

# Naturaleza jurídica de los actos de jurisdicción voluntaria respecto de las personas con discapacidad

## *Legal nature of non-contentious acts in respect of persons with disabilities*

por

BRIAN BUCHHALTER-MONTERO\*

*Graduado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Valencia  
Personal docente e investigador (FPU), Universidad Complutense de Madrid*

**RESUMEN:** La discusión sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria ni es nueva ni puede darse por cerrada. Este trabajo tiene por objeto estudiar la naturaleza jurídica —y las implicaciones constitucionales que ello comporta— de la jurisdicción voluntaria que se ejercita respecto de las personas con discapacidad. Se aborda la cuestión desde algunas de las categorías más clásicas del Derecho procesal para llegar a la conclusión de que, constitucionalmente, el legislador no está legitimado para atribuir las competencias relativas a personas con discapacidad a operadores jurídicos distintos de los jueces.

**ABSTRACT:** *The discussion on the legal nature of voluntary jurisdiction is neither new nor can it be considered closed. The aim of this paper is to study*

---

\* Máster en Derecho alemán por la Universität Konstanz (LL.M) y Máster en Derecho de Familia por la Universidad Internacional de La Rioja. Premio Extraordinario de Grado (2021) y de la Sociedad Española de Excelencia Académica (2021).

*the legal nature — and the constitutional implications that this entails — of the voluntary jurisdiction exercised in respect of people with disabilities. The question is approached from some of the most classic categories of procedural law in order to reach the conclusion that, constitutionally, the legislator is not legitimised to attribute competences relating to persons with disabilities to legal operators other than judges.*

**PALABRAS CLAVE:** Jurisdicción voluntaria. Discapacidad. Naturaleza jurídica. Tribunal Constitucional. Pretensión procesal.

**KEY WORDS:** *Voluntary jurisdiction. Disability. Legal nature. Constitutional Court. Procedural pretension.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. RELATIVIDAD HISTÓRICA DEL PROCESO Y JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.—III. TESIS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: 1. TESIS ADMINISTRATIVISTAS. 2. TESIS JURISDICCIONALISTAS. 3. TESIS MIXTAS.—IV. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. LA LEGITIMACIÓN PARA EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. 2. LAS EXIGENCIAS DERIVADAS DEL ARTÍCULO 24 CE EN LOS PROCEDIMIENTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. 3. LA NO EXCLUSIVIDAD DE LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL ARTÍCULO 117.4 CE.—V. TOMA DE POSICIÓN A LA VISTA DE LAS NOCIONES DE PRETENSIÓN, OPOSICIÓN, COSA JUZGADA E INDEPENDENCIA JUDICIAL: 1. LA PRETENSIÓN PROCESAL EN LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. 2. LA OPOSICIÓN A LA PRETENSIÓN. 3. LA AUSENCIA DE COSA JUZGADA. 4. INDEPENDENCIA Y ACTUACIÓN IMPARCIAL.—VI. CONCLUSIONES.—VII. REFERENCIAS: 1. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS. 2. BIBLIOGRÁFICAS.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La polémica respecto de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria ni es nueva, ni puede darse por cerrada<sup>1</sup>. Sin querer caer en el justificado derrotismo que algunos autores presentaban ante el caos normativo anterior a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria lo cierto es que los intentos por aprehender la jurisdicción voluntaria como un *totum* no han arrojado resultados definitorios<sup>2</sup>. No tanto porque la sustancia objeto de estudio sea abigarrada, sino porque el *approach* a ella es, en ocasiones,

excesivamente dogmático y alejado del indispensable sustento del Derecho positivo.

La cuestión todavía se complica más pues, en el marco de la *species* de la que se ocupa este estudio, todavía pueden distinguirse una buena cantidad de actos. Sobre esta necesaria distinción ya reconocía ALCALÁ-ZAMORA la existencia de determinados expedientes de jurisdicción voluntaria, «vinculados con eventualidades procesales (conciliación anterior a la demanda o con las habilitaciones para comparecer en juicio)» que revestirían «en rigor la cualidad de procesos preliminares (...)» y que serían, *stricto sensu*, jurisdiccionales<sup>3</sup>. En todo caso, como ha dicho ALMAGRO NOSETE, no puede perderse de vista que la difuminación de los linderos entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa «siempre se plantea respecto de derechos no dispositivos o derechos-deberes o respecto de estados o situaciones en los que el interés privado y el interés público están equiparados» (como los relativos a las personas requeridas de especial protección, sea por la circunstancia que sea)<sup>4</sup>. Con tales consideraciones a la vista, se entiende que este estudio restrinja su análisis específicamente a la jurisdicción voluntaria *judicial*, es decir, la que ejercitan *stricto sensu* los jueces y ningún otro operador jurídico más y, muy particularmente, la que se ejercita respecto de las personas con discapacidad, especialmente tras la Ley 8/2021, de 2 de junio.

## II. RELATIVIDAD HISTÓRICA DEL PROCESO Y JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

El proceso es una de las expresiones más nítidas de la tradición cultural y de la idiosincrasia judicial de cada país. De ello daba cuenta GUASP cuando se refería a la «inevitable particularidad nacionalista de cada sistema procesal, que impide remitirse a esfuerzos exógenos, aunque sean afines en la materia (...)»<sup>5</sup>. En la jurisdicción voluntaria se excita esta heterogeneidad, de manera que su particular ser «dificulta de 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»<sup>6</sup>. Y ya decían MANRESA, MIQUEL y REUS<sup>7</sup> que «debe estarse a lo que la legislación o jurisprudencia de cada país tenga establecido acerca de los actos, que en el mismo han de reputarse como de jurisdicción voluntaria, respecto de lo cual no están enteramente de acuerdo los códigos modernos»<sup>8</sup>. De esta relatividad natural se sigue que las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales de otros países sobre *sus* regulaciones de la jurisdicción voluntaria deban tomarse con cautela —por brillantes y sesudas que sean y que, en gran medida, son. No significa esto que puedan desconocerse los trabajos

de las doctrinas alemana o italiana, por ejemplo, sino que su exégesis no es suficiente para aprehender la naturaleza jurídica de la Jurisdicción voluntaria *española*<sup>9</sup>. Lo mismo, *mutatis mutandis*, puede decirse de las aportaciones patrias anteriores a la Ley de la Jurisdicción Voluntaria que, evidentemente, no pudieron tomarla en consideración.

Ahora bien, tal diversidad espacio-temporal no es obstáculo para reconocer algunos puntos comunes y que la finalidad de muchos de estos procedimientos es parecida, cuando no igual, en los distintos ordenamientos, «sea cual fuere el credo político que impere en un Estado»<sup>10</sup>. Con admirable claridad lo ha expresado LIÉBANA ORTIZ: «una construcción teórica de la jurisdicción voluntaria, con escaso o nulo apoyo en el Derecho positivo sería (...) un vacuo ejercicio dogmático (...)»<sup>11</sup>. Sentado esto, parece claro que el ordenamiento jurídico que debe fundamentar el análisis y la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria es el español<sup>12</sup>. De lo que se trata, por tanto, es de elucidar la naturaleza jurídica de la actividad que —al cobijo de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria— realizan los jueces en materia de protección de las personas con discapacidad. Y, más concretamente, de lo que se trata es de determinar si la función que realizan los jueces en este ámbito es jurisdiccional en el sentido del artículo 117.3 de la Constitución española (CE, en adelante) o si, por el contrario, dado su pretendido carácter *materialmente* administrativo, podría ser en un futuro atribuido a otros operadores jurídicos con base en una suficiente *auctoritas*<sup>13</sup>. No es objeto de este estudio, pues, diseccionar ontológicamente la jurisdicción voluntaria española en general, sino tan solo de delimitar ese contenido esencial que, suprimido, determinaría la irrecognoscibilidad de la jurisdicción voluntaria<sup>14</sup>. Se trata de poner de relieve la existencia de una suerte de garantía institucional en la jurisdicción voluntaria, un núcleo esencial del que, constitucionalmente, no se puede prescindir:

«la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de estas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace»<sup>15</sup>.

No se puede, por tanto, compartir aquellas posiciones que sostienen la inutilidad de buscar esta naturaleza esencial o intrínseca de la jurisdicción voluntaria, ni tampoco las que sostienen que se trata de una «polémica estéril» o «disuasoria en cuanto a sus repercusiones prácticas»<sup>16</sup>. Que la jurisdicción —como toda construcción humana— sea relativa no puede suponer abdicar en la búsqueda de los límites que el legislador debe respetar para delimitar el «contenido razonable de la jurisdicción voluntaria, evitando, mediante el arbitrio de establecer una contenciosidad de determinadas materias, posibles abusos de derecho o de fraude a la Ley»<sup>17</sup>. No es posible admitir un vaciamiento de la jurisdicción voluntaria, solo porque sus nebulosos contornos compliquen su aprehensión. Tan necesaria es la jurisdicción voluntaria como la contenciosa, cada una de ellas tiene su ámbito de operatividad<sup>18</sup>. La imposibilidad, por tanto, de concretar qué sea la jurisdicción voluntaria en general exige delimitar los diferentes expedientes y actos que se regulan en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y determinar, casi artesanalmente, cuál es su naturaleza<sup>19</sup>. De esta relatividad daba ya cuenta la exposición de motivos que acompañó al proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria de octubre 2005 en el que se reconocía la relatividad del concepto con la expresión «tal como aparece concebida en la presente Ley (...)

La jurisdicción voluntaria encuentra su amparo en el artículo 117.4 de la Constitución, como función expresamente atribuida a los Juzgados y Tribunales en garantía de derechos que se ha considerado oportuno sustraer de la tutela judicial que otorga el proceso contencioso, claramente amparado en el artículo 117.3» (exposición de motivos del proyecto de 2005, apartado III)<sup>20</sup>. En definitiva, en palabras de SERRA DOMÍNGUEZ, «lo realmente importante es determinar cuándo unas funciones [concretas] son jurisdiccionales y cuándo son administrativas»<sup>21</sup>.

### III. TESIS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Dicho lo anterior, procede ahora un breve repaso sobre las distintas teorías que se han formulado respecto de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria. Estas han sido variadas a lo largo del espacio y del tiempo. Aun así, en términos generales, es posible reconducir la polémica a tres grandes corrientes: 1) la que sostiene que se trata de una actividad materialmente administrativa, aunque formalmente judicial; 2) la que considera que la jurisdicción voluntaria es una actividad jurisdiccional *stricto sensu*; y 3) la que mantiene que la jurisdicción voluntaria sería un *tertium genus* en el que confluyen características tanto de la jurisdicción como de la administración.

## 1. TESIS ADMINISTRATIVISTAS

La doctrina mayoritaria parece inclinarse hoy por entender que en la jurisdicción voluntaria no existe actividad jurisdiccional sino «*pura amministrazione*» en los ya clásicos términos de CHIOVENDA<sup>22</sup>. La consecuencia fundamental de tal consideración reside, en el orden constitucional, en que la competencia para realizar actos de jurisdicción voluntaria debe ser atribuida a órganos administrativos y no judiciales. De esta manera, el carácter histórico y contingente de la jurisdicción voluntaria permitiría la atribución de su ejercicio al Poder Ejecutivo sin desmedro del Estado de Derecho<sup>23</sup>.

