





REAL ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

**LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA:  
UN MANDATO LEGISLATIVO  
PENDIENTE DE CUMPLIMIENTO**

Discurso leído el día 31 de mayo de 2013 en la Solemne Sesión de Ingreso  
del Académico de Número

EXCMO. SR.

**DON ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ**

y contestación del

EXCMO. SR.

**DON LUIS RODRÍGUEZ ENNES**

Académico de Número



A Coruña, 2013

© de la edición: RAGJYL  
© de los textos: sus autores

ISBN:  
Depósito Legal:

Patrocina la edición: Excm. Diputación Provincial de A Coruña  
Imprenta Provincial - A Coruña

## ÍNDICE

1. EL PROBLEMA DEL CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y CONTENIDO DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA HISTÓRICA. ....	15
2. REFORMA LEGISLATIVA PENDIENTE .....	60
3. UNA POSIBLE CLASIFICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA .....	88
4. ALGUNAS PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN RESPECTO DEL TEXTO NORMATIVO DE JV APROBADO EN LA COMISIÓN DE JUSTICIA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS .....	91
5. RACIONALIZACIÓN Y REDISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS:	
A) Competencias que deben permanecer en la órbita de la Autoridad Judicial .....	104
B) Competencias atribuibles a los Secretarios Judiciales .....	120
C) Competencias susceptibles de ser atribuidas a lo Registradores .....	123
D) Competencias susceptibles de ser atribuidas al Notariado .....	125
7. REFLEXIONES FINALES .....	142
8. ANEXO: ELENCO DE BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA DEL AUTOR SOBRE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA .....	147
CONTESTACIÓN DEL EXCMO. SR. LUIS RODRÍGUEZ ENNES .....	159



I

DISCURSO

del

EXCMO. SR.

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ





Excmo. Sr. Presidente da Real Academia Galega de Xurisprudencia e Lexislación.

Excmo. Sr. Presidente da Xunta de Galicia.

Excmo. Sr. Alcalde de A Coruña

Excmo. Sr. Presidente do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

Excmas. e Ilmas. autoridades.

Excmos. señoras e señores académicos

Señoras e señores

Considero de xustiza comezar o meu discurso manifestando o meu máis sentido agradecemento aos académicos desta real academia, pola xenerosidade de acollerme no seu seo e a alta honra que me foi conferida, da que son consciente e espero facerme merecedor no futuro, ao integrarme como Académico de Número en tan douta e insigne corporación, que por galega e por xurídica, constitúe para min unha das máis prezadas referencias da miña traxectoria vital. Síntome orgulloso, e desexo proclamalo, unha vez máis, neste acto público, de ser galego, por nacemento, por ascendencia paterna e materna, e de corazón. A imposición da Medalla Castelao polo presidente Feijóo en Santo Domingo de Bonaval, Panteón de Galegos Ilustres, foi un dos momentos máis emotivos da miña vida.

Quero, así mesmo, manifestar o meu profundo agradecemento ao noso presidente da Xunta de Galicia, don Alberto Núñez Feijóo, persoa

cabal e de extraordinaria valía política, que nos honra coa súa presenza e a súa cordialidade, así como ao vicepresidente da Xunta e conselleiro de Xustiza, don Alfonso Rueda Valenzuela, que nos honra así mesmo coa súa asistencia, e que me mostrou sempre unha especial proximidade.

Alégrame tamén en extremo ingresar na academia baixo a Presidencia de don José Antonio García Caridad, admirado presidente, excelso xurista e persoa de ben; que me conteste o discurso, o meu vello amigo e gran romanista, Luis Rodríguez Ennes; e que sexan os meus padriños, os meus amigos e prestixiosos colegas universitarios, José Luis Meilán Gil e Domingo Bello Janeiro. A todos eles, o meu agradecemento.

Grazas tamén á miña familia nuclear. Á miña esposa, Marivi, sen cuxa xenerosa e inestimable axuda, non podería consagrar a miña vida ao estudo; aos meus tres fillos, que me alegran a vida; e ao meu irmán Federico, que me acompañou e axudou sempre nos bos e nos malos momentos. Aos meus queridos pais e a meu mestre Prof. Fuenteseca, *in memoriam*, a e a todos vós, familiares e amigos, pola vosa presenza afectuosa neste acto.

E dito todo iso, que é de xustiza, procedo a continuación a realizar o eloxio do meu predecesor na medalla número dezasete, don Manuel Taboada Roca, conde de Borraxeiros, e a sintetizar no tempo que me resta, o texto do meu discurso de ingreso, que versa sobre A Lei de xurisdición voluntaria: un mandato lexislativo pendente de cumprimento.

Nació el Excmo. Sr. D.Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros y Marqués de Motesacro en la villa de Melide, de la que es hijo predilecto, el 17 de enero de 1904. Curso los estudios primarios en la Escuela Pública de su villa, los secundarios en el Instituto de Santiago, los universitarios en la Facultad de Derecho de Santiago, con las máximas calificaciones y el Doctorado en la Universidad Complutense de Madrid.

En el año 1928 ingreso por oposición en la Carrera Judicial lo que colma las ilusiones de su vocación por la justicia . Ejerce como Juez de Primera Instancia e Instrucción en Boltaña, provincia de Huesca y en Ortigueira y Carballo.

Desde muy joven se interesó por el derecho laboral y por las cuestiones sociales, especialidad que le lleva a incorporarse en 1935 a los Jurados Mixtos de Trabajo, de los que es nombrado Presidente en 1935. En 1938 es nombrado Magistrado de Trabajo en Coruña, con ampliación de Jurisdicción sobre Lugo, y con posterioridad, al propio tiempo que sigue ejerciendo Jurisdicción, Inspector de Magistraturas de la Zona Noroeste.

En el año 1957 Taboada Roca es nombrado Magistrado de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, desde donde, transcurridos unos años, es destinado a la Audiencia Territorial de Madrid, al propio tiempo que desempeña la Presidencia del Jurado de Expropiación Forzosa. En enero de 1961 es promovido a Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Destacado procesalista y Juez de vocación, el Conde de Borrajeiros dictó más de 2.000 sentencias, escritas con agudeza, claridad, elegancia y rigor jurídico.

Fue Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación, y cuando se elaboró la Compilación de Derecho Foral de Galicia, se le nombró especialista de derecho foral en la mencionada Comisión. En la Revista Jurídica Foro Galego publicó numerosos artículos de temática laboral, así sobre : La acción de despido, el artículo 109 de la Ley de Contrato de Trabajo, el valor procesal de los expedientes laborales, el despido de los enlaces sindicales, el concepto de accidente de trabajo y su evolución doctrinal y jurisprudencial, la enfermedad del trabajador no afiliado al seguro o su estudio sobre despido injusto, despido nulo y despido libre.

En el campo del derecho civil cabe destacar sus estudios sobre “los llamados contadores solidarios”, “el artículo 53 de la Ley de Arredamientos Urbanos” y “En defensa del artículo 90 de nuestra Compilación”. Ha publicado asimismo diversos trabajos de derecho procesal, así “los poderes generales para pleitos” o “la vocación a juicio de las personas jurídicas de derecho privado” y estudios de erudición histórica y crítica referidos a linajes o juristas de nuestra tierra, así “linajes mellidenses”, “el procesalista Hervella de Puga” o “Notas genealógicas sobre el jurista Gaspar Rodríguez” publicado en el Boletín de la Real Academia Gallega.

Considerado el mayor experto en España de Derecho Nobiliario, en el año 2001 se publicaron Dos volúmenes de cerca de 2.000 páginas, recopilatorios de sus aportaciones en la materia. Fue Miembro Numerario del Instituto Internacional de Genealogía y Heráldica y está en posesión de la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort.

Su Discurso de Ingreso en esta Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación tuvo lugar el 4 de septiembre de 1970 y versó

sobre: “La interrupción de la prescripción extintiva, provocada por actos del acreedor : su naturaleza, clases, requisitos y problemas que plantea”. La contestación a su Discurso corrió a cargo del Excmo. Sr. D. Juan Morros Sardá, quien resaltó que el nuevo recipiendario había elegido como tema de su Discurso una de las Instituciones más interesantes y discutidas de nuestro Derecho, como es la prescripción, y que había sido estudiado desde sus orígenes en el Derecho Romano, hasta las más recientes sentencias jurisprudenciales y aportaciones doctrinales, respecto de las que analiza de forma crítica y magistral los medios interruptores de la prescripción, en especial, la interpelación, es decir, el acto del acreedor recordatorio de su derecho antes de que el derecho se extinga.

En 1977 leyó el Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación española, que versó sobre : “La casación civil española en alguna de sus complejidades” . La contestación corrió a cargo del Excmo. Sr. D. Antonio Hernández Gil, a la sazón Presidente de la Academia.

Tuve la fortuna de conocer y tratar al Conde de Borraxeiros en el último decenio de su larga y fecunda vida, que se prolongó, en plenitud, hasta el año de su fallecimiento en 2006, a los 102 años. Recuerdo, de manera especial, una gratísima conversación a solas durante dos horas en su casa de las afueras de Madrid, que versó íntegramente sobre Galicia, sus casi 30 años como Magistrado en los Juzgados y Tribunales de nuestra tierra y nuestros conocidos y amigos comunes .

En el elogio póstumo del Conde de Borraxeiros realizado por el Académico Excmo. Sr. D. Diego Espín Cánovas, el 27 de marzo de 2006, en la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación,

afirmó el eximio jurista, a quien me ha correspondido asimismo la fortuna de suceder a su vez en la medalla 33 de la Real Academia Española de J y L, que no hay mejor título para evocar la memoria del Conde de Borraxeiros que el de “ hombre justo “, palabras que hago mías en nombre de esta Real Academia, que con tanta generosidad me acoge en su seno.

## LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: UN MANDATO LEGISLATIVO PENDIENTE DE CUMPLIMIENTO

### 1) EL PROBLEMA DEL CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y CONTENIDO DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA HISTÓRICA

A) Introducción En Roma la jurisdicción fue competencia exclusiva durante siglos de los magistrados y con posterioridad de los jueces. Sólo éstos podían, a través de la vía de un proceso fingido *in iure cessio*, o por medio de un *decretum* por el que se decidía un asunto consensuado por los solicitantes o de obligada intervención del juez, autorizar o colaborar en el nacimiento, modificación o extinción de una relación jurídica.

En el lenguaje jurídico romano, con el término *iurisdictio* se indica el poder de que está investido el magistrado, la actividad que éste realiza, e incluso la función para cuyo cumplimiento al magistrado le es atribuido el correspondiente poder<sup>1</sup>. Establecida esta premisa y sentada la afirmación

---

<sup>1</sup> Vid en este sentido Pugliese “*Il processo formulare*”, I, p.39. En relación con la amplísima literatura existente sobre la *iurisdictio*, cabe señalar, además de la citada en la obra de Pugliese, entre otros, los siguientes estudios: Girard, “*Organisation judiciaire des romains*”, cit, págs. 167 y ss; Wlassak, “*Römische Prozessgesetze*”, I, cit. Lauria, “*Iurisdictio*” en *Studi in memoria di P.Bonfante*, II, cit. p.481 y ss; De Martino *La giurisdizione in diritto romano*, cit, p.3 y ss; Luzzato, *Procedura civile romana* II, *Les legis actiones*, cit.p 154 y ss; III, *La genesi del processo formulare*, pag. 134 y ss; Gioffredi, *Contributi allo studio del processo civile romano*, cit.p.9 y ss; Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p.132 ss; Murga, *Derecho Romano Clásico*, II, *El proceso*, Zaragoza 1980, p.36-49;

de que la *iurisdictio* romana no se corresponde en todos sus aspectos –en especial hasta la época clásica- con la jurisdicción actual, me parece que se puede iniciar el análisis, partiendo de la genérica definición dada por Luzzato<sup>2</sup>, que se refiere a un concepto que ha sufrido notables variaciones en función de las diversas épocas de desarrollo del Derecho Romano, y de las diversas formas del proceso, conforme a la cual la *iurisdictio* comprendería “el conjunto de facultades atribuidas a los magistrados a los cuales se confió, en Roma, la administración de la justicia civil, y a partir del siglo III d.C, y con ciertos límites, también la criminal”.

Dificultad especial presenta la determinación del contenido y el fundamento de la *iurisdictio*. Etimológicamente, el término deriva de *ius dicere*, lo que parece que hace referencia, a primera vista, a la idea de decir, mostrar o indicar por parte del magistrado el Derecho aplicable<sup>3</sup>, pero la misma raíz etimológica constituye la base de los términos *iudex* y *iudicium*, y parece claro que el juez privado del *ordo iudiciorum privatorum* no tenía *iurisdictio*<sup>4</sup>. Por ello, como se ha puesto de relieve por la doctrina, el análisis filológico no nos arroja excesiva luz sobre el problema que nos ocupa.

---

Biscardi, *Lezioni sul processo privato romano*, Catania 1982; Cannata, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, I, *Le legis actiones*, Torino, 1980; II, *I processo formulare*, Torino, 1982; Buti, *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*, Camerino 1984.

2 Luzzato, s.v “Giurisdizione”, en *Enc. del Diritto*, pp.1 y ss.

3 Acerca del origen y del significado del término *iurisdictio*, vid., entre otros autores, De Martino, “*la Giurisdizione nel diritto romano*”, cit, p.59 ss y Buti, *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*, cit, p.11 y ss. La idea de indicar se pone de manifiesto en diversas expresiones: *dictatorum dicere, multam dicere, diem dicere, edicere, interdicere*, etc.

4 Vid. esta idea profusamente documentada por Bekker, *Über Anfang und Ende des “in iure” Verfahrens im rom. Formularprozess: ius dicere-litem contestari*”, en *Z.S.S.*, XXVII, 1906, p.1-12.



Respecto al fundamento de la *iurisdictio*, especialmente referido al proceso por acciones de la ley, se han mantenido por la doctrina dos hipótesis extremas y diversas opiniones intermedias entre ambas. Lauria<sup>5</sup> excluye toda relación entre *iurisdictio* e *imperium*. Su tesis ha sido agudamente criticada por la doctrina, especialmente por Pugliese<sup>6</sup> y Luzzatto<sup>7</sup>, que han puesto de relieve, entre otros aspectos, que la delegación de la *iurisdictio* encuentra su propio fundamento en el *imperium* magistratual<sup>8</sup>, y que la misma terminología de *iudicia imperio continentia* confirma que, en la concepción romana, la *iurisdictio* encontraba su fundamento en el *imperium*.

Por el contrario, para Leifer<sup>9</sup>, la *iurisdictio* sería una de tantas manifestaciones del *imperium*, por lo que correspondería a todos los magistrados titulares del mismo. Como objeciones de orden general, la doctrina ha señalado, frente a la opinión de este autor<sup>10</sup>, entre otros argumentos, que existen magistrados desprovistos de *imperium*, y provistos de *iurisdictio*, como los cuestores, los ediles y los magistrados municipales.

La doctrina mayoritaria, a la que me adhiero, acepta las teorías intermedias que, con diversos matices, sostienen De Martino<sup>11</sup>, Pugliese<sup>12</sup>

---

5 LAURIA, *iurisdictio*, cit., pp.481 y ss.

6 PUGLIESE, *Il processo formulare*, I, cit., pp.66-70.

7 LUZZATTO, *Procedura civile romana*, cit., pp.186 y ss.

8 Vid. D., 1.21.3 (Iulianus, libro quinto *Digestorum*): “*Et si praetor sit is, qui alienam iurisdictionem exsequitur, non tamen pro suo imperio agit, sed pro eo cuius mandatu ius dicit, quotiens partibus eius fungitur*”.

9 LEIFER, *Die Einheit des Gewaltgedankens im römischen Staatsrechts*, Leipzig, 1914.

10 Vid., por todos, PUGLIESE, *Il processo formulare*, I, cit., pp.66 y ss.

11 DE MARTINO, *La Giurisdizione in Diritto romano*, cit., pp.139 y ss.

12 PUGLIESE, *Il processo formulare*, I, cit., pp.70 y ss.

y Luzzatto<sup>13</sup>, conforme a las cuales, el término *iurisdictio* hace referencia a un conjunto autónomo de poderes del magistrado, distintos del *imperium*, dado que pueden ser objeto de delegación y conferidos a magistrados privados de *imperium*, pero no independientes de éste, en cuanto que el *imperium* constituye su fundamento.

Respecto al contenido, Lauria<sup>14</sup> identifica la *iurisdictio* con el pronunciamiento de los *tria verba legitima: do, dico, addico*, a los que se refieren numerosos textos, y ciertamente parece probable la identidad originaria entre *dicere (dico)* y *iuris dictio*, en cuanto que *dicere* constituiría la actividad más relevante del magistrado. La tesis de Lauria, que ha tenido algunos seguidores<sup>15</sup>, no ha sido aceptada por la doctrina mayoritaria<sup>16</sup>, que ha señalado, entre otros reparos, que los *tria verba* no son más que una indicación abreviada y ejemplificativa de los formularios solemnes que debían ser pronunciados por el magistrado en el ejercicio de su jurisdicción<sup>17</sup>.

Bekker identifica la *iurisdictio* con la simple declaración introductiva del proceso<sup>18</sup>, y De Martino<sup>19</sup> considera que la *iurisdictio* consiste en la indicación a las partes contendientes de la norma aplicable al caso con-

---

13 LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, pp.186 y ss.

14 LAURIA, *Iurisdictio*, cit., pp.529 y ss.

15 Cfr. LEVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, París, 1960, pp.115 y ss.; DÜLL, *Eröffnungsakt in iure und die tria verba praetoris*, en *Z.S.S.*, 57, 1937, pp.76 y ss.

16 Vid en relación con los *tria verba*, en la reciente obra de BUTI, *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*, cit., pp.81 y ss. y la bibliografía allí citada.

17 UZZATO, *Procedura civile romana*, II, cit., p.185.

18 BEKKER, *Über Anfang und Ende des in iure-Verfahrens im römischen Formularprozess: ius dicere-litem contestari*, cit. Pp1 y ss.

19 DE MARTINO, *La Giurisdizione nel Diritto romano*, cit., pp.149 y ss.

creto. Por el contrario, en opinión de Gioffredi<sup>20</sup>, la *iurisdictio* no es una simple indicación técnica de la norma aplicable, sino que supone una indicación vinculante del ritual a seguir y de los formularios a pronunciar.

En esta línea de investigación abierta por Gioffredi que, a mi juicio, es la que en mayor medida se acerca a la realidad, han expuesto el resultado de sus estudios, con matices diversos, Pugliese<sup>21</sup>, Kaser<sup>22</sup> y Luzzato<sup>23</sup>.

A efectos de nuestro trabajo, nos interesa especialmente resaltar que el fundamento de la declaración vinculante en que consistía la *iurisdictio*, no puede ser más que el *imperium*, por lo que serían competentes en materia de *iurisdictio* todos los magistrados provistos de *imperium*<sup>24</sup>, lo que explicaría, como ha puesto de relieve Luzzatto<sup>25</sup>, que la participación de los cónsules en la *in iure cessio* y en otros actos de jurisdicción meramente formal es, precisamente, el residuo de una originaria jurisdicción ejercitada por los magistrados en cuestión.

Un punto de partida seguro en la historia de la *iurisdictio* lo constituye la creación de la magistratura del pretor urbano con funciones jurisdiccionales, por las *leges Liciniae Sextiae* del año 367 a. de C. Tradicionalmente se admite que los cónsules habrían perdido, con la creación de la Pretura, la jurisdicción contenciosa, y conservarían la jurisdicción

---

20 GIOFFREDI, *Contributo allo studio del processo civile romano*, cit., pág.10.

21 PUGLIESE, *Il proceso formulare*, I, cit., p.122.

22 KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., pp.28 y ss.

23 LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, cit., pp.196 y ss.

24 En relación con la existencia de una jurisdicción pontifical previa al procedimiento de las acciones de la ley, vid. FUENTESECA, “Las *legis actiones* como etapas del proceso romano”, en A.H.D.E., 34, 1964 (-Investigaciones de Derecho procesal romano, Salamanca, 1969, pp.54 y ss); CALONGE, “El *pontifex maximus* y el problema de la distinción entre magistraturas y sacerdocios”, en A.H.D.E., 38, 1968, pp.19 y ss; GUIZI, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano. Il sacerdozio di vesta*, Napoli, 1968, pp.152 y ss.

25 LUZZATTO, s.v. “*Giurisdizione*”, en Enc. del Diritto, cit., pág.192.

voluntaria, pero este planteamiento, al que me referiré con detenimiento cuando analice las competencias de los cónsules, presupone expresamente o acepta implícitamente la existencia de una categoría unitaria de jurisdicción contenciosa en el siglo IV a.de C., lo que a mi juicio no puede ser mantenido en el estado actual de nuestras fuentes.

Lo que sí parece evidente es que no sólo los cónsules, sino también otros magistrados provistos de *imperium*, tendrían competencia para intervenir en la *legis actio*, dado que el magistrado investido de *imperium* por la *lex curiata* podía, en pura teoría, realizar actos de *iurisdictio*, en cuanto que ésta era una consecuencia o expresión de *imperium* que le correspondía.

Asimismo, la intervención de otros magistrados en manumisiones, adopciones, emancipaciones, etc., se debía, en ocasiones, a una atribución legislativa de competencia a tales magistrados o bien era producto de una delegación de atribuciones realizadas por el titular del poder correspondiente.

Otro hito importante en la historia del instituto o categoría que en el texto de Marciano se denomina *iurisdictio voluntaria*, tiene lugar cuando se produce la supresión del procedimiento de las *legis actiones*.

Gayo, que es nuestra fuente más importante para el estudio de las acciones de la ley<sup>26</sup>, nos dice en un conocido fragmento<sup>27</sup> que las *legis actiones* se fueron desprestigiando paulatinamente, habiendo llegado el

---

26 FUENTESECA, "Las *legis actiones* como etapas del proceso romano". Investigaciones de Derecho procesal romano, Salamanca, 1969, pp.45-92.

27 Gai, *Instituciones*, 4.30: "Sed istae omnes *legis actiones* paulatim in odium venerum, namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut vel minimum errasse, litem perderet; itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae *legis actiones*, effectumque este, ut per concepta verba, id est per formulas, litigaremus".

formalismo al extremo de que el mínimo error hacía perder el pleito<sup>28</sup> y que su abolición se produjo en virtud de una ley Ebuca y de dos leyes Julia, a partir de las cuales se litigió mediante fórmulas<sup>29</sup>. En el fragmento siguiente<sup>30</sup>, Gayo señala que únicamente se conservan las acciones de la ley en dos casos, el supuesto de daño temido<sup>31</sup> y los juicios ante el Tribunal de los centumviro<sup>32</sup>.

No nos interesa, a los efectos de nuestro estudio, entrar en la conocida polémica<sup>33</sup> acerca del papel que la ley Ebuca y las leyes Julias cumplieron la introducción del procedimiento formulario, pero sí conviene resaltar la referencia a los dos supuestos excepcionales aludidos por Gayo, en los que parece claro que existe un conflicto de intereses que se dirimiría mediante *legis actiones* contenciosas<sup>34</sup>, así como la afirmación contenida en los *Fragmenta Vaticana*<sup>35</sup>, conforme a la cual “...

---

28 En relación con el carácter predominantemente jurídico de las *legis actiones*, vid. GARCÍA GARRIDO, “Proceso arcaico y *legis actiones* (a propósito de las *Recherches* de LEVY-BRUHL)”, en S.D.H.I., 1961, pp.352 t ss; HUVELIN, “L’arbitrium liti aestimandi e l’origine de la formule”, en *Mélanges Gerardin*, pp.319 y ss; IGLESIAS, *Derecho Romano*, cit., pp.205-207, y la bibliografía aquí citada; TOUMULESCU, “Les origines de la procédure formulaire”, en R.I.D.A., 20, 1973, pp.355 y ss.

29 En relación con el origen de la fórmula, vid., por ejemplo, GARCÍA GARRIDO, *Prelección. Guía para un curso de Derecho Romano*, Santiago de Compostela, 1962.

30 Gai, *Institutiones*, 4.31; “*Tantum ex duabus causis permissum est (id legis actionem facere) lege agere, damni infexti et si centumvirale iudicium futurum est...*”.

31 Vid. al respecto el estudio de PARICIO, *La denuncia de obra nueva, en el Derecho Romano Clásico*, Barcelona, 1982.

32 Cfr., sobre los *centumviri*, BOZZA, *Sulla competenza dei centumviri*, Napoli, 1928.

33 Vid. la amplia muestra de bibliografía al respecto, en IGLESIAS, *Derecho Romano*, Madrid, 1983, pág.197, nota 31.

34 *Lege agere*, en las fuentes jurídicas, se refiere siempre al antiguo procedimiento de las *legis actiones*; cfr. Gai, *Institutiones*, I, 184; IV, 12, 21, 24, 26, 29; *Tituli ex corporo Ulpiani*, XI, 24, 27.

35 *Fragmenta Vaticana*, 49.

*nulla legis actio prodita est de futuro*”, porque todo ello contrasta con la mención de la *legis actio* en textos de la época clásica, en relación con los supuestos que Marciano considera de *iurisdictio voluntaria*, lo que denota la vigencia de este antiguo procedimiento romano, en la época del proceso formulario.

B) Estructura procesal de la *in iure cessio* en las épocas republicana y clásica.

Los supuestos que Marciano considera de *iurisdictio voluntaria*, y respecto de los cuales los demás jurisconsultos, de forma más técnica, hablan de *legis actio*, requieren para su formalización la realización de una *in iure cessio*, de la cual no son, por otra parte, más que aplicaciones particulares.

El texto de Marciano, en el que se menciona la expresión de *iurisdictio voluntaria*, es el siguiente:

D.1. 16. 2 pr (Marcianus, *libro I, Institutionum*): “*Omnes Proconsules statim, quam Urbem egressi fuerint, habent iurisdictionem; sed non contentiosam, sed voluntariam, ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi, et adoptionem fieri.*”

*1. Apud legatum vero Proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet iurisdictionem talem*”.

Como es sabido, los compiladores han suprimido toda alusión en las fuentes a la *in iure cessio*, eliminando la palabra *in iure*, y dejando la palabra *cessio*, pero sin el antiguo significado de allanarse. Nos interesa especialmente el examen de este instituto, puesto que depende de su caracterización y naturaleza jurídica en las diversas épocas, el que podamos o no encuadrar dentro de la *iurisdictio* los supuestos que Marciano denomina de “*iurisdictio voluntaria*”.

La primera reflexión que se impone es la derivada de que Gayo no mencione la *in iure cessio* en la enumeración que de las acciones de la ley hace en *Institutiones* 4, 12, lo que ha hecho afirmar a un sector de la doctrina que, conforme a un método riguroso, no se deben contar como acciones de la ley aquellas que no han sido señaladas como tales en las fuentes<sup>36</sup>.

Ciertamente, llama la atención que Gayo admita que el conjunto de actuaciones que suponen una cesión ante el magistrado se denomine “*legis actio*”, y que esta calificación no conlleve la enumeración de la *in iure cessio* dentro del elenco de las *legis actiones*, lo cual probablemente se debe a la caracterización de la *in iure cessio* como un negocio transmisivo de cesión o extinción de determinados derechos, para el que se utiliza la *legis actio sacramento in rem* convenientemente adaptada<sup>37</sup>. Por otra parte, si se acepta lo señalado en los *Fragmenta Vaticana*<sup>38</sup>, la *in iure cessio* sería un instituto previo a las XII Tablas, que se habrían limitado a confirmar su existencia<sup>39</sup>: “*Et mancipationem et in iure cessio legis XII Tab. Confirmantur*”

---

36 A la *in iure cessio* se refiere Gayo en los siguientes términos, *Institutiones*, 2,4: “*In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani velut praetorem urbanum [aut praesides provinciae is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet; quod negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit; idque legis actio vocatur...*”

37 Vid., en este sentido, KASER, *Derecho Romano Privado*, trad. Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1968, pág.44.

38 En relación con el “*confirmare*” de *Fragmenta Vaticana*, 50, referido a la *mancipatio* y a la *in iure cessio*, vid., por ejemplo, GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, pág.270. En opinión de este autor, con independencia de las dudas que suscita la pertenencia de la norma a las XII Tablas, lo que parece evidente es que se trata de un precepto que corresponde a la más antigua época republicana. Asimismo, en relación con el escepticismo que produce el texto de las XII Tablas, vid. KASER, *Eigentum und Besitz im alterem romischen Recht*, Weimar, 1943, pág.201.

39 En sentido contrario a la opinión mayoritaria de que la *in iure cessio* es una institución existente ya en la época de las XII Tablas, pero posterior a la *mancipatio*,

La polémica sobre la naturaleza jurídica de la *in iure cessio* constituye uno de los puntos más controvertidos en la doctrina y ha dado lugar a una división de opiniones en la doctrina, entre aquellos autores<sup>40</sup> que sostienen la jurisdiccionalidad de la *in iure cessio* desde sus orígenes y en diversas épocas hasta su desaparición en la época justiniana<sup>41</sup>, y los que sostienen que la *in iure cessio* no ha sido nunca un proceso, ni siquiera en la forma<sup>42</sup>. Asimismo se han avanzado por la doctrina diversas teorías intermedias que, con diferentes matices, consideran que las formalidades procesales de la *in iure cessio*, cuyo cumplimiento habría sido originariamente preceptivo, sufrieron en el transcurso del tiempo cambios profundos.

---

EISELE, *Res mancipi*, Friburgo, 1896, pp.256 y ss; SCHLOSSMANN, *In iure cessio und mancipatio*, 1904.

- 40 Conforme a la opinión más común, la *in iure cessio* es un proceso aparente, sustancialmente ficticio, pero formalmente del todo regular. Vid., por todos, en este sentido, BISCARDI, *Lezioni sul processo antico e classico*, Torino, 1967, pp.59 y ss.
- 41 La *in iure cessio* aparece mencionada por última vez en una constitución del año 293 d. de C., *Consultatio veteris iurisconsulti*, 6.10: “...quae donatione mancipatione vel in iure cessione transferuntur et reliquia”. Sin embargo, CASTELLO, “L’intervento statale negli atti costitutive di adozione in Diritto Romano”, cit., pág 704, ha puesto de relieve que si bien de la codificación justiniana resulta que la *in iure cessio* ya no se aplica desde hace tiempo como modo de adquisición de la propiedad o de otros derechos reales, se utiliza todavía en materia de adopción hasta el año 530.
- 42 En relación con los autores que encuentran dificultades para considerar la *in iure cessio* como proceso aparente o fingido, vid. la bibliografía citada por IGLESIAS, *Derecho Romano*, cit., pág.283, nota 222. Destaca, quizás, la opinión de LEVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, cit., pág.16, que ha tenido amplio eco, sobre todo, en la doctrina francesa, conforme a la cual, la *in iure cessio* es un acto de carácter administrativo, que supone una decisión del magistrado respecto a la declaración de uno de los intervinientes, y en la que se busca la homologación por la colectividad. Dicha homologación, que es realizada en la *mancipatio* por los testigos, tiene lugar en la *in iure cessio* por la *addictio* del magistrado.



Especialmente significativos resultan, a mi juicio, las opiniones mantenidas al respecto por Solazzi, De Martino, Luzzatto y Pugliese.

Solazzi, en sede de su estudio específico sobre la *iurisdictio contentiosa y voluntaria* en las fuentes romanas, opina a propósito del problema de la jurisdiccionalidad de la *in iure cessio* en relación con los supuestos de la denominada *iurisdictio voluntaria*, que la idea de que la *in iure cessio* es un proceso fingido es madre de equívocos en un caso como el nuestro, en el que las partes conocen recíprocamente sus intenciones y, por su parte, sabe bien el magistrado que el cedente renunciará a su derecho y el reivindicante lo adquirirá, sin que haya existido nunca voluntad de litigar.

En definitiva, para este autor, la *in iure cessio* no es un proceso fingido, sino un acto que se modela sobre el tipo de otro que tiene una causa diversa, por lo que cabría hablar de formas procesales utilizadas para un fin diverso de aquél que le es propio<sup>43</sup>.

En opinión de De Martino, la exacta evaluación del problema debe tener como punto de partida que la *iurisdictio* es una actividad del magistrado que no se identifica, ni siquiera en la época más arcaica con la *legis actio*. El *ius dicere* puede darse o no en las *legis actiones*, y la supervivencia de la *legis actio* por medio de la *in iure cessio* no tiene nada que ver con el *ius dicere*. Sólo en la época clásica, opina este autor, *iurisdictio* se identificaría con el procedimiento formulario<sup>44</sup>.

Sin embargo, parece más acertado, a mi juicio, el sector doctrinal que mantiene el carácter jurisdiccional de las *legis actiones* y de la *in*

---

43 SOLAZZI, “*Iurisdictio contentiosa*” e “*voluntaria*” nelle fonti romane, cit., pp.175-176.

44 DE MARTINO, *La Giurisdizione nel Diritto romano*, cit., pp.287-288.

*iure cessio*. Así, en opinión de Luzzatto<sup>45</sup>, los supuestos contemplados en los textos anteriormente citados, fomalmente tienen las características de verdaderos y propios procedimientos en juicio, en los cuales, frente a la *vindicatio* de una de las partes, la otra se somete, *cedit in iure*, con la consecuencia de que el magistrado se limita a pronunciar la *addictio* a favor de la otra parte. En el mismo sentido, Pugliese ha puesto de manifiesto que la participación del magistrado no se justifica sino por la forma procesal del acto y, evidentemente participando en él, el magistrado no puede desarrollar más que una actividad procesal, es decir, ejercitar la *iurisdictio*<sup>46</sup>.

La estructura procesal en la *in iure cessio* parece clara, y el propio Solazzi admite que la participación del magistrado en este acto sería jurisdiccional en la época de las *legis actiones*, pero niega este carácter a la participación del magistrado en la *in iure cessio* de la época clásica, argumentando que el fin sustancial indirecto de naturaleza negocial habría prevalecido sobre la forma procesal y lo que antes era un proceso habría llegado a ser un simple negocio jurídico para cuya eficacia sería necesaria la participación del magistrado<sup>47</sup>. Me parece acertada la puntualización de Solazzi en orden a poner de relieve la probable evolución<sup>48</sup> habida en la finalidad del instituto de la *in iure cessio*, puesto que estructuralmente se siguen cumpliendo las formalidades requeridas en la intervención del magistrado en estos casos a semejanza de aquellos otros en los cuales se pronuncia igualmente una *addictio* (por ejemplo, en los supuestos de *indefensus* o *confesus*) y nadie niega el carácter jurisdiccional de sus actuaciones.

---

45 LUZZATO, *Procedura civile romana*, II, pág.212.

46 PUGLIESE, *Processo formulare*, II, cit., pág.91.

47 SOLAZZI, “*Iurisdictio contentiosa*” e “*voluntaria*” nelle fonti romane, cit., pp.175 y ss.

48 Vid. asimismo, en relación con la evolución sufrida por la *in iure cessio* en la época clásica, RABEL, “*Nachgeformte Rechtsgeschäfte*”, en Z.S.S., pp.309 y ss.

A mi juicio, parece acertada en su planteamiento la hipótesis señalada por estas teorías intermedias, conforme a las cuales, en la época republicana, las formalidades procesales que requería la realización de una *legis actio*, y que consistían en la realización de una *in iure cessio*, serían cumplidas estrictamente por las partes intervinientes, por lo que no cabría dudar en esta época, de la intrínseca jurisdiccionalidad de los supuestos que se formalizaban por medio de esta instituto.

