

XURISDICIÓN VOLUNTARIA: UNHA REFORMA LEXISLATIVA PENDENTE PARA A NOVA LEXISLATURA *

Antonio Fernández de Buján

Catedrático da Universidade Autónoma de Madrid

Vogal do Relatorio de Reforma da Xurisdición voluntaria da Comisión Xeral de Codificación

antonio.bujan@uam.es

Resumo: *É hora xa de que a Xurisdición voluntaria deixe de ser un campo de experimentación do lexislador. Estamos ante a oportunidade de modernizar a Xustiza nesta materia e de facelo con vontade de permanencia no tempo, desde unha posición de consenso e de progreso, nunha esfera do Ordenamento de marcado carácter técnico-xurídico.*

Palabras clave: *Xurisdición voluntaria; autoridade xurisdiccional; secretario do tribunal; notario; rexistrador.*

Abstract: *It is time that Voluntary Jurisdiction ceases to be a mere area of experimentation for the legislator. We now have the opportunity to modernize Justice in this subject and to do so with the will of assuring its permanence in the future, from a position of consensus and progress and in a decidedly technical sphere of the Jurisdictional Order.*

Keywords: *Voluntary Jurisdiction; Jurisdictional authority; Clerk of the court; Notary; Registry.*

Índice: *1. Reforma lexislativa pendente: Libro III LAC 1881. Procedementos Específicos. Iter Lexislativo da tramitación parlamentaria. 2. O novo perfil da institución. 2.1. Concepto e evolución histórica. 2.2. Contido. 2.3. Garantías do procedemento. 2.4. Sanción constitucional. 3. Racionalizar. Desxudicializar. Redistribuír. Desregular. 4. Quince propostas de modificación respecto do texto normativo aprobado na Comisión de Xustiza do Congreso dos Deputados. 5. A modo de conclusión*

1. REFORMA LEXISLATIVA PENDENTE: LIBRO III LAC 1881

PROCEDEMENTOS ESPECÍFICOS. ITER LEXISLATIVO DA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

No marco do Estado Constitucional de Dereito, unha das pezas que aínda queda por encaixar no organigrama da Administración de Xustiza é a corres-

* O presente artigo foi elaborado no marco do Proxecto de Investigación, do que o Autor é o Investigador Principal: «La Jurisdicción Voluntaria: Un Proyecto Legislativo pendiente de cumplimiento». Ