

# TERCERA PARTE

## Los presupuestos procesales.

### LIBRO PRIMERO

#### Órganos del Estado en el proceso.

### CAPÍTULO PRIMERO

#### La jurisdicción (1).

#### § 13

#### Concepto y límites de la jurisdicción (1)

I. *Concepto*.—Cuanto llevamos dicho hasta aquí acerca del destino del proceso nos permite comprender mejor y definir en sí misma la función pública que en él se desarrolla: la *jurisdicción* (§ 2).

La soberanía es el poder inherente al Estado, o sea a la organización de todos los ciudadanos para fines de interés general.

(1) Véase § 3.

(2) BETHMANN - HOLLWEG, *Röm. Civilprozess.*, § 71; WETZELL, *System*, pág. 514; WLASSAC, en Pauly Wissowa, voz *Cognitio*; sobre el *ius dicere* BEKKER, en la *Rivista della Fondazione Savigny*, 1906, parte romanista, págs. 1 y sigs.; GILLOT, *De jurisdictione et imperio*, París, 1538; ANSALDO, *De jurisdictione*, 1643; HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire*, cap. VI; KAEMPFE, *Die Begriffe der Jurisdiction*, 1876; DUGUIT, *L'acte administratif et l'acte juridictionnel*, en la *Revue du Droit Public.*, 1906, pág. 413; PISANELLI, MANCINI y SCIALOJA, vol., I, parte primera; PALMA, *Diritto costituzionale*, vol. II, sec. 2.<sup>a</sup>, cap. VIII; MORTARA,

Pero este poder único comprende tres grandes funciones: *legislativa, gubernativa (o administrativa) y jurisdiccional*.

Todas se refieren al Estado: en particular emana exclusivamente del Estado la jurisdicción. Ya no se admite hoy que personas o instituciones diferentes del Estado constituyan jueces, como ocurría en otras civilizaciones, particularmente en favor de la Iglesia, cuyos jueces pronunciaban sobre muchas materias (especialmente en las relaciones entre eclesiásticos), incluso con efectos civiles. El principio contenido en la Constitución (art. 68): *la justicia emana del Rey y es administrada en su nombre por los jueces que Él instituye*, no significa precisamente sino la exclusiva pertenencia de la jurisdicción a la soberanía del Estado (residiendo en el Estado soberanía y jurisdicción (1)).

---

*Commentario*, I; ORLANDO en el *Trattato di Dir. amm. ital.*, vol. III; CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giust. amm.*, I, págs. 94 y siguientes; VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti cittadini verso l'autorità amministrativa*, en el *Trattato* de ORLANDO; SCIALOJA V., *Sulla funzione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, en la *Giustizia amministrativa*, 1901, parte cuarta, pág. 61; SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, § 14; CHIOVENDA, *L'azione*, págs. 26 y sigs., en nota; CALDA *I concetti di giurisdizione e d'azione*, 1910; BRUSA C. F., *Azioni commerciali*, en el *Commentario al Cod. di Comm.* de Vallardi, págs. 21 y siguientes; LONGHI S., *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, 1911, págs. 476 y sigs.; GRISPIONI, *La natura giuridica dei provvedimenti relativi alle persone penalmente irresponsabili*, en la *Riv. di Dir. e Proc. Pen.*, 1911; CARUSO-INGHILLERI D., *Il contenzioso d'annullamento degli atti amministrativi*, en la *Riv. di Dir. Pubbl.*, 1911, I, págs. 516 y siguientes; WACH, *Handbuch*, I, págs. 47 y sigs.; 314, 321 y sigs.; BERNATZIR, *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft (jurisdicción y cosa juzgada sustancial)*, págs. 1 y sigs.; LABAND, *Staatsrecht* (4.<sup>a</sup> ed.), II, págs. 160 y sigs.; MAYER O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, §§ 7, 8, 12 y sigs.; BAHR, *Lo Stato secondo il diritto*, trad. it. de OLIVIERI (Bibliot. de ciencias políticas, serie 1.<sup>a</sup>, vol. VII), § 17, FISCHER, *Die Verfassung Englands (La constitución de Inglaterra)*, libro 5.<sup>o</sup>; DE FRANQUEVILLE, *Le système judiciaire de la Grande Bretagne*, vol. I, pág. 7 y sigs.

(1) Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, art. 3.<sup>o</sup> Ley Napolitana abolutiva del feudalismo, 2 Ag. 1806: «Todas las jurisdicciones hasta ahora baronales, y cualesquiera rentas que hayan sido anexas a ellas, quedan reintegradas a la soberanía, de la cual serán inseparables.»

En los Estados confederados, puede haber jueces de los Estados particulares y jueces de la Confederación: Por ej.: en Alemania y en Suiza los Estados particulares constituyen y proveen los jueces de los Tribunales inferiores, el Imperio y la Confederación, los del Tribunal Supremo (*Reichsgericht, Bundesgericht*). Pero como los particulares Estados pertenecen a un todo único cuya soberanía es superior a las soberanías particulares, los diversos jueces considéranse pertenecientes a un Estado único: p. ej.: a los efectos de la ejecución recíproca de sus sentencias (1).

Entre las tres funciones de la soberanía observamos una separación conceptual más o menos clara, pero frecuentemente difícil de determinar. Si la contraposición es bastante sencilla entre función legislativa y jurisdiccional, porque corresponde a aquélla *poner* las normas reguladoras de la actividad de los ciudadanos y de los órganos públicos (§ 1), y a ésta *actuarlas* (§ 2), es menos fácil definir la diferencia entre administración y jurisdicción de manera que sea adaptable a todos los casos, porque también la administración puede contraponerse a la legislación como actuación de ley.

Examinando la diferencia de las *funciones*, no se puede, sin petición de principio, resolver la cuestión mirando a los *órganos* que de ellas están investidos. Cierto, como veremos, que habitualmente las dos funciones están confiadas a órganos diversos, pero no siempre: hay órganos jurisdiccionales con funciones administrativas (jurisdicción voluntaria) y órganos administrativos con función jurisdiccional (p. ej.: el ministro, en cuestiones de quintas y de Aduanas). Y la importancia práctica de la cuestión consiste frecuentemente en determinar si un funcionario tiene función

---

(1) Según el § 161 de la ley de Organización judicial alemana, las sentencias de un Estado son ejecutorias sin más requisitos en los demás Estados del Imperio. Conforme la Constitución Federal Suiza, art. 61, las sentencias dadas en un cantón deben tener ejecución en toda Suiza; pero las particulares leyes cantonales difieren en cuanto a la necesidad de una especial otorgación de la ejecutoriedad que algunas requieren] (ej.: Ginebra, 1891, art. 479; Vaud, 1869, art. 519, y ley 16 Mayo 1891, 6 Sep. 1900; Friburgo, 1849, art. 653; Grisones, 1871, art. 305); otras no (ej.: Argovia, 1900, § 378; Berna, 1883, § 388; Lucerna, 1895, § 330; Zurich, 1874, § 751, pero dejando a salvo alguna la cuestión de competencia y otras).

jurisdiccional, aunque orgánicamente pertenezca a la administración (1).

Tampoco las *garantías exteriores* de la función (independencia del funcionario, formas procesales, contradictorio, discusión) pertenecen a la esencia de la jurisdicción, porque puede tenerse una jurisdicción que carezca de ellas, y viceversa: actos administrativos rodeados de iguales garantías.

Así también deben rechazarse las definiciones de la jurisdicción que se funden en los modos de entender el destino del proceso que antes llamamos unilaterales (§ 2).

Mas generalmente suele decirse que el acto jurisdiccional, presupone siempre relaciones jurídicas ya existentes y se propone la reintegración de derechos subjetivos lesionados, mientras que el acto administrativo, debiendo proveer a la consecución de una de las variadísimas utilidades económicas y morales de orden colectivo, tiende ordinariamente a regular las relaciones de hecho conforme a esta utilidad general. Dedúcese de aquí que el juez sigue necesariamente un puro procedimiento lógico, consistente en la aplicación de una precisa norma de ley al caso concreto: por el contrario, la administración hace todo lo que cree conforme al interés público (poder discrecional). Dedúcese también que la actividad del juez es siempre una actividad imparcial, mientras que la actividad administrativa está siempre inspirada por la consideración *unilateral* del interés público.

Esto corresponde a lo que ocurre en el mayor número de los casos, pero no es rigurosamente exacto. Por una parte también el administrador puede tener delante una norma precisa de ley que aplicar; por otra, también el juez puede tener poderes discrecionales (Cód. Civ., arts. 544 y 578, Cód. Proc. Civ., art. 363); ni debe creerse que el administrador tenga una absoluta *libertad de obrar*, en el sentido ilimitado de la palabra, ya que está siempre *obligado* a hacer *lo que le parezca conforme a la utilidad del Estado*: en esta libertad intelectual de apreciación consiste el

---

(1) La cuestión se ha agitado mucho en Italia, particularmente desde el año 1890, para establecer la naturaleza de la función, de la Sección IV del Consejo de Estado (§§ 16-17). La ley 7 Marzo 1907 ha puesto término a la discusión acerca de este punto, reconociendo a la IV Sección del Consejo de Estado (además de la V) carácter jurisdiccional.

nión dominante (1). Nosotros, al contrario, nos hemos adherido a él (2), pero nos ha parecido que el concepto merecía ser mejor determinado (3), puesto que, verdaderamente, tanto el acto de voluntad como el juicio lógico, considerados *en sí mismos*, sólo pueden tener un valor constante y único.

Nos parece que la característica de la función jurisdiccional es la *sustitución* de una actividad pública a una actividad ajena. Esta sustitución tiene lugar de dos maneras correspondientes a los dos

---

(1) En las *Lezioni di diritto giudiziario*, cit. 1902, 1903, Roma, lit., páginas 119 y sigs. Las consideraciones de SIMONCELLI pueden resumirse en estas tres proposiciones:

1.<sup>a</sup> «El acto jurisdiccional y el acto administrativo difieren por el *fin*, que en el primero es predominantemente la utilidad privada, y en el segundo la utilidad pública.» Pero en la jurisdicción penal, ¿no prevalece la utilidad pública?»

2.<sup>a</sup> «Difieren por los *medios*, en cuanto se fundan ambos en un silogismo; pero la premisa mayor del silogismo, que es base del acto jurisdiccional, es una norma de ley, mientras la mayor del silogismo, que es base del acto administrativo, es dada por el fin y por la utilidad del Estado, valuada en el caso concreto por la voluntad libre del administrador.» Acerca de esto, sirva cuanto dijimos antes.

