

OPERADORES JURÍDICOS COMPETENTES EN JURISDICCIÓN VOLUNTARIA A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA HISTÓRICA**

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN***

Resumen: La competencia para conocer y resolver en los supuestos de jurisdicción voluntaria se atribuyó a largo de los siglos a distintos operadores jurídicos, en función de la variable posición de éstos en el Ordenamiento, y de la superación de la concepción de la jurisdicción voluntaria como meramente negocial, pactada, o de ejercicio pacífico de los derechos.

Palabras clave: Jurisdicción Voluntaria, *iurisdictio voluntaria*, Autoridad jurisdiccional, *Iudex*, *Tabellio*, Notario, Registrador, Secretario del tribunal.

Abstract: The competence to hear and resolve cases of voluntary jurisdiction was conferred to different legal operators throughout the centuries, depending on their variable position in the legal system, and on the overcoming concept of voluntary jurisdiction as purely contractual, agreed or peaceful exercise of rights.

Keywords: Voluntary Jurisdiction, *iurisdictio voluntaria*, *iudex*, Jurisdictional authority, *Tabellio*, Notary, Registry, Clerk of the court.

SUMARIO: I. LA *IURISDICTIO VOLUNTARIA* EN EL DERECHO ROMANO: MAGISTRADOS. JUECES. TABELIONES TITULARES DE LA FUNCIÓN NOTARIAL. EMPLEADOS PÚBLICOS ENCARGADOS DE LA LLEVANZA DE LOS ARCHIVOS PÚBLICOS; II. JURISDICCIÓN VOLUNTARIA MEDIEVAL: NOTARIOS. JUECES DOCUMENTADORES, *IUDICES CHARTULARII. NOTARIUS ET IUDEX*; III. LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL XIX ESPAÑOL: CÓDIGOS PROCESALES DE 1855 Y 1881. LEY HIPOTECARIA DE 1861. LEY DEL NOTARIADO DE 1862. LEY ÓRGANICA DEL PODER JUDICIAL DE 1870.

* En afectuoso recuerdo del magnífico compañero y brillante profesor universitario que fue Juanma Barquero.

** Fecha de recepción: 17 de junio de 2013.

Fecha de aceptación: 7 de octubre de 2013.

*** Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid.

I. LA *IURISDICTIO VOLUNTARIA* EN EL DERECHO ROMANO: MAGISTRADOS. JUECES. TABELIONES TITULARES DE LA FUNCIÓN NOTARIAL. EMPLEADOS PÚBLICOS ENCARGADOS DE LA LLEVANZA DE LOS ARCHIVOS PÚBLICOS

En Roma, de cuyo Derecho somos tributarios todos los juristas, privatistas y publicistas, la jurisdicción fue competencia exclusiva, durante los primeros siglos, de determinados magistrados y, con posterioridad, de los jueces, a partir del momento en el que éstos dejan de ser ciudadanos elegidos por las partes para dirimir sus controversias, para pasar a ser juristas profesionales, titulares de la potestad jurisdiccional y de una función pública que ejercen en el marco de la Administración de Justicia¹.

Sólo los magistrados o los jueces, dependiendo de la etapa histórica, eran, por tanto, en sentido estricto, competentes, en los asuntos de jurisdicción voluntaria (JV), a través de la vía de un proceso fingido, *in iure cessio*, o de un procedimiento que concluía mediante una resolución denominada decreto, *decretum*, por el que se decidía un asunto consensuado por los solicitantes, o de obligada intervención judicial, mediante la cual se procedía a autorizar, habilitar, legitimar, autenticar o colaborar en: el nacimiento, modificación o extinción de una relación jurídica.

En el texto de un jurista clásico romano denominado MARCIANO, contenido en D.1.16.2.pr. se utiliza por primera y única vez en las fuentes romanas la expresión *iurisdictio voluntaria* para contraponerla a *iurisdictio contentiosa*. El tenor del fragmento en su inicio 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 adoptione fieri*”.

