

*El notario y la jurisdicción voluntaria**

Illmo. Sr. D. Vicente Font Boix
Notario de Granada

INTRODUCCIÓN

La U.I.N.L. heredó, al nacer, una vieja preocupación de los notariados nacionales. La de precisar, sobre trazos firmes, la idea de la función notarial. Desde el Congreso de Buenos Aires, hasta el de Bruselas, se han dado buenos pasos en este camino. Concretamente, por lo que respecta a la vieja cuestión de la jurisdicción voluntaria y atribución al notariado, ya se pronunció el Primer Congreso, afirmando «que es su aspiración que todos los actos de jurisdicción voluntaria, en el sentido dado a esta expresión en los países de habla castellana, sean atribuidos, exclusivamente, a la competencia notarial». Y el Congreso de Río de Janeiro, consideró oportuno insistir sobre la misma materia. «En particular —se dijo en dicha ocasión— insiste este Congreso en la aspiración de que todos los actos de la jurisdicción voluntaria, en el sentido dado a esta expresión en los países de habla castellana, sean atribuidos a la competencia notarial».

Nuevamente el VIII Congreso de México trae a su estudio

* Ponencia presentada al VIII Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en la ciudad de México del 1 al 9 de octubre de 1965.

esta aspiración notarial con el propósito fundamental de que sea revisado un error tradicional de sistema al seguir manteniendo en el campo jurisdiccional una serie de actos que, conceptualmente, rechinan con la actividad típica del Poder judicial. Y que históricamente están abocados a terminar en el campo del notariado, si no se requiere truncar el camino iniciado ya hace siglos, en el Medioevo italiano, cuando el notario, al adquirir la fe pública, consiguió con ella la aptitud funcional necesaria para formalizar una serie de actos que, hasta dicho momento, habían sido actuados por los Magistrados, no ya por razón de su propia actividad típica, sino más bien por inexistencia de un órgano adecuado que ejerciera las actividades que, con denominación imprecisa, llamamos hoy de jurisdicción voluntaria.

Este trabajo pretende ser la modesta aportación de uno de los países del notariado Latino —España— a las labores del Congreso de México. Queremos aclarar que, si bien se ha procurado dar al desenvolvimiento del tema la mayor dosis de generalidad, no obstante, siguiendo con ello las instrucciones del Coordinador de la III Ponencia, se ha analizado específicamente la situación propia de nuestro país respecto del problema, con la pretensión de que, al comparar nuestro Derecho con el de las otras naciones, puedan salir las fórmulas adecuadas para que, en el tiempo, se alcance la aspiración esencial de la U.I.N.L. de que la jurisdicción voluntaria *sea atribuida a la competencia notarial*.

II

LA «VEXATA QUÆSTIO» DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

1. El término jurisdicción voluntaria tiene su origen en el Derecho romano.¹ De la compilación justiniana pasó a la Glosa y de allí al Derecho común. El uso lo convalidó y la legislación

posterior le dio consagración definitiva. En el Derecho moderno lo admiten algunos ordenamientos civiles y procesales. En Italia ha sido sustituido —con poco éxito— por la expresión *procedimenti in Camera di consiglio*.² Pero en todos los países comienza a dudarse de la exactitud de su denominación, de su función y de su finalidad.³

De ahí que nos interese precisar, al iniciar este estudio, cuál es la idea más aceptable de la jurisdicción voluntaria y qué ha de servirnos de punto de partida. Para encontrar un concepto utilizable, hemos de arrancar, a nuestro juicio, del Derecho moderno constituido, en el que se vislumbran con bastante claridad dos posturas diferentes.

A) Una concepción amplia considera como jurisdicción voluntaria una actividad funcional del Estado caracterizada por estas notas: Estar actuada por órganos jurisdiccionales, u otros que en sentido lato pueden, por razón de su origen histórico, considerarse como cuasi-judiciales o pseudo-judiciales, o están, en la organización de la comunidad social, configurados como más o menos dependientes de lo jurisdiccional. Esta jurisdicción voluntaria no implica contención, como la actividad típica jurisdiccional, ni persigue inmediatamente la tutela de un interés

1. Se discute si el término es clásico o postclásico: DE MARTINO: *La giurisdizione nel diritto romano*. Cedam. Padova, 1937, págs. 279-288. —SOLAZZI: *Iurisdictio contenciosa nelle fonti romane*, "Archivio giuridico", XCVIII, 1927, págs. 3-50. —LAURIA: *Iurisdictio*, St. Bonfante, II, 537. —URSICINO ALVAREZ: *Curso de Derecho romano*, Edit. R.D.P., Madrid, 1955, t. pág. 200, nota 128.
2. DE BLASI, *Voz Giurisdizione voluntaria*, "Novísimo Digesto", páginas 1095 y sigs.
3. Trátase de una materia incierta y discutida, en su función, en su finalidad y, finalmente, en su denominación. En efecto, el término j. v. es impropio y nos lleva etimológicamente a un concepto romano superado... Un nombre es necesario darle, si no se quiere calificarla de actividad innominada, como sucede para cierto número de contratos. Ahora bien, el nombre se lo ha dado la doctrina tradicional, como *forma de jurisdicción*, y en cuanto sea posible, es siempre mejor adaptarlo a los conceptos admitidos por la tradición y por la experiencia antes que inventar nombres nuevos —como suele hacer CARNELUTTI— que sirven para confundir las ideas y complicar las cosas". VISCO: *I Procedimenti di giurisdizione voluntaria*, 4a. edición. Giuffrè. Milán, 1958, págs. 4-5. Cfr. GLASSON ET TISSIER: *Traité theorique et pratique d'organisation judiciaire, de competence et de Procédure Civile*, Sirey, 1925, tomo I, pág. 30.

público, como ocurre con la función administrativa, pues se refiere a relaciones jurídicas privadas o al *status* jurídico de los particulares. Dentro de esta zona caben una multiplicidad de actos cuya reducción a una categoría homogénea resulta poco menos que imposible.