3.<sup>a</sup> «Difieren por los *efectos*, porque el acto jurisdiccional regularmente no produce efecto más que entre las partes litigantes (incluso en los casos del art. 544 y 578 Cód. Civ.), mientras que el acto administrativo actúa la utilidad de todos, y refiérese a todos los ciudadanos interesados». Pero —aparte de las objeciones que se pueden hacer a este modo de entender la cosa juzgada (§ 80)—, esta diferencia no se refiere a la naturaleza de las funciones, sino a la esfera en que habitualmente se desarrollan, para la una privada, para la otra pública. Además, una decisión jurisdiccional que anulase (y, a veces, también confirmase) un acto administrativo, tendría la misma extensión que éste.

(2) *Azione*, cit. pág. 34, nota.

(3) Hemos tratado de hacerlo ampliamente en nuestro curso de Derecho Procesal (1903-1904) en Bolonia, litogr. págs. 134 y sigs.); más brevemente en nuestro estudio *Cosa giudicata en competenza e los Scritti giuridici*, en honor de CARLOS FADDA, vol. II, 1906, reprod. después en los *Nuovi saggi di Dir. proc. civ.*, 1912, págs. 67 y sigs. Cuanto decimos en el texto no es sino la repetición de lo que dictamos y escribimos entonces. Conceptos afines vense también en ROCCO, *Sentenza civile*, 1906, pá-

hecha antes (§ § 2, 4 y 6) o sea que la sentencia es esencialmente formulación *de la voluntad del Estado* respecto de la cual el razonamiento tiene oficio meramente preparatorio.

Nótese que a veces la administración juzga de la actividad propia pero en vista de una actividad ajena, y viceversa cuando el juez pronuncia un juicio acerca de la actividad ajena juzga al mismo tiempo de lo que él mismo debe hacer: juzga si tiene la obligación de proveer en el fondo (por ejemplo si es competente) y juzga de lo que debe hacer para sustituir la actividad ajena, corregirla o repararla. Pero en la administración predomina el juicio sobre la actividad propia y en el juez el juicio sobre la actividad ajena (1).

Así puede hablarse de una diversa *acentuación*. El juicio correspondiente sobre la actividad ajena en el administrador no es sino una de las determinantes de la voluntad y de la actividad administrativa, y por lo mismo meramente ocasional, superficial y provisional: mientras que en el juez es un juicio reflejo, especial del cual la actividad posterior del juez no es sino la consecuencia (2).

---

(1) Ya observamos (§ 3) e insistiremos más adelante que el juicio que el juez emite sobre la propia actividad (por ejemplo: sobre la competencia no tiene la misma naturaleza e importancia que el juicio sobre el fondo.

(2) Ciertamente es fácil aquí recaer en lo indeterminado especialmente en el campo de la tutela cautelar o preventiva del derecho. El pretor que ordena un embargo o provee contra un daño temido u obra nueva, aparenta desarrollar una actividad semejante intrínsecamente a la del agente de la fuerza pública que impide robar a un ladrón o a la del alcalde que ordena el derribo de una casa ruinoso y obliga al propietario a hacer las reparaciones con amenaza de realizarlas de oficio. También es posible una distinción en estos casos.

El agente de la fuerza pública tiene por misión defender el orden público; por lo mismo no juzga el acto del ladrón que intenta robar, para establecer si verdaderamente se trata de una tentativa de hurto, sino sólo para determinarse a intervenir impidiendo el hurto que cree inminente. Corresponderá al juez penal establecer si se trataba propiamente de una tentativa de hurto y, caso afirmativo, castigarlo: El alcalde tiene por misión tutelar la seguridad de los inquilinos, de los transeúntes, de los propietarios próximos, contra las casas que amenazan peligro e impedir el

Hay, pues, una fundamental diferencia entre las decisiones meramente administrativas y las jurisdiccionales; entre el *recurso jerárquico* y la *acción*. La decisión administrativa puede devenir definitiva porque no haya un superior a quien recurrir o porque no se recurra dentro del término establecido; pero siendo una declaración de lo que la administración cree que debe hacer en cuanto *se considere* o no obligada a hacer, es por su naturaleza *revocable* a no ser que haya dado origen a derechos ajenos (1). Una deuda puede derivarse de un acto administrativo irrevocable, pero este acto no afirma la existencia de la deuda anterior al acto mismo, ni que la administración tuviese derecho de constituirlo, sino que la decisión jurisdiccional afirma la preexistente voluntad de la ley de que la prestación se realice o el derecho a la prestación se constituya, produce la cosa juzgada, es irrevocable, frente a las partes y al juez (2). Por lo demás, en cuanto a su funcionamiento interno, la jerarquía administrativa y la jurisdiccional actúan de la misma manera. El superior no tanto juzga de la actividad del inferior como de la actividad debida por la administración por la cual él mismo obra. El juez de apelación no juzga la actividad del juez de primer grado, sino la misma actividad de la parte, de la que ha juzgado el primer juez. Acerca de la función de la casación véase § 20, II.

Pero de cuanto se ha dicho dedúcese que puede muy bien concebirse una jurisdicción basada en actos administrativos. Tiénese ésta cuando existe una verdadera *sustitución* de órganos del

---

deslucimiento que ocasiona a la ciudad una ruina. Por eso juzga el peligro, no tanto para establecer si el propietario está o no obligado a reparar su casa, como para saber si a él le corresponde impedir, en interés público, una ruina que verdaderamente amenaza.

Por el contrario el juicio del pretor, aunque provisional, refiérese en primer término a la actividad debida por otros, a lo que otros deben hacer o no hacer.

(1) FORTI, *La revocabilità dei decreti emessi su ricorso gerarchico* en el *Foro Ital.* 1907, III, pág. 48; CAMMEO, *Comment.* págs. 176, 177.

(2) La cosa juzgada es *efecto* característico y exclusivo de la decisión jurisdiccional, pero es preciso prescindir de esto cuando se busca *la esencia* de la jurisdicción, si no se quiere caer en un círculo vicioso. LONGHI, *Repressione e prevenzione*, cit. pág. 749.

Estado a órganos del Estado, al afirmar la existencia o inexistencia de una voluntad de ley o al cumplirla, de manera que unos juzguen la actividad debida por los otros, obren en lugar de los otros. Es difícil determinar en la práctica cuando se da esta sustitución; y para señalar la intención de la ley podrán aprovecharse y ayudar incluso aquellos criterios que antes hemos visto que eran inadecuados para significar la *esencia* de la jurisdicción, como la posición del órgano juzgador y las formas y garantías de procedimiento; ayudará sobre todo la naturaleza de la cuestión, porque si de la ley resulta que se ha querido conceder una verdadera acción, debe corresponder a ésta la existencia de una jurisdicción (1).

En vista de esto, podemos decir que: *la jurisdicción consiste en la actuación de la ley mediante la sustitución de la actividad de órganos públicos a la actividad ajena*, ya sea afirmando la existencia de una voluntad de ley, ya poniéndola posteriormente en práctica (2).

---

(1) Cuando el órgano juzgador sea un órgano indudablemente administrativo, la cuestión es aún más grave (por ejemplo decisiones de los ministros en materia de quintas y de aduanas). En estos casos debe tenerse en cuenta también la naturaleza de los órganos que han pronunciado en primera instancia: si estos son jurisdiccionales también en segunda instancia se trata de jurisdicción.

No es necesario poner de manifiesto la importancia práctica que tiene considerar una decisión como administrativa o como jurisdiccional: ya sea por los efectos diferentes de cada una, ya por las diversas normas que rigen su impugnación.

(2) GALANTE, *Lezioni di diritto processuale civile*, 2.<sup>a</sup> ed. pág. 263, declarando seguir nuestro concepto de jurisdicción termina luego por confundirlo con el de MORTARA que es muy diferente. También MORTARA, *Principii di proc. civ.* pág. 25 ha hablado de *sustitución*, pero en un sentido opuesto al nuestro o sea en el sentido de que el magistrado sustituye la falta de consentimiento del ciudadano pronunciando «un consentimiento forzoso *en lugar y nombre* del ciudadano reacio». Además de esto MORTARA excluye de la jurisdicción gran parte de las actividades ejecutivas y ve en la ejecución ejercicio de función jurisdiccional en tanto en cuanto está llamada a «*constreñir al particular a emplear* para el cumplimiento (de sus obligaciones) una cantidad de bienes genéricos de valor adecuado o los particulares bienes designados al fin especialmente por la ley o por el contrato» (*Comment.* I, 4.<sup>a</sup> ed. núm. 162 al final).

II. *Limites, jurisdicción y ejecución* (1). Según esta definición también la ejecución forzosa es jurisdicción, puesto que en ella precisamente se da la actuación de la ley mediante una sustitución de actividad. Por consecuencia los órganos ejecutivos son órganos jurisdiccionales en cuanto sean autónomos en su oficio, comprendidos también los órganos judiciales (ujieres), que el artículo 41 Código procesal civ. hace autónomos frente a los jueces.

Es preciso ligar la ejecución con el objeto final del proceso. No solamente cuando en el curso de la ejecución surgen discusiones que es preciso resolver, sobre la existencia de la acción ejecutiva o sobre las particulares medidas ejecutivas, se tiene jurisdicción, sino que la aplicación misma de las medidas ejecutivas es jurisdicción porque se dirige a la actuación de la ley. La aplicación de estas medidas hállase repartida entre el juez y el ujier: hay procedimientos ejecutivos que se desarrollan únicamente por obra del ujier, sin intervención de juez (Cód. proc. civ. art. 643): en esto la actividad del juez y del ujier son evidentemente idénticas, tanto una como otra son actuación autoritaria de la ley y si hay diferencia entre las dos es diferencia cuantitativa, no cualitativa, porque el juez tiene funciones más difíciles e importantes, el ujier más simples y mecánicas.

En cambio en la doctrina italiana domina la opinión de que la ejecución es mero ejercicio de imperio, es función administrativa y que la jurisdicción se limita al conocimiento y se agota con la sentencia. Se comprende esto dado el concepto de jurisdicción, aún muy generalizado (definición de controversias). Pero no es necesario tratar de justificar este concepto con ideas romanas conexas a la particular organización de los romanos (2). Sólo en el derecho común se ha desarrollado el principio: *jurisdictio in sola notione consistit*, aceptado después por la doctrina italiana y francesa. No debemos hoy contraponer *imperio* y *jurisdicción*, como cosas cualitativamente diversas, ya que la jurisdicción no es sino

---

(1) Véase CHIOVENDA, *L'azione*, pág. 26 y sigs. y los autores allí citados.

(2) Véase CHIOVENDA, *L'azione*, pág. 30 y los allí citados. Acerca del concepto originario del *jus dicere*, véanse las observaciones de BEKKER en la *Riv. della fondazione Savigny*, parte romanista, 1906, pág. 1 y sigs.

un complejo de actos de imperio agrupados para un cierto fin que lo caracteriza.