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 en los textos clásicos en los que se alude, en relación

¹ *Vid.*, al respecto, en: FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 1986 y 1999; Id., “Elenco de manifestaciones de *iurisdictio voluntaria* en Derecho clásico y en la praxis postclásica”, *Revista de Historia de Derecho Húngaro*, Budapest, 1988, pp. 18-39; “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, pp. 197-215; “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, pp. 95-134; *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria*, Madrid, I, 2007, p. 404 y II, 2008, p. 408.

con los mismos, al procedimiento verbal denominado *legis actio*. Dos de estos supuestos, la emancipación judicial y la adopción son supuestos paradigmáticos de JV con procedimientos específicos. Asimismo otras instituciones que han conformado históricamente la jurisdicción voluntaria hasta el momento actual se conocían ya en la República romana, así la curatela por grave deficiencia psíquica, *cura furiosi*, la transacción sobre alimentos, *transactio alimentorum*, el nombramiento de tutor, *datio tutoris*, etc.

La contraposición entre jurisdicción contenciosa y voluntaria reflejada en el texto de MARCIANO, se explica en el sentido de que el jurista, 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 competencia en materia de proceso verbal de *legis actio*, porque, probablemente, para lograr la finalidad perseguida por sus “Instituciones”, como obra dirigida a la enseñanza y formación de los empleados públicos, resultaba más esclarecedora la noción de *iurisdictio*, que con anterioridad a la que el jurista escribe su obra, había sufrido una progresiva ampliación de su contenido, desde su primitiva consideración como poder personal del magistrado, hasta su conformación como función pública.

Parece probable que la alusión a estos tres supuestos en el texto clásico se haga a título ejemplificativo, quizá debido a que eran las actuaciones más frecuentes en el momento histórico en el que se escribe la obra de referencia, si bien cabría añadir, 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 un procedimiento verbal previsto en la ley, *legis actio*, o bien a través de la exigencia legal de intervención del magistrado en determinadas actuaciones.

Constituye una afirmación generalizada considerar que los supuestos de jurisdicción voluntaria en Roma tenía en todos los casos carácter negocial, pero ello, a mi juicio, no responde sino a parte, si bien es cierto que la originaria y más amplia, de la realidad jurídica romana.

En el proceso fingido denominado *in iure cessio*, al que las partes acudían habiéndose puesto previamente de acuerdo sobre un negocio o sobre una relación jurídica de otra naturaleza, hay una *confessio* o allanamiento convencional por parte de uno de los intervinientes, que el magistrado conoce y autoriza. Es decir, escenificada la ficción procesal, el demandado guardaba silencio ante la petición del actor o demandante, y el allanamiento del demandado daba lugar a una resolución del magistrado favorable a lo solicitado.

El cumplimiento de las formalidades procesales hasta el momento del allanamiento del demandado conllevaba la naturaleza jurisdiccional de la actuación del magistrado y su finalidad prevalentemente negocial y constitutiva de derechos, en cuanto que por medio de este expediente procesal se procedía a transmitir la propiedad, el usufructo, el uso, la habitación, la servidumbre, la enfiteusis, la superficie o la posición de heredero, o bien se procedía al nombramiento de tutor, *datio tutoris*, o curador, *datio curatoris*, o se autorizaba una emancipación, manumisión, adopción, transacción sobre alimentos, etc.

Cumplidas las formalidades procesales, que se irían atenuando con el transcurso del tiempo, el procedimiento concluiría mediante una resolución magistratual denominada *addictio*, de efecto constitutivo, que sería equiparable a la cosa juzgada, *res iudicata*, derivada de la sentencia, 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 una acción por el hecho, *actio in factum*, que cumpliría el papel de la *actio iudicatae*, en el supuesto de la *addictio*.

