

**NOTAS SOBRE LA CONTINUIDAD HISTÓRICA DE LA
EXPRESIÓN ROMANA IURISDICTIO VOLUNTARIA MARCIANO,
D.1.16.2 PR.-I -, HASTA LA ACTUALIDAD. BREVE COMENTARIO
DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA
(OCTUBRE 2005). ALGUNOS Matices EN TEMA DE TRANSACCIÓN Y DERECHO DE ALIMENTOS**

Juan Miguel Albuquerque

Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Córdoba

1. Continuidad histórica de la expresión *iurisdictio voluntaria*. Comenzamos nuestras referencias encuadrados, en esta sede, en una línea de reflexión científica y de profundización en el diálogo entre historia jurídica, dogmática y realidad social sobre el tema señalado, y conscientes, asimismo, de la acertada expresión de Domingo, R.,¹ “que cualquier consideración teórica acerca del nuevo orden jurídico mundial debe hacerse a la luz de las fuentes del Derecho romano”. En su opinión —que compartimos—, “es misión del *ius Romanorum*, en este siglo, servir de puente entre los distintos sistemas jurídicos del mundo...”

El principal precursor de los estudios sobre jurisdicción voluntaria en derecho romano, Fernández De Buján A., nos recuerda, acertadamente² que la expresión *iuris-*

1 DOMINGO, R. *Ex Roma ius*, en Colección The Global Law (Aut. RAFAEL DOMINGO, Director de la Cátedra Garrigues), Ed. Aranzadi (2005).

2 Cfr. FENÁNDEZ DE BUJÁN, 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; Id. “*La Jurisdicción Voluntaria*”, Ed. Civitas, Madrid, 2001; Id. *Jurisdicción voluntaria 2001. 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; 3-10-2004; Id. *La hora de la Jurisdicción Voluntaria*. *Estudios Homenaje a Rodríguez Mourullo*, 2005; Id. *La reforma de la Jurisdicción Voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones*, *La Ley* 23 de marzo de 2005 pp. 1-9; Id. *Jurisdicción Voluntaria: perspectivas de futuro*. *Estudios Homenaje a*

dictio voluntaria aparece por primera vez en las fuentes jurídicas y extrajurídicas en el Libro I de la Instituciones de Marciano³, y su mención se encuentra recogida en D.1.16.2 pr.-I: <<Todos los procónsules una vez que han salido de la ciudad tienen jurisdicción, pero no contenciosa, sino voluntaria, por ejemplo, pueden manumitir, emancipar o adoptar>> <<Ante el legado del procónsul no se puede manumitir, porque no tiene tal jurisdicción>>.

Entre los supuestos de *iurisdictio voluntaria*, en Derecho romano, encuadra Fernández de Buján, A.,⁴ la transacción de alimentos (además de las manumisiones, adopciones, emancipaciones, *consortium* artificial creado mediante “*certa legis actio*”, nombramiento de tutor, nombramiento de *curatores*, *cognitio suspecti tutoris*, la arrogación ante el emperador (*per rescriptum principis*) y, en provincias ante el Gobernador, la *bonorum possessio*, *insinuatio donationis*, “*testamentum apud acta conditum*” y *testamentum principi oblatum*, juicios divisorios). En cualquier caso, un reconocimiento de

Manuel Albaladejo, 2005. Por último, señalar que el Autor ha sido Vocal de la Ponencia encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. 2002-2005. Sobre proceso y arbitraje, véase en general, del mismo Autor, Derecho público romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje, 8ª edición, Madrid 2005; Id. “Contribución al estudio histórico del arbitraje”, Revista Jurídica de la UAM número 8, Madrid 2003, Homenaje a D. Aurelio Menéndez; Id. “De los arbitria bonae fides pretorios a los iudicia bonae fidei civiles”. Convegno internazionale di studi in onore del profesor Alberto Burdese, Padova 2003, vol.2. Id. “Arbitraje”. Portal electrónico de Derecho IUSTEL. 2002; Id. “Carácter contractual del arbitraje”. Anuario de Justicia alternativa. Derecho Arbitral, Barcelona 2004.