En Alemania es tradicional la doctrina de que la ejecución es jurisdicción (1). Por esto, cuando se trató de acoger el principio francés de la autonomía de los ujieres, muchos lo combatieron como puerta abierta a la «justicia de gabinete», dadas las pocas garantías de independencia de los ujieres (2). Acogido aquel principio, la doctrina dominante atribuye al ujier carácter jurisdiccional (3).

Mas adelante (§ 18 y sigs.), veremos cuales son las diversas funciones que integran el contenido de la jurisdicción, y a que órganos están confiadas.

De cuanto hemos dicho hasta aquí, resulta que *jurisdicción* y *proceso* son conceptos correlativos ya que este es el campo en que aquella se desarrolla. Pero no toda persona pública que interviene en el proceso es órgano jurisdiccional (§ 24), ni siquiera todo acto de ejecución de una declaración procesal es jurisdicción (véase § 10).

III. *Extensión de la jurisdicción.*—Como función de soberanía la jurisdicción llega a donde llega la soberanía. Pero como la jurisdicción es actuación de la ley, no puede haber *sumisión a la jurisdicción*, sino donde pueda haber sumisión a la ley: y viceversa *de ordinario*, donde hay sumisión a la ley hay sumisión a la jurisdicción. De aquí que el mismo Rey en cuanto está sometido a la ley civil (Estatuto, art. 20), está sometido a la jurisdicción civil, salvo la representación especial suya, atribuída al Ministerio de la Real Casa, (Cód. proc. civ. art. 138) (4).

---

(1) Véase KAEMPFE, *Die Begriffe der Jurisdictio* (El concepto de la jurisdicción), 1876, pág. 237.

(2) Véase WIEDING, *Der justinianische Libellprocess*, 1865, pág. 27 y sigs.

(3) WACH, págs. 314, 321 y sigs.; SCHMIDT, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 201, 202; en contra PLANCK, *Lehrbuch*, II, pág. 261.

(4) Esto no es propio del derecho moderno. Vemos por ej. al rey de Francia citado por cuestiones particulares ante el Parlamento y sometido a sus sentencias hasta el punto de sufrir la ejecución forzosa patrimonial. Véase GLASSON, *Le roi grand justicier*, en la *Nouvelle Revue historique*, 1902, pág. 717.

Este paralelismo entre legislación y jurisdicción, dentro de los límites territoriales de la soberanía, no desaparece cuando aparentemente en los juicios del interior se aplica la ley extranjera: en realidad, el juez italiano aplica siempre la ley italiana. Todo Estado debe reconocer a los demás Estados como soberanos dentro de los límites de sus respectivos territorios; en cumplimiento de este deber genérico internacional, todo Estado civilizado aunque en medida diferente, reconoce la actividad realizada por los demás Estados en el ejercicio de su soberanía, sin detrimento de la propia. En cuanto a la actividad *legislativa*, las normas preliminares del Cód. civ. arts. 6 y 12, señalan los límites dentro de los cuales el legislador italiano *reconoce* el derecho extranjero como norma de relaciones que interesan tanto a los extranjeros como a los nacionales. En virtud de estas *normas de aplicación*, el juez aplica derecho extranjero pero como derecho *nacionalizado* y no como derecho extranjero: el reconocimiento del derecho extranjero, consiste en que estas normas abstractas de *aplicación*, hagan posible un número indeterminado de voluntades concretas de la ley interior, las cuales asumen su contenido del derecho extranjero, pero la voluntad que el juez actúa, sólo puede ser voluntad del Estado del cual es órgano (§ 3). En cuanto a los nacionales, la voluntad de la ley extranjera deviene en concreto voluntad de la ley interior por el solo hecho de entrar aquellos en relaciones, que según la ley interior, están reguladas por la extranjera. Pero aún cuando se habla de extensión de la jurisdicción *a los extranjeros* debe tenerse en cuenta que ésta no es sino la consecuencia de la existencia *en el Estado* de una ley que obliga a los extranjeros: que el legislador puede obtener de dos maneras, dictando normas que obligan *también* a los extranjeros (p. ej., relativas a bienes inmuebles), o haciendo propia la ley extranjera y garantizando su aplicación en el Estado. A esto provee en abstracto el Código civ. (art. 6 y sigs. disps. prels.); el Cód. de proc. determina las circunstancias por las cuales se da *en concreto* la asunción de la ley extranjera a ley del Estado respecto del demandado extranjero (obligaciones nacidas en el Reino, reciprocidad, residencia en el Reino, etc. arts. 105 y 106).

La persona del extranjero, como tal, no goza por lo tanto, de ninguna *exención* de la jurisdicción.

Por una costumbre nacida de consideraciones internacionales

están considerados *exentos* de la jurisdicción del Estado, los Estados extranjeros, los jefes de los Estados extranjeros, los agentes diplomáticos y sus familias, (y en virtud de tratado, los miembros de los tribunales arbitrales internacionales en el ejercicio de sus funciones), salvo para algunas relaciones privadas, como las acciones sobre bienes inmuebles situados en el Estado. Puede suceder, pues, que se tenga una voluntad del Estado para actuar, pero no el poder de pedir su actuación: ésta sólo podrá pedirse ante los tribunales del Estado extranjero, en cuanto las leyes de éste se presten a asumir como propia aquella voluntad (1).

*Falta de jurisdicción* puede significar, pues, varias cosas.

1.º Falta de poder jurisdiccional en un cierto órgano respecto de otros órganos del mismo Estado.

2.º Falta de poder *en todos los órganos* de un Estado por defecto de una voluntad de ley para actuar.

3.º Falta de poder *en todos los órganos* de un Estado, en virtud de la exención de que goza el demandado.

Quien goza de la exención como demandado *puede renunciar*

---

(1) Para un análisis preciso y riguroso acerca de la naturaleza jurídica de la exención de los Estados. (sumisión potencial de todos los Estados el uno a la jurisdicción del otro, pero exención concedida en virtud de una norma de derecho internacional, determinada por razones de conveniencia, por la cual los estados están recíprocamente autorizados a exigirla y obligados a concederla), véase ANGILOTTI, *L'esecuzione degli Stati stranieri dalla giurisdizione*, en la *Riv. di dir. internaz.*, 1910, pág. 476 y sigs., siguiendo el cual he modificado el texto. Para los límites: la misma obra, núm. 11; TOSI-BELLUCCI, *Le azione giudiziarie contro gli Stati stranieri*, Turin, 1909. Para la inmunidad diplomática: PISANELLI, *Commentario*, I, pág. 257 y sigs.; RICCI A., *Agenti diplomatici*, en el *Dizionario pratico di diritto privato* dirigido por V. SCIALOJA; FIORE, *Agenti diplomatici*, en el *Digesto italiano*; DIENA, *Principii di diritto internazionale*, Nápoles 1908, I, § 54, TOSI BELLUCCI, *Immunità diplomatiche*, en el *Archivio giuridico*, IX. Para los miembros de los tribunales arbitrales internacionales, véase el art. 24, Convención de la Haya, 29 Jul. 1899, para la regulación pacífica de los conflictos internacionales (ley 28 Diciembre 1902), correspondiente al art. 46 de la nueva Convención (8 Octubre 1907).

están considerados *exentos* de la jurisdicción del Estado, los Estados extranjeros, los jefes de los Estados extranjeros, los agentes diplomáticos y sus familias, (y en virtud de tratado, los miembros de los tribunales arbitrales internacionales en el ejercicio de sus funciones), salvo para algunas relaciones privadas, como las acciones sobre bienes inmuebles situados en el Estado. Puede suceder, pues, que se tenga una voluntad del Estado para actuar, pero no el poder de pedir su actuación: ésta sólo podrá pedirse ante los tribunales del Estado extranjero, en cuanto las leyes de éste se presten a asumir como propia aquella voluntad (1).

*Falta de jurisdicción* puede significar, pues, varias cosas.

1.º Falta de poder jurisdiccional en un cierto órgano respecto de otros órganos del mismo Estado.

2.º Falta de poder *en todos los órganos* de un Estado por defecto de una voluntad de ley para actuar.

3.ª Falta de poder *en todos los órganos* de un Estado, en virtud de la exención de que goza el demandado.

Quien goza de la exención como demandado *puede renunciar*

---

(1) Para un análisis preciso y riguroso acerca de la naturaleza jurídica de la exención de los Estados, (sumisión potencial de todos los Estados el uno a la jurisdicción del otro, pero exención concedida en virtud de una norma de derecho internacional, determinada por razones de conveniencia, por la cual los estados están recíprocamente autorizados a exigirla y obligados a concederla), véase ANGILOTTI, *L'esecuzione degli Stati stranieri dalla giurisdizione*, en la *Riv. di dir. internaz.*, 1910, pág. 476 y sigs., siguiendo el cual he modificado el texto. Para los límites: la misma obra, núm. 11; TOSI-BELLUCCI, *Le azione giudiziarie contro gli Stati stranieri*, Turin, 1909. Para la inmunidad diplomática: PISANELLI, *Commentario*, I, pág. 257 y sigs.; RICCI A., *Agenti diplomatici*, en el *Dizionario pratico di diritto privato* dirigido por V. SCIALOJA; FIORE, *Agenti diplomatici*, en el *Digesto italiano*; DIENA, *Principii di diritto internazionale*, Nápoles 1908, I, § 54, TOSI BELLUCCI, *Immunità diplomatiche*, en el *Archivio giuridico*, IX. Para los miembros de los tribunales arbitrales internacionales, véase el art. 24, Convención de la Haya, 29 Jul. 1899, para la regulación pacífica de los conflictos internacionales (ley 28 Diciembre 1902), correspondiente al art. 46 de la nueva Convención (8 Octubre 1907).

*a ella*: en todo caso puede presentarse a los Tribunales como actor.

En cuanto a la actividad *jurisdiccional* de los demás Estados, como no es más que la especificación legislativa en el caso concreto (*lex specialis*), nuestra ley con rigor lógico la trata y la reconoce como la legislativa (1). Como en el Cód. Civ. los arts. 6

---

(1) Véase ANZILOTTI, *Il riconoscimento della sentenza straniera di divorzio*, cit., OTTOLENGHI, *Gli atti della legislazione straniera e la loro efficacia in Italia*, en la *Riv. di Dir. Civ.*, 1901.