Además de los supuestos de *in iure cessio* propios de las épocas republicana y clásica, caracterizados por su naturaleza negocial, constitutiva y plenamente jurisdiccional, en la praxis la categoría de actos de *iurisdictio voluntaria* se habría ampliado con su inclusión dentro de la misma de una serie de actuaciones, dogmáticamente afines entre sí, cuya conclusión se formalizará mediante *decretum* magistratual, que acabaría sustituyendo, en el siglo III de C., de forma definitiva a la *in iure cessio*, y que tendrían una naturaleza constitutiva, en ocasiones, declarativa o preventiva en otras, y de *ius cogens* en aquellos casos en los que la ley exigía la necesaria o preceptiva intervención del magistrado en determinados supuestos como la tutela o curatela dativa, caracterizada porque el nombramiento de tutor o curador lo realiza un magistrado, 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, la prestación de alimentos entre parientes, la autorización del curador para proceder a la venta de un bien inmueble del incapacitado por locura o la puesta en posesión de los bienes hereditarios a favor de un coheredero.

El *decretum* del magistrado sería por tanto la resolución con la que concluiría el procedimiento mediante el cual el titular de la potestad procedería a realizar un control de legalidad de la solicitud o acuerdo *inter partes*, al propio tiempo que procede a constituir, autorizar, habilitar o declarar la existencia de un derecho.

Y es éste término clásico de decreto, *decretum*, el previsto en la legislación alemana e italiana para referirse a las resoluciones judiciales por las que se concluyen los procedimientos de jurisdicción voluntaria, así como está llamado a ser el utilizado para referirse a aquellos supuestos en los que se atribuya la competencia en materia de JV al Secretario Judicial, en la futura ley de JV española.

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. En todo caso, tanto en los supuestos de jurisdicción voluntaria negocial, como en los supuestos de JV 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.

Progresiva disociación entre las nociones de jurisdicción y proceso.

En la época clásica, abolido el tipo de proceso denominado de las acciones de la ley, que era básicamente verbal, e introducido el procedimiento por escrito o formulario, se seguía, no obstante, utilizando la referencia al mencionado procedimiento oral, *legis actio*, de forma excepcional, en los textos clásicos, en relación con los supuestos que MARCIANO denomina de *iurisdictio voluntaria*, probablemente en atención a oralidad y libertad de formas que caracteriza la JV desde Roma hasta hoy, lo que hace pensar a autores como GIRARD, que probablemente la regulación de los actos que posteriormente por MARCIANO, en el siglo III incluye en la categoría JV, debía estar prevista en las Leyes reguladoras de la ordenación de los juicios privados, *leges Iuliae iudiciorum privatorum*, del siglo I de nuestra era².

Es posible, por tanto, que a partir de las mencionadas leyes procesales haya comenzado a vislumbrarse la distinción entre la actuación jurisdiccional que suponía un proceso entablado para dirimir la lesión o el no reconocimiento de un derecho subjetivo o interés legítimo, y aquellos supuestos en los que el magistrado intervenía para dotar de existencia jurídica, o para conferirles autenticidad, a determinados actos voluntarios de la vida privada, en los que no había, en sentido estricto, controversia entre las partes.

Parece pues acertado el sector doctrinal que mantiene el carácter jurisdiccional de las *legis actiones* y de la *in iure cessio*, referidas a la JV. Así, 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*.

Conforme a la opinión de SOLAZZI, en la etapa clásica respecto a la republicana, se habría producido una evolución habida en la finalidad del instituto de la *in iure cessio*, si bien se seguirían 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.

A lo largo de la época clásica, la *iurisdictio* se configura, por otra parte, como un concepto casi genérico y equivalente a administración de justicia, así en D.1.2.2.23; D.1.21.1.pr.; D.28.3.10 y, si bien su contenido esencial seguiría siendo la intervención del magistrado en la controversia, se habría ampliado su competencia al conocimiento de determinadas relaciones jurídico privadas en las que no existía lesión o no reconocimiento de un derecho subjetivo, sin que ello supusiese una alteración de su naturaleza.

