne bis in idem* (núm. 91).

143) ¿A qué se debe esa mayor o menor facilidad con que pueden ser modificadas las resoluciones de jurisdicción voluntaria? Según Vocino, a su estructura comúnmente unilateral, que se presta a su continua renovación, al desenvolverse en interés de un solo sujeto o de varios concurrentes, pero no en pugna (núm. 111). ¿Y cómo opera esa revocabilidad? También de acuerdo con Vocino, *ex nunc* cuando obedezca a cambio en las circunstancias o a inoportunidad sobrevenida y *ex tunc* si responde a ilegitimidad, incluida en ella la inoportunidad originaria (núm. 111).

144) Por nuestro lado, creemos que la modificabilidad no significa posibilidades ilimitadas de revocación o de reforma, y que a consecuencia de ese efecto análogo a la cosa juzgada formal que entraría en juego respecto de las decisiones honorarias (*supra*, núm. 136), éstas gozan de una cierta estabilidad, que se da también en la esfera administrativa (a la que, según muchos, pertenecería la jurisdicción voluntaria), no obstante la gravitación que en ella ejerce el principio de discrecionalidad.¹²⁹ Pensamos también, de conformidad con la observación de Triva antes recogida (*supra*, núm. 142), que muchas veces las posibilidades de cambio en jurisdicción voluntaria concuerdan con las que autorizarían un nuevo juicio en la esfera contenciosa, o sea la superveniencia de hechos, no amparados por el *ne bis in idem*. Es indudable, además, que si el ausente se presenta, el presunto muerto da señales de vida o el declarado incapaz recupera la salud mental, etc., en todos estos casos y en otros semejantes la rectificación necesaria se traducirá en un nuevo procedimiento o, por lo menos, en un nuevo pronunciamiento de signo contrario y basado en hechos distintos y hasta diametralmente opuestos a los que originaron el primero.

145) Un aspecto que sólo uno de los ponentes ha abordado es el de la *ejecución de decisiones extranjeras de jurisdicción voluntaria*: Kralik, que es a quien aludimos, opina que en Austria únicamente podrán cumplimentarse, cuando satisfagan los requisitos de los párrafos 79 y siguientes de la *Exekutionsordnung*.^{180, 181.}

¹²⁹ Más aún: la noción de cosa juzgada (en alemán, *Rechtskraft*, o sea fuerza jurídica) ha sido referida por la doctrina germánica (desde BERNATZIK a MERKL) al campo de los actos administrativos y fue trasplantada a Italia, durante los años que en ella residió como emigrado, por HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata* (Padova, 1937), pp. 4-5. Para la crítica de semejante tesis, véase LIEBMAN, *Efficacia*, cit., pp. 105-9.

¹⁸⁰ Entre otros trabajos dedicados al estudio de las decisiones extranjeras de jurisdic-

ción voluntaria, recordaremos, por orden alfabético de autores, los siguientes: a) BASSANO, *Sul riconoscimento dei provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione* (en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1934, II, pp. 205-20); b) BISCOTTINI, *I provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione e la loro efficacia in Italia* (en "Jus", 1956, pp. 244-52); c) KRÖNIG, *Die internationalprivatrechtliche Zuständigkeit in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit* (Hamburg, 1936); d) LIOTTA, *La giurisdizione volontaria nel diritto internazionale privato* (en "Circolo Giuridico", 1905, pp. 160 y ss. y 245 y ss., y 1906, pp. 11 y ss.); e) MONACO, *L'efficacia in Italia dei provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria* (en "Annali di diritto internazionale", 1939, pp. 53 y ss.); f) MORELLI, *I provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria ed il giudizio di deliberazione* (en "Il Foro Italiano", 1933, I, c. 894 y ss.); g) PAVANINI, *Limiti della giurisdizione italiana nei procedimenti di giurisdizione volontaria* (en "Studi Redenti", vol. II, pp. 127-70, y en "Riv. Dir. Proc.", 1949, I, pp. 175-218); h) PAVANINI, *Problemi di diritto internazionale in ordine ai procedimenti di giurisdizione volontaria* (en "Atti Congresso Dir. Proc. Civ.", cit., pp. 331-7); i) RAGGI, *L'efficacia degli atti stranieri di volontaria giurisdizione* (Milano, 1941); j) REICHEL, *Die Anerkennung ausländischer Staatsakte der Freiwilligen Gerichtsbarkeit* (Göttingen, 1931); k) SERENI, *Il giudizio di deliberazione e i provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria* (en "Riv. di Dir. Internaz", 1932, pp. 509 y ss.); l) SPERDUTI, *Funzione delle norme di diritto internazionale privato e rilevanza interna degli atti stranieri d'amministrazione pubblica del diritto privato* (en "Riv. Dir. Proc.", 1951, I, pp. 213-52); m) SWOBODA, *Das internationale Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (München, 1934); n) WAHL, *Zum internationalen Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Personen-und Familiensachen* (en "Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht", 1936, pp. 40 y ss.).

¹³¹ *Addenda a diferentes notas:* (5) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Ley de organización judicial y código de procedimiento civil de la Ciudad del Vaticano*, en «Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México», núm. 2, mayo-agosto de 1948, pp. 27-37; IDEM, *Código modelo y modelo de códigos: el de procedimiento civil para la Ciudad del Vaticano* (Santiago de Chile, 1965).— (7) Véase asimismo, de FAIRÉN GUILLÉN, en italiano, *Il centenario del primo codice spagnolo di procedura civile*, en «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1956, pp. 214-24.— (19) Añadamos, en México, BRISEÑO SIERRA, *El reingreso de la jurisdicción voluntaria en la vía administrativa*, en «Revista de la Facultad de Derecho de México», 1962, pp. 43-66.— (20) Acerca del procesalismo francés, y aparte la severa apreciación de CARNELUTTI, en *Scuola italiana del diritto* (en «Rivista di diritto processuale civile», 1936, I, pp. 4-5), consúltese últimamente BRUNS, *Rechtsvergleichende Bemerkungen zu neuen Lehrsystemen des Zivilprozessrechts*, en «Juristenzeitung», 1946, pp. 542-6 (traducido en «Bol. Inst. Der. Comp. Méx.», cit., 1964, pp. 609-620), en relación con el *Droit judiciaire privé* (París, 1961) de SOLUS y PERROT, así como los datos que estampamos en la nota a de nuestras *Aclaraciones y complementos al artículo del profesor Bruns* (en «Boletín» cit., pp. 620-6).— (43) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Prueba anticipada y prueba retardada en el derecho español*, en «Estudios de Derecho Probatorio» (Concepción, 1965), pp. 183-6.— (68) Véase, además, nuestra amplia reseña del artículo de ALLORIO, en el «Boletín Bibliográfico de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público», núm. 104 (México, 1º de marzo de 1957).— (70) Agreguemos: FAIRÉN GUILLÉN, *Reducción y simplificación de los tipos procesales*, en «Revista de Derecho Procesal» española, 1954, pp. 145-76, y TOMÉ PAULE, *Consideraciones sobre la necesidad de la reforma procedimental y orgánica en España*, en rev. cit., 1962, pp. 33-63.— (112) Una posibilidad similar a la contemplada por TEJA OLIVEROS en México había sido tenida antes en cuenta por MACHADO GUIMARÃES en *A ação declaratória na jurisprudência dos tribunais*, en «Revista Forense» (Río de Janeiro), enero de 1945, pp. 1-15.