Mientras ANZILOTTI exprésase de conformidad con los conceptos expuestos en el texto, OTTOLENGHI, aun admitiendo el paralelismo entre el reconocimiento de la actividad legislativa extranjera y el de la actividad jurisdiccional extranjera, lo deriva de un concepto común opuesto al nuestro. Nuestro concepto de que el derecho extranjero no pueda aplicarse en Italia sino como derecho *nacionalizado*, cree OTTOLENGHI que no puede aceptarse «sin equivocar *toda la función* de las normas de aplicación», puesto que, según OTTOLENGHI, «cuando es admitida la competencia de la ley extranjera, ésta sólo viene asumida como fuente de Derecho en nuestro Estado, del mismo modo que la ley interior». Parécenos que un concepto tan sencillo e intuitivo como el de que la ley extranjera no puede imperar en Italia, y que el juez italiano no puede ser órgano sino de la ley italiana, no confunde «toda la función» de las normas de aplicación, sino, al contrario, la pone en un plano que responde mejor a la realidad. Y cuando OTTOLENGHI justifica su concepto observando que «un Estado no puede rechazar sistemáticamente *la aplicación de la ley extranjera* sin ofender la soberanía de los otros Estados», se manifiesta en éste el vicio lógico de la opinión por él defendida: de la premisa justa de que el Estado está obligado a reconocer la actividad legislativa de los demás Estados, derivase que admite la eficacia de esta actividad en el propio territorio. Al contrario: el Estado cumple aquel deber genérico produciendo actos *de voluntad propia* de contenido conforme con las normas extranjeras. Que una misma norma de aplicación pueda referirse así a *todos los derechos extranjeros* no excluye la verdad de cuanto decimos, y prueba únicamente que las normas de aplicación tienen un contenido *potencial* indeterminado.

No otra cosa debe decirse de la sentencia extranjera. Es intuitivo que ésta—precisamente porque es extranjera—no puede tener eficacia alguna en Italia. Con esto no quiere decirse, como parece creer OTTOLENGHI,

La 12, preliminar, señalan los límites del reconocimiento de la ley extranjera, el art. 941 del Cód. proc. civ. marca los límites del reconocimiento de la sentencia extranjera; el núm. 1 deja a salvo

que el Estado desconozca la sentencia extranjera. Todo lo contrario: el Estado que reconoce al Estado extranjero, reconoce las actividades de este como provistas de plenísima eficacia en el territorio extranjero. Pero ninguna sentencia extranjera puede tener eficacia en el territorio del Estado e imponerse a los órganos de éste no sólo como orden para cumplir, sino también solamente como orden de no decidir lo contrario (cosa juzgada), más que después de haber devenido formulación de una voluntad *propia del Estado*. Las formas en que puede ocurrir esto son varias. Es posible que un Estado, con una norma general, ordene a sus órganos adaptarse sin más al contenido de las sentencias extranjeras (exteriormente la norma sería: «las sentencias extranjeras son ejecutivas en el Estado»). Con esto no estaría reconocida *la eficacia* de las sentencias extranjeras *en el Estado*, pero habría emanado un acto de voluntad *del Estado*, de contenido potencial e indeterminado frente al cual cualquier sentencia extranjera a cumplir en el Estado encontraría poco a poco nacionalizada. Nuestra ley, en cambio, confía este oficio al juez (art. 10, disp. prel. Cód. civ.). Por esto, sólo cuando el juez ha pronunciado el reconocimiento tiénese un acto de voluntad *actual* de nuestro Estado que presenta por contenido el contenido de la sentencia extranjera, tiénese una sentencia *constitutiva*, no de la *ejecutoriedad* de la sentencia extranjera (valga esta manera de decirlo), sino de una voluntad de nuestro Estado, de contenido conforme a ésta; sentencia cuyos efectos precisamente por esta conformidad de contenido se retrotraen al día al que se remontan los efectos de la sentencia extranjera. Con esto no quiere decirse que *antes* de la sentencia de reconocimiento exista la sentencia extranjera, ni se da razón a OTTOLENGHI, que estima que siguiendo este concepto no se podría *excepcionar la cosa juzgada* a base de la sentencia extranjera. Antes de la sentencia de reconocimiento existe la sentencia extranjera como HECHO ocurrido en territorio extranjero, existe una voluntad de nuestro Estado que tiene por condición este HECHO y que impone al juez examinarlo para determinarse en su caso a reconocerlo, de donde nacerá otra voluntad actual del Estado, de contenido conforme a la sentencia extranjera. A base de esta no se excepciona, pues, la *cosa juzgada* (también este es un modo de decir elíptico y abreviativo), se excepciona la *EXISTENCIA* de la sentencia extranjera y se pide al juez que la examine para dar vida eventualmente a una cosa juzgada italiana.

la competencia jurisdiccional *exclusiva* de nuestro Estado (derivada de la competencia legislativa exclusiva) (1); los núms. 2.º y 3.º determinan los requisitos mínimos del reconocimiento de la existencia de la sentencia extranjera (citación y legal representación de las partes ante el juez extranjero); el núm. 4.º (corresponde al art. 12 preliminar Cód. civ.) exceptúa el orden público y el derecho público interior del reino. El reconocimiento de la actividad *legislativa* extranjera hácese directamente por el *legislador* interior; el reconocimiento de la actividad del *juez* extranjero se hace normalmente por el *juez* interior. El juicio del juez interior en este caso consta de un elemento *sustancial y formal*: sustancialmente declara las condiciones del reconocimiento, formalmente pronuncia el reconocimiento que asume el acto del poder extranjero como acto del poder interior, lo *nacionaliza*. Lo mismo ocurre con las resoluciones de cautela y con las sentencias relativas a la instrucción de los pleitos (Cód. proc. civ. arts. 943 y 945); lo mismo con las citaciones para comparecer ante autoridades extranjeras o con las notificaciones de actos procedentes del extranjero, que se verifiquen en el reino (art. 947) (2); y lo mismo, en fin, con los actos auténticos autorizados en país extranjero, los cuales también provienen de persona revesiida no siempre

---

Lo cual no contradice, como cree OTTOLENGHI, admitir como nosotros admitimos, un juicio de relación *incidental* (§ 81). La existencia de hecho de la sentencia extranjera puede ser objeto de examen ya con el fin de constituir con su reconocimiento un acto general de voluntad del Estado, de contenido conforme a la sentencia extranjera para todos los efectos, ya con el más limitado de constituir un acto particular de voluntad a los efectos de un cierto caso, de un proceso particular.

(1) Véase ANZILOTTI, en la *Giurisprudenza italiana*, [1901, I, I, 698, seguido por MORTARA, *Comm.*, V., núm. 37.

(2) Véase ANZILOTTI, en la *Rivista di Diritto Internazionale*, 1907, página 356 y sigs. En contra, MORTARA, *Comm.*, V, núm. 40, nota. Sobre las notificaciones, véase además de la Convención de La Haya, 17 Jul. 1905, la circular del Ministro de Gracia y Justicia, 10 Agosto 1910, en el *Bolletino del M. di G. y J.*, 11 Agosto 1910, y en la *Giurispr. it.*, 1910, IV, pág. 468, con apéndices.

de autoridad, pero siempre ciertamente de una función pública (art. 944). Véase § 81 (1).

---

(1) Las leyes de los demás Estados regulan de la manera más varia la cuestión de las sentencias extranjeras, ya estableciendo condiciones más o menos rigurosas para el reconocimiento, ya fundándose en el principio de la reciprocidad, ya exigiendo el nuevo examen del fondo de la sentencia extranjera. Véase CUZZERI, *Sull' art. 950*; LA LOGGIA, *La esecuzione delle sentenze straniere*, 1902; LÖWENFELD und LESKE, *Rechtsverfolgung im internationalen Verker*. Tratados particulares entre Italia y otras naciones regulan esta materia (PALMA, *Trattati e convenzioni*, 2.º vol., 1880; GIANZANA, *Cod. di proc. civ.*, vol. 3.º; CUZZERI, loc. cit.): generalmente, según los principios del art. 941 (así, p. ej., entre los más recientes, el art. 8.º del Tratado entre Italia y la República Argentina, R. D. 19 En. 1902; el art. 21 de la ley 21 Oct. 1906 sobre el Tratado con Nicaragua); pero, a veces, en sentido aún más amplio en favor de las respectivas sentencias (así, según el Tratado con la Rep. de San Marino, ley 19 Jul. 1907, art. 1.º, la autoridad judicial se limita a examinar la autenticidad de la expedición; el carácter de cosa juzgada de la sentencia, su no oposición al orden público o al derecho público interior.

La Convención de La Haya sobre procedimiento 14 Nov. 1896 (R. D. 14 Mayo 1899, arts. 12 y 13, reglamentó entre los Estados intervinientes la ejecución de las sentencias desestimatorias que encierren *condena en los gastos* del actor, limitando también el examen de la autoridad del país de ejecución a la autenticidad de la expedición y a la calidad de cosa juzgada de la decisión. Y el Tratado 17 Jul. 1905 (ley ital. 29 Jun. 1909) añade (art. 19) que la ejecutoriedad será concedida *inoida* la parte, pero la parte dispositiva será redactada (o acompañada de una traducción) en el idioma de la autoridad solicitada o en el convenido por los Estados interesados.

La Convención 12 Jun. 1902 (ley ital. 7 Sep. 1905) para regular los conflictos de leyes y de jurisdicciones en materia de divorcio y de separación personal contiene la obligación para los Estados intervinientes de reconocer el divorcio y la separación pronunciados por un Tribunal competente. Acerca de estas cuestiones, véase ANZILOTTI, *Riconoscimento*, citado; OTTOLENGHI, *Gli atti della Giurisdiz. straniera*, cit.; DIENA, *Principii di Dir. intern.*, II, pág. 158.

§ 14

**La jurisdicción en el Estado moderno.**

L. *Autonomía de la función jurisdiccional.*—Hay una incompatibilidad psicológica entre el oficio de legislar y el de actuar la ley. Hay una incompatibilidad psicológica aún mayor entre el oficio del administrador y el oficio jurisdiccional, porque el administrador puede estar dominado por la consideración del interés del Estado, De aquí la conveniencia de que la función jurisdiccional sea confiada a órganos *autónomos* para que el que actúa la ley no siga más norma que la que él considera ser la voluntad de la ley conforme a su ciencia y conciencia. Precísase también que estos órganos sean *independientes* para impedir las intromisiones de la administración en la justicia (justicia de gabinete).

Estas exigencias son mayores en el período de conocimiento, en el cual debiendo declararse la voluntad de la ley a base de un juicio lógico hay mayor peligro de que éste sea influido por prevenciones subjetivas o por presiones externas. Y el peligro existe también en la ejecución forzosa: no es sólo por razones de simplificación administrativa por lo que se confía a los tribunales. Y si algunas funciones ejecutivas son confiadas directamente a los ujieres, ya vimos que esto se consideró como un peligro (§ 13).