En esta posición es posible incardinar, con muchos matices y sin ánimo de exhaustividad, algunos autores patrios y extranjeros: ALLORIO<sup>24</sup>, ARELLANO GARCÍA<sup>25</sup>, ALMAGRO NOSETE<sup>26</sup>, BANACLOCHE PALAO<sup>27</sup>, CHIOVENDA<sup>28</sup>, DAMIÁN MORENO<sup>29</sup>, FAIRÉN GUILLÉN<sup>30</sup>, GIMENO GAMARRA<sup>31</sup>, GÓMEZ ORBANEJA y HERCE Quemada<sup>32</sup>, GUASP<sup>33</sup>, PRIETO-CASTRO<sup>34</sup>, SERRA DOMÍNGUEZ<sup>35</sup>, WACH<sup>36</sup> o ZAFRA VALVERDE<sup>37</sup>.

También ha sido valedor de esta posición el Tribunal Supremo en algunas resoluciones, como la ya antigua STS Núm. 110/1949 (REC: s/n, ponente VALLEDOR y SUÁREZ DE OTERO) de 5 de mayo en la que, al hilo de la declaración de incapacitación se decía lo siguiente:

«(l)a llamada jurisdicción voluntaria no extiende su esfera de acción a los procedimientos en que se solicita la declaración de incapacidad de una persona para administrar sus bienes, porque tal pretensión no se traduce en mera constatación de actos *inter-volentes* sino que implica ejercicio en su resolución del *jus dicere* como controversia judicial entre partes conocidas y determinadas, que entra de lleno en el ámbito del procedimiento civil contencioso o jurisdiccional *stricto sensu*» (considerando 1.º)<sup>38</sup>.

Más modernamente también ha venido siendo defendida esta posición, entre nosotros, por algunos como LIÉBANA ORTIZ<sup>39</sup> o FERNÁNDEZ EGEA<sup>40</sup> e, igualmente, en la doctrina administrativa de la FGE se advierte esta tendencia. Así, la Circular de la FGE Núm. 1/2001, de 5 de abril, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del fiscal en los procesos civiles contraponen un «genuino proceso jurisdiccional» a la jurisdicción voluntaria (ap. I.). Por último, esta posición también fue expresamente asumida por el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria de octubre de 2006, lo que lo condenó, entre otros motivos, al fracaso<sup>41</sup>.

## 2. TESIS JURISDICCIONALISTAS

Frente a la concepción administrativista de la jurisdicción voluntaria, otras posiciones jurisprudenciales y doctrinales han venido manteniendo, en parte, su carácter jurisdiccional<sup>42</sup>. Y es que, como ha dicho ALMAGRO NOSETE, «no se puede, sin más, a riesgo de caer en generalizada simplicidad, considerar que la actividad de jurisdicción voluntaria es una actividad administrativa»<sup>43</sup>. Mayor predicamento ha gozado esta posición en la jurisprudencia española (*cfr. supra* epígrafe IV). Ya es clásica la STS s/n (Sala III, REC: 518/1998, ponente Jesús Ernesto PECES MORATE), de 22 de mayo de 2000 que, declarando la nulidad de cierta modificación del Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (RH), ponía de relieve lo siguiente:

«(e)l que se admita la existencia de actuaciones de jurisdicción voluntaria atribuidas a órganos no jurisdiccionales, para las que tal denominación es harto discutible, no supone que cuando un juez o tribunal está llamado por la Ley a definir un derecho o a velar por él, sin que exista contienda entre partes conocidas y determinadas (art. 1811 LEC [1881]), su actuación no deba estar revestida de las garantías propias de la jurisdicción (...), de modo que no se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria los jueces y tribunales no estén ejercitando potestades jurisdiccionales (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), con independencia de que ulteriormente quepa sobre lo mismo otro proceso contradictorio (...)» [FJ 7.º]<sup>44</sup>.

## 3. TESIS MIXTAS

Por último, otros autores han sostenido que la jurisdicción voluntaria sería un *tertium genus* entre jurisdicción y administración, que participaría de la naturaleza de ambas dos. Esta posición puede sintetizarse en las siguientes palabras de GUASP:

«(...) el análisis de la estructura de la pretensión procesal (...) permitiría acaso emplazar sistemáticamente a la jurisdicción voluntaria en el ámbito del ordenamiento jurídico, asignándola un puesto intermedio entre la actividad administrativa de carácter espontáneo y la actividad judicial, atribuyéndole, en efecto, las actividades provocadas por peticiones en las que faltando el elemento del sujeto pasivo, necesario para la construcción de la pretensión, no puede hablarse con certeza de la existencia de esta»<sup>45</sup>.

#### IV. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

También en la jurisprudencia del TC es perceptible esta polémica. Ya la antigua STC Núm. 13/1981 (REC: 202/1980, ponente DÍEZ DE VELASCO VALLEJO) de 22 de abril, había puesto de relieve que:

«(l)as variadas tesis formuladas por la doctrina, de un lado sobre la naturaleza de esta jurisdicción voluntaria —desde una verdadera jurisdicción hasta una administración de Derecho privado atribuida por razones históricas a órganos judiciales— y la diversidad, desde otro lado, de los supuestos contemplados en el libro III de la LEC 1881, nos obliga a no sentar conclusiones generales sobre la necesidad o no de intervención de quienes puedan considerarse afectados en sus derechos por actos de jurisdicción voluntaria a la luz del artículo 24 CE. Será necesario, por el contrario, descender a los casos particulares para verlos a la luz del texto constitucional» (FJ 3.º).

Por otra parte, en un reciente voto particular a la STC Núm. 36/2021 (REC: 4088/2019, ponente OLLERO TASSARA), de 18 de febrero, ENRÍQUEZ SANCHEZ —con adhesión de MARTÍNEZ-VARES GARCÍA— ha señalado lo siguiente:

«(e)l expediente de adopción se tramita conforme al procedimiento previsto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, pero este tribunal ha dicho que la jurisdicción voluntaria es también jurisdicción. Los jueces en la jurisdicción voluntaria también ejercen jurisdicción, por eso pueden plantear cuestiones de inconstitucionalidad».

Sigue este reciente voto particular el camino iniciado anteriormente por otros magistrados, como RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ que, en un voto particular al ATC Núm. 508/2005 (REC: 5856/2005, Pleno), de 13 de diciembre de 2005 ponía de relieve que «no es esencial a la actividad jurisdiccional que exista cuestión o controversia entre las partes o que se ejercite (*inter invitos*) entre personas que no han podido ponerse de acuerdo»; y es que «también es jurisdicción —muy en especial en el ámbito del Derecho privado— la que se ejercita entre personas que, hallándose de acuerdo en sus pretensiones (*inter volentes*) buscan el ministerio del juez para imprimirles sello de autenticidad» (art. 1811 del Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil [LEC 1881, en adelante]). En el mismo voto particular se ponía de relieve, trayendo a colación algunas viejas instituciones romanas, que tampoco es esencial a la actividad jurisdiccional el «efecto formal del acto jurisdiccional» (la cosa juzgada en sede contenciosa)<sup>46</sup>. Para nosotros, el carácter



jurisdiccional de los actos de jurisdicción voluntaria que realizan los jueces en el sentido del artículo 117.3 CE queda refrendado, en la doctrina del TC, por las siguientes consideraciones: 1) que los jueces están legitimados para plantear cuestión de inconstitucionalidad cuando ejercen funciones en el marco de la jurisdicción voluntaria; 2) que al procedimiento que se sigue en la jurisdicción voluntaria son de aplicación las exigencias del artículo 24 CE; y 3) que las funciones de garantía que los jueces ejercen al amparo del artículo 117.4 CE no son exclusivas y que, por tanto, podrían ser atribuidas a otros operadores jurídicos. De estas consideraciones, se deriva que la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria en lo relativo a las personas con discapacidad es jurisdiccional en el sentido del artículo 117.3 CE.

#### 1. LA LEGITIMACIÓN PARA EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Si los actos de jurisdicción voluntaria no tuvieran un carácter jurisdiccional —aunque no se desarrollen a través de un cauce procesal *stricto sensu*— carecería de sentido que el TC admitiese la legitimación de los jueces para plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Como dice el ATC Núm. 59/2006 (REC: 9665/2005, Pleno) de 13 de diciembre:

«(n)i el carácter jurisdiccional de la actividad del órgano promotor de la cuestión de inconstitucionalidad, han sido objeto de consideraciones críticas por parte de este Tribunal con ocasión del planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad en expedientes de jurisdicción voluntaria (STC 129/1999, de 1 de julio; ATC 216/1998, de 24 de noviembre); (...), [pues] «no cabe duda de que las cuestiones de inconstitucionalidad fueron suscitadas por los órganos judiciales en actuaciones de carácter jurisdiccional, aun cuando, en algunos casos, no se desarrollaran a través de un proceso en sentido propio» (FJ 3.º)<sup>47</sup>.

Solo que se ejerzan funciones jurisdiccionales en jurisdicción voluntaria permitiría admitir, por ejemplo, que un juez pudiera plantear cuestión de inconstitucionalidad en un expediente de consignación judicial (arts. 98 y sigs. Ley de la Jurisdicción Voluntaria) y que, por el contrario, no pudiera hacerlo el notario (arts. 69 y sigs. Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, LN en adelante), a pesar de que las normas civiles a aplicar pudieran ser las mismas. *Lo subjetivo* del órgano llamado a aplicar la norma es lo efectivamente decisivo<sup>48</sup>. La intervención del juez, sumada a los sensibles intereses que allí se ventilan, exige afirmar el carácter jurisdiccional de los actos de jurisdicción voluntaria en relación con las personas discapacitadas. Y es que, como ha señalado RAMOS MÉNDEZ «si se desvaloriza el argumento personalista

para determinar la naturaleza de un acto, habría que llegar a conclusiones un tanto atrevidas (...)»<sup>49</sup>. Y si lo «jurisdiccional es asimilable a lo judicial»<sup>50</sup> (ALMAGRO NOSETE) difícilmente podemos admitir que lo judicial no sea, por lo menos indiciariamente, jurisdiccional; especialmente si desde una perspectiva funcional la jurisdicción voluntaria y la contenciosa coinciden, pues:

«las funciones propias de la jurisdicción contenciosa (declarativa con la variedad declarativa constitutiva, cautelar en sentido amplio o preventiva y de ejecución) están presentes con las particularidades resultantes de la falta de contenciosidad [antes de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria], en la jurisdicción voluntaria»<sup>51</sup>.

Prueba de la tutela cautelar que puede dispensarse en algunos expedientes de jurisdicción voluntaria es el artículo 158.6.º del Código Civil con arreglo al cual el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal dictará: «(...) las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios (...). Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en procedimiento de jurisdicción voluntaria»<sup>52</sup>. Ahora bien, el carácter eminentemente subjetivo de los criterios que permiten diferenciar la jurisdicción voluntaria de la administración no puede oscurecer su contrapartida objetiva. Esta circunstancia ha sido claramente expresada por un muy ilustre procesalista argentino (PALACIO, defensor, por cierto, del carácter administrativo de la jurisdicción voluntaria argentina):

«(e)l hecho de que sean los jueces los que conozcan en esta clase de asuntos no contenciosos obedece, entre otras razones, a la índole estrictamente jurídica que presentan, a la facilidad con que pueden derivar en una verdadera contienda, y a la conveniencia de que ciertos actos realizados por particulares, en razón de la trascendencia que están llamados a producir, sean objeto de una previa y segura comprobación o fiscalización»<sup>53</sup>.

Esta es la posición más acertada para entender la verdadera naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria que desarrollan los jueces respecto de las personas con discapacidad, pues como ha señalado la Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria, ap.1.2.2:

«la jurisdicción voluntaria no siempre supone, conforme al apartado cuarto del artículo 117 CE ejercicio de funciones expresamente «atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho». En determinados casos se ejerce verdadera jurisdicción, potestades que quedan amparadas por el artículo 117.3 (véase,

en este sentido, STC núm. 155/2011, de 17 de octubre). Existe, por tanto, un «núcleo mínimo» de competencia judicial que debe ser respetado»<sup>54</sup>.