En España, Navarro Azpeitia⁴ ha realizado con acierto la agrupación de los actos de esta especie en tres categorías de similares características:

a) *Actos de publicidad jurídica directa*, con o sin previa calificación: las inscripciones en el Registro Civil, en los Registros de las Propiedades inmobiliarias, industrial e intelectual, etcétera.

b) *Actos de solemne e indirecta publicidad jurídica*, previo proceso de calificación, comprobación, publicación del tráfico y declaración terminal de suficiencia; las autenticaciones calificadoras a cargo de notarios u otros funcionarios dotados de fe pública.

c) *Actos de amparo de personas* de capacidad nula o disminuida, previa rogación de ellas o de su representación legal, seguida de comprobación bastante y terminados por declaraciones resolutorias; los actos protectores de la autoridad judicial.

Dentro de esta concepción amplia la función notarial queda encajada como una modalidad de la jurisdicción voluntaria entre los actos de solemne e indirecta publicidad jurídica. Esta es la idea dominante en Alemania, donde la organización notarial figura en un título de la Ley sobre asuntos judiciales de la jurisdicción voluntaria.⁵ Y fue también opinión sostenida en España durante algún tiempo, que parece aceptar el artículo 3o.

4. *Actas de notoriedad*, A. A. M. del N., Reus, Madrid, tomo I, pág. 84.

5. En este sentido, SHÖNKE: *Derecho procesal civil*, traducción española, Bosch, 1950, pág. 59, puede incluir entre los asuntos más importantes de la j. v. a la documentación notarial. Vide también GIMENO GAMARRA: *Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria*, A. D. C., 1953, págs. 4 y sigs.

del Reglamento Notarial, cuando considera al notario como «órgano de la jurisdicción voluntaria».⁶

B) Otra concepción, más reducida, limita el término jurisdicción voluntaria a una serie de actos en los que, además de concurrir las notas de no implicar contención ni tutela de un interés público, por razón de su órgano de actuación, quedan constreñidas al campo estrictamente judicial. Dichos actos quedan reducidos en su número, pues no caben dentro de sus límites los que hemos llamado actos de publicidad jurídica directa, y parte de los de publicidad indirecta, fundamentalmente la tarea notarial formalizadora de negocios —dación de fe de contratos—, pues todos ellos han pasado a constituir funciones autónomas del Estado, sin otro ligamen con la jurisdiccional que el origen remoto común de alguno de sus órganos.

No obstante, los actos pertenecientes a la jurisdicción voluntaria según esta concepción reducida, son también muy numerosos, y salvo el dato subjetivo de su atribución *lege data* al Poder judicial, ofrecen pocas notas que permitan reducirlos a una categoría general. En España, González Palomino⁷ ha intentado una clasificación distinguiendo tres grupos:

a) *Autorizaciones y complementos de capacidad*. Es una categoría sustancialmente coincidente con la denominada anteriormente de actos de amparo de personas de capacidad nula o disminuida. En ellos el juez, con o sin ejercicio de jurisdicción, pero con evidente ejercicio de autoridad, emite una declaración de voluntad: licencia supletoria de la marital, licencia para la enajenación de bienes de menores o incapacitados, nombramiento de defensor, etcétera.

b) *Declaraciones de situaciones jurídicas*. El juez, previa cognición más o menos extensa, declara que a un supuesto de hecho

6. En este sentido, LAVANDERA: "Jurisdicción notarial", R. D. P., 1918. págs. 217 y sigs. Y, aunque menos precisamente, parece seguir en Italia esta postura MICHELI: "Per una revisione della nozione di giudizione volontaria", R. D. *Processuale*, 1947, II-1, pág. 21.

7. *Instituciones de Derecho notarial*. Reus, Madrid, tomo I, págs. 79 y siguientes.

corresponde una situación de derecho. Declara herederos a unos parientes del causante; declara que un documento reúne los requisitos del testamento ológrafo, etcétera.

c) *Fijación provisional de hechos*. El juez, pasivamente, admite documentos y declaraciones testificales sobre hechos que no pueden perjudicar a persona determinada, y se limita a aprobar o no la información, sin valorarla ni darle valor.

Estos dos últimos grupos, *latu sensu*, caben dentro del grupo amplio antes denominado actos de solemne e indirecta publicidad jurídica.

La práctica, la doctrina y aun la legislación de la mayoría de países han consagrado esta concepción más reducida para acotar el término jurisdicción voluntaria comprendiendo dentro de ella dichos actos *extravagantes*, que no obstante su atribución a la Judicatura, ni parecen judiciales, por no implicar contención; ni administrativos, por no actuarse tutela alguna de interés público; ni notariales, por no referirse a la tarea formalizadora de negocios. Esto ha permitido a algún autor afirmar, con bastante razón, que la jurisdicción voluntaria «viene a convertirse en un tema por todos repudiado y sin sede científica propia».⁸

2. Esta concepción estricta ha tenido acogimiento en España, donde la materia de la jurisdicción voluntaria está contenida en el libro III de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, que comprende los artículos 1.811 a 2.181. El primero de dichos preceptos determina que «se considerarán 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 y determinadas». Los otros preceptos reglamentan como actos de jurisdicción voluntaria los siguientes:

Civiles: 1) Adopción. 2) Nombramiento de tutores. 3) Medi-

8. GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho administrativo*, I. E. P. Madrid, 1964, vol. I, parte general, 3a. edic., pág. 36.

das provisionales en relación con la mujer casada y menores hijos de familia. 4) Suplemento del consentimiento para contraer matrimonio. 5) Elevación a escritura pública del testamento hecho de palabra. 6) Apertura de testamentos cerrados. 7) Informaciones para dispensa de ley. 8) Habilitaciones para comparecer en juicio. 9) Informaciones para perpetua memoria. 10) Enajenación de bienes de menores e incapacitados y transacción acerca de sus derechos. 11) Del ausente. 12) Subastas judiciales. 13) Posesión judicial en los casos en que no proceda el interdicto de adquirir. 14) Deslinde y amojonamiento. 15) Apeos y prorrateos de foros.

