

HOMENAJE AL PROFESOR ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN¹ EN EL VEINTICINCO ANIVERSARIO DE SU CÁTEDRA²: HACIA UNA TEORÍA GENERAL DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

SONIA CALAZA LÓPEZ

Profesora Doctora de Derecho Procesal de la UNED

Resumen: Este trabajo constituye una breve sinopsis sobre la naturaleza, fundamentos y principios de la Jurisdicción Voluntaria, de conformidad con la obra del Prof. Buján, máximo especialista en la materia, debido a su doble condición de investigador y miembro de la Sección de la Comisión General de Codificación que redactó el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Palabras clave: Jurisdicción Voluntaria. Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de octubre de 2005. Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de octubre de 2006.

Abstract: This work is a brief synopsis of the nature, fundamentals and principles of Voluntary Jurisdiction, according to Professor Buján's work, main specialist on this matter, due to his status both as an investigator and as member of the section of the General Codification Commission that wrote the Voluntary Jurisdiction Draft Bill.

¹ ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN. Catedrático de Derecho Romano de la UAM. Vocal de la Ponencia del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria.

² Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación SEJ 2007-62039 del Ministerio de Educación y Ciencia (2007/2010), del que formo parte, siendo su Investigador principal VICENTE GIMENO SENDRA. Catedrático de Derecho Procesal de la UNED.

Palabras clave en inglés: Voluntary Jurisdiction. Voluntary Jurisdiction Draft Bill of October 2005. Voluntary Jurisdiction Bill of October 2006.

I. INTRODUCCIÓN

Constituye, para mí, un honor, en el veinticinco aniversario de la cátedra del Profesor ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN (en adelante Prof. Buján) y tras una vida —*larga en conocimiento*, debido a la temprana edad con que fue acreedor de su primera cátedra, siendo, en su momento, el catedrático más joven de la romanística española, y, al propio tiempo, *corta en edad*, dada su juventud actual— consagrada al estudio, esbozar, a modo de recensión, un breve recorrido por alguna de las principales investigaciones publicadas durante los últimos dos años.

El trabajo científico que he seleccionado, en este merecido homenaje de sus discípulos —*entre los que tengo el privilegio de incluirme*— espontáneamente comprometidos a dedicar, al maestro, todos los trabajos aparecidos durante este año, por razón de la rama del conocimiento a la que dedico mi carrera universitaria, es la ingente obra «Hacia una teoría general de la Jurisdicción Voluntaria», volúmenes I (Ed. IUSTEL, Madrid, 2007, 404 pp.) y II (Ed. IUSTEL, Madrid, 2008, 407 pp.).

El Prof. Buján es el máximo especialista en España, entre otras, en esta materia. Y ello no sólo por los frutos obtenidos tras una siembra que alcanza ya veinticinco años, sino también por la multidisciplinariedad con la que ha abordado este estudio.

Los orígenes de la investigación sobre la Jurisdicción Voluntaria, del Prof. Buján, se remontan a hace, precisamente, veinticinco años, cuando, tras sus dos Premios Extraordinarios de Licenciatura y Doctorado, así como de su Titularidad, todo ello en la Universidad Autónoma de Madrid, preparó los ejercicios, entre otras Universidades Europeas, en la de Génova, de la cátedra, de la que sería merecedor, entre los años 1983 y 1987, en Cádiz. Veinticinco años dedicados, entre otras materias, a la Jurisdicción Voluntaria, le han hecho, sin ninguna duda, acreedor del título de «máximo especialista», en nuestro país, en esta institución.

La investigación sobre la Jurisdicción Voluntaria, realizada por el Prof. Buján no sólo ha sido prolongada en el tiempo, sino también ex-

celsa, y ello tanto desde la rama de conocimiento de Derecho Procesal, como Civil y Mercantil, sin desconocer el estudio de su trayectoria y desarrollo histórico, efectuado en su calidad de Catedrático de Derecho Romano, desde Roma hasta nuestros días, que fue objeto de una monografía anterior, entre tantísimas otras, en la Editorial Civitas, en el año 2001.

Este título de «máximo especialista» en la Jurisdicción Voluntaria, ampliamente reconocido por la comunidad científica española, le ha hecho merecedor no sólo de obtener, en el ámbito universitario, varios proyectos de investigación, premios y congratulaciones académicas, sino también de formar parte, en el marco legislativo, de la Sección de la Comisión General de Codificación que redactó el actual Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Es por ello por lo que la obra del Prof. Buján, en esta materia³, a la que, por lo demás, podríamos denominar la «Cenicenta» del proceso

³ Para un estudio pormenorizado sobre la Jurisdicción Voluntaria, vid. la abrumadora obra del Prof. Buján en esta materia: «A propósito de la competencia en materia de iurisdicção voluntaria en Derecho Romano», *Revista de Derecho Notarial y A.A.M.N.*, T. XXVIII; «Diferencias entre los actos de iurisdicção contenciosa y iurisdicção voluntaria en Derecho Romano», *Estudios Homenaje a A. D'ors*, vol. I, Pamplona, 1987; «Consideraciones acerca del carácter clásico y jurisdiccional de la denominada por Marciano »Iurisdicção voluntaria», en D. 1.16.2. pr.», *Estudios homenaje a J. Iglesias*, Madrid, 1987; »Jurisdicção voluntaria en Derecho Romano», Madrid, 3ª ed., 1999; La jurisdicção voluntaria en la encrucijada: su conexión con el nuevo modelo procesal de la LEC del año 2000, *Revista de Derecho y opinión*, Córdoba, 2000; »Jurisdicção Voluntaria», Ed. Civitas, Madrid, 2001; »Los principios informadores de la jurisdicção voluntaria: una propuesta de futuro», *Anuario de Derecho de la U.A.M.*, vol. 5, 2001; »Consideraciones de *lege ferenda* en materia de jurisdicção voluntaria y Anteproyecto de Jurisdicção Voluntaria», *Revista del Colegio de Abogados de Lugo*, 2001 y 2002; »Jurisdicção Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicção contenciosa», *Actualidad Civil*, nº 36, 2001 y nº 37 »La jurisdicção voluntaria: racionalización y redistribución de competencias», *Libro Homenaje a Sánchez Mera*, Madrid, 2002; »La Jurisdicção Voluntaria: una reforma legislativa pendiente», *Estudios Jurídicos*. Ministerio de Justicia, vol. IV, 2002; »Noción de iurisdicção y etapas. Jurisdicção contenciosa y jurisdicção voluntaria», *Portal electrónico de Derecho*, IUSTEL, 2002; »La reforma legislativa de la jurisdicção voluntaria: reflexiones de presente y perspectivas de futuro», nº 163, 2004; »Jurisdicção Voluntaria: Historia (I), Problemas (II), Interrogantes (III) y Soluciones (IV)», *Tribuna Pública*, Mercados, Voz de Galicia, 12-9, 19-9, 26-9 y 3-10-2004; »La reforma de la Jurisdicção Voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones», *Diario «La Ley»* de 23 de marzo de 2005; »El nuevo perfil de la Jurisdicção voluntaria en el Anteproyecto de Ley de octubre de 2005 (de tutela de relaciones jurídicas privadas a la protección de intereses generales, públicos o sociales)», *Diario La Ley* de 8 de junio de 2006; »La Jurisdicção Voluntaria. El Anteproyecto de junio de 2006», en *El Notario del siglo XXI*, agosto de 2006; »Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicção Voluntaria, de octubre de 2006 (I)», *Diario La Ley* de 27 de noviembre de 2006; »Obser-

civil español, en afortunada expresión de Carnelutti⁴, debido a la escasa atención que ha suscitado entre los procesalistas, ha de ser considerada el máximo exponente, en España, de esta institución jurídica.

El estilo del Prof. Buján —con un lenguaje ágil, sereno, pausado, preciso, cuidado, constante y lúcido— recuerda, a mi juicio, al de los clásicos, así, entre otros, y por citar tan sólo a un reconocido estudioso, a los que profesa especial admiración, de cada una de las tres ramas de conocimiento, —*Derecho Civil, Procesal y Mercantil*— en las que podría incardinarse la institución objeto de estudio, a Federico de Castro, Gómez Orbaneja y Garrigues —*respectivamente*.

Una narración muy próxima a la literaria. La terminología jurídica precisa, en su desarrollo, para ser, al propio tiempo, genial en sus planteamientos, del lenguaje literario. No en vano afirmó el autor de «El hereje» que había aprendido a escribir leyendo a Garrigues.

Sin más preámbulos, procederé a realizar una breve sinopsis de cada uno los volúmenes I y II de esta magistral obra.

El primer volumen, titulado «Hacia una Teoría general de la Jurisdicción Voluntaria (I)» está compuesta por un prólogo, siete capítulos y un epílogo. El segundo volumen, rubricado «Hacia una Teoría general de la Jurisdicción Voluntaria (II)» contiene, por su parte, un prólogo y siete capítulos.