Mantenida la jurisdiccionalidad de la *in iure cessio* en la época republicana, debemos plantearnos a continuación el problema de su naturaleza jurídica en la época clásica.

Parece probable, a mi juicio, que las formalidades procesales de la *in iure cessio*, que en la época republicana se habrían cumplido estrictamente por las partes, hayan sufrido en la época clásica cambios importantes. Pero de lo que se trata es de pronunciarse acerca de si, no obstante tales cambios, los supuestos en examen permanecieron formalmente dentro de la noción de *iurisdictio*, o bien si el predominio de la finalidad negocial sobre las formalidades procesales habría conllevado una pérdida de su naturaleza procesal, lo que implicaría, en consecuencia, la exclusión de estas actuaciones del ámbito de la *iurisdictio*.

Ciertamente, parece claro que en la época clásica se produce una atenuación de las formalidades requeridas para la realización de la *in iure cessio* en la época republicana, lo que se gesta a través de un proceso de degradación progresiva que culmina con la desaparición del instituto de la *in iure cessio*, pero el desarrollo de este proceso se vislumbra ya a comienzos del Principado con el inicio, al decir de Luzzatto<sup>49</sup>, de la difu-

---

49 LUZZATO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem. I: Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, cit., pp.137 y ss.

minación de la noción y los límites de la *iurisdictio*, lo que supone, como ha señalado Gioffredi, que, a lo largo de la época clásica, la *iurisdictio* se configura como un concepto casi genérico<sup>50</sup>, cuyo objeto más común y tradicional seguiría siendo la intervención del magistrado en la controversia, pero que comprendería asimismo la regulación de las relaciones jurídicas privadas que no implicaban controversia, de modo que la aplicación del concepto de *iurisdictio* a los supuestos que en el texto de Marciano se engloban dentro de la categoría de *iurisdictio voluntaria* implicarían un extensión de su uso, pero no una alteración de su significado<sup>51</sup>.

Por otra parte, un argumento, a mi juicio fundamental, para mantener el carácter jurisdiccional de la *in iure cessio* en las épocas republicana y clásica, consiste en que ésta se concluye mediante una *addictio*<sup>52</sup> que, como es sabido, es un típico pronunciamiento jurisdiccional<sup>53</sup>.

---

50 Existen en las fuentes numerosos textos en los que se refleja el concepto genérico de *iurisdictio* como administración de justicia, cfr.; D., 1.2.2.23; D.1.21.1, pr.; D., 28.3.10. Por otra parte, la amplitud del concepto de *iurisdictio* se deduce de la afirmación de Ulpiano, recogida en D., 2.1.1: “*Ius dicentis officium latissimum est...*”.

51 Vid. en este sentido, GIOFFREDI, *Contributo allo studio del processo civile romano*, cit., pág.40.

52 GAL, *Institutiones*, II, 24: “*deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit...*” *Tituli ex corpore Ulpiani*, 19.10: “*In iure cedit dominus, vindicat is, cui ceditur; addicit praetor*”. Sobre la significación de *addicere*, vid. LIEBS: Z.S.S., 1968, pp.238 y ss. En el sentido de mero control de la autoayuda que tiene el *addicere* del magistrado, WOLFF, “The constitutive effect of *in iure cessio*”, en *Tulane Law Review*, XXXIII, 1959, pp.525 y ss. Finalmente, en relación con las posibles consecuencias procesales de la *addictio* del magistrado provincial, vid. MURGA, “Efectos procesales de la *addictio* del gobernador de la provincia sobre los pleitos indígenas en la Hispania Romana”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 1983, pp.57 y ss.

53 El contenido de la *iurisdictio* se comprende en los llamados *tria verba solemnia*: *do, dico, addico* (MACROBIO: *Saturnalia*, 1.16.14). Según FESTO, *De verborum significatione*, 13, *addicere* equivaldría a aprobar, con la mera presencia, cualquier actuación realizada por el órgano jurisdiccional: *addicere est proprie idem dicere et approbare dicendo*. Sobre las actividades jurisdiccionales del *dare*,

Parece, pues, que cabría afirmar que en los supuestos que Marciano engloba bajo la denominación de *iurisdictio voluntaria*, los comparecientes, puestos previamente de acuerdo, entablan un “proceso” formalmente ficticio, pero sustancialmente del todo regular<sup>54</sup>, ante el magistrado que preside la *litis* –con marcada finalidad negocial y un menor cumplimiento de las formalidades procesales en la época clásica-, que concluiría mediante una *addictio* magistratual, y se realizaría en el marco de una estructura procesal<sup>55</sup>. En la época postclásica, perdido ya todo vestigio procesal en la realización de las actuaciones correspondientes, se produce la quiebra de su naturaleza procesal, pero, por otra parte, la coetánea disociación en esta etapa entre jurisdicción y proceso, que se había venido gestando en siglos anteriores, provoca la inclusión de tales actuaciones dentro de la noción de *iurisdictio*, que ahora abarca ya cualquier actuación realizada ante el magistrado.

C) Legis actio y *iurisdictio voluntaria* en las fuentes clásicas y post-clásicas.

---

*dicere* y *addicere*, vid. NOAILLES, *Du droit sacré au droit civil*, París, 1949, pp.284 y ss., y posteriormente, MURGA, *Derecho Romano Clásico*, II, Proceso, cit., pp.36-39.

54 Como ha señalado CASTELLO, “*L’intervento statale negli atti costitutivi di adozioni in diritto romano*”, cit., pág.702, nt.70, tanto en la hipótesis de que la *in iure cessio* diese vida a un negocio traslativo de propiedad, como a una concesión de *status familiae*, tenía siempre la finalidad de dar certeza de la existencia de un derecho por medio de un negocio de naturaleza procesal.

55 Vid. en este sentido, a propósito de la naturaleza jurisdiccional de la *in iure cessio* en épocas republicana y clásica, PUGLIESE, *Il processo formulare*, I, cit., pág.87. Por su parte, LUZZATO modifica su opinión acerca de la naturaleza jurídica de estos actos que se formaliza mediante una *in iure cessio*, referida a la época clásica, dado que en su *Procedura civile romana*, cit., pág.213, había mantenido su pertenencia a la *iurisdictio* y, posteriormente, por el contrario, cuando publica “Il problema d’origine del processo extra ordinem”, cit., pág.41, afirma que, después de haber realizado una nueva valoración de los textos correspondientes, en su opinión tales actos quedarían fuera del concepto de *iurisdictio* en época clásica.

La vigencia de la *legis actio* en la época clásica, en relación con los supuestos que Marciano denomina de *iurisdictio voluntaria*, hace pensar, como ha señalado Girard<sup>56</sup>, que probablemente debía estar prevista en las *leges Iuliae iudiciorum privatorum*, que reemplazan definitivamente, en todos los demás casos, el procedimiento de las acciones de la ley por el procedimiento formulario, por lo que no es de extrañar que Augusto haya introducido un reglamento de conjunto de la jurisdicción voluntaria en estas leyes.

Parece asimismo evidente que, a pesar de conservarse la expresión *legis actio* en la época clásica, las formalidades requeridas para el cumplimiento de la *legis actio* en la época republicana habrían sufrido, en los siglos posteriores, variaciones notables que se traducirían en una progresiva relegación de formas y requisitos<sup>57</sup>.

En las fuentes clásicas, salvo las referencias al viejo procedimiento de las acciones de la ley, el término *legis actio* se utiliza para calificar o bien el acto o bien la competencia del magistrado para intervenir en los supuestos que en el texto de Marciano se denominan de *iurisdictio voluntaria*, y quizá el empleo de este término, *legis actio*, en vez de *iurisdictio*, se deba al deseo de los jurisconsultos de poner de relieve el carácter meramente formal del ejercicio de la *iurisdictio* por parte del magistrado en la *legis actio*, cuya supervivencia en materia de jurisdicción voluntaria se explica, como ya hemos señalado, en opinión de Scherillo, en atención a que no se ha producido en relación con la

---

56 GIRARD, “*Les leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum*”, en Z.S.S., 1913, pp.368-369.

57 Sobre el problema del lenguaje jurídico que permanece exteriormente inmutable, mientras se producen transformaciones en la semántica del derecho en la materia en examen, vid. CASTELLO, “Il problema evolutivo della adrogatio”, en S.D.H.I., 33, 1967, pág.137, nota 17.

misma la evolución de la concepción originaria de la *iurisdictio* que, desde el poder personal del magistrado, pasó a ser considerada una función pública y conforme a la cual se asocia directamente la potestad jurisdiccional a la persona del magistrado titular de la misma, sin consideración a esferas de competencia o a otras limitaciones<sup>58</sup>.

Es posible, por tanto, que a partir de las *leges Iuliae*<sup>59</sup> haya comenzado a vislumbrarse la distinción entre la actuación jurisdiccional que suponía un proceso serio y riguroso y aquellos supuestos en los que el magistrado no intervenía más que para volver auténticos determinados actos voluntarios de la vida privada, en los que no había, en sentido estricto, contención entre las partes, y respecto de los cuales se continuaba utilizando el expediente de una *in iure cessio* a través de las formalidades de una *legis actio*. Parece, pues, que cabría afirmar, con Buonamici, que también en la época clásica las *legis actiones* pacíficamente ejercitadas sirvieron a la jurisdicción voluntaria<sup>60</sup> y, a mi juicio, no cabe hablar, en principio, respecto de los textos en que se menciona la *legis actio*, de interpolaciones o glosemas, porque si bien, como es sabido, los comentaristas postclásicos y los compiladores justinianos intentaron adaptar las obras de los jurisconsultos clásicos a su época, lo que no parece lógico es que alteren las obras de los clásicos introduciendo una institución como las *legis actiones*, característica de la época republicana.

---

58 SCHERILLO, *Lezioni sul processo*, cit., pp.327-328.

59 Vid. en este sentido, DI BLASI, s.v., “*Giurisdizione volontaria*”, en N.N.D.I., pág.1095. En opinión de este autor, la distinción habría cobrado plena razón de ser en el tiempo de las *legis actiones*, de época imperial, en la que, abolido el procedimiento de las acciones de la ley, tales formas, reveladoras de la *iurisdictio*, habrían sido conservadas para hacer solemnes determinados negocios jurídicos o para conferirles autenticidad.

60 BUONAMICI, *La Storia della procedura civile romana*, I, Pisa, 1886, pág.60.

En definitiva, como ha apuntado Wenger<sup>61</sup>, en la época clásica, la expresión *legis actio* puede ser aplicada sin ambages a la *iurisdictio voluntaria*.

Los textos en los que aparece la expresión *legis actio* aplicada a la *iurisdictio voluntaria* son, son a mi juicio, los siguientes:

D.1. 16. 3 (Ulpianus, *Libro XXVI ad Sabinum*): “*Nec adoptare potest, omnino enim non est apud eum legis actio*”.

Este texto referido a la falta de competencia del Legado del pro-cónsul en materia de adopción, debe ponerse en correlación con D. 1. 16. 2 pr.1:

*“Omnes proconsules statim, quam Urbem egressi fuerint, habent iurisdictionem; sed non contentiosam, sed voluntariam, ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi, et adoptiones fieri.*

*Apud Legatum vero Proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet iurisdictionem talem”.*

D.1 .20.1. (Ulpianus, *libro XXVI ad Sabinum*): “*Adoptare quis apud Iuridicum potest, quia data est ei legis actio*”.

D. 1. 7. 4. (Modestinus, *libro II Regularum*): “*Magistratum, apud quem legis actio est, et emancipare filios suos, et in adoptionem dare apud se posse Neratii sententia est*”.

En los textos clásicos, como ha señalado Pugliese, el término *legis actio* designa el acto, es decir, el negocio de estructura procesal, y no el poder o la función del magistrado<sup>62</sup>. En el mismo sentido, Palmieri

---

61 WENGER, *Istituzione di procedura civile romana*, cit., pág.29.

62 PUGLIESE, *Processo formulare*, II, cit., pág.92.



opina que, en los supuestos contemplados, la *legis actio* designa la posibilidad del particular de actuar en presencia del magistrado<sup>63</sup>.

Por otra parte, a mi juicio, en los tres textos citados en nota, si bien se hace sólo referencia expresa a emancipaciones y adopciones, parece evidente que la posibilidad de actuación ante el magistrado competente se extendería a las manumisiones, así como a todas aquellas actuaciones que requiriesen para su formalización el cumplimiento de una *legis actio*.

Asimismo, con el significado de posibilidad del particular de actuar ante el magistrado, se utiliza, a mi juicio, el término *legis actio* por Aulo Gelio, en *Noctium Atticarum*, V, 19.3, y por Flavio Vopisco, en *Aurelianus*, 12-15<sup>64</sup>.

Opina Castelli, en su minucioso estudio de este fragmento, que en este texto el núcleo de la cuestión está en la exégesis de la frase: “*iube*

---

63 PALMIERI, “*Legis actio in alcune fonti giuridiche*”, en *Arangio Synteleia*, I, pp.521-522. A propósito de las similitudes sistemáticas entre *Ulpianus ad Sabinum* y las *Institutiones* de Marciano, vid. BUCKLAND, “*Marcian*”, en *Studi in onore di S. Riccobono*, I, pp.273-283, y, posteriormente, REIMUNDO, *La sistematización de la indignidad para suceder según el Derecho Romano clásico*, Oviedo, 1985, pág.213.

64 “*Adoptantur autem, cum a parente in cuius potestate sunt tertia mancipatione in iure ceduntur atque ab eo qui adoptat apud eum apud quem legis actio est vindicantur*”.

FLAVIO VOPISCO, *Aurelianus*, 14: “...agentibus igitur gratias omnibus circumstantibus Ulpus Crinitus surrexit atque hac oratione usus est: “*Apud maiores nostros, Valeriane Auguste, quod et familiae meae amicum ac proprium fuit, ab optimis quibusque in filiorum locum fortissimi viri semper electi sunt, ut vel senescentes familias vel foetus matrimoniis iam caducos substitutae fecunditas prolis ornaret. Hoc igitur, quod Cocceius Nerva in Traiano adoptando, quod Ulpus Traianus in Adriano, quod Adrianus in Antonino et ceteri deinceps proposita suggestione fecerunt, in adrogando Aureliano, quem mihi vicarium iudicii tui auctoritate fecisti, censui esse referendum, iube igitur ut lege agatur, sitque Aurelianus haeres sacrorum, nominis et bonorum totiusque iuris Ulpio Crinito iam consulari viro, ipse actutum te iudice consularis*”

*igitur, ut lege agatur*”, que hacía referencia a la posibilidad por parte del emperador de participar en la *adrogatio*, como acto de *iurisdictio voluntaria*, dado que Ulpio Critino invita a Valeriano a disponer *ut lege agatur*, porque *apud eum actio est*<sup>65</sup>.

Me parece acertada la opinión de Castelli en este punto, pero disiento en la afirmación referida a los tres primeros textos (D. 1. 16. 3; D. 1. 20. 1; D. 1. 7. 4), conforme a la cual la *legis actio* implicaría la posibilidad de realizar un *actus legitimus*, concretamente la *emancipatio* y la *adoptio*, dado que, como observa al respecto Dell’Oro, la *legis actio* del magistrado no se explica más que en orden a un limitado número de negocios, y no a todo *actus legitimus*, por lo que sería mejor definirla como el poder de cumplir la *addictio* en la *in iure cessio*<sup>66</sup>.

Pauli Sententiae, 8. 25. 4: “*Apud magistratus municipales, si habeant legis actionem, emancipari et manumitti potest*”.

En opinión de Palmieri<sup>67</sup>, en este texto la *legis actio* tiene un sentido diverso y designa el poder que pertenece al propio magistrado. Cabría aceptar la afirmación de Palmieri, pero completándola en el sentido de que de este texto parece deducirse que en unos municipios los magistrados municipales serían competentes para intervenir en una *legis actio* –si tal competencia se le hubiere atribuido o bien en la ley fundacional o bien en una disposición legislativa posterior-, y en otros no tendrían esta competencia<sup>68</sup>.

65 CASTELLI, “L’arrogazione di Aureliano”, en *Scritti Giuridici*, Milano, 1923, pp.181-183.

66 DELL’ORO, “*Confirmatio adoptionis non iure factae*”, en *Labeo*, 5, 1959, pág.22, nota55.

67 PALMIERI, “*Legis actio* in alcune fonti giuridiche”, cit., pág.253.

68 Asimismo, en el sentido de poder que corresponde al magistrado cabe interpretar la referencia a la *legis actio* en el texto de Ammianus Marcellinus, 22. 7. 2, en el

Podría afirmarse, en conclusión, que la correspondencia entre *legis actio* y *iurisdictio voluntaria* se pone claramente de manifiesto si atendemos a la equivalencia de los supuestos mencionados en relación con ambos institutos en las fuentes. La expresión *iurisdictio voluntaria* aparece sólo en el fragmento de Marciano correspondiente a D.1. 16. 2 pr., y de forma indirecta en D. 1. 16. 2. 1 al aludir a “*talem iurisdictionem*”. En tales textos se hace referencia a manumisiones, emancipaciones y adopciones, supuestos que se contemplan asimismo, como hemos visto, en los textos en los que se menciona la *legis actio*. Por otra parte, como hemos afirmado, parece probable que la alusión a estos tres supuestos se haga a título ejemplificativo, quizá debido a que eran las actuaciones más frecuentes, por lo que cabría añadir, en principio, a los supuestos mencionados, todos aquellos que requiriesen para su formalización el cumplimiento de una *in iure cessio*, realizada por medio de la tramitación de una *legis actio sacramento*.

---

que se menciona la competencia del cónsul para celebrar manumisiones:

“*Mamertino ludos edente circenses, manumittendis ex more inductis per admissionum proximum ipse lege agi ocius dixerat, ut solebat, statimque admonitus iurisdictionem eo die ad alterum pertinere ut errato obnoxium decem libris auri semet ipse multavit*”

C. J., 8.4.7 (Imp. Gordianus A. Marciae): “*Hi qui in aliena sunt potestate, iuxta ius civile non nisi apud eum, apud quem plena legis actio est, adoptari possunt*”.

Parece acertada al respecto la observación de Palmieri, conforme a la cual a partir de fines de la época clásica la expresión *legis actio* adquiere un nuevo significado y es utilizada en el sentido de poder conferido por el Ordenamiento jurídico. El adjetivo *plena* parece tener sentido sólo si se refiere a la competencia del funcionario, por lo que *plena legis actio* equivaldría a “plena competencia conferida por el Ordenamiento jurídico”, en *Legis actio...*, cit, pág.253.

D) Clasicidad de la contraposición entre *iurisdictio contentiosa* y *iurisdictio voluntaria*

Otros aspectos a examinar son el referente a la clasicidad de la contraposición entre *iurisdictio contentiosa* y *iurisdictio voluntaria*, así como el relativo a la utilización del término *iurisdictio voluntaria*, que aparece únicamente en las fuentes romanas en el fragmento de Marciano y que, como es sabido, ha tenido un enorme éxito en los comentaristas y en la legislación posterior, hasta el punto de ser corriente en el lenguaje jurídico moderno.

El análisis de este problema ha dado lugar a una notable división de opiniones en la doctrina, de las que señalaré las más significativas.

Solazzi considera que la distinción entre *iurisdictio contentiosa* y *iurisdictio voluntaria* era desconocida para Augusto y para los juristas clásicos y que la participación del magistrado en una *legis actio* a través de una *in iure cessio* es un acto jurisdiccional en época republicana, mientras que en época clásica es un acto *neque imperii neque iurisdictionis*, siendo a esta tercera categoría de actos, que constituyen una actividad *sui generis* del magistrado, ejercicio de un poder que no entra ni en el *imperium* ni en la *iurisdictio*, a la que aludiría Marciano en el texto de referencia<sup>69</sup>.

---

69 La reconstrucción que propone Solazzi es del siguiente tenor:

“*Omnes proconsules statim quam urbem egressi fuerint habent [quidem imperium, quod non exercent nisi in ea provincia sola quae unicuique decreta est]: iurisdictionem [autem non habent prius quam in provinciam venerint: sed statim est apud eos legis actio, ad ea quae neque iurisdictionis sint:] ut ecce [extra pomerium] manumitti apud eos possunt tam liberi quam servi et adoptiones fieri. I. Apud legatum vero proconsulis nemo manumittere potest, quia non [est apud eum legis actio].*”

A la tesis de Solazzi se ha opuesto Lauria, el cual, aún admitiendo la no clasicidad de la terminología *iurisdictio voluntaria*, considera que la distinción *iurisdictio contentiosa-voluntaria* es clásica, y señala que los actos comprendidos en esta categoría eran heterogéneos, aun siendo jurisdiccionales, y obedecían, por tanto, a reglas diversas, según que se cumpliesen mediante *legis actio* o por medio de decretos magistraturales<sup>70</sup>.

De Martino no acepta una de las ideas básicas de la tesis de Lauria, conforme a la cual la noción de *iurisdictio* se habría degradado y corrompido en la época clásica, y afirma que en la época clásica, la *iurisdictio* se circunscribía al proceso formulario y los demás actos realizados por el magistrado jurisdiccional, o bien entraban dentro del concepto más amplio de *cognitio*, o bien eran encuadrados en una categoría aparte<sup>71</sup>.

Luzzatto considera que la distinción que se plasma en el texto atribuido a Marciano se explica en la línea de formulación que caracteriza la obra de la tardía jurisprudencia clásica, y la de las eventuales reelaboraciones realizadas por los comentaristas postclásicos en este campo<sup>72</sup>.

Scherillo, que considera jurisdiccionales en la época clásica los actos que requieren para su formulación la realización de una *in iure cessio*, opina que probablemente Marciano, en el texto en cuestión, hablaría como otros jurisconsultos contemporáneos suyos de *legis actio*, y que habrían sido los compiladores justinianos los que habrían introducido

---

70 LAURIA, *Iurisdictio*, cit., pp.534-537, nota 326.

71 Vid., en este último sentido, DE MARTINO, *La Giurisdizione nel Diritto romano*, cit., pp.277-278.

72 LUZZATO, *Procedura civile romano*, cit., pág.212, e *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, cit., pág.141.

la nueva terminología, con la finalidad de hacer de la jurisdicción voluntaria una categoría netamente distinta de la jurisdicción contenciosa<sup>73</sup>.

Gioffredi, que admite asimismo la jurisdiccionalidad en época clásica, de los supuestos que se formalizan mediante los trámites de una *in iure cessio*, considera que habría sido Marciano el autor de la expresión *iurisdictio voluntaria*, en su intento de delimitar la jurisdicción del procónsul, que los compiladores, quizá entendiendo mal el concepto que Marciano quería explicar y llevándolo a un plano completamente diverso, por un deseo de simetría, lo habría contrapuesto al período de *iurisdictio contentiosa*<sup>74</sup>.

Es decir, que mientras Lauria acepta la clasicidad de la distinción *iurisdictio contentiosa- iurisdictio voluntaria*, pero estima que no es clásica la terminología *iurisdictio voluntaria*, Scherillo, sin negar la clasicidad de la distinción, opina que ha sido Marciano el autor de la expresión *iurisdictio voluntaria*, y rechaza la contraposición reflejada en el texto.

Para Kaser<sup>75</sup>, en la época clásica no se distinguía de forma sistemática entre *iurisdictio contentiosa* y *iurisdictio voluntaria*, aunque sí existían una reglas especiales para determinadas situaciones que pertenecían a la justicia, pero que no se referían a un procedimiento contencioso. Tales supuestos, en opinión de este autor, no serían encuadrables dentro de la *iurisdictio* en sentido técnico, pero sí se incluirían en un concepto amplio de la *iurisdictio*, respecto de los cuales sería más adecuado hablar de *cognitio*<sup>76</sup>.

---

73 SCHERILLO, *Lezione sul processo*, cit., pág.362.

74 GIOFFREDI, *Contributi allo studio del processo civile romano*, cit., pág.38-39.

75 KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., pág.134.

76 En opinión de LUZZATO, s.v., “*Giurisdizione*”, en Encl. del Diritto, cit., pág.194, nota 5, en relación con el desarrollo de la noción de *iurisdictio*, aparece relativamente marginal el hecho de que la *iurisdictio* se refiera tanto a relaciones

Finalmente, en opinión de Pugliese, el texto clásico mencionaría la *iurisdictio*, para referirse a los supuestos encuadrados dentro de la “*iurisdictio voluntaria*”, dado que si bien el intrínseco carácter jurisdiccional de estos actos pasaría normalmente inadvertido, no dejaría de manifestarse en las obras de clasificación y sistematización de los jurisconsultos. Lo que no acepta este autor es la clasicidad de la contraposición *iurisdictio contentiosa-voluntaria*, que, a su juicio, habría sido probablemente obra de un aislado comentador postclásico<sup>77</sup>.

A mi juicio, en relación con la distinción contenida en D. 1. 16. 2, cabría plantearse, en línea de hipótesis, además de la referida de que se trate de una alteración postclásica o justiniana, los siguientes supuestos: *a)* que el texto haya salido exactamente así como lo conocemos de la pluma de Marciano; *b)* que la alteración, postclásica o justiniana, haya consistido no en introducir la expresión *iurisdictio voluntaria* – o el adjetivo *voluntaria*- en el texto de Marciano, sino propiamente en la supresión de estos términos en las obras de otros juristas clásicos; *c)* que la clasificación reflejada en D. 1.16.2 pr., no sea clásica, pero no porque corresponda a la época postclásica o justiniana, sino porque, por el contrario, sea preclásica o republicana.

En mi opinión, cabría interpretar la contraposición entre jurisdicción contenciosa y voluntaria en el sentido de que Marciano, al referirse a los poderes que el procónsul tiene fuera de su provincia, no afirma, como hacen otros jurisconsultos, que estos poderes se deriven de su compe-

---

procesales como extraprocesales; mientras que bastante más importancia tiene el fenómeno de la confluencia de las diversas *cognitiones* hasta la formación de un verdadero y propio proceso unitario: en otras palabras, la transformación de la *cognitio* en *iudicium extra ordinem*. Vid. al respecto, BONINI, *I libri de cognitionibus di Callistrato*, Milano, 1964, especialmente, pp.33 y ss.

77 PUGLIESE, *Processo formulare*, II, cit., pág.93.

tencia en materia de *legis actio*, porque, probablemente, para lograr la finalidad perseguida por sus Instituciones, resultaba más esclarecedora la noción de *iurisdictio*<sup>78</sup>, que habría sufrido una progresiva ampliación de su contenido en los siglos precedente, desde su primitiva consideración como poder personal del magistrado hasta su conceptualización como función pública.

En todo caso, como es sabido, la sistematización preocupa especialmente a los jurisconsultos de finales de la época clásica, y el propio hecho de que la clasificación no se encuentre en ningún otro texto de la compilación justiniana avala quizá incluso más la hipótesis de que no se trata de una alteración postclásica o justiniana, que lógicamente podría haberse reflejado en otros textos, particularmente en las obras de “*oficio consulis*” y de “*oficio proconsulis*” de otros jurisconsultos, sino que, por el contrario, la distinción sería obra de Marciano, que es autor

---

78 Respecto a la expresada evolución de la noción de *iurisdictio*, las opiniones son contradictorias, y si bien la opinión mayoritaria con considera como un hecho la ampliación progresiva de su contenido, se polemiza respecto a la época en que se produjo tal ampliación. Para GIOFFREDI, *Contributo allo studio del processo civile romano*, cit., pág.40, en la época clásica se había delineado un concepto de *iurisdictio* casi genérico, cuyo objeto más común y tradicional era la intervención del magistrado en la controversia, pero que comprendía asimismo la regulación de relaciones jurídicas privadas que no implicaban controversia, de modo que la aplicación a los supuestos de la denominada *iurisdictio voluntaria* suponía una extensión de su uso, pero no una mínima alteración de su significado. Por el contrario, en opinión de DE MARTINO, *La Giurisdizione nel Diritto romano*, Pádova, 1937, pág.283, la *iurisdictio* es una función que se concreta en la dirección y preparación del proceso *in iure*, y sólo las sucesivas alteraciones postclásicas del concepto, que se produjeron cuando la sustancial característica de la *iurisdictio* se había perdido irremisiblemente, hicieron reentrar en un concepto devenido ahora muy general y abstracto cualquier acto o poder del magistrado. En todo caso, la ampliación de la noción de *iurisdictio* en el siglo III de nuestra era, parece que puede deducirse de la afirmación de Ulpiano, recogida en D., 2.1.1: “*Ius dicentis officium latissimum est*”.



asimismo de otra contraposición<sup>79</sup> –la que distingue entre actuación *pro tribunali* y actuación *de plano*- estrechamente relacionada con la que nos ocupa, el cual quizá no habría tenido intención de introducir una novedad institucional en el ámbito de la *iurisdictio*, sino que se ha limitado a calificar como *voluntaria* el ejercicio de determinadas competencias de los procónsules y a incluirlas dentro de la noción de *iurisdictio*, que en la época en que escribe Marciano abarcaría toda la actividad del magistrado jurisdiccional.

E) Progresiva disociación entre las nociones de jurisdicción y proceso.

Respecto al problema de la naturaleza jurídica de las actuaciones que Marciano engloba dentro de la noción de *iurisdictio voluntaria*, cabría afirmar, en conclusión, que, como hemos señalado anteriormente, en las épocas republicana y clásica, los actos que requieren para su formalización el expediente de una *in iure cessio*, a través de las formalidades de las *legis actiones*, se encuadrarían dentro del concepto de *iurisdictio* en sentido técnico, si bien en la época clásica se habría acentuado la finalidad negocial perseguida por las partes, y se habría atenuado las formalidades procesales de la *legis actio* en relación con las que era necesario observar en época republicana. Respecto a otras particulares competencias atribuidas al magistrado (datio tutoris, transacciones sobre alimentos, autorización para la venta de fundos del pupilo), cabría señalar, con Pugliese<sup>80</sup>, que serían consideradas en la época

---

79 D., 48.16.1.8 (Marcianus, *libro singulari ad senatus consultum Turpillianum*): “*Abolitio privatim a praesidibus postulari ac impetrari solet, item pro tribunali, non de plano: nec praesens hanc cognitionem alteri demandare potest*”.

80 Vid., en este sentido, y en general en el desarrollo básico de la argumentación, la, a mi juicio, acertada exposición de PUGLIESE: *Il processo formulare*, I, cit., pp.86-91.

clásica supuestos de *iurisdictio* en sentido no técnico o vulgar, o bien se enmarcarían dentro de la noción de *cognitio*. En la época postclásica, con la abolición de la distinción entre *iurisdictio* y *cognitio*, y la desaparición de la estructura procesal de la *in iure cessio*, lo que conllevaría la ausencia de naturaleza procesal en las actuaciones que se formalizaban, mediante la misma, se habría producido una disociación entre jurisdicción y proceso, por lo que tanto aquellos supuestos que requerían el cumplimiento de una *in iure cessio* que finalizaba mediante una *addictio* del magistrado, como los que se perfeccionaban simplemente mediante un *decretum* magistratal, serían consideradas de *iurisdictio* en sentido estricto, y en la praxis postclásica acabarían siendo englobados dentro de una categoría de actos dogmáticamente afines que, probablemente, Marciano haya denominado por primera vez de *iurisdictio voluntaria*. Verdaderamente, si en las fuentes se distingue entre *imperium merum et mixtum*<sup>81</sup>, si se habla de actos *magis imperii quam iurisdictionis*<sup>82</sup>, y de actos *neque imperii neque iurisdictionis*<sup>83</sup>, y se dice *imperium cui etiam iurisdictionis inest*<sup>84</sup>, ¿por qué no vamos a aceptar que Marciano –en una

81 D., 2.1.3 (Ulpianus, libro II de officio Quaestoris): “*Imperium aut merum est, aut mixtum est. Merum est imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum facinerosos homines, quod etiam potestas appellatur...*”.

82 D.2.1.4 (Ulpianus, libro I ad Edictum): “*Iubere caveri Praetoria stipulatione, est in possessionem mittere, imperii magis est, quam iurisdictionis*”; D., 50.1.26, pr. (Paulus, libro I, ad Edictum): “*Ea, quae magis imperii sunt, quam iurisdictionis...*”.

83 D., 26.1.6.2 (Ulpianus, libro XXXVIII ad Sabinum): “*Tutoris datio neque imperii est, neque iurisdictionis, sed ei soli competit, cui nominatim hoc dedit lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps*”

84 D., 2.1.3 (Ulpianus, libro II de officio Quaestoris): “*...Mixtum est imperium, cui etiam iurisdictionis inest...*”. Vid. asimismo en relación con la especial predilección de los compiladores justinianos por la sistemática y clasificatoria obra de Marciano: BUCKLAND, “Marcian”, cit., pp.273-283, y REIMUNDO, *La sistematización de la indignidad para suceder según el Derecho Romano clásico*, I, cit., pp.210-220.

época en la que preocupaba a la Jurisprudencia la sistematización y la clasificación y en la que, por otra parte, la inseguridad conceptual se reflejaba en la terminología y en las clasificaciones jurisprudenciales- hay podido introducir, aunque el texto adolezca de una deficiente redacción, la distinción entre *iurisdictio contentiosa* y *iurisdictio voluntaria*?

Constituye una afirmación generalizada considerar que los supuestos de jurisdicción voluntaria en Roma tenía únicamente carácter negocial, pero ello, a mi juicio, no responde sino a parte, si bien es cierto que la originaria y la más amplia, de la realidad. En el proceso fingido denominado *in iure cessio*, hay una *confessio* o allanamiento convencional por parte de uno de los intervinientes, que el magistrado conoce y autoriza, por lo que parece no cabe dudar del carácter jurisdiccional, negocial y constitutivo de derechos de la cesión en cuanto se transmite la propiedad, el usufructo, el uso, la habitación, la servidumbre, la enfiteusis, la superficie, la emancipación, la manumisión, la adopción, la posición de heredero etc. Cumplidas las formalidades procesales, que irían disminuyendo con el transcurso del tiempo, el procedimiento concluiría mediante resolución magistratual denominada *addictio*, de efecto constitutivo, que sería equiparable a la cosa juzgada, *res iudicata*, derivada de la sentencia<sup>85</sup>, con efecto negativo de cosa juzgada formal, a través de la vía de la *exceptio rei iudicatae* y con efecto positivo de cosa juzgada material, a través de la vía de la *actio iudicatae* en caso de sentencia y de una acción por el hecho, *actio in factum*, que cumpliría el papel de la *actio iudicatae*, en el supuesto de la *addictio*.

---

85 D. 42. 2. 1: *Al que confiesa se le tiene por juzgado, porque se condena en cierto modo por su misma sentencia; XII Tablas, III, 1: Si el demandado ha confesado o ha sido condenado con arreglo a derecho, concedansele treinta días (para cumplir la sentencia).*

Pero además de los supuestos de *in iure cessio*, con carácter negocial, constitutivo y plenamente jurisdiccional característicos de las épocas republicana y clásica, en la praxis postclásica, la categoría de actos de *iurisdictio voluntaria* se aplicaría con su inclusión dentro de la misma de una serie de actuaciones, cuya conclusión se formalizará mediante *decretum* magistratual, dogmáticamente afines entre sí, que tendrían una naturaleza constitutiva, en ocasiones, declarativa o preventiva en otras, o de *ius cogens*, en cuanto que la ley exigiría la preceptiva intervención del magistrado en supuestos como la denominada tutela dativa o aquiliana, caracterizada porque el nombramiento de tutor lo realiza un magistrado, o el supuesto semejante de la *datio curatoris* o la obligada autorización del magistrado para que el tutor proceda a la venta de fundos del pupilo o a la transacción sobre sus derechos. Cabría afirmar, en consecuencia, que mientras que en los supuestos de intervención necesaria del magistrado se tutelaría un interés público, en las actuaciones de jurisdicción voluntaria negocial se tutelan legítimos intereses privados.