Mercantiles: 16) Depósito y reconocimiento de efectos mercantiles. 17) Embargo y depósito provisionales del valor de una letra de cambio. 18) Calificación de averías y liquidación de la gruesa y contribución a la misma. 19) Descarga, abandono e intervención de efectos mercantiles y de la fianza de cargamento. 20) Enajenación y apoderamiento de efectos comerciales en casos urgentes y de la recomposición de naves. 21) De otros actos de comercio que requieren la intervención judicial perentoria. 22) Nombramiento de árbitros y peritos en el contrato de seguro.

El notariado sólo tangencialmente actúa en estos casos de jurisdicción voluntaria en supuestos concretos de fácil enumeración:

1) En materia de deslinde y amojonamiento el acta que da fin al expediente se protocoliza notarialmente (artículo 2.068).

2) En las llamadas *informaciones «ad perpetuam memoriam»* el auto que las prueba, si se refiere a hechos de reconocida importancia, se protocoliza notarialmente, y en caso de no tener importancia, se archiva en la Secretaría del Juzgado (art. 2.007).

3) En la elevación a escritura pública del *testamento en peligro de muerte* se protocoliza también notarialmente el expediente, y, además, el notario actúa en el trámite judicial de homologación, si hubiera concurrido el otorgamiento del testamento y por

cualquier causa no lo hubiera autorizado (artículos 1.945 y sigs.).

4) En la apertura de *testamentos cerrados* el notario es citado, juntamente con los testigos instrumentales, para presenciar ante el juez la adveración que éstos hagan de sus firmas. En caso de haber fallecido el notario, se procederá por el juez al cotejo de su firma, signo y rúbrica. Y por último, después de abierto y leído el testamento, se protocoliza en los Registros del notario que hubiera autorizado su otorgamiento (arts. 1.959, 1.963 y 1.968).

En suma, pues, la actividad notarial, en la jurisdicción voluntaria, según este esquema legal, queda reducida a bien poco:

— Conservar expedientes y expedir algunas de sus copias, no todas, ya que la L.E.C. determina que puede ser tarea judicial el expedir la del acta de deslinde y amojonamiento (artículo 2.068).

— Actuar el notario como mero testigo privado, en el testamento en peligro de muerte.

— Presenciar las diligencias de adveración de firmas puestas por los testigos que sepan firmar, en el acta notarial autorizada en el pliego que contiene el testamento cerrado (art. 707 del Código Civil).

Un somero examen de este régimen legal sugiere la idea de que el legislador español pecó, por defecto o por exceso, al reglamentar la intervención notarial, en la jurisdicción voluntaria. Si las informaciones *ad perpetum memoriam*, la pseudo-elevación a escritura pública del testamento en peligro de muerte y la apertura del testamento cerrado, se estiman que son función judicial, no se explica por qué los expedientes judiciales que derivan de estas actuaciones hayan de protocolizarse notarialmente, o por qué no se protocolizan otros, como el de declaración de herederos, por ejemplo. Si el acta notarial levantada en la plica que contiene este último testamento consigna la declaración, firmada por el testador, de que en ella se encuentra su

última voluntad, y las firmas de los testigos fueron puestas a presencia del notario autorizante, parece incongruente e injustificado que la homologación no se haga ante el propio notario autorizante del acta.⁹ Estas anomalías demuestran bien claramente que el legislador español no siguió una línea uniforme de conducta al redactar los artículos de la L.E.C. en materia de jurisdicción voluntaria y, en general, al trazar los límites fronterizos entre función judicial y notarial.

3. Contra este estado de derecho constituido, se ha pronunciado la doctrina notarial española. Fernández Casado afirmó que caían «fuera de la esfera judicial los actos de jurisdicción voluntaria y sus similares, encomendados hoy a los Tribunales de justicia».¹⁰ Monasterio Gali, con visión original, consideró la función notarial como una institución especial autenticadora tanto de los actos y contratos, como de los hechos de todas clases que puedan tener trascendencia en el orden jurídico, sean nacimientos, matrimonios, defunciones, declaraciones de herederos *ab intestato*s, acreditación del nombramiento de tutores, de la posesión... En suma de todos los hechos y actos de la vida privada que pueden ser origen de algún derecho o causa de modificación del mismo. Por ello, los llamados actos de la jurisdicción voluntaria son función notarial y deben excluirse de la judicatura.¹¹

Sobre estas ideas, modificadas y desarrolladas en algunos aspectos, se produjo el movimiento español pro-jurisdicción voluntaria notarial. Las incongruencias de la L.E.C. se explicaron en cuanto los actos de esta jurisdicción eran función del notario y en ellos nada tenía que hacer la judicatura. La lista de

9. El artículo 620 del *Codice civile italiano* reglamenta como función notarial la publicación de testamentos ológrafos y cerrados.

10. *La Notaria*, I, pág. 48 (cita de OTERO VALENTÍN: *Sistema de la función notarial*, Artes Gráficas, Igualada, 1933, pág. 549).

11. Cfr. CASTÁN: *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Reus, 1946, pág. 33, y LARRAUD: "Introducción al estudio del Derecho notarial", R. D. Not., XVI, pág. 56, y concretamente nota 89, págs. 72 y sigs.

notarios que defendieron estas ideas, es numerosísima. En ella figuran nombres gloriosos: Azpeitia, Bellver Cano, Vázquez Campo, Mengual, Jiménez Arnau, Navarro Azpeitia, etc. Este último ha sido, durante muchos años, el más denodado defensor de la incorporación de la jurisdicción voluntaria al notariado.¹²

Como el mismo Navarro Azpeitia nos cuenta, por iniciativa suya, el Colegio Notarial de Barcelona y luego la Asamblea de Juntas Directivas de Colegios Notariales de España, en 6 de junio de 1940, acordaron por unanimidad que al notariado correspondía la competencia plena en todos los expedientes de la jurisdicción voluntaria, puesto que lo son de «demostración de hechos a instancia de parte sin contienda y hoy tienen en la legislación notarial un vehículo apto, como es el acta de notoriedad, lo suficientemente flexible para cumplir en ella las garantías procesales propias de cada caso y lo suficientemente rígido para dejar a la calificación y responsabilidad del notario la declaración de haber probado o no el hecho sometido a notoriedad. Por lo tanto, debería permitirse que los interesados pudieran acudir, indistintamente y a su elección, al expediente de declaración de herederos *ab intestato*, expedientes posesorios y de dominio, informaciones *ad perpetuam* y demás actos de jurisdicción voluntaria concediendo para ello al *dictamen* notarial terminal de las actas *efectos declaratorios* de los actos judiciales de terminación de los expedientes de jurisdicción voluntaria que nunca causan estado. El notario, perito en derecho, como el juez; representante del Estado, como el fiscal; e investido de fe pública, como el actuario, puede revestir estas actuaciones de todas las garantías precisas para su plena efectividad».¹³