Podría realizar un sumario de cada uno de estos capítulos, pero el método sistemático de la gran mayoría de ellos responde a un orden

vaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de octubre de 2006 (y II)«, Diario La Ley de 28 de noviembre de 2006; «El Notario como órgano de la Jurisdicción Voluntaria en el Proyecto de Ley de 20 de octubre de 2006«, en El Notario del siglo XXI, 2006; «La nueva configuración de la Jurisdicción Voluntaria en el Anteproyecto de Ley de junio de 2006«, en «Otrosí. Revista del Colegio de Abogados de Madrid» n° 80, 2006; «El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria«, en Economist&Jurist n° 106 y 107, 2007; «La protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad«, en libro compartido, dirección y coordinación Prof. I. Serrano, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; «La Jurisdicción Voluntaria en el marco del Estado constitucional de Derecho«, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, 2007; «La Jurisdicción Voluntaria en las Cortes Generales«, Diario La Ley de 16 de octubre de 2007 y «La reforma de la Jurisdicción Voluntaria y la atención a las situaciones de incapacidad, dependencia y vulnerabilidad«, en prensa.

⁴ Vid., en este sentido, CARNELUTTI, F., quién advierte, ello no obstante, que «la importancia —de la Jurisdicción Voluntaria— para quién observe bien, no es inferior a la del proceso contencioso; incluso, si se consideran las relaciones prácticas entre la prevención y la represión, como entre la higiene y la terapia, hay que creer que ya hoy, y todavía más en el futuro, el desarrollo del proceso voluntario puede hacer frente victoriosamente al proceso contencioso«, en «Derecho y proceso» (II parte), Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 443.

cronológico. Así, en este primer volumen asistimos al desarrollo de la evolución de la Jurisdicción Voluntaria desde Roma⁵ hasta nuestros días, con especial atención al desarrollo del Anteproyecto de Ley del que, el Prof. Buján, fue cualificado redactor, en su calidad de vocal de la Sección de la Comisión General de Codificación a la que se encomendó, en su momento, la elaboración de la tan ansiada, esperada y necesaria Ley de Jurisdicción Voluntaria.

En el segundo volumen, el Prof. Buján analiza la trayectoria legislativa de la Jurisdicción Voluntaria, desde el Anteproyecto de Ley hasta la actualidad, al tiempo que incorpora su brillante comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, en trámite sobre el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, en sesión de 7 de mayo de 2007, y aporta varios estudios doctrinales, de gran calado y enjundia, de teoría general, en los que estudia la naturaleza y los principios en que debe instaurarse la nueva Jurisdicción Voluntaria, con especial hincapié en el análisis detallado de los principales procedimientos enmarcados en la Ley que regulará, a buen seguro, muy pronto, esta imprescindible institución.

Los mismos temas surgen, desaparecen y reaparecen una y otra vez, a lo largo de los capítulos, siempre al compás de la evolución normativa de la inminente Ley de Jurisdicción Voluntaria. Es por ello por lo que parece presentar un mayor interés, para el lector, en esta recensión, la ubicación de los grandes temas que presenta, en la actualidad, la Jurisdicción Voluntaria, de manera conjunta al particular desarrollo legislativo de que han sido objeto, a lo largo de la tramitación parlamentaria, y, de modo especial, la valiosa opinión que le merece, cada una de estas cuestiones, al Prof. Buján, quién, no sólo por su compromiso con el más absoluto rigor científico, sino también por la grandeza de su carácter, no tiene reparos en objetar los aspectos mejorables, las lagunas y las contradicciones que presenta, en algunos de sus preceptos, la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria, pero tampoco en reconocer la valiosa contribución, de algunos otros, al perfeccionamiento de esta institución, cuando así se lo parece.

⁵ El Prof. Buján nos ilustra, en este sentido, a propósito de los orígenes y evolución de la Jurisdicción Voluntaria, descubierta, por el este autor, en un texto de Marciano, recogido en el Digesto - 1.16.2, pr. 1: *Todos los procónsules, tan pronto como hubieren salido de Roma, tienen jurisdicción, pero no contenciosa, sino voluntaria, de modo que pueden autorizar emancipaciones, manumisiones y adopciones*-, que pasó, en su momento, a las Partidas y de ahí, a las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881; Vid., ampliamente, en el manual de referencia del Prof., Buján, «Derecho Público Romano», Ed. Thomson-Civitas, 8ª ed., 2005.

Las opiniones manifestadas por el Prof. Buján responden, por lo demás, a una estricta coherencia interna, además de a un infatigable refuerzo de las líneas esenciales de esta relevante investigación, de tal suerte que si el Prof. Amelotti afirmó, hace más de veinte años, en el prólogo de la obra «Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano», publicada, por el Prof. Buján, en el año 1986, que este último Prof. había colmado una laguna de la bibliografía romanística con el presente trabajo, hoy podría añadirse, en esta misma línea de reflexión, que también ha venido a colmar una laguna de la procesalística, pero no solo, en esta ocasión, en su manifestación bibliográfica, sino también normativa. Y todo ello sin quebras. Todo ello desde una posición estrictamente técnica. Todo ello desde el compromiso científico de quíenes, como el autor, han dejado obras tan imprescindibles como la que hoy tengo el lujo de recensionar.

Los «grandes temas» de la Jurisdicción Voluntaria, como los de la práctica totalidad de los procedimientos que conforman su homóloga, que no antagónica, Jurisdicción Contenciosa, pueden enmarcarse las siguientes líneas de investigación: en primer lugar, la ardua elaboración de un concepto comprensivo de todos los matices, líneas esenciales y principios fundamentales de esta institución, así como de su naturaleza y clasificación; en segundo lugar, el estudio de las «partes» del procedimiento voluntario, a las que tanto el legislador, como los autores, denominan «interesados», «promotores», «solicitantes» o «requirentes» con especial atención a la disertación sobre su consustancial, a nuestro juicio, contradicción o, por el contrario, ausencia de conflictividad; en tercer lugar, la fijación de su objeto; en cuarto, el estudio de su competencia, con especial consideración hacia la novedosa redistribución de funciones entre Jueces, Secretarios Judiciales, Notarios y Registradores; en quinto, el examen de las resoluciones dimanantes de los procedimientos voluntarios, con la disquisición de sus efectos de cosa juzgada formal y material; en sexto y último lugar, la ilustración sobre los recursos de que son objeto dichas resoluciones, con una reflexión final a propósito de la lamentable ausencia, en ciertos casos, de la doble instancia. Y todo ello con observaciones, en unas ocasiones, elogiosas, y, en otras, críticas, pero todas ellas vertidas desde una posición técnica y destinadas a mejorar, *pro futuro*, la biografía de la Cenicienta del proceso civil español.

II. CONCEPTO, NATURALEZA Y CLASIFICACIÓN

La elaboración de un concepto de «Jurisdicción Voluntaria» es una tarea, en exceso, ardua y ello no sólo por los avatares que ha sufrido a lo largo de la historia, sino sobre todo por su reciente «transformación», tanto en lo atinente a su objeto, como a su procedimiento, al operador jurídico competente, en cada caso, para su conocimiento, a la resolución jurídica destinada a poner término a la concreta «solicitud» de tutela que se hubiere formulado y a los efectos matizados de la cosa juzgada dimanante de aquella resolución, entre otros aspectos. Pero la «transformación» o «renacimiento» de esta institución novedosa, en sus principios orientadores, aunque clásica en su concepción original, se debe, principalmente, al fundamento en que se asienta, en la inminente Ley de Jurisdicción Voluntaria, cuya exégesis —*es de justicia reconocerlo y expresarlo abiertamente*— se debe, en buena medida, a las investigaciones del Prof. Buján.

Es por ello por lo que procedo a glosar la definición de Jurisdicción Voluntaria, conforme al reflexivo criterio del Prof. Buján: «*Con la expresión Jurisdicción Voluntaria se hace referencia a aquellos procedimientos en los que un particular solicita la intervención de un Juez —así como, en su caso, de un Secretario Judicial, de un Notario o de un Registrador—, o aquél interviene de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal sin que exista contienda o conflicto de intereses, de especial relevancia, con otra persona*».

La Jurisdicción Voluntaria no ha de concebirse, por lo demás, como la antítesis de la Jurisdicción Contenciosa, sino como su complementaria. Las notas distintivas entre un tipo y otro de Jurisdicción nos muestran la necesaria coexistencia de cada una de ellas en orden a la consecución última de una tutela judicial civil más ágil, eficaz y efectiva.

Esta complementariedad se manifiesta, entre otros múltiples aspectos, en la posibilidad de someter el mismo objeto de conocimiento, una vez concluido el proceso voluntario, a la Jurisdicción Contenciosa, dada la ausencia de plenitud de la cosa juzgada material dimanante de las resoluciones alcanzadas en la Jurisdicción Voluntaria.