F) Competencia de tabeliones y funcionarios públicos en materia de actos dogmáticamente afines a los propios de *iurisdictio voluntaria*.

Finalmente, cabría referirse dentro del campo de actos afines a la *iurisdictio voluntaria*, al uso de hacer transcribir por funcionarios públicos, provistos de *ius actorum conficicudorum*, los más importantes actos jurídicos en los Registros Públicos, y por otra parte, a la actividad de los tabeliones que constituyeron el precedente más remoto de los actuales notarios, a los que se reconoce la pública utilidad de su función, otorgándose a sus documentos, confeccionados públicamente, *instrumenta publice confecta*, especial valoración y eficacia procesal, lo que

supone, en opinión de A. D'Ors<sup>86</sup>, la conformación de los tabeliones junto con el legislador, como los verdaderos conductores del Derecho en época postclásica<sup>87</sup>.

En el estudio del Derecho notarial romano se utilizan un gran número de conceptos de carácter eternamente problemático, lo que hace difícil, como se afirma en el prólogo de la obra de Amelotti y Costamagna, llegar a una formulación conceptual de conjunto, dado que en la utilización de términos como “credibilidad” o “fe pública”, la inseguridad es grande porque la interpretación de tales términos no es unívoca ni ha sido siempre la misma a través del tiempo<sup>88</sup>. Por otra parte, habría que distinguir, con Nuñez Lagos, entre la “historia de la función notarial”, atribuida a magistrados, jueces, notarios, etc, y la “historia del órgano notarial”, ejercida por notarios romanos y eclesiásticos, tabeliones, notarios longobardos y francos<sup>89</sup>.

---

86 A. D'Ors “*Documentos y notarios en el Derecho Romano Postclásico*” en *Centenario de la Ley del Notariado*, I, p.89. Asimismo, en opinión de esta autor, quizás el punto final de esta evolución en Derecho Romano encuentre su plasmación en la regulación, en el siglo X, de la corporación notarial en el *Libro del Prefecto* del emperador bizantino León el Sabio. Vid, el texto y la significación de esta obra en el citado estudio, p.84 y 152-161; Vid. asimismo, el conjunto de documentos tabeliónicos comentados por A. D'ORS, “Documentos y notarios en el Derecho Romano Postclásico”, cit., pp.95 y ss; así como la aportación de textos y el comentario de AMELOTTI, en *Alle origini del Notariato italiano*, Roma, 1975, pág.22, especialmente el realizado a propósito de la intervención del notario eclesiástico en la *manumissio in ecclesia*.

87 En Roma, los primitivos documentos recogían únicamente los acuerdos o la voluntad de las partes, a los que se añadía un sello (*sigilatio*) y los nombres de los intervinientes. Con posterioridad, estos añadían junto a sus nombres, en resumen del contenido del acto. El término *tabellio* deriva de que la materia sobre la que la materia sobre la que se redactaban los primitivos documentos eran tablillas de madera, de los que se habría pasado a los papiros y de estos a los pergaminos.

88 AMELOTTI-COSTAMAGNA, *Alle origine del notariato italiano*, cit., V.

89 NÚÑEZ LAGOS, “Documento latino y documento germánico”, cit., pág.419, nota 1.

El estudio de la historia del órgano notarial en Derecho romano nos llevaría a resaltar el hecho de que a fines de la República, probablemente en relación con la importancia que se comienza a conceder a la escritura<sup>90</sup>, aparecen las categorías de *notarii*, *actuarii*, *librarii*, *amanuenses*, *exceptores*<sup>91</sup>, etc.

Los *notarii* se servían de ciertas notas, abreviaturas o signos convencionales para escribir con mayor rapidez. Su función era ya conocida en otros pueblos de la antigüedad, y en Derecho Romano, si bien la realidad es más antigua. El término notario aparece mencionado por primera vez por Séneca<sup>92</sup> y, posteriormente, asimismo utilizado por historiadores y poetas<sup>93</sup>. Pero estos *notarii*, que cumplían esencialmente una función de taquígrafos, no son lo que hoy entendemos por notarios, y si bien parece evidente que de éstos deriva el nombre de aquéllos, la función de los notarios de la antigüedad la cumplían en Roma, como ya hemos dicho, los tabeliones<sup>94</sup>. No obstante, la variada e incluso en algunos textos oscilante terminología utilizada en las fuentes, produjo en ocasiones confusión en los estudiosos, derivada o bien de la similitud terminológica, por ejemplo de *tabellarii*, *tabularii* y *tabelliones*, o bien

---

90 En la Ley de las XII Tablas no se encuentra ninguna alusión a la escritura, y TITO LIVIO, *Ab urbe condita*, VII, 3, nos dice que en el año 360 a. de C.: “*rarae per ea tempora litterae erant...*”.

91 ROGIER, *Etude sur les tabellions. La force de leurs actes en Droit Romain*, París, 1883, pp.11 y ss.

92 SÉNECA, *Apocolocyntosis*, 9, 2; vid., en relación con el término *notarius*, MARTÍNEZ SARRIÓN, “El notario en la baja romanidad”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXII, I, pp.28 y ss.

93 QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, 7, 2, 24; PLINIO EL JOVEN, *Epistulae*, 5, 15; 9, 20, 2; 9, 36, 2; SÜETONIO, *Titus*, 3; MARCIAL, *Epigrammata*, 5, 51, 2; MANILIUS, *Astronomia*, IV, 197.

94 Vid., en relación con la actividad de los *notarii*, y su posterior especialización en *testamentarii*, AMELOTI-COSTAMAGNA, *Alle origini del notariato italiano*, cit., pp.5 y ss. y la bibliografía allí citada.

de la extensión de la palabra *notarii* a los tabeliones o, finalmente, del hecho de que en la parte oriental del Imperio la denominación *notarius* era equivalente a la de *tabularius*<sup>95</sup>. En la Edad Media, la palabra *notarii* sustituye, con carácter general, a la de *tabelliones*<sup>96</sup>.

En las fuentes romanas no se contienen referencias a los orígenes de los tabeliones y, si bien la realidad también en este caso debió de ser más antigua, hay que esperar a finales de la época clásica para que el término aparezca utilizado por primera vez por Ulpiano<sup>97</sup>.

En una constitución de Constantino, del año 316, se prohíbe a los decuriones tomar el oficio de tabelión, lo que prueba la necesidad de regular un oficio del que se derivaban incompatibilidades ya a principios del siglo IV<sup>98</sup>.

---

95 C.J., 8. 17. 11, Const. Emperador León del 472: “*Scripturas, quae saepe adsolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis nec ne, transigendi vel paciscendi seu fenerandi vel societatis coeundae gratia seu de aliis quibuscumque causis vel contractibus conficiuntur, quae idiochira Graeque appellantur, sive tota series eorum manu contrahentium vel notarii aut alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non licet conditionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non, quasi publice scriptas...*”.

96 Vid., sobre este punto, CALASSO, *Medio Evo del diritto*, I, Milán, 1954, pág.243; BONO, *Historia del Derecho notarial español*, cit., I, pág.47, nota 8.

97 D., 48. 19. 9. 4-6 (Ulpianus, libro decimo de officio proconsulis) 4: “*Nonnumquam non advocatibus cui interdicitur, sed foro. Plus est autem foro quam advocatibus interdici: si quidem huic omnino negotiis accomodare se non permittatur. Solet autem ita vel iuris studiosis interdici, vel advocatis, vel tabellionibus sive pragmaticis*”; 5: “*Solet et ita interdici; ne instrumenta omnino forment, neve libellos concipiant, vel testationes consignent*”; 5: “*Solent et sic: Ne eo loci sedeant quo in publico instrumenta deponuntur, archivo forte vel grammatophylacio*”.

98 Cd. Theodosianus, 3, *De decurionibus*, XII, 1, 3; “*Universos decuriones volumus a tabellionum officiis temperare. Nemo autem ad decurionatum vocatus excusare se poterit, eo quod fuerit tabellio, cum huiusmodi homines si sint idonei, vocari ad decurionatum oporteat. Lex enim quae decuriones a tabellionum officiis vult submovere, ad decurionatum tabelliones vocari non prohibet*”; y Cd. Thd.,

Se podría, por tanto, afirmar, con Amelotti, que los tabeliones constituyen una clase profesional de redactores privados de documentos, laboriosamente configurada desde una precedente caótica actividad de escribanos, más o menos competentes o incompetentes, entre los que no han faltado los propios *notarii* o estenógrafos<sup>99</sup>.

Los tabeliones han conservado en toda la historia del Derecho Romano su carácter de profesionales privados, si bien en época de la monarquía absoluta, sin llegar a ser considerados funcionarios públicos, fueron sometidos a un estricto control y subordinación por parte del poder público, en consonancia con la general burocratización de la época. Sin embargo, en el proceso de ampliación de competencias que se les atribuyen, además de la redacción de documentos, se les reconoce función consultiva y asesora<sup>100</sup>, así como facultades relativas a la asistencia a los Tribunales, redacción de instancias y consignación escrita de declaraciones testificales<sup>101</sup>, pero, al no ser considerados en ningún momento como funcionarios públicos, no se les atribuye en sentido es-

---

9. 19.1: “*Si quis decurio testamentum vel codicillos aut aliquam deficientis scriberit voluntatem vel conscribendis publicis privatisque instrumentis praebuerit officium, si falsi quaesto moveatur, decurionatus honore seposito questioni, si ita poposcerit causa, subdatur. Sed non statim desinit esse decurio, qui in huiusmodi facto fuerit deprehensus. Quantum enim ad municipales pertinet necessitates, decurio permanet, quantum ad rem gestam et veritatem reserandam, uti decurionatus honore non poterit. Nec vero ist, qui ante fuerit tabello, ad eludendam quaestionem super his, quae ante conscripsit, factus decurio defendi hac poterit dignitate, quoniam scripture veritas, si res poposcerit, per ipsum debet probari auctorem*”

99 AMELOTI-COSTAMAGNA, *Alle origine del notariato italiano*, cit., pág.5.

100 Vid., en este sentido, WOLF, “Faktoren der Rechtsbildung im hellenistisch-römischen Aegypten”, en Z.S.S., 1933, pág.56, nota 106.

101 D., 48. 19. 9. 4-5 (Ulpianus, *libro decimo de officio proconsulis*): “*Nonnumquam non advocatibus cui interdicitur, sed foro, plus est autem foro quam forensibus negotiis accommodare se non permittatur, solet autem ita vel iuris studiosis interdici vel advocatis vel tabellionibus “sive pragmaticis”*”.



tricto plena *fides publica* a los datos por ellos confeccionados, puesto que no se puso nunca en tela de juicio que el *ius actorum conficiendorum* fuera competencia exclusiva de los funcionarios públicos, y que la ejecutoriedad de los contratos y de las sentencias correspondía únicamente a las autoridades judiciales y gubernativas.

El documento tabeliónico no tuvo en Roma ni la consideración de documento privado ni la de documento público, pero en su regulación y en sus efectos se asemejó más a este último, como se refleja ya en la propia denominación que se le atribuye de *instrumentum publice confectum* utilizada en la mayoría de los textos, y en otras expresiones relativas a tales documentos, como, por ejemplo; *scripturae forensia*, *documenta publice celebrata*, *documenta publice confecta*<sup>102</sup>, etc.

La primera vez, que se conozca, en que se utiliza la denominación de *instrumenta publice confecta* se contiene en una constitución del Emperador Leon, del 472, recogida en C.J., 8. 17. 11, y se hace a propósito de la contraposición entre escrituras privadas e *instrumenta publice confecta*, estableciéndose la preferencia de estas últimas, aunque sean de fecha posterior a las primeras<sup>103</sup>.

---

102 Como afirma A. D'ORS, "Documentos y notarios en el Derecho Romano Postclásico", cit., pág.89, sobre todo desde Justiniano, el documento tabeliónico tiende a equipararse al público como *instrumentum*, no *pubicum*, pero sí *publice confectum*. Sobre el concepto de *instrumentum*, vid., por ejemplo, RICCOBONO, "*Stipulatio e instrumentum nel Diritto giustiniano*", en Z.S.S., 35, 1914, pp.214 y ss. y AMELOTTI, "Il Documento nel Diritto Giustiniano. Prassi e legislazione", estudio contenido en *Il mondo del Diritto nell'epoca giustiniana*. Università degli studi di Bologna. Istituto de Antichità Ravennati e Bizantine- Ravenna, pp.125-137.

103 C.J., 8. 17. 11. 1: "*Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum qui instrumentis publice confectis nititur praeponi, etiamsi posterior dies his contenieatur, nisi forte probatae atque inte-*

Asimismo, en la Nov. 73. 7. 1 se resalta claramente no sólo la confección pública de estos documentos “*In his vero, quae conficiuntur publice documentis, si tabellio venerit...*”, sino que se les otorga plena credibilidad, plena *fides publica*, cuando el notario atestigüe bajo juramento su propia intervención<sup>104</sup>.

Lo que parece claro, en definitiva, es que la fuerza probatoria de los *instrumenta publice confecta* es superior a la de documentos privados que no daban fe más que cuando eran reconocidos como verdaderos por la persona contra la cual se oponían, y a la de los *instrumenta quasi publice confecta*, cuya fuerza probatoria derivaba de los tres testigos de buena e íntegra reputación que los habían suscrito, e inferior, en principio, a la de los *instrumenta publica* en sentido estricto o documentos auténticos, que producían fe pública por sí mismos<sup>105</sup>, lo que les confería una fuerza probatoria plena, y los hacía inatacables en juicio, hasta la inscripción de falsedad<sup>106</sup>.

---

*grae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones isdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur*”.

104 “*si vero neque adnumerator assumptus est et instrumentum ipse tabellio totum per se conscripsit atque supplevit, aut si etiam qui hoc conscripsit non adest aut aliter ipse venire non valet, tamen cum iureiurando propriae completioni attestetur, ut comparationi non fiat locus, sint etiam sic credibilia documenta. Testimonium enim et ex voce complentis factum et iusiurandum habens adiectum praebuit quoddam causae momentum*”.

105 Cfr. C.J., 8. 53. 51: “*...superfluum est privatum testimonium, cum publica monumenta sufficiant...*”; C.J., VI, 23, 19: “*Omnium testamentorum solemnitatem superare videtur, quod insertum mera fide precibus inter tot nobilis probatas personas etiam conscientiam principis tentet. Sicut ergo securus erit, cui adtis cuiuscumque iudicis, aut municipum, aut auribus privatorum mentis suae postremum publicavit iudicium: ita nec de eius unquam successione tractabitur, cui nobis mediis et toto iure (quod in nostris est scriniis constitutum) teste succedit*”.

106 En relación con la eficacia probatoria del *instrumentum*, vid. ARCHI: “*Civiliter vel criminaliter agere*”. In *tema di falso documentale*, SCRITTI FERRINI, I, Milán, pp.1 y ss.; “La proba nel diritto del Basso Impero”, en *Iura*, 12, 1961; A. D’ORS, “Documentos y notarios en el Derecho Romano Postclásico”, cit., pp.110

Por su parte, los *instrumenta publice confecta* precisaban, para producir plena *fides publica* por sí mismos: o bien el juramento del notario, o bien ser corroborados por la prueba testimonial o la verificación de las escrituras, o bien la insinuación o depósito<sup>107</sup> de tales documentos en los Archivos Públicos<sup>108</sup>. Tal *insinuatio apud acta* confería plena autenticidad a los documentos de los tabeliones “...gesta, quae sunt traslata in publica monumenta, habent perpetuam firmitatem...”<sup>109</sup>.

---

y ss. Vid., asimismo, en relación con la necesidad de la forma documental y la publicidad en la realización del vínculo matrimonial, a propósito del fragmento contenido en C.T., 3. 7. 3., ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, I, Milano, 1952, pp.386 y ss; AMELOTTI, “Per la ricostruzione de una legge di Teodosio II”, en *Studi de Francisci*, 2, 1956, pp.297 y ss., y, posteriormente, GARCÍA GARRIDO, *Relaciones personales y patrimoniales entre esposos y cónyudes en el Derecho Imperial tardío ( de Constantino a Teodosio)*, Academia constantiniana, notas críticas, en prensa.

107 A propósito del fundamento de la creación de los Archivos Públicos, sus clase y las personas que los presiden, vid., en CHAMPETIER, *Des actes publics en Droit Romain*, París, 1880, pp.69 y ss; ROGIER, *Etude sur les tabellions. La force probante de leurs actes en Droit Romain*, cit., pp.62 y ss; DURANDO, *Il tabellionato o notariato nelle leggi medievali italiane e posteriori*, Torino, 1897, pp.22 y ss; BONO, *Historia del Derecho Notarial Español*, I, cit., pp.53 y ss. En relación a la insinuación de las donaciones, resulta significativo el amplio elenco de magistrados declarados competentes en el Cd. Thd., VIII, 12, 8 : “*Donationes debere sortiri perpetuam firmitatem cuas corporalis traditio fuerit subsecuta, sancimus, ne usufructus exceptio protraditione possit intelligi. Cui enim postliberalitatem redonata per frui concupiscit, hoc sebi cuo voluerit modo, consignata videlicet possessione, debet praecipuum custodire ne imperfecta vacillet donatio. Gestorum quoque confectionem, sive ante traditionem, sive post traditionem, fieri oportebit, ut instrumentum quo continetur munificentia apud acta publicetur. In hac cuidem urbe, apud magistrum census: In provinciis vero apud provinciarum rectores: Vel si praesto non fuerint apud magistratus municipalis; vel si civitas ea vel oppidum in quo donatio celebratur, non habeat magistratus, apud defensorem plebis in qualibet civitate fuerit repertus: curatores enim concidat vilitate: sed iam allegatas apud curatores donationes et gesta confecta calere necesse est...*”.

108 Vid, al respecto, en D., 48. 19. 9. 6 (Ulpianus, *libro X de officio Proconsulis*): “*Solet et sic, ne eo loci sedeant, quo in publico instrumenta deponuntur, archivo forte, vel grammatsphylacio*”.

109 A partir especialmente de comienzos del siglo III, se hace frecuente la costumbre de registrar los documentos en los protocolos de determinados funcionarios pú-

La insinuación de los documentos tabeliónicos exigía el cumplimiento de determinados requisitos y al observancia de ciertas formalidades<sup>110</sup>, cuya realización confería al documento el carácter de público y le otorgaba plena credibilidad<sup>111</sup>.

---

blicos: *Insinuatio apud acta* cfr. Cod. J., VII, 52, 6: “*Gesta quae sunt translata in publica monumenta habere volumus perpetuam firmitatem. Neque enim morte cognitoris perire debet publica fides*”. Cod. J. I., 56, 2: “*Magistratus confidorum actorum habeant potestatem*”. Cod. J., II, 1, 2: “*Ist apud quem res agitur acta publica tam civilia quam criminalia exhiberi inspicienda ad investigandam veritatis fidem iubebit*”. Cod. Thd., XII, 1, 151, *De quationibus*: “*Municipalia gesta non aliter fieri volumus, quam trium principalium praesentia, excepto magistratu et exceptore publico semperque hic numerus in eadem actorum testificatione servetur: Sic enim et fraudi non patebit occasio et veritati maior crescit auctoritas*”. En relación con la idea de que la *insinuatio* en los *gesta municipalia* no consiste en un simple depósito de los documentos, vid., la autorizada opinión de AMELOTTI, *Il documento nel Diritto Giustiniano*, cit., pp.125-137.

110 A los requisitos o condiciones exigidas para la insinuación se hace referencia, por ejemplo, en la Nov., 73. 7. 3: “*Si vero nihil aliud inveniatur praeter collationem instrumentorum, quod hactenus valuit fiat, ut qui profert ad collationes documentum, iuret solemniter; ut autem aliquod omnino causa sumat augmentum ad maiorem negotii fidem et ipse qui haec, ad collationes instrumentorum venit nec quidquam circa eam egit aut machinatus est, quod posit forte veritatem abscondere. De quibus licebit sese liberare contrahentes, si consenserint utrique ad hoc venire ut insinuent instrumenta et profiteantur ea sub gestis monumentorum ipsi contrahentes, quatenus priventes nequitia et corruptione et falsitatibus et quaecumque alia mala corrigentes praesentem promulgamus legem*”. Vid., asimismo, en relación con las formalidades exigidas, BONO, *Historia del Derecho Notarial español*, I, cit., pág.53.

111 A la nota de autenticidad conferida al documento por la insinuación, se refieren numerosos textos, cfr., C.J., 8. 54. 30: “*... Et hae donationes, qua in diversis provinciis et civitatibus apud quemlibet expraedictis fuerint publicatae, optineant inconcusan ac perpetuam firmitatem*”; C.J., 7. 52. 6: “*Gesta, quasent translata in publica monumenta, habere volumus perpetuam firmitatem. Neque enim morte cognitoris perire debet publica fides*”; Nov., 49. 2. 2: “*Si vero etiam ex publicis archivis proferatur charta, velut desusceptu mensae gloriosissimorum praefectorum (novimus enim etiam aliquid tale quaesitum), et quod ex publicis profertur, et publicum habet testimonium etiam susceptibile hoc esse ad collationes manuum ponimus...*”.

Cualquiera que fuese el magistrado que procediese a la insinuación, debía ser necesariamente auxiliado por un escribano y tres miembros de la curia, conforme se establece en C.T. 151: “*Municipalia gesta non aliter fieri volumus quam trium curialim praesentia, excepto magistratu et exceptore publico*”. La insinuación, como ha puesto de relieve Rogier<sup>112</sup>, tenía lugar ante un verdadero Tribunal. Sin embargo, en C.J. VII, 6. 1. 10<sup>113</sup>, se nos dice que la insinuación tenía lugar *quasi in iudicii figura*, lo que implica que no se cumplían en tales actuaciones las formalidades de un proceso. En opinión de Loyseau, este *quasi* cobra sentido para expresar la distinción o contraposición entre los actos contradictorios o contentiosos en los que existe un juez, un demandante y un demandado, y, por tanto, hay *vera iudicia figura*, y los supuestos objeto de nuestro análisis en los que nos encontramos solamente con un juez y un demandado o peticionario y, por tanto, *quasi iudicia figura*<sup>114</sup>.

A mi juicio, es aceptable la contraposición de Loyseau, pero ello no excluye la posibilidad de catalogar tales actos considerados *quasi iudicia figura*, es decir, no contentiosos, dentro de la categoría de actuaciones de jurisdicción voluntaria.

En la generalidad de los supuestos, se estableció el carácter voluntario de la insinuación en los Archivos Públicos de cualquier documento,

---

112 ROGIER, *Etude sur les tabellions. La force probante de Leurs actes en Droit Romain*, cit., pág.53.

113 C.J. VII. 6. 10: “*Similique modo si dominus inter acta quendam servum filium suum nominaverit, voci eius, quantum ad liberam conditionem, credentum est. Si enim ipse tali affectioni fuerit accensus, ut etiam filium sum servum nominare non dedigmetur, et hoc non secreto nequo inter solos amicos, sed etiam actis intervenientibus et quasi in iudici figura nominaverit, quo modo potest eum servum iterum saltem morientem habere?*”.

114 LOISEAU, *Du Droit des offices*, II, 5., vid. la cita y el comentario de la opinión de este autor en la obra de ROGIER, *Etude sur les tabellion. La force probante de Leus actes en Droit Romain*, cit., pp.63 y ss.

lo cual sería especialmente frecuente respecto de aquellos que no conferirían plena *fides publica* en juicio, y que por medio de la insinuación se transformaban en documentos públicos, lo que suponía una mayor seguridad en el tráfico jurídico, que interesaba tanto a los particulares como a la autoridad pública<sup>115</sup>.

No obstante, con carácter excepcional, se estableció el carácter obligatorio<sup>116</sup> de la insinuación en determinados casos considerados de mayor importancia, como los testamentos solemnes después de la

---

115 Vid., al respecto, C.J., 1. 57.1 : “*Iubemus apud Alexandrinae dum taxat clarissimae civitatis iuridicum, licitum et concessum esse, singulis quibusunque volentibus donationes conscriptae solemniter instrumenta reserare, eisdemque robur adiiciet gestorum series apud eundem confecta; tamquam si apud virum clarissimum moderatorem provinciae, vel magistratus, vel defensores, plebis habita fuisse dicerentur*”; C., J., II, 4. 28: “*Sive apud acta rectoris provinciae, sive sine actis scriptura intercedente vel non, transactio interposita est; hanc servari conventi*”; C. J., VIII, 54. 30: “*In hac sacratissima urbe conscriptae donationes ibi quumque positarum repum apud magistrum census insinuentur. In aliis vero civitatibus sive absens, sive praesens rector provinciae sit, sive eadem civitas habeat liberam facultatem donationes rerum suarum ubique positarum, sive apud moderatorem cuiuslibet provinciae, sive apud magistratus, sive apud defensorem, cuiusquumque civitates prout maluerit, publicare...*”.

116 Al carácter voluntario, como norma general, de la *insinuatio donationis*, se hace referencia, por ejemplo, en C.J., VIII, 54. 31: “*In donationibus quae actis insinuantur non esse necessarium iudicamus vicinos vel alios testes adhibere. Nam superfluum est privatum testimonium cum publica monumenta sufficiant. Verum et illas donationis quas gestis non est necessarium alligari, si forti per tabellionem vel alium scribantur, et sine testium subnotatione valer praecipimus: ita tamen si ipse donator vel alius voluntatem eius secundum solitam observationem subscripserit...*”.

muerte del testador<sup>117</sup>, las donaciones de mayor valor<sup>118</sup> y la realizadas entre cónyuges<sup>119</sup>.

El proceso evolutivo, al que nos hemos referido en páginas anteriores, de ampliación de competencias del notariado romano, encuentra su culminación en los textos legales de Justiniano, y en la época bizantina, con el reconocimiento a los *tabelliones* de una elevada posición jurídica, que se manifiesta en el hecho de que se sitúa a los tabeliones como responsables de una de las cuatro secciones de los Archivos Públicos en que se insinuán los documentos, y en la elogiosa distinción de Justiniano entre los más eficaces colaboradores de su actuación legislativa<sup>120</sup>.

---

117 Vid., al respecto, *Pauli Sententiae*, IV, 6. 1: “*Tabulae testamenti aperiuntur hoc modo ut testes vel maxima pars eorum adhibeatur, cui signaverint testamentum ita ut agnitis signis, rupto lino aperiatur atque describendi di exempli fiat potestas, ac deinde signo publico obsignatum in archivum redigatur, ut si quando exemplum eius interciderit, sit unde peti possit*”.

118 Así, por ejemplo, en C.J., VIII., 54. 36. 3: “*Ceteris etiam donationibus, quae gestis intervenientibus minime sunt insinuatae, sine aliqua distincione quingentos usque ad solidos valituris hoc etenim tantummodo ad augendas huius modo donationes addendum esse ex praesenti lege decernimus; Anteriore tempore nostra lege praecedente moderando, quausque trecentos solidos facta donationes et sine insinuatione firmitatem optinere iussae sunt*”.

119 Cfr. C.J., 5, 16. 25: “*Donationes quas parentes in liberos quiusunque sexus in potestae sua constitutos conferunt vel uxor in suum maritum vel maritus in sua uxorem vel alteruter eorum in aliam personam cui constante matrimonio donare non licet, vel aliae personae in eam cui donare non poterant, ita firmas esse persilientium donatoris vel donatricis sancimus siusque ad quantitatem legitiman, vel eam excedentes actis fuerin intimatae*”.

120 Vid. Nov. 66. 1.. pr. : “*Ut autem apertium adhuc causa declaretur sancimus, si scripta fuerit huius modi lex, hanc post duos menses dati ei temporis valere et in republica tractari, sive in hac felicissima civitate, sive in provinciis post insinuationem sufficiente hoc temporis omnibus manifestan eam constituere, et tabellionibus eius cognoscentibus virtutem, et subiectis agnoscentibus legemque servantivus...*”

En este sentido, la asimilación de los documentos tabeliónicos a los documentos públicos se lleva quizá a sus últimas consecuencias en una constitución de Justiniano<sup>121</sup>, en la que parece equipararse, a efectos de la eficacia del documento, los *documenta forensia* (o tabeliónicos) a los *documenta publica*, y contraponerse ambos a los *documenta privata* y a los *quasi publice confecta*.

Sin embargo, como señala Amelotti, la equiparación de los documentos notariales a los públicos equivaldría a otorgar antes de tiempo plena *fides publica* a la certificación del *tabellio*, lo cual contrastaría con el autoritarismo imperial y, en todo caso, supondría la transformación de los tabeliones en funcionarios públicos<sup>122</sup>.

Ciertamente, la atribución de plena *fides publica* a los documentos confeccionados por los tabeliones bajo ciertas condiciones de forma, habría sido incompatible, en la comunidad política romana, con su permanente posición como profesionales privados, incluso en una época como el Dominado, caracterizada por el autoritarismo y la burocratización.

Por otra parte, el reconocimiento de la pública utilidad de su función conllevó para el notario las limitaciones derivadas del sometimiento a una serie de controles, cautelas y reglas dictadas por el poder público, que ya en la época postclásica estableció que el fundamento de la va-

---

121 C.J., 4. 21. 20.

122 El notario asumía responsabilidad respecto a las partes en relación con la forma y el contenido de la *completio*. Vid., en este sentido, AMELOTTI-COSTAMAGNA, *Alle origini del Notariato Italiano*, cit., pág.35; Asimismo, como señala BONO, *Historia del Derecho Notarial Español*, cit., pág. 47, el tabelio era responsable por su cooperación en los negocios prohibidos o contrarios a la Ley a cuya formalización no debía prestarse, así en los casos de ciertos contratos ( C. J., 1. 2. 14. 6; 4. 32. 2; 11. 54. 1pr.), y en los testamentos en los que no se cumplieran las prescripciones legales (C.J., 6. 23. 29. 7; Nov., 66. 1, pr.).



lidez de los documentos consistía en la intervención de funcionarios públicos, notarios o testigos, y atribuyó a los tabeliones el ejercicio de hecho de un control de legalidad del correspondiente negocio o documento, así como la asunción de una responsabilidad derivada especialmente de su actuación en la realización de la *completio* y en la formalización de determinados negocios prohibidos o contrarios a la ley<sup>123</sup>.

En el desarrollo continuado de la historia jurídica del Notariado moderno, el proceso de ampliación de sus competencias en materia de jurisdicción voluntaria no conoce intervalos, desde la configuración de la categoría de los tabeliones romanos, como profesionales libres que redactaban documentos en los que se reflejaban actuaciones dogmáticamente afines a las de *iurisdictio voluntaria*<sup>124</sup>, hasta que se atribuye a los notarios en la Edad Media competencia específica en materia de jurisdicción voluntaria.

Al igual que había sucedido con los tabeliones romanos, los notarios medievales, intervienen tanto en la documentación privada, autorizando negocios, testamentos, declaraciones testificales etc., como en la actividad judicial, confeccionando escrituras procesales por mandato de los jueces, hasta el punto de ser considerados los principales colabora-

---

123 Vid., asimismo, en relación con la *completio* y *absolutio*, AMELOTTI, II, *Il documento nel Diritto Giustiniano. Prassi e Legislazione*, cit., pp.132-137.

124 Como señala Di Blasi: sub voce “Giurisdizione volontaria”, en N.N.D.I, cit.p.1096, con la expresión *iurisdictio voluntaria* pasó a designarse tanto a los actos realizados por jueces (*in volentes*), como los otorgados por los notarios: “*Iudices chartularii sunt illi, qui sunt ordinarii et habent iurisdictionem inter volentes tantum; quasi omnes tabelliones sunt iudices ordinarii et faciunt instrumenta*”. Vid., asimismo, al respecto, la correlación establecida por Nuñez Lagos: “Documento latino y documento germánico”, en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, I, p.431, entre la proliferación de juicios fingidos y la creación de jueces especiales que se llamaron “*iudices chartularii*”.

dores de éstos. No es infrecuente en los textos medievales la utilización conjunta de los términos *notarius et iudex*, ni que el nobramiento de una persona como notario por parte de las ciudades, obispados, condes o por gobernantes, sea considerado el primer paso para el acceso a la condición de juez.

En relación con las actuaciones de jurisdicción voluntaria, cabe señalar que a partir del siglo IX, se legitiman a través de la vía de un proceso aparente simplificado, con claras influencias de la *in iure cessio* romana. Las cada vez más amplias necesidades negociales explican la creación de jueces *iudices chartularii*, con competencias específicas en esta materia, ante los que se desarrollaba la ficción procesal, que acaba siendo suprimida y sustituida por la simple *confessio* o reconocimiento ante el *iudex*. En el siglo XII, una parte importante de las actuaciones legitimadas a través de la práctica de la *confessio* ante los *iudices*, se atribuyó a los notarios, que estaban adscritos a los tribunales tanto laicos como eclesiásticos. Ante el notario se practicaba la *confessio* de uno de los presentes y una vez autorizada por aquél, producía el mismo efecto que la *confessio* realizada ante el juez, *in iure*. Los documentos confeccionados por el notario se denominaban *instrumenta guarentigiata*, es decir, con cláusula de garantía, garantía otorgada por el propio notario, que se consideraba al propio tiempo título ejecutivo (se decía que el título llevaba aparejada ejecución, *paratam executionem*)<sup>125</sup>, y documento público o auténtico, en cuanto se les reconoce pleno valor probatorio de su propio contenido y existencia y eficacia frente a terceros. Posteriormente, desaparece la exigencia de la garantía otorgada por el

---

125 Se considera que el carácter ejecutivo del título derivado de los documentos autorizados por los notarios medievales, constituye el fundamento y el antecedente del juicio sumario ejecutivo regulado en el art.1429 de la Lec de 1881.

notario, *clausula guarentigiata*, y los documentos pasan a denominarse *instrumenta confessionata*, y, conservan la plena ejecutividad, al igual que la sentencia judicial. Se considera a Rolandino y a Salatiel como los más ilustres representantes del notariado medieval y del denominado *ars notariae*, y desde entonces como autores clásicos del derecho notarial.

La evolución referida en las líneas anteriores se produce a lo largo de los siglos IX y XII en todos los países europeos, singularmente en Italia, Francia, Alemania e Inglaterra. Asimismo en España en el siglo XIII, el Fuero Real y las Partidas regulan ya la figura del notario, denominado escribano público, como un oficio o servicio público, al que se le reconoce la pública utilidad de su función, se la denomina incluso pública persona, y se le otorga fe pública<sup>126</sup>. Las Partidas, considerada como la más importante obra jurídica de la historia de Castilla y de España, es el resultado de la recepción del Derecho Romano justiniano, al que se adicionan instituciones y principios canónicos y locales. Constituye asimismo la más completa formulación y ordenación notarial del Occidente europeo de la época y uno de los hitos del Derecho notarial español, junto con la Pragmática de Alcalá de 1503<sup>127</sup> y la ley del Notariado de 1862. Se considera asimismo a las Partidas como principal fuente histórica en la que se inspiraron tanto la Ley de Enjuiciamiento

---

126 Hasta el siglo XII la plena fides pública de los documentos notariales podía lograrse o bien mediante el juramento del notario que había otorgado el documento, o bien con el depósito o *insinuatio* de éste en un Registro Público, *insinuatio apud acta*.