3 Sobre *Marcianus*, véase, entre otros, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano* (prologado por M. Amelotti), 3.ª ed. Madrid 1999, pp. 20 y ss.; Francisco J. ANDRÉS, *Elio Marciano (Aelius Marcianus) (ca. 180 – 235)*, Juristas Universales (dir. DOMINGO, R.), Madrid-Barcelona 2005, vol. I, cit. pp. 211 y ss.

4 Cfr., FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano*, 3.ª ed. Madrid 1999, pp. 97 y ss. (Sobre la transacción de alimentos dentro de los supuestos de jurisdicción voluntaria, existen textos de derecho romano fundamentales en materia de *transactio alimentorum* (D.2.15.8 pr.; D.2.15.8.13 y D.2.15.8.17, donde se prohíbe además expresamente la delegación de *iurisdictio* por el magistrado competente en este caso, al igual que sucedía en los supuestos de *datio tutoris*, y de venta de fundos del pupilo). Véase asimismo, ALBURQUERQUE, J.M., “Alimentos entre parientes (II): Alimenta et Victus. Puntualizaciones breves sobre la transacción y la prestación en el marco de los posibles procedimientos (expedientes) de Jurisdicción voluntaria” en RGDR <http://www.iustel.com> n.º 4 junio 2005, y bibliografía allí referida. Cfr., en general, D’ORS, Á., “*Derecho Privado Romano*” (Pamplona 1997) parágr. 98, 170, 395; FREIXAS, “*Una nota sobre la transactio*”, en AHDE. 49 (1979) 643-652; Id. “*Consideraciones procesales sobre la transacción en el derecho romano*”, en RIDA. 27 (1980) 145-168; Id. “*Una contribución al estudio de Ulpiano 50 ad edictum*”, D. 2, 15, 1 (“*De transactionibus*”), en Estudios IGLESIAS 1 (1988) 223-234; GIMÉNEZ-CANDELA, “*Una clasificación de los modos de extinguirse las obligaciones*”, en Estudios Iglesias 3 (1988) 1315-1340; PETERLONGO, “*La transazione nel diritto romano*” (Milano 1936); BECK, “*Ueberlegungen zum klassischen Vergleichsrecht*”, en Studi di Francisci 4 (1956) 3-16; BROGGI-NI, D. 12. 6. 23. 3: “*Transactio post litem contestatam*”, en ZSS. 73 (1956) 356-369; BURDESE, “*Tra causa e tipo negoziale. Dal diritto classico al postclassico in tema di transazione*”, en Seminarios Complutenses de derecho romano 9-10 (1997-1998) 45 ss.; CAMODECA, “*Per una riedizione dell’archivio Putepolano dei Sulpicii VI. Il dossier di Epulia da Milo e i nomina arcaria*”, VII La TP. 66, en Puteoli 12-13 (1988-1989) 3-63; MELILLO, s. v. “*transazione*” en Enciclopedia del diritto 44 (1992) 771-789; Id. “*Contrahere, pacisci, transigere*”. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano (Napoli 1994) p. 259-305; ALBURQUERQUE, *La protección jurídica de la palabra dada en derecho romano: Contribución a la evolución y vigencia del principio general romano “pacta sunt servanda” en el derecho europeo actual*, (Córdoba 1995) pp. 39 y ss.; Id. *Los Pactos*, en Portal Derecho (www.iustel.com), Madrid 2002, pp. 1 y ss.; MAGDELAIN, “*Sutdi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*” (rec. a Schiavone), en IURA 22 (1971) 270-277; RICCOBONO, “*Interpretatio duplex del fr. 2 D. De Transactionibus II*”, 15, en BIDR. 49-50 (1947) 6-29; SCHIAVONE, s.v. “*transazione*” in diritto romano, en NNDI. 19 (1973) 477-481; Id. “*Sutdi sulle logiche dei giuristi romani*”. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano (Napoli 1971); STURM, “*Quittance transactionnelle et réduction de sa portée en droit romain*”, en RIDA. 18 (1971) 659-671; Id. “*La conditio ob transactionem*”, en Studi Sanfilippo 3 (1983) 627-660; TALAMANCA, “*Istituzioni di diritto romano*” (Milano 1990) p. 641, 643; VISKY, “*Les règles du droit romain relatives aux transactions judiciaires et extrajudiciaires à la fin de l’époque classique*”, en INDEX 12 (1983-1984) 87-105; RODRIGUEZ MONTERO, “*La carta de Seya: problemática jurídica de una epístola peculiar*”, en Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña 3 (1999) 493 ss.

este tipo es, también a mi juicio, perfectamente posible establecer. Como es sabido, en numerosos textos del Digesto, prosigue el autor, se pone de relieve que las controversias en materia de alimentos se resuelven mediante *causa cognitio*, consistente en una evaluación discrecional de las circunstancias realizada por el magistrado competente. Ahora bien, “probablemente la frecuente existencia de acuerdo⁵ previo entre los intervinientes en la transacción, y la posterior intervención del magistrado para sancionar el acuerdo, acabarían, en la praxis postclásica, encuadrando tales actos dentro de la *iurisdictio voluntaria*”. Quisiera destacar con el Autor, que en el texto de Marciano⁶ “el vocablo voluntaria... apunta a que la participación del magistrado se ejerce *inter volentes*, es decir, entre personas que espontáneamente, voluntariamente, reclaman o solicitan su intervención, y que están de acuerdo de antemano sobre el resultado de la misma, con la particularidad de que tal acuerdo debe persistir hasta el momento de la resolución del magistrado... En los supuestos de jurisdicción voluntaria no hay un conflicto de intereses entre las partes, sino que el magistrado se limita a sancionar, ratificar, legitimar o colaborar en la constitución de una situación o relación jurídica...” (una especie de control de la legalidad de la actuación del concurrente o concurrentes, en palabras de Volterra).

La síntesis de fundamentación histórica nos la facilita este estudioso en su artículo sobre *La Reforma de la jurisdicción voluntaria: Problemas, interrogantes, soluciones*⁷. El autor, no duda en advertir a los estudiosos que la jurisdicción voluntaria no es una expresión simplemente nominal que carezca de justificación racional, ni de fundamentación histórica, sino todo lo contrario.

En opinión de nuestro Autor., que compartimos, “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”⁸. A nuestros fines interesa destacar ahora con él, que la intervención preceptiva o necesaria del Magistrado era exigida por la ley en determinados supuestos, entre los que cabe destacar, la prestación de alimentos entre parientes⁹-especialmente en tema de transacción de alimentos-. Este procedimiento, prosigue el A., “finalizaba mediante el pronunciamiento de un decreto¹⁰, *decretum*, por el Magistrado”. “Tanto en los supuestos de jurisdicción

5 Cfr., entre otros, ALBURQUERQUE, J.M., “Alimentos entre parientes (II): Alimentata et Victus. Puntualizaciones breves sobre la transacción y la prestación en el marco de los posibles procedimientos (expedientes) de Jurisdicción voluntaria” en RGDR <http://www.iustel.com> n.º 4 junio 2005; Id. Recensión a FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción y Arbitraje*, Madrid, Ed. Iustel, 2006, 241 págs., en RGDR <http://www.iustel.com> n.º 8 febrero 2006.; Id. *La protección jurídica de la palabra dada en derecho romano: Contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano “pacta sunt servanda” en el derecho europeo actual*. Córdoba 1995, pp. 13 y ss.

6 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción y Arbitraje*, Madrid, Ed. Iustel, 2006, p. 27.

7 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., cit. pp. 3 y ss.

8 En el primero de los supuestos, como nos recuerda el A., escenificada la ficción procesal, el demandado guardaba silencio ante la petición del actor o demandante, y el allanamiento daba lugar a la correspondiente resolución del Magistrado favorable a lo solicitado (ya en derecho clásico deja de utilizarse como fórmula negocial, y se transmitían derechos tales como usufructo, servidumbres o posición de heredero). Cfr. 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*, en Actualidad Civil, núm. 36, cit., pp. 1281 y ss.

9 Asimismo, la tutela, la adopción, 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.

10 El término clásico de decreto, como tiene escrito el A., *La Reforma de la jurisdicción voluntaria: Problemas, interrogantes, soluciones*, cit., pp. 3 y ss., es el utilizado en la legislación alemana e italiana para referirse a las resoluciones judiciales por las que se concluyen los procedimientos de jurisdicción voluntaria,

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”.

A nuestro propósito – continuidad histórica de la expresión *iurisdictio voluntaria* –, quisiera destacar ahora que en la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria (octubre 2005), aparecen muchas afirmaciones de extraordinaria importancia, repleta de los factores romanos más relevantes en el marco del proceso-, de los que sólo voy a transcribir algunos párrafos que también considero de gran interés: “No es la jurisdicción voluntaria 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, *iurisdictio voluntaria*. Dicha expresión se transmite en le 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.” Y no quisiera terminar este comentario, sin resaltar de forma elogiosa algunas ideas que se desprenden de la Exposición de Motivos a este respecto. Partiendo de esta línea de reflexión y profundización en el diálogo entre historia, dogmática y realidad social, un punto de particular relieve hay que atribuirle al siguiente párrafo: “El apropiado mantenimiento de la denominación <<jurisdicción voluntaria>>, no debe calificarse en el caso presente, conforme se dice en la exposición de motivos de la LEC, como expresión en exceso tributaria de sus orígenes históricos, ni se trataría, tan sólo, de uno de los supuestos en los que parece conveniente rendir tributo a la tradición del lenguaje jurídico, 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.

Para actualizar una institución –como por ejemplo ésta-, y situarla dentro de sus justos límites, a veces es conveniente una revisión histórica más profunda, sin escatimar esfuerzos y adaptarla, como señala el Autor, sin llegar a administrativizarla, sin magnificar su función social, y sin identificarla con una mera supresión de plazos, formalidades y garantías, mediante inminente y próxima ley. Es lo que –en acertada expresión de nuestro autor- se pretende, sin olvidar la evolución histórica, su fundamentación y trascendencia.¹¹

Sin duda, la continuidad histórica de la expresión la encontramos suficientemente documentada, independientemente de las oscilaciones conceptuales de la misma, como ha puesto de relieve el A., en numerosas investigaciones ya referidas. Destacar ahora algunos aspectos de la actualidad legislativa, sin mayores pretensiones constituirá el siguiente punto que queremos abordar.

“así como podría ser el utilizado para referirse a aquellos supuestos en los que se atribuya la competencia al Secretario judicial, en la futura ley española”.

11 Cfr., FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *La reforma de la jurisdicción voluntaria*, cit., 3 y ss.

2. Jurisdicción voluntaria. Algunas notas sobre el expediente de Jurisdicción voluntaria a propósito de la transacción de los derechos de menores. Breve comentario del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (octubre 2005). Algunos matices en tema de transacción del derecho de alimentos.

2.1.-Generalidades introductorias.

Atendiendo al la Disposición final decimoctava de la Ley de Enjuiciamiento Civil –Ley 1/2000, por la que se rige la jurisdicción contenciosa en los procesos civiles, se establece el compromiso del Gobierno de remitir a las Cortes Generales un proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria, en un plazo determinado desde la fecha de entrada en vigor de la presente Ley. En este sentido, el Ministro de Justicia encomendó a la Comisión General de Codificación la elaboración de un anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, publicado ahora en el Boletín de información, Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria¹² con objeto de dar conocimiento del mismo y propiciar su libre discusión.

La jurisdicción voluntaria, como ha puesto de relieve Fernández De Buján, A¹³., entre otros, ha sido descrita o calificada por la doctrina y la jurisprudencia de forma muy diversa (heterogénea, fascinante, insistente, atormentada, repudiada por muchos y sin sede propia, etc.), si bien, como se desprende de la Exposición de Motivos del Anteproyecto actual, se ha pretendido, y en mi opinión se ha conseguido –en gran medida-, configurar una Ley sustancialmente nueva que se ajusta a las demandas de la sociedad actual, en la que sin desprenderse de una posición reflexiva, metódica y sistemática, ha conjugado adecuadamente las necesidades apuntadas por la experiencia de todos los operadores jurídicos, contrastadas debidamente en el marco de la labor jurisprudencial, de la dogmática y la ciencia procesal.

La tendencia a regular en esta nueva Ley de jurisdicción voluntaria que se propone, sólo las competencias que se mantienen en la órbita judicial, es una afirmación

12 Ed. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Imp. Nnal. BOE. Octubre 2005

13 En materia de jurisdicción voluntaria y derecho actual, cfr., FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: *“La Jurisdicción Voluntaria”*, Ed. Civitas, Madrid, 2001; Id. *Jurisdicción voluntaria 2001*. 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; 3-10-2004; Id. *La hora de la Jurisdicción Voluntaria*. Estudios Homenaje a RODRÍGUEZ MOURULLO, 2005; Id. *La reforma de la Jurisdicción Voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones*, La Ley 23 de marzo de 2005 pp. 1-9; Id. *Jurisdicción Voluntaria: perspectivas de futuro*. Estudios Homenaje a Manuel ALBALADEJO, 2005. Por último, señalar que el Autor es Vocal de la Ponencia encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. 2002-2005. Sobre proceso y arbitraje, véase en general, del mismo Autor, *Derecho público romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, 8ª edición, Madrid 2005; Id. *“Contribución al estudio histórico del arbitraje”*, Revista Jurídica de la UAM número 8, Madrid 2003, Homenaje a D. Aurelio MENÉNDEZ; Id. *“De los arbitria bonae fides pretorios a los iudicia bonae fidei civiles”*. Convegno internazionale de studi in onore del profesor Alberto BURDESE, Padova 2003, vol.2. Id. *“Arbitraje”*. Portal electrónico de Derecho IUSTEL. 2002; Id. *“Carácter contractual del arbitraje”*. Anuario de Justicia alternativa. Derecho Arbitral, Barcelona 2004.

que en mi opinión merece especial atención. Transcribir en este momento algunos párrafos de la Exposición de Motivos del Anteproyecto resultará esclarecedor: “La Ley de jurisdicción voluntaria debe... 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 respeto 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 artículo 117.3 de la Constitución a Juzgados y Tribunales, interpretado en sentido amplio. A estas funciones propias de la potestad jurisdiccional, cabría adicionar aquellas otras que en garantía de derechos, conforme se establece en el artículo 117.4 de la Constitución, parece razonable atribuir o mantener en la órbita de la competencia jurisdiccional, como es doctrina del Tribunal Constitucional.” Asimismo, la idea de racionalizar el sistema en la administración de justicia, siguiendo la Recomendación del Consejo de Europa¹⁴, ha tenido gran acogida en esta nueva legislación.

La concentración de las tareas jurisdiccionales y la probable redistribución de competencias, sin que suponga una limitación de las garantías procesales ha supuesto un logro digno de mencionar. En este sentido, podríamos añadir el acercamiento que se ha producido de la nueva perspectiva procesal civil, recogida en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, revestida de principios¹⁵ tales como economía procesal, concentración, intermediación, oralidad o el papel activo del juez, a las tendencias más conocidas de las actuaciones que conciernen a la propia jurisdicción voluntaria: mayor agilidad, brevedad y menor formalismo. Todo ello, sin prescindir en la medida de lo posible, del contexto fundamental de principios y garantías procesales que debe suponer siempre el eje sobre el cual gravite toda actuación jurisdiccional.

En definitiva, un reforzamiento de principios y garantías procesales esenciales — bien asumidos y potenciados—, propios del seno del proceso contencioso, impregnan la nueva postura legal sobre los expedientes de jurisdicción voluntaria. Como reza la Exposición de Motivos: “especialmente en lo referente a los principios de audiencia a las partes interesadas y su participación activa en la comparecencia, en la formulación de alegaciones, en la práctica de las diligencias y en la actividad probatoria, así como la disposición legal de que no toda oposición hace contencioso el procedimiento, sino sólo aquella que es considerada razonable por el órgano jurisdiccional, esté prevista con este efecto en el procedimiento específico, sin perjuicio de la facultad por parte de quien manifiesta un interés contrario para promover el juicio declarativo que corresponda.”

No obstante, toda esta argumentación precedente acerca de la aproximación de ambas esferas, no implica o no debería favorecer la confusión entre ambas vías de actuación jurisdiccional. Pues como acertadamente se recuerda en la Exposición de Motivos: “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, preclusión, de efecto material de la cosa juzgada de lesión de derecho o interés legítimo o de contradicción relevante en el marco de la jurisdicción voluntaria”.

14 Recomendación del Consejo de Europa a los países miembros, de fecha 16 de septiembre de 1986.

15 Cfr., ALBURQUERQUE, J.M., *Algunos principios ya existentes en el proceso romano denominados con criterios modernos y claves actuales*. (Denominación moderna: principios de oralidad, publicidad, concentración, intermediación, aportación de parte o preclusión). Recensión a la obra de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público romano. Recepción, jurisdicción y arbitraje*, 8ªed. Thomson-civitas 2005, en RGDR, 5; Id., *Jurisdicción y arbitraje*, Madrid 2006, en RGDR 8, cit.