Las principales notas distintivas entre ambos tipos de Jurisdicción, ampliamente apreciadas, matizadas y examinadas por el Prof. Buján, en el volumen I de la obra objeto de reseña y detalladas de manera sucinta, en este breve sumario, son las siguientes: el *numerus clausus* del objeto de conocimiento de los procesos voluntarios, frente al

numerus apertus de los procesos contenciosos; el carácter básicamente preventivo de la Jurisdicción Voluntaria, frente al generalmente represivo de la Jurisdicción Contenciosa; la diferencia entre «parte» que exige protección, frente a un sujeto determinado y solicitante o promotor de un proceso voluntario; el relevante papel asignado al Ministerio Fiscal y al Juez de la Jurisdicción Voluntaria, en relación con el principio dispositivo y de aportación de parte característico de la Jurisdicción contenciosa; la irrevocabilidad de la cosa juzgada característica del contencioso frente a la revocabilidad de las decisiones judiciales de la Jurisdicción Voluntaria.

Frente a estas notas distintivas entre ambos tipos de Jurisdicciones, que, tal y como veremos, se han venido, ello no obstante, matizando a lo largo del tiempo, se destacaron otras, en su momento, que, sin embargo, podemos estimar, en el momento presente, desaparecidas por completo.

Estas últimas lo fueron, entre otras, a modo de representativo ejemplo, las siguientes: el mayor o menor formalismo; los diferentes tipos de intereses protegidos y el elevado nivel de garantías predicables de los procedimientos contenciosos por contraposición a los voluntarios.

La atribución de un mayor formalismo, predicable de los procedimientos contenciosos, frente al menor formalismo de los voluntarios, constituye una línea de actuación que se muestra, en la actualidad, totalmente superada, toda vez que, desde la entrada en vigor de la LEC 1/2000, ambos tipos de procedimientos se ventilan a través del juicio verbal.

El «interés público» o «social» de la Jurisdicción contenciosa, frente al interés privado de la Jurisdicción Voluntaria constituye, asimismo, una distinción que se revela como fruto de una concepción anacrónica de esta última institución si acudimos al amplio listado de objetos procesales —*atinentes a personas desvalidas, vulnerables, incapacitadas, ausentes, menores, etc.*— canalizados a través de los procedimientos voluntarios y acometemos idéntica labor con algunos —*en los que se ventilan intereses privados en sentido estricto*— de los enmarcados en el exclusivo ámbito de la contenciosa. A ello se refiere el Prof. Buján cuando nos habla del «nuevo perfil de la Jurisdicción Voluntaria», que ha evolucionado, según manifiesta, *desde la originaria tutela de relaciones jurídico-privadas a la actual protección de derechos indisponibles, intereses generales, públicos o sociales, así como a la resolución de conflictos de intereses considerados de relevancia menor.*

Finalmente, la confianza de la ciudadanía en la atribución de mayores garantías al proceso contencioso, por contraposición al voluntario supone, de nuevo, un error, siendo de relevante interés afirmar, en el momento presente, que todas las garantías procesales, erigidas en los principios constitucionales de los procesos civiles españolas, han de reputarse inherentes a ambos tipos de procedimientos, si no se quiere obtener una tutela judicial diferente, esto es, una Justicia distinta, según decida el particular acudir —no se olvide que el proceso civil es siempre voluntario, ya sea voluntario en sentido estricto, ya contencioso, merced a los clásicos aforismos «*ne procedat iudex ex officio*» y «*nemo iudex sine actore*», entre otros— al procedimiento de uno u otro tipo. Y es que resultaría tan ridículo, como próximo al paroxismo, el que un mismo Juez rebajase, ante idéntico objeto procesal, el nivel de garantías en función del tipo de procedimiento, voluntario o contencioso, en el que el particular hubiere elegido, dada la complementariedad de ambos tipos de Jurisdicción, ventilar su problema jurídico.

Pero el «solicitante» de la tutela judicial voluntaria no sólo tiene derecho, al igual que el «demandante» de la tutela judicial contenciosa, a una resolución judicial completa, congruente, exhaustiva, razonada, razonable, fundada, motivada, jurídica, estable y, a poder ser, de fondo sobre la cuestión sometida al conocimiento del Juez, sino que éste podrá plantear, en ambos tipos de Jurisdicciones, tal y como señala el Prof. Buján, una cuestión de constitucionalidad, lo que nos muestra, con claridad, hasta qué punto el Juez está, en ambos tipos de procedimientos, «enjuiciando» el objeto, conflictivo o no, sobre el que habrá de pronunciarse.

La Jurisdicción Voluntaria contribuirá, a buen seguro, de regularse con las adecuadas garantías, a la descongestión de los procesos civiles, lo que redundará en una mayor celeridad de la Justicia civil española y en el cumplimiento del mandato constitucional del derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías.

La naturaleza de la Jurisdicción Voluntaria ha sido un tema controvertido desde Roma hasta nuestros días, conforme advierte el Prof. Buján, tras un magistral estudio de los textos clásicos que tenemos, en la actualidad, la fortuna de conocer gracias a su destacada investigación.

Las concepciones doctrinales a propósito de la Jurisdicción Voluntaria son antagónicas. Para algunos autores estamos ante una actividad jurisdiccional; para otros, administrativa, sin faltar, natural-

mente, quienes se adhieren a una singular posición ecléctica que les permite afirmar, nada menos que una naturaleza «sustancialmente administrativa desarrollada bajo formas jurisdiccionales», ni aquellos otros que encuadran, a la Jurisdicción Voluntaria, en una zona limítrofe entre la función jurisdiccional y la función administrativa. Frente a todas estas posiciones maximalistas, unas, y sesgadas, otras, se alza el Prof. Buján cuando advierte, con una claridad programática, que *dentro de la gran variedad de actuaciones de Jurisdicción Voluntaria y de órganos competentes para conocer de las mismas, habría que deslindar entre: a) aquellos supuestos que en atención a su carácter constitutivo de derechos tutelan la constitución, modificación y desarrollo del orden jurídico, o a su carácter de tutela de menores o incapacitados, requieren la preceptiva intervención del Juez, y b) aquellos otros consistentes en autenticaciones, legalizaciones, registros, certificaciones, etc., que cumplen básicamente una función legitimadora y de publicidad jurídica, mediante los cuales se comprueba la legalidad de hechos de contenido o no negocial, se asegura la firmeza de hechos jurídicos o de derechos, se les da publicidad o se procede a su calificación o autenticación o legalización. Pues bien, en los primeros supuestos estaríamos ante actuaciones de claro contenido jurisdiccional, mientras que en los segundos parece que prevalece su naturaleza administrativa.*

Pero el Prof. Buján no se detiene ahí, sino que va más allá cuando, tras la lógica inclusión, de la Jurisdicción Voluntaria, entre las funciones del artículo 117 de la CE, analiza críticamente cuáles son los procedimientos voluntarios que corresponde enmarcar en el marco de la «potestad jurisdiccional» (ex.art. 117.3º CE) , por contraposición a aquellos otros que deben permanecer en el ámbito de «las funciones expresamente atribuidas por la Ley en garantía de derechos» (ex.art. 117.4º).

El precepto 117.3º de la CE establece que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». Este mismo precepto, en su apartado 4º, dispone que «los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho».

Las escasas posiciones doctrinales vertidas hasta el momento a propósito de esta cuestión y partidarias de la inclusión de la Jurisdicción Voluntaria en el ámbito de las «funciones legalmente atri-

buidas en garantía de derechos» —ex.art. 117.4º, se manifiestan contrarias a la tesis mantenida por la más reciente doctrina jurisprudencial —STS de 22 de mayo de 2000—, que se muestra, sin embargo, favorable a su encaje en el marco de la potestad jurisdiccional *strictu sensu*— ex. art. 117.3º CE.