127 Vid al respecto RODRIGUZ ADRADOS, *El Derecho Notarial en el Fuero de Segovia y en la legislación de Alfonso X el Sabio*, R.D.N., XLIV, abril-junio, 1964, pp.29-160; Id. La Pragmática de Alcalá, entre las Partidas y la Ley del Notariado, Homenaje a Vallet de Goytisolo, Vol.VII, 1988, pp.517-813.

Civil de 1855, como la de 1881, caracterizadas ambas por el mantenimiento del carácter jurisdiccional de la jurisdicción voluntaria.

Un desarrollo paralelo, en algunos aspectos, al procedimiento de jurisdicción voluntaria, se produce en los denominados por Fairén plenarios rápidos<sup>128</sup> que se caracterizan por los principios de concentración, oralidad, brevedad de los plazos, limitación de recursos, mayores facultades del juez etc. Especialmente estudiados por Fairén, que los considera el precedente más remoto del actual proceso ordinario de la nueva LEC. Dentro de esta categoría deberían incluirse: a) el procedimiento derivado de las normas canónicas dictadas por el Papa Clemente V en 1306 y 1311, que se conocen con las primeras palabras de aquellas: *saepe contingit y dispendiosam*; b) el procedimiento acelerado contenido en el libro del Consulado del Mar del siglo XV, por el que se rigen los mercados terrestres y marítimos y c) el procedimiento abreviado contenido en la Instrucción dictada por Carlos V en 1530, conocido como el Proceso de Indias, por dirigirse su aplicación a las tierras de América.

## 2 ) REFORMA LEGISLATIVA PENDIENTE

La disposición legal decimoctava de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 (LEC), por la que se rige la jurisdicción contenciosa en los procesos civiles, recoge el compromiso del Gobierno de remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley sobre jurisdicción voluntaria, en el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor de la ley, plazo que, concluida la *vacatio legis* prevista, finalizó

---

128 Sobre los plenarios rápidos y su no confusión con los procesos sumarios que se caracterizan por la disminución de las fundamentales garantías procesales de las partes, vid FAIRÉN, *Jurisdicción voluntaria. Juicios sumarios. Las confusiones de la historia. Posibles solucitones*, BICAM, 2, 1990, pp.19-34.

el 8 de enero del 2002. La Jurisdicción Voluntaria, JV en adelante, ha sido descrita o calificada por la doctrina y la jurisprudencia con los más variados epítetos: misteriosa, heterogénea, fascinante, atormentada, insistente, machacona y dando respuesta a problemas concretos, repudiada por todos y sin sede científica propia, enojosa, difícil y de poco lucimiento, uno de los más atormentados problemas de la ciencia jurídica europea, la gran olvidada y por qué no decirlo, la gran ignorada, inquisitiva o paradigmática por su brevedad y economía procesal pero, en la práctica, salvo valiosas excepciones, singularmente González Poveda, Ramos Méndez y Almagro Nosete, ha suscitado escaso interés en la doctrina científica, y en el desarrollo argumental de la doctrina jurisprudencial, si nos atenemos a la relevancia de la parcela imprescindible de la realidad social que constituye su campo de aplicación<sup>129</sup>, si bien ha

---

129 En análogo sentido, se manifiesta MUÑOZ ROJAS, *Sobre la jurisdicción voluntaria*, Actualidad Civil, 1989, num. 39/90, pp. 577-585, cuando afirma que : «en el ámbito jurídico, es tan necesaria la jurisdicción voluntaria como la jurisdicción contenciosa: cada una de ellas tiene su respectivo campo de aplicación y no son intercambiables. Si está justificada en nuestro Ordenamiento la reforma de las leyes procesales, la misma o mayor justificación tiene la depuración, actualización o mejora de los expedientes de jurisdicción voluntaria adaptados a la reforma de las leyes sustantivas, sin perjuicio de la ley básica de dichos procedimientos». Especial relevancia en la doctrina española en la materia tienen las obras de Ramos Méndez, *La jurisdicción Voluntaria en Negocios de Comercio*, Madrid 1978; Almagro, en *Derecho Procesal Civil*, T. I, Vol. II, Valencia 1992; y González Poveda, *La Jurisdicción Voluntaria*, Pamplona, 3ª ed. 1997.

En el último decenio, la previsión legislativa referida a la jurisdicción voluntaria ha estimulado la producción doctrinal. Vid. al respecto, entre otros estudios, en Fernández de Buján, A., *Jurisdicción voluntaria*. Madrid, 2001; Id. *Hacia una Teoría General de La Jurisdicción Voluntaria I*, Iustel, Madrid 2007; Id. *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria II*, Iustel, Madrid 2008; .; Id. *La Jurisdicción Voluntaria*, Madrid, 2001; *Id.*, «La reforma de la Jurisdicción Voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones», *Diario LA LEY*, 23 de marzo de 2005; *Id.*, «El nuevo perfil de la Jurisdicción Voluntaria en el Anteproyecto de Ley de octubre de 2005. De la tutela de relaciones jurídico privadas a la protección de intereses generales, públicos o sociales», *Diario LA LEY*, 8 de junio

---

de 2006 *Id.*,””Observaciones al proyecto de ley de Octubre de 2006 (I)””,*Diario LA LEY*,27 de noviembre de 2006;*Id.* “” Observaciones al proyecto de ley de Octubre de 2006(II)””, *Diario LA LEY*,28 de noviembre de 2006;*Id.*, «La Jurisdicción Voluntaria. El Anteproyecto de junio de 2006», en *El Notario del siglo XXI*, agosto de 2006; *Id.* El fracaso de la Jurisdicción Voluntaria. Registradores, enero-febrero 2008 ; *Id.* Comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados en trámite de asesoramiento, Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, n. 821, de 7 de mayo de 2007; *Id.* La Jurisdicción Voluntaria en el marco del Estado constitucional de Derecho, Anales de la Academia Matritense del Notariado, 2007, *Id.* La Oficina Judicial y la Jurisdicción Voluntaria: dos reformas procesales a debate en el panorama legislativo español, Estudios en Homenaje al Profesor Elías Díaz, RJUAM, Revista Jurídica de la UAM, 2009, y en : Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: Problemas actuales de la Jurisdicción, 2010, T.II, pp. 1462-1477. ; *Id.* El necesario debate sobre el nuevo modelo de Oficina Judicial, Número especial de La Ley sobre la Oficina Judicial. N. 7.191, de 8 de junio de 2009, pp. 8-11; *Id.* Jurisdicción Voluntaria: aprender de los errores del pasado, Revista: El Notario del siglo XXI, Núm. volumen: 31,2010, pp. 66-74; *Id.* Xurisdicción voluntaria: una reforma lexislativa pendiente para a nova lexislatura, n. 41, Revista Galega de Administración Pública, enero-junio 2011, pp. 11-46; *Id.* Convención de 2006 sobre los derechos de las persona con discapacidad y proceso de incapacitación: Revista ICADE. Universidad Pontificia Comillas, septiembre-diciembre 2011,pp. 119-155 ; *Id.* La Jurisdicción Voluntaria en el Plató. El Notario del siglo XXI, n.41, enero-febrero 2012 pp.22-33 ; *Id.* Capacidad, discapacidad, incapacidad, incapacitación, en Revista de Derecho Uned, n.9 2012, pp. 83-92; *Id.* Incapacitación y Discapacidad. Tratado de Derecho de Familia. Coordinado por Gema Díez-Picazo. Capítulo VII. Thompson-Aranzadi, 2012, pp. 1903- 1954 ; Rodríguez Adrados, El anteproyecto de ley de jurisdicción voluntaria, Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2006 ; De Prada González, «En torno a la futura ley de Jurisdicción Voluntaria», en *El Notario del siglo XXI*, diciembre 2005; *Id.* Por qué ha fracasado el Proyecto de Ley de jurisdicción Voluntaria, El Notario del siglo XXI, 16.2007, pp. 70 ss ; Ramos Méndez, “”¿Cuánta dosis de jurisdicción voluntaria necesitamos?””, *Justicia* 2006; Rodríguez Adrados, “” El anteproyecto de ley de jurisdicción voluntaria””, *ANALES* Real Academia de Jurisprudencia y legislación, Madrid 2006; Seoane Cacharrón, «Breve examen crítico del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria del Ministerio de Justicia de 1 de junio de 2006», *Diario La Ley*, 28 de septiembre de 2006; *Id.* “El Secretario Judicial como órgano de la Jurisdicción Voluntaria en el proyecto de ley de 27 de Octubre de 2006”, *Diario LA LEY*, 15 de Mayo de 2007; *Id.* “”Examen del procedimiento Judicial común en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria””, *Diario LA LEY*,6 de Septiembre de 2007.

de subrayarse que, en el último decenio, la previsión legislativa referida a la jurisdicción voluntaria ha estimulado la producción al respecto <sup>130</sup>.

En el Discurso de Investidura del 19 de diciembre de 2011, Mariano Rajoy expresó, como futuro Presidente del Gobierno, que constituía una de sus prioridades, en el ámbito legislativo, su voluntad de aprobar, en la presente Legislatura, la Ley de Jurisdicción Voluntaria. En el mismo sentido, se pronunciaba, pocos días después, Alberto Ruiz Gallardón, en su toma de posesión como Ministro de Justicia.

La voluntad política manifestada por las mencionadas autoridades del Estado, obedece a la urgencia y a la necesidad de proceder a la reforma la Jurisdicción Voluntaria.

En la afortunada y precisa exposición de motivos de la LEC, al tiempo que se menciona el anhelo y la necesidad social de una Justicia civil nueva, que suponga un acortamiento del tiempo necesario para obtener una resolución jurisdiccional, que satisfaga la demanda de tutela con plenitud de garantías procesales, también se afirma en el apartado quinto que, en cuanto a su contenido general, dicha ley «se configura con exclusión de la materia relativa a la jurisdicción voluntaria que, como en otros países, parece preferible regular en ley distinta». Espe-

---

130 En este sentido, se manifiesta MUÑOZ ROJAS, *Sobre la jurisdicción voluntaria*, Actualidad Civil, 1989, num. 39/90, pp. 577-585, cuando afirma que «en el ámbito jurídico, es tan necesaria la jurisdicción voluntaria como la jurisdicción contenciosa: cada una de ellas tiene su respectivo campo de aplicación y no son intercambiables. Si está justificada en nuestro Ordenamiento la reforma de las leyes procesales, la misma o mayor justificación tiene la depuración, actualización o mejora de los expedientes de jurisdicción voluntaria adaptados a la reforma de las leyes sustantivas, sin perjuicio de la ley básica de dichos procedimientos». Especial relevancia en la doctrina española en la materia tienen las obras de RAMOS MENDEZ, *La jurisdicción Voluntaria en Negocios de Comercio*, Madrid 1978; y GONZÁLEZ POVEDA, *La Jurisdicción Voluntaria*, Pamplona, 3ª ed. 1997.

cial significación tiene en este campo la Ley de Jurisdicción Voluntaria alemana (Freiwillige Gerichtsbarkeit) de 1898 que, con más de treinta reformas parciales, continúa en vigor.

En tanto no se apruebe una Ley de Jurisdicción Voluntaria, continúa vigente, con determinadas excepciones, la regulación contenida en el libro III de la LEC 1881, relativa a la Jurisdicción Voluntaria, así como la correspondiente a la conciliación y a la declaración de herederos abintestato, en los casos en que no existe contienda judicial, conforme se establece en la disposición derogatoria única, apartados 1 y 2 de la nueva LEC. Conviene señalar, por otra parte, que si bien la mayor parte de los supuestos de jurisdicción voluntaria judicial se contienen en el libro III de la LEC, la mayor parte de los actos de jurisdicción voluntaria judicial, y la mayor parte de los correspondientes a la, a mi juicio, impropriamente denominada, jurisdicción voluntaria no judicial, se regulan en textos legislativos diversos, entre los que cabe citar, el Código Civil, el Código de Comercio, la Legislación Hipotecaria, La Ley y el Reglamento del Registro Civil, La Ley del contrato de seguro, La Ley de Propiedad Intelectual, La Ley sobre autorización judicial en materia de extracción de órganos, La Ley en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, La Ley en materia de tutela y curatela, La Ley en materia de acogimiento, guarda y custodia de menores y adopción, y La Ley Cambiaria y del Cheque, La Ley sobre sustracción de menores y La Ley sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad.

La Jurisdicción Voluntaria ha sido descrita o calificada por la doctrina y la jurisprudencia con los mas variados epítetos: misteriosa, heterogénea, fascinante, atormentada, insistente, machacona y dando respuesta a problemas concretos, repudiada por todos y sin sede científica



propia, enojosa, difícil y de poco lucimiento, uno de los más atormentados problemas de la ciencia jurídica europea, la gran olvidada y por qué no decirlo, la gran ignorada, autoritaria, inquisitiva o paradigmática por su brevedad y economía procesal, pero en la práctica, salvo valiosas excepciones, ha suscitado escaso interés en la doctrina científica y en el desarrollo argumental de la doctrina jurisprudencial, si nos atenemos a la relevancia de la parcela imprescindible de la realidad social que constituye

Sería deseable, en esta línea de reflexión, que la profundización en el diálogo entre historia, dogmática y realidad social, nos llevase a delimitar entre aquellas competencias que deben continuar atribuidas al órgano jurisdiccional, por razón de su naturaleza jurídica, o a la consideración de ser los jueces los operadores jurídicos que gozan de un mayor grado de independencia e imparcialidad en el ejercicio de su función, y aquellas otras competencias que atribuidas en su momento –finales del siglo XIX- a los jueces, en atención a su prestigio, a la seguridad jurídica que producía su intervención, a la prevención o desconfianza frente a otros operadores jurídicos, o a razones de mera tradición historicista, oportunidad, conveniencia o división del trabajo, podrían desjudicializarse, al desaparecer las razones de política legislativa que constituían su fundamento, y atribuirse, en la parte correspondiente a disposiciones finales, a profesionales del derecho, a quienes corresponda con mayor propiedad el ejercicio de estas funciones, en atención a su propia naturaleza así como a su especialización y cualificación jurídicas. Se trataría con ello 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 confianza en la madurez de la sociedad civil. El marco constitucional en el que se desenvuelve la tu-

tela judicial, no supone, por otra parte, ningún obstáculo para acometer la desjudicialización de aquellos supuestos que por su propia naturaleza jurídica, corresponden a la competencia funcional de otros operadores jurídicos.

La desregulación judicial supondrá la reforma de la correspondiente legislación notarial, registral, funcionarial o la de otros agentes jurídicos, respecto de los que se produzca el traspaso de competencias. La necesidad de descargar de trabajo a los jueces, concentrar su actuación en tareas jurisdiccionales, redistribuir competencias y racionalizar el sistema en la Administración de Justicia, constituyó, por otra parte, el objeto de una Recomendación del Consejo de Europa, dirigida a los países miembros de fecha 16 de septiembre de 1986.

La Ley de Jurisdicción Voluntaria deberá por ello regular tan sólo las competencias que se mantienen en la órbita judicial. Ciertamente dirimir conflictos a través del proceso, con todas las garantías propias de la actividad procesal, es el núcleo esencial de la potestad jurisdiccional, pero otorgar tutela judicial fuera del proceso, con respecto a las fundamentales garantías del procedimiento, en asuntos relativos a menores, personas con discapacidad, incapacitados, desvalidos, ausentes, intereses generales, públicos o sociales, restricción de derechos fundamentales o en conflictos no especialmente relevantes, mediante la aplicación del derecho objetivo, forma parte asimismo del contenido de facultades atribuido por el art. 117, 3 de la Constitución a Juzgados y Tribunales, interpretado en sentido amplio.

El apropiado mantenimiento de la denominación Jurisdicción Voluntaria, no debe calificarse en el caso presente, conforme se expone en la Exposición de Motivos de la LEC, como expresión en exceso

tributaria de sus orígenes históricos, ni se trataría, tan solo, de uno de los supuestos en los que parece conveniente rendir tributo a la tradición del lenguaje jurídico<sup>131</sup>, sino que al fundamento histórico de la pareja nominal «*iurisdictio voluntaria*» utilizada sin intervalos durante casi veinte siglos -y la reforma de la Justicia no debe ni puede prescindir de la historia (EM, XIV)- ha de añadirse el valor derivado del arraigo de una terminología utilizada de forma usual en el lenguaje común y de los operadores jurídicos, así como consolidada en la doctrina y la jurisprudencia y la inutilidad de los esfuerzos doctrinales y legales realizados en otras latitudes para encontrar una expresión comprensiva del fenómeno que nos ocupa<sup>132</sup>. Así, denominaciones como proceso no contencioso o procedimiento en Cámara de Consejo se han revelado como insatisfactorias, y no han logrado sustituir en los propios países en que se han introducido a la denominación clásica que ha seguido presente en las aportaciones científicas y, en ocasiones, de forma casi freudiana, en el propio texto de la ley<sup>133</sup>. Jurisdicción contenciosa y voluntaria, una

---

131 Sobre el valor interpretativo de los preámbulos y el problema de la *voluntas legislatoris*, vid., DIEZ-PICAZO, L. M., *Los preámbulos de las leyes*, ADC, T. XIV, 1992, pp. 501-533.

132 Sobre la consideración del Derecho como precedente histórico, vid. en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*. Séptima edición. Madrid 2004, pp. 35 ss. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano*, Madrid 3ª ed. 1999.

133 Art. 32, disp. Att. del Código Civil Italiano: «el ministerio público debe ser oído siempre en los procedimientos de jurisdicción voluntaria que tienen contenido patrimonial»; arts. 35 y 36 del D.P.R., 5 de enero de 1967, n. 200, que regulan las funciones y competencias de los cónsules en materia de jurisdicción voluntaria; arts. 9, 66 y 67 de la reciente ley de 31 de mayo de 1995, reformadora del sistema italiano de derecho internacional privado, mediante los que se regulan las hipótesis en que subsiste la jurisdicción del juez italiano en materia de jurisdicción voluntaria, así como los presupuestos y la eficacia en Italia de los procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que intervienen jueces extranjeros. Vid. al respecto en VENTURINI, *Consideración sulla qualificazione dei procedimenti stranieri*

vez desgajadas de ésta las artificiosas adherencias que no le son propias, constituyen esferas de la jurisdicción, que requieren una actividad de enjuiciamiento del órgano jurisdiccional, si bien en la jurisdicción voluntaria que se enmarca, en gran parte de su contenido, en el amplio campo del ejercicio pacífico de los derechos, y de ahí la justificación funcional de la denominación, no existen, en general, posiciones contrapuestas, a priori, de personas enfrentadas, salvo supuestos de conflictos de relevancia menor, mientras que en la jurisdicción contenciosa, lo normal es la existencia de una controversia entre los litigantes, aunque hay también procesos declarativos o constitutivos en los que no existe oposición. Se trata de auténticos procesos sin contradicción de voluntades, como por ejemplo sucede en los supuestos de las denominadas sentencias sin oposición.

Abierto el período de debate y estudio previo a la aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, constituida en el seno de la comisión general de codificación del Ministerio de Justicia, en los años 2002 a 2005, y en el año 2012, las Ponencias encargadas de hacer una propuesta de regulación sobre la materia, incluida la reforma de la jurisdicción voluntaria en el Pacto de Estado sobre la Justicia firmado por los dos partidos mayoritarios en España, el 28 de mayo del año 2001,

---

*di giurisdizioni volontaria*, Rivista di Diritto Internazionale privato e procesale, 2003, pp. 813-910. En relación con el estudio histórico de la institución de la jurisdicción voluntaria vid., FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 3ª ed. 1999; Id. A propósito de la competencia en materia de *iurisdictio voluntaria* en Derecho Romano, Revista de Derecho Notarial y A.A.M.N., T. XXVIII pp. 95-134; Id. *Diferencias entre los actos de iurisdictio contenciosa y iurisdictio voluntaria en Derecho Romano*, Estudios Homenaje a A. D'Ors, vol. I, Pamplona, 1987, pp. 427-457; Id. *Consideraciones acerca del carácter clásico y jurisdiccional de la denominada por Marciano "Iurisdictio voluntaria"*, en *D. 1.16.2.pr.*, Estudios Homenaje a Juan Iglesias, Madrid, 1987, pp. 197-215.

así como en la reciente modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por Ley de 23-12-2003, en la que se prevé la competencia de los Secretarios Judiciales, en los actos de jurisdicción voluntaria cuyo conocimiento se les atribuya en las futuras leyes procesales, así como la creación de Servicios Procesales Comunes a la materia, lo que supone un reforzamiento de las funciones de estos profesionales en este campo, en la línea de lo previsto en el art. 290 de la LOPJ de 1985, que les atribuía las propuestas de autos definitivos en materia de jurisdicción voluntaria, suprimidas por la LEC del año 2000.

Ratificado el carácter prioritario de la Ley de Jurisdicción Voluntaria por los sucesivos Ministros de Justicia, desde López Aguilar hasta Ruiz Gallardón, es el momento de reflexionar sobre una institución que con un marco de aplicación específico, aunque próximo a la jurisdicción contenciosa<sup>134</sup>, aspira asimismo a lograr la efectividad de la Justicia,

---

134 Vid. en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción voluntaria*. Madrid, 2001. Id. *La jurisdicción voluntaria en la encrucijada: su conexión con el nuevo modelo procesal de la LEC del año 2000*, Derecho y Opinión, Córdoba, 2000, pp.329-342. Id. *La jurisdicción voluntaria: racionalización y redistribución de competencias*, Libro Homenaje a Sánchez Mera, Madrid 2002, pp. 1997-2036; Id. *La Jurisdicción Voluntaria: una reforma legislativa pendiente*. Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, vol. IV, 2002, pp. 537-606; Id. *Noción de iurisdictio y etapas. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria*. Portal electrónico de Derecho, IUSTEL, 2002; Id. *Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro*, Anuario de Derecho de la U.A.M., vol. 3, 2001, pp. 89-149; Id. *Consideraciones de lege ferenda en materia de jurisdicción voluntaria y Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria*, Revista del Colegio de abogados de Lugo, 2001, pp. 22-24 y 2002, pp. 18-22; Id. *Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa*, Actualidad Civil, nº 36, 2001, pp. 1277-1306 y nº 37, pp. 1317-1341; Id. *La reforma legislativa de la jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y perspectivas de futuro*, Derecho de los Negocios, nº 163, 2004, pp. 5-15; Id. *Jurisdicción Voluntaria: Historia (I), Problemas (II), Interrogantes (III) y Soluciones (IV)*, Tribuna Pública, Mercados, Voz de Galicia, 12-09; 17-09; 26-09 y 3-10-2004.

a hacerlo con vocación de permanencia y en estrecho contacto con la realidad social, enunciando problemas, suscitando dudas y esbozando soluciones, conforme a la clásica tricotomía que contribuye al progreso del conocimiento científico.

Un primer paso importante en el cumplimiento del mandato legislativo pendiente de cumplimiento, tuvo lugar en diciembre del año 2002, al ponerse en marcha la maquinaria legislativa con la constitución, en el seno de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, máximo órgano asesor del Ministerio de Justicia en las tareas prelegislativas, de una Ponencia, presidida por el notario José María de Prada y compuesta por siete miembros, un Magistrado, un Registrador Mercantil, un Secretario Judicial, un Decano de Colegio de Abogados, y dos Catedráticos, que a lo largo de casi tres años de trabajo, elabora una propuesta normativa integrada por 306 artículos y 10 disposiciones complementarias - valoradas y tenidas muy en cuenta las observaciones formuladas por las Secciones de Derecho Civil y de Derecho Mercantil de la Comisión de Codificación - que asumida como Propuesta de Anteproyecto por el Ministerio de Justicia, es publicada en su Boletín Informativo en octubre del año 2005 “como texto preliminar de una nueva regulación de la jurisdicción voluntaria, sin duda necesaria, por lo que se hace pública por su evidente interés para la comunidad jurídica, al objeto de propiciar su conocimiento y libre discusión”, según se subraya en la Nota que antecede a la Memoria Explicativa y a la Exposición de Motivos.

La ponderada propuesta de Anteproyecto elaborada por la Comisión General de Codificación gozó, de forma manifiesta, de una positiva acogida en la comunidad científica y por parte de los operadores jurídicos afectados, Jueces, Secretarios Judiciales, Notarios, Registradores, Abogados y Procuradores de los Tribunales.

A partir de este primer paso relevante del prelegislador, la propuesta de Anteproyecto de la Ponencia fue sometida a una revisión interna en el Ministerio de Justicia, fruto de la cual fue el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, aprobado en Consejo de Ministros de 2 de junio de 2006. Finalmente, el veinte de octubre del año 2006, el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona, en materia civil y mercantil, que reprodujo, con escasas modificaciones, el texto del Anteproyecto de Ley de junio de 2006, y si bien introdujo mejoras en determinados aspectos contemplados en el Anteproyecto de la Ponencia, cambió la concepción de la JV, al administrativizar el procedimiento judicial en la terminología y en el contenido y establecer una artificiosa equiparación, entre procedimientos de diferente naturaleza, como son el judicial y el administrativo notarial y registral, lo que se materializó en la supresión de la contradicción, de los recursos y de la asistencia técnica en los procedimientos de JV judiciales.

La desacertada, a mi juicio, previsión, que implicaba un estéril reduccionismo de la JV al ámbito negocial y administrativo, fue por fortuna corregida en trámite de enmiendas en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, que procedió a la recuperación de las connotaciones jurisdiccionales del procedimiento judicial de JV, y a una distinta regulación de los procedimientos judicial y administrativo de JV, en atención a su diferente naturaleza jurídica, y a las reglas de funcionamiento y principios informadores propios de su conformación en el Ordenamiento Jurídico. En trámite de enmiendas se presentaron un total de 323 al articulado del Proyecto.

El 27 de junio de 2007, fue aprobado en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, con Competencia Legislativa Plena, el

Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, antes denominado Proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona en materia civil y mercantil, con un contenido de 229 artículos y 17 disposiciones complementarias, el 24 de julio, el texto legislativo, entró en el Senado, en cuya Comisión de Justicia los distintos Grupos Parlamentarios presentaron y debatieron un total de 239 enmiendas. En trámite de asesoramiento, tuvo asimismo lugar la comparecencia, ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, de 14 expertos en la materia de JV, entre los que tuve el honor de representar a la Comisión General de Codificación. Finalmente, el 24 de octubre de 2007, el Gobierno procedió a retirar el Proyecto, el día en que iba a ser votado en el Pleno del Senado.

Desde entonces hasta hoy la proyectada y, con posterioridad, frustrada reforma de la JV no ha tenido una existencia airosa, al quedar relegada en el ostracismo de los buenos deseos que no llegan a materializarse. Es por ello que los juristas y los conocedores de la relevancia que supone una nueva regulación de la JV, hemos saludado con satisfacción que en el Discurso de Investidura del pasado 19 de diciembre de 2011, Mariano Rajoy expresase, como futuro Presidente del Gobierno español, que constituía una de sus prioridades, en el ámbito legislativo, su voluntad de aprobar, en la presente Legislatura, la Ley de Jurisdicción Voluntaria. En el mismo sentido, se pronunciaba, pocos días después, Alberto Ruiz Gallardón, en su toma de posesión como Ministro de Justicia, y en sus comparecencias en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados y en el Senado, ésta última el pasado día 5 de marzo de 2012.

Cabría señalar, en primer lugar, que la nueva regulación del proceso en la LEC 2000 caracterizada por principios como la economía procesal,



la concentración, la inmediación, la oralidad o el papel activo del juez, ha supuesto un acercamiento a la concepción de mayor agilidad, brevedad y menor formalismo, caracterizadora del procedimiento de jurisdicción voluntaria, el cual debería, a su vez, salir reforzado en la futura ley en orden a la exigencia de un mayor cumplimiento de las garantías procesales propias del contencioso, especialmente en lo referente a los principios de audiencia a las partes interesadas y su participación activa en el desarrollo del procedimiento, así como si se produce alguna duda razonable en el ánimo del juez sobre la relevancia de la contradicción, o en aquellos supuestos en que la ley expresamente lo prevea, se ponga fin al expediente voluntario y se inicie el proceso contencioso correspondiente y todo ello, sin perjuicio de que el interesado pueda en cualquier momento de la tramitación del procedimiento voluntario, o con posterioridad a la resolución del mismo, promover el proceso contencioso que corresponda.

Sin embargo, que se hayan diluido algunas diferencias no implica que se mantengan otras; así por ejemplo, en el marco de la jurisdicción voluntaria no existe el principio de dualidad ni de igualdad de partes, dado que los terceros o interesados no están en pie de igualdad con el solicitante. Por otra parte en el procedimiento de jurisdicción voluntaria no se produce en su plenitud el efecto de cosa juzgada de la resolución judicial, ni se da en toda su extensión el principio contradictorio. Ni la ley ni la Jurisprudencia sientan conclusiones generales sobre el carácter preceptivo o no de la intervención de quienes pueden considerarse afectados en sus derechos por actos de jurisdicción voluntaria, sino que se afirma, por el contrario, la necesidad de valorar cada caso de forma individualizada.

Con la expresión jurisdicción voluntaria se hace referencia a aquellos procedimientos en los que un particular solicita la intervención de

un juez, o éste interviene de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal sin que exista una contienda o conflicto de intereses con otra persona. El artículo 1811 LEC contiene la definición legal «Se consideran actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez, sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas o determinadas».

Son, por ejemplo, supuestos de jurisdicción voluntaria -de entre los más de 200 pendientes de nueva regulación, racionalización y redistribución- la adopción de medidas relativas al traslado o retención ilícita de menores en actuaciones de sustracción internacional; la aprobación del reconocimiento de la filiación extramatrimonial; la protección patrimonial de las personas con discapacidad; la declaración de ausencia o fallecimiento de una persona; que se proceda al nombramiento de un tutor o que se autorice a éste la venta de un inmueble de su pupilo; la constitución de una adopción o de un acogimiento familiar; las autorizaciones relacionadas con el honor, la intimidad o la propia imagen del menor; la autorización para el transplante de órganos de personas fallecidas; que se autorice la convocatoria de una junta general ordinaria de sociedad anónima que no se hubiese convocado en el plazo legal; que se acuerden medidas de garantía en relación con la mala administración de los padres; que se disponga el depósito y venta de mercancías y equipajes en los casos en que el destinatario no abone el flete o el pasaje; la auditoría de las cuentas de los empresarios; el nombramiento de perito en el seguro de daños; que se autorice al capitán del buque, la venta de un cargamento, en peligro de avería, en el puerto de arribada y no en el de destino; la liquidación y distribución de una avería gruesa, en materia de derecho marítimo, o los supuestos de intervención judicial, sin que exista proceso, en relación con la restricción de derechos fundamentales.

Se incluyen asimismo dentro de la esfera de la jurisdicción voluntaria un conjunto de procedimientos dirigidos a la solución judicial de conflictos que el ordenamiento jurídico considera que no tienen entidad suficiente para ser dirimidos en un proceso contencioso, entre los que cabe señalar las controversias entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, o los desacuerdos entre los esposos en la gestión de los bienes comunes. Se trataría de supuestos en los que la urgencia o la conveniencia de eludir la excesiva dilación del juicio ordinario, justificaría la tutela simplificada, ágil y flexible del procedimiento voluntario, que cumpliría, en estos casos, el papel que correspondería a un especial procedimiento sumario contradictorio.

Son considerados finalmente procedimientos de jurisdicción voluntaria otros supuestos en los que la intervención del juez queda reducida a la mera presencia, comprobación de hechos, calificación, autenticación o documentación del acto o relación jurídica, lo que supone una desnaturalización de lo que debe entenderse por potestad jurisdiccional, ni parece asimismo necesaria en éstos supuestos la actuación judicial en garantía de derechos, que con carácter compartido con otros poderes del Estado, se atribuye a los jueces y tribunales en el artículo 117.4 de la Constitución.

La intervención de oficio del juez y del fiscal está prevista en supuestos de procedimientos de jurisdicción voluntaria que afectan a menores, incapacitados o desvalidos, en estrecha relación con los preceptos constitucionales (arts. 9.2 y 53.3 CE) referidos al Estado social, o bien a la condición y estado civil de las personas, o a intereses jurídico-públicos, generales o sociales<sup>135</sup>.

---

135 Vid., en la doctrina española: GIMENO GAMARRA, *Ensayo de una teoría general sobre jurisdicción voluntaria*, ACD, 1953, pp. 5 ss.; CARRERAS, *Eficacia de las resoluciones de jurisdicción voluntaria*, en *Estudios de Derecho Procesal*, 1962;

No es la jurisdicción voluntaria, como ya ha sido señalado en el apartado primero, una simple expresión nominal que, utilizada por el legislador como campo de experimentación o mero catalizador de procedimientos heterogéneos, carezca de justificación racional, ni de fundamentación histórica. Muy por el contrario, ya en Derecho Romano, existió el sustrato social y la realidad jurídica, de lo que por primera vez, en la historia de la ciencia jurídica europea, un jurista clásico, del siglo III d.C., llamado Marciano, en su obra Instituciones, con posterioridad recogida en el Digesto de Justiniano, denomina jurisdicción voluntaria,

---

PRIETO CASTRO, *Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria*, en Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal, Madrid 1964, pp. 585 ss.; FONT BOIX, *El Notariado y la jurisdicción voluntaria*, Academia Matritense del Notariado, T. XV, 1967, pp. 272-295; SERRA, *Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, en Estudios de Derecho Procesal, Barcelona 1969, pp. 619 ss.; ALCALÁ-ZAMORA, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso*, México 1974, tomo 1, pp. 115 ss; RAMOS MÉNDEZ, *La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, Madrid 1978; ALMAGRO, *El Secretario Judicial y la futura Jurisdicción Voluntaria. III*, J.F.P.J., Madrid 1987, pp. 65-72; MUÑOZ ROJAS, *Sobre la jurisdicción voluntaria*, Actualidad Civil, nº 9, 1989; Id., Actualidad Civil, nº 39, 1990; FAIRÉN, *Jurisdicción voluntaria, Juicios sumarios: las confusiones de la historia y su evolución*, BICAM, 2/ 1990, pp.19-34; Id. *Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa. El artículo 1817 de la LEC y la problemática actual*, ADC, 1991, pp. 947-969; MARTÍN OSTOS, *Hacia un nuevo Secretario Judicial español. La Ley nº 2946, 25-2-1992*; ALMAGRO, con CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SERRA y MORENO CATENA, en *Derecho Procesal II, vol. I, Parte General. Proceso Civil*. Valencia 1992, pp. 535-593; AUGER, *Reforma de la jurisdicción voluntaria*, Anales Academia Matritense del Notariado, 1992, pp. 7-27; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil, t. III*, Barcelona 1992, pp. 1289 ss.; BELLOCH, *Notas en torno al Notariado y la jurisdicción voluntaria*, Revista Jurídica del Notariado 1992, pp. 9-42.; GÓMEZ FERRER, *Ejercicio de la jurisdicción voluntaria por el notariado*, R.J.N., 1993, pp. 9-178; ORTIZ NAVARRETE, *Procesos y expedientes de jurisdicción voluntaria sobre menores en la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*, Actualidad Laboral 1996; GONZÁLEZ POVEDA, *Jurisdicción voluntaria*, 3ª ed., Pamplona 1997; SEOANE CACHARRÓN, *El Secretario Judicial ante la futura ley sobre la jurisdicción voluntaria*, Revista del Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, 2003, nº 3, pp. 91-108;

«*iurisdictio* voluntaria». Dicha expresión se trasmite en la Edad Media, a través de los glosadores y comentaristas al Derecho Común, y de éste pasa a los códigos modernos y a las legislaciones de los distintos países europeos.