12. Véase ampliamente CASTÁN, *ob.cit.*, págs. 187 y sigs.; CÁCERES García: *Las funciones judicial y notarial, su delimitación y la actuación notariales. Proceso y relación jurídica notariales*. Oviedo, s. f.; JIMÉNEZ ARNAU: *Introducción al Derecho notarial*, Edit. R. D. P. Madrid., 1944, página 306, y *Derecho notarial español*, Universidad de Navarra, 1964, vol. I, págs. 159-168; NAVARRO AZPEITIA: "Teoría de la autenticación notarial", R. D. P., 1942, pág. 684, y *Actas*, págs. 81 y sigs.

13. *Actas...*, págs. 89-90.

Durante muchos años, esta aspiración notarial pareció que iba a triunfar, ya que no sólo entre notarios tuvo acogida, sino que llegó a la Dirección General de los Registros y del notariado, al propio Ministro de Justicia, y tuvo defensores fuera del notariado. Don Casto Barahona, subdirector del Centro Directivo durante muchos años, abogó abiertamente por la incorporación a la esfera notarial de toda la parte del derecho en su normalidad, sin oposición ni contienda, y, por ende, de la jurisdicción voluntaria. El Ministro de Justicia, en la apertura de los Tribunales del año 1932 reconoció que gran número de actos de dicha jurisdicción deberían salir de la esfera judicial y ser entregados a la competencia de los notarios. Ossorio Gallardo admitió que dichos actos pertenecían a la fisiología del derecho, no requieren potestad de mando y, salvo que surja contienda, deben desenvolverse por los trámites de la actuación notarial. Más recientemente, en la apertura de los Tribunales de 1964, el Ministro de Justicia ha mantenido el criterio de que la jurisdicción voluntaria sea regulada por una ley especial distinta de la procesal, y tal es el pensamiento de cuantos se ocupan de la reforma del procedimiento.¹⁴

Fruto de este estado de opinión fue el Reglamento Notarial de 1944, redactado por una Comisión formada, entre otros, por Porcioles, Barahona, Navarro Azpeitia y Núñez-Lagos. Su artículo 2o afirma que «al notariado corresponde íntegra y plenamente el ejercicio de la fe pública, en cuantas relaciones de derecho privado traten de establecerse o declararse sin contienda judicial», y, en la misma línea de conducta, el artículo 209 determina que «las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios, sobre los cuales podrán ser fundados y declarados derechos y cualidades con trascendencia jurídica».

14. Véase CASTÁN, *loc. ult. cit.*; OTERO VALENTÍN, *ob. cit.*, págs 547 y siguientes; BARAHONA: *Algunos matices del Notariado español*. Conf. en el C. N. de Barcelona, publicada en "Temas varios de Derecho público y privado", Barcelona, 1943, pág. 12.

4. Examinado más en concreto el problema de incorporación al notariado de los actos de jurisdicción voluntaria, se han mantenido en España posturas distintas.

A) González Palomino parte para resolver la cuestión de su idea sobre la función notarial y judicial.

a) Hay que distinguir una función notarial típica que se deduce de la L. O., y una función notarial *añadida* reglamentariamente.

La primera, expresada con la fórmula «dar fe», reside en «afirmar preventivamente los *hechos* que dan nacimiento, son consecuencia del ejercicio o causa de extinción, de los contratos y demás actos extrajudiciales». ¹⁵ «La actuación notarial consiste, pues, en la *afirmación de hechos evidentes para el notario*», pero contenidos en escritura pública. La actuación notarial en las actas no es funcionalmente típica, originaria, ni legalmente. ¹⁶ Tampoco la emisión de juicios es función típica notarial, sino presupuesto del ejercicio de sus funciones. ¹⁷

La función añadida consiste en la posibilidad de afirmar hechos que el notario no percibe por evidencia directa, sino que le constan por afirmaciones de otros. En tal caso, más que una afirmación de hechos, lo que el notario hace es emitir un *juicio*. No afirma, sino por lo que otros afirman. ¹⁸ También es función de ese tipo la antes expresada de dación de fe en las actas.

b) Respecto de la función judicial, opina González Palomino que la idea de jurisdicción tiene por objeto dar realidad efectiva a la promesa de asistencia y garantía de la ley, en función represiva o *preventiva*, mediante un acto de voluntad del Juez, en sustitución de la voluntad de los particulares. ¹⁹

c) Proyectando estas afirmaciones sobre la clasificación tri-

15. *Ob. cit.*, pág. 51.

16. *Ob. cit.*, pág. 119.

17. *Negocio jurídico y documento*, Conf. C. N. Valencia, 1951, pág. 25; *Instituciones*, pág. 118.

18. *Instituc.*, págs. 84-94.

19. *Instituc.*, pág. 69.

partita de actos de jurisdicción voluntaria formulados anteriormente, resulta: el primer grupo, en el que el Juez concede o deniega una autorización, o hace un nombramiento por medio de acto de voluntad, es cosa ajena a la función notarial. El segundo grupo, en el que el Juez hace una declaración sobre hechos y derechos, tras una información más o menos sumaria, también parece ajeno a la función notarial. Y sólo en el tercer grupo, en que la función del Juez es pasiva, limitada a recibir una información o aprobarla, como tal información, sin valorarla ni darle valor, hay analogía con la función notarial. Parece, por consiguiente, excesivo querer ampliar la función notarial a todos los grupos, con base en la analogía con uno de ellos, precisamente el más reducido.²⁰