El Prof. Buján entiende, con excelente criterio e intachable argumentación, que la Jurisdicción Voluntaria debe encuadrarse en el 117.3º conforme a la idea de que *los jueces juzgan y hacen ejecutar lo juzgado no sólo en el ámbito del proceso contencioso, sino también en el del voluntario cuando, a modo de ejemplo, nombran a un tutor, autorizan una adopción, determinan el domicilio conyugal o proceden a la designación de un interventor en las operaciones de liquidación de la sociedad anónima.*

La protección, gestión o administración de derechos o intereses privados que, con carácter preventivo, se atribuye a los Jueces, supone, según el Prof. Buján, *un ejercicio de la potestad jurisdiccional en sentido amplio, en atención al carácter de indisponibles de los derechos o intereses legítimos tutelados, a la interrelación entre intereses particulares con intereses generales o sociales, a la especial garantía que supone la intervención judicial o al carácter tuitivo respecto a la posición de menores, incapacitados, personas con discapacidad o desvalidos.*

A mayores de todas estas reflexiones, en las que se aducen razonamientos de incuestionable criterio, el Prof. Buján señala que *la exclusión de la Jurisdicción Voluntaria del núcleo esencial indisponible y excluyente de funciones que conforman la potestad jurisdiccional de los Jueces previsto en el 117.º y su inclusión en las funciones de los Jueces en garantía de derechos, conforme al 117.4, respecto de los que no existe una reserva de jurisdicción, comportaría la posibilidad de traspaso en un futuro de las funciones relativas a menores, incapacitados, discapacitados, desvalidos, derechos indisponibles, supuestos atinentes a intereses públicos, restricción de derechos fundamentales, etc., a otros operadores jurídicos que en un momento determinado fueran considerados más idóneos, lo que no resulta asumible, en atención a la naturaleza de los intereses que están en juego y a la necesidad de que su conocimiento y resolución se atribuya al operador jurídico que goza de un mayor grado de independencia e imparcialidad en su estatuto jurídico, en el marco de la Administración del Estado.*

La Jurisdicción Voluntaria puede clasificarse, por lo demás, según el criterio diferenciador que se utilice —*el objeto del procedimiento o expediente, así como, en su caso, el órgano competente para resol-*

verlo—, en Jurisdicción Voluntaria negocial o preceptiva, de un lado y en Jurisdicción Voluntaria judicial y Jurisdicción Voluntaria no judicial, de otro.

El la Jurisdicción Voluntaria negocial, según explica el Prof. Buján, *el solicitante pretende del órgano jurisdiccional que constituya, autorice, homologue, garantice o haga efectivo un derecho o interés legítimo*. Los supuestos de Jurisdicción Voluntaria necesaria o preceptiva afectan, según el mismo especialista, *o bien a la condición y estado civil de las personas o, con carácter general, a intereses jurídico-públicos, generales o sociales*.

La Jurisdicción Voluntaria Judicial, en cuyo ámbito de actuación se enmarcan estos últimos supuestos, se refiere, como su propia denominación indica, a aquellos procedimientos voluntarios cuyo conocimiento viene atribuido, en exclusiva, al órgano judicial por excelencia, esto es, a los Jueces y Tribunales. Y es que el objeto de numerosos procedimientos de Jurisdicción Voluntaria consiste, tal y como expresa el Prof. Buján, *en constituir o dirimir derechos, con trascendentales efectos, lo que requiere una labor de enjuiciamiento que exigirá la subsunción de los hechos en las normas jurídicas sustantivas y procesales que se consideren aplicables, la admisión y valoración de los medios de prueba que se presenten o se practiquen de oficio, y el pronunciamiento de una resolución motivada, que se ejecutará, en tanto no sea revocada o modificada, en el marco de la propia Jurisdicción Voluntaria o en el proceso declarativo promovido por persona legitimada*.

Con la noción «Jurisdicción Voluntaria no Judicial» hacemos referencia a aquellos otros procedimientos voluntarios cuyo conocimiento viene atribuido, de manera exclusiva o compartida, según los casos, a los Secretarios Judiciales, Notarios y Registradores.

III. PARTES

Las partes del proceso contencioso reciben, en el voluntario, la calificación de «solicitantes», «comparecientes», «interesados», «requerentes», «promoventes» o «promotores». Y ello debido a la ausencia, en un buen número de procedimientos voluntarios, de una auténtica dualidad de partes.

Aún cuando en la Jurisdicción Voluntaria no podemos afirmar, en efecto, la presencia de un cruce de pretensiones entre demandante y demandado, en pie de igualdad, con sus variables litiscon-

sorciales, ante un Juez integrante del Poder Judicial, independiente, inamovible, responsable y sometido únicamente al imperio de la Ley, lo cierto es que sí podemos reconocer, en una gran mayoría de procesos voluntarios, la existencia de «solicitantes» o, por qué no decirlo, de «demandantes» de una tutela judicial efectiva, igualmente amparada en el artículo 24.1º de la CE, ante un Juez obligado a responder, con idéntica imparcialidad, neutralidad y objetividad, tras un procedimiento con todas las garantías, a la «solicitud» de tutela reclamada por el requirente, con una resolución jurídica omnicomprendensiva de todos sus pedimentos, razonada, razonable, motivada, completa y susceptible de generar, en el marco de la propia Jurisdicción Voluntaria, los efectos, tanto positivos, como negativos de la cosa juzgada.

Es por ello por lo que la utilización eufemismos tales como «solicitante», «requirente» o «promotor», entre otros, podría evitarse. Los procesos civiles, tanto los voluntarios como los contenciosos, se inician —*a salvo, claro está, los incoados por el Ministerio Fiscal, en los casos legalmente establecidos*— a instancia de una persona cierta y determinada. Pues bien, si afirmamos, como lo hacemos, en los casos en que está comprometido el órgano judicial, la naturaleza jurisdiccional de los procesos voluntarios, no podemos dejar de afirmar, al propio tiempo, que la subsunción del caso concreto en la norma jurídica a aplicar, imprescindible para el ejercicio del «enjuiciamiento» supondrá, sin ninguna duda, una afectación directa, motivada por el contenido de la resolución judicial que clausura el proceso voluntario, en el devenir jurídico de quién lo ha solicitado y, cuando menos, una afectación refleja en el de quiénes con aquél se relacionen.

Aún cuando sea cierto que la noción de «parte»⁶ suele asociarse a la de «conflicto», «litigio», «controversia», «discordia», no lo es menos que la unilateralidad, predicable de muchos procesos voluntarios, no debiera imponer, a los pretendientes de la tutela judicial voluntaria, denominaciones tan imprecisas, vagas y dispares como las enunciadas anteriormente. Y todo ello sin perjuicio, claro está, de la gran cantidad de procesos voluntarios en los que, sin embargo, existe una dualidad de partes con contradicción matizada o atenuada, a los que nos referiremos a continuación.

⁶ CARNELUTTI, F., con el lenguaje gráfico al que nos tiene acostumbrados, expresó, en este sentido, que «en el proceso contencioso, las partes comparecen en escena, mientras que en el proceso voluntario, una de ellas queda entre bastidores», en «Como se hace un proceso», Ed. Temis, Colombia, 1994, p. 46.

La clásica concepción de la Jurisdicción Voluntaria como una institución que engloba exclusivamente procedimientos o, en su caso, expedientes sin contienda entre las partes ha sido ampliamente superada⁷. Y ello debido a que, en el momento presente, el objeto procesal de un buen número de procedimientos de Jurisdicción Voluntaria es, sin duda alguna, relativamente litigioso.

No se trata, como es lógico, del enfrentamiento radical de voluntades, de la rotunda contradicción de pareceres, ni de la oposición frontal de posiciones que caracteriza a la gran mayoría de procedimientos contenciosos, pero sí desde luego de procedimientos o, conforme a la terminología de la Ley, de expedientes en los que el conflicto, tal y como expone el Prof. Buján, con meridiana claridad, *o bien está latente o encubierto, o bien se manifiesta de forma expresa o explícita, como sucede de forma singular, aunque en modo alguno única, en todos los asuntos de tutela sumaria contradictoria – así, por ejemplo, en los supuestos de discordancia en el ejercicio de la patria potestad o en el seno de la comunidad conyugal - que el legislador decide tramitar por el cauce del procedimiento voluntario, al no considerar necesaria la vía del proceso contencioso, en atención a la atenuada relevancia de la contradicción.*

La trayectoria legislativa de la «oposición» como elemento que, de suscitarse a lo largo del procedimiento voluntario, lo convierte o no en contencioso supone un tema, ciertamente, tortuoso, por el sinfín de posiciones vertidas hasta el momento, en el que todavía no conocemos el desenlace final. Veámoslo.

El precepto 1817 de la antigua LEC, por lo demás todavía vigente en la materia que nos ocupa, dispone que «si a la solicitud promovida se hiciera oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda, según la cuantía», que, en el momento actual, es el juicio verbal, por así establecerlo de manera expresa la disposición derogatoria única, 1, 1^a de la LEC.

⁷ Vid., en este sentido, GUASP, J., quién afirmó, en su momento, que «la clásica distinción de la jurisdicción contenciosa frente a la voluntaria, porque la primera se ejerce *inter nolentes* y la segunda *inter volentes*, sólo con muchas reservas puede ser aceptada, ya que hay verdaderos procesos sin contradicción de voluntades y hay jurisdicción voluntaria en que la repulsa de algún interesado no basta para desvirtuar el carácter que normalmente tiene», en «Derecho Procesal Civil», Tomo II, Parte especial, Ed. Instituto de Estudios Jurídicos, 3^a ed., Madrid, 1968, p. 984.

El Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria dispuso, por su parte, en el precepto 18.2º, que «salvo que la Ley expresamente lo prevea, la formulación de la oposición por algún interesado en el asunto no hará contencioso el expediente, ni impedirá la tramitación del mismo hasta su resolución».

El Proyecto de Ley retoma, con pésimo criterio, el espíritu de la norma contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, si bien no ya con la «reconversión automática» del procedimiento voluntario en contencioso, sino con su «archivo inminente» puesto que, según dispone en su contenido, el procedimiento voluntario se extinguirá, esto es, el expediente se archivará, ante la apreciación, en cualquier momento de su tramitación, de una contradicción. Esta posición legislativa supone, ni más ni menos que una quiebra definitiva de los pilares en que debiera asentarse la nueva Jurisdicción Voluntaria, lo que redundará, de permanecer en la regulación de su futura Ley, en avocar a esta Jurisdicción, al fracaso, incluso antes de que haya tenido la ocasión de llegar a ponerse en práctica.

Y es que, tal y como ha afirmado el Prof. Buján, de viva voz, en su comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso, *una Jurisdicción Voluntaria en la que bastará que cualquier persona se oponga, que cualquier persona de forma dilatoria, de forma fraudulenta, etc., se oponga para que se tenga que archivar el expediente supone una Jurisdicción Voluntaria a medio hacer*. Ante una apreciación tan clara y tan lúcida, nada podemos, por nuestra parte, añadir.

La capacidad de postulación constituye, de nuevo, un tema controvertido o, cuando menos, sensible en los procedimientos o expedientes voluntarios. Y ello es así debido a la circunstancia de que los autores partidarios de la administrativización de la Jurisdicción Voluntaria muestran, consecuentes con lo anterior, una posición contraria a la preceptiva asistencia técnica de letrado y representación formal de procurador en este tipo de procedimientos.

El Prof. Buján, defensor a ultranza de la jurisdiccionalidad de un buen número de procedimientos voluntarios opina, en sentido contrario al propuesto por el Proyecto de Ley, que los procedimientos voluntarios seguidos ante los Tribunales debieran contener, entre sus presupuestos procesales, la capacidad de postulación.

Y ello es lógico si tomamos en consideración que una de las proyecciones más relevantes del derecho a la tutela judicial efectiva lo es la asistencia letrada. Si el particular no tuviera un problema no acudiría a los Tribunales de Justicia, ni por la vía del proceso o expe-

diente voluntario, ni tampoco por el contencioso. Ello nos impulsa a afirmar una obviedad: el contenido de la resolución, judicial o no —*pero de modo especial la proveniente de un Juez en el ejercicio de su potestad jurisdiccional*— que se dicte en el seno de un procedimiento, sea de la naturaleza que sea, afectará, negativa o positivamente, a sus intereses, puesto que, de no esperar una alteración de su estatus jurídico, no habría acudido a la Jurisdicción. Esta modificación le producirá, como es lógico, de aceptarse la «petición», «solicitud» o «reclamación» —*por no decir la «pretensión»*— instada ante el órgano jurídico competente —*y especialmente, insistimos, el judicial, dada la aplicación de la norma al caso concreto en la labor de enjuiciamiento encomendada, ex Constitutione, exclusivamente, a los Jueces y Magistrados*— un beneficio o, en otro caso, un perjuicio.

Ante semejante obviedad, no puede comprenderse que la Ley no prevea expresamente la imperiosa necesidad de la asistencia técnica de Abogado, cuando menos, en todos los procedimientos voluntarios en los que se produzca el «enjuiciamiento», así como la posibilidad de poner en práctica dicho derecho a la asistencia letrada en el resto de procedimientos.

El Prof. Buján, firme partidario del establecimiento de la preceptiva intervención de Abogado, cuando menos, en los *procedimientos cuya titularidad se atribuya a los Jueces*, alude, en defensa de su conveniencia, asimismo a muy diversas razones. *La dificultad y complejidad procesal, la trascendencia económica de los intereses en juego, la necesidad de razonar con criterios de lógica jurídica la utilidad o conveniencia de adoptar una u otra toma de postura, entre otras vicisitudes, la proposición o práctica de pruebas, o bien las propias tensiones que generan ciertas controversias* son algunas de las más relevantes de entre todas las aducidas por el autor.

IV. OBJETO

La dispersión normativa de los actos de Jurisdicción Voluntaria no encuentra, en la actualidad, justificación alguna, siendo precisa, la urgente reagrupación, con vocación de futuro, en un único cuerpo legislativo, de todos los asuntos correspondientes al ámbito de conocimiento de los Jueces, Secretarios, Notarios y Registradores, en el marco de la Jurisdicción Voluntaria.

Así, pues, nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria no sólo ha recopilado, en su seno, a modo de compendio, todas las materias, objeto

de conocimiento por el cauce de los futuros procedimientos voluntarios, procedentes de otros textos legislativos —*tan variados como el Código Civil, el Código de Comercio, la legislación hipotecaria, la Ley y Reglamento del Registro Civil, la Ley del Contrato de Seguro y la Ley de Propiedad Intelectual, entre tantas otras que han sido oportunamente citadas y examinadas por el Prof. Buján*—, sino que ha dejado abierto un marco legislativo dónde podrán insertarse, en el futuro, aquellas materias que el legislador, conforme a la cambiante realidad social, decida incorporar⁸.

Con ello es de esperar que la Jurisdicción Voluntaria deje de ser el «cajón de sastre» de la Justicia civil española para convertirse en una institución que canalice, sin dilación y con las debidas garantías, un buen número de asuntos controvertidos o, en su caso, problemáticos.

V. COMPETENCIA

Aún cuando la noción «Jurisdicción Voluntaria» debiera venir referida, en exclusiva, a los Jueces, debido a que el ejercicio de la «Jurisdicción», en todo tipo de procesos —*también en los voluntarios, como no podría ser de otra manera*—, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde *exclusivamente*, a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan, conforme preceptúa el art. 117.3º de la CE, lo cierto es que razones de sistemática y de «similitud» entre la finalidad última —*la paz social*— perseguida por la gran mayoría, cuando no por la totalidad, de los procedimientos voluntarios abogan por el mantenimiento de este título y por la corre-

⁸ En este sentido, sería conveniente la reconducción, del proceso de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, al cauce de la Jurisdicción Voluntaria, cuando la persona, supuestamente afectada por un concreto trastorno psíquico, se encontrase en una situación de debilidad psicológica o de indigencia psíquica de tan envergadura que no pudiera ni siquiera manifestar por sí misma su voluntad respecto de la privación de libertad con fines terapéuticos. Y es que, tal y como hemos advertido en trabajos anteriores —en concreto, en la monografía «Los procesos sobre la capacidad de las personas», Ed. IUSTEL, Madrid, 2007, pp. 263 y 264—, no podemos hablar de bilateralidad cuando una de las partes, en concreto la pasiva, no puede, de ninguna manera posicionarse en el proceso. Nos hallamos, en tales casos, ante un proceso con una dualidad de partes ficticia, en el que la mayor parte de los trámites, de seguirse ordenadamente el curso del juicio verbal, resultarían francamente inútiles, desproporcionados y, desde luego, muy costosos, tanto económica, como psicológicamente.

lativa inclusión, en una única Ley de Jurisdicción Voluntaria, tanto de los ventilados ante los Jueces y Tribunales, como de los seguidos ante los Secretarios Judiciales, Notarios y Registradores.

Y es que una de las grandes e impactantes novedades de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria es la «desjudicialización» de un buen número de asuntos seguidos, hasta el momento de su —*esperemos pronta*— entrada en vigor, a través de procedimientos judiciales voluntarios y la redistribución de su conocimiento, según los casos, ante otros prestigiosos profesionales del Derecho, como lo son los Secretarios Judiciales, los Notarios y los Registradores.

El Prof. Buján, ideólogo de esta afortunada redistribución de competencias, ya había aventurado, con mucha antelación al inicio de la elaboración de esta Ley, que, con esta «redistribución» se trataría *no tanto de evitar el colapso de la justicia contenciosa, sino sobre todo de sistematizar y redistribuir funciones, en aras de la racionalización del sistema y como muestra de la madurez de la sociedad civil.*

No podemos, en esta breve sinopsis, detenernos en el análisis de las competencias atribuidas, de manera exclusiva o compartida, así como, en este último caso, alternativa, a los distintos profesionales del Derecho que se ocuparán de ventilar los futuros procedimientos o expedientes voluntarios. Para un estudio pormenorizado sobre las razones últimas que han impulsado, al legislador, a atribuir la competencia, en materia de Jurisdicción Voluntaria, a cada uno de aquellos profesionales del Derecho —*Jueces, Secretarios Judiciales, Notarios y Registradores*—, se remite al lector a la magistral obra del Prof. Buján.