En definitiva, la legitimación para plantear cuestión de inconstitucionalidad en un procedimiento de jurisdicción voluntaria es determinante para reconocer su naturaleza jurisdiccional<sup>55</sup>. Lo mismo sucede en Derecho alemán, de manera que el juzgado que conozca de un expediente de jurisdicción voluntaria puede plantear la cuestión de constitucionalidad (*konkrete Normenkontrolle*) del artículo 100 de la Ley Fundamental de Bonn (GG, en adelante)<sup>56</sup>.

## 2. LAS EXIGENCIAS DERIVADAS DEL ARTÍCULO 24 CE EN LOS PROCEDIMIENTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Otra circunstancia que permite refrendar el carácter jurisdiccional de estos procedimientos de jurisdicción voluntaria es la virtualidad que despliega el artículo 24.1 CE<sup>57</sup>. Si la jurisdicción voluntaria fuera actividad administrativa, no podría reclamarse la vigencia del artículo 24 CE en su seno, tal como exige la STC Núm. 58/2008 (REC: 2306/2005, ponente JIMÉNEZ SÁNCHEZ), de 28 de abril (FJ 2.º)<sup>58</sup>. Respecto de la conciliación —que, a pesar de la polémica doctrinal sobre su naturaleza, viene hoy regulada en los arts. 139 y sigs. de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria— la STC Núm. 155/2011 (REC: 5702/2009, ponente RODRÍGUEZ ARRIBAS) de 17 de octubre ha puesto de relieve lo siguiente:

«(e)n cuanto a la naturaleza del acto de conciliación en el proceso civil, esto es, si se incluye en el área contenciosa o se incardina en la jurisdicción voluntaria, ha de señalarse que a efectos de la tutela judicial efectiva la cuestión es indiferente, desde el momento en que la jurisprudencia de este Tribunal ha venido extendiendo los derechos procesales del artículo 24 de la Constitución, a esa parcela de la justicia civil» (FJ 3.º).

La virtualidad del artículo 24 CE se agudiza respecto de los actos que se realizan en relación con personas con discapacidad, pues, como recuerda la STS Núm. 145/1989, (REC: s/n, ponente CARRETERO PÉREZ), de 20 de febrero, todas garantías procesales que se establecen en beneficio de las personas con discapacidad no son simples trámites procesales, sino de normas que poseen un valor sustantivo, derivado de la dignidad de la persona (FJ 5.º)<sup>59</sup>. También en la jurisprudencia de las AP se advierte esta especial sensibilidad por la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad. Ilustrativo es el AAP Huesca (Sección 1.ª) Núm. 83/2017 (REC: 216/2017, ponente ANGOS ULLATE) de 14 de julio:

«(...) el incapaz (*sic*) tiene un derecho a la tutela judicial efectiva singularmente intenso, conforme a los artículos 7.3 y 4 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2013, lo cual se concreta en el artículo 216 del Código Civil en relación con su artículo 158, que obligan al juez a actuar de oficio en cualquier procedimiento para evitar perjuicios a menores e incapaces frente a terceras personas (...)» (FJ 2.º)<sup>60</sup>.

No es posible sostener, por tanto, que «en los procedimientos de jurisdicción voluntaria ni la audiencia a los interesados ni la igualdad de armas son una necesidad lógica, derivada del concepto y estructura de estos procedimientos, sino que se imponen por razones prácticas»<sup>61</sup>.

### 3. LA NO EXCLUSIVIDAD DE LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL ARTÍCULO 117.4 CE

Por último, la falta de exclusividad judicial en el ejercicio de las garantías a que se refiere el artículo 117.4 CE debe comportar que la protección de los intereses de las personas con discapacidad o de los menores quede incardinada en la noción de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» del artículo 117.3 CE. El TC ha sido claro al admitir que las funciones del artículo 117.4 CE no se ejercitan con carácter de exclusividad<sup>62</sup>. De aquí se sigue que, de admitir que la jurisdicción voluntaria supone administración y no jurisdicción, debería también admitirse que el legislador, por criterios de oportunidad, podría constitucionalmente atribuir la realización de estas funciones de garantía a otros operadores jurídicos. Difícilmente cabe imaginar, sin embargo, la atribución de estas muy sensibles actuaciones a operadores no revestidos de las garantías particulares de los jueces. Por tanto, la inexistente exclusividad judicial del artículo 117.4 CE permitiría atribuir *todos* los actos de jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos distintos de los jueces, lo que no parece admisible. Claro ha sido el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ, en adelante) en los Informes que tanto en 2006 como en 2014 ha emitido en relación con los anteproyectos de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria:

«(d)e acuerdo con autorizada doctrina en la materia, no es del todo acertado mantener que la fundamentación de la jurisdicción voluntaria se asienta única y exclusivamente en el apartado 4 del artículo 117 CE, sino que, al menos algunos procedimientos de jurisdicción voluntaria, deben permanecer en el ámbito de la reserva jurisdiccional *ex* artículo 117.3 CE. Lo contrario supondría que el legislador ordinario puede decir que incluso en los expedientes de jurisdicción voluntaria en los que se vean afectados derechos fundamentales o relacionados con menores y otras personas es-

pecialmente protegidas, procede asignar la competencia a otros operadores jurídicos distintos de los jueces»<sup>63</sup>.

De esta manera, al fundamentar constitucionalmente la jurisdicción voluntaria, continúa el CGPJ, sería más adecuado:

«echar mano no solo del apartado 4 del artículo 117 CE, sino también del apartado 3 de ese mismo precepto constitucional, dejando claro que el mantenimiento en la órbita de los órganos judiciales de una serie de expedientes de jurisdicción voluntaria obedece al hecho insoslayable de que la CE obliga a respetar un núcleo mínimo de competencia judicial, en atención al carácter jurisdiccional del expediente. En otras palabras, que —aunque no sea esta la opción por la que se decanta el prelegislador actual—, no sería posible proceder a una desjudicialización de todos los expedientes de jurisdicción voluntaria»<sup>64</sup>.

## V. TOMA DE POSICIÓN A LA VISTA DE LAS NOCIONES DE PRETENSIÓN, OPOSICIÓN, COSA JUZGADA E INDEPENDENCIA JUDICIAL

A la vista de lo anterior, parece claro que la jurisdicción voluntaria que se ejercita respecto de las personas con discapacidad reviste un carácter puramente jurisdiccional. Sin embargo, los estudios más profundos y recientes que se han ocupado de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria han partido de una noción de jurisdicción tan estricta que difícilmente permite incardinar cualquier expresión de la jurisdicción distinta de la civil contenciosa clásica. Constantemente se advierte una tendencia a la reducción o incluso a la identificación del término jurisdicción con la jurisdicción civil. Sin embargo, cualquier concepto que pretenda ser provechoso debe ser lo suficientemente amplio como para poder abarcar en su seno—no ya las particularidades procesales e históricas que explican, por ejemplo, la jurisdicción contencioso-administrativa— pero sí, por lo menos, la jurisdicción civil y penal. Exponente de esta tendencia es el profundo e interesante trabajo de LIÉBANA ORTIZ, *Fundamentos dogmáticos de la jurisdicción voluntaria*<sup>65</sup>. Allí se afirma que la jurisdicción se caracterizaría por cuatro notas: 1) existencia de una pretensión procesal; 2) resistencia a la misma; 3) efecto de cosa juzgada; y 4) actuación imparcial y con desinterés de los órganos jurisdiccionales<sup>66</sup>. Con estas nociones a la vista se dice, la jurisdicción voluntaria no sería jurisdicción sino administración<sup>67</sup>.

## 1. LA PRETENSIÓN PROCESAL EN LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

La pretensión procesal, decía GUASP, es «aquella declaración de voluntad por la que un sujeto pide o solicita del órgano jurisdiccional una determinada conducta frente a otra persona distinta y determinada»<sup>68</sup>. A ello añadía que «esta declaración de voluntad constituye el objeto de todo el proceso; sobre ella recae la actividad de los diversos sujetos procesales; es la materia, el contenido, la sustancia que integra el proceso mismo»<sup>69</sup>. Sobre esta base se entiende que en la jurisdicción voluntaria pueda quedar excluida la pretensión en sentido estricto, por predominar en ella una cierta nota de unilateralidad<sup>70</sup>. Y así, se afirma —incluso por los defensores de la tesis jurisdiccionalista, como FERNÁNDEZ DE BUJÁN— que no existe pretensión frente a persona concreta<sup>71</sup>. Esta consideración, que puede ser cierta respecto de determinados procedimientos de jurisdicción voluntaria, no puede compartirse respecto de aquellos en los que, ventilándose intereses públicos, interviene el Ministerio Fiscal. Y es que, como el propio GUASP decía, el Ministerio Fiscal desarrolla, en los procedimientos en los que interviene como parte, esta función de pedir o *pretender*:

«(e)n efecto, el Ministerio Fiscal, lo mismo en el proceso penal que en el civil o en cualquier otro proceso, es un órgano del Estado; ahora bien, si el Estado interviene ya en el proceso por medio del órgano de la jurisdicción, ¿qué función realiza aquel? La solución no puede darse sino recogiendo la distinción entre personas que piden y personas que deciden antes expuesta: el órgano jurisdiccional es el órgano del Estado que decide; el titular de la pretensión es o puede ser un particular y no un órgano estatal; pero como hay ocasiones en que la decisión constituye un interés público y no puede abandonarse su existencia (...) a la voluntad de un particular que la pretenda, como ocurre normalmente cuando se infringe una norma penal, el Estado instituye independientemente otra serie de órganos cuya función es precisamente la de pedir o pretender aquella decisión y al conjunto de estos órganos es a lo que se denomina Ministerio Fiscal; si la dualidad pretensión-decisión no fuera sustancial al concepto de proceso no se explicaría la existencia de dos órganos del Estado en un mismo proceso»<sup>72</sup>.

A pesar de ello, sostenía GUASP que en la jurisdicción voluntaria no hay pretensión<sup>73</sup>. También lo mantenía ZAFRA VALVERDE (uno de los más ilustres discípulos de aquel) cuando decía que «esta inexistencia de pretensiones en los actos de jurisdicción voluntaria, por faltar el sentido de enfrentamiento indicado, quiere decir tanto como que no existe, en calidad de sustrato de la petición, una situación de sinrazón jurídica<sup>74</sup> para la que el Estado tenga predeterminada la tutela jurisdiccional»<sup>75</sup>, lo que es tanto

como expresar que la petición —desontologizada y vaciada de su pretensionalidad<sup>76</sup>— «no supone una desarmonía entre un acto volitivo estatal y un cierto hecho, al cual va ligada de alguna manera la voluntad de una persona y del que dimana o puede dimanar la lesión de un interés de otro sujeto (...)»<sup>77</sup>. Sin embargo, esta posición, que pudo mantenerse firmemente en las antiguas regulaciones de la jurisdicción voluntaria no puede sostenerse con la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria a la vista. La intervención del Ministerio Fiscal como parte en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o una persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica (art. 4 Ley de la Jurisdicción Voluntaria) determina la existencia de pretensión y, por tanto, de jurisdicción en sentido estricto. Y justamente, la Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria reconoce expresamente que, aunque inicialmente solo cabe hablar de «solicitantes» e «interesados», «la tramitación en el seno del expediente de verdaderas controversias, admitida desde antiguo, hace que se desdibuje esta premisa» (6). Ahora bien, lo anterior no quiere decir que toda intervención del Ministerio Fiscal en cualquier procedimiento suponga una transformación *a radice* de lo administrativo en lo jurisdiccional. Esto supondría admitir que la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento administrativo de expropiación forzosa (art. 5.1 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa) lo transforma en jurisdiccional lo que, a la luz de la jurisprudencia del TC, no es admisible<sup>78</sup>. Al contrario, la presencia del Ministerio Fiscal y del órgano judicial (como criterios subjetivos) unido a la naturaleza de los intereses que se ventilan (criterio objetivo) permite colegir la existencia de auténtica actuación jurisdiccional. A la misma conclusión se puede llegar con el artículo 21.1 Ley 5 Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, a la vista que se refiere a las «pretensiones» de que pueden conocer los Tribunales civiles y muy especialmente cuando la propia Ley de la Jurisdicción Voluntaria se refiere a la «pretensión» de manera clara y expresa. Así, dice el artículo 14.1.II Ley de la Jurisdicción Voluntaria, lo siguiente:

«(s)e expondrá a continuación con claridad y precisión lo que se pida, así como una exposición de los hechos y fundamentos jurídicos en que fundamenta su pretensión. También se acompañarán, en su caso, los documentos y dictámenes que el solicitante considere de interés para el expediente, y tantas copias cuantos sean los interesados».

No solo allí admite la Ley de la Jurisdicción Voluntaria la existencia de pretensión, sino también en otros expedientes en los que la competencia



para resolver es del letrado de la Administración de Justicia. Así sucede en el expediente de deslinde de fincas en el que, tanto en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria [para fincas no inscritas en el Registro de la Propiedad (art. 106.1.II)] como en el Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (LH, en adelante) [para fincas inscritas (art. 200.III LH)]. También en la regulación de los expedientes notariales se aprecia el uso del término «pretensión» (*cfr.* art. 56.2.V LN); e incluso la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, emplea el término «partes», a pesar de que propiamente no existe ejercicio de una acción (art. 10). La conclusión a la que se puede llegar, por tanto, es que la Ley de la Jurisdicción Voluntaria parte de una concepción amplia de la pretensión, que ya no debe entenderse monopolizada por la jurisdicción contenciosa. En definitiva, como dice BANACLOCHE PALAO:

«(...) en los expedientes de jurisdicción voluntaria no hay una pretensión equivalente a la de los procesos contenciosos, porque aquí no se ejerce una acción reclamando una tutela frente a un demandado contradictor; pero si se entiende por pretensión el acto por el cual un sujeto solicita una determinada tutela a un tribunal (ejerciendo un derecho subjetivo público concedido legalmente), claramente existe aquella en los expedientes de jurisdicción voluntaria. De ahí que se exija la motivación y la congruencia en la decisión que se tome, y la imposibilidad de iniciar otro expediente idéntico posterior o que conviva con otro simultáneo»<sup>79</sup>.

## 2 LA OPOSICIÓN A LA PRETENSIÓN

Como lógico correlato de negar la existencia de pretensión en la jurisdicción voluntaria, se impondría negar igualmente la existencia de oposición a ella<sup>80</sup>. Esta posición, que podía ser discutida durante la vigencia del anterior artículo 1817 LEC 1881 [«si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente (...)»], hoy no puede ya admitirse<sup>81</sup>. Y ello por distintos motivos: 1) en primer lugar, porque de admitir que la existencia de oposición es consustancial a la jurisdicción debería admitirse que la homologación de una transacción judicial *ex* artículo 19.2 LEC no implicaría función jurisdiccional *stricto sensu* a pesar de desarrollarse en un proceso contencioso<sup>82</sup>; y 2) porque la propia Ley de la Jurisdicción Voluntaria no determina que en la jurisdicción voluntaria no haya controversia, sino que lo que no hay es «controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso» (art. 1.2 Ley de la Jurisdicción Voluntaria), pues como gráficamente hace notar el CGPJ, «se admite que un cierto ingrediente



contencioso es compatible con la tramitación de un procedimiento de jurisdicción voluntaria»<sup>83</sup> a diferencia de lo que preveía el anterior artículo 1817 LEC 1881 —aunque en la práctica esta rigidez hubiera sido flexibilizada<sup>84</sup>. La ausencia de conflicto, expresado este en el proceso como el antagonismo entre pretensión y resistencia, no es la nota característica de la jurisdicción voluntaria. Lo definitorio respecto de la oposición o conflicto es que no deba —en principio— resolverse en sede contenciosa. Ya latía esta idea en el Decreto de 9 de octubre de 1812, dado por las Cortes de Cádiz que en el artículo 14 de su Capítulo Cuarto atribuyó la competencia en jurisdicción voluntaria a los «jueces de partido», que «conocerán a prevención con los alcaldes de los mismos, de la formación de inventarios, justificaciones *ad perpetuam*, y otras diligencias judiciales de igual naturaleza, en que *todavía* no haya oposición de parte»<sup>85</sup>. No se quiere decir que en todos los expedientes de jurisdicción voluntaria haya pre-conflicto (o una *vocación de conflicto*), pero sí, por lo menos, en los que intervienen personas con discapacidad<sup>86</sup>. De esta circunstancia daba cuenta ya el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria de 17 de diciembre de 2013 cuando decía que mediante esta expresión («ausencia de contraposición entre partes, que deba sustanciarse en un proceso contencioso») se puede dar cabida a aquellos actos en los que «está latente una controversia aunque no tenga [todavía, decimos] entidad suficiente para ser dirimida en un proceso contencioso»<sup>87</sup>. Por ello, no están justificados los reproches que se realizan al artículo 17.3.II de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria por expresar que la oposición no hace *per se* contencioso el expediente, lo que pretendidamente no sería compatible con el tenor del artículo 1.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Lo cierto, sin embargo, es que el artículo 1.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria no establece que no haya controversia, sino, por el contrario, que no hay controversia *que deba* [todavía] *sustanciarse en sede contenciosa*<sup>88</sup>. Con mucho atino lo decía ya GONZÁLEZ PÓVEDA, respecto de la jurisdicción voluntaria regulada en la LEC 1881: lo decisivo no es la ausencia de conflicto, sino la «ausencia del juicio contradictorio»<sup>89</sup> o de «partes contrapuestas»<sup>90</sup>. No es posible, por tanto, dar por buena la consideración de que la inexistencia de controversia es «el alfa y el omega de la jurisdicción voluntaria»<sup>91</sup>. Al contrario, ha sido ya solemnemente enterrada entre nosotros la máxima romana *iurisdictio voluntaria transit in contentiosam interventu iusti adversarii* que, decían MANRESA, MIQUEL y REUS, informaba la LEC 1855<sup>92</sup>. El motivo de este cambio creemos, siguiendo a BANACLOCHE PALAO, es la confianza del legislador en que, tras la discusión, se podrá llegar a una solución sin necesidad —en la mayoría de los casos— de tramitar un declarativo contencioso<sup>93</sup>. En definitiva, como señala FERNÁNDEZ DE BUJÁN, la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria no niega la existencia de controversia (e incluso la prevé expresamente en la rúbrica de los arts. 86 a 90 Ley de la Jurisdicción Voluntaria)<sup>94</sup>.

### 3. LA AUSENCIA DE COSA JUZGADA

La cuestión de la cosa juzgada es quizás uno de los problemas más espinosos que se plantean respecto de la dogmática de la jurisdicción voluntaria<sup>95</sup>. Al respecto, establece el artículo 19.4 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria lo siguiente:

«(l) a resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional con el mismo objeto que aquel, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria».

Con base en esta previsión se sostiene que, en la jurisdicción voluntaria, al no juzgarse irrevocablemente, no es posible admitir verdadera jurisdicción<sup>96</sup>. Para nosotros, la discusión no estriba tanto en que la cosa juzgada sea elemento distintivo de la jurisdicción contenciosa respecto de la voluntaria, sino que tampoco es posible afirmar con rotundidad que la cosa juzgada sea elemento de la jurisdicción *en sí*<sup>97</sup>. La jurisdicción se dice, es la única que puede actuar la Ley de modo irrevocable<sup>98</sup>. Ahora bien, que sea la única que puede actuar la Ley de manera irrevocable—lo que es discutible, sobre todo, con base en la existencia de los ya por extinguir actos políticos (iniciativa legislativa o indultos, por ejemplo)—no significa que todas las expresiones de la jurisdicción revistan el efecto de cosa juzgada<sup>99</sup>. «El proceso —decía WACH— no está en absoluto destinado en todas sus manifestaciones a producir decisiones con fuerza de cosa juzgada»<sup>100</sup>. De admitir que la cosa juzgada es un elemento esencial de la jurisdicción se podría llegar a la conclusión que solo son *jurisdicción* en sentido propio las resoluciones firmes. Como ha dicho ALMAGRO NOSETE sería erróneo pensar, que «una decisión judicial que carezca de la eficacia de cosa juzgada no produce efectos jurídicos frente a terceros», de manera que, la «resolución judicial despliega todos sus efectos y produce las situaciones jurídicas que dimanen de la misma, en cuanto que actos de ejercicio pacífico de los derechos mientras no se transforme el estado jurídico existente en virtud de sentencia firme habida en juicio contradictorio»<sup>101</sup>. Y eso, a pesar de no ser cosa juzgada, es también jurisdicción. Por otra parte, ya no es posible afirmar que las resoluciones de jurisdicción voluntaria carezcan absolutamente de cosa juzgada material, pues sí la tienen en el propio seno de la jurisdicción voluntaria<sup>102</sup>.

De otro lado, de ser la cosa juzgada elemento esencial de la jurisdicción, el llamado juicio de revisión (*cf.* arts. 509 y sigs. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil); 954 y sigs. del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal supondría

privar a lo jurisdiccional de su esencia más natural y, por tanto, retroactivamente despojarla de lo que ontológicamente reclamaria. A esta tesis oponía SERRA DOMÍNGUEZ algunos argumentos, como que la revisión no priva a la resolución de su carácter de cosa juzgada, entre otros motivos: 1) porque la revisión presupone la cosa juzgada; y 2) porque la revisión no tiene por fin el examen directo de la resolución, sino simplemente el procedimiento en virtud de la cual esta se forma<sup>103</sup>. Esta posición es, a nuestro juicio, discutible por distintos motivos. En primer lugar, porque que la revisión presuponga la cosa juzgada no implica, *per se*, que esta sea un elemento esencial de la jurisdicción. Supone tan solo que, como requisito para solicitar la revisión, debe haber recaído sentencia respecto de la que se pueda predicar el efecto de cosa juzgada. En segundo lugar, porque la revisión no tiene por fin solo el examen del procedimiento en virtud del cual esta se formó, sino también hoy otras circunstancias puramente materiales (art. 510.2 LEC). Y, por último, porque la propia LEC admite, de ordinario, la revisión y modificación del contenido de determinadas resoluciones judiciales (*cf.* art. 775 LEC)<sup>104</sup>.

Por tanto, la cosa juzgada no es un elemento esencial de la jurisdicción como actuación judicial del Derecho<sup>105</sup>. Y es que, aun admitiendo que la cosa juzgada fuera un elemento de la jurisdicción en general, tampoco podría afirmarse que la ausencia de cosa juzgada sea un elemento decisivo y definitorio de la jurisdicción voluntaria pues «existen actuaciones de jurisdicción voluntaria que se agotan por sí mismas, una vez producidas y no tienen relación alguna con un proceso posterior», de manera que sería ilógico reprocharles la ausencia de un efecto cuya naturaleza no exige<sup>106</sup>. Así sucede en cierta manera con las medidas de apoyo que se proveen a las personas con discapacidad, cuya revisión es una obligación legalmente establecida (*cf.* arts. 121.II, 268 y 270.II CC)<sup>107</sup>. Como ya dijera GIMENO GAMARRA, la falta de cosa juzgada no es suficiente para delimitar la jurisdicción voluntaria, es solo una «consecuencia del procedimiento empleado y de la finalidad que en ella se persigue»<sup>108</sup>. Se trata, tan solo, de una cuestión de conveniencia o política legislativa, pues los intereses que se ventilan en la jurisdicción voluntaria aconsejan no dotar de los severos efectos de cosa juzgada a las resoluciones de jurisdicción voluntaria, caracterizadas por la flexibilidad y la celeridad<sup>109</sup>.

#### 4. INDEPENDENCIA Y ACTUACIÓN IMPARCIAL

La independencia y la actuación imparcial son dos notas que caracterizan en un sentido natural, pero no único, a la función jurisdiccional. La imparcialidad —dice MONTERO AROCA— «no es una característica abstracta de los jueces y magistrados, sino que hace referencia a un juez determinado y a un caso concreto que se somete a su decisión. Se es o no imparcial para juzgar

un caso concreto»<sup>110</sup>. Por su parte, la independencia supone el sometimiento exclusivo al imperio de la Ley de manera que, dentro de los márgenes del Derecho positivo, el juez solo está sometido al dictamen de su conciencia y de su deber. Estas notas, sin embargo, no son exclusivas de la función jurisdiccional. También la Administración pública es imparcial (art. 103.3 CE) en general o, más concretamente, los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles [art. 313. B) c) LH]. E igualmente, también es imparcial el Ministerio Fiscal (art. 124.2 CE). Ello implica, por tanto, que no puede ser la *actuación* imparcial, ni el sometimiento a la Ley únicamente la nota distintiva de lo jurisdiccional. Lo decisivo es que la imparcialidad sea *judicial en un sentido subjetivo* y apolítica. Como señala SCHMITT, «la *independencia* del juez no puede nunca ser otra cosa que la otra cara de su *dependencia* de la Ley. Aquí se encuentra la gran diferencia de esta independencia en relación con la de los Diputados de una corporación legislativa», necesariamente vinculada a la representación y, por tanto, obligada a la persecución de un fin político<sup>111</sup>. Por su parte, la imparcialidad, en abstracto, no es nota diferencial de la jurisdicción<sup>112</sup>. A ello debe añadirsele, para las personas con discapacidad, que el artículo 12.4 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (CDPD, en adelante) establece que las medidas de apoyo deben revisarse por parte «de una autoridad o un órgano judicial competente independiente e imparcial» que, para nuestro Derecho —a pesar de que no es exigencia directa del CDPD— parece razonable (y constitucionalmente exigible) que tal revisión sea realizada por los jueces<sup>113</sup>.

No podemos dejar, sin embargo, sin señalar que la traducción castellana del artículo 12.4 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es confusa, pues parece dar lugar a entender que la revisión de las medidas solo puede producirse por una autoridad u órgano *judicial* y no administrativo. Sin embargo, no es esta la conclusión que se deriva de otras traducciones. Por ejemplo, la versión alemana se refiere a «*eine zuständige, unabhängige und unparteiische Behörde oder gerichtliche Stelle*» (una competente, independiente e imparcial autoridad u órgano judicial —al que ya se le presuponen, evidentemente, los primeros adjetivos). La versión inglesa permite también la misma conclusión, pues se refiere a «*a competent, independent and impartial authority or judicial body*» e igualmente versión sueca («*oberoende och opartisk myndighet eller ett rättsligt organ*») o la francesa («*organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire*»)<sup>114</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

I. De todo ello podemos colegir que la actividad judicial que se desarrolla en sede de jurisdicción voluntaria respecto de las personas con dis-

capacidad es una actividad netamente jurisdiccional y que, por tanto, sería constitucionalmente inadmisibile atribuir su conocimiento a otros operadores jurídicos —ya sea por su *auctoritas* o por razones de eficiencia<sup>115</sup>. Además, si la jurisdicción voluntaria es una actividad administrativa, no podría ser otorgada a los jueces como, viceversa, si fuera judicial no podría ser atribuida a la Administración<sup>116</sup>.

II. Por ello, no se trata de que el juez sea una suerte de rey Midas que convierta en jurisdiccional todo lo que toca [no lo es, desde luego, el expediente del artículo 235 del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (RN)]<sup>117</sup>, sino que aquello que naturalmente sea jurisdiccional, debe seguir siéndolo, pues como ya señalado FERNÁNDEZ DE BUJÁN, siempre hay un grupo de competencias que «no es que queden ahora (...), es que deberían quedar siempre en el ámbito judicial»<sup>118</sup>. Muy especialmente cuando, como dice FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, la autoridad judicial es garantía última del correcto funcionamiento de las medidas de apoyo<sup>119</sup>. En definitiva, «*giurisdizione non contenziosa, ma giurisdizione*»<sup>120</sup>.

## VII. REFERENCIAS

### 1. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- VP a la STC Núm. 36/2021 (REC: 4088/2019, ponente OLLERO TASSARA), de 18 de febrero.
- AAP Huesca (Sección 1.ª) Núm. 83/2017 (REC: 216/2017, ponente ANGOS ULLATE) de 14 de julio.
- Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria.
- STC Núm. 155/2011 (REC: 5702/2009, ponente RODRÍGUEZ ARRIBAS) de 17 de octubre.
- STC Núm. 58/2008 (REC: 2306/2005, ponente JIMÉNEZ SÁNCHEZ), de 28 de abril.
- VP al ATC Núm. 508/2005 (REC: 5856/2005, Pleno), de 13 de diciembre de 2005.
- Circular de la FGE Núm. 1/2001, de 5 de abril, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del fiscal en los procesos civiles.

- STS s/n (Sala III, REC: 518/1998, ponente Jesús Ernesto PECES MORALES), de 22 de mayo de 2000.
- STS Núm. 145/1989, (REC: s/n, ponente CARRETERO PÉREZ), de 20 de febrero.
- STC Núm. 13/1981 (REC: 202/1980, ponente DÍEZ DE VELASCO VALLEJO) de 22 de abril.
- Auto del BVerfG (Sala 1.<sup>a</sup>) de 15 de septiembre de 1954-1 BvL 1/54.
- STS Núm. 110/1949 (REC: s/n, ponente VALLEDOR y SUÁREZ DE OTERO) de 5 de mayo.

## 2. BIBLIOGRÁFICAS

- ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., y MARTÍN GRANIZO, M. *Código Civil-Doctrina y jurisprudencia*, Tomo I (arts. 1 a 332), 3.<sup>a</sup> ed., Trivium, Madrid, 1992.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria, en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1992.
- *Derecho procesal mexicano*, Tomo I, 2.<sup>a</sup> ed., Porrúa, México D. F., 1985.
- Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 45, 1962.
- ALMAGRO NOSETE, J. *Derecho procesal -Proceso civil*, Tomo I, Vol. 2, Trivium, Madrid, 1996.
- ÁLVAREZ CORA, E. La evolución del enjuiciamiento en el siglo XIX, *Anuario de Historia del Derecho español*, Tomo LXXXII, 2012.
- ARELLANO GARCÍA, C. *Teoría General del Proceso*, 3.<sup>a</sup> ed., Porrúa, México D. F., 1989.
- BACRE, A. *Teoría General del Proceso*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986.
- BANACLOCHE PALAO, J. *Los expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria*, 2.<sup>a</sup> ed., La Ley, Madrid, 2020.
- BAYO RECUERO, M.<sup>a</sup>N. Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación, en Lledó Yagüe, F., *et all.* (dirs.) y Monje Balmaseda, O. (coord.), *Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Consejo General del Notariado-Dykinson, Madrid, 2016.
- BOSCH, F.W. Zivilprozeß und Freiwillige Gerichtsbarkeit, *Archiv für die civilistische Praxis*, Vol. 149, 1944.
- CARNELUTTI, F. *Instituciones del proceso civil*, traducción de la 5.<sup>a</sup> ed. italiana por Santiago Sentis Melendo, Vol. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.
- CHIOVENDA, G. *Principii di Diritto Processuale Civile*, 2.<sup>a</sup> ed., Casa Tipografico-Editrice N. Jovene E.C., Napoli, 1923.

- DAMIÁN MORENO, J. Artículo 14. Iniciación del expediente, en Fernández de Buján, A. (dir.) - Thomson Reuters, Madrid, 2016.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. y Díez-PICAZO GIMÉNEZ. *Derecho Procesal Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.
- DENTI, V., La giurisdizione volontaria rivisitata, *Studi in onore di Enrico Allorio*, Tomo I, 1989.
- DE PRADA, J.M. Por qué ha fracasado el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 16, 2007.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho civil*, Vol. I, 13.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2016.
- FAIRÉN GUILLÉN, V. En Jurisdicción voluntaria, juicios sumarios: las confusiones en la historia y su evolución. Posibles soluciones, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 68, 1990.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. La Ley de Jurisdicción Voluntaria en el horizonte: confluencia de planos, perspectivas, actores y operadores, *Diario La Ley*, núm. 7866, 2012.
- *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria (I)*, Iustel, Madrid, 2007.
- *La jurisdicción voluntaria*, Civitas, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ EGEA, M.<sup>a</sup>A. *La jurisdicción voluntaria notarial. Su especial relevancia en el ámbito sucesorio*, Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco, Donostia-San Sebastián, 2015.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- GIMENO GAMARRA, R. Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 6., núm. 1.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P. *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1857.
- GÓMEZ ORBANEJA, E. Contestación al discurso de recepción como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal de Werner Goldschmit Lange: La imparcialidad como principio básico del proceso (la parcialidad y la parcialidad), recogido en Íbid, *Derecho y proceso*, Civitas, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. *Derecho procesal Civil*, 8.<sup>a</sup> ed., Vol. II, Artes gráficas y ediciones, Madrid, 1979.
- GONZÁLEZ GRANDA, P. *¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria? - La reestructuración parcial de la materia en la ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria*, Reus, Madrid, 2015.
- GUASP, J., *Concepto y método de Derecho procesal*, presentación de Manuel Alonso Olea, Civitas, Madrid, 1997.
- GUASP, J. Prólogo a ZAFRA VALVERDE, J. *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva - La constitución jurídica procesal*, Rialp, Madrid, 1962.
- La pretensión procesal, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 1, 1952, 61.
- HEIDEGGER, M. *Sein und Zeit*, 11.<sup>a</sup> ed., Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 1967.
- HOVEN, E. Die Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen - Eine Kritik der Kritik, *Juristen Zeitung*, núm. 76, Vol. 23.