Muchas de las instituciones que conforman hoy la jurisdicción voluntaria se conocían ya en la República romana y se formalizaban o bien a través de un proceso ficticio, al que las partes acudían habiéndose puesto previamente de acuerdo sobre un negocio, o bien a través de la exigencia legal de intervención del magistrado en determinadas actuaciones jurídicas<sup>136</sup>.

En el primero de los supuestos, escenificada la ficción procesal, el demandado guardaba silencio ante la petición del actor o demandante, y el allanamiento daba lugar a una resolución del magistrado favorable a lo solicitado. A través de esta ficción procesal, que ya en la época clásica deja de utilizarse como fórmula negocial, se transmitían derechos como el usufructo, la servidumbre o la posición de heredero. La intervención necesaria o preceptiva del magistrado era exigida por la ley en determinados supuestos como la tutela, la adopción, la prestación de alimentos entre parientes, la autorización del curador para proceder a la venta de un inmueble del incapacitado por locura o la puesta en posesión de los bienes hereditarios a favor de un coheredero. Este procedimiento finalizaba mediante el pronunciamiento de un decreto, *decretum*, por el magistrado. Y es éste término clásico de decreto el utilizado en la legislación alemana e italiana para referirse a las resoluciones judiciales por las que se concluyen los procedimientos de jurisdicción voluntaria, así como podría ser

---

136 Vid., en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*. cit., pp. 57 a 96; Id., *Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa*, Actualidad Civil 36, cit., pp. 1281 ss.

el utilizado para referirse a aquellos supuestos en los que se atribuya la competencia al Secretario Judicial, en la futura ley española.

Tanto en los supuestos de jurisdicción voluntaria negocial como preceptiva o necesaria, el magistrado actúa como garante del cumplimiento de las formalidades del proceso o negocio, testigo cualificado y persona autorizante y legitimada por el Poder Público para colaborar en el nacimiento o modificación de la relación jurídica.

Al momento histórico en el que se produce una ampliación del contenido de la *iurisdictio*, sin que ello suponga una alteración de su significado, se refiere Ulpiano, en un texto recogido en D. 2.1.1. en el que se afirma que «la jurisdicción tiene un amplísimo contenido: así por ejemplo abarca el otorgamiento de la posesión de un patrimonio, la autorización para una toma de posesión, el nombramiento de tutores a los pupilos que carezcan de ellos o la atribución de jueces a los litigantes».

Asimiladas en la época clásica romana a la jurisdicción voluntaria determinadas actuaciones formalizadas ante los funcionarios encargados de los Archivos o Registros Públicos y ante los Notarios o Tabeliones, es en la Edad Media cuando se atribuye ya a los Notarios competencias específicas en materia de jurisdicción voluntaria, primero como profesionales adscritos a los tribunales y con posterioridad como titulares de los juzgados, *iudices chartularii*, con competencia específica para conocer de los asuntos de jurisdicción voluntaria, ante los que se desarrollaba la ficción procesal que encubría el negocio de jurisdicción voluntaria, en una primera etapa, superada la cual se procedía a la formalización del procedimiento de jurisdicción voluntaria, tramitado fuera ya del marco del proceso contencioso. Y también en este punto, nos puede ayudar la experiencia histórica, en orden a crear juzgados que

tengan atribuida competencia específica en esta materia, en atención a que en torno al 10% de los asuntos que se conocen por los jueces civiles españoles, pertenecen al ámbito de la jurisdicción voluntaria<sup>137</sup>.

Mantenida la jurisdiccionalidad de la jurisdicción voluntaria, en las leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de 1881, enmarcada la jurisdicción voluntaria dentro de la legislación procesal, cuya regulación es competencia exclusiva del Estado conforme al 149,6 de la CE, y establecida la tramitación de su normativa a través de la vía de una ley y no de forma reglamentaria, nos encontramos ante la posibilidad de actualizar la institución, y situarla en sus justos límites, sin administrativizarla, sin magnificar su función social, y sin identificarla con una mera supresión de plazos, formalidades y garantías<sup>138</sup>.

No es, a mi juicio, por otra parte, la jurisdicción voluntaria una actividad administrativa, cuya titularidad se atribuye a los juzgados y tribunales, conforme a nuestro actual modelo de colaboración entre los poderes del Estado, sino que la protección, gestión o administración de

---

137 En la Edad Media, las cada vez más amplias necesidades negociales, aconsejaron la creación de jueces con competencias específicas en el marco de la jurisdicción voluntaria, ante las que se desarrollaba la ficción procesal, que acabó siendo suprimida y sustituida por la simple *confessio* o reconocimiento ante el juez, con plenos efectos de cosa juzgada y fuerza ejecutiva. Hay un momento histórico, no determinado con total precisión, en el que se atribuye a los Notarios la titularidad de los juzgados especializados en el conocimiento de estos asuntos. Vid. al respecto en, NÚÑEZ LAGOS, *Documento latino y documento germánico*. A.A.M.N., I, pp. 431 ss.; y DI BLASI, *sub voce Giurisdizione volontaria*, N.N.D.I., 1957, pp. 1096 ss. Sobre el régimen jurídico de la cosa juzgada civil en el derecho vigente español, vid en : CALAZA LÓPEZ, *El alcance virtual de la cosa juzgada material*, *Actualidad jurídica Aranzadi*, N.º 773, 2009, págs. 14-17; Id. *La cobertura actual de la cosa juzgada*, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 20, 2009, págs. 67-93

138 Vid. en PEDRAZ, *Constitución Jurisdicción, Proceso*, 1990. Sobre Tutela jurisdiccional en Derecho Privado, vid., con carácter general en ORTELLS, *Derecho Procesal Civil*, Navarra 2001, pp. 43-63.

derechos o intereses privados que, con carácter preventivo, se atribuye a los jueces, supone un ejercicio de la potestad jurisdiccional en sentido amplio<sup>139</sup>, 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.

En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en una reciente sentencia de 22 de mayo del año 2000, de la que fue Ponente el Magistrado Peces Morate, «si en los casos de actuaciones de jurisdicción voluntaria, el juez o magistrado denegase su intervención, hemos de convenir que el derecho conculcado sería el contemplado en el art. 24.1 de la Constitución, al mismo tiempo que se produciría un incumplimiento del deber impuesto a los jueces y tribunales por el art. 1.7 del Código Civil... ».

Cabría, en consecuencia, distinguir dos modelos procesales: a) el de los juicios ordinarios de cognición, caracterizados básicamente por

---

139 Vid. especialmente en RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil, T. III*, cit., pp 1289 ss; Id. *Jurisdicción Voluntaria en negocios de comercio*, cit., pp. 23 ss.

Para TARZIA debe considerarse superado el antiguo aforismo *iurisdictio in sola notione contentiosa consistit*, y es necesario reivindicar algunas garantías fundamentales de la jurisdicción contenciosa también para la jurisdicción voluntaria, así por ejemplo las garantías de la independencia y la terceridad del juez; para MONTESANO los derechos subjetivos e intereses tutelados por la jurisdicción tienen la misma naturaleza que los derechos subjetivos lesionados propios de la jurisdicción contenciosa, y especialmente en los casos de tutela de los derechos de los menores e incapacitados, el procedimiento seguido debe cumplir todas las garantías que informan los procesos contenciosos; Para DENTI, no cabe individualizar una jurisdicción voluntaria con características autónomas respecto de la jurisdicción en general, sino que, por el contrario, en cuanto que se atribuye a órganos judiciales, no se sustrae a las garantías, subjetivas y objetivas, que caracterizan la actividad judicial. Las opiniones de estos autores se encuentran reflejadas en las Atti del XVII Convegno Nazionale del Processo civile en Palermo, celebrado en 1989.



las mayores garantías en materia de alegaciones, pruebas, recursos, aportación de parte, principio dispositivo, etc., que caracterizan tanto los supuestos en que existe conflicto relevante entre las partes, como aquellos otros en que planteado un contradictorio, éste se resuelve sin allanamiento, ni debate, ni controversia, y b) los juicios de jurisdicción voluntaria, caracterizados por una mayor agilidad, menor formalismo, limitación de determinadas garantías, con preservación de las fundamentales garantías de los procesos contradictorios, amplios poderes del juez –sin que quepa hablar de dirigismo judicial- y mayor economía procesal, que conforman aquellos supuestos en que el juez, sin que exista pretensión frente a otra parte, ni controversia de especial relevancia, actúa por imperativo legal, en defensa de intereses públicos o sociales, o con carácter constitutivo, autorizando y controlando la legalidad de la correspondiente actuación<sup>140</sup>.

El otorgamiento de amplios poderes instructivos al juez, en materia de jurisdicción voluntaria, en atención al carácter tuitivo y social de muchos de sus procedimientos, con la consiguiente libertad de formalidades y actuación conforme a los principios de lógica judicial e impulso de oficio frente al carácter más reglado del proceso, no debe sin embargo, desembocar en un excesivo dirigismo judicial, que ponga en peligro las fundamentales garantías propias del proceso contradictorio, ni mucho menos en un procedimiento autoritario o inquisitivo<sup>141</sup>.

---

140 Vid. en FERNÁNDEZ. DE BUJÁN, *Jurisdicción Voluntaria*, cit., p. 186.

141 Vid., en DE PRADA, J.M., *Intervención judicial en el ejercicio de la patria potestad a través del procedimiento de la D.T. 10ª de la Ley 19/1981*, Derecho Judicial, 1996, pp. 57 ss. CALAZA LÓPEZ, *La tutela jurisdiccional del honor, la intimidad y la propia imagen, Constitución y democracia: ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Vol. 2, 2012, págs.1631-1650 . Id. *Los procesos sobre la capacidad de las personas*, Iustel, 2007, pp. 336 : Iglesias Canle, *Los procesos sobre capacidad de las personas*, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 137

Frente a posiciones maximalistas del tipo «la jurisdicción voluntaria podría ser eliminada de cualquier Ordenamiento Jurídico» o la de «las necesidades negociales y el tráfico jurídico, justifican la aplicación del procedimiento voluntario a supuestos de lesión de derechos o intereses legítimos», se impone una posición realista, en la que sitúan las mas modernas corrientes de la ciencia procesal, partidarias de regular, sin quiebra de las garantías esenciales del proceso, y sin desnaturalizar el marco que le es propio, una parcela imprescindible de la realidad social, en constante expansión, fruto del nuevo perfil de la jurisdicción voluntaria, que ha evolucionado 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.

En este sentido, me parece plenamente acertado y novedoso el análisis realizado en el Fundamento de Derecho sexto de la mencionada STS de 22 de mayo del año 2000, en relación con la naturaleza de la jurisdicción voluntaria y su consideración como potestad jurisdiccional, amparada por el art. 117,3 CE, conforme al cual «no se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria los jueces y tribunales no están ejerciendo funciones jurisdiccionales (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), con independencia de que ulteriormente quepa sobre lo mismo otro proceso contradictorio y, en consecuencia, esas potestades quedan amparadas por el artículo 117,3 de la Constitución, según el cual su ejercicio ha de hacerse con arreglo a las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan

Las demás funciones, que el art. 117.4 CE permite que una Ley atribuya a los jueces y tribunales en garantía de cualquier derecho, son aquéllas que, a diferencia de las denominadas de jurisdicción volun-

taria, no comportan protección jurisdiccional de derechos e intereses legítimos, como en los supuestos (citados por los demandados) de participación de jueces o magistrados en los Jurados de Expropiación Forzosa o en la Administración Electoral, en que aquellos se incorporan a otras Administraciones del Estado por la garantía que su presencia en ellas confiere, pero sin paralelismo alguno con el que nos ocupa, aunque este recurso se denomine gubernativo.

Si analizamos la actuación del Presidente del TSJ en la tramitación y resolución de dicho recurso, se constata la existencia de los requisitos o notas propias del ejercicio jurisdiccional, apareciendo incluso una que, de ordinario, no concurre en otras actuaciones de jurisdicción voluntaria en que intervienen los jueces y magistrados, cual es la contradicción.».

Cabría, asimismo, argumentar a favor de la jurisdicción voluntaria en el marco del artículo 117,3 que el artículo 117,4 CE sólo habla de garantía de derechos, y es evidente que a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria pueden tutelarse no sólo derechos, sino también intereses legítimos, objeto ambos de la tutela judicial efectiva, a través del cauce del 117,3 CE, que distingue por otra parte entre proceso y normas de procedimiento, lo que puede suponer la inclusión de la jurisdicción voluntaria en el ámbito del ejercicio de la potestad jurisdiccional en sentido amplio.

Tanto el solicitante de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, como la parte en un proceso contencioso, tienen derecho a obtener una resolución judicial de fondo, sobre el derecho o interés legítimo pretendido o sobre el conflicto, relevante o no, planteado, y la tramitación ante el juez, en ambos supuestos, debería realizarse con respeto a las

fundamentales garantías de procedimiento, que hagan posible la tutela judicial efectiva del justiciable. En esta línea de argumentación cabría señalar que, al igual que sucede en materia contenciosa, cabe plantear una cuestión de constitucionalidad, tanto respecto de un procedimiento en concreto, como de una proyecto específico, en materia de jurisdicción voluntaria.

En los últimos años, el desarrollo procedimental, paralelo a la provisión de intervención de la autoridad judicial sin que exista proceso, se ha recogido, en ocasiones, en la propia ley sustantiva civil o mercantil, generándose una inflación de procedimientos específicos, no siempre justificados en su singularidad, pero que en buena medida se amparaban en la ausencia de un procedimiento global de jurisdicción voluntaria en el libro III de la LEC. Cabría citar entre otros textos en los que se regulan actos de jurisdicción voluntaria: ley 30/1979, de 27 de diciembre, en materia de transplantes de órganos; Ley 50/1980, de 8 de octubre, sobre Contrato de seguro, a propósito de nombramiento de tercer perito; ley 11/1981, de 13 de mayo, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre nulidad, separación y divorcio; Ley 1/1982, de 5 de mayo sobre derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, en relación con los menores; ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre tutela y curatela; Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque; Ley Foral de Navarra 5/1987, de 1 de abril, sobre autorización judicial para enajenar o gravar bienes fideicomisarios; Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de acogimiento y adopción; Ley 22/1987, de 11 de noviembre, en materia de Propiedad Intelectual, en supuestos de discrepancias sobre remuneración equitativa del autor, divulgación de la obra, subsanación de omisiones, reanudación de explotación de obra etc., que requieran au-

torización judicial; Ley de la Generalitat de Cataluña, 40/1991, de 30 de diciembre, reguladora del Código de Sucesiones por causa de muerte, sobre autorización judicial en materia de conmutación o conversión del modo que grava una institución de heredero o de legado; Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor; Ley de la Generalitat de Cataluña 9/1998, de 15 de julio, reguladora del Código de Familia, en materia de idoneidad para la adopción; Ley de la Generalitat de Cataluña, 18/2002, de 5 de julio, en materia de cooperativas, Ley 9/2000, de 10 de diciembre, sobre sustracción de menores,; Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre Protección patrimonial de las personas con discapacidad, etc...

Por otra parte, no todos los supuestos en que está prevista la intervención de un juez, sin que exista proceso, son actos de jurisdicción voluntaria, así por ejemplo, basta un simple escrito, dirigido al juez, sin más trámite de procedimiento, en el que el interesado manifieste su voluntad de renuncia, para repudiar una herencia. No obstante, en la gran mayoría de supuestos de derecho civil o mercantil –y cabría incluso plantearse la existencia de supuestos de jurisdicción voluntaria en el marco del derecho laboral, penal o internacional privado- en que dicha intervención está prevista, tipificado el caso específico en la norma sustantiva, debe producirse el correspondiente desarrollo de las reglas de procedimiento ante el juez, o bien en la propia disposición de derecho material, o bien en el paralelo procedimiento específico recogido en el libro III de la LEC, según las particularidades del caso. En el supuesto de que no se hubieran previsto normas de procedimiento, o éstas resultasen insuficientes, deberá procederse a la aplicación de la normativa que, con carácter fragmentario y supletorio, y con la denominación de disposiciones generales y disposiciones generadas en negocios de co-

mercio, se encuentra plasmada en las partes primera y segunda del libro III de la LEC de 1881.

Parece razonable que la nueva ley de jurisdicción voluntaria regule, por el contrario, un procedimiento unitario, que refleje un acercamiento a la regulación propia del proceso contencioso, en aquellas reglas que se estime procedente, a fin de que no se identifique la jurisdicción voluntaria con supresión o disminución de garantías, plazos o formalidades, en detrimento de la tutela judicial y de la seguridad jurídica, inherentes a cualquier procedimiento de naturaleza judicial. El deseable, a mi juicio, proceso de influencia recíproca entre ambas esferas de la jurisdicción, ha tenido ya una primera manifestación, con la asunción por el código procesal civil del año 2000 de principios caracterizadores de la jurisdicción voluntaria, como la abreviación, la concentración o la libertad de forma.

Resultaría apropiado, asimismo, un reforzamiento de los principios dispositivo y de aportación de parte en el procedimiento voluntario, una atenuación del dirigismo judicial, que en consonancia con la libertad de forma y el carácter más potestativo de la actuación judicial en esta esfera de la jurisdicción, pueda poner en riesgo las fundamentales garantías inherentes a todo procedimiento, una limitación del principio de impulso de oficio a aquellos supuestos de derechos indisponibles o de interés general, públicos o sociales y una aproximación de las posiciones de solicitante, interesados y terceros, en especial en aquellos supuestos en los que el interesado exprese un interés contrario al manifestado por el promovente, es decir, en aquellos casos en que nos encontremos en presencia de lo que se denomina *contrainteresado* en la legislación italiana, no obstante lo cual, no se produce un *sobresimiento* del expediente.

El deseable acercamiento no debe suponer, en modo alguno, confusión entre ambas esferas de la jurisdicción, que tienen un campo de aplicación y unas características netamente diferenciadas, en especial en lo referente a la ausencia de los principios de igualdad de partes, de preclusión y de efecto material de la cosa juzgada en la jurisdicción voluntaria, así como la ausencia, como ya hemos señalado, de lesión de derecho o interés legítimo o de contradicción relevante en el marco de la jurisdicción voluntaria.

La implantación, finalmente, de un auténtico procedimiento global y unitario de jurisdicción voluntaria, que sustituya a las inconexas reglas de procedimiento actuales, debería obligar, en buena lógica, a revisar los numerosos procedimientos específicos contenidos en leyes sustantivas, a los efectos de determinar cuáles proceden que continúen vigentes y cuáles no se encuentran justificados conforme a la actual regulación, e incluso cabría plantearse la posibilidad de proceder a una recodificación formal de todos los supuestos de jurisdicción voluntaria en la ley reguladora específica de esta esfera de la jurisdicción, si ello no supusiese una excesiva perturbación en el sistema, que no resultase asumible. Lo que sí parece razonable es procurar que los nuevos procedimientos de jurisdicción voluntaria sean ubicados en la nueva Ley, lo que obligará a regular un procedimiento con la suficiente flexibilidad para acoger los nuevos supuestos que se puedan establecer en el futuro, por razones de coherencia formal, sistemática e incluso educativa de la propia legislación, al desaparecer la justificación de su inclusión en leyes sustantivas, en atención a la inadecuación de la libro III de la LEC de 1881 a la realidad social, debido a su carácter obsoleto, o a la falta de coordinación entre los diversos textos legales<sup>142</sup>.

---

142 Vid. al respecto en, SÁNCHEZ BARRILAO, *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*, Madrid, 2002; DIEZ-PICAZO, L.M., *Régimen*

En todo caso, la jurisdicción voluntaria se configura como parte integrante de la idea de Administración de la Justicia, considerada como función con un contenido más amplio que el correspondiente a potestad jurisdiccional. Lo que no parece adecuado es utilizar la noción o la expresión jurisdicción voluntaria fuera del marco judicial o consular, en atención a los parámetros de constitucionalidad establecidos en el art. 117,3 y 4 de la Constitución<sup>143</sup>.

Conforme a este criterio, se ha pronunciado la citada STS de 22 de mayo del año 2000: «el que se admita la existencia de actuaciones de jurisdicción voluntaria, atribuidas a órganos no judiciales, para los que tal denominación es harto discutible...».

### 3) UNA POSIBLE CLASIFICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Procedimiento general de JV: Días y horas hábiles. Iniciación del expediente. Celebración de la comparecencia. Documentación y pruebas.

---

*constitucional del poder judicial*, Madrid 1991, pp. 23 ss.; Como señala RAMOS MÉNDEZ «los actos constitutivos de jurisdicción voluntaria gráficamente demuestran su jurisdiccionalidad porque deben al juez su existencia jurídica», *Derecho Procesal Civil, t. III, cit.*, pp. 1289; Sobre la jurisdiccionalidad de la jurisdicción voluntaria vid. CARNELUTTI, *Institución del nuovo processo civile italiano, I*, Roma 1951, pp. 1 ss; Sobre la polémica acerca de su naturaleza jurídica vid., con carácter general en FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdicción Voluntaria*, cit., pp. 97 ss; Id *Jurisdicción voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa*, Actualidad Civil 36, cit. pp.1295 ss.

<sup>143</sup> Vid. en este sentido en, HABSCHIED, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 7ª ed., München 1983; DENTI, *La giurisdizione volontaria revisitata*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1987, y en Studi in onore di E. Allario, Milano 1989, pp. 181-196; TARZIA, *I procedimenti in camera di consiglio e la tutela dei diritti*, Atti del XVII Congreso Nazionale del Processo civile, cit., pp. 263-270; MONTE-SANO, *I procedimenti in camera...*, Atti del XVII Congreso... cit., pp. 256-262.



Actuaciones de oficio. Resolución. Recursos. Imposición de costas.  
Cuestiones incidentales.

- 1) Procedimiento de conciliación.
- 2) De la mediación intraprocesal
- 3) JV en materia de personas : Procedimientos
  - a) Del reconocimiento de la filiación extramatrimonial
  - b) De la habilitación y nombramiento del defensor judicial
  - c) Del acogimiento de menores y adopción
  - d) Del retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional
  - e) De la tutela, curatela y guarda de hecho
  - f) De la protección patrimonial de las personas con discapacidad
  - g) Del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o incapacitado.
  - h) De los actos de disposición o gravamen de bienes o derechos de menores e incapacitados y de la transacción acerca de sus derechos.
  - i) De la declaración de ausencia y fallecimiento.
- 4) JV. en materia de familia : Procedimientos
  - a) Desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad
  - b) Relaciones de los menores con sus progenitores que no ejerzan la patria potestad y con sus parientes y allegados.
  - c) Medidas de protección respecto del ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o incapacitado.

- d) Intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal
- 5) JV en materia de derechos reales : Procedimientos
  - a) Deslinde y amojonamiento
  - b) Expediente de dominio
  - c) Expediente de liberación de gravámenes
- 6) JV en materia de obligaciones: Procedimientos
  - a) Consignación
  - b) Subastas judiciales no ejecutivas
  - c) Fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones
- 7) JV en materia de sucesiones : Procedimientos
  - a) Declaración de herederos abintestato
  - b) Adveración y protocolización de testamentos ológrafos, cerrados y orales
  - c) Albaceazgo
  - d) Contadores- Partidores
- 8) JV en materia mercantil: Procedimientos
  - a) De la exhibición de libros de las personas obligadas a llevar contabilidad
  - b) De la solicitud de auditoría de las cuentas de los empresarios
  - c) De la convocatoria de juntas o asambleas generales
  - d) De la constitución y régimen interno del sindicato de obligacionistas de personas jurídicas que no sean sociedades anónimas

- e) Del nombramiento de liquidadores e interventores
- f) Del robo, hurto, extravío o destrucción del título al portador y de la letra, cheque o pagaré
- g) De los Depósitos mercantiles y veta de los bienes depositados.
- h) Del nombramiento de un tercer perito en caso de desacuerdo en el seguro de daños.

9) JV en materia de Derecho Marítimo: Procedimientos: Protestas de mar. Liquidación de averías. Apertura de escotillas. Enajenación de efectos mercantiles alterados o averiados. Depósito y venta de mercancías y equipajes en el transporte marítimo. Autorización para la descarga del buque. Obligaciones derivadas del transporte marítimo. Extravío, sustracción o destrucción del conocimiento de embarque. Venta del buque.

Procedimiento de Derecho Penal: autorización judicial para la esterilización del incapacitado psíquico.

#### 4. ALGUNAS PROPUESTAS A TENER EN CUENTA A TENER EN CUENTA EN RELACIÓN CON EL TEXTO NORMATIVO APROBADO EN LA COMISIÓN DE JUSTICIA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS EN JUNIO DE 2007.

1) La utilización de las expresiones “administradores del expediente” y “administración y gestión del expediente”, contenidas en el Proyecto de JV de 2006, podrían resultar apropiadas en referencia a la función propia de los Notarios y de los Registradores, pero aplicadas a Jueces y Secretarios Judiciales, obedece a una concepción administrativa de la JV que ha quedado por fortuna superada en el texto aprobado en sede de la Comisión de Justicia, por lo que sería deseable su

sustitución por las expresiones: “operadores jurídicos competentes” y “tramitación del expediente”, en atención a su mayor tecnicismo y a su utilización usual en el lenguaje legislativo, así como en el propio de la doctrina y la jurisprudencia.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo General del Poder Judicial en las págs. 34 y 35 de su Informe: “El Anteproyecto denomina “administrador del expediente” a las autoridades o funcionarios a los que la ley, ésta u otra, designe para conocer y resolver los expedientes de JV(art. 2.1), denominación que por ir asociada a la idea de gestión, se considera inadecuada, como se ha indicado, tanto referida a la actividad que se realiza, como, en particular, a la función judicial”, y pág. 20: “Lo que el Anteproyecto denomina administradores del expediente parece que intentando encontrar una denominación genérica a todos ellos- constituye una denominación poco afortunada dado que los procedimientos de JV no son, en puridad, susceptibles de administración sino de tramitación y resolución.....”.

2) En relación asimismo con la terminología cabe señalar q en materia de JV, en estricta técnica jurídica, la más adecuada, a mi juicio, se corresponde con la utilización de los vocablos acto, procedimiento y expediente. En puridad, previsto en la legislación sustantiva un acto de JV, y atribuida su titularidad a un Juez, Secretario Judicial, Notario o Registrador, se requiere, para la realización del derecho subjetivo o interés legítimo que constituya su objeto, que se incoe un procedimiento a solicitud de persona legitimada o, en su caso, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, si se trata de un procedimiento judicial, en el curso del cual se procederá a la tramitación de un expediente. La utilización abusiva en el Proyecto de Ley, del término expediente, con un carácter

totalizador, que abarca de forma indistinta la perspectiva material y la procedimental, constituye un inapropiado reduccionismo lingüístico.

3) La coherencia conceptual exige que desde el propio artículo primero, en el que se atisba una especie de definición legal de JV, se prevea que la discordancia, previa entre los intervinientes o suscitada en la tramitación, se ventile en el propio curso del expediente, salvo que la ley disponga lo contrario. La reflexión expuesta, que pretende ser un ejercicio de realismo y de coherencia entre lo establecido en el art. 1 y lo previsto en el art.7 del Proyecto de 2006, a propósito de los efectos de la controversia, fue asimismo esgrimida por varios de los portavoces de los grupos parlamentarios, en el debate en la Comisión.

4) En relación con la legitimación, art. 3, habría que prever que el procedimiento pudiese ser incoado de oficio, o a instancia del Ministerio Fiscal, como sucede en múltiples supuestos. En el sentido apuntado se manifiesta el Dictamen del Consejo Fiscal, en el comentario de las Disposiciones Comunes “.....sería conveniente incluir entre los sujetos legitimados al Ministerio Fiscal ya que, en ocasiones, el ordenamiento le encomienda la obligación de promover el expediente como, por ejemplo, en materia de tutela, ausencia o protección del patrimonio de las personas con discapacidad”.

En relación con el impulso de oficio por parte del Juez, con la finalidad de “ordenar la práctica de cuantas diligencias y actuaciones se estimen oportunas para asegurarse de la procedencia de lo solicitado o de cualquier extremo útil para la resolución del expediente“, cabe subrayar que debiera preverse, con carácter general, en todos los procedimientos con reserva jurisdiccional, en atención a la relevancia de su contenido, así en un procedimiento de declaración de ausencia o fallecimiento o

de extracción de órganos y también en aquellos supuestos en los que la resolución del expediente afecte a menores o incapaces, aunque éste no sea de titularidad judicial, por ej. cuando en un expediente de dominio resulten afectados intereses de menores, incapaces o ausentes,

5) En relación con la litispendencia (identidad de objetos) referida a procedimientos sustanciados ante operadores jurídicos de diferente naturaleza, se produce un discutible cambio de regulación en relación con la previsión del Proyecto de otorgar prioridad al expediente que se hubiera iniciado con carácter previo, al establecer en el art. 2.2 que: “Cuando se tramiten simultáneamente ante administradores de diferente naturaleza dos o más expedientes con idéntico objeto y sujetos, proseguirá la tramitación del iniciado ante la Administración de Justicia, y se acordará el archivo de los otros expedientes incoados”.

6) En materia de días y horas hábiles, se vuelve a la previsión realizada en el art. 9 del texto del Anteproyecto de la Comisión de Codificación, que se atiene a lo previsto al efecto en la jurisdicción contenciosa, si bien, a mi juicio, debiera incorporarse una cláusula de estilo del tipo “salvo que la ley disponga lo contrario”, en atención a que el propio texto del Proyecto prevé la habilidad de todos los días y horas en materia de Derecho marítimo, art. 173, así como establece en el art. 13.1 que “Fuera de las horas de audiencia del Juez encargado del Registro Civil, y siempre que la urgencia del asunto lo requiera, le sustituirá el Juez de Instrucción que atienda el servicio de guardia”.

Cabría pues en materia de habilidad, volver al régimen general del art. 1812 de la LEC, cuando estén en juego intereses de menores o incapacitados, que no deberían ser objeto de una régimen menos privilegiado que el que se otorga al Derecho Marítimo, o al menos preverse el régimen general de todos los días y horas hábiles en determinados

supuestos como: la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional, respecto del que si se dispone la preferencia en la tramitación del procedimiento, art. 68; la autorización para la intromisión legítima en el honor, intimidad o propia imagen del menor o incapacitado, arts. 78 y 79, o los casos de discordancia en el ejercicio de la patria potestad, que pueden afectar por ej. a la potestad de guarda o a la realización o no de una operación o de una transfusión de sangre, al menor o incapaz, arts. 100 ss.

7) En materia de recursos cabe señalar que el reforzamiento del principio de audiencia, de oficio o a instancia de los interesados, implica la posibilidad de que se produzca discordia, discrepancia, contraposición, controversia, contradicción, en suma, entre los intervinientes, y que una vez tramitada y resuelta la contradicción, el recurso contra la resolución, es decir, la doble instancia, parece inherente al procedimiento judicial. La no admisión de los recursos tiene sentido en un procedimiento sin contradicción, de ejercicio pacífico de los derechos, pero supone un menoscabo de la seguridad jurídica y de la tutela judicial efectiva, en un procedimiento en el que se admite la posibilidad de controversia y oposición, salvo que la ley disponga lo contrario.

Como fue subrayado por el Decano del Colegio de Abogados de Madrid, Luis Martí, en su intervención "...Un diseño que dice que lo nuclear es el verbal tiene contradicción.....y si no hay recursos es algo a corregir. El recurso no es un elemento de dilación, se interpone dentro de plazo o no existe, y lo que tarda es la resolución y no el recurso.... Así que si conseguimos que el recurso en esta materia se haga pronto por quien lo tiene que hacer, ya no hay dilación y ahorraría el pleito principal en muchas ocasiones. Además si el recurso se pone quiere decir que la parte que lo interpone está conforme en estar en jurisdicción

voluntaria.....”. La posición favorable del propio Presidente del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, Antonio Dorado, en su intervención parlamentaria y del Secretario judicial Seoane Caharrón en recientes estudios publicados sobre la JV, a que se articule un recurso contra el decreto del Secretario, por el que resuelve en un procedimiento de su competencia, es una buena muestra de la responsabilidad con la que los operadores jurídicos se posicionan ante el texto legal.

En el sentido expresado, y de conformidad con la filosofía de las intervenciones de los comparecientes, que resultaron unánimes en este punto, se ha aprobado la razonable enmienda 109 del Grupo Parlamentario Mixto, que se recoge en el art. 26, conforme al que se reintroduce la previsión de recurso

8) En materia de asistencia técnica y de representación procesal, han sido asimismo unánimes en su filosofía las intervenciones de los comparecientes ante la Comisión de Justicia, en el sentido de resaltar que la intervención de abogados y procuradores siempre han servido para reforzar las garantías del procedimiento, la seguridad jurídica y, en consecuencia, la tutela judicial efectiva.

No resulta justificado, a mi juicio, el radical cambio de criterio legislativo en este punto del Proyecto de JV de 2006, respecto del AJV elaborado en la CGC, consistente en suprimir la intervención preceptiva de abogado. La propensión a equiparar o aproximar, también en este aspecto, procedimientos de JV de distinta naturaleza y atribuidos a distintos titulares de competencia, en aras de la simplificación, de la disminución de formalidades y del coste del expediente, puede suponer, sin embargo, en determinados supuestos, una regresión en el reforzamiento de las garantías de los intervinientes.



En el A. de 2005, la representación de los interesados en el procedimiento se había regulado con un criterio análogo a la regulación vigente. El interesado debía ser dirigido por abogado, salvo en casos de conciliación, expedientes de cuantía inferior a dos mil cuatrocientos euros, para presentar la solicitud en expedientes que tengan por objeto la adopción de medidas urgentes o que deban instarse en plazo perentorio, expedientes de reconocimiento de filiación extramatrimonial, y para la intervención de los interesados, distintos del solicitante, siempre que no tenga por objeto formular oposición.

Pues bien, el reforzamiento en el PL de los principios de audiencia, dispositivo y aportación de parte, la atenuación del dirigismo judicial, la posibilidad de la práctica de todo tipo de pruebas, lo que redundará en una superación de la verosimilitud a la que se encuentran abocadas, en ocasiones, las tradicionales informaciones, acreditaciones y justificaciones, previstas en la regulación vigente, unido todo ello al reconocimiento expreso de la posibilidad de contradicción y de recursos, en los procedimientos en los que se vean afectados intereses de menores o incapaces, al propio tiempo que supondrá una mejora en las garantías de los intervinientes y en la dialéctica entre los solicitantes, interesados- en especial en aquellos supuestos en que se manifieste un interés contrario o divergente del solicitante- o terceros no interesados, implicará, en determinados procedimientos, una mayor dificultad y complejidad procesal.