B) De la Cámara coincide en parte con la opinión expuesta, si bien introduce variantes esenciales.²¹

a) Distingue también una función típica notarial y otra añadida, a la que llama —siguiendo a Carusi—²² función notarial *en sentido subjetivo*, porque, difiriendo objetivamente de la que constituye la razón de ser de la existencia legal del notario, sólo es notarial por razón del sujeto que la desempeña.²³

La *función típica* hay que buscarla en el artículo 1o de la L. O., y consiste en «dar fe», con arreglo a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales. Dentro de ella cabe la emisión notarial de juicios. El notario, por imperativo legal, no sólo proporciona prueba auténtica de las declaraciones de voluntad negociales —hechos evidentes—, sino que al actuar conforme a las leyes realiza un control de legalidad del acto. Por eso el notario se halla investido de un *doble poder: el de dar fe y el de calificar*. Por razón del último, actúa dicho control que «cuaja en una serie de juicios, algunos de los cuales se refieren a hechos

20. Instituc., págs. 81-82.

21. *Valor jurídico y aplicaciones de las actas de notoriedad en el Derecho español*, Madrid, 1950.

22. *Il negozio giuridico notarile*, Giuffrè, Milán, 1947, pág. 31; CÁMARA, *ob. cit.*, pág. 65.

23. *Loc. ult. cit.*

que el notario no le constan sensorialmente. Ahora bien, estos juicios no tienen otra finalidad que la de constatar la eficacia del negocio que va a ser escriturado, quedando limitados en este sentido su alcance y eficacia».²⁴

b) Tomando en consideración estos argumentos. De la Cámara cree que la cuestión de la jurisdicción voluntaria debe resolverse, no partiendo del hecho de que los actos de tal especie sean función judicial —incluso presupone que no lo sean—, sino de si son función notarial. Y, sobre este nuevo enfoque, opina que no hay razón funcional alguna que aconseje su adscripción a la competencia notarial, por no encajar en la función típica. No obstante, razones prácticas pueden aconsejar la atribución al notariado, *como función subjetiva*, no objetiva, del tercer grupo de los actos de jurisdicción voluntaria antes formulado, esto es, aquel que tiende a la *fijación provisional de hechos*. Y aun en este reducido campo debería el notario liberarse de la obligación de emitir un juicio sobre *hechos* que pretenden acreditarse por este procedimiento.²⁵ En último término, *lo que no es función notarial*, en ninguno de los casos, *es la declaración de derechos*, tarea que ha venido siendo atribuida al organismo jurisdiccional, distinguiendo la hecha en proceso contencioso y la formulada en acto de jurisdicción voluntaria. La utilidad de una declaración notarial de derecho —termina Cámara— sería en todo caso escasa, ya «que no parece que la subsunción del hecho... en la norma jurídica realizada por el notario, haya de vincular, ni siquiera en la esfera extrajudicial, a los funcionarios ante quienes tenga que surtir efectos el documento. El Registrador de la Propiedad, por ejemplo, puede discrepar de la valoración jurídica del hecho efectuado por el notario.»²⁶

24. *Ob. cit.*, págs. 63 y sigs.

25. *Ob. cit.*, págs. 68-69.

26. *Ob. cit.*, págs. 25-27.

C) Navarro Azpeitia²⁷ claramente expresa que todos los actos de publicidad jurídica directa, con o sin calificación, corresponden por regla general a la zona administrativa, aunque ningún obstáculo habría, si se quisiera, para confiarla en todo o parte al cuidado notarial. Que los actos de amparo de personas de capacidad nula o disminuido son más bien materia de jueces o Tribunales especiales, Tutelares, Familiares, etc., o, a falta de ellos, de la propia jurisdicción ordinaria, ya que la decisión que en ellos recaiga excede de la prestación de fe pública y de la imposición de autenticidad que es función del notariado. Pero por la indirecta relación que tienen con las actividades notariales a las que muchas veces sirven de base y de complemento, debería ser comprendido como derecho de los notarios el poder intervenir, como representante y asesor de los interesados en su tramitación y dirección. Y que los actos que dicho autor llama de solemne e indirecta publicidad jurídica, dentro de los cuales caben las declaraciones de situaciones jurídicas y fijación provisional de hechos, corresponde plenamente al notariado, naturalmente de tipo latino.

D) Finalmente, Monasterio Gali, con el criterio amplio de la función notarial que antes hemos expuesto, lleva al campo de ésta toda la materia de jurisdicción voluntaria

5. Esta variedad de opiniones nos obliga a examinar más detenidamente el problema de encuadramiento de la jurisdicción voluntaria dentro de la función notarial, problema que se liga a otro más amplio, cual es el de la determinación de las funciones estatales y de los órganos *ad hoc* para su ejercicio o realización.²⁸

Es pacífica la idea de que la acción del Estado se manifiesta:

27. Carta a don Eduardo B. Pondé, Coordinador de la III Ponencia del VIII Congreso Internacional del Notariado Latino.

28. Sobre este punto, pueden verse: GARRIDO FALLA, *ob. cit.*, páginas 21-42, y ROYO VILLANOVA: *Elementos de Derecho administrativo*, 26 ed., tomo I, Valladolid, 1964-65, págs. 6 y sigs.

mediante el establecimiento de normas jurídicas que rigen la comunidad social —función legislativa—; mediante la resolución específica de los conflictos intersubjetivos de intereses que se planteen entre individuos o entre éstos y la comunidad —función jurisdiccional—; o mediante la ejecución concreta de las medidas pertinentes para satisfacer las necesidades que plantea la vida en común —función ejecutiva—, el órgano *ad hoc* para el ejercicio de la primera función es el Poder Legislativo; para la segunda, la Jurisdicción; para la tercera, se acepta que la Administración, pero se discute si hay otros órganos además de ésta. Esta última cuestión depende del criterio que se admita como válido para precisar el concepto y esfera de actividad de la Administración. Si se acepta el *criterio residual*²⁹ de la doctrina alemana, según el cual, una vez determinado abstractamente las ideas de legislación y jurisdicción, el resto de la actividad estatal no enclavado en una u otro, es Administración, llegaríamos a la conclusión de que no existe otro órgano de ejecución, que la Administración. Pero esta idea no es pacífica y contradice la realidad de la vida social donde —como tendremos ocasión de comprobar— hay otros órganos que cumplen funciones de ejecución paralelas, no coincidentes con la administrativa.