Quiero señalar asimismo, que se ha puesto de relieve en su regulación, una plasmación legislativa que alberga el seguimiento de un sistema que podríamos llamar mixto, eliminando los inconvenientes de un sistema exclusivo muy pormenorizado, excesivamente detallado y exhaustivo de todos los supuestos —con el fin de que se pueda dar acogida a los numerosos casos de jurisdicción voluntaria que nos plantea el futuro legislador, cuya remisión se atribuya a los tribunales —, y a su vez, centrar la atención de manera especial y con precisión exhaustiva, en la regulación de un procedimiento general de jurisdicción voluntaria, conjugando la importancia de ambos sistemas (regulación detallada) y (un único procedimiento), “al que puedan reconducirse la mayoría de los supuestos existentes, procedimiento que servirá con carácter general y que contiene una norma específica que respeta las peculiaridades que en algunos supuestos pueda haber introducido o introduzca en el futuro la ley sustantiva. Paralelamente, en algunos supuestos, en que se ha considerado necesario, se ha mantenido una regulación específica, pero siempre aplicándose con carácter supletorio y en defecto de norma especial las dictadas para el procedimiento especial”¹⁶.

Como puede observarse, el tema propuesto por nosotros aparece ubicado en el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, Tit. III —Jurisdicción voluntaria en materia de personas—, Cap. VIII —De los actos de disposición o gravamen de bienes o derechos de menores e incapacitados y de transacciones acerca de sus derechos—. El Anteproyecto referido en su Tit. I, Régimen General, Capítulo Primero, Disposiciones generales, art. 1., nos habla del ámbito de aplicación de la presente Ley, y recoge la siguiente afirmación: “Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención de un tribunal sin estar empeñada ni promoverse contienda alguna entre las partes conocidas y determinadas, sin perjuicio de que en ellos pueda suscitarse oposición conforme a lo seguido en esta Ley.

2.2.- Precedentes Legislativos. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en su libro I contenía unas disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y voluntaria. El Libro III de La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 regulaba íntegramente la jurisdicción voluntaria (Como es bien sabido, con ciertas deficiencias y sin demasiada uniformidad en los criterios, y sin datos suficientes para extraer un procedimiento general para todos los tipos de expedientes). La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil —Ley 1/2000—, derogó la LEC de 1881 con algunas excepciones oportunamente detalladas¹⁷, entre las que, en consonancia con nuestro tema propuesto, quiero resaltar que el Libro III de la LEC de 1881 quedaría vigente hasta que entrara en vigor la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria —salvo los arts. 1827 y 1880 a 1900, que como es sabido, han sido derogados según dispone la disposición derogatoria única. 1.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil/ 2000—. La vieja LEC, en su Libro III, Primera parte, Tit. I, Disposiciones generales, en su Art. 1811, expresaba lo siguiente: 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 las partes conocidas y determinadas.

Desde la perspectiva literal, en principio, se pueden observar algunos cambios que en esta sede me limitaré sólo a mencionar: en la LEC de 1881, art. 1811, a propósito de la jurisdicción voluntaria, señala que “se consideran actos de jurisdicción voluntaria...”, si bien en el Anteproyecto de la Ley de jurisdicción voluntaria referido, en su art. 1, sobre el ámbito de aplicación de la presente Ley, los denomina “expedientes de

16 Cfr. Memoria del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (octubre 2005), p. 21

17 Continúa vigente asimismo, lo correspondiente a la conciliación y a la declaración de herederos abintestato, en los que no exista contienda judicial, según lo establecido en la disposición derogatoria única, apartados 1 y 2 de la nueva LEC 1/2000.