Al momento histórico, acaecido en el curso del siglo III de nuestra era, en el que se produce una ampliación del contenido de la *iurisdictio*, sin que ello suponga una mutación de su significado, se refieren diversos textos, entre los que cabe mencionar la afirmación

² *Vid.*, al respecto, con carácter general, en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano*, Madrid, 2006, p. 241.

de ULPIANO recogida en D.2.1.1, conforme a la cual “la jurisdicción tiene un amplísimo contenido” (“*Ius dicentis officium latissimum est*”). Así, por ejemplo, ejemplifica para una toma de posesión de bienes ajenos en garantía, el nombramiento de jueces a los litigantes o de tutores a los pupilos que carezcan de ellos.

En la época postclásica, se habría perdido ya todo vestigio procesal en la realización de las actuaciones correspondientes, que se resolverían mediante un decreto del Magistrado, si bien 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 un magistrado jurisdiccional.

Verdaderamente, si en las fuentes de la época se distingue entre *imperium merum et mixtum*, si se habla de actos *magis imperii quam iurisdictionis*, y de actos *neque imperii neque iurisdictionis*, y se dice *imperium cui etiam iurisdictionis inest*, ¿por qué no vamos a aceptar que MARCIANO –en una 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– haya podido introducir la distinción entre *iurisdictio contentiosa* y *iurisdictio voluntaria*?

En relación con la competencia de los tabeliones y empleados públicos encargados de los Registros Públicos, en actos dogmáticamente afines a los propios de *iurisdictio voluntaria*, cabe referirse a la atribución de la competencia a los titulares del derecho para confeccionar actas, *ius actorum conficiendorum*, para transcribir en los Registros los más importantes actos jurídicos, así como a la actividad de los tabeliones, que constituyeron el precedente más remoto de los actuales notarios, a quienes se reconoce la pública utilidad de su función, otorgándose a sus documentos, confeccionados públicamente, *instrumenta publice confecta*, especial valoración y eficacia procesal.

En virtud del *ius actorum conficiendorum* se otorgaba a los empleados públicos, titulares de este derecho, la facultad de confeccionar y autorizar actas y expedientes en los que se reflejaban las actuaciones y procedimientos que tenían lugar en su presencia. Una copia de tales expedientes, que tenía el carácter de documento público, se entregaba a los interesados. Tales documentos gozaban de pleno valor probatorio, *fides publica*, respecto de todas las autoridades del Estado y, por tanto, también ante los Tribunales de Justicia.

Se podría, afirmar, con AMELOTTI, en relación con los tabeliones en Derecho Romano, que constituyen una clase profesional de redactores privados de documentos, laboriosamente configurada desde una precedente actividad de escribanos, entre los que no han faltado los propios *notarii* o estenógrafos.

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 consi-

derados funcionarios públicos, fueron sometidos a un estricto control y estructuración por parte del poder público, en consonancia con la general burocratización de la época.

En el proceso de ampliación de competencias que se les atribuyen a los tabeliones, además de la redacción de documentos que recogen básicamente actos, negocios o testamentos, se les reconoce función consultiva y asesora, así como facultades relativas a la asistencia a los Tribunales, redacción de instancias y consignación escrita de declaraciones testificales, si bien al no ser considerados en ningún momento funcionarios públicos, no se les atribuye en sentido estricto plena *fides publica* a los documentos 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*, etc.

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, lo que les confería una fuerza probatoria plena y los hacía inatacables en juicio, hasta la inscripción de falsedad.

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 de tales documentos en los Archivos Públicos³.

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

En la generalidad de los supuestos, se estableció el carácter voluntario de la insinuación en los Archivos Públicos de cualquier documento, lo cual sería especialmente frecuente respecto de aquéllos que no conferían plena *fides publica* en juicio, y que por medio de la

³ Vid. en AMELOTTI-COSTAMAGNA, *Alle origini del Notariato italiano*, Roma, 1975 y en AMELOTTI, *Il Documento nel Diritto Giustiniano. Prassi e legislazione*, Bologna, 1985.

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.