Por otra parte, la trascendencia económica, en ocasiones, 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, en otras vicisitudes, la proposición o práctica de pruebas, o bien las propias tensiones que generan las controversias en el ejercicio de la patria potestad, las rela-

ciones de menores con el progenitor que no sea titular de la patria potestad o con parientes o allegados, o las divergencias relativas a la administración de los bienes de menores o incapaces o en la administración de bienes gananciales en el seno de la comunidad conyugal etc., parecen razones suficientes para que se reflexione sobre este punto, al efecto de distinguir entre aquellos supuestos en los que la previsible ausencia de dificultad técnica no hace necesaria o conveniente la preceptiva asistencia letrada, y aquellos otros en los que la posibilidad de contradicción o recursos prevista en los propios procedimientos, como sucede en los casos de menores o incapacitados o la existencia de una discrepancia o contradicción atenuada a priori, lo que tiene lugar en los procedimientos en materia de familia, hacen aconsejable la obligada intervención de un abogado.

Parece aconsejable, en todo caso, el establecimiento de la preceptiva intervención de abogado y la representación procesal por procurador, con carácter general, en todos aquellos procedimientos cuya titularidad se atribuya a los Jueces. En relación con el carácter preceptivo de la intervención de abogado se pronunció la Decana del Colegio de Abogados del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, en su comparecencia parlamentaria de mayo de 2007, en relación con el Proyecto de JV.

Cabría asimismo plantearse en qué medida resultaría apropiada el carácter preceptivo de la asistencia técnica de abogado y de representación por procurador, en procedimientos tramitados ante los S.J que pueden revestir una especial complejidad, como los expedientes de dominio y de liberación de cargas y gravámenes, la fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones, el albaceazgo, o la liquidación de averías.

Parece asimismo razonable argumentar que en atención a lo establecido en el art. 22 del Proyecto de JV : “La comparecencia se sustanciará

por los trámites del juicio verbal con las siguientes especialidades.....”, resultase preceptiva la intervención de abogado y procurador, conforme al criterio establecido al efecto para el juicio verbal, en los arts. 23 ss LEC, en materia de primera instancia y apelación.

9) La regulación legal de la cosa juzgada no resulta satisfactoria, dado que la dicción legal puede dar lugar a confusión .En el ámbito de la cosa juzgada formal, parece claro que las resoluciones, dictadas en todo tipo de procesos y procedimientos, que devengan firmes resultan inimpugnables, por lo que producen efectos de cosa juzgada formal, a ello se refiere el art. 207 LEC cuando afirma que “ transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada.....”, lo que no obsta, 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 JV .

Sucede, sin embargo, que el art. 25.2, puede generar confusión y cabe interpretar que entra en contradicción con el art. 2.2, 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 JV, y cosa juzgada material, que asimismo se produce, a mi juicio, en su efecto negativo, en el ámbito de la propia JV, cuando se afirma en el propio art. 2. 2 que “Resuelto un expediente de JV .por cualquier administrador, no podrá iniciarse otro expediente sobre idéntico objeto y entre los mismos interesados”, y no se produce, por el contrario, en su efecto negativo, fuera del ámbito de la propia jv., lo que se prevé en el art. 2.3, al disponerse que : “La reso-

lución de un expediente de JV no impedirá la incoación de un proceso judicial con el mismo objeto “.

En definitiva, las resoluciones de JV no comportan efectos de cosa juzgada material fuera del ámbito de la propia JV, pero sí en este ámbito., en sus efectos negativo y positivo. Cabría afirmar, por su parte, en relación con éste último, que cualquier órgano jurisdiccional quedará vinculado en cualquier proceso o procedimiento, y ello encajaría en el denominado efecto positivo de la cosa juzgada material, por el contenido dispositivo de la resolución adoptada en el expediente de JV, 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 procedimiento de JV.

Negar efectos de cosa juzgada material a la jurisdicción voluntaria, en su propio marco, introduciría a mi juicio, una peligrosa variable, que sólo generaría inseguridad jurídica a los justiciables y al propio funcionamiento de la Administración de Justicia. Por decirlo con palabras utilizadas por el Fiscal del Tribunal Supremo, Paz Rubio, en su comparecencia ante la Comisión de Justicia, en trámite de asesoramiento del Proyecto de JV: “Estos expedientes producen efecto de cosa juzgada formal porque no se pueden impugnar en el mismo proceso y producen efecto de cosa juzgada material en otro expediente de jurisdicción voluntaria, no en un proceso contencioso posterior pero sí en otro de jurisdicción voluntaria y si se ha resuelto no lo vamos a resolver otra vez, aunque la materia de familia es susceptible de otra modificación”.

Mi propuesta sería que el texto del art. 25.2, referido a la cosa juzgada en la JV, quedase redactado del siguiente tenor: “Cuando el operador jurídico competente sea un Juez resolverá el expediente mediante

auto, que no tendrá efectos de cosa juzgada material, fuera del ámbito de la jurisdicción voluntaria.

Si el operador jurídico competente es un Secretario Judicial, lo resolverá mediante decreto, que también carecerá de efectos de cosa juzgada material, fuera del ámbito de la jurisdicción voluntaria”.

1O) En relación con los procedimientos que, a mi juicio, podrían ser objeto de inclusión específica en el texto de la futura Ley de JV, aludiré a a) las propuestas del Cermi, b) A la enmienda 64 de Convergencia i Unió, de inclusión de un nuevo capítulo al Título IV, en materia de Personas, bajo la rúbrica “Del procedimiento para la autorización biológica de la filiación, paternidad o maternidad”, y c) A supuestos que incluidos en la LEC, podrían ser trasladados a la futura Ley de JV, en atención a su naturaleza voluntaria.

Desde el sector de la discapacidad, representado por el CERMI, Comité español de representantes de personas con discapacidad, se ha solicitado que: 1) Se articule el procedimiento de JV previsto en el art. 156 del Código Penal, relativo a la autorización judicial de la persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica; 2) Se regule la autorización judicial para imponer tratamiento médico forzoso a los enfermos psíquicos y 3) Se valore la conveniencia de que la autorización judicial para el internamiento de personas que padecen trastornos psíquicos, se tramite a través de un procedimiento de JV.

La segunda propuesta del Cermi, que había sido ya asumida en una Proposición de Ley presentada por Convergencia y Unió en 2005 y articulada como procedimiento específico en el Proyecto de Ley, quedó sin efecto al aprobarse una enmienda de supresión del capítulo por el que se había procedido a su regulación. Ahora bien, a mi juicio, la intervención

de los representantes del Cermi en la Comisión, así como la posición favorable de varios Portavoces y Comparecientes, con especial referencia por su significación en este Procedimiento, del Fiscal Jefe de la Sala Primera del TS, deberían ser objeto de una nueva valoración.

Las consideraciones, al efecto, atinentes a que se trata de una alternativa, en muchas ocasiones, a una incapacitación, o a un internamiento no voluntario, creo que no han sido suficientemente desvirtuadas por los argumentos en sentido contrario. Se trata de que un acto sanitario como es el tratamiento o el periodo de observación de una persona que no tiene conciencia clara de su enfermedad, pero no hasta el punto de requerir una incapacitación o un internamiento, se articule en un procedimiento con todas las garantías. El problema no está resuelto y los afectados están de acuerdo en la conveniencia y urgencia de la medida. Quizás la ausencia de los preceptivos Dictámenes del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial, sí deba considerarse una objeción relevante a la articulación del procedimiento en el Texto de referencia.

La tercera propuesta es un claro reflejo del carácter variable y fluido entre ambas esferas de la legislación, manifestado en instituciones como los alimentos provisionales, la incapacitación por locura o el internamiento de personas con trastornos psíquicos que se tramitaron por medio de procedimientos de JV antes de pasar a la esfera contenciosa.

En el supuesto del internamiento, el trasvase se materializó con su inclusión en la LEC 2000. Ahora bien, configurado el Procedimiento de JV con todas las garantías propias de la tutela judicial efectiva, establecida su efectiva aplicación a supuestos en que estén en juego intereses de menores e incapaces, hasta el límite incluso de no proceder al trasvase de la esterilización de persona incapacitada al marco de la

Jurisdicción contenciosa, con mayor razón debería considerarse de naturaleza voluntaria el internamiento, lo que redundaría por otra parte en una mayor armonización del sistema.

Parece razonable, asimismo, que si se decide, como así parece, mantener la esterilización prevista en el art. 156.2 del C. Penal en el marco de la JV, sería conveniente proceder a la articulación del procedimiento singularizado, en atención a sus específicas particularidades. Es por todo ello que, a mi juicio, sería un acierto que se valorase en sentido positivo su regulación por el Senado.

La propuesta sobre “Investigación biológica de la filiación, paternidad o maternidad” de Convergencia i Unió, está articulada con todas las garantías, pretende llenar un vacío legal sobre una cuestión de creciente trascendencia social, y tiene un entronque claro, entre otros preceptos constitucionales, en el art. 39.2 CE, conforme al cual: “La Ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

Habría que tener en cuenta, finalmente, a los efectos de su posible trasvase a la Ley de JV, que en la LEC se regulan bajo la denominación de procesos, supuestos sin contradicción de voluntades y de clara naturaleza voluntaria, así sucede por ejemplo: en los denominados procesos matrimoniales de separación o divorcio por mutuo consenso; en las demandas en solicitud de eficacia civil, de las resoluciones de Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico y de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, siempre que no se solicite la adopción o la modificación de las medidas establecidas; o en las demandas en juicio verbal en las que se pretende que el Tribunal ponga en posesión de bienes a quien los hubiere adquirido por herencia si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufruc-

tuario. Se contempla en este último supuesto el tradicional interdicto de adquirir la posesión, expresión que ha sido suprimida por la LEC, no obstante, el mantenimiento, en otras ocasiones, de términos, principios, reglas y criterios de perenne valor, acuñados por la tradición jurídica y acogidos en las leyes procesales civiles de otros países de nuestra misma área cultural, conforme se afirma, con acierto, en la precisa y afortunada Exposición de Motivos de la Ley Procesal Civil.

Se incluyen de igual modo en la LEC, en atención a motivaciones diversas, instituciones que tienen una naturaleza básicamente de jurisdicción voluntaria, así sucede en relación con las previsiones legislativas referidas a: diligencias preliminares, o a las medidas provisionales previas a las demandas de nulidad, separación o divorcio. En ambos casos, sin embargo, quizás convenga mantener su regulación en sede de la LEC, por razón de sistemática respecto a la regulación de las actuaciones subsiguientes.

5). RACIONALIZACIÓN Y REDISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS : A) COMPETENCIAS QUE DEBEN PERMANECER EN LA ÓRBITA DE LA AUTORIDAD JUDICIAL. B) COMPETENCIAS ATRIBUIBLES A LOS SECRETARIOS JUDICIALES. C) COMPETENCIAS SUSCEPTIBLES DE SER ATRIBUIDAS A LO REGISTRADORES. D) COMPETENCIAS SUSCEPTIBLES DE SER ATRIBUIDAS AL NOTARIADO.

A) Competencias que deben permanecer en la órbita de la Autoridad Judicial.

Con carácter general deben quedar en la órbita de la Autoridad Judicial todos aquellos procedimientos del ámbito del derecho de personas



y familia, así como todos aquellos que supongan una restricción de derechos fundamentales o afecten a derechos indisponibles.

No voy a entrar, en la enumeración detallada de los supuestos que a mi juicio, deben mantenerse en sede judicial, en atención o bien a la propia naturaleza jurídica de la función o bien a la mayor garantía que supone su atribución al órgano jurisdiccional, al reconocérsele a su actividad el más alto grado posible de independencia e imparcialidad, si bien si cabe señalar que, en todo caso, con carácter general, deben mantenerse en la órbita judicial:

- Todos aquellos asuntos en los que sea necesario declarar derechos o valorar situaciones con arreglo a criterios de oportunidad, conveniencia o equidad, o bien a la necesidad de aplicar a casos concretos valores más que reglas o decidir entre valores, o bien al hecho de tratarse de situaciones conexas a la jurisdicción contenciosa, o bien supuestos en los que se trate de averiguar hechos o la existencia de derechos, o bien finalmente supuestos que requieran una especial garantía o control por parte de la autoridad pública, en atención a que estemos en presencia de:

a.- Procedimientos voluntarios en los que se trata de autorizar la restricción, y controlar su correcto ejercicio, de alguno de los derechos fundamentales y libertades públicas, contenidos en la sección 1ª, capítulo 2º, Título I de la Constitución.

b.- Procedimientos relativos al derecho de familia y condición y estado civil de las personas, dado que en ellos confluyen junto con intereses privados, otros que tienen una innegable proyección pública.

c.- Procedimientos en los que se garantizan intereses generales, públicos o sociales.

d.- Actos que afecten a personas o bienes cuya defensa sea competencia de autoridades públicas o se establezca la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal.

e.- Actos que afecten a personas con capacidad de obrar limitada.

f.- Actos que requieran la formulación de juicios de valor, realizados con posterioridad a la comprobación de hechos o datos en los supuestos de que se trate. Garantías del procedimiento judicial de JV

La previsible futura concepción de la JV judicial debe caracterizarse por su sustancial aproximación a la jurisdicción contenciosa, en materia de garantías del procedimiento. La previsión legal contenida en el artículo 22 del Proyecto de Ley de 2006 conforme a la cual: “ La comparecencia se sustanciará por los trámites del juicio verbal con las siguientes especialidades “, supone la supresión de las particularidades previstas en materia de JV y una práctica equiparación en la regulación de ambas esferas de la jurisdicción. Así en materias como:

- Días y horas hábiles;

- Desaparición de la posibilidad de modificar de oficio las “ La providencias y autos no definitivos, conforme al 1818 LEC, que suponía una desvirtuación de lo previsto en la LOPJ, arts. 18 y 267, que establecen el principio de que las resoluciones judiciales sólo quedarán sin efecto en virtud, en su caso, de los recursos previstos por las leyes

- Reforzamiento del principio de igualdad de partes, en la medida en que se produce una atenuación o práctica desaparición, en algunos casos de JV, de la posición de solicitantes, interesados (es, decir personas con interés concurrente o complementario, de cualquier tipo, jurídico, económico, moral etc., con el del solicitante), contrainterésados (es decir, personas con interés divergente al expresado por el solicitante) y afec-

tados, en relación con la audiencia, alegaciones, testimonios (por ej. de terceros no interesados a las que el procedimiento no afecta, en sentido estricto, a sus intereses), pruebas (en contraposición a las actuales informaciones, acreditaciones y justificaciones), trámite de conclusiones, registro de la comparecencia en soporte apto para la reproducción del sonido y la imagen, plazo para subsanar los posibles defectos u omisiones en las solicitudes, asistencia técnica, justicia gratuita, recursos etc., así como en aquellos supuestos en que por análogas motivaciones, rige el principio de impulso de oficio en el proceso contencioso o en el procedimiento de JV.

- Previsión de la controversia y la oposición

- Plazos cortos y prorrogables. Asunción, con carácter general, del principio preclusivo.

- Previsión de subsanación de posibles defectos u omisiones en las solicitudes, conforme al art. 23.1 del Proyecto de Ley de JV de 2006.

- Supresión del régimen singular de la apelación en uno o dos efectos, ex arts. 1819 y 1820. Previsión de supletoriedad de la Ley Procesal Civil, conforme al art. 12 del Proyecto: “La Ley de Enjuiciamiento Civil será de aplicación supletoria a los expedientes de Jurisdicción Voluntaria administrados por Jueces y Secretarios Judiciales en lo no previsto por esta Ley” .

Resultaría apropiado, asimismo, un reforzamiento de los principios dispositivo y de aportación de parte en el procedimiento voluntario, una atenuación del dirigismo judicial, que en consonancia con la libertad de forma y el carácter más potestativo de la actuación judicial en esta esfera de la jurisdicción, pueda poner en riesgo las fundamentales garantías inherentes a todo procedimiento, una limitación del principio de impulso de oficio a aquellos supuestos de derechos indisponibles o

de interés general, públicos o sociales y una aproximación de las posiciones de solicitante, interesados y terceros, en especial en aquellos supuestos en los que el interesado exprese un interés contrario al manifestado por el promovente, es decir, en aquellos casos en que nos encontremos en presencia de lo que se denomina contrainterés en la legislación italiana, no obstante lo cual, no se produce un sobreseimiento del expediente.

El carácter variable y fluido entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria, en atención a las decisiones contingentes de política legislativa ha sido por otra parte, una constante en la historia de ambas esferas de la jurisdicción, y así por ejemplo los alimentos provisionales y la incapacitación por locura, fueron en una primera época de vigencia de la LEC 1881 expedientes de jurisdicción voluntaria, siendo con posterioridad transvasados a la jurisdicción contenciosa. En la misma línea, el legislador de la Ley Procesal Civil del año 2000 ha incluido en su seno supuestos que con anterioridad se regulaban por el trámite voluntario, como el internamiento de personas incapaces por trastornos psíquicos o conforme al artículo 770 LEC, las pretensiones que se formulan al amparo del título IV, libro I del Código Civil, relativo al matrimonio, que se sustancian por los trámites del juicio verbal.

A la necesidad de regular la contradicción en el procedimiento de JV judicial, que constituía, a mi juicio, la deficiencia de mayor calado del texto legislativo presentado en el año 2006, se refirieron todos los expertos que comparecieron en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, los días 7 y 14 de mayo de 2007, a fin de asesorar sobre el contenido del Proyecto.

Carece de sentido articular un procedimiento judicial garantista, como en efecto así se había hecho, en contraposición a la vigente previ-

sión legal que adolece de esta nota caracterizadora, entre otros aspectos, en materia probatoria y de audiencia, y aplicarlo tan sólo a menores e incapaces, como se preveía en el Proyecto del Gobierno de 2006. Resultaba asimismo artificioso optar por una concepción de la JV basada únicamente en la ausencia de conflictividad como elemento diferenciador con la jurisdicción contenciosa, conforme a un modelo ya superado en la vigente legislación sustantiva y procedimental, española y comunitaria, como así fue subrayado en los preceptivos dictámenes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal.

Lógicamente si se acude al órgano judicial, en numerosos supuestos de JV en los que no están afectados intereses de menores o incapacitados, es ante la falta de acuerdo entre los interesados. Así, por ejemplo, para proceder a la consignación de un objeto o de una cantidad de dinero; para fijar el plazo para el cumplimiento de una obligación; para obligar a exhibir la contabilidad de una empresa o a auditar las cuentas de un empresario; para convocar una junta o asamblea general; para nombrar un tercer perito en un contrato de seguro; para proceder a liquidar una avería gruesa, o para resolver las discrepancias surgidas en el contrato de fletamento, entre fletador, como titular de las mercancías transportadas y fletante, como porteador de éstas, por señalar sólo alguno de los muchos supuestos en los que la discordancia es manifiesta o está subyacente, es porque existe un problema sin resolver o una necesidad que atender del ciudadano que acude en ayuda del órgano judicial. En otras ocasiones, es el propio texto legal el que prevé que la oposición no hará contencioso el expediente, como así sucede en la presentación y adveración del testamento ológrafo o del testamento cerrado, o en los supuestos de extravío, sustracción o destrucción del conocimiento de embarque.

Muchos de los procedimientos de JV tienen, definitiva, controversia desde el inicio. En su intervención de 17 de mayo de 2007, en trámite de asesoramiento ante el Congreso de los Diputados, la entonces decana del I. Colegio de A. de Barcelona, se refería a esta circunstancia y ponía como ejemplo el procedimiento de restitución de menores, en los casos de secuestro del menor por alguno de los progenitores, el denominado secuestro parental, que la Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, obliga a tramitar en el marco de la JV . Lo ponía como ej. de JV con controversia ab initio y de supuesto que requiere la intervención preceptiva de abogado, a los efectos de que los interesados dispongan de un asesoramiento técnico cualificado en relación con la documentación a presentar, las pruebas dirigidas a fundamentar las decisiones tomadas o la petición realizada etc. .

En materia de efectos de la controversia se volvió, en el curso de la tramitación parlamentaria, a la regulación prevista en el Anteproyecto de la Comisión de Codificación, lo que supone optar por hacer una Ley eficaz y que resuelva los problemas que se plantean cuando se acude a un operador jurídico para que incoe un procedimiento, dado que la opción por el archivo del expediente cuando se genere una controversia y la oposición consiguiente, traería consigo la ineficacia de la Ley y, en consecuencia, los ciudadanos dejarían de acudir a la JV. La razonable regulación de la oposición prevista en la Ponencia de la CGDC y asumida en el Congreso de los Diputados se contiene en el art. 7 del Anteproyecto conforme al cual:” Salvo que la ley expresamente lo prevea, la formulación de oposición por algún interesado en el asunto no hará contencioso el expediente ni impedirá la tramitación del mismo hasta su resolución, que surtirá los efectos que correspondan a tenor de su contenido en tanto no sea revocado o modificado en proceso decla-

rativo promovido por persona legitimada”. La fundamental enmienda sobre los efectos de la controversia, la n. 100, sin duda la esencial, a mi juicio, en el logro de una Ley de JV eficaz, fue presentada y defendida en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Mixto.

### Sanción Constitucional

En relación con la sanción constitucional de la JV me parece plenamente acertado la argumentación contenida en el Fundamento de Derecho sexto de la STS de 22 de mayo del año 2000 (Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 6ª), de la que fue Ponente el Magistrado Peces Morate: «.....El que se admita la existencia de actuaciones de jurisdicción voluntaria, atribuidas a órganos no judiciales, para los que tal denominación es harto discutible, no supone que cuando un juez o tribunal está llamado por Ley a definir un derecho o a velar por él, sin que exista contienda entre partes conocidas o determinadas( artículo 1811 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil) su actuación no debe estar revestida de las garantías propias de la jurisdicción.....No se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria los jueces y tribunales no están ejerciendo funciones jurisdiccionales (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), con independencia de que ulteriormente quepa sobre lo mismo otro proceso contradictorio y, en consecuencia, esas potestades quedan amparadas por el artículo 117,3 de la Constitución, según el cual su ejercicio ha de hacerse con arreglo a las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan. Las demás funciones, que el art. 117.4 CE permite que una Ley atribuya a los jueces y tribunales en garantía de cualquier derecho, son aquéllas que, a diferencia de las denominadas de jurisdicción voluntaria, no comportan protección jurisdiccional de derechos e intereses legítimos, como en los supuestos (citados por los

demandados) de participación de jueces o magistrados en los Jurados de Expropiación Forzosa o en la Administración Electoral, en que aquellos se incorporan a otras Administraciones del Estado por la garantía que su presencia en ellas confiere .....”.

Si analizamos la actuación del Presidente del TSJ en la tramitación y resolución de dicho recurso, se constata la existencia de los requisitos o notas propias del ejercicio jurisdiccional, apareciendo incluso una que, de ordinario, no concurre en otras actuaciones de jurisdicción voluntaria en que intervienen los jueces y magistrados, cual es la contradicción.»<sup>144</sup>.

Los procedimientos atribuidos a los Jueces en materia de condición y estado civil de la persona, derecho de familia, restricción de derechos fundamentales y derechos indisponibles, implican reserva judicial y jurisdiccional, es decir, el ciudadano no puede acudir a otro operador jurídico que no sea la Autoridad Judicial.

---

144 Vid. especialmente en RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil, T. III*, cit., pp 1289 ss; Id. *Jurisdicción Voluntaria en negocios de comercio*, cit., pp. 23 ss.

Para TARZIA debe considerarse superado el antiguo aforismo *iurisdictio in sola notione contentiosa consistit*, y es necesario reivindicar algunas garantías fundamentales de la jurisdicción contenciosa también para la jurisdicción voluntaria, así por ejemplo las garantías de la independencia y la terceridad del juez; para MONTESANO los derechos subjetivos e intereses tutelados por la jurisdicción voluntaria tienen la misma naturaleza que los derechos subjetivos lesionados propios de la jurisdicción contenciosa, y especialmente en los casos de tutela de los derechos de los menores e incapacitados, el procedimiento seguido debe cumplir todas las garantías que informan los procesos contenciosos; Para DENTI, no cabe individualizar una jurisdicción voluntaria con características autónomas respecto de la jurisdicción en general, sino que, por el contrario, en cuanto que se atribuye a órganos judiciales, no se sustrae a las garantías, subjetivas y objetivas, que caracterizan la actividad judicial. Las opiniones de estos autores se encuentran reflejadas en las Acti del XVII Convengo Nazionale del Processo civile en Palermo, celebrado en 1989.



En relación con este punto cabe señalar, a mi juicio, en relación con la afirmación contenida en la exposición de motivos, apartado tercero, del Proyecto de Ley de 2006, conforme a la cual, “tal y como aparece concebida en la presente ley la jurisdicción voluntaria encuentra su amparo en el artículo 117.4 de la Constitución.....”, supone a mi juicio una toma de postura doctrinaria en una cuestión sometida a debate en la doctrina europea, así como contrario a la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuya sentencia de la Sala Tercera de 22 de mayo del año 2000, dice textualmente: “no se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria, los jueces y tribunales no estén ejerciendo potestades jurisdiccionales, con independencia de que anteriormente que pasó lo mismo, otro proceso contradictorio y en consecuencia, estas potestades quedan amparadas por el artículo 117.3 de la Constitución, las demás funciones –continúa diciendo el Tribunal Supremo- que el artículo 117.4 permite que la ley atribuya a juzgados y tribunales en garantía de cualquier derecho, son aquellas que a diferencia de las denominadas de jurisdicción voluntaria, no comportan protección jurisdiccional de derechos o intereses legítimos como en los supuestos de participación de los jueces en jurados de administración forzosa o en la administración electoral”. Al debate doctrinal sobre la JV se refirió el Fiscal del TS en su intervención, previa a la aprobación de la enmienda que reintrodujo la posibilidad de oposición, en los siguientes términos: “...hay una polémica doctrinal fuerte –sobre- si la JV está incardinada en el 117.3 o en el 117.4. En puridad se podría decir que la contradicción, en cuanto que se va a resolver contradictoriamente, entraría ya en el conflicto y estaríamos más hablando de proceso y más del 117.3.....”

Por otra parte, 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 117.3 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, a mi juicio, resulta inasumible en el actual marco constitucional, 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 independencia e imparcialidad, en su estatuto jurídico, en el marco de la Administración del Estado. Lo que sí cabría afirmar es que las competencias atribuidas a los jueces en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, se incluyen, dependiendo de la materia, en los párrafos tercero o cuarto del art. 117.

Parece razonable que algunas de las competencias que actualmente se atribuyen a los jueces, puedan trasvasarse a otros operadores jurídicos en el futuro, pero, a mi juicio, hay determinadas competencias respecto de las que no cabe pensar, con el actual marco constitucional, en una titularidad distinta de la judicial, así por ejemplo respecto a la autorización judicial para esterilizar un incapaz, o para el tratamiento no voluntario de una persona con trastornos psíquicos o para una intromisión legítima en el honor, en la intimidad o en la propia imagen de un menor o incapacitado o para autorizar o aprobar el reconocimiento de la filiación no matrimonial de menores o incapaces o para el nom-

bramiento o remoción de un tutor o curador o para autorizar la venta de un bien del patrimonio de una persona con discapacidad o para decidir sobre la custodia de los menores cuando los padres vivan separados o sobre la atribución a uno sólo de los cónyuges de la facultad para realizar actos de administración o disposición de los bienes comunes.

No parece, a mi juicio, razonable que en los señalados y en otros análogos supuestos de JV, quepa cuestionar que el Juez está realizando una actividad de enjuiciamiento propia de la potestad jurisdiccional, consistente en constituir, autorizar, habilitar o complementar la capacidad de una persona, tutelar un interés público o resolver un conflicto cuya relevancia no requiere, a juicio del legislador, que sea dirimido en un proceso contencioso, mediante un procedimiento contradictorio o de ejercicio pacífico del derecho, sustanciado con todas las garantías de la tutela judicial efectiva.

Es decir, hay determinados aspectos que, a mi juicio, necesariamente deben permanecer en el ámbito de la reserva jurisdiccional, y ello, únicamente lo garantiza el 117.3. De modo que el legislador debe ser consciente que si mantiene que la fundamentación de la JV se asienta tan sólo en el párrafo 4 del art. 117 CE, cabría que en el futuro se decidiese que alguno o todos los supuestos mencionados se atribuyesen a otros operadores jurídicos, que en el marco de la JV serían Secretarios Judiciales, Notarios o Registradores.

En el sentido expresado, se ha pronunciado, en su preceptivo Dictamen, el Consejo General del Poder Judicial: pag. 23: “sin la nota de la exclusividad del apartado 3 del art. 117, el problema queda reducido a una mera opción del legislador, que podrá sustraer a la intervención judicial lo que constituyen manifestaciones de carácter constitutivo ne-

gocial, autorizaciones, aprobaciones u homologaciones.....” y Conclusión segunda, pág. 84: “Al considerar que la intervención judicial en los procedimientos de JV no reviste la nota de exclusividad, al tener encaje constitucional en el apdo. 4 del art. 117.....”. En el texto del Anteproyecto elaborado en la Comisión de Codificación, se afirmaba que las competencias judiciales de JV quedaban amparadas por los párrafos tercero y cuarto del artículo 117 de la Constitución.

En definitiva, parece evidente, a mi juicio, que la fundamentación constitucional de la JV, conforme a la fundamental STS de 22 de mayo de 2000, que se refiere la JV de competencia judicial, debe residenciarse o en el párrafo 3º del art. 117, o en los párrafos 3º y 4º del art. 117 de la CE, o quizás incluso podría resultar más prudente, que no se hiciese referencia a la naturaleza jurídica de la JV, en una sede, como la Exposición de Motivos, que no parece la más apropiada para este menester, con el agravante, a mayor abundamiento, de tratarse de una cuestión sometida a debate en la doctrina europea, sin que exista una posición mayoritaria al respecto.

Reparar lesiones de derechos o intereses legítimos o su no reconocimiento y dirimir controversias relevantes, constituye el núcleo esencial de la potestad jurisdiccional, y otorgar tutela judicial efectiva fuera del marco proceso contencioso, en conflictos cuya entidad no requiere un juicio ordinario o en defensa de derechos o intereses legítimos de menores, incapaces, personas con discapacidad, derechos indisponibles o intereses generales, públicos o sociales, mediante una actividad de enjuiciamiento y en aplicación del derecho objetivo, con todos los principios y garantías procesales, forma parte asimismo, a mi juicio, del contenido de facultades atribuidas con carácter exclusivo a Juzgados y Tribunales por el art. 117.3 CE o, en determinados supuestos, en ga-

rantía de derechos por el artículo 117.4 CE. En todo caso, la JV judicial, se configura como parte integrante de la idea de Administración de Justicia, considerada como función con un contenido más amplio que el propio del ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Cabe afirmar, para concluir este punto, que el procedimiento de JV de competencia judicial, para la protección de derechos e intereses legítimos, requiere una labor de enjuiciamiento por parte del Juez equiparable a la propia de la jurisdicción contenciosa, y una tramitación en la que han de respetarse los principios y garantías inherentes a toda actuación judicial, que debe concluir mediante una resolución judicial de fondo, mediante la que el Juez se pronuncie sobre la cuestión planteada en el curso del expediente, a fin de que el ciudadano obtenga la tutela judicial efectiva en el ejercicio de su derecho o interés legítimo. En definitiva, la pérdida de garantías supone, también en el ámbito de los procedimientos de JV, un menoscabo en la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de los justiciables. Cabe señalar asimismo que, al igual que sucede en el marco de la jurisdicción contenciosa, el ciudadano puede plantear una cuestión de constitucionalidad sobre el procedimiento de JV en su conjunto o sobre alguno de los preceptos específicos de su normativa.

Como actos de Jurisdicción voluntaria obsoletos, de nula aplicación práctica o de escasa eficacia, manifestaciones de la actual discordancia entre lo legislado y la realidad social, que deberá ser corregida en la futura reforma, cabe señalar:

- Las informaciones para dispensa de ley, que en su regulación actual, han perdido significación.
- El aumento de la prima del seguro en tiempos de guerra.

- El procedimiento de apeos y prorrateos de foros.
- La intervención notarial, mediante acta de notoriedad, en la formalización del derecho de tanteo de alguno de los partícipes en la venta de una nave, prevista en el art. 2167 LEC.
- El sometimiento de los actos de notoriedad notarial a la homologación judicial, conforme a los artículos 203 LH y 209 y 297 RH, dado que supone una disfunción del procedimiento, revela una prevención no razonable frente a la competencia notarial y ocasiona una limitación en la práctica de sus efectos, lo que hace aconsejable la revisión o supresión del sistema establecido.
- La requisita de víveres. El supuesto que está regulado en los artículos 616 CCo y 2161,10 LEC debe ser suprimido por anacrónico, al preverse la posibilidad de que el capitán obligue a poner en común durante el viaje marítimo víveres privativos, y que el dueño de los víveres no se conforme o con la necesidad o con el precio fijado y solicite una información judicial en el primer puerto de arribada.
- El préstamo a la gruesa. El procedimiento, conforme a los artículos 611 CCo y 2161,9 LEC, mediante el cual el capitán solicita autorización judicial para obtener, por medio de un préstamo a la gruesa, medios necesarios para la expedición marítima o para atender necesidades urgentes durante la navegación, es hoy considerado por toda la doctrina como obsoleto, en atención a su no utilización, en la práctica, al haber sido sustituido por otros mecanismos de crédito más propios del moderno tráfico económico.
- La venta de nave inutilizada. En el artículo 2161,6 LEC, se prevé el supuesto de la nave que en viaje se haya inutilizado para la navegación, en cuyo caso, verificada la justificación pericial de la inuti-

lidad, se procederá a su venta en pública subasta, previa la concesión de la autorización por el juez. El procedimiento tenía justificación en 1881, en atención a las dificultades de comunicación que en ocasiones se producían entre el capitán y el naviero, al efecto de decidir sobre la venta del buque. Ahora bien, la facilidad de comunicación existente en la actualidad, convierte en excepcional el supuesto previsto de autorización judicial supletoria respecto del consentimiento del naviero, por lo que parece razonable proponer la supresión del procedimiento.

- El abandono del cargamento para pago de fletes, previsto en los artículos 687 CCo. y 2156 LEC, hace referencia a aquellos supuestos en los que el cargador se niega a recibir la carga, abandonándola en poder del fletante o naviero, con el fin de liberarse del pago del flete, cuando al menos las tres cuartas partes del cargamento líquido porteadado se hubiese derramado. Se trata de un procedimiento arcaico y anacrónico que limitado a los supuestos en que el cargamento consiste en líquidos, no ha sido aplicado en los últimos decenios, por lo que debería ser suprimido.

La conformación como voluntarios de determinados supuestos, se habría debido en su momento a la necesidad de arbitrar un procedimiento abreviado o urgente, que eludiera la excesiva dilación del proceso civil ordinario, más que a su verdadera naturaleza jurídica, en atención a la relevancia de la contradicción o conflicto.

El carácter variable y fluido entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria, en atención a las decisiones contingentes de política legislativa ha sido por otra parte, una constante en la historia de ambas esferas de la jurisdicción, y así por ejemplo los alimentos provisionales y la incapacitación por locura, fueron en una primera época de vigencia de la LEC 1881 expedientes de jurisdicción voluntaria, siendo con pos-

terioridad transvasados a la jurisdicción contenciosa. En la misma línea, el legislador de la Ley Procesal Civil del año 2000 ha incluido en su seno supuestos que con anterioridad se regulaban por el trámite voluntario, como el internamiento de personas incapaces por trastornos psíquicos o conforme al artículo 770 LEC, las pretensiones que se formulan al amparo del título IV, libro I del Código Civil, relativo al matrimonio, que se sustanciarán por los trámites del juicio verbal.