- JUAN SÁNCHEZ, R. Capítulo 3 en Ortells Ramos, M. (dir.), *Derecho Procesal Civil*, 19.<sup>a</sup> ed., Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2021.
- LAPLACETTE, C.J. *Teoría y práctica del control de constitucionalidad*, BdeF, Buenos Aires, 2016.
- LIÉBANA ORTIZ, J.R. *Fundamentos dogmáticos de la jurisdicción voluntaria*, Iustel, Madrid, 2012.
- LIÉBANA ORTIZ, J.R. y PÉREZ ESCALONA, S. *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria - Ley 15/2015, de 2 de julio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- MANRESA Y NAVARRO, J.M. MIGUEL, I. y REUS, J. *Ley de Enjuiciamiento civil, comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación; con los formularios correspondientes a todos los juicios, y un repertorio alfabético de todas las voces comprendidas en la misma*, Tomo V, Imprenta de la Biblioteca de Jurisprudencia, México, 1875.
- MARCHECO ACUÑA, B. El control jurisdiccional de los actos políticos del Gobierno en el derecho español, *Revista Internacional de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2015.
- MONTERO AROCA, J. La conciliación preventiva en el proceso civil, en MONTERO AROCA, J. *Estudios de Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1981.
- MUÑOZ ROJAS, T. Sobre la Jurisdicción voluntaria, *Actualidad Civil*, núm. 3, 1990.
- MONTERO AROCA J. GÓMEZ COLOMER, J.L. y BARONA VILAR, S. *Derecho jurisdiccional I - Parte General*, 25.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- PALACIO, L.E. *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 2.<sup>a</sup> ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- PRIETO CASTRO, L. *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Librería General, Zaragoza, 1946.
- RAMOS MÉNDEZ, F. ¿Cuánta dosis de jurisdicción voluntaria necesitamos?, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4, 2006.
- *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, 5.<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona, 1992.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, R. La naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria según la delimitación prevista en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, *Diario la Ley*, núm. 8623, Doctrina, 13 de octubre de 2015.
- SCHMITT, C. *Verfassungslehre*, 11.<sup>a</sup> ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2017.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M. Naturaleza de la jurisdicción voluntaria, en Serra Domínguez, M., *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969.
- Jurisdicción, en SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969.
- SLOGSNAT, F. Ne bis in idem-Legitimität und verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Erweiterung der Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Beschuldigten durch das Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 133, 2021.
- SOSPEDRA NAVAS, F.J. *Proceso Civil-La jurisdicción voluntaria*, Vol. III, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.
- STERNAL, W. § 1 Anwendungsbereich, en Keidel, T., *FamFG Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit-Kommentar*, 20.<sup>a</sup> ed., C.H. Beck, München, 2020.



WACH, A. Die Abgrenzung des Civilprozess gegenüber verwandten Rechtsbildungen und seine Stellung im Rechtssystem en Wach, A., *Handbuch des Deutschen Civilprozess*, Tomo I, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1885.

ZAFRA VALVERDE, J. *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva - La constitución jurídica procesal*, Rialp, Madrid, 1962.

## NOTAS

<sup>1</sup> Una revisión de la misma muy completa hasta el año 1969 se puede ver en SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Naturaleza de la jurisdicción voluntaria*, en SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969, 619 y sigs.; más recientemente, LIEBANA ORTIZ, J.R., *Fundamentos dogmáticos de la jurisdicción voluntaria*, Iustel, Madrid, 2012; FERNÁNDEZ EGEA, M.<sup>a</sup> A., *La jurisdicción voluntaria notarial. Su especial relevancia en el ámbito sucesorio*, Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco, Donostia-San Sebastián, 2015. Por otra parte, permítasenos recordar aquí —y salvando las distancias— las palabras de MONTERO AROCA sobre PRIETO-CASTRO y WACH: «si el Prof. PRIETO-CASTRO creía que sería vanidad por su parte el pretender definir y precisar el contenido de la jurisdicción voluntaria después de las opiniones de WACH, el que partiera de nosotros esa pretensión no sabemos qué calificativo merecería» (MONTERO AROCA, J., *La conciliación preventiva en el proceso civil*, en MONTERO AROCA, J., *Estudios de Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1981, 200).

<sup>2</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., ¿Cuánta dosis de jurisdicción voluntaria necesitamos?, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4, 2006, 12; también RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, 5.<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona, 1992, 1293: «es una tarea vana intentar una construcción dogmática unitaria de los actos de jurisdicción voluntaria, como aparecen regulados en el derecho positivo». También FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La jurisdicción voluntaria*, Civitas, Madrid, 2001, 19.

<sup>3</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Derecho procesal mexicano*, Tomo I, 2.<sup>a</sup> ed., Porrúa, México D.F., 1985, 49; *cfr.* también ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria, en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1992, 115 y sigs.

<sup>4</sup> ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho procesal-Proceso civil*, Tomo I, Vol. 2, Trivium, Madrid, 1996, 405.

<sup>5</sup> GUASP, J., Prólogo a ZAFRA VALVERDE, J., *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva-La constitución jurídica procesal*, Rialp, Madrid, 1962, 12. Se entiende, por tanto, que algunas instituciones procesales foráneas —incluso cercanas en tradición jurídica— puedan repugnar a un procesalista nacional (pienso en la prórroga convencional de los plazos en Alemania [§ 224 ZPO DE], inasumible entre nosotros en tales términos, por mor del art. 134 LEC). Las razones históricas que fundamentan la contundencia del actual artículo 134 LEC pueden verse condensadas en la Instrucción del II Marqués de Girona, de 30 de septiembre de 1853. *Cfr.* también ÁLVAREZ CORA, E., La evolución del enjuiciamiento en el siglo XIX, *Anuario de Historia del Derecho español*, Tomo LXXXII, 2012, 91, 92 y 100 (nota 77).

<sup>6</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 45, 1962, 583. Como ya decía el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria de 20 octubre 2006: «el carácter variable y fluido entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria ha sido una constante en la historia de ambas esferas de la jurisdicción. Sirvan como ejemplo los alimentos provisionales y la incapacitación por locura que,

en una primera época de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, fueron expedientes de jurisdicción voluntaria y se trasvasaron con posterioridad a la jurisdicción contenciosa» (Preámbulo, apartado III); igualmente, GONZÁLEZ GRANDA, P., *¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria? - La reestructuración parcial de la materia en la ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria*, Reus, Madrid, 2015, 36. También la Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria, da noticia de esta heterogeneidad cuando afirma que en los distintos países europeos «no son cuestiones pacíficas la determinación de su naturaleza [la de la JV], la necesidad de intervención judicial ni el catálogo de materias que incluye» (2).

<sup>7</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 45, 1962, pág. 583. Como ya decía el Proyecto de LJVol de 20 de octubre de 2006: «el carácter variable y fluido entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria ha sido una constante en la historia de ambas esferas de la jurisdicción. Sirvan como ejemplo los alimentos provisionales y la incapacidad por locura que, en una primera época de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, fueron expedientes de jurisdicción voluntaria y se trasvasaron con posterioridad a la jurisdicción contenciosa» (Preámbulo, apartado III); igualmente, GONZÁLEZ GRANDA, P., *¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria? - La reestructuración parcial de la materia en la ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria*, Reus, Madrid, 2015, pág. 36. También la Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria, da noticia de esta heterogeneidad cuando afirma que en los distintos países europeos «no son cuestiones pacíficas la determinación de su naturaleza [la de la JV], la necesidad de intervención judicial ni el catálogo de materias que incluye» (pág. 2).

<sup>8</sup> MANRESA y NAVARRO, J. M., MIGUEL, I., y REUS, J., *Ley de Enjuiciamiento civil, comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación; con los formularios correspondientes a todos los juicios, y un repertorio alfabético de todas las voces comprendidas en la misma*, Tomo V, Imprenta de la Biblioteca de Jurisprudencia, México, 1875, 7.

<sup>9</sup> Así, «el concepto de jurisdicción al que ha de intentarse llegar tiene que ser aquel que atienda a la realidad de nuestro país y en este momento histórico, es decir, que tome como base de partida la Constitución y comprenda el desarrollo de la misma en la Ley Orgánica del Poder Judicial» (MONTERO AROCA J., GÓMEZ COLOMER, J. L., y BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional I - Parte General*, 25.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 65).

<sup>10</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., Eficacia de las providencias..., *op. cit.*, 582.

<sup>11</sup> LIÉBANA ORTIZ, J. R., *Fundamentos...*, *op. cit.*, 117.

<sup>12</sup> Ello no supone, sin embargo, que el Derecho positivo sea la *única, exclusiva y absoluta* fuente de análisis, máxime cuando en el Preámbulo de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria se explicita que esta Ley «define su ámbito de aplicación sobre una base puramente formal, sin doctrinarismo (...)» (Preámbulo, apartado X).

<sup>13</sup> Desarrollo de los ap. 3 y 4 del artículo 117 CE son los ap. 1 y 2 del artículo 2 LOPJ.

<sup>14</sup> Se trata de examinar, «si han quedado o no afectadas las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo abstracto y preexistente al que pertenece, y sin las cuales dejaría de pertenecer a ese tipo y tendría que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, y, además, sobre si ha sido dañado el contenido del derecho que es absolutamente necesario para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al mismo, resulten real, concreta y efectivamente protegidos (...)» [SSTC Núm. 172/2021 (REC: 4119/2020, ponente NARVÁEZ RODRÍGUEZ), de 7 de octubre, FJ 3.º; y núm. 11/1981 (REC: s/n, ponente DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN), de 8 de abril, FJ 8.º, por todas].

<sup>15</sup> STC Núm. 32/1981 (REC: s/n, ponentes RUBIO LLORENTE, GÓMEZ-FERRER MORANT y ESCUDERO DEL CORRAL), de 28 de julio, FJ 3.º.

<sup>16</sup> GONZÁLEZ GRANDA, P., ¿Quo vadis..., *op. cit.*, 39; LIÉBANA ORTIZ, J.R., y PÉREZ ESCALONA, S., *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria - Ley 15/2015, de 2 de julio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 38; o RAMOS MÉNDEZ, F., ¿Cuánta dosis..., *op. cit.*, 11.

<sup>17</sup> ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho procesal...*, *op. cit.*, 405.

<sup>18</sup> MUÑOZ ROJAS, T., Sobre la Jurisdicción voluntaria, *Actualidad Civil*, núm. 3, 1990, 577 y sigs.

<sup>19</sup> Será una labor de Penélope, decía FAIRÉN GUILLÉN, V., en Jurisdicción «voluntaria», juicios sumarios: las confusiones en la historia y su evolución. Posibles soluciones, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 68, 1990, 481.

<sup>20</sup> La cursiva es nuestra. Mismo fundamento constitucional reconocía el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 17 de diciembre de 2013, 111: «(l)a jurisdicción voluntaria se enmarca en el artículo 117.4 CE dentro del conjunto de actividades jurídico públicas atribuidas a los tribunales de justicia separadas de la función genuinamente jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado».

<sup>21</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, M., Naturaleza de la jurisdicción voluntaria..., *op. cit.*, 638.

<sup>22</sup> CHIOVENDA, G., *Principii di Diritto Processuale Civile*, 2.<sup>a</sup> ed., Casa Tipografica — Editrice N. Jovene E.C., Napoli, 1923, 267.

<sup>23</sup> Es llamativo que en la Alemania del siglo XIX las normas que disciplinaban esta materia recibieran el nombre de *Rechtspolizeigesetze* (literalmente: leyes de policía jurídica), lo que da cuenta de la indudable cercanía que, en algunos aspectos, existe entre la JV y la Administración Pública (BOSCH, F. W., «Zivilprozeß und Freiwillige Gerichtsbarkeit», *Archiv für die civilistische Praxis*, Vol. 149, 1944, 39).

<sup>24</sup> ALLORIO, E., Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria, *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1948, 487 y sigs.

<sup>25</sup> ARELLANO GARCÍA, C., *Teoría General del Proceso*, 3.<sup>a</sup> ed., Porrúa, México D.F., 1989, 348.

<sup>26</sup> ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho procesal...*, *op. cit.*, 384.

<sup>27</sup> BANACLOCHE PALAO, J., *Los expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria*, 2.<sup>a</sup> ed., La Ley, Madrid, 2020, 35.

<sup>28</sup> CHIOVENDA, G., *Principii...*, *op. cit.*, 263.

<sup>29</sup> DAMIÁN MORENO, J., Artículo 14. Iniciación del expediente, en Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás, A., (coord.), *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016, 166.