jurisdicción voluntaria...”, y no actos de jurisdicción voluntaria, “se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria...”; la LEC de 1881, prosigue en el mismo art. 1811 “todos aquellos en que sea necesaria, o se solicite la intervención del Juez” – en este contexto, el Anteproyecto de la futura Ley de jurisdicción voluntaria amplía su sentido en art. 1, y nos dice– “todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención de un tribunal”-; La LEC de 1881, en el art. 1811, prosigue su exposición “ni promoverse cuestión alguna entre las partes conocidas y determinadas”, y en el Anteproyecto de la inminente Ley de jurisdicción voluntaria art. 1, se suprime el término “cuestión” por “contienda”, quedando así redactado, “ni promoverse contienda alguna entre las partes conocidas y determinadas”. La LEC de 1881 termina la redacción de los actos que se consideran de jurisdicción voluntaria, abordados en el art. 1811 con la expresión, “ni promoverse cuestión alguna entre las partes conocidas y determinadas”, sin embargo, con gran agudeza y oportunidad, en el art. 1, se añade una expresión nueva completamente asumible y justificada, “sin perjuicio de que en ellos pueda suscitarse oposición conforme a lo seguido en esta Ley.” En suma, de los cambios sustanciales, unos con mayor enjundia que otros, podríamos sintetizar: El anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria sustituye la expresión “actos de jurisdicción voluntaria”, por “expedientes de jurisdicción voluntaria”; asimismo modifica la expresión referida al “Juez”, por “un tribunal”; otro de los cambios relevantes puede ser el cambio de redacción de la LEC de 1881, art. 1811, que incluía la expresión “cuestión”, por “contienda”, como aparece en el art. 1 del Anteproyecto; Y finalmente la inclusión de una redacción completamente nueva y que contribuye también a reforzar las garantías procesales, “sin perjuicio de que en ellos pueda suscitarse oposición conforme a lo seguido en esta Ley.”

Con la finalidad de establecer una regulación más coherente, sin disminución de garantías, y una sistematización que facilite la aplicación de la jurisdicción voluntaria en el marco fundamental de una mayor seguridad jurídica¹⁸, la Comisión legislativa emprendió un laborioso camino atendiendo siempre a las necesidades sociales, a los diferentes pronunciamientos jurídicos recientes de los Organos más representativos del sistema judicial y la doctrina jurídica, adheridos siempre a la práctica cotidiana más adecuada, y a la continua proliferación de numerosos expedientes de jurisdicción voluntaria. Del conjunto de las diferentes propuestas atendidas, con repercusión lógica y admisibles a la hora de redactar la nueva previsión legislativa, cabría destacar: La prevención, reducción y sobrecarga de trabajo de los tribunales; descargar al juez; la recomendación de la solución amigable de diferencias, con independencia del órgano judicial que sea; la delegación expresa a los secretarios judiciales para el ejercicio de determinadas funciones de jurisdicción voluntaria; la inclusión de otros funcionarios –no incluidos en la administración de justicia-, pero especialmente capacitados, para cumplir funciones en el marco de la jurisdicción voluntaria – Notarios¹⁹ o Registradores de la Propiedad y Mercantiles –.

18 Cfr. Art. 9 de Nuestra Constitución.

19 A este propósito recuérdese con FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La reforma de la jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones*, cit., p. 3, además del origen, la asimilación en la época clásica romana a la jurisdicción voluntaria de determinadas actuaciones formalizadas ante los funcionarios y encargados de los Archivos o Registros Públicos y ante los Notarios o Tabeliones, y la atribución en la Edad Media a los Notarios competencias específicas en temas 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 (...): procedimiento que se tramitaba ya fuera del marco del proceso contencioso. Otra de las propuestas interesantes formuladas por el A., en orden y probable consonancia con la experiencia histórica, sería la de constitución de juzgados que tengan atribuidas competencias específicas 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.

No quisiéramos finalizar nuestra sumaria exposición, sin mostrar nuestra satisfacción, al comprobar la conjugación tan afinada y atinada que se ha propuesto la Comisión para conseguir elaborar un texto legislativo, que acoge sutilmente las necesidades más acentuadas de la actualidad –debidamente manifestada por todos los operadores jurídicos existentes-, y, por supuesto, sin desconectarse con demasiada frecuencia del factor histórico –repleto de los elementos romanos más relevantes, especialmente en el marco de la jurisdicción y el proceso- y su reconocimiento; así como la naturaleza y aplicación funcional precedente, y la capacidad de profundización en el conjunto de la historia jurídica, las construcciones dogmáticas y la realidad social por excelencia. Hay que destacar que la misma Exposición de Motivos del Anteproyecto referido (2005) así lo atestigua.