La exigencia de la separación orgánica de la función jurisdiccional de las otras es tan marcada que la vemos también en los Estados absolutos, pero en estos actúase imperfectamente y responde a conceptos lógicos y técnicos, no políticos. En el Estado absoluto, como la ley es la voluntad de uno solo o de pocos, los órganos jurisdiccionales son los ejecutores de la voluntad de uno o de pocos, y están sometidos a la inestabilidad y al arbitrio de estos. En cambio en el Estado moderno constitucional la ley resulta de la cooperación de varias voluntades que concurren a formarla, en cuyo concurso participan más o menos directamente tantas voluntades de miembros del Estado que la ley manifiéstase verdadera-

mente como una voluntad *general* o *colectiva* a la que todos están sujetos, incluso los órganos del Estado (*Estado de derecho*, § 1). La acción del Estado asume así la certidumbre y la precisión propia de las relaciones jurídicas.

La autonomía de la función jurisdiccional tiene pues en el Estado moderno un significado enteramente diverso. El ejemplo de la independencia que la organización judicial en Inglaterra había conquistado frente al rey, les teorías de escritores ingleses (LCCKE) y franceses (MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, XI, 6), hicieron acoger en la mayor parte de los Estados modernos el principio de la «división de los poderes» como una excelente garantía de libertad. Las funciones del Estado deben repartirse entre órganos diferentes, los cuales, procediendo legalmente de una manera autónoma e independiente el uno del otro y debiendo observar límites rigurosamente señalados por la ley, presentan el poder del Estado, uno en su esencia, fraccionado en su ejercicio de manera que hace más difíciles las intromisiones (1). De esta manera la jurisdicción ofrécese a los ciudadanos como la mejor garantía de la observancia de la ley separada de las mudables corrientes de la administración y de la política.

II. *La jurisdicción en sus relaciones con otras funciones.*—La teoría de la división de los poderes en sus primeras aplicaciones en Francia entendiéndose en un sentido rígido y mecánico, de manera que cada órgano no debiese tener sino una función y no pudiese ingerirse en la acción de otro ni siquiera para fiscalizarla o corregirla. Dependía esto en parte de los inconvenientes a que habría dado lugar el poder preponderante asumido por el más importante órgano jurisdiccional francés, el Parlamento, respecto de la administración y del mismo poder real. De aquí el principio de que «los jueces no pudiesen, bajo pena de deslealtad, molestar en modo alguno las operaciones de los cuerpos administrativos a causa de sus funciones (2).

---

(1) No imposibles. No hay una garantía absoluta contra los atentados al régimen libre. La sanción suprema y más eficaz del Estado de derecho está dada por el consentimiento de la mayoría en el amor a la libertad y a la justicia.

(2) Ley 16-24 Ag. 1790, tít. II, art. 13; Const. 1791, cap. V, art. 3.º, Constitución 1795, art. 203.

Estas reconócese hoy como exageraciones. A la separación conceptual de las funciones no puede corresponder una separación absoluta de poderes. (1) La distribución se da de un modo aproximativo en interés del libre funcionamiento de la cosa pública. Los órganos legislativos tienen funciones administrativas (resoluciones del Congreso sobre su servicio interior, encuestas parlamentarias, deliberaciones para construcción de obras públicas, etcétera). Órganos jurisdiccionales tienen funciones administrativas (disciplina, jurisdicción voluntaria). Órganos administrativos tienen funciones legislativas (reglamentos de ejecución, reglamentos delegados) (2) y tienen funciones jurisdiccionales.

Pero admítase sobre todo que entre los diferentes órganos no debe haber contraposición sino coordinación.

Frente a los órganos legislativos el juez puede tener la facultad no de modificar la ley o rehusar su aplicación sino, dentro de ciertos límites, fiscalizar la legitimidad de sus actos (§ 18).

Frente a los órganos administrativos esta *fiscalización jurisdiccional* considérase por la moderna doctrina como el medio más eficaz para mantener la actividad administrativa dentro de los límites de la ley (3). Esta fiscalización puede ser *indirecta*, como cuando el juez penal examina si una orden de la autoridad administrativa fué dada legalmente para castigar o no castigar al contraventor (4). Pero puede ser *directa*, como cuando se impugna directamente ante la autoridad jurisdiccional (ordinaria o especial) el acto administrativo. Más adelante veremos dentro de que límites puede ocurrir esto (§ 16).

---

(1) La misma fórmula «división de los poderes» es inexacta. Véase LABAND, *Deutsches Staatsrecht (Derecho público alemán)*, 4.<sup>a</sup> ed., vol. II, páginas 6 y sigs., 160 y sigs.

(2) Véase CAHIN, *Le gouvernement législateur*, Paris, 1903.

(3) Hay a este fin una serie de comprobaciones: *políticas* (peticiones al Parlamento, interpelaciones, interrogaciones, mociones, encuestas, discusiones de presupuestos, acusaciones a los Ministros) y *administrativas* (vigilancia jerárquica, medidas disciplinarias, registro en el Tribunal de Cuentas, etc., etc.

(4) Véase LONGHI, *La legittimità della resistenza agli atti dell' autorità nel Diritto penale*, 1908.

III. *Carácter moderno de los oficios jurisdiccionales.*—Correspondiendo al carácter popular o real del derecho, históricamente la justicia fué administrada por el pueblo (colectivamente en asamblea popular o mediante jueces populares) o por el monarca (personalmente o por medio de sus funcionarios). En la organización judicial franca los dos elementos son mixtos, de manera que los populares (regidores) *encuentran* y producen la sentencia, el funcionario regio dirige el pleito y *proclama* la sentencia.

En los Estados modernos los jueces son funcionarios y ordinariamente empleados del Estado. La participación de los particulares en la administración de justicia admítase solo con limitaciones (comerciantes en los tribunales comerciales, industriales y obreros en los juicios de *probi viri*; jurados en materia penal; en Inglaterra también jurados civiles, si bien decadentes) pero aunque en los Estados monárquicos como el nuestro aparezcan los jueces como empleados del rey, instituidos por el rey y sentenciando en su nombre (Cod. proc. civ. art. 54, Estatuto art. 8) no representan la persona del rey, no son *delegados* por el rey para hacer justicia, el mismo rey no puede hacer justicia; los jueces son órganos autónomos del Estado.

Un principio democrático preside también la formación de los funcionarios jurisdiccionales como la de los demás funcionarios públicos; es el mismo principio que se manifiesta en la forma representativa parlamentaria, en la tendencia a la descentralización administrativa y a la vigorización de las autonomías locales (*Self government*) o sea la *participación más o menos directa de los gobernados en el gobierno de la cosa pública*. Los funcionarios jurisdiccionales no son nombrados caprichosamente por el gobierno; los oficios no son asignados como un beneficio, como ocurría en otros tiempos, ni mucho menos cedidos al mejor postor o transmitidos por herencia, sino que los nombramientos hácese según normas fijadas por la ley, que abren el camino a los más idóneos aspirantes. Además los oficios judiciales más delicados se remuneran directamente por el Estado: no producen lucros más o menos grandes según los asuntos tratados. Así, mientras que en otros tiempos (§ Introducción) los investidos por un oficio sentíanse investidos de un verdadero derecho patrimonial y entre los distintos oficios nacían aquellos celos, aquellos antagonismos, aquellas usurpaciones que acostumbran a surgir, por ejemplo, entre las diver-

sas propiedades, en nuestro sistema los diferentes oficios públicos, y especialmente los judiciales, concedidos por el Estado a los más aptos entre los solicitantes, directamente remunerados por el Estado, reglamentados en su actividad y en sus relaciones por la ley, aparecen como el fraccionamiento armónicamente ordenado de la acción pública en pro del interés general.

IV. *La jurisdicción y sus clases.*—Según la diversa naturaleza de las leyes a actuar, tenemos varias clases:

a) *Jurisdicción civil y penal.*

b) *Jurisdicción civil y administrativa.*

Examinaremos la jurisdicción *ordinaria y especial*. En la doctrina y en las leyes existe también la distinción de la jurisdicción en *contenciosa y voluntaria*.

---

§ 14 bis

**Jurisdicción contenciosa y voluntaria (1).**

I. *Examen de la diferenciación.*—El libro III del Cód. proc. civ. art. 778 y sigs. reúne los «diversos procedimientos especiales». De éstos algunos son verdaderas formas de proceso caracterizadas por alguna particularidad exterior correspondiente a la particular naturaleza de las relaciones jurídicas que son su objeto. Otros en cambio son procedimientos de «jurisdicción voluntaria». Caracteres extrínsecos comunes a estos últimos: se desarrollan mediante *recurso* «sin contradictor»; el magistrado provee «in camera di consiglio» o sea sin discusión en audiencia pública (arts. 778 y 779) y con *decreto*.

Pero estos caracteres extrínsecos no bastan para darnos el criterio diferencial de la «jurisdicción voluntaria»: por una parte son comunes también a algunas formas de proceso propia y verdade-

---

(1) WACH, págs. 47 y sigs.; SCHMIDT, 2.<sup>a</sup> ed., § 28; WEISMANN, § 70 HELLWIG, *Lehrbuch*, § 12, *Grenzen der Rückwirkung*, en las publicaciones del jubileo de la Universidad de Giessen, 1907; KISCH, *Deutsches Zivilprozessrecht*, 1909, § 17; UNGER A., *Die Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, en la *Riv. Pel. Proc. Civ. Ted.*, vols. 34, 36, 37, 38, 39, 41; DIANA, *La giurisdizione volontaria*, Città di Castello, 1904; MORTARA, *Manuale*, 5.<sup>a</sup> ed., vols. II, pág. 371 y sigs.; 455 y sigs.; *Comm.*, V, números 473 y sigs.; CHIOVENDA, *Sulla natura contenziosa dei provvedimenti emessi dal Tribunale in base all' art. 153 Cod. comm.*, en el *Foro ital.* 1909, pág. 1.342, reproducido en los *Nuovi saggi di Diritto proc. civ.*, 1912, págs. 173 y sigs.; CALDA, *I concetti de giurisdizione e d'azione*, 1919, págs. 33 y sigs.; GRISPIONI, *La natura giuridica dei provvedimenti relativi alle persone penalmente irresponsabile*; en la *Rivista di Dir. e Proc. Pen.*, 1911, § 9; los comentaristas al art. 778 y sigs., Código proc. civ., y las monografías sobre los procedimientos «in Camera di Consiglio» de PATERI SAREDO, BO y FORMENTANO.

ramente tal (art. 778, núms. 2 y 3). Hay procedimientos contenciosos que se desarrollan sin contradictorio, otros que producen decretos u ordenanzas, tales son el procedimiento de secuestro, el procedimiento *ingiunzionale* (§. 8 *bis*), el procedimiento por reclamación de los socios regulado por el art. 153 del Cód. com., el procedimiento para la declaración de la quiebra y otros que son anormales por diversas causas. Por otra parte, a veces un procedimiento establecido como cosa de jurisdicción voluntaria se transforma, presenta un contradictor, una discusión, una *sentencia* y entonces trátase de saber si la transformación es puramente exterior o también intrínseca.