<sup>30</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., Jurisdicción «voluntaria»..., *op. cit.*, 478.

<sup>31</sup> GIMENO GAMARRA, R., Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 6., núm. 1, 11.

<sup>32</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E., y HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal Civil*, 8.<sup>a</sup> ed., Vol. II, Artes gráficas y ediciones, Madrid, 1979, 378.

<sup>33</sup> GUASP, J., *Concepto y método de Derecho procesal*, presentación de MANUEL ALONSO OLEA, Civitas, Madrid, 1997, 178.

<sup>34</sup> PRIETO CASTRO, L., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Librería General, Zaragoza, 1946, 76.

<sup>35</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, M., Naturaleza de la jurisdicción voluntaria..., *op. cit.*, 619 y sigs.

<sup>36</sup> WACH, A., Die Abgrenzung des Civilprozess gegenüber verwandten Rechtsbildungen und seine Stellung im Rechtssystem en WACH, A., *Handbuch des Deutschen Civilprozess*, Tomo I, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1885, 47.

<sup>37</sup> ZAFRA VALVERDE, J., *Sentencia constitutiva...* *op. cit.*, 183 y 283.

<sup>38</sup> Cfr. ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., y MARTÍN GRANIZO, M., *Código Civil-Doctrina y jurisprudencia*, Tomo I (arts. 1 a 332), 3.<sup>a</sup> ed., Trivium, Madrid, 1992, 1179.

<sup>39</sup> LIÉBANA ORTIZ, J. R., *Fundamentos...*, *op. cit.*, 170; también LIÉBANA ORTIZ, J.R., y PÉREZ ESCALONA, S., *Comentarios...*, *op. cit.*, 37 y sigs. JUAN SÁNCHEZ,

R., Capítulo 3 en Ortells Ramos, M. (dir.), *Derecho Procesal Civil*, 19.<sup>a</sup> ed., Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2021, epígrafe II.

<sup>40</sup> FERNÁNDEZ EGEEA, M.<sup>a</sup> A., *La jurisdicción voluntaria notarial...*, op. cit., 60.

<sup>41</sup> DE PRADA, J. M., Por qué ha fracasado el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 16, 2007. Disponible online en: <https://cutt.ly/JUj2Q5Z>.

<sup>42</sup> Así, DE LA OLIVA SANTOS, A., y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, 38 y sigs.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria (I)*, Iustel, Madrid, 2007, 56; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013, *Diario La Ley*, núm. 8273, 2014, 2 y 10 y sigs. especialmente; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., La Ley de Jurisdicción Voluntaria en el horizonte: confluencia de planos, perspectivas, actores y operadores, *Diario La Ley*, núm. 7866, 2012, 9; RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil*, op. cit., 1289 y sigs.; SÁNCHEZ GÓMEZ, R., La naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria según la delimitación prevista en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, *Diario la Ley*, núm. 8623, Doctrina, 13 de octubre de 2015 (ap. IV); SATTA, S., *Diritto processuale civile*, 9.<sup>a</sup> ed. riveduta ed ampliata a cura di Carmine Punzi, CEDAM, Padova, 1981, 798 y sigs.

<sup>43</sup> ALMAGRO NOSETTE, J., *Derecho procesal...*, op. cit., 383.

<sup>44</sup> En Alemania, a pesar de que se reconoce mayoritariamente la JV como actividad administrativa (*Verwaltungstätigkeit in justizieller Form*), la doctrina mayoritaria no tiene inconvenientes en afirmar que la JV es ejercicio de la función jurisdiccional en el sentido del artículo 92 GG (Al respecto, y por todos, cfr. STERNAL, W., «§ 1 Anwendungsbereich», en Keidel, T., *FamFG Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit-Kommentar*, 20.<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, München, 2020, 49 y sigs.).

<sup>45</sup> GUASP, J., La pretensión procesal, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 1, 1952, 61.

<sup>46</sup> Al respecto, cfr. cap. 2, epígrafe V, ap. 3 de esta obra.

<sup>47</sup> La cuestión de inconstitucionalidad se regula en el artículo 163 CE —desarrollado por los arts. 35 y sigs. LOTC. De él se desprende lo siguiente: «(c)uando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos».

<sup>48</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., 1294. Para Alemania, cfr. STERNAL, W., «§ 1 Anwendungsbereich», en KEIDEL, T., *FamFG...*, op. cit., 49.

<sup>49</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., 1294.

<sup>50</sup> ALMAGRO NOSETTE, J., *Derecho Procesal...*, op. cit., 92.

<sup>51</sup> ALMAGRO NOSETTE, J., *Derecho procesal...*, op. cit., 381. También lo recuerda MONTERO AROCA, J., respecto de determinadas medidas provisionales que se tomaban en relación con las personas, de naturaleza evidentemente cautelar, a pesar de que aparecían reguladas en la JV, como el depósito de personas (MONTERO AROCA, J., «La conciliación preventiva...», op. cit., 200).

<sup>52</sup> Como ha señalado el AAP Valencia (Sección 10.<sup>a</sup>) Núm. 214/2021 (REC: 26/2021, ponente MANZANA LAGUARDA), de 31 de mayo, FJ 2.º: «estas medidas tienen naturaleza cautelar y apremiante en situaciones puntuales de excepcionalidad, estando pensadas para remediar, de forma inmediata, una situación de peligro o riesgo inminente».

<sup>53</sup> PALACIO, L.E., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 2.<sup>a</sup> ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, 357. Del mismo país, cfr. BACRE, A., *Teoría General del Proceso*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, 124.

<sup>54</sup> En la doctrina, cfr. BAYO RECUERO, M.<sup>a</sup> N., Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación, en Lledó Yagüe, F., et all. (dirs.) y MONJE BALMADEA, O. (coord.),

*Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Consejo General del Notariado-Dykinson, Madrid, 2016, 35).

<sup>55</sup> También en Alemania están legitimados para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 100.1 GG en relación con los §§ 80 y sigs. BVerfGG) los jueces que ejercen funciones en sede de JV [Auto del BVerfG (Sala 1.<sup>a</sup>) de 15 de septiembre de 1954-1 BvL 1/54]. En Italia, *cfr.* DENTI, V., La giurisdizione volontaria rivisitata, *Studi in onore di Enrico Allorio*, Tomo I, 1989, 181 y sigs.

<sup>56</sup> *Cfr.* auto del BVerfG (Sección 1.<sup>a</sup>) de 8 de febrero de 1983 (1BvL 20/81).

<sup>57</sup> Lo mismo sucede en Alemania respecto del artículo 103.1 GG (Sternal, W., «§ 1 Anwendungsbereich», en Keidel, T., *FamFG...*, *op. cit.*, 49).

<sup>58</sup> *Cfr.* también ATC Núm. 96/2017 (REC: 4387/2016, ponentes Ollero Tassara, Martínez-Vares García y Balaguer Callejón), de 19 de junio, FJ 3.º; y STC Núm. 75/2005 (REC:1713/2002, ponente Delgado Barrio), de 4 de abril, FJ 3.º.

<sup>59</sup> También DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. I, 13.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2016, 216.

<sup>60</sup> Igualmente: SAP Soria (Sección 1.<sup>a</sup>) Núm. 127/2017 (REC: 117/2017, ponente Pérez-Flecha DÍAZ), de 18 de septiembre, FJ 3.º; y AAP Valencia (Sección 10.<sup>a</sup>) Núm. 208/2017 (REC: 1629/2016, ponente Esparza Olcina), de 8 de mayo, FJ 1.º. La expresión «singularmente intenso» permite recordar el siguiente pasaje de GÓMEZ DE LA SERNA: «(l)a triste condición de los que no tienen la capacidad intelectual necesaria para atender a la dirección de sus personas y de sus bienes, aunque hayan llegado a la mayor los hace dignos de una *protección especial por parte del Estado*, que ejerciendo el derecho supremo de tutela que le corresponde sobre todos los desvalidos, confía al poder judicial el cuidado de que les provean de guardadores» (GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1857, 222). La cursiva es nuestra.

<sup>61</sup> LIÉBANA ORTIZ, J.R., y PÉREZ ESCALONA, S., *Comentarios...*, *op. cit.*, 144.

<sup>62</sup> En el ATC Núm. 505/2005 (REC: 5856/2005, Pleno), de 13 de diciembre se dice lo siguiente: «(d)e ambos apartados del artículo 117 CE resulta que a los órganos judiciales les corresponde en exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), y, además, *sin ese carácter de exclusividad*, el ejercicio de aquellas otras funciones que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho» (FJ 3.º). La cursiva es nuestra.

<sup>63</sup> Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 27 de febrero de 2014 (35). E igualmente, *cfr.* Informe del Consejo General del Poder Judicial que se emitió respecto del Anteproyecto de Ley Jurisdicción Voluntaria de octubre 2006 (23) de manera que si el fundamento constitucional de la JV se reconduce únicamente al artículo 117.4 CE, queda «reducido el problema a una opción del legislador, que podrá sustraer a la intervención judicial lo que constituyen manifestaciones de carácter constitutivo-negocial, autorizaciones, aprobaciones u homologaciones (...)).

<sup>64</sup> Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 27 de febrero de 2014 (39).

<sup>65</sup> Iustel, Madrid, 2012.

<sup>66</sup> LIÉBANA ORTIZ, J. R., *Fundamentos...*, *op. cit.*, 87.

<sup>67</sup> LIÉBANA ORTIZ, J. R., *Fundamentos...*, *op. cit.*, 163.

<sup>68</sup> GUASP, J., *Concepto y método...*, *op. cit.*, 20.

<sup>69</sup> GUASP, J., *Concepto y método...*, *op. cit.*, 20.

<sup>70</sup> *Cfr.* CARNELUTTI, F., *Instituciones del proceso civil*, traducción de la 5.<sup>a</sup> ed. italiana por Santiago SENTÍS MELENDO, Vol. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, 263 y 264.

<sup>71</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Hacia una teoría general...*, *op. cit.*, 54; también FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., en *La jurisdicción voluntaria...*, *op. cit.*, 41. También por quienes sostienen el carácter administrativo de la jurisdicción voluntaria, como LIÉ-



BANA ORTIZ, J. R., *Fundamentos...*, op. cit., 87. También DAMIÁN MORENO, J., Artículo 14. Iniciación del expediente, en Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás, A., (coord.), op. cit., 166. «Aunque con la iniciación del expediente no se deduce pretensión alguna desde el punto de vista jurisdiccional, La Ley ha revestido al escrito de iniciación de formalidades propias de aquella (...)».

<sup>72</sup> GUASP J., *Concepto y método...*, op. cit., 20 y 21, nota 23.

<sup>73</sup> GUASP, J., La pretensión procesal..., op. cit., 61.

<sup>74</sup> El autor entiende por «sinrazón jurídica» lo siguiente: «el choque o desarmonía entre una voluntad jurídica normativa y un hecho en el cual está de alguna manera comprometido el sujeto frente a quien se dirige la pretensión» (ZAFRA VALVERDE, J., *Sentencia constitutiva...*, op. cit., 53). Como el propio ZAFRA VALVERDE indica, el concepto se asimila en buena medida al término alemán «Unrecht» que el autor quiso verter al castellano «sinrazón jurídica» (53, nota 2), aunque hoy es aceptado el término general «injusto», que goza de gran predicamento en la doctrina del Derecho penal, desde su traducción por RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A. [cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., Autosemblanza (*Selbstdarsellung*), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXVII, 2014, 84 y 85].

<sup>75</sup> ZAFRA VALVERDE, J., *Sentencia constitutiva...*, op. cit., 184.