VI. RESOLUCIÓN. EFECTOS DE COSA JUZGADA FORMAL Y MATERIAL

Las resoluciones dictadas en los procesos voluntarios, en general, y, dentro de ellas, las que, al propio tiempo, dimanen de los órganos integrantes del Poder Judicial, en especial, han de gozar de idénticos caracteres a las resueltas en el ámbito de los procesos contenciosos, con la sola excepción de la cosa juzgada, que no será plena, sino limitada y, por consiguiente, quedará residenciada en el marco de su propia actuación.

La reflexión anterior nos permite afirmar que el proceso voluntario, al igual que el contencioso, estará orientado a la obtención de resoluciones jurídicas en virtud de las cuales se otorgue a los particulares, necesitados de tutela, una adecuada satisfacción jurídica,

que al propio tiempo sea objetiva, razonada, completa, estable y práctica⁹.

La resolución del procedimiento o expediente de jurisdicción voluntaria surtirá, según expone el artículo 18.2º del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, los efectos que correspondan a tenor de su contenido, en tanto no sea revocada o modificada en proceso declarativo promovido por persona legitimada.

El artículo 23 del actual Proyecto de Ley, según explica el Prof. Buján, *puede generar confusión, al negar efectos de cosa juzgada al auto del Juez y al decreto del Secretario y no distinguir entre cosa juzgada formal, que sí se produce respecto de las resoluciones firmes en el marco de la Jurisdicción Voluntaria, y cosa juzgada material, que asimismo se produce, a su juicio, en su efecto negativo, en el ámbito de la propia Jurisdicción Voluntaria.*

En este sentido, el precepto 207 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —de aplicación subsidiaria a los procesos voluntarios, en defecto de norma expresa al efecto— establece que «transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada». Es por ello por lo que debemos afirmar, con el Prof. Buján, que las resoluciones dictadas en los procesos civiles voluntarios producen, claramente, los efectos de la cosa juzgada formal, lo que *no obsta* —añade este especialista— *para iniciar un proceso contencioso, con independencia de que hayan variado o no los sujetos, el objeto o las circunstancias o presupuestos propios del procedimiento voluntario precedente y sin que ello deba entenderse, en modo alguno, como una impugnación de la resolución dictada en el marco de la Jurisdicción Voluntaria.*

El precepto 2.2º del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria establece que «resuelto un expediente de Jurisdicción Voluntaria por cualquier administrador, no podrá iniciarse otro expediente sobre idéntico objeto y entre los mismos interesados» Este mismo artículo en su apartado tercero, dispone que «la resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso judicial con el mismo objeto».

⁹ Para un estudio pormenorizado sobre los caracteres que han de adornar las resoluciones judiciales, para otorgar adecuada satisfacción a quiénes se vean impelidos, para resolver sus controversias, a acudir a los Tribunales, se remite al lector, a la obra de GIMENO SENDRA, V., «Fundamentos del Derecho Procesal», Ed. Civitas, Madrid, 1981, pp. 242 y ss; Vid., en similar sentido, más adelante, «Introducción al Derecho Procesal», Ed. Colex, 5ª ed., Madrid, 2007, pp.268.

Este artículo se refiere al efecto de la «cosa juzgada material», si bien siempre en el propio marco de la Jurisdicción Voluntaria, sin que, sin embargo, pueda resultar extensible al ámbito de la Jurisdicción Contenciosa. Así, pues, las resoluciones dictadas en un procedimiento voluntario impedirán que pueda suscitarse, entre los mismos sujetos, por idéntico objeto y con igual causa de pedir, un segundo procedimiento voluntario. No así, como es sabido, uno contencioso, y ello con independencia de que concurra o no, en este segundo proceso, la triple identidad de la «cosa juzgada».

Pero la «cosa juzgada» predicable de las resoluciones dimanantes de los procesos voluntarios no sólo comporta un efecto negativo, sino también uno positivo, tal y como se ocupa de explicar el Prof. Buján, cuando, de manera muy ilustrativa, señala que *cualquier órgano jurisdiccional quedará vinculado en cualquier proceso por el contenido dispositivo de la resolución adoptada en el expediente de Jurisdicción Voluntaria, siempre que ésta no se cuestione en un proceso ordinario, en cuyo caso el Juez no estará vinculado, en medida alguna, por lo decidido en el proceso de Jurisdicción Voluntaria.*

VII. RECURSOS

El precepto 19.2º del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria establecía que «contra las resoluciones definitivas dictadas por el Juez cabrá recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y contra los decretos dictados por el Secretario, en los expedientes de su competencia, cabrá recurso ante el Juez titular del mismo juzgado o ante el que corresponda en caso de Servicio Común, que se sustanciará por los trámites y con los requisitos del recurso de reposición regulado en la LEC».

El Proyecto de Ley ha suprimido, de manera sorpresiva y, desde luego, desafortunada, la regulación de los recursos en materia de Jurisdicción Voluntaria, lo cual, siendo el derecho a los recursos —aún cuando de configuración legal— una de las proyecciones más claras del derecho a la tutela judicial efectiva, supone, sin duda alguna, una quiebra del sistema judicial civil español, en el marco de los procedimientos voluntarios.

La interposición de recursos judiciales, frente a las resoluciones dimanantes de operadores jurídicos distintos a los judiciales podría, en su caso, resultar cuestionable, pero la regulación de una doble instancia en los procesos civiles voluntarios seguidos ante las autorida-

des judiciales se presenta no sólo como una opción legislativa más ajustada a la regulación general de nuestros procesos civiles, sino que se impone como un presupuesto necesario del sistema procesal civil español.

Y es que la Jurisdicción Voluntaria, tal y como advierte el Prof. Buján, *no debería identificarse con supresión o disminución de garantías, plazos y formalidades, en aras de la celeridad, pero en detrimento de la tutela judicial y la seguridad jurídica, características de toda actuación judicial.*

En materia de recursos, a juicio de este destacado especialista, *hubiera sido más procedente el mantenimiento de los previstos de reposición, apelación y queja, según establecía el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de octubre de 2005 y en la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

La aportación del Prof. Buján, con esta obra, a la ciencia del Derecho Procesal, ha sido de tal envergadura, que puede afirmarse que el contenido de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria asienta su fundamento en la Teoría de la institución elaborada por aquél Profesor.

A modo de consideraciones finales, procederé a esbozar un breve extracto de las que, tras el estudio detenido de esta obra sin precedentes, en la materia objeto de estudio, estimo son las líneas esenciales de la nueva Jurisdicción Voluntaria.

La Jurisdicción Voluntaria y la Jurisdicción Contenciosa constituyen las dos variables de la Jurisdicción, que, por lo demás, es única y se ejerce, tal y como establece el artículo 3.1º de la LOPJ, por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos. El fundamento de esta doble clasificación de la Jurisdicción, en voluntaria y contenciosa, se asienta en la naturaleza de los objetos procesales ventilados en los procedimientos de cada una de ellas.

La Jurisdicción Voluntaria y la Jurisdicción Contenciosa, lejos de resultar antagónicas, son complementarias y, por ello, su coexistencia ha de ser armoniosa. Para lograr una convivencia pacífica de ambas Jurisdicciones, resulta esencial que queden perfectamente delimitado, desde un primer momento —*sin ambigüedades, equívocos, ni alu-*

sión, para la distribución de sus respectivas competencias, a criterios amparados en conceptos jurídicos indeterminados—, el marco de actuación de cada una de ellas.

Bajo la noción «Jurisdicción Voluntaria» ha de enmarcarse, tanto la actividad de «enjuiciamiento» de nuestros Jueces y Tribunales —*la potestad jurisdiccional que el art. 117.3º les atribuye en régimen de monopolio—* como la actividad que, en concreto, atribuye la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria, a estos mismos operadores de la Judicatura, en garantía de cualquier derecho, cuando no lleven a cabo labores de enjuiciamiento —*ex.art. 117.4º CE—*, e incluso —*por razones de sistemática jurídica y de una política de reducción normativa, merced a la compilación en un único cuerpo normativo, de supuestos correspondientes a una misma institución jurídica, frente a la frecuente y pernicioso inflación legislativa—*¹⁰ la variada actividad de otros profesionales del Derecho —*Secretarios Judiciales, Notarios y Registradores—* en la resolución de los «expedientes» expresamente atribuidos por aquella Ley.

Por razón de la rama de conocimiento a la que dedico mi carrera universitaria, me centraré especialmente en la Jurisdicción Voluntaria judicial, sin, por ello, desconocer las inmensas posibilidades que ofrece la Jurisdicción Voluntaria no judicial, como una nueva concepción de la Justicia, en la que prestigiosos y cualificados profesionales del Derecho, descongestionan, con la debida seguridad jurídica, la sobrecarga de nuestros Tribunales de Justicia, de las que el Prof. Buján se ocupa, en su obra, extensa y deslumbrantemente.