La «jurisdicción voluntaria» no es «jurisdicción» en el sentido que hemos indicado. Por esto la oposición tradicional señalada entre jurisdicción «contenciosa» y «voluntaria» es hoy impropia: llámese con denominación romana *jurisdictio voluntaria* en la doctrina y en la práctica del proceso italiano medioeval, al conjunto de actos que los órganos de la jurisdicción realizaban frente a un solo interesado o por acuerdo de más interesados «*in volentes*»: y el nombre se usó también para designar entre tales actos aquéllos que pasaron con el tiempo de la competencia de los jueces *ordinarios*; a la de los notarios (de los procesos simulados ante el juez pásase a la constitución de *instrumentos* con cláusula de *garantía* expedida por notarios, llamados por esto *judices chartularii*) (1).

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

---

(1) BRIEGLEB, *Executiv-Prozess*, parte II, y las fuentes allí recogidas, entre las cuales, p. ej., JACOPO BOTTRIGARI *lec. super l. 3 Cod. ubi et apud quem cogn.*, 2,47): «Attende, quod judices chartularii sunt illi, qui sunt ordinarii et habent jurisdictionem *inter volentes tantum*, et multi sunt in Tuscia; nam quasi omnes tabelliones sunt judices ordinarii et faciunt instrumenta debiti et mandant in eodem instrumento debitori volenti et sponte confitenti, quod solvat usque ad talem diem.»

Pero no todos los actos llamados de jurisdicción voluntaria se verifican por los órganos judiciales. También entre los actos de los órganos administrativos los hay que son perfectamente afines a los que la ley atribuye a los jueces como jurisdicción voluntaria, aun cuando no estén regulados en el Cód. de proc. civ.

La jurisdicción voluntaria es, pues, una forma particular de actividad del Estado ejercitada en parte por los órganos judiciales, en parte por los administrativos y perteneciente a la función administrativa, pero distinta también de la masa de los actos administrativos por ciertos caracteres particulares.

Se ha creído encontrar el criterio diferencial de ambas jurisdicciones en el carácter contencioso de la relación jurídica: pero aquél no es esencial al proceso, puede haber proceso sin *contienda* (esto ocurre siempre en el juicio en rebeldía), y aun puede haber proceso en que el demandado reconozca la pretensión adversaria.

Ni siquiera la *coacción* es un carácter exclusivo del proceso: no es exacto que toda resolución de jurisdicción voluntaria carezca de carácter obligatorio. Las resoluciones relativas a la tutela son ordinariamente resoluciones obligatorias y realizables coactivamente (por ejemplo, el nombramiento de tutores, de miembros del consejo de familia, etc.)

También la *declaración irrevocable* frecuentemente falta en el proceso (procedimiento ejecutivo basado en actos contractuales, letras de cambio, simples órdenes de pago), y en cambio puede obtenerse con actos no procesales, como una declaración administrativa (§§ 10 y 13).

Finalmente, es inexacto afirmar que el fin de los actos de jurisdicción contenciosa es la *represtón* y de los actos de jurisdicción voluntaria la *prevención*. Hay formas procesales de tutela *preventiva* (§ 9) y viceversa, muchos actos de jurisdicción voluntaria no tienen finalidad *preventiva* (tutela).

La jurisdicción voluntaria tiene siempre un fin *constitutivo*; los actos de jurisdicción voluntaria tienden siempre a la *constitución* de estados jurídicos *nuevos* y cooperan al *desarrollo* de relaciones *existentes*. En cambio la jurisdicción propiamente tal, tiende a la *actuación* de relaciones *existentes*. Este es el concepto de WACH (1) que aceptamos en su sustancia. Sabemos que la jurisdicción

(1) *Manuale*, págs. 47 y sigs.

comprende el juicio sobre una voluntad de ley concerniente a las partes y la sustitución de la actividad del órgano público a las partes, ya afirmando la existencia de aquella voluntad, ya haciendo lo necesario para que sea conseguido el bien garantizado por la ley. La jurisdicción civil supone, pues, en una parte la expectación de un bien respecto de la otra, sea este bien una *prestación*, sea un *efecto jurídico*. Esto falta en la jurisdicción voluntaria, *no se dan dos partes*, no hay un bien garantizado *contra otro*, una norma de ley para actuar *contra otro*, sino un estado jurídico que sin intervención del Estado no podría *nacer o desarrollarse* o se desarrollaría imperfectamente.

Nótese que hemos encontrado en el campo del proceso, esto es de la jurisdicción, también sentencias constitutivas, con las cuales se ligan *nuevos* estados jurídicos (§ 8). Y esto por muchas dificultades. Así WEISMAM acreditando que existen esas sentencias constitutivas deduce de ahí que la *constitución* de nuevos estados jurídicos no puede tomarse como criterio diferencial de la jurisdicción voluntaria y niega en general la posibilidad de una separación de concepto de la jurisdicción voluntaria y contenciosa (1). Esta afirmación nos parece inexacta. Hay sentencias *constitutivas* pero estas contienen la actuación de un *derecho* a la constitución de un nuevo estado jurídico, derecho que corresponde a un sujeto jurídico *contra el otro* (2). En cambio la constitución o desarrollo de estados jurídicos que tiene lugar en la jurisdicción voluntaria no actúa un *derecho que corresponda* a A contra B. No es, pues, carácter de la jurisdicción voluntaria la falta de contradictorio sino la falta de dos partes. También la jurisdicción contenciosa tiene procedimientos sin contradictorio (§ 8 bis) pero no sin *dos partes*: puede tomarse una resolución jurisdiccional *in oïda parte*, pero siempre *contra o frente* a una parte a la cual debe comunicarse para que pueda cumplirse o ser impugnada. En la jurisdicción voluntaria se dan uno o varios solicitantes, pero no partes.

---

(1) *Manuale*, 1, pág. 25. La diferenciación ha sido negada recientemente entre nosotros por TOESCA DI CASTELLAZZO, en la *Legge*, 1907, páginas 2.382, 2.392.

(2) Véase HELLWIG, *Grenzen der Rückwirkung*, cit. pág. 23, núm. 5; 37 GRISPIGNI, ob. cit.

El padre, por ejemplo, que pide al magistrado una resolución de autorización *en interés del hijo menor* (Cód. civ. arts. 224 y 225) no pide que se *declare* frente al hijo su derecho de patria potestad y la utilidad del acto; y si el magistrado examina ambas cosas sólo lo hace para determinarse a cumplir oportunamente la misión estatal de atender a los incapaces como a cada paso hace el administrador público antes de desplegar la actividad que la ley *directamente le impone* (§ 13.)

Pero notemos que del mismo modo que un acto de administración, aunque diferente por su naturaleza del jurisdiccional, puede constituir objeto de jurisdicción cuando deba juzgarse si es legítimo y oportuno y por consecuencia revocarlo o confirmarlo, un acto de jurisdicción voluntaria, si se impugna, puede dar lugar a la función jurisdiccional: en este caso (como ocurre en la justicia administrativa) el fin último del acto jurisdiccional puede ser el mismo del acto impugnado (por ejemplo, proveer de la mejor manera en interés de un incapaz): pero el fin inmediato es la reforma del acto de jurisdicción voluntaria inoportuno o su confirmación. En esto nos separamos de WACH; para nosotros es verdadera jurisdicción la discusión acerca de las deliberaciones del consejo de familia (Cód. proc. civ. art. 815), la discusión acerca de la obligación de asumir la tutela (Cód. civ. art. 275). Aquí la finalidad es siempre proveer de la mejor manera al interés del menor: pero la deliberación del consejo de familia que ha provisto a aquel interés de manera inoportuna o ilegal constituye un estado de hecho contrario al derecho, a cuya remoción provee la jurisdicción (1). Lo mis-

---

(1) Que las discordes apreciaciones acerca de la conveniencia del acto puedan estar «igualmente exentas de culpa, antes bien igualmente respetables», no excluye, como cree CALDA, *Concetti di giurisdizione e d'azione*, pág. 37, que la deliberación del Consejo de familia, contraria a los intereses del menor, sea objetivamente un estado de hecho contrario al derecho. Y puesto que en la hipótesis del art. 815 trátase de deliberaciones no sujetas a revisión, y por lo mismo *definitivas y ejecutivas*, lo que la ley concede a los miembros de la minoría del Consejo y al ministerio público es un verdadero *derecho de impugnación* que se actúa en el juicio *contencioso*, frente a la mayoría. La culpa nada tiene que ver con esto. Ni la identidad del fin a que tienden la deliberación del Consejo a la sentencia, esto es, la tutela del menor, impide que se trate de actos jurídi-

mo debe decirse de las discusiones acerca de obligación del conservador de hipotecas, de realizar una inscripción o cancelación (Cód. civ. art. 2039), del funcionario público, de expedir una copia (Cód. proc. civ. art. 915), etc., etc.

La diferenciación entre actos de jurisdicción voluntaria y contenciosa tiene una gran importancia práctica: la resolución de jurisdicción voluntaria como acto de pura administración, por sí no produce *cosa juzgada*; el interesado puede obtener la revocación de un decreto negativo y la modificación o renovación de un decreto favorable dirigiéndose al mismo órgano que lo ha producido y convenciéndolo de que ha errado. También puede servirse el interesado de la reclamación a la autoridad superior (Código proc. civ., art. 781): pero esta reclamación facultativa y sin término no da carácter jurisdiccional a la resolución producida ni a la que deba producirse: no tiene ni siquiera la importancia de la reclamación jerárquica en el campo administrativo, porque en el campo de la jurisdicción voluntaria, la falta de reclamación no hace *definitiva* la resolución de la autoridad inferior. En todo caso un decreto de jurisdicción voluntaria puede ser impugnado en vía jurisdiccional por defecto de condiciones (por ejemplo porque una autorización para contraer un préstamo fué dada a quien no tenía la legítima representación del incapaz): ni el tercero para salvar los derechos adquiridos a base del decreto impugnado podría excep-

---

cos muy diferentes; como en cualquier caso en que sea dado al juez un juicio de oportunidad, el fin del juez puede coincidir con el fin del autor del acto impugnado (p. ej., administrador). Lo que importa ver es la posición del juez respecto del acto. Si éste es definitivo y ejecutivo, y el juez llamado a modificarlo, estamos ante un derecho de impugnación que el juez declara y actúa, *sustituyéndose* a las partes, lo cual es jurisdicción (§ 13). Si, en cambio, el juez es llamado a concurrir con su voluntad a la *formación* de un acto complejo, no tenemos aquí un derecho a actuar sino una mera actividad de jurisdicción voluntaria: tal es el caso de la revisión (*omologazione*) de las deliberaciones del Consejo de familia sujetas a ella; por eso a nadie que quiera seguir nuestra doctrina puede ocurrir, como cree CALDA, loc. cit., pág. 37, considerar la revisión como jurisdicción contenciosa! En el caso del art. 815, el criterio sustancial defendido por nosotros coincide perfectamente con los criterios formales suministrados por la letra del artículo.

cionar la cosa juzgada, a lo más podría fundarse únicamente en la naturaleza pública, autoritaria del decreto (1). En cambio el acto jurisdiccional por excelencia, la *sentencia*, lleva consigo la calidad de cosa juzgada. Esto, incluso cuando pueda fácilmente modificarse por cambiar las circunstancias, que cambian el fundamento de la cuestión decidida (p. ej., sentencia de interdicción).