Pero, aun aceptando el dicho criterio residual, no se crea que los límites entre Legislación, Jurisdicción y Administración son claros, pues, en el derecho constituido, la Legislación actúa funciones ejecutivas (leyes encaminadas o crear situaciones jurídicas concretas, por ejemplo, enajenar o gravar sus bienes; su propia organización y personal), la Jurisdicción actúa funciones que no son jurisdiccionales (la jurisdicción voluntaria y su propia organización interna) y la Administración realiza funciones legislativas (dictar reglamentos) y jurisdiccionales (procedimientos administrativos).

29. GARRIDO FALLA, *ob. cit.*, pág. 31.

Esta situación de hecho ha dado lugar a dos direcciones opuestas para resolver el problema de las funciones y órganos del Estado.³⁰

1) Una, que pudiéramos llamar *material y objetiva*, sostiene la necesidad de precisar en abstracto el campo de cada función estatal, y del órgano que ha de realizarla. Admitido esto, procede efectuar una redistribución de funciones por razón de los órganos y *regresar* al órgano *ad hoc* las actividades que cumpla inadecuadamente otro órgano, por ejemplo, llevar a la Jurisdicción todos los procedimientos administrativos.

2) Otra, que calificaremos como *subjetiva*, consiste en estimar que es típico de cada órgano aquello que en el estado actual de derecho, y en virtud de un lento proceso histórico, ha quedado atribuido al mismo. Desde este punto de vista, la potestad reglamentaria, como la jurisdiccional de la Administración —por ejemplo— se explican como competencias *normales*, no excepcionales de ésta.

Ahora bien, incluso los autores que aceptan esta última postura están de acuerdo en que el Estado de Derecho es una tendencia a acantonar cada función en un órgano distinto, por ello, su organización exige poseer un criterio previo para diferenciar tales funciones.

Estas ideas van a servir de punto de partida para determinar las relaciones entre el notario y la jurisdicción voluntaria. Primeramente, examinaremos las causas que históricamente han dado lugar a situar la jurisdicción voluntaria entre las actividades funcionales de la Jurisdicción; luego, partiendo de un criterio abstracto ordenador, señalaremos cuál es el órgano del Estado más apto para cumplir dicha función en el momento histórico actual.

30. GARRIDO FALLA, *loc. cit.*, y ROYO VILLANOVA, *loc. cit.*

III PARTE HISTÓRICA

6. La adquisición de la fe pública marca el momento fundacional del notariado moderno. Esta circunstancia hay que situarla históricamente entre los siglos XI y XII,³¹ en que se produce el cruzamiento de dos fenómenos que hasta entonces habían caminado en líneas distintas, pero que estaban fatalmente llamados a converger. De una parte, la que hoy podemos llamar función autenticadora de negocios había estado en manos distintas de la del notario. De otra, los órganos que, según la doctrina, constituyen el precedente más remoto del actual notariado, cumplían funciones distintas, públicas o privadas, pero en cuanto a éstas, desprovistas de fe pública. Esto explica que, con acierto, Núñez-Lagos³² haya podido distinguir entre «Historia de la función notarial» (ejercida por pretores, magistrados, jueces, notarios, etc.) e «Historia del órgano notarial» (notarios romanos y eclesiásticos, tabelliones, notarios longobardos y francos, notario medieval, etc.). El examen de los hechos que derivaron en el cruzamiento de estos dos fenómenos históricos es fundamental para el estudio del problema que nos ocupa. Veamos cómo se produjo.

7. Entre el notario de la edad romana y el notario medieval³³ no hay otra nota en común que el nombre. El notario romano era una especie de taquígrafo que, al servicio de abogados o personas que ejercían actividad pública tomaba nota de los discursos o extendía al dictado las primeras versiones de las defensas o de los trabajos. Como taquígrafos, los notarios, en un

31. PETRUCCI: "Il Notariato italiano dalle origini al secolo XIV", *Revista del Notariato*, Giuffrè, 1958, pág. 547.

32. *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, A.A.M. del N., Reus, tomo , pág. 419, nota (1). Y Centenario de la Ley notarial. Fuentes y bibliografía. Privilegios y Ordenanzas históricas de los Notarios de Barcelona. Vol. II, tomo I. Barcelona, 1965, págs. 9 y sigs.

33. Seguimos en esta evolución, incluso casi al pie de la letra, a PETRUCCI, *ob. cit.*, págs. 524 y sigs.

segundo tiempo, formaron un cuerpo al servicio de los Tribunales, donde cumplían funciones hoy propias de los secretarios judiciales: registraban demandas, respuestas de los interrogados, testigos, etc. Estos notarios eran funcionarios estatales. Pronto entraron a formar parte de la casa del emperador, cumpliendo tareas diferentes, desde redactar las actas de los consistorios, hasta ejercer funciones estatales (notarios al servicio de los «*prefetti del pretorio*» o de la administración central o provincial).

A imitación de estos funcionarios, la Iglesia de Roma tuvo, desde el siglo III, un propio Cuerpo de Notarios. Pero en la edad imperial, la tarea de redactar los actos por cuenta de los particulares, estuvo atribuida no ya a *notarios*, sino a otro especial cuerpo de funcionarios, los *tabelliones*, organizados en corporación. Ahora bien, el *tabellio* no daba fe pública; para que el documento pudiera producir efectos semejantes era necesario que el autor lo depositara en una de las varias oficinas públicas encargadas de recibir los actos privados.

La legislación justiniana reguló de modo definitivo el oficio del *tabellio*, pero no le concede pública fe.

Las hipótesis hasta ahora mantenidas sobre el origen del notariado italiano —y moderno— las reagrupa Petrucci en tres: 1a. Las que ven dicho origen en las *tabelliones*. 2a. Las que sitúan el mismo en la época franca. 3a. Las que estiman como precedente inmediato al notariado longobardo.

El error de la primera consiste en haber sobrevalorado las esporádicas sobrevivencias del *tabellio* en la Edad Media, e infravalorado la obra del notariado longobardo.