La Jurisdicción Voluntaria Judicial ampara todos aquellos supuestos en los que el Juez habrá de dirimir un conflicto menor, esto es, una colisión de voluntades relativa, matizada, o, en el mejor de los casos, irrelevante, así como aquellos otros en los que el Juez actúa en garantía de algún derecho.

Frente a la arcaica concepción de la Jurisdicción Voluntaria como una Jurisdicción destinada a ventilar cuestiones caracterizadas por una pacífica convivencia de voluntades o, al menos, por la inexistencia de posiciones encontradas, se alza la nueva aprehensión de la

¹⁰ Los inconvenientes de la inflación legislativa no son menores —advirtió CARNELUTTI, F.— que los debidos a la inflación monetaria. Y es que, tal y como añade el Profesor de Roma - «el ordenamiento jurídico, cuyo mayor mérito debiera ser la simplicidad, ha venido a ser por desgracia un complicadísimo laberinto en el cual, a menudo, ni aquellos que debieran ser los guías, consiguen orientarse», en «El problema de la pena», Ed. Rodamillans, Buenos Aires, 1999, p. 53.

Jurisdicción Voluntaria moderna, como una Jurisdicción destinada a canalizar procedimientos de aminorada contradicción.

La contradicción, ya sea expresa o manifiesta, ya implícita o tácita, inherente a un buen número de los procesos judiciales voluntarios regulados en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria es notoria y evidente.

La apreciación judicial de esta contradicción no debiera suponer el automático trasvase del concreto procedimiento voluntario en vías de resolución por la Jurisdicción Voluntaria a la Contenciosa¹¹. De no existir, *ab initio*, tal contradicción, en determinados procedimientos voluntarios, no resultaría preceptiva la intervención judicial y el legislador, en consecuencia, no habría perdido ocasión, en esta novedosa filosofía de la «desjudicialización» —*dada la actual saturación de la Justicia civil española*—, para destinar la resolución de tales asuntos al conocimiento de otros operadores jurídicos.

Si los Jueces y Magistrados ejercen, como así sucede, en estos procedimientos voluntarios, la potestad jurisdiccional, cuando dictan, desde su posición *supra partes*, de terceros imparciales, una resolución jurídica, motivada, exhaustiva, congruente, estable y, a poder ser, de fondo, no podemos dejar de afirmar, consecuentes con lo anterior, que las «garantías» inherentes a los procesos voluntarios han de ser idénticas a las de los procesos contenciosos, salvo que pretendamos alcanzar una Justicia garantista para los problemas de relevancia mayor, frente a una Justicia parca en el cumplimiento de las debidas garantías procesales para aquellos otros que el legislador ha calificado, en su momento, de menor «conflictividad social».

La asunción de una Jurisdicción Voluntaria garantista supone la inclusión, en el articulado de su Ley reguladora, de todas las garantías de los procesos contenciosos, así como la aplicación subsidiaria, cuando fuere necesario, de la LEC 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

Sin ánimo exhaustivo, expresaré, en primer lugar, una serie de inconvenientes terminológicos o lingüísticos que me ha suscitado la re-

¹¹ De esta circunstancia se hizo eco, en su momento, PRIETO-CASTRO, L., cuando afirmó, con encomiable claridad, que «la no contenciosidad absoluta a que alude el artículo 1811 de la LEC, tampoco es relevante, porque en algunos negocios de Jurisdicción Voluntaria se producen disceptaciones o discrepancias, sin que por ello pasen a ser materia de Jurisdicción Contenciosa, de manera que es posible afirmar que existen negocios de Jurisdicción Voluntaria no contenciosos y contenciosos», en «Derecho de los Tribunales. Organización, funcionamiento, gobierno», Ed. Aranzadi, Pamplona, 1986, p. 153.

dación la Ley de Jurisdicción Voluntaria, al compás del estudio de la obra del Prof. Buján:

El «iter» o «recorrido» de los procesos voluntarios, desde la «solidad» o —por qué no— «demanda» de tutela judicial efectiva hasta la resolución, procesal o material, que le pone término, merece la calificación de «procedimiento»¹² y no de «expediente», dado que estamos ante un juicio verbal, con sus fases de alegaciones y prueba, cuyo corolario final se manifiesta en la obtención de una resolución judicial, fruto de una previa labor de enjuiciamiento.

La alusión general a este método heterocompositivo de resolución de conflictos merece, asimismo, la denominación de «proceso»¹³, al que podremos calificar como «voluntario» —*habida cuenta de su atenuada contradicción*—, toda vez que ha de asentarse en los mismos principios, así como presentar similares caracteres que su homólogo, el proceso contencioso, si pretende constituirse, tal y como debiera ser, en el instrumento de resolución de controversias jurídicas, que asiste a los ciudadanos, en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva.

El «solicitante» de la tutela judicial efectiva puede ser considerado, por contraposición a los terceros, una «parte procesal» plenamente implicada en el procedimiento voluntario, si tomamos en consideración que el contenido de aquella resolución puede ocasionarle un perjuicio directo, que, le permitirá, en su caso, hacer uso de su derecho a los recursos.

¹² En este sentido se ha pronunciado, por lo demás, GÓMEZ ORBANEJA, E., cuando advirtió que «se impone una distinción: actos o negocios de naturaleza administrativa, aunque recaen sobre materia jurídico-privada, encomendados a los jueces, por una parte, y actos o negocios de esa misma naturaleza atribuidos a órganos no judiciales, por otra. En el primer supuesto dichos negocios constituyen un *procedimiento judicial* y en el segundo un *expediente* o procedimiento no judicial», en «Derecho Procesal Civil», volumen II, «Juicios y procedimientos especiales. Ejecución procesal. Jurisdicción Voluntaria», Madrid, 1975, p. 378.

¹³ CARNELUTTI, F., se refirió, en su momento, a los «expedientes» de Jurisdicción Voluntaria, como «procesos civiles voluntarios», al tiempo que advirtió de su trascendencia al efecto de la fundamental labor judicial de impartición de Justicia, cuando señaló, refiriéndose a aquellos procesos, que «es harto conocido que en muchos casos se recurre al Juez para obtener permisos, autorizaciones, convalidaciones de ciertos actos respecto de los cuales es más grave el peligro de injusticia...Estos actos no quedan válidamente realizados sin la intervención del Juez, quién tiene precisamente el deber de impedir que se lleven a cabo si no responden a la Justicia. Pero para cumplir con ese deber realiza a su vez y ordena realizar una serie de actos que constituyen un proceso», en «Como se hace un proceso», Ed. Temis, Colombia, 1994, p.26.

La quiebra, en ciertos procesos, de los principios de la dualidad de partes y de la bilateralidad, además del relativo a la «igualdad de armas», no ha de implicar, necesariamente, que desterremos la existencia de partes en este tipo de procesos, puesto que las «partes» han de considerarse tales, en contraste con los «terceros», cuando la resolución —*judicial o no, pero especialmente la judicial, por razón de la imprescindible «labor de enjuiciamiento» inherente a la mayor parte de tales resoluciones*— que se dicte produzca efectos directos sobre su persona, lo que no puede negarse, sino a riesgo de incurrir en una grave necesidad, en los procesos voluntarios.

La expresión «administradores o gestores de expediente» referida a los órganos competentes para conocer de los distintos asuntos canalizados por la vía de la Jurisdicción Voluntaria es inapropiada e imprecisa, además de no resultar comprensiva de la totalidad de profesionales del Derecho afectados, toda vez que no podemos predicar, de la labor de «enjuiciamiento», realizada, en un buen número de procedimientos voluntarios, por los órganos judiciales, función de administración, ni gestión alguna. El Prof. Buján ha propuesto su sustitución por la afortunada expresión «operadores jurídicos competentes».

En sintonía con lo anterior, la locución «administración y gestión del expediente», para referirse a la labor encomendada a estos operadores jurídicos, en el marco de los procedimientos voluntarios, debiera, a juicio del Prof. Buján, ser suplantada por «tramitación del expediente».

Aún cuando la implicación del Juez, en algunos procesos voluntarios en los que están afectados intereses sociales, ha de ser más enérgica y activa, con carácter general, que la asumida en los procesos contenciosos¹⁴, no por ello debemos estimar que su papel vaya más allá de la mera conducción del proceso, para adentrarse, de manera directa, en el objeto —*litigioso o no*— de conocimiento de dicho proceso, puesto que esta enérgica implicación podría contaminar la

¹⁴ Todo ello sin perjuicio de la equivalencia existente, también en este punto, esto es, en la potenciación legislativa del «activismo judicial», entre la Jurisdicción Voluntaria y la Contenciosa. De ello se ha hecho eco, entre otros, MONTERO AROCA, J., cuando ha afirmado lo siguiente: «No puede negarse que en la LEC se ha producido un aumento de las facultades del Juez que podemos llamar coercitivas, las que se refieren al desarrollo del proceso mismo, y que en algún caso pareciera como si llegaran a la imposición de obligaciones a las partes», en «Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del Juez y la oralidad», Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 105.