Es también una diferencia importantísima la inadmisibilidad del recurso de casación contra los *decretos* de jurisdicción voluntaria: esto se deduce de la letra de la ley (Cód. proc. civ. art. 88 y 517) y de la misma naturaleza de la casación (§ 20).

II. Actos de jurisdicción voluntaria. Pueden agruparse con WACH en las siguientes categorías:

1.º *Intervención del Estado en la formación de sujetos jurídicos*. Única manifestación de esta actividad es la constitución de personas jurídicas mediante el *reconocimiento*.

2.º *Intervención en la integración de la capacidad jurídica*. Disciplina general de la tutela (nombramiento, vigilancia, revocación de la tutela: constitución de los consejos de familia: autorizaciones: revisiones); tutela o ingerencia en los actos de los entes morales o colectivos (municipios, obras pías, sociedades, etc.) (2).

El procedimiento de interdicción (y de inhabilitación) puede entenderse de dos maneras. WACH afirma que es jurisdicción vo-

---

(1) HELLWIG, *Grenzen der Rückwirkung*, cit. págs. 31 y sigs.

(2) No es preciso observar que también aquí puede darse ejercicio de jurisdicción contenciosa: esto ocurre siempre que pueda concebirse el *derecho de una parte contra la otra*. Tal es el caso de los recursos contra negativas de consentimiento o autorizaciones (arts. 67. 136, Cód. Civ., página 190). Tal el de las reclamaciones contra la remoción de la tutela. (Cód. Civ. art. 271). Tal el de las reclamaciones de los socios contra los síndicos o administradores sospechosos de conducta irregular en el cumplimiento de su obligación (Cód. Com., art. 153). No excluye que este último caso pertenezca a la jurisdicción, las formas especiales en que se desarrolla el procedimiento. Acerca de esto, véase CHIOVENDA, *Sulla natura contenziosa e sui conseguenti effetti dei provvedimenti in base all' art. 153 Cod. comm.*, en el *Foro ital.*, 1909, pág. 1.342, reproducido en los *Nuovi saggi di Dir. proc. civ.*, 1912, págs. 173 y sigs.; DIANA, en la *Riv. di Dir. Comm.*, 1909, II, págs. 638 y sigs.; *Giurisprud. it.*, 1909, I, 2, página 469.

luntaria porque su objeto es la tutela del enfermo mental (o del pródigo): la interdicción es un medio, no es un fin en sí misma, es un acto en favor, no en contra del interdicto: no hay pues, oposición de intereses, el interés del Estado no es sino el bien entendido interés del interdicto. El juicio acerca del estado mental o de la prodigalidad no es sino una premisa necesaria para proveer a integrar la capacidad jurídica del demandado; no hay aquí más que una apariencia de proceso.

Pero por otra parte puede observarse: cuando se trata de privar al enfermo o al pródigo de la capacidad de obrar, en todo o en parte, es también en interés del interdicto, e incluso de la colectividad y de los particulares (familia, cónyuge, personas con derecho a los alimentos, herederos legítimos). El estado de enfermedad de un mayor de edad puede considerarse, pues, contrario objetivamente al derecho, en cuanto éste tutela las relaciones económicas entre los ciudadanos. La remoción de tal estado *anormal* puede considerarse como una voluntad de ley *frente* al interdicto: la actuación de esta voluntad es la jurisdicción.

Este parece ser el concepto de nuestra ley (Cód. civ. arts. 324 y 338): y las formas contenciosas establecidas para este juicio (Código proc. civ., art. 836 y sigs.) lo confirman (1). Lo cual no

---

(1) Como se ve en el texto las formas adoptadas por la ley pueden servir de base para inducir de los casos expresamente regulados por la ley el criterio diferencial general de las jurisdicciones contenciosa y voluntaria. Es una afirmación arbitraria que llevaría a excluir la utilidad de todo procedimiento lógico deductivo o inductivo en la interpretación de la ley que las formas deban servir exclusivamente para afirmar que *en el caso particular* se trata de jurisdicción contenciosa, lo mismo para el caso de la interdicción (§ 1), que para el, ahora examinado, de las deliberaciones del Consejo de familia. En efecto; la conclusión de la obra de CALDA en este como en otros puntos, es negativa de todo concepto y en todo criterio.

Para demostrar que nuestro concepto no puede aplicarse a los casos *dudosos*, cita CALDA el de autorización judicial de la mujer casada en el caso de negarle el marido (Cód. Civ., art. 136; Cód. proc. civ., art. 801). Observa CALDA que la negativa del marido no es un hecho contrario al derecho, porque «el marido ES LIBRE de apreciar los intereses de la mujer y de la familia COMO LE PAREZCA». Esto no es exacto. La mujer tiene derecho a la autorización si el acto es útil. El marido *es libre* en la aprecia-

priva que alguna legislación, considerando predominantemente otro elemento (interés del interdicto) lleve este procedimiento a la jurisdicción voluntaria. En este caso la diversidad de las formas puede ser índice de la diversidad de sistema. Se ha estimado que hasta la revocación de la interdicción debe solicitarse con las formas contenciosas aunque las partes estuviesen en ello de acuerdo (1).

3.º *Intervención en la formación del estado de las personas.* Concurriendo a formarlo (matrimonio, declaración de ausencia) o documentándolo (Registro del estado civil, rectificaciones de los mismos, (Cód. proc. civ. arts. 845 y 846) (2).

Un caso de intervención del Estado en la formación del estado de las personas se encuentra en el decreto de la Corte de apelación que *declara haber lugar a la adopción* (Cód. civ. art. 216). El decreto del magistrado en este caso no constituye un nuevo estado jurídico *en actuación de un derecho correspondiente a una persona hacia otra*, pero coopera a la constitución de un estado que las partes *están conformes en constituir*. La Corte puede *no aprobar* la adopción si reconoce que el adoptante no goza de buena fama o que la adopción *no conviene* al adoptado (Código civil art. 215). No hay aquí un «derecho» de adoptar, sino en el sentido general de «capacidad jurídica» (como se dice también impropriamente que se tiene «derecho» de vender, de obligar-

---

ción sólo en cuanto es libre su criterio de la utilidad, como en cualquier caso de poder discrecional (§ 16, I, B). Pero si la negativa del marido es contraria a la utilidad (voluntaria o involuntariamente), es objetivamente injusta y da lugar a un *derecho* de la mujer a la autorización judicial (§ 8). Lo mismo en el caso de negativa del consentimiento para el matrimonio (§ 8).

Cuanto hemos dicho acerca de la interdicción extiéndese por CRISPIGNI. op. cit., pág. 34, a las resoluciones de admisión de los dementes en los Manicomios por la ley 14 Feb. 1904.

(1) Cas. Palermo, 9 Dic. 1902, en el *Foro Ital.*, 1903, pág. 229.

(2) No es preciso recordar que el procedimiento de separación personal pertenece a la jurisdicción contenciosa. MORTARA, *Comm.*, V, núms. 508 y sigs., entiende que el período que se desarrolla hasta la falta de conciliación es de jurisdicción voluntaria. Pero en realidad el proceso se inicia con la demanda de separación, y una vez iniciado éste, la intervención conciliadora del magistrado no puede tener carácter de jurisdicción voluntaria.

se, etc.), pero con limitaciones que la Corte de apelación determina en cada caso concreto.

Lo mismo debe decirse de la legitimación por R. D. (Código civil art. 194 y sigs.) El decreto se produce a base de la declaración de condiciones *legales* y de condiciones *de oportunidad*. La declaración de las condiciones legales confiase a la Corte de apelación (art. 200), pero esta es función de jurisdicción voluntaria y no contenciosa, porque la «deliberación» de la Corte no es más que un dictamen preparatorio del acto discrecional del Rey. No se trata de derecho, no se tiene «derecho» de legitimar por medio de real decreto. Es verdad que el dictamen negativo de la Corte impide, sin más, la legitimación, pero esto no autoriza a entender que contra el decreto negativo se dé recurso de casación (como ha estimado la Corte de casación de Roma (1): puede desearse que se conceda una garantía al recurrente contra los posibles errores de la Corte de apelación, pero esto debería hacerse mediante una norma expresa de ley (2).

4.º *Participación en el comercio jurídico*. Legalizaciones, conservación de los registros de hipotecas, del catastro, de las patentes, recepción de las promesas de matrimonio, del acto de adopción, de las renunciaciones de herencias, de las aceptaciones a beneficio de inventario, formación de inventarios, visado de los registros comerciales, etc.

III. *La conciliación*.—Pertenece también a la jurisdicción voluntaria la actividad que el Estado desarrolla para conciliar a las partes. Considerando la importancia de la función de dirimir los pleitos, el Estado la asumió a sí mismo porque tanto mayor es la probabilidad de que la *conciliación* se logre, cuanto mayor es la autoridad que la intenta.

El órgano del Estado es normalmente el conciliador, que por esto tiene una doble función jurisdiccional y conciliadora, la primera sujeta a límites de valor, la segunda nó (Cód. proc. civ. artículo 1.º)

---

(1) 3 Feb. 1904, en *Foro ital.* 1904, pág. 193.

(2) El art. 159 de la ley consular considera expresamente como pertenecientes a la jurisdicción voluntaria las resoluciones relativas a las adopciones y a las legitimaciones.