El error de la segunda, en haber anticipado el nacimiento del notariado italiano, colocándole en el siglo IX y no en el XI o XII, cuando adquiere la fe pública. La tesis hoy predominantemente

aceptada pone el punto de origen del notariado en su precedente longobardo, del que nos vamos a ocupar.³⁴

Después de la invasión y establecimiento de los longobardos en el territorio italiano, la propiedad inmobiliaria sufrió un dislocamiento: la aristocracia militar longobarda constituyó grandes latifundios, absorbiendo la propiedad de la aristocracia romana y bizantina; la media y pequeña propiedad pasó a una nueva clase social, la de artesanos y traficantes. La Iglesia, por contra, no sólo mantiene intacta sus grandes propiedades, sino que las desarrolla. En este estado de cosas se produjeron en el siglo VII frecuentes cambios de propiedad, de lo que derivó una continua necesidad de documentación, que la Iglesia suplía en las sedes episcopales y monasterios con los *notarios eclesiásticos*, y que la aristocracia laica longobarda tenía necesidad de satisfacer, provocando el nacimiento (o *renacimiento*) de una categoría de *escribas* que, no estando provistos de fe pública, redactaban contratos a instancia de personas privadas en forma permitida por la ley. El notariado longobardo nace en función de la gran propiedad laica de los siglos VII y VIII, adquiriendo el calificativo de notarios por imitación de los notarios eclesiásticos.

En esta época, algunos notarios acumularon en su oficio el de Juez. En el siglo IX este fenómeno se hace frecuente. Se llegó, incluso, a estimar al notariado como primer grado de una carrera cuyo grado sucesivo era el oficio de Juez.

En el curso del siglo XI o, para ser más exactos, entre los siglos XI y XII —como antes hemos dicho—, el notariado italiano que había conseguido un alto prestigio y una gran difusión, adquiere la fe pública. Consigue que los documentos notariales para ser válidos y producir la eficacia de *actio iudicata* no tengan necesidad de la presencia y suscripciones de un Juez. Pero

34. En esta línea de conducta está SCHIAPARELLI: *Note diplomatiche sulle carte longobarde*, I, I Notai nell'età longobarde, en *Archivio storico italiano*, VII, XVII, 1932, pags. 3 y sigs.; PETRUCCI —*loc. cit.*— y NÚÑEZ-LAGOS.

veamos cómo, por otro camino, se llega también a esta conclusión.

8. En la historia, la falta de un notario dotado de fe pública, hizo que los efectos que hoy se derivan de aquélla, se alcanzaran por el mecanismo de los juicios fingidos o aparentes. En Roma, a esta necesidad se llegó a través de las dos especies procedimentales admitidas: la *in iure* y la *in iudicio*.³⁵

El procedimiento *in iure* se desarrolla ante el Magistrado, mediante fórmulas solemnes y gestos simbólicos que tomaron el nombre de *actiones*, más tarde *legis actiones*, bien por haber sido introducidas por la ley, bien por reproducir fórmulas contenidas en ella.

El demandante exponía su pretensión. El demandado negaba o admitía aquélla. *En el primer caso*, el procedimiento *in iure* quedaba cerrado con la *litis contestatio*, que era un acuerdo formal concluido entre las partes ante testigos (de ahí el nombre de *contestatio*), por el que sometían a la sentencia dictada por el *iudex* la controversia fijada *in iure*. El Magistrado procedía a designar el Juez al que investía con la misión de dictar sentencia. *En el segundo caso*, cuando el demandado admitía la petición, se producía la *confessio in iure* y se excluía la *litis*. Se podía proceder inmediatamente en vía ejecutiva: «*Confessio pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur*» (Paulo, 1, I. D. 422).

El procedimiento *in iudicio* es una consecuencia de la *litis contestatio*. El procedimiento se sigue ante el *iudex*. Los litigantes exponían sus razones, proponían sus pruebas y el Juez, tras apreciarlas con la más amplia libertad, dictaba sentencia. En este procedimiento cabía también la *confessio*, pero como un medio más de prueba que versa sobre hechos concretos de la pretensión, y no afecta —como la *in iure*— a la total relación o situación jurídica.

35. DE FRANCISCI: *Síntesis histórica del Derecho romano*. Editorial R. D. P., 1954, págs. 185 y sigs.; págs. 553 y sis., y págs. 786 y sigs.; NÚÑEZ-LAGOS, *ob. cit.*, págs. 424 y sigs.; Idem: *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid, 1950, págs. 245-277.

La sentencia dictada en el procedimiento *in iudicio* producía —recuerda Núñez-Lagos—³⁶ efectos a dos vertientes: una, del lado de la organización judicial frente a futuros litigios: efectos negativos a consuntivos: *exceptio rei iudicatae*. Otra, del lado del Derecho material: *actio iudicati*, que abarcaba: la declaración de derechos —efecto declarativo propio de toda sentencia—, y su ejecución forzosa —efecto ejecutivo— propio de la sentencia de condena. En caso de *confessio in iure*, todos los romanistas están de acuerdo en que se daba la misma *actio iudicati* como una *actio in factum*.

Este mismo sistema, en esencia, se mantuvo en la época del proceso formulario y del justiniano.³⁷

En el comienzo de la Edad Media, la *confessio* no se practicó. Los juristas medievales prefirieron partir del allanamiento a la demanda. Para la transmisión de propiedad, reivindicaba el comprador y se allanaba a la demanda el vendedor. Para la constitución de deuda, demandaba el acreedor y se allanaba al deudor. La demanda —*libellus*— y sentencia eran indispensables y, por tanto, un proceso aparente terminado y completo.

La primera etapa de simplificación fue suprimir la forma de sentencia. En efecto, se admitió que si el demandado, antes de contestar a la demanda, reconocía *apud iudicem* el derecho del actor, no había posibilidad de *litis contestatio* y, por tanto, de sentencia —imposible sin *litis contestatio*—, bastando entonces con que el Juez dictase un simple *praeceptum de solvendo*, de idénticos efectos que la sentencia en cuanto a la *actio iudicati*.