No obstante, con carácter excepcional, se estableció el carácter obligatorio de la insinuación en determinados casos considerados de mayor importancia, como los testamentos solemnes después de la muerte del testador, las donaciones de mayor valor y las realizadas entre cónyuges.

El proceso evolutivo, 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 mismos como responsables de una de las cuatro secciones de los Archivos Públicos en que se insinúan los documentos, y en la elogiosa distinción de Justiniano entre los más eficaces colaboradores de su actuación legislativa.

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, 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*.

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. 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 francos⁴.

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 escritura⁵, aparecen las categorías de *notarii*, *actuarii*, *librarii*, *amanuenses*, *exceptores*⁶, 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 men-

⁴ NUÑEZ LAGOS, “Documento latino y documento germánico”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, I, p. 419, nota 1.

⁵ 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 (...)*”.

⁶ ROGIER, *Etude sur les tabellions. La force de leurs actes en Droit Romain*, París, 1883, pp. 11 y ss.

cionado por primera vez por SÉNECA⁷ y, posteriormente, asimismo utilizado por historiadores y poetas⁸. 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 tabeliones⁹. 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 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*¹⁰. En la Edad Media, la palabra *notarii* sustituye, con carácter general, a la de *tabelliones*¹¹.

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 ULPIANO¹². 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 IV¹³.

Sin embargo, como señala AMELOTI, 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, lo que no llegó a suceder en la época romana, dado que 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 validez de los documentos consistía en la intervención de funcionarios públicos, notarios o testigos, y atribuyó a los tabeliones el control de legalidad del correspondiente

⁷ SÉNECA, *Apocolocyntosis*, 9, 2; *Vid.*, en relación con el término *notarius*, MARTÍNEZ SARRIÓN, “El notario en la baja romanidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXII, I, pp. 28 y ss.

⁸ 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.

⁹ *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.

¹⁰ C.J.8.17.11, Const. Emperador León del 472.

¹¹ *Vid.*, sobre este punto, CALASSO, *Medio Evo del diritto*, I, Milán, 1954, p. 243; BONO, *Historia del Derecho notarial español*, cit., I, p. 47, nota 8.

¹² D.48.19.9.4-6 (Ulpianus, *libro decimo de officio proconsulis*) 4.

¹³ Cd. Theodosianus, 3, *De decurionibus*, XII, 1, 3; y *Cd. Thd.*, 9. 19.1.

negocio o documento, así como la asunción de una responsabilidad derivada especialmente de su actuación en la realización de la autorización notarial o *completio* y en la formalización de determinados negocios prohibidos o contrarios a la ley.

II. JURISDICCIÓN VOLUNTARIA MEDIEVAL: NOTARIOS. JUECES DOCUMENTADORES, *IUDICES CHARTULARII. NOTARIUS ET IUDEX*

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*, hasta que la competencia en materia de JV, con carácter general, se atribuye a los notarios en la Edad Media, época en la que la palabra *notarii* sustituye, con carácter general, a la de *tabelliones*.

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 colaboradores de éstos. No es infrecuente en los textos medievales la utilización conjunta de los términos *notarius et iudex*, ni que el nombramiento 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 produce un retorno a la conformación de la JV en la etapa republicana romana, en la medida en la que 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, por otra parte, 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, y el documento notarial se consideraba al propio tiempo título ejecutivo (se decía que el título llevaba aparejada ejecución, *paratam executionem*)

y documento público o auténtico, en cuanto que se les reconoce pleno valor probatorio de su propio contenido y existencia, así como eficacia frente a terceros. Posteriormente, desaparece la exigencia de la garantía otorgada por el notario, *clausula guarentigiata*, y los documentos pasan a denominarse *instrumenta confessionata*, al propio tiempo que se les reconoce 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 autores clásicos del derecho notarial.

Un desarrollo paralelo, en algunos aspectos, al procedimiento de jurisdicción voluntaria, se produce en los denominados por FAIRÉN plenarios rápidos¹⁴ 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 aquéllas: *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 mercaderes 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.