El conciliador no interpone su oficio entre las partes *sino mediante petición*. Solo en caso de pleito pendiente el conciliador, y a veces también otro magistrado ante quien el pleito se tramite, tiene el deber, de oficio, de intentar la conciliación (Cód. proc. civ. artículos 417, 464, 379 y 808, Ley sobre conciliadores, art. 9 Cód. de la marina mercante, art. 16).

El intento de conciliación previa no es obligatorio para las partes: quiere decir que se puede acudir directamente al juez sin intentar la conciliación (1). Exceptúanse las controversias entre industriales y capataces o trabajadores, entre éstos y los aprendices, relativas al contrato de trabajo o aprendizaje, las cuales no pueden llevarse al jurado de *probitari* sin antes intentar la conciliación ante la oficina correspondiente (Ley sobre *probitari* 15 Jun. 1893, arts. 8 y 10); lo mismo las controversias acerca del contrato de trabajo en los arrozales (art. 104 texto único 1.º Ag. 1907, de las leyes sanitarias).

La conciliación es consecuencia de un acuerdo de voluntades, si bien procurado: es por tanto acto de disposición sujeto a las mismas limitaciones del compromiso (art. 2).

PROCEDIMIENTO Y EFECTOS.—Es conciliador *competente* el del municipio en el cual reside o tiene domicilio o habitación una de las partes que se desea traer a la conciliación, o en el cual se encuentra la cosa discutida (art. 3). Solicitud para la conciliación, incluso *verbal* (art. 3). Aviso para la conciliación escrito por el secretario, notificado por el alguacil municipal como las citaciones (art. 4). Comparecencia de las partes, *personal* o por medio de persona provista de poder especial y auténtico (art. 5). Faltando la comparecencia de una parte no se admiten otras solicitudes que no sean hechas por todas las partes (art. 5). No logrando la conciliación, hácese constar así en el registro: lográndola se levantará acta de ella (art. 6).

El llamamiento o la presentación voluntaria para la conciliación interrumpe la prescripción, siempre que la demanda judicial se interponga dentro de los dos meses siguientes a la no comparecencia o no lograda conciliación (Cód. civ. art. 2125).

---

(1) Principio diferente consigna el Cód. francés (art. 48) para las demandas referentes a objetos que pueden ser en materia de una transacción.

Quando el objeto de la conciliación no exceda de la competencia del conciliador como juez (liras 100), el acta de conciliación es *ejecutiva*. Si excede, o si el valor es indeterminado, el acto de conciliación tiene la fuerza de una escritura pública reconocida en juicio (Cód. proc. civ. art. 7, Ley sobre conciliadores, art. 12).

Que el acta sea ejecutiva no significa que se equipare a una sentencia de condena. Por esto el acta de conciliación no da lugar a hipoteca judicial (1) (§§ 8 bis y 10).

IV. *Ejercicio de la jurisdicción voluntaria*.—Puede consistir:

a) En la *documentación* de actividades realizadas por las partes.

b) En actividades *autónomas* de los órganos del Estado. Estas van naturalmente precedidas de un *conocimiento*: porque un cierto grado de conocimiento precede toda actividad. El conocimiento no es especial del proceso: lo que es especial del proceso es un cierto efecto del conocimiento (cosa juzgada).

---

(1) Véase COVIELLO L., *Foro italiano*, 1905, pág. 1.491.

## APÉNDICE AL § 14 bis

### Referencias al derecho español.

---

Nuestra ley de Enjuiciamiento civil dedica el tercero de los libros en que se halla dividida, a la *jurisdicción voluntaria*; y considerando «actos de jurisdicción voluntaria» todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada, sin promoverse cuestión alguna entre partes conocidas, refiere en dicho libro III la parte procesal de:

- a) Adopción y arrogación.
- b) Nombramiento de tutores y curadores.
- c) Depósitos de personas.
- d) Consentimiento de los padres, abuelos o curadores para contraer matrimonio.
- e) Elevación a escritura pública de un testamento o codicilo hecho de palabra.
- f) Apertura de testamentos cerrados y protocolización de las memorias testamentarias.
- g) Informaciones para dispensa de ley.
- h) Habilitaciones para comparecer en juicio.
- i) Informaciones para perpetua memoria.
- j) Enajenación de bienes de menores e incapaces y transacción acerca de su derecho.
- k) Administración de bienes de ausentes en ignorado paradero.
- l) Subastas voluntarias judiciales.
- m) Posesión judicial en los casos en que no proceda el interdicto de adquirir.
- n) Deslinde y amojonamiento.
- o) Apeos y prorrates de foros.

Y, además, en una parte final regula «los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio», cuyas disposiciones, por cierto, no pueden considerarse del todo vigentes después de la publicación del Código de Comercio actual, así como el Civil ha modificado, en parte, las normas de jurisdicción voluntaria de

la ley de enjuiciar, en muchos de los casos cuya relación acabamos de hacer.

El procedimiento en los actos de jurisdicción voluntaria es más simple, menos formal que en la jurisdicción contenciosa. Véanse los arts. 1.812 a 1.824 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

\* \* \*

El acto conciliatorio en la ley Procesal civil española no corresponde a la jurisdicción voluntaria, sino a la contenciosa. Precisamente el libro II de aquella ley (de la Jurisdicción contenciosa) se inicia con el tratado de los actos de conciliación que necesariamente constituyen un requisito, hay más bien un trámite previo, de los juicios declarativos, a excepción de:

- a) Los juicios verbales.
- b) Los declarativos que se promuevan como incidente, o consecuencia de otro juicio, o de un acto de jurisdicción voluntaria.
- c) Los juicios en que sean demandantes o demandados la Hacienda pública, los Municipios, los Establecimientos de Beneficencia y, en general, las Corporaciones civiles de carácter público.
- d) Los juicios en que estén interesados los menores y los incapacitados para la libre administración de sus bienes.
- e) Los que se promuevan contra personas desconocidas o inciertas, o contra ausentes que no tengan residencia conocida, o que residan fuera del territorio del Juzgado en que deba entablarse la demanda; pero, en este caso, si los litigantes residen en un mismo pueblo, deberá intentarse la conciliación.
- f) Los juicios declarativos que se promuevan para reclamar la nulidad o el cumplimiento de lo convenido en acto de conciliación.
- g) Los juicios de responsabilidad civil contra jueces y magistrados.
- h) Los juicios de árbitros y de amigables componedores, los universales, los ejecutivos, de desahucio, interdictos y de alimentos provisionales.

Tampoco será necesario el acto conciliatorio para la interposición de las demandas de tanteo, de retracto y de cualquiera otra que sea urgente y perentoria por su naturaleza. Pero si hubiere de seguirse pleito, se exigirá el acto de conciliación o la certificación de haberse intentado sin efecto.

El Juez no admitirá demanda a que no se acompañe certificación del acto de conciliación, o de haberse intentado sin efecto, en los casos en que por derecho corresponda, no obstante lo cual serán válidas las actuaciones que se hayan practicado sin este requisito, salvo la responsabilidad en que el juez haya incurrido; pero se procederá a la celebración del acto en cualquier estado del pleito en que se note su falta.

Corresponde a los jueces municipales del domicilio y en su defecto a los de la residencia del demandado, la competencia para autorizar los actos de conciliación que ante ellos se promuevan, en los casos en que con arreglo a derecho corresponda celebrarlos.

Si se suscitare cuestión de competencia o de recusación del juez municipal ante quien se promueva el acto de conciliación, se tendrá por intentada la comparecencia sin más trámites, y con certificación en que conste así, podrá el actor entablar la demanda que corresponda.

Procedimiento: el que intente el acto de conciliación acudirá al juez municipal presentando tantas papeletas firmadas por él, o por un testigo a su ruego si no pudiera firmar, cuantos fueran los demandados y una más, en cuyas papeletas expresará los nombres, profesión y domicilio del demandante y demandado, la pretensión que se deduzca y la fecha en que se presenten al juzgado. El juez, en el mismo día en que se presente la demanda, o en el siguiente hábil, mandará citar a las partes, señalando el día y hora en que haya de tener lugar la comparecencia, procurando que se verifique a la mayor brevedad posible, pero entre la citación y la comparecencia deberán mediar, por lo menos veinticuatro horas cuyo término podrá, sin embargo, reducir el juez si hubiese justas causas para ello. Pero en ningún caso podrá dilatarse por más de ocho días, desde él en que se hayan presentado las papeletas.

Verificada la notificación por los medios que, para cada caso, establece la ley, los demandantes y los demandados vienen obligados a comparecer en el día y hora señalados y, si alguno de ellos no lo hiciera ni manifestase justa causa para no concurrir, se dará el acto por intentado sin efecto, condenándole en las costas.

Tanto los demandantes como los demandados, se presentarán acompañados cada cual de un *hombre bueno*, cuyo oficio podrá desempeñar cualquier español que esté en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

El acto de conciliación se celebrará exponiendo el demandante su reclamación y manifestando los fundamentos en que la apoya. Le contestará el demandado lo que crea conveniente, y podrá también exhibir cualquier documento en que funde sus excepciones.

Después de la contestación, podrán los interesados replicar y contrarreplicar si quisieren. Si no tuviere avenencia entre ellos, los *hombres buenos* y el juez municipal procurarán avenirlos. Si no pudieren conseguirlo, se dará el acto por terminado.

De todo lo ocurrido se extenderá acta en un libro que llevará el Secretario del Juzgado. En este libro se hará constar por diligencia haberse dado por intentado el acto de conciliación a que no hayan concurrido los demandados; y si, siendo varios, concurriere alguno de ellos, se celebrará el acto con él, y se tendrá por intentado sin efecto en cuanto a los demás.

Los gastos que ocasione el acto de conciliación serán de cuenta del que lo hubiere promovido.

Lo convenido por las partes en acto de conciliación se llevará a efecto por el mismo juez municipal por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias dictadas en juicio verbal cuando su interés no exceda de los límites señalados a la competencia de estos Juzgados (art. 18, Ley de 5 Agosto 1907). En otro caso tendrá el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne.

Contra lo convenido en acto de conciliación, podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

La demanda ejercitando dicha acción deberá interponerse ante el juez de primera instancia del partido, dentro de los ocho días siguientes a la celebración del acto, y se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda a su cuantía, pero si no excediese la suya de la que determina la competencia de los tribunales municipales, deberá sustanciarse también ante el juez de primera instancia por los trámites del juicio verbal y sin ulterior recurso.

El acto de conciliación no producirá efecto, y deberá intentarse de nuevo antes de promoverse el juicio, si no se presentare la demanda ordinaria dentro de los dos años siguientes al acto.

Tampoco producirá el efecto de interrumpir la prescripción si no se promoviere el correspondiente juicio dentro de los dos meses siguientes al acto conciliatorio sin avenencia.