La segunda etapa fue suprimir la necesidad de la demanda. Las partes comparecían ante el Juez, y previo requerimiento de una parte, pero sin formular demanda, la otra confesaba y el Juez pronunciaba un simple *praeceptum de solvendo*, con eficacia de *actio iudicati*. Se volvió al sistema de la *confessio in iure*. El

36. Casi textualmente en *Valor jurídico...*, págs. 424 y sigs.

37. DE FRANCISCI, *ob. y loc. cit.*

principio «*confessio in iure pro iudicato habetur*» sirvió para que por un proceso aparente simplificado se arbitrara un medio legitimador de negocios jurídicos con eficacia de sentencia e intervención del Juez, a diferencia de la *confessio in iure* del Derecho romano.

Entre los siglos XI y XII, el notariado, que había conseguido la fe pública, consigue que este juicio aparente sea sustituido por una comparecencia ante aquél, y el documento que redacta con la *pseudo confessio* de las partes adquiere, por virtud de la llamada *cláusula guarentigia*, la misma eficacia que el *praeceptum de solvendo* del *iudex*. Nacen entonces los *instrumenta guarentigia*,³⁸ los instrumentos públicos.

Del Derecho medieval italiano tomaron los distintos notariados nacionales las bases de su actual ordenación. Esta es una idea pacífica que excusa de una detenida exposición de la materia.³⁹

9. En el Derecho romano, como hemos visto, la facultad de intervenir en los procesos normales de carácter civil que integraban el *ordo iudiciorum privatorum* —procedimiento de *legis actiones* y *formulario*— correspondía al Magistrado. Pero dicho funcionario, además, tenía funciones típicamente administrativas, otras no propiamente procesales, aunque relacionadas con el proceso, e incluso, independientes de él (puesta en posesión de bienes, estipulaciones pretorias, nombramientos de tutores, adopciones, manumisiones, etc.). Los romanistas aún no se han puesto de acuerdo sobre la denominación que debe darse a cada una de dichas facultades del Magistrado.⁴⁰

La opinión más generalizada entiende que el *imperium* es el

38. Vide DINA BIZZARRI: "Il documento notarile guarentigiato (Genesi storica e natura giuridica)", *Memorie dell'Istituto Giuridico*, serie II, memoria XVII, Torino, 1932, Separata, págs. 1-55, donde puede encontrarse una amplia exposición de las ideas expuestas sobre la eficacia ejecutiva del documento *guarentigiato*, y sus precedentes procesales.

39. Para España, NÚÑEZ-LAGOS: *Valor jur...*, pág. 431.

40. Véase: URSICINO ALVAREZ, *ob. cit.*, págs. 191-199; DE MATINO. *ob. cit.*, pág. 279 y sigs.

concepto más genérico, dentro del cual caben otros más concretos: *jurisdictio*, para designar la intervención en los procesos civiles; *cognitio*, para referirse a los actos relacionados con el proceso e independientes de él.

Incluso, dentro del proceso civil, la *jurisdictio* no abarca toda la actuación del Magistrado. Su actividad —como hemos visto— se concreta en los siguientes actos: *ius dicere*, o declaración del derecho ante las partes como acto inicial del proceso, previo a la concesión o denegación de la acción; *dare o denegare actionem*; *iudice dare*, o designación del Juez; y *iudicare iubere*, o resolución ordenando al Juez la resolución de la controversia. La *iurisdictio*, en un principio, comprendía únicamente la primera etapa, si bien posteriormente se extendió hasta comprender toda la etapa *in iure*.

El concepto jurisdicción voluntaria aparece solamente en un texto clásico de Marciano (D. i. 16.2):

Omnes proconsules statim quam urbem egressi fuerint habent jurisdictionem, 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 jurisdictionem talem.

Este texto, es opinión común, fue interpolado. Nadie duda que el concepto de jurisdicción voluntaria no fue recogido en las fuentes clásicas, aunque se discute si es clásica la distinción, ya que no el término.⁴¹

Cualquiera que sea la posición que se acepte, lo cierto es que el término *iurisdictio* fue utilizado durante siglos únicamente para designar la actuación del Magistrado relativa al *ius dicere*, en el procedimiento civil romano. La actividad que, en época posterior, fue designada con el nombre de jurisdicción voluntaria, y que ya clásicamente ejercía el Magistrado, era una derivación de su *imperium*, pero no de la *iuris dictio*. Es idea aceptable

41. *Loc. y aut. cit.* últimamente.

que los actos que realizaba el Magistrado y no implicaban controversia, no eran jurisdicción. Aunque, posteriormente, la deformación postclásica del concepto llevara al mismo éstos actos, en la época bizantina (*datio tutoris, manumisiones, adoptions, etc.*).

10. Cuanto hemos expuesto nos sirve para apreciar de conjunto, panorámicamente, la relación entre jurisdicción, jurisdicción voluntaria, función notarial, jueces y notarios en el momento en que históricamente hemos situado el nacimiento del notariado moderno.

Elevado el notario a la calidad de fedatario, se le atribuyó, por separación de la jurisdicción, aquella tarea formalizadora de negocios que hasta dicho momento se había venido realizando a través de juicios fingidos. No había propia *iurisdictio* en todo este quehacer, y el notariado encontró así lo que, a través del tiempo, se ha venido estimando como función suya típica. Quedó para el Juez la actividad propiamente jurisdiccional, el *ius dicere*, en los procesos civiles. Pero quizá por aquel criterio residual de que habla De Blasi,⁴² de atribuir al que tiene la tarea de aplicar el derecho toda actividad encaminada a constituir relaciones jurídicas, quedaron para el Juez aquellos actos que el Magistrado actuó, en virtud de su *imperium*, y que, en la época postclásica, por deformación del concepto terminaron designándose como actos de jurisdicción voluntaria. Aquella misma insuprimible tendencia llevó a lo jurisdiccional en siglos posteriores, más actos extravagantes, viniendo a constituir la jurisdicción voluntaria como una serie de cajón de sastre donde se incluían actos no típicamente jurisdiccionales, pero que tampoco suponían formalización auténtica de negocios. Quedó consagrada así la confusión histórica de distribución de funciones y órganos que ha llegado hasta el día de hoy.

42. *Ob. cit.*, pág. 1096.