La evolución referida se produce a lo largo de los siglos IX y XII en todos los países europeos, singularmente en Italia, Francia, Alemania e Inglaterra. 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 le denomina incluso pública persona y se le otorga fe pública

Se configuran también las Partidas como 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 y la Ley del Notariado de 1862.

Cabría decir, por todo ello, en definitiva, que asimiladas a la JV, en la época clásica romana, 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

¹⁴ 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 en la historia y su evolución. Posibles soluciones*, BICAM, 2, 1990, pp.19-34.

formalización del procedimiento de jurisdicción voluntaria, tramitado fuera ya del marco del proceso contencioso.

III. LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EN EL XIX ESPAÑOL: CÓDIGOS PROCESALES DE 1855 Y 1881. LEY HIPOTECARIA DE 1861. LEY DEL NOTARIADO DE 1862. LEY ÓRGANICA DEL PODER JUDICIAL DE 1870

La configuración de la JV, como ha sido perfilada en el apartado anterior, se mantiene con pequeñas variantes hasta el siglo XIX. La publicación de los dos primeros Códigos Procesales españoles de 1855 y de 1881 suponen un cambio de concepción de la JV, que pasa a ser básicamente de competencia judicial, no obstante la influencia del Código de las Partidas, de acusada base romanística, en otras muchas materias, en ambas leyes procesales.

El Código de 1855 está dividido en dos libros, el segundo de los cuales se dedica de forma íntegra a la JV. La LEC de 1881 se compone de tres libros, el primero de los cuales se dedica a Disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y a la JV, el segundo a la jurisdicción contenciosa, y el tercero, todavía vigente, en el libro III, a la JV. Lo que constituye una manifestación, por otra parte, de la relevancia de la JV en la legislación procesal española del XIX.

En el XIX español se aprueban asimismo otras tres Leyes que afectan a operadores jurídicos que deben tener, a mi juicio, una importancia relevante en la futura configuración de la JV.

1ª) La Ley Hipotecaria de 1861, que configura el actual Registro de la Propiedad y crea el cuerpo de Registradores de la Propiedad, a quienes se atribuye como titulares de una función pública la valoración y calificación, con fundamentales efectos jurídicos, de supuestos dogmáticamente afines a los propios de la JV.

2ª) La Ley del Notariado de 1862. Como ha sido subrayado por RODRÍGUEZ ADRADOS, con anterioridad a la mencionada ley 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 JV¹⁵.

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

¹⁵ *Vid.*, con carácter general, sobre la función notarial en 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.

ámbito judicial las funciones de documentación, declaración derechos y mera presencia, que desempeñaban los escribanos con anterioridad a la Ley de 1862.

3^a) La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 que configura con carácter independiente el cuerpo nacional de Secretarios Judiciales y crea el Registro Civil, cuya llevanza se atribuye a los Jueces, competencia que si bien se mantiene en el momento actual, es objeto de polémica en el marco político y jurídico.

La reforma de 23 de diciembre de 2003, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, atribuye, en los artículos 438,3 y 456.3 b) y 4, competencia a los Secretarios Judiciales “en materia de Jurisdicción Voluntaria, cuando así lo prevean las leyes procesales, asumiendo la tramitación y resolución de los expedientes, sin perjuicio de los recursos que quepa interponer (...)”¹⁶.

De todo lo anterior cabría extraer como primera conclusión que no es la jurisdicción voluntaria, una simple expresión nominal que, utilizada por el legislador actual como campo de experimentación o mero catalizador de procedimientos heterogéneos, carezca de justificación racional, ni de fundamentación histórica. 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, “*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.

¹⁶ *Vid.*, con carácter general, en torno al previsible papel del Secretario Judicial en la futura regulación de la Jurisdicción Voluntaria en: SEOANE CACHARRÓN, “El Secretario Judicial como órgano de la Jurisdicción Voluntaria en el Proyecto de Ley de 27 de octubre de 2006”, *La Ley*, 15 de mayo de 2007; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria*, cit.