#### B) Competencias atribuibles a los Secretarios Judiciales.

En sede judicial, pero atribuida su competencia a los Secretarios judiciales deberían mantenerse, con carácter general, los procedimientos voluntarios de aseguramiento, prevención y ejecución así como determinados supuestos de homologación. La mayoría de la doctrina procesalista, la Recomendación del Consejo de Europa de 1986, el apartado 11 del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito por el PP y el PSOE el 28 de mayo del año 2001, y el Acuerdo del mes de febrero del año 2003 entre el Ministerio de Justicia con las Comunidades Autónomas, que tienen transferidas competencias en esta materia, en el que se reconocen la necesidad de atribuir nuevas competencias a los Secretarios judiciales en materia de ejecución, conciliación y jurisdicción voluntaria en general. La confirmación de esta tendencia se ha manifestado asimismo, como ya hemos tenido la ocasión de señalar en páginas anteriores, en los artículos 438,3 y 5 y 456,3 y 4, de la Ley Orgánica 23-12-2003, por la que se reforme la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, y en la formulación del Ministro López Aguilar, expresado en Valencia en el año 2004, referidos a la necesidad de reformar la Jurisdicción voluntaria.

El procedimiento podría consistir en reconocerles competencia para dictar decretos motivados, con hechos, fundamentos de derecho y fallo,



en los asuntos que se les atribuyan, decretos motivados que serían recurribles ante el Juez en primera instancia. La utilización del término decreto supondría, por otra parte, la recuperación de la denominación de la resolución «*decretum*», con la que el magistrado romano concluía el procedimiento de jurisdicción voluntaria, así como la armonización con la terminología utilizada en la legislación alemana -el *Rechtsfleger* alemán, equiparable al Secretario Judicial español, concluye el procedimiento de jurisdicción voluntaria, mediante un decreto motivado-, y en la legislación italiana.

Parece, por todo ello, razonable atribuir a estos funcionarios la titularidad competencial en materia de conciliación, ejecución, en el ámbito de las medidas de prevención, aseguramiento y prevención, así como en los supuestos de diligencias preliminares, en los impropriadamente denominados procesos de separación o divorcio por mutuo consenso y en el otorgamiento de la posesión de bienes hereditarios, en la hipótesis deseable de que se produzca un trasvase de la regulación de estas instituciones que, no obstante su clara naturaleza voluntaria, se encuentran tipificadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria<sup>145</sup>, así como, con carácter alternativo, en todos

---

145 Vid. al respecto en, CALAZA LÓPEZ, *El proceso consensual de separación y divorcio*, CALAZA LÓPEZ, *RDUNED. Revista de derecho UNED*, N.º 5, 2009, págs. 119-147. Vid. en este sentido en ALMAGRO, *El Secretario Judicial y la futura jurisdicción voluntaria*. Fe pública Judicial, III Jornadas, Madrid 1987, pp. 65 ss; PEDRAZ, *La nueva secretaría judicial*, RPJ, 1992, pp. 85 ss. y MARTÍN OSTOS, *El Secretario Judicial a examen*, Madrid 1994. Sobre atribución de competencias específicas a los Secretarios Judiciales, vid. VÁZQUEZ SOTELO, *La intervención de Secretario en el proceso*, *I.J.F.P.J.*, Barcelona 1985; MORENO CATENA, *La Fe Pública Judicial y la publicidad en la LOPJ*, II JFPJ, Alicante 1986; LORCA NAVARRETE, *El Secretario Judicial en el contexto de la técnica monitoria civil*, VJJFPJ, Salamanca 1990; HABSCHIED, *El Rechtspfleger in Europa*, trad. Bujosa, Berlín 1989; NÚÑEZ RODRÍGUEZ, *La intervención del Secretario Judicial en el*

los procedimientos que se desjudicialicen y se atribuyan a Notarios o Registradores.

En los asuntos de jurisdicción voluntaria cuyo conocimiento se mantenga en la exclusiva competencia de los jueces, podría atribuirse al secretario, la tramitación del expediente que debería en todo caso ser estudiado y decidido por el juez en auto motivado. Ello supondría, en estos supuestos, el respeto, al menos de un punto de vista formal, a la supresión de las propuestas de autos definitivos atribuidas a los secretarios judiciales, operada por el código procesal civil del año 2000, así como un reparto de funciones entre jueces y secretarios en esta materia. La atribución de competencia, en los demás supuestos de jurisdicción voluntaria, a los secretarios judiciales, que decidirían mediante decreto motivado, con análogos efectos a los autos judiciales, supondrá, por otra parte, una armonización, en este campo, de la regulación especial, con la correspondiente a otros países comunitarios, de tradición jurídica semejante a la nuestra.

Se descargaría con ello de competencias a los jueces, que se atribuirían a estos funcionarios del derecho, que integran el órgano jurisdiccional, al menos a partir de la LOPJ de 1985, conforme a la opinión de una parte de la doctrina procesalística, cualificados por su preparación jurídica y por su dominio de la técnica procesal, que se encuentran en el momento actual, al decir de la mayoría de los estudiosos que se han pronunciado sobre la cuestión, infrutilizados en el marco de la Admi-

---

*Registro Civil*, IV JFPJ, 1991, SEOANE CACHARRÓN, *Hacia un modelo europeo de Secretario Judicial*, V JFPJ, Salamanca 1990; Id. *El Secretario Judicial ante la futura ley sobre jurisdicción voluntaria*, Revista Centro Estudios Ministerio de Justicia 2003, pp. 91-108.

nistración de Justicia<sup>146</sup>, no obstante, la relevancia de las funciones que se les atribuyen en el marco de la Administración de Justicia: dación de fe, dación de cuenta, ordenación procesal y determinadas competencias en el ámbito de la ejecución<sup>147</sup>.

Sería deseable, en todo caso que, se valorase la creación, en el futuro, de juzgados que tuviesen atribuida la competencia en exclusiva en esta materia, tal como sucedía en la Edad Media, con los *iudices chartularii*, ante los que, en atención a su especialización judicial, se desarrollaba, con carácter exclusivo, la ficción procesal que encubría el negocio de jurisdicción voluntaria. En los pasados decenios en torno a un 10% de los asuntos conocidos en los juzgados civiles se corresponden con procedimientos de jurisdicción voluntaria.

#### C) Competencias susceptibles de ser atribuidas a lo Registradores.

Sin entrar en el examen detallado de los procedimientos que, a mi juicio, especialmente en el campo del derecho de cosas y en el del tráfico mercantil y de sociedades, cabría atribuir en esta materia, al Cuerpo de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, cabe afirmar que parece, en principio, razonable el reconocimiento a estos relevantes operadores jurídicos de todas las competencias relacionadas con los actos

---

146 MARINA, *Calificación registral. Reflexiones sobre las vías de impugnación*, AAMN, t. 32, 1991, pp. 496 ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *La impugnación de los actos registrales*, RCDI, 1955, pp. 413 ss.; GERONA PEÑA, *La jurisdicción voluntaria en el ámbito notarial y registral*. Estudios de Derecho Procesal, vol. III, 1996, pp 3936 ss.; AMORÓS, *La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios*, RCDI, 1967.

147 Vid. en este sentido, ORTIZ NAVACERRADA, *El Secretario Judicial en el borrador de Proyecto de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, en Actualidad Civil núm. 33, pp. 15-21 septiembre de 1997. Opinaba ya entonces este autor que mejorarían los rendimientos prácticos del órgano jurisdiccional, si el Secretario Judicial asumiera sin reservas, la totalidad de actuaciones estrictamente ejecutivas que todavía continúan, en parte al menos, residenciadas en el Juez.

de publicidad directa, como son las inscripciones, en cuanto titulares de una función pública, con arreglo a la cual proceden a la valoración y calificación, conforme a la ley, con fundamentales efectos jurídicos, de los actos en que intervienen, y respecto de los que cabe, en todo caso, el control y revisión judicial<sup>148</sup>.

Los Registradores, en cuanto órganos de las Administraciones, que ejercen una potestad pública, a través del procedimiento registral, podrían asumir todos aquellos procedimientos que tengan clara vocación registral y se incardinan, de manera especial, aunque no exclusiva, en el marco de los derechos reales, como los expedientes de dominio, de liberación de cargas y gravámenes, deslindes voluntarios, la inscripción de derechos reales sobre fincas no inscritas, la anotación preventiva del crédito refaccionario, la nota marginal de doble inmatriculación o la rectificación de errores en los Asientos del Registro de la Propiedad, y en la esfera del derecho mercantil y societario, así la exhibición de libros de contabilidad, la convocatoria de juntas generales de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, o asambleas generales de cooperativas, en determinados supuestos, o bien, el nombramiento de

---

148 Vid. al respecto en FONT BOIX, *El notariado y la jurisdicción voluntaria*, en Academia Matritense del Notariado, t. XV, 1967, pp.; ALMAGRO, *Derecho Procesal*, cit., pp. 530 ss.; SOLIS VILLA, *La defensa de los consumidores y la función notarial*, Estudios Academia Sevillana del Notariado, Madrid 1998; RODRÍGUEZ ADRADOS, *Borrador para un Proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria notarial y de modificación de determinados artículos del Código Civil, de la LEC y de la L.H.*, Agosto 1991, Inédito, reseñado y consultado en el estudio de Gómez-Ferrer; GÓMEZ-FERRER, *Ejercicio de la Jurisdicción Voluntaria por el Notario*, Revista Jurídica del Notariado, 1993, pp.9-178; GÓMEZ COLOMER, con MONTERO, MONTÓN y BARONA, cit., p.903; AUGER, *Reforma de la Jurisdicción Voluntaria*, Anales de la Academia Matritense y del Notariado, 33, 1992, pp. 7-27; BELLOCH, J.A., *Notas en torno al Notariado y la Jurisdicción voluntaria*, Revista Jurídica del Notariado, 1993, pp. 9-42; FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdicción Voluntaria*, cit., pp. 141-162.

coadministrador, interventores, liquidadores auditores o expertos independientes, en situaciones previstas en la legislación específica.

Baste decir que, tanto en materia civil como en mercantil determinados procedimientos que se desjudicialicen pueden ser atribuidos con idéntica eficacia tanto a Notarios como a Registradores, que en los supuestos desjudicializados deban mantenerse los principios de audiencia y contradicción, al propio tiempo que suprimirse toda huella procesal y de manifestación de imperio, y que es en sede de disposiciones finales de la futura Ley Jurisdicción Voluntaria, donde deben incluirse los supuestos que salen de la órbita judicial y en sede de la legislación hipotecaria, notarial y registral, donde debe residenciarse la regulación correspondiente.

Notarios y Registradores son al propio tiempo, profesionales privados del derecho y órganos de la Administración pública, titulares activos de las funciones públicas que les atribuye el Ordenamiento Jurídico, y responsables de las actuaciones desarrolladas en su ejercicio ante los órganos judiciales.

Las resoluciones dictadas en sede de jurisdicción voluntaria, así como las actuaciones atribuidas a otros profesionales del derecho, como resultado de la desjudicialización de competencias en esta materia, podrán en todo caso ser objeto de control o revisión judicial en proceso ordinario.

#### **D) Competencias susceptibles de ser atribuidas al Notariado.**

A lo largo de los siglos IX al XII, en todos los países europeos y singularmente en Inglaterra, Francia, Alemania en Inglaterra, así como en España a partir del siglo XIII, se produce una evolución jurídica consistente en que una parte importante de las actuaciones negociales de

JV se realizaban ante los notarios que estaban adscritos a los tribunales tanto laicos, como eclesiásticos. De forma especial, a partir del siglo XII, el conocimiento y resolución de una parte importante de supuestos de JV que se sustanciaban ante los jueces se atribuyó a los Notarios, que se configuran como el órgano por excelencia de la JV en la Europa del Medioevo.

Como ha sido subrayado por Rodríguez Adrados, con anterioridad a la Ley del Notariado de 1862 estaban unidas la fe pública judicial y extrajudicial, y las funciones de documentación propias de los escribanos de los juzgados estaban consideradas como actos de JV. Con la entrada en vigor de la Ley de 1862, se atribuye la fe pública judicial a los Secretarios Judiciales y la fe pública extrajudicial a los Notarios, y se reconoce a estos últimos la función de dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales, pero no se desgajan del ámbito judicial las funciones de documentación, declaración derechos y mera presencia, que desempeñaban los escribanos con anterioridad a la Ley de 1862.

Por otra parte, en el mismo siglo XIX, la Ley Hipotecaria de 1861, configura el actual Registro de la Propiedad y el cuerpo de Registradores de la Propiedad sobre la base de las antiguas contadurías de hipotecas, con la finalidad de proteger a los titulares de derechos inscritos, asentar el sistema hipotecario y agilizar el tráfico jurídico inmobiliario, La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 configura con carácter independiente el cuerpo nacional de Secretarios judiciales, y las dos leyes de enjuiciamiento civil promulgadas, dedican la de 1855, el segundo de sus dos libros a la JV, y la de 1881, el primero de sus tres libros a Disposiciones comunes a la JC y a la JV, el segundo a la JC, y el tercero, todavía vigente, a la JV

Pues bien, la previsible atribución al Notariado de diversas competencias actualmente de titularidad judicial y, en su caso, la posibilidad que se reconocería a los justiciables para acudir de forma opcional a la actuación notarial, entre uno de los varios operadores jurídicos posibles, en determinadas materias, supondría, en definitiva, no sólo devolver a estos funcionarios públicos y profesionales del derecho, un protagonismo en esta materia que ya les había sido atribuido por la historia, sino también el reconocimiento de unas competencias cuyo ejercicio les corresponden por su propia naturaleza, en atención al desempeño de funciones de autenticación, notificación, documentación y garantía de derechos, lo que hace que el notario actual, en palabras de Rodríguez Agrados, no sea un mero fedatario público, sino que ejerce un oficio público en cuanto a su función certificante y autorizante, al propio tiempo que realiza un juicio de legalidad del acto en que interviene y de asesoramiento de los intervinientes, con sometimiento al control o revisión judicial.

Si regulada la alternatividad, como parece probable, si nos atenemos a las posiciones de los grupos parlamentarios en el debate y aprobación de las enmiendas al respecto en la tramitación del Proyecto de Ley de JV, el justiciable podrá acudir a un Secretario Judicial en atención, a la gratuidad de la Justicia, a la tradicional seguridad que puede proporcionarle al justiciable la actuación ante la Administración de Justicia, o a otras circunstancias, o podrá optar, en los casos previstos, por requerir la prestación del servicio a una Notaría o a un Registro Público, una vez valorado que la satisfacción del arancel fijado por el Gobierno por la prestación del servicio público solicitado, le compensa, por ejemplo, en términos de proximidad, especialidad o celeridad en la resolución del asunto.

A mi juicio, valores como la confianza, la profesionalidad, la cualificación jurídica y la seguridad jurídica son predicables, en los tiempos actuales, al propio tiempo de los Secretarios Judiciales, de los Notarios y de los Registradores.

La seguridad jurídica, proclamada en el art.9.3 CE,, es la suma de legalidad y certeza, según subraya de forma reiterada el Tribunal Constitucional. Por su parte, Delgado Echevarría destaca que el art 149.1.8 CE, al atribuir la competencia exclusiva al Estado sobre la ordenación de los instrumentos públicos lleva al plano constitucional la institución del Notariado, a través de su más objetivo producto como es el instrumento público. A su vez, la esencia de la función notarial, y del documento público notarial, por medio del cual el Estado cumple el deber de garantizar la seguridad jurídica, se contiene en los artículos 1, 17bis y 24 de la Ley del Notariado, art. 1 del Reglamento Notarial, art. 1218 del CC, y art 319 LEC .<sup>149</sup>

Conviene asimismo apuntar que la decisión del justiciable de acudir a un operador jurídico distinto del órgano judicial supone, por otra parte, un ahorro de costes para la Administración de Justicia, y que el modelo de seguridad jurídica preventiva o extrajudicial existente, notarial y registral, es una referencia para países emergentes y desarrollados europeos y de otras latitudes<sup>150</sup>

---

149 Vid. al respecto en Campo Guerri, La competencia notarial en asuntos no contenciosos. Revista Jurídica del Notariado. N. extraordinario 2010, pp. 517- 641.

150 Sobre actividad y función notarial, en especial, en relación con las personas con discapacidad, vid. en Castro- Girona, La convención de los derechos de las personas con discapacidad y la actuación notarial: el notario “*ombudsman* social, Ediar, Buenos Aires 2011, pp. 451- 476.



En relación, finalmente, con la atribución de competencias que, podrían ser transferidas al Notariado<sup>151</sup>, cabe señalar que parece necesaria una mayor colaboración e implicación en este campo, de quienes ostentan la doble condición de titulares de una función pública al servicio de los intereses generales, y de profesionales privados del derecho, lo que supone, por otra parte, la recuperación de su legítimo protagonismo en esta materia, que ya les había sido reconocido por la historia, en atención al desempeño de funciones de autenticación, notificación, documentación, acreditación y ciertos supuestos de homologación y de fe pública extrajudicial, mera presencia o comprobación de hechos, garantía de derechos, que se han visto reforzadas en el último siglo, en consonancia con la seguridad jurídica preventiva y la finalidad antilitigiosa de la actividad notarial, y que han hecho que el Notario actual, en palabras de Rodríguez Adrados, «no sea un mero fedatario público, sino que realiza un juicio de legalidad del acto en que interviene, cuidando que no sea contrario a las leyes ordinarias y a los presupuestos constitucionales, al propio tiempo que debe realizar un juicio de asesoramiento de los intervinientes»<sup>152</sup>.

En relación con la asignación de competencias específicas relacionadas con el Notariado en el Proyecto de Ley de 2006, aprobado en el

---

151 Vid en este sentido RODRÍGUEZ ADRADOS, *Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial*, RDN, XLI-XLII, jul-dcb. 1963, pp 71-183; Id., *Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho Internacional Privado*, RDN, XCVII-XCVIII, jul-dcb 1977, pp. 109-38; Id., *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública*, Madrid, 1996, pp. 177 ss.

152 Vid. al respecto en NUÑEZ LAGOS, *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid 1950, pp. 414 ss.; DE LA CÁMARA, *Valor jurídico y aplicaciones de las actas notariales de notoriedad en Derecho español*, Madrid, 1950; RODRÍGUEZ ADRADOS, *Cuestiones de técnica notarial en materia de actas*, RDN, CXXXVI, abril-junio, 1987.

Congreso de los Diputados y retirado en el Senado, procederé a reiterar, con alguna mínima adición y revisión, lo que ya he escrito en ésta y otras sedes al respecto, que coincide, en la mayor parte de los casos, con lo aprobado en sede parlamentaria.

Las competencias compartidas podrían conformarse:

A) Entre Secretarios Judiciales y Notarios:

1 - Deslinde y amojonamiento

2 - Consignación. Sería competencia del Notario declarar, en su caso, bien hecha la consignación, es decir, cumplidos los requisitos de identidad e integridad de la prestación, y sería el Secretario quien podrá declarar cancelada la obligación, conforme a la previsión del Proyecto.

3- Declaración de herederos abintestato, de cualquier grado y condición.

Debe, a mi juicio, subrayarse, no obstante, que la disposición de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de la Reforma Procesal, que modificó el art. 979 de la LEC de 1881, para atribuir a los Notarios, en sustitución de los Jueces, la mencionada competencia exclusiva, ha resultado un acierto, en atención a casi nula conflictividad producida al respecto desde su entrada en vigor.

4 - Presentación, adveración, apertura y protocolización de testamentos cerrados.

5 - Presentación, adveración y protocolización de testamentos ológrafos.

6 - Presentación, adveración y protocolización de testamentos otorgados en forma oral

7 - Albaceazgo: la no aceptación o renuncia del albacea en el caso de que éste acepte perder lo que le hubiese dejado el testador, conforme al artículo 900 CC

8 - Depósitos en materia mercantil y en transporte marítimo.

El Proyecto de JV atribuye asimismo al Notariado, en la Disposición Adicional segunda, ocho procedimientos de derecho hipotecario y dos de derecho mercantil, con competencia compartida con los Secretarios Judiciales, en todos los casos, y con los Registradores en determinados supuestos. En relación con estos procedimientos previstos en la D.A. 2ª, se ha pronunciado José María de Prada, alguna de cuyas reflexiones, que suscribo en todos sus extremos, son las que siguen:

9 - Nota marginal de doble inmatriculación. Conforme al artículo 313.2 de la LH, el titular inscrito de cualquier derecho real sobre una finca puede acudir al Juez – con la reforma sería al Secretario Judicial o al Notario- a fin de solicitar que se proceda a la realización de una nota marginal advirtiendo de la posible doble inmatriculación.

10 - Procedimiento para completar las circunstancias de los títulos para practicar anotaciones preventivas, conforme al artículo 74 LH. Opina De Prada que si hay acuerdo entre los interesados el Notario podrá ordenar la anotación, pero es dudoso que pueda hacerlo si el otro interesado, como será lo normal, se oponga.

11,12,13 - Anotaciones preventivas de legado, de derecho hereditario y de crédito refaccionario: entiende De Prada que si las parte están de acuerdo no parece que haya obstáculos para la intervención notarial, pero si hay controversia o se trata de interesados desconocidos repugna un poco a la esencia de la función notarial que pueda el notario por sí,

y aunque sea previo un expediente, ordenar la realización de estas actuaciones.

14 - Formación de inventario en garantía de bienes reservables. Observa De Prada que la intervención del notario consistiría en recoger la constancia del carácter reservable de los bienes.

15, 16 - En los procedimientos de reconocimiento y depósito cautelar previsto en el art. 367 C.Co y de reconocimiento de efectos mercantiles previstos en los artículos 327, 336, y 366 del C.Co, la actuación notarial encajaría en el acta de presencia para constatar las deficiencias en las mercaderías vendidas o transportadas.

B) Entre Secretarios Judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad o Mercantiles, en determinados expedientes en los que los ciudadanos podrían optar por solicitar la tramitación del expediente ante cualquiera de los tres operadores jurídicos, como podría acordarse en:

1 - El expediente de dominio. En relación con la competencia notarial, debería reconocerse la inmatriculación mediante acta de notoriedad y suprimirse la intervención judicial homologadora de la decisión del Notario, en los supuestos de actas notariales de notoriedad para reanudar el tracto sucesivo o registrar los excesos de cabida, por suponer una desnaturalización de la función notarial y una desconfianza hacia su actuación que no parece tener ningún fundamento ni razón de ser. Al expediente de dominio se dedicó una de las partes de una reciente conferencia pronunciada, en este Ilustre Colegio, por el notario José Antonio García Vila.

2 - El expediente de liberación de gravámenes

3 - La exhibición de libros de las personas obligadas a llevar la contabilidad

4 - La constitución y régimen interno del sindicato de obligacionistas de personas jurídicas que no sean sociedades anónimas

5 - La nota marginal de doble inmatriculación

6 - El Procedimiento para completar las circunstancias de los títulos para practicar anotaciones preventivas.

La temática sucesoria en el Anteproyecto de 2005 y en el Proyecto de Ley de 2006, ha sido estudiada con detalle, por José María De Prada y Juan José Marín. Asimismo se han ocupado, entre otros autores, de estudiar en relación con el Notariado, las propuestas de ambos textos legislativos, los notarios Rodríguez Agrados, De Prada, Gómez- Ferrer, García Vila y Campo Guerri.

. En relación con la atribución de otras posibles competencias compartidas entre Secretarios Judiciales y Notarios, no previstas en el Proyecto de JV, cabría mencionar, a mi juicio, las siguientes:

1 La presencia y documentación que requiere un matrimonio civil, es una función propia de la labor del Notario y del Secretario Judicial.

2 La separación y divorcio por mutuo consenso, podría asimismo formalizarse ante Notario o Secretario judicial, salvo la aprobación del convenio regulador, en los casos de existencia de menores de edad o incapacitados, que deberá ser aprobado por el Juez.

3 En las uniones de hecho podría regularse la función acreditadora y documentadora del Notario respecto a la existencia real de la convivencia y al tiempo de relación previo a tal acto de constatación.

4 En materia de adopción de mayores de edad y de menores emancipados.

5 La reconciliación que el art. 84 del CC. exige que los cónyuges pongan en conocimiento del Juez, a fin de poner término al procedimiento de separación y dejar sin efecto ulterior lo en él resuelto, podría acreditarse mediante acta notarial.

6 La formalización de inventarios prevista en diversos textos del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil y atribuida al Juez, encaja mejor en la función propia de los Notarios y Secretarios Judiciales. Al efecto, en el Anteproyecto de 2005 se había regulado en el artículo 15, ubicado en sede de procedimiento general, la práctica del inventario de bienes.

7 La posesión judicial de bienes a favor de quienes los hubieren adquirido por herencia, si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario- es decir, el tradicional interdicto de adquirir la posesión, conforme a la denominación clásica, sustituida en el art. 250.3 LEC- podría atribuirse al Notariado y a los Secretarios Judiciales, como expediente de JV.

8 La posesión judicial en los casos en que no proceda el interdicto de adquirir, que conforme a la previsión del Proyecto, pasaría a la competencia de los Secretarios Judiciales, art. 13.3, es asimismo materia cuyo conocimiento y resolución debería atribuirse, de forma compartida, a Notarios y Secretarios Judiciales.

9 Las subastas judiciales no ejecutivas, atribuidas en el Proyecto de JV en exclusiva a los Secretarios Judiciales, constituyen asimismo, a mi juicio, actuaciones propias de la función notarial, al igual que ya sucede respecto a la realización extrajudicial ejecutiva de bienes de naturaleza diversa, por lo que convendría establecer su carácter de expediente compartido por ambos operadores jurídicos .Se trataría con ello de ate-

nerse a lo previsto en el Anteproyecto de 2005, art. 171.3 que establecía que salvo que la Ley o el tribunal que la hayan ordenado expresamente dispongan lo contrario, los interesados podrán instar la enajenación en subasta notarial.

En relación con este punto, quiero destacar la opinión de Serrano de Nicolás, referente a la dudosa legalidad de la actual regulación del procedimiento de ejecución notarial hipotecaria. Conforme opina este Autor, la futura Ley de JV, es la sede adecuada para articular la regulación de la realización extrajudicial, como venta, o como pacto marciano, al igual que sucede en la legislación francesa, dado que la previsión reglamentaria actual, en puridad, no es una venta, ni judicial ni extrajudicial, y carece de amparo de legal<sup>153</sup>

10 La protocolización de memorias testamentarias, en los derechos civiles especiales en los que exista como institución propia.

11 La manifestación del heredero, que se hubiese reservado el derecho de deliberar, relativa a la aceptación o el repudio de la herencia, a la que se refiere el art. 1019 CC, deberá realizarse ante el Secretario Judicial, y debería preverse asimismo la competencia notarial.

12 Los testamentos militar y marítimo, arts. 716 a 721 y 722 a 731 CC, o determinadas manifestaciones testamentarias de Derecho Civil de Comunidades Autónomas, en los que no ha intervenido el Notario, requieren la acreditación de su autenticidad y la comprobación del cumplimiento de los requisitos y formalidades legales, lo que constituye una función propia de la actuación notarial. Lo mismo cabría afirmar

---

153 Vid. al respecto en Serrano de Nicolás, La ineficient executió hipotecària, n.2/2011, junio 2011, pp. 3-4, y en La admisión del pacto comisorio como alternativa a la ineficiente subasta hipotecaria (judicial o notarial) El Notario del siglo XXI, N. 21, 2008, pp. 130-135.

del testamento realizado en peligro de muerte inminente, en tiempo de epidemia, arts. 700 a 704 CC, o en caso de naufragio, art. 731 CC, en los que la actuación consistente en autenticar, calificar y documentar las afirmaciones de los testigos, constituyen una función propia de la actuación notarial, como sucede, en general, en una materia, como la testamentaria, esencialmente notarial desde el originario derecho romano, en el que tabeliones eran juristas prácticos especializados en testamentos y contratos.

13 El procedimiento de protesta de mar e incidencias de viaje, en cuanto que se trata de un acto de documentación y presencia, propio de la función notarial.

14 La apertura de escotillas, que cabe documentar mediante un acta de presencia notarial.

A los supuestos mencionados añadiría, después de la lectura del valioso documento de trabajo sobre desjudicialización en el ámbito civil elaborado, en el año 2010, por una Comisión constituida en el seno del Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya<sup>154</sup>, las propuestas que siguen:

- La división de cosa común, por disolución de matrimonio o por herencia, si no hay conflicto entre los interesados, podría realizarse por vía notarial, buscando la autocomposición. Habitualmente, los condóminos no se oponen a la división, sino que sólo quieren asegurar el mejor precio o buscan la adjudicación a uno de los copropietarios. Por otra parte, conforme se subraya en el documento, el Código Civil Catalán establece criterios claros para la división y en muchas ocasiones

---

154 Vid. el Documento en Revista La Notaria, Col·legi de Notaris de Catalunya, n.2/2010, pp.30-52.



se produce una reducción importante del valor de los bienes por el ejercicio de la actio communi dividundo en sede judicial y la vía notarial puede asegurar una mejor realización, en la línea seguida por el Código catalán.

En el caso de división de la herencia, prevista en el artículo 782 LEC, si no hay menores o personas incapacitadas, debería preverse, en consecuencia, como suficiente, la vía notarial. En este punto, me parece especialmente oportuno lo escrito por Ángel Serrano en el sentido de que para solucionar los problemas que en ocasiones se producen en las particiones de herencias, una de las posibles vías de solución consistiría en insertar en los testamentos una cláusula en la que se someta a arbitraje del notario la resolución de las posibles discrepancias entre los herederos<sup>155</sup>

- El requerimiento de pago, por vía notarial, en el juicio monitorio, conforme a la recomendación de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, en su reunión de noviembre de 2009

- El expediente de pérdida de letra de cambio, como procedimiento de fijación jurídica propio de la función notarial.

- La declaración notarial de herederos abintestato extensible a los colaterales y a la respectiva Comunidad Autónoma, de no existir parientes dentro del cuarto grado, con asistencia letrada, en su caso, de al menos un mismo abogado para todos los interesados.

- La conclusión del contrato de arrendamiento con abandono del domicilio por parte del arrendatario, no supone ningún conflicto dado que deriva de la renuncia del arrendatario. Este hecho puede comportar

---

155 Serrano de Nicolás, Intervención en el Colegio Notarial de Jalisco en 2004. Podium Notarial, pp.245-251, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

la entrega de llaves, la devolución de la fianza o la devolución de la posesión sin intervención judicial, sino por vía notarial, por la que puede acreditarse mediante el correspondiente acta notarial de entrega, exhibición, presencia etc., las correspondientes actuaciones, relacionadas con la finca. Se trataría, en definitiva, de acreditar la entrega de posesión de bienes inmuebles o, en su caso, de bienes muebles, sin que exista contradicción, ni haya sido necesario el uso de la fuerza pública para el desahucio.

En relación, con carácter general, con el procedimiento notarial, cabe señalar que el Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Girona, Salvador Capdevila y Bas, en su intervención ante la Comisión de Justicia del Congreso, en mayo de 2007, manifestó, en relación con los recursos, que existe el riesgo de que el procedimiento judicial que se articule en el futuro, - en los casos en los que la competencia se atribuya al Secretario Judicial, se entiende, dado que la competencia judicial es exclusiva - sea más riguroso q el procedimiento notarial o registral previsto para el mismo supuesto.

En opinión de Capdevila y Bas, dado que lo razonable es que, en el procedimiento judicial, el auto del juez sea recurrible en apelación y el decreto del Secretario Judicial lo sea mediante recurso de revisión ante el juez y el auto de éste lo vuelva a ser en apelación, con lo q la doble instancia con lo que ello supone de reforzamiento de las garantías procesales y de la tutela judicial efectiva, quedaría asegurada en sede judicial, habría que plantearse la posibilidad de prever el recurso gubernativo ante la DGRN, en los supuestos de JV desjudicializados, o bien ante los problemas de legalidad que ello pudiese plantear, prever el recurso o la revisión de la decisión del Notario o Registrador, de manera directa ante la autoridad judicial .

En la misma línea de reforzamiento de garantías del futuro procedimiento notarial y registral se ha manifestado Ramos Méndez al subrayar que en cualquier hipótesis que se desjudicialice y puedan identificarse intereses contrapuestos, habrá que mantener y respetarlos principios de audiencia y contradicción a fin de facilitar la decisión del operador jurídico competente.

Ante la ausencia de regulación en este punto, opina Campo Güerri que habrá que decidir si el instrumento público a autorizar es una escritura o un acta, si bien el cauce formal más habitual será el acta y dentro de éstas, la de notoriedad, prevista, entre otros, en el artículo 209 del Reglamento Notarial.

Si la oposición se plantea en el expediente tramitado por el notario distingue Campo Güerri, de acuerdo con lo previsto en el artículo 209 RH, entre aquellos supuestos en que la contienda tiene carácter jurídico de aquellos otros en que tiene carácter meramente económico y opina que en estos segundos, en la medida que la cuestión pueda resolverse de acuerdo con criterios de equidad, el notario no ha de suspender su actuación, sin perjuicio de que deba fundamentar su decisión y pone como ejemplo el acta notarial instada conforme al derecho catalán, en la que se pretenda la determinación de los parientes más próximos para autorizar la enajenación de un bien perteneciente a un menor, en cuyo caso el notario deberá limitarse a constatar que se dan los presupuestos legales de parentesco y proximidad, así como las correspondientes declaraciones de voluntad de autorización y enajenación, y no estará obligado a suspender la realización del acta por el hecho de que otro pariente del menor se oponga alegando razones económicas, de precio o de oportunidad, con independencia todo ello, añadiría yo, de la posibilidad de instar la revisión judicial de la actuación notarial.

Si se trata de oposición con entidad jurídica distingue el mencionado autor entre que aquella tenga una naturaleza procedimental o sustantiva, en ambos casos el notario habrá de valorar las alegaciones y pruebas solicitadas por las partes o practicadas de oficio, al efecto de decidir si la oposición tiene o no la relevancia suficiente para poner fin a su actuación o continuar con ella, conforme a lo previsto en el art 209 RH.<sup>156</sup>

En tanto no se apruebe una Ley de Jurisdicción Voluntaria, continúa vigente, con determinadas excepciones, conforme se establece en la disposición derogatoria única, apartados 1 y 2 de la nueva LEC, la regulación contenida en el libro III de la LEC 1881, relativa a la Jurisdicción Voluntaria, así como la correspondiente a la conciliación y a la declaración de herederos abintestato.

En contraposición, sin embargo, con la mencionada previsión legal, con la conciliación ha pasado lo que sucedió con las diligencias preliminares, que siendo ambas instituciones propias de la jurisdicción voluntaria han sido reguladas en sedes de naturaleza heterogénea. Así, la conciliación en la reciente Ley de Reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial del año 2009, y las diligencias preliminares en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, reguladora de la jurisdicción contenciosa <sup>157</sup>.