<sup>76</sup> Si se me permite el término heideggeriano, traído de las primeras páginas de su magna opera (HEIDEGGER, M., *Sein und Zeit*, 11.<sup>a</sup> ed., Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 1967, 2). Hay traducciones de la obra al español. La más ajustada —sin desmerecer la de GAÓS— parece ser la de RIVERA, disponible online en: <https://cutt.ly/OUjEQup>

<sup>77</sup> ZAFRA VALVERDE, J., *Sentencia constitutiva...*, op. cit., 184.

<sup>78</sup> Se entenderán las diligencias con el Ministerio Fiscal cuando, efectuada la publicación a que se refiere el artículo dieciocho, no comparecieren en el expediente los propietarios o titulares, o estuvieren incapacitados y sin tutor o persona que les represente, o fuere la propiedad litigiosa». Respecto de la intervención del MF en el procedimiento de expropiación forzosa, cfr. Circular de la FGE Núm. 6/2019, de 18 de marzo, de la Fiscalía General del Estado. Por todas, cfr. STC Núm. 42/1989 (REC: 6/1987, ponente GARCÍA-MON y GONZÁLEZ-REGUERA), de 16 de febrero, FJ 4.º.

<sup>79</sup> BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes...*, op. cit., 75 y 76, nota 34.

<sup>80</sup> LIÉBANA ORTIZ, J. R., *Fundamentos...*, op. cit., 122.

<sup>81</sup> Detallada revisión de la oposición en los textos prelegislativos de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Régimen jurídico de la oposición en el marco de la jurisdicción voluntaria, *Diario La Ley*, núm. 8496, 2015, 13 y sigs.

<sup>82</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., 1291: «la dualidad de partes puede existir o no en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, pero también en la jurisdicción contenciosa, aun existiendo dualidad de partes, puede no existir contraposición de intereses o controversia (vgr., allanamiento) (...)». Ya lo decía CHIOVENDA, G., *Principii...*, op. cit., 264: «vi può essere processo senza contenza (ciò accade sempre nel giudizio contumaciale), anzi vi può essere processo in cui il convenuto riconosca la pretesa avversaria».

<sup>83</sup> Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 27 de febrero de 2014, 12.

<sup>84</sup> GIMENO GAMARRA, R., Ensayo..., op. cit., 53.

<sup>85</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>86</sup> Hoy, y por todos: SOSPEDRA NAVAS, «el propósito principal de la jurisdicción voluntaria se ve más como antesala, es decir, pasa más por prevenir la posibilidad de futuros conflictos, precisamente contenciosos, que, por resolver, aunque deba hacerse, aquellos promovidos» (SOSPEDRA NAVAS, F. J., *Proceso Civil-La jurisdicción voluntaria*, Vol. III, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, 41).

<sup>87</sup> 16.

<sup>88</sup> GONZÁLEZ GRANDA, P., ¿Quo vadis..., op. cit., 103.

<sup>89</sup> GONZÁLEZ PÓVEDA, B., Relaciones entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa a través del régimen jurídico de la contradicción u oposición en los procedi-

mientos de jurisdicción voluntaria, en González Póveda, B., (dir.), *Jurisdicción voluntaria*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 16, Escuela Judicial-Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 1996, 24.

<sup>90</sup> GIMENO GAMARRA, R., Ensayo..., *op. cit.*, 12.

<sup>91</sup> LIÉBANA ORTIZ, J. R., y PÉREZ ESCALONA, S., *Comentarios...*, *op. cit.*, 50 y 51.

<sup>92</sup> MANRESA y NAVARRO, J. M., MIGUEL, I., y REUS, J., *Ley de Enjuiciamiento civil...*, *op. cit.*, 6. Esta cuestión fue justamente una de las que mayor fricción provocó en la tramitación de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. «En el Proyecto [de 20 de octubre de 2006] se establecía que, si había oposición de cualquier interesado, se debía poner fin al expediente, siguiendo el clásico brocardo de ARGENTEO según el cual «*voluntaria iurisdictio transit in contentiosam in vertentibus iusti adversarii*». Por su parte, los grupos mayoritarios del Congreso, en contra de la opinión del Grupo Socialista, sostuvieron y aprobaron que, a pesar de la existencia de controversia, el expediente debía continuar tramitándose hasta su finalización» (BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes...*, *op. cit.*, 32).

<sup>93</sup> BANACLOCHE PALAO, J., *Los nuevos expedientes...*, *op. cit.*, 88 y 89.

<sup>94</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN y FERNÁNDEZ, A., Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: autonomía conceptual y notas caracterizadoras, en Fernández de Buján y Fernández, A. y García Más, F. J. (coords.), *op. cit.*, 29.

<sup>95</sup> Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN y FERNÁNDEZ, A., La cosa juzgada en la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 755, 2016, 1337 y sigs.

<sup>96</sup> LIÉBANA ORTIZ, J. R., y PÉREZ ESCALONA, S., *Comentarios...*, *op. cit.*, 185. También, MONTERO AROCA: Diferencia fundamental con la administración constituye el que la jurisdicción realice el derecho en el caso concreto de modo irrevocable (MONTERO AROCA, J., En torno al concepto y contenido del Derecho jurisdiccional, en MONTERO AROCA, J., *Estudios de Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1981, 22).

<sup>97</sup> PALACIO, L. E., *Derecho procesal...*, *op. cit.*, 357.

<sup>98</sup> MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J., y BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional...*, *op. cit.*, 122.

<sup>99</sup> En la exposición de motivos (apartado II) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, se puede leer lo siguiente: «La Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad —llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política excluida «per se» del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de «acto político» se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido solo por el Derecho Constitucional, y exento del control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho». Sin embargo, ello no impide que determinados actos del Gobierno resistan en gran medida la revisión jurisdiccional, como sucede con los actos de iniciativa legislativa y los indultos (hoy tan polémicos). Al respecto, cfr. MARCHECO ACUNA, B., El control jurisdiccional de los actos políticos del Gobierno en el derecho español, *Revista Internacional de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2015.

<sup>100</sup> WACH, A., *Die Abgrenzung...*, *op. cit.*, 49.

- <sup>101</sup> ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho procesal...*, op. cit., 380.
- <sup>102</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN y FERNÁNDEZ, A., La cosa juzgada..., op. cit., 1349.
- <sup>103</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, M., Jurisdicción, en SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969, 61 y 62.
- <sup>104</sup> También el artículo 233-7 CCCAT.
- <sup>105</sup> A todo lo anterior debe añadirse una consideración de carácter fáctico: en los Derechos de nuestro entorno se advierte una tendencia a la relativización de la cosa juzgada, en su ámbito más grave —la revisión de sentencias absolutorias en perjuicio del absuelto. Ejemplo de ello es la muy reciente *Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit* [Ley para la obtención de la justicia material (Alemania)], de 22 de diciembre de 2021, que, en clara contraposición con la prohibición de *reformatio in peius* y con motivos más o menos discutibles, permitiría la revisión de la sentencia absolutoria por descubrirse hechos y medios de prueba que no pudieron tenerse en consideración durante el juicio (en detalle, *cfr.* *BT Drucksache* 19/30399, 8 de junio de 2021). Los problemas de constitucionalidad que suscita tal norma han sido la causa de la inaudita tardanza del *Bundespräsident* alemán en su promulgación (*Ausfertigung*). Al respecto, *cfr.* SLOGSNAT, F., «Ne bis in idem-Legitimität und verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Erweiterung der Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Beschuldigten durch das Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 133, 2021, 741 y sigs.; y HOVEN, E., Die Erweiterung der Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen — Eine Kritik der Kritik, *Juristen Zeitung*, 2021, núm. 76, Vol. 23, 1154 y sigs.
- <sup>106</sup> RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil...*, op. cit. 1292; e RAMOS MÉNDEZ, F., ¿Cuánta dosis...?, op. cit., 12.
- <sup>107</sup> GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión judicial...*, op. cit. 96.
- <sup>108</sup> GIMENO GAMARRA, R., Ensayo..., op. cit., 8.
- <sup>109</sup> GIMENO GAMARRA, R., Ensayo..., op. cit., 12.
- <sup>110</sup> MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J., y BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional...*, op. cit., 100.
- <sup>111</sup> SCHMITT, C., *Verfassungslehre*, 11.<sup>a</sup> ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2017, 274.
- <sup>112</sup> Imparcialidad que decía GÓMEZ ORBANEJA es sustancial a la idea de administración de justicia por el Estado, hasta el punto de no saber si constituyen principios formativos del proceso «o si no está más allá de estos, como está, por ejemplo, más allá de los principios de una constitución positiva el carácter de generalidad de la Ley (...)» (GÓMEZ ORBANEJA, E., Contestación al discurso de recepción como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal de WERNER GOLDSCHMIT LANGE: «La imparcialidad como principio básico del proceso» (la «parcialidad» y la parcialidad), recogido en *Íbid*, *Derecho y proceso*, Civitas, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, 312.
- <sup>113</sup> GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión judicial...*, op. cit., 32.
- <sup>114</sup> Por no cansar al lector, el resto de traducciones se encuentran disponibles online en: <https://cutt.ly/kUjVbfT>
- <sup>115</sup> También GONZÁLEZ GRANDA, P., ¿Quo vadis..., op. cit., 104.
- <sup>116</sup> LAPLACETTE, C. J., *Teoría y práctica del control de constitucionalidad*, BdeF, Buenos Aires, 2016, 224 y sigs. También disponible online en: <https://cutt.ly/JYMS4s4> (7).
- <sup>117</sup> Dificilmente se puede sostener en carácter jurisdiccional del expediente del artículo 235 RN, a pesar de ser de JV [AAP IB (Sección 3.<sup>a</sup>) Núm. 60/2021 (REC: 25/2021, ponente GIBERT FERRAGUT), de 19 de abril (FJ 4.<sup>o</sup>) y estar encomendado al juez: «Para la obtención de segundas o posteriores copias, cuando sea necesario mandamiento judicial, el interesado deberá solicitarla del juez de primera instancia del distrito donde radique el protocolo, o del juez que en su caso conozca de los autos a que la copia debe aportarse. En este último caso se procederá según lo dispuesto en la Ley Procesal correspondiente. Cuando la copia no se solicite del juez que actúe en pleito o causa, el



interesado que la reclame deberá presentar un escrito, sin necesidad de letrado ni procurador, expresando el documento de que se trata, la razón de pedirla, y el protocolo, donde se encuentre. El juez, dentro de una audiencia, dará traslado al Ministerio Fiscal cuando no deban ser citados los demás interesados en el documento, por ignorarse su paradero o por estar ausentes del pueblo donde radique la notaría o Archivo de protocolos correspondiente. Cuando los interesados deban ser citados, lo serán dentro de los tres días siguientes a la presentación del escrito incoando el procedimiento. Transcurridos otros tres días con o sin impugnación del fiscal o de los interesados citados, el juez resolverá, expediendo (*sic*) en su caso, dentro del tercer día, el oportuno mandamiento al notario o archivero».

<sup>118</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia (Núm. 821, 2007), 25. También GIMENO GAMARRA, R., Ensayo..., *op. cit.*, 20, cuando señalaba que los negocios que suponen una actividad constatadora o legitimadora, deben encomendarse a los notarios, y aquellos otros de protección de personas con capacidad nula o disminuida, deben seguir atribuidos a los jueces.

<sup>119</sup> FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, 113.

<sup>120</sup> SATTA, S., *Diritto processuale civile...*, *op. cit.*, 800.

*(Trabajo recibido el 18 de abril de 2022 y aceptado  
para su publicación el 6 de junio de 2022)*