«imparcialidad», «neutralidad» y «objetividad» inherente, de modo necesario, a su labor de enjuiciamiento.

Finalmente, expondré, de modo sucinto, las garantías que hemos de reputar inherentes a cualquier procedimiento, voluntario o contencioso, siempre que se halle destinado al enjuiciamiento de una controversia jurídica para cumplir adecuadamente con las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva.

El derecho a la tutela judicial efectiva presenta, entre sus múltiples proyecciones o manifestaciones, tanto la del derecho a la asistencia letrada, como la del derecho a una resolución estable, e incluso, la del derecho a los recursos.

De esta triple consideración, podemos extraer la siguiente reflexión: los «solicitantes» del derecho a la tutela judicial voluntaria, al igual de los demandantes del derecho a la tutela judicial contenciosa debieran ostentar, salvo aisladas excepciones —*que bien pudieran ampararse en la escasa cuantía del objeto procesal o, en su caso, en su mermada o atenuada dificultad técnica*— al comienzo del procedimiento judicial la debida capacidad de postulación —*al menos en lo atinente a la preceptiva intervención de Abogado*— en orden a obtener una resolución judicial con fuerza de cosa juzgada en su propio campo de actuación —*tal y como acontece con los procesos sumarios*— que, naturalmente, fuese susceptible de ser impugnada por el cauce legalmente previsto, dado que la probabilidad de «falibilidad» judicial no tendría por qué ser más elevada en la Jurisdicción Contenciosa que en la Voluntaria.

De la eficacia de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria dependerá, en buena medida, el éxito de la Justicia Civil Contenciosa, toda vez que la realización de procesos voluntarios ágiles, rápidos y garantistas reducirá o aminorará, a buen seguro, el número de procesos contenciosos. Es por ello por lo que concluyo esta sinopsis con la siguiente reflexión.

La Justicia Civil Voluntaria habrá triunfado, en sus principios, en sus fines, en sus planteamientos y en su fundamento, si logra, en el caso concreto, prevenir la Justicia Civil Contenciosa, lo que se lograría siempre y cuando el ciudadano, en concreto, afectado un conflicto o problema, encuentra adecuada satisfacción a su solicitud o pretensión de tutela a través del procedimiento voluntario, sin necesidad de acudir posteriormente a un procedimiento contencioso.

La obra del Prof. Buján ha contribuido, como científico, en el plano doctrinal, y como miembro de la Sección de la Comisión Ge-

neral de Codificación que redactó el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, en el legislativo, al resurgimiento de esta estigmatizada institución, cuya relevancia es, sin embargo, capital. Gracias a la ingente labor científica y legislativa del Prof. Buján, los procesalistas tenemos la fortuna, como meros espectadores, no sólo de contar con la tantas veces anhelada Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria¹⁵, sino también de asistir a la inminente aprobación de una Ley de Jurisdicción Voluntaria que asienta su fundamento, principios y líneas esenciales en aquella Teoría General.

Es por ello por lo que esperamos poder presenciar, en un breve plazo de tiempo, el merecido renacimiento de la todavía Cenicienta del proceso civil español.

BIBLIOGRAFÍA

CALAZA LÓPEZ, S., «Los procesos sobre la capacidad de las personas», Ed. IUSTEL, Madrid, 2007.

CARNELUTTI, F.,

—«Derecho y proceso» (II parte), Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.

—«Cómo nace el Derecho», Ed. Temis, Colombia, 1997.

—«El problema de la pena», Ed. Rodamillans, Buenos Aires, 1999.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.,

—«A propósito de la competencia en materia de iurisdictio voluntaria en Derecho Romano», *Revista de Derecho Notarial y A.A.M.N.*, T. XXVIII.

—«Diferencias entre los actos de iurisdictio contenciosa y iurisdictio voluntaria en Derecho Romano», *Estudios Homenaje a A. D`ors*, vol. I, Pamplona, 1987.

—«Consideraciones acerca del carácter clásico y jurisdiccional de la denominada por Marciano »Iurisdictio voluntaria«, en *D. 1.16.2.*

¹⁵ Se quejaba amargamente, ya en 1971, CARNELUTTI, F., de esta gran ausencia, al afirmar que «el proceso voluntario es todavía un campo en gran parte inexplorado; la vegetación ha ido creciendo lo mismo que las plantas salvajes de un jardín inculto; ...; y este es un trabajo imponente, que exigirá mucha inteligencia y paciencia; pero mientras no se lleve a cabo no podemos decir que esté cultivado todo el terreno del proceso civil», en «Derecho y proceso» (II parte), Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 445.

- pr.», Estudios homenaje a J. Iglesias, Madrid, 1987; «Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano», Madrid, 3ª ed., 1999.
- La jurisdicción voluntaria en la encrucijada: su conexión con el nuevo modelo procesal de la LEC del año 2000, Revista de Derecho y opinión, Córdoba, 2000; «Jurisdicción Voluntaria», Ed. Civitas, Madrid, 2001.
 - «Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro», Anuario de Derecho de la U.A.M., vol. 5, 2001; «Consideraciones *de lege ferenda* en materia de jurisdicción voluntaria y Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria», Revista del Colegio de Abogados de Lugo, 2001 y 2002.
 - «Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa», Actualidad Civil, nº 36, 2001 y nº 37.
 - «La jurisdicción voluntaria: racionalización y redistribución de competencias», Libro Homenaje a Sánchez Mera, Madrid, 2002.
 - «La Jurisdicción Voluntaria: una reforma legislativa pendiente», Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, vol. IV, 2002.
 - «Noción de iurisdictio y etapas. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria», Portal electrónico de Derecho, IUSTEL, 2002.
 - «La reforma legislativa de la jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y perspectivas de futuro», nº 163, 2004.
 - «Jurisdicción Voluntaria: Historia (I), Problemas (II), Interrogantes (III) y Soluciones (IV)», Tribuna Pública, Mercados, Voz de Galicia, 12-9, 19-9, 26-9 y 3-10-2004.
 - «La reforma de la Jurisdicción Voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones», Diario «La Ley» de 23 de marzo de 2005.
 - «El nuevo perfil de la Jurisdicción voluntaria en el Anteproyecto de Ley de octubre de 2005 (de tutela de relaciones jurídicas privadas a la protección de intereses generales, públicos o sociales)», Diario La Ley de 8 de junio de 2006.
 - «La Jurisdicción Voluntaria. El Anteproyecto de junio de 2006», en El Notario del siglo XXI, agosto de 2006; «Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de octubre de 2006 (I)», Diario La Ley de 27 de noviembre de 2006.
 - «Observaciones al Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de octubre de 2006 (y II)», Diario La Ley de 28 de noviembre de 2006.

- «El Notario como órgano de la Jurisdicción Voluntaria en el Proyecto de Ley de 20 de octubre de 2006», en *El Notario del siglo XXI*, 2006.
 - «La nueva configuración de la Jurisdicción Voluntaria en el Anteproyecto de Ley de junio de 2006», en «Otrosí. Revista del Colegio de Abogados de Madrid» n° 80, 2006.
 - «El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria», en *Economist&Jurist* n° 106 y 107, 2007.
 - «La protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad», en libro compartido, dirección y coordinación Prof. I. Serrano, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
 - «La Jurisdicción Voluntaria en el marco del Estado constitucional de Derecho», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2007.
 - «La Jurisdicción Voluntaria en las Cortes Generales», *Diario La Ley* de 16 de octubre de 2007.
 - «Hacia una teoría general de la Jurisdicción Voluntaria», volumen I, Ed. IUSTEL, Madrid, 2007.
 - «Hacia una teoría general de la Jurisdicción Voluntaria», volumen II, Ed. IUSTEL, Madrid, 2008.
- GIMENO SENDRA, V.,
- «Fundamentos del Derecho Procesal», Ed. Civitas, Madrid, 1981.
 - «Introducción al Derecho Procesal», Ed. Colex, 5ª ed., Madrid, 2007.
- GÓMEZ ORBANEJA, E., «Derecho Procesal Civil», volumen II, «Juicios y procedimientos especiales. Ejecución procesal. Jurisdicción Voluntaria», Madrid, 1975.
- GUASP, J., «Derecho Procesal Civil», Tomo II, Parte especial, Ed. Instituto de Estudios Jurídicos, 3ª ed., Madrid, 1968.
- MONTERO AROCA, J., «Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del Juez y la oralidad», Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001.
- PRIETO-CASTRO, L., «Derecho de los Tribunales. Organización, funcionamiento, gobierno», Ed. Aranzadi, Pamplona, 1986.