---

156 Vid. al respecto en Campos Guerri, La competencia notarial en asuntos no contenciosos, cit., pp. 599 ss.

157 En este sentido en Díez-Picazo, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid, 2001, pp. 229: «...aunque la doctrina considera las diligencias preliminares actuaciones de jurisdicción voluntaria, y la jurisdicción voluntaria ha quedado fuera del ámbito objetivo de la LEC, en este caso el legislador ha hecho una excepción a esa regla. Probablemente la razón de que la LEC, regule las diligencias preliminares pese a ser actos de jurisdicción voluntaria debe buscarse en la necesidad que había de introducir cambios en su regulación para darles mayor eficacia, lo que no debía esperar hasta la aprobación de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria».

Conviene señalar, por otra parte, que si bien un amplio número de los supuestos de jurisdicción voluntaria judicial se contienen en el libro III de la LEC, otros muchos en los que está prevista la intervención del juez o se incluyen en el marco de la denominada jurisdicción voluntaria notarial o registral, se regulan en textos legislativos diversos, como el Código Civil, el Código de Comercio, la Legislación hipotecaria, o la Ley y el Reglamento del Registro Civil.

El título competencial de la futura LJV es el artículo 149.1.6 de la C.E., que atribuye al Estado la regulación de la legislación procesal, excepto alguna disposiciones concretas que se dictan al amparo de la competencia que corresponde al Estado en materia de legislación civil, mercantil, y de ordenación de los registros e instrumentos públicos, conforme al artículo 149.1.6 y 8 CE, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas. En este sentido cabe mencionar la intervención del portavoz de CIU, Jordi Jane, quien afirmó en el curso del debate parlamentario que : “..... la LJV que se apruebe debe estar claramente ajustada al marco estatutario, por tanto al Estatut de Catalunya, que es tanto como decir al marco constitucional, dado que los estatutos forman parte del bloque de constitucionalidad. Así el art. 147 del Estatut de Autonomía de Catalunya da competencia ejecutiva a la Generalitat en el establecimiento de las demarcaciones notariales y registrales”.

## 7) REFLEXIONES FINALES

1) No parece, en principio, razonable judicializar supuestos cuya competencia se encuentra, en el momento actual, atribuida a otros opera-

dores jurídicos, aunque si se vislumbra la oportunidad de reordenar, con mejor criterio, determinadas competencias fuera de su actual marco<sup>158</sup>.

2) Parece razonable incardinar, en líneas generales, la futura regulación de la jurisdicción voluntaria, en lo que constituye el actual marco de referencia de esta institución en las legislaciones más próximas de nuestro entorno comunitario como Italia, Portugal, Francia o Alemania: supuestos negociales, pequeños desacuerdos en el marco de la convivencia matrimonial o de las parejas de hecho, o en el ejercicio de la patria potestad autorizaciones, homologaciones, declaración de derechos, control de determinados actos, resoluciones urgentes, tutela de intereses públicos generales o sociales, en los que la actuación de los particulares trasciende de la esfera de la autonomía privada lo que se ha dado en denominar jurisdicción voluntaria tutelar de determinadas relaciones jurídico-privadas que afectan a menores, incapacitados, desvalidos o ausentes y supuestos de autorización judicial en la restricción, garantía y control en el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.

3) En el marco de la jurisdicción voluntaria no cabe que los particulares conformen un procedimiento de naturaleza constitutiva, cautelar o ejecutiva, al margen de los preceptos legales existentes, lo que supone el mantenimiento del principio del *numerus clausus* en esta parcela del Ordenamiento.

4) Las disposiciones generales contenidas en la primera y segunda parte del libro III LEC 1881 no integran un procedimiento completo, sino que constituyen un conjunto de disposiciones parciales, por lo que habrá

---

158 Vid. En esta línea de argumentación, como en general en toda su reflexión sobre la jurisdicción voluntaria las, a mi juicio, acertadas propuestas sobre la jurisdicción voluntaria, formuladas por RAMOS MÉNDEZ, *La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, cit. pp.17 ss; Id. *Derecho Procesal Civil*, T. III. Cit. pp.1289 ss.

que acometer la tarea de elaborar unas auténticas y completas Disposiciones Generales en la futura Ley de la materia. Convendría elaborar, en este sentido, una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria, en la que se recojan sus principios informadores, y las reglas de procedimiento que incardine esta esfera de la jurisdicción en el marco de la ciencia procesal del siglo XXI y no en el campo de la mera técnica procedimental.

5) Se impone la necesidad de una ley sustancialmente nueva, elaborada desde una posición reflexiva, metódica y sistemática, superadora de la concepción de la jurisdicción voluntaria como residual frente a la contenciosa y que conecte con la realidad social del actual momento histórico, más complejo en ocasiones y más simplificado en otras, que el existente cuando se aprobó el libro III de la LEC de 1881 que, todavía vigente, ha permanecido en vigor más de 120 años. Las resoluciones dictadas en sede de jurisdicción

6) voluntaria, así como las actuaciones atribuidas a otros profesionales del derecho, como resultado de la desjudicialización de competencias en esta materia, podrán en todo caso ser objeto de control o revisión judicial en proceso ordinario.

7) La nueva regulación de los procedimientos de jurisdicción voluntaria debería suponer la desaparición de las contradicciones que, denunciadas por la doctrina, produce la actual legislación en la materia, y que sólo pueden ser suplidas por la armonización sistemática y la interpretación correctora de los textos. La desregulación y racionalización deberá ir precedida, no obstante, de una revisión de supuestos que han caído en

desuso, tienen nula aplicación práctica o son auténticos cadáveres legislativos, a los efectos de su no inclusión en el nuevo texto legal<sup>159</sup>.

8) El marco constitucional en el que se desenvuelve la tutela judicial, no supone, por otra parte ningún obstáculo en esta materia, para racionalizar el sistema, redistribuir entre jueces y secretarios las competencias asignadas al órgano jurisdiccional y desjudicializar aquellos supuestos que por su propia naturaleza jurídica, comprenden a otros profesionales del derecho, en especial notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, en atención a su especialización y a la competencia funcional que se les reconoce por el Ordenamiento Jurídico.

9) Es hora ya de que la jurisdicción voluntaria deje de ser un campo de experimentación del legislador. Hay que elaborar una ley lo más completa posible que, escrita con buena técnica jurídica, conforme a las exigencias de la dogmática del derecho procesal:

a) articule un procedimiento general con todas las garantías inherentes a cualquier actuación judicial, entre las que cabe destacar, que la oposición no impida la continuación en la tramitación del expediente, salvo que la ley disponga lo contrario, la posibilidad de recurrir en apelación el auto definitivo del Juez o en revisión el decreto del Secretario Judicial y el mantenimiento, salvo las excepciones previstas en la Ley, del carácter preceptivo de la asistencia técnica de abogado y la repre-

---

159 Sobre la consideración de las diligencias preliminares como actos de jurisdicción voluntaria vid. en MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional II, Parte Especial*, con GÓMEZ COLOMER, MONTÓN y BARONA, Valencia 2000, pp. 153 ss.

Sobre la consideración de los supuestos de separación y divorcio por mutuo convenio, como actos de jurisdicción voluntaria, afirma GÓMEZ COLOMER, en *Derecho Jurisdiccional II., Parte Especial*, cit. pp. 729 ss., que «estamos probablemente ante el mejor ejemplo que se puede poner de jurisdicción voluntaria, pues la ausencia de controversia es total...».



sentación del procurador, junto con la previsión del beneficio de justicia gratuita, frente a la actual identificación de la institución con supresión o disminución de garantías, plazos o formalidades, en detrimento de la tutela judicial efectiva,

b) suprima los procedimientos obsoletos, reforme los todavía útiles, y traslade de otros textos legales los que tienen naturaleza voluntaria y se considere que deban ser incorporados al nuevo texto legislativo.

c) desjudicialice competencias, en aras de la racionalización del sistema, y las atribuya a otros profesionales del derecho, Notarios y Registradores, de forma especial, las que razonablemente les correspondan por su propia naturaleza, especialización y posición funcional en el marco del Ordenamiento Jurídico.

d) redistribuya competencias en el seno del órgano judicial entre Jueces y Secretarios Judiciales, y

e) reconozca al justiciable la posibilidad de optar, en determinados procedimientos respecto de los que no exista reserva judicial, entre acudir a un Secretario Judicial o a un operador jurídico extrajudicial, Notario o Registrador de la Propiedad o Mercantil, lo que constituye una manifestación de confianza en la madurez de la sociedad civil.

f) Constituya el punto de partida para la elaboración de una dogmática y una teoría general de la jurisdicción voluntaria, con principios informadores y reglas de procedimiento, que la incardine de forma definitiva en el campo de la ciencia procesal y la aleje de la mera técnica procedimental.

Doctrina y Jurisprudencia están de acuerdo, en que es hora ya de que la jurisdicción voluntaria, deje de ser un campo de experimentación del legislador. En el marco de la necesaria adaptación de ese organismo vivo que es el Derecho, al progreso de la civilización, el legislador está lla-

mado a tomar en consideración, los logros de la especulación intelectual de la doctrina científica y las aportaciones y experiencias de los demás operadores jurídicos, realizadas durante la pasada centuria y en los años transcurridos de la presente, a los efectos de lograr una regulación de la jurisdicción voluntaria, que al propio tiempo que tenga en cuenta las necesarias enseñanzas de la historia y de la tradición procesalística española, «no hay dogmática sin historia o no debería haberla -escribía Tomás y Valiente en 1996- porque los conceptos e instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal, sino a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible pero condicionante», combine de forma adecuada, las obligadas soluciones de política jurídica, con la realidad social del momento actual, y una adecuada proyección hacia el futuro. Sería deseable que sin atender en este punto, al conocido aserto goethiano, de que todo lo incompleto es fecundo, se elabore una ley lo más completa posible que, escrita con buena técnica jurídica, conforme a las exigencias de la dogmática del derecho procesal, suprima los expedientes obsoletos, reforme los todavía útiles, traslade e incorpore de otros textos legales los que tienen naturaleza voluntaria y sistematice y redistribuya competencias, en aras de la racionalización del sistema, desjudicializando, a favor de otros profesionales del derecho, las que razonablemente les correspondan por su propia naturaleza, a fin de dar respuesta, en definitiva, también en esta parcela del Ordenamiento Jurídico, al desafío de una justicia, más moderna y eficaz.

## 8) ANEXO: ELENCO DE BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA DEL AUTOR SOBRE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

### A) Monografías:

1. Fernández de Buján, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Ed. Reus, Madrid, 1986 y 1999, 140 pp.
2. *Id. La Jurisdicción Voluntaria (en el Derecho Procesal Español)*, Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2001, 225 pp.
3. *Id., Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano*, Ed. Iustel, Madrid, 2006, 241 pp.
4. *Id., Hacia una teoría general de la Jurisdicción Voluntaria, Tomo I*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, 408 pp.
6. *Id. y otros, Protección Patrimonial de personas con discapacidad y Jurisdicción Voluntaria*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp.191- 213.
7. *Id., Hacia una teoría general de la Jurisdicción Voluntaria, Tomo II*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, 407 pp.

### B) Artículos científicos

1. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “Elenco de manifestaciones de iurisdictio voluntaria en Derecho clásico y en la praxis post-clásica”, *Revista de Historia de Derecho Húngaro*, Budapest, 1988, págs. 18-39.

2. Id., “Consideraciones acerca del carácter clásico y jurisdiccional de la denominada por Marciano “Iurisdictio voluntaria”, en D. 1.16.2.pr.”, *Estudios Homenaje a Juan Iglesias*, Madrid, 1988, págs. 197-215.
3. Id., “A propósito de la competencia en materia de “iurisdictio voluntaria” en Derecho Romano”, *Revista de Derecho Notarial, Anales de la Academia Matritense del Notariado*, CXXXI, Madrid, 1996, págs. 95-134.
4. Id., “La jurisdicción voluntaria en la encrucijada: su conexión con el nuevo modelo procesal de la LEC del año 2000”, *Derecho y Opinión*, Córdoba, 2000, págs. 329-342.
5. Id., “Fides publica e instrumenta publice confecta en Derecho romano”, *Revista de Estudios Latinos*, Madrid, 2001, págs. 189-200.
6. Id., “Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa” (I y II), *Actualidad Civil*, n.º 36, 2001, págs. 1277-1316 y n.º 37, págs. 1317-1341.
7. Id., “Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro”, *Anuario de Derecho de la U.A.M.*, vol. 3, 2001, págs. 89-149.
8. Id., “Consideraciones de lege ferenda en materia de jurisdicción voluntaria y Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria”, *Revista del Colegio de abogados de Lugo*, 2001, págs. 22-24 y 2002, págs. 18-22.
9. Id., “Arbitraje”, en Bases de Conocimiento Jurídico, Derecho Romano, <http://www.iustel.com>, PortalDerecho, 2002.

10. Id., “Noción de iurisdictio y etapas. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria”, en Bases de Conocimiento Jurídico, Derecho Romano, <http://www.iustel.com>, PortalDerecho, 2002.
11. Id., “La Jurisdicción Voluntaria: una reforma legislativa pendiente”, *Estudios Jurídicos*, Ministerio de Justicia, vol. IV, 2002, págs. 537-606.
12. Id., “La jurisdicción voluntaria: racionalización y redistribución de competencias”, *Libro Homenaje a Sánchez Mera*, Madrid, 2002, págs. 1997-2036.
13. Id., “Anteproyecto de jurisdicción voluntaria”, *Ilustre colegio de Abogados de Lugo*, Lugo, 2002, págs. 54-58.
14. Id., “Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana”, en *Ivra, Revista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, vol. 54, 2003. (También en RGDR, nº 4, 2005; y en *RJUAM, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 12, 2005, págs. 117-142)
15. Id., “De los arbitria bonae fides pretorios a los iudicia bonae fidei civiles”, *Convengo internazionale de studi in onore del profesor Alberto Burdese*, Padova 2003, vol.2.
16. Id., “Contribución al estudio histórico del arbitraje”, *Revista Jurídica de la UAM*, número 8, Madrid, 2003, Homenaje a D. Aurelio Menéndez.
17. Id., “La sanción constitucional de la jurisdicción voluntaria”, *Derecho y Negocios*, Madrid, 2004.

18. Id., “El procedimiento de Jurisdicción Voluntaria”, *Derecho y Negocios*, Madrid, 2004.
19. Id., “Carácter contractual del arbitraje”, *Anuario de Justicia alternativa. Derecho Arbitral*, Barcelona 2004.
20. Id., “Jurisdicción Voluntaria: Historia (I), Problemas (II), Interrogantes (III) y Soluciones (IV)”, *Tribuna Pública, Mercados, Voz de Galicia*, 12-09; 17-09; 26-09; 3-10-2004.
21. Id., “La reforma legislativa de la jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y perspectivas de futuro”, *Derecho de los Negocios*, n.º 163, 2004, págs. 5-15.
22. Id., “A propósito de la competencia en materia de iurisdicção voluntaria en Derecho Romano”, *Revista de Derecho Notarial y A.A.M.N.*, T. XXVIII, págs. 95-134.
23. Id., “Reflexiones sobre el Anteproyecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, Homenaje al Prof. González Campos, *RJUAM*, 13, Madrid, 2005, págs. 109-132.
24. Id., “La protección patrimonial de los discapacitados y la jurisdicción voluntaria a la luz de lo previsto en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, Ponencia presentada en el II Congreso Regional sobre Protección Jurídica del Discapacitado”, *Protección Jurídica del Discapacitado. II congreso Regional*, Ed. Tirant lo Blanch, Burgos, 2007, págs. 191-214.
25. Id., “Los profesionales del derecho y la jurisdicción voluntaria. Ponencia General presentada en el XVII Congreso Nacional de Profesores de Derecho Romano de la República Argentina, General Roca, La Patagonia”, *Revista de la Asociación de Derecho Romano de Argentina*, La Patagonia, Argentina, 2005.

26. Id., “La reforma de la jurisdicción voluntaria”, *Otrosí. Revista del Colegio de abogados de Madrid*, Madrid, septiembre de 2005, págs. 16-19.
27. Id., “La Jurisdicción Voluntaria: Problemas, Interrogantes y Soluciones”, *Estudios en homenaje al Prof. Franciosi*, Saturas Editrice, Nápoles, 2005, págs. 793-819.
28. Id., “Contribución al estudio histórico-jurídico del arbitraje”, *Anuario de Justicia alternativa. Derecho arbitral*, Barcelona, 2005, págs. 119-145.
29. Id., “Jurisdicción Voluntaria: perspectivas de futuro”, *Estudios Homenaje a Manuel Albaladejo*, 2005.
30. Id., “La hora de la Jurisdicción Voluntaria”. *Estudios Homenaje a Rodríguez Mourullo*, 2005.
31. Id., “El problema de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica”, en *RGDR*, nº 5, diciembre de 2005.
32. Id., “La Reforma de la Jurisdicción Voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones.”, en *Diario La Ley*, 23 de marzo de 2005 (también en *RGDR* nº 5, diciembre 2005)
33. Id., “La Jurisdicción Voluntaria: una reforma legislativa pendiente”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 2006, págs. 3-38.
34. Id., “La nueva configuración de la jurisdicción voluntaria en el Anteproyecto de Ley de junio de 2006”, *Otrosí. Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, Madrid, diciembre de 2006, págs. 48-57.

35. Id., “Observaciones al proyecto de Ley de jurisdicción Voluntaria, de octubre de 2006” I y II, en *Diario La Ley*, 27 y 28 de noviembre de 2006.
36. Id., “El anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria de Junio de 2006”, *El Notario del siglo XXI*, VIII, Madrid, julio-agosto de 2006, págs. 54-61.
37. Id., “El nuevo perfil de la Jurisdicción voluntaria en el Anteproyecto de Ley de Octubre de 2005”, en *Diario La Ley*, 8 de junio de 2006.
38. Id., “Reflexiones a propósito del Anteproyecto de ley de jurisdicción voluntaria de 2005”, *In onore de Luigi Labruna. Fides. Humanitas. Ius*, MMVII, Editoriale Scientifica, Napoli, págs. 1791- 1812.
39. Id., “Documentación y Notariado en Derecho Romano”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDIH)*, Roma, 2007, págs. 389-401.
40. Id., “Diferencias entre los actos de iurisdictio contenciosa y iurisdictio voluntaria en Derecho Romano”, *Estudios Homenaje a A. D’Ors*, vol. I, Pamplona, 1987, págs. 427-457.
41. Id., “Notariado y Jurisdicción Voluntaria”, *RJUAM*, 15, 2007, págs. 91-108.
42. Id., “La administración de Justicia: órganos jurisdiccionales y judiciales”, *Revista Latinoamericana de Derecho Romano*, Buenos Aires, 2007, págs. 1-12 (también en *Revista General de Derecho Romano* <http://iustel.com> (RGDR), nº 6, junio, 2006)



43. Id., “Esperando a la Jurisdicción Voluntaria”, en *Diario ABC*, 11 de diciembre de 2007.
44. Id., “La Jurisdicción Voluntaria en Las Cortes Generales”, *Diario La Ley*, 16 de octubre de 2007, págs. 1-10.
45. Id., “La Jurisdicción Voluntaria en el marco del Estado Constitucional de Derecho”, *El Notario del Siglo XXI*, 11, Madrid, julio-agosto de 2007, págs. 140-197.
46. Id., “El procedimiento general aplicable a Jueces y Secretarios Judiciales en el Proyecto de Jurisdicción Voluntaria de 2006”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Fortaleza*, Brasil, 2007.
47. Id., “El Notario como órgano de la Jurisdicción Voluntaria”, *El Notario del Siglo XXI*, 11, Madrid, Enero-Febrero de 2007, págs. 60-69.
48. Id., “Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria” (I y II), *Economist & Jurist*, nº 106, diciembre-enero de 2007, págs. 100-105; y nº 107, febrero de 2007, págs. 60-68.
49. Id., “La Jurisdicción Voluntaria: En busca del tiempo perdido”, *Revista Jurídica Registradores*, Madrid, enero de 2008.
50. Id., “Fundamentos históricos del arbitraje moderno”, *El Notario del siglo XXI*, nº 20, Madrid, julio-agosto de 2008, págs. 44 y ss.
51. Id., “Protección de las personas vulnerables: la atención a situaciones de incapacidad, dependencia y vulnerabilidad y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria” (Ponencia presentada en los Cursos de Verano de la Universidad Menéndez Pelayo (UIMP) Organizado por el Consejo General del Notariado en

agosto de 2007), *La defensa Jurídica de las Personas Vulnerables*, Thomson-Civitas, Santander, 2008, págs. 405-444.

52. Id., “Procura y Reformas Legislativas”, *Revista del Consejo General de Procuradores*, nº 77, diciembre de 2008, págs. 32 y ss.
53. Id., “La nueva Oficina Judicial”, *El Notario del siglo XXI*, nº 24, Madrid, marzo-abril de 2009.
54. Id., “El necesario debate sobre el nuevo modelo de Oficina Judicial”, *Diario La Ley*, 8 de junio de 2009.
55. Id., “El nuevo modelo de oficina judicial”, *Estudios en homenaje a Mercedes Gayosso y Navarrete*, México, noviembre de 2009, págs. 693-706.
56. Id., “La hora de la Justicia”, *Estudios en homenaje al Prof. Elías Díaz*, *RJUAM*, nº 19, Madrid, 2009, págs. 129-153.
57. Id. “Jurisdicción voluntaria: rectificar es de sabios”, en *El Notario del siglo XXI*, nº 31, mayo-junio 2010, Madrid, págs. 66-74.
58. Id., “El papel de la buena fe en los pactos, arbitrajes y contratos”, en *Anuario de Justicia Alternativa. Derecho Arbitral*, Tribunal Arbitral de Barcelona, nº 10, 2010, págs. 151-177.
59. Id., “Dos reformas legislativas pendientes: La Oficina Judicial y la Jurisdicción voluntaria”, *Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: Problemas actuales de la Jurisdicción*, II, 2010, págs. 1462-1477.
60. Id., “Observaciones al Proyecto de ley de implantación de la Nueva Oficina Judicial”, *Economist & Jurist*, Madrid, 2010.

61. Id.: “Convención de 2006 sobre los derechos de las persona con discapacidad y proceso de incapacitación”, *Revista Icade, Universidad Pontificia de Comillas*, septiembre-diciembre de 2011.
62. Id. “Jurisdicción voluntaria : una reforma legislativa pendiente para a nova lexislatura”, núm. 41 de la *Revista Galega de Administración Pública, REGAP, n. 41,xaneiro-xuño 2011, pp 11-46*
63. Id., “Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, nº 22, 2011.
64. Id. “ Memoria histórica de la Jurisdicción Voluntaria “, *Revista de Derecho UNED*, 8, 2011, pp. 127-150 .
65. Id. “Incapacitación y Discapacidad “. *Tratado de Derecho de Familia. Capítulo VII. Tompson- Aranzadi 2012, pp. 1895- 1946, en prensa.*
66. Id.: “ Conflicto, controversia, contraposición, contienda, polémica, oposición: proceso y litigio, *Despalabro, Ensayos de Humanidades. Universidad Autónoma de Madrid. 6. 2012, y en Revista General de Derecho Romano. n. 18, junio 2012.Iustel.*
67. Id: “ Jurisdicción Voluntaria “. *Página Tercera del ABC de 9 de enero de 2012*
68. Id. : “ Id: “ La ley de jurisdicción voluntaria en el horizonte: confluencia de planos, perspectivas, actores y operadores. *Diario La Ley, 25 de mayo de 2012, pp. 9- 14*
69. Id., “ Reflexiones y perspectivas a propósito de la futura ley de Jurisdicción Voluntaria “. *Revista Jurídica del Notariado. 79. Julio- septiembre 2011, pp. 177- 226.*

70 Id., “Operadores jurídicos competentes en jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica”, Estudios en Homenaje al Prof. Juan Manuel Barquero, Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de La Universidad Autónoma de Madrid, RJUAM, 2013.

**c) NOMBRAMIENTOS. COMPARECENCIAS OFICIALES,  
Informes y otras publicaciones:**

1. Vocal de la Comisión General de Codificación por Orden Ministerial de 20 de Noviembre de 2002. Ponencia de Jurisdicción Voluntaria. Ministerio de Justicia, años 2002-2005
2. Vocal de la Sección Especial constituida en el seno de la Comisión General de Codificación, para la regulación de la Jurisdicción Voluntaria y la Legislación Procesal Civil. Mayo 2012.
3. Comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, en trámite de asesoramiento sobre el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, en sesión de siete de mayo de 2007, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 821, págs. 31-44.
4. Voces “Potestad Jurisdiccional” y “Jurisdicción Voluntaria”, en *Diccionario de Derecho*, Ed. El Derecho, Madrid, 2009.

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN

*Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid.*

*Académico de Número de la Real Academia Española  
de Jurisprudencia y Legislación.*

*Vocal de la Ponencias de Reforma de la Jurisdicción Voluntaria.  
Comisión General de Codificación. Años 2002-2005 y 2012 .*

II

CONTESTACIÓN

del

EXCMO. SR.

DON LUIS RODRÍGUEZ ENNES



## CONTESTACIÓN DEL EXCMO. SR. LUIS RODRÍGUEZ ENNES ACADÉMICO DE NÚMERO

Hoy es un día de júbilo para nuestra Ilustre Corporación, que se honra dando entrada como Miembro de Número a un Maestro del Derecho a nuestro Maestro de el Prof. Dr. Antonio Fernández de Buján de cuya participación en nuestro quehacer esperamos mucho.

Si la alegría de las celebraciones por el ingreso de un nuevo académico está siempre justificada, muy especialmente acaece así en la ocasión actual. Y yo agradezco a nuestro Presidente que me haya designado para ser portavoz de este sentir colectivo. Con todo, lo que por una parte se convierte para mí en gozosa tarea para defender un justo acuerdo adoptado en su día por la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, por otra, se torna en azoramiento ante el miedo de no saber estar a la altura de las circunstancias, miedo que es mucho más intenso que el deseo de hilvanar unas palabras más o menos adecuadas y justas.

Intentaré, pues, hacer honrar la confianza que depositaron en mí quienes me eligieron responsable de la contestación y obtener comprensión *si parva licet componere magnis* del jurista que hoy incorporamos a esta sede. Alguien podría haber pensado que este rito es algo ya periclitado. Mas no. Las grandes ceremonias académicas en cualquier parte

del mundo según las investigaciones de los especialistas –muy especialmente Auerbach y Leo Spitzer– tienen una razón de ser tan fuerte, un significado tan vasto y un alcance tan íntimo y profundo, que no pueden desaparecer. Ni siquiera el Tiempo –que todo lo desgasta– ejerce sobre los fastos protocolarios una acción corrosiva. Ellos permanecen sustancialmente invariables durante siglos.

Antonio Fernández de Buján entra en esta casa por el valor ingente de su obra científica, y en ella se manifestó el don de sabiduría, la sagaz observación de lo significativo, el rechazo de la desmesura y el dominio del arte de investigar y de enseñar confirmado con el saber y por extensa y profunda cultura.

Aquellos que me escuchan van a tener la bondad de relevarme de la obligación de exponer minuciosamente los sucesivos pasos de la extensa y fecunda carrera académica de D. Antonio Fernández de Buján. Sería largo en exceso para una ceremonia, cuya solemnidad y majestuosa sobriedad, imponen el deber de ser breve. Las obras del ilustre jurista hablan por sí mismas. Para hablar, pues, del Profesor Antonio Fernández de Buján, el hombre, solamente dos palabras que esbocen su figura.

Antonio Fernández de Buján Fernández nació en Lugo el 1 de julio de 1953 y en la misma ciudad augustea realizó los estudios de bachillerato. Trasladada su familia a Madrid, cursó la licenciatura en la Universidad Autónoma, con brillantez, doctorándose con la tesis titulada “*El precio como elemento comercial de la emptio-venditio romana*” por la que obtuvo el Premio Extraordinario. Su director fue el gran romanista gallego D. Pablo Fuenteseca Díaz, cuyo fecundo magisterio le permitió ir tomando progresivamente, desde muy pronto, conciencia del panorama



y de los problemas del Derecho Romano. En 1978 ganó por oposición, con el número 1, la plaza de Profesor Adjunto de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid y en 1983 con veintinueve años, y también por oposición y con el número uno la de Catedrático de la Universidad de Cádiz. Desde 1991 desempeña la Cátedra de la Universidad Autónoma de Madrid, rodeado de jóvenes discípulos y colaboradores que, con el paso del tiempo, se extendieron por la Universidad española expandiendo con ello una manera de ser y de estar en la que no hay más mérito que el académico, ni más premio que el progreso de la Ciencia y su enseñanza a las nuevas generaciones.

En este peregrinaje por distintas Universidades, Antonio Fernández de Buján fue, sobre todo, un sobresaliente docente y en ellas dejó señal de un ejemplar magisterio científico y humano en un gran número de juristas. De ahí saldrían algunos alumnos que sintieron la irresistible atracción por la siempre hermosa “aventura universitaria” y que hoy son importantes romanistas. Pero el Dr. Fernández de Buján es también un investigador del Derecho Romano, condición de la que son testimonio fehaciente sus múltiples publicaciones. No es posible encontrar un rincón del Derecho Romano que no haya progresado por el empuje científico de sus libros y estudios monográficos, siempre sólidos en la fundamentación, de envidiosa claridad en la exposición y ponderados en las conclusiones. .

Finalmente, en el campo de la convivencia universitaria, profesores y alumnos siempre hallaron en él una persona abierta, dialogante y comprensiva. Sumergido en la vida de la Facultad y con una visión auténtica de la misión de la Universidad, no se cerró a sí mismo guardando bajo siete llaves sus saberes y aptitudes. Bien el contrario, se preocupó siempre por los problemas de la institución, fomentó las vocaciones

universitarias y con su exquisita cortesía actuó siempre como elemento moderador e integrador. Incluso cuando fue preciso, en tiempos difíciles, en los que sobre la Universidad descargaba una fuerte tormenta, desempeñó diversos cargos académicos, no hurtándose –como sería lo más fácil– al pago del tributo servicio que todos tenemos con nuestra *Alma Mater*.

De los etéreos dominios de la Teoría del Derecho, Antonio Fernández de Buján ha descendido al infierno de la práctica en donde se comprueban sin fisuras el temple y la firmeza de los ideales. Por ello, sin duda, de todo su *officium publicum*, el Profesor Fernández de Buján está especialmente orgulloso de su participación como Vocal de la Comisión General de Codificación y Ponente de las dos Comisiones constituidas en su seno para redactar el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntari, en los años 2002 a 2005 y 2012. Al respecto resulta asimismo digno de ser resaltada su participación como Experto en trámite de asesoramiento de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, el 7 de mayo de 2007, en representación de la Comisión General de Codificación.

Por sus justos méritos la Xunta de Galicia le concedió la medalla Castelao, su máxima condecoración y la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, con fecha de 4 de febrero de 2013, lo designó académico electo.

A la vista de esta fecundísima trayectoria vital, bien podríamos repetir la sentencia de Duns Scoto: *potuit, deuit, ergo fecit*: “pudo ser, convino que fuese, luego fue”.

Así las cosas, constituye para mí motivo de particular contento recibir en nombre de esta Ilustre Corporación al nuevo numerario que hoy

se incorpora a su seno. Y ya que, no otros merecimientos, justifican mi intervención en este acto los vínculos de una amistad vieja y larga, que me unen con el compañero que ahora va a compartir las tareas académicas. Antonio Fernández de Buján llega a la Academia por derecho propio como jurista consagrado y traspasa estas puertas en plenitud de su *auctoritas* científica dentro y fuera de nuestro país. ¿Qué respuesta cabe dar al discurso que acabamos de oír a nuestro recipiendario? Ante todo, felicitarlo por haber trazado con línea maestra los perfiles de la jurisdicción voluntaria y por haberlo hecho en una exposición perfecta y, como todas las suyas, con esa precisión lingüística que vitaliza las palabras.

Elaborar una contestación de una obra de investigación tan compleja como la que constituye este Discurso de Ingreso obliga al que responde a hacer un ejercicio de dominio académico que, por imperativo reglamentario, debe ser somero. Con estos presupuestos de partida, el recipiendario –cual es mi caso– puede estar cometiendo una osadía, si el objeto de su contestación lo constituye el trabajo de un Autor que en el decurso de tres decenios se ha dedicado con inagotable esfuerzo y pródidos frutos al cultivo de la Jurisdicción Voluntaria, lo que le ha convertido en el más destacado especialista español sobre la Jurisdicción Voluntaria, materia sobre la que ha publicado cinco libros y 70 artículos específicos. El discurso objeto de nuestra respuesta se estructura en 6 capítulos donde con precisión cartesiana se va acometiendo un análisis pormenorizado del papel desempeñado por la jurisdicción voluntaria –partiendo de la experiencia jurídica romana– y sus diferencias con la contenciosa, cuestión ésta objeto de dispares criterios doctrinales, pero a cuya clarificación ha contribuido decisivamente Antonio Fernández de Buján con cinco monografías, muy positivamente

valoradas por la romanística. De este modo, este discurso de ingreso obedece a la convicción –largamente compartida con el que les habla– de que solamente pueden comprenderse las instituciones jurídicas si se encuadran en el marco histórico, social y económico del que surgieron. Pero esta urgencia en alejarnos del especialismo puro y simple, requiere del jurista un elevado grado de formación general que le permita abandonar esa visión minimizada de las instituciones. Manejar con pericia inusitada materiales tan heterogéneos constituye una singularidad digna de encomio en unos tiempos como los actuales tan proclives a la hiperespecialización.

Antonio Fernández de Buján ha demostrado con mano firme la continuidad histórica de la *iurisditio voluntaria* desde sus aurales comienzos en el ambiente socio-jurídico del Imperio romano y su posterior transmisión medieval a través de los glosadores y comentaristas al Derecho Común, de donde pasa a los códigos modernos y a las legislaciones de los distintos países europeos. Se establece, así, un diálogo permanente entre el Derecho Romano y el actual, restableciendo los multiseculares lazos que nos unen con los demás juristas y que son imprescindibles para que el Derecho Romano sobreviva como asignatura curricular en los planes de estudio que se están fraguando.

No es fácil para un académico que comparte tantas preocupaciones intelectuales con el nuevo miembro hacer una valoración distanciada de este discurso. Obviamente, el propio protocolo de este solemne acto ha obligado al Prof. Fernández de Buján a realizar un laborioso ejercicio de síntesis que no empece, en modo alguno, lo esclarecedor de sus opiniones al respecto y la rotunda lección que ofrece al presente en cuanto capítulo decisivo de la historia jurídica europea. A modo de conclusión cabe calificarlo como discurso ejemplarmente documentado, escrito

con elegancia y fuerza y con una coherencia interna que sólo se logra tras muchos años de reflexión y trabajos previos. Parafraseando a Eugenio d'Ors finalizamos diciendo que se trata de una de esas obras que se sorben de un tirón, casi sin respirar, y que se mantienen sin cerrar al llegar a la última página, con el disgusto de que no siga.

Antonio Fernández de Buján, aquí siempre encontraréis, aguardándoos, la modesta y digna casa que la Academia os ofrece como vuestra, aquella en la que se enseña a venerar la idea de justicia y libertad. Donde, en suma, los juristas continúan afanándose en el incesante cultivo de la *iustae atque iniuustae scientiae*, porfiando en el noble arte de la jurisprudencia y en la veneración a la res publica de la que vos ilustre profesor, sois un maestro.

Y aquí se pone punto a lo que se viene contando ya que, según Alfonso el Sabio, el de las sabias Partidas, “el mucho hablar faze enllescer las palabras, y suficientes son las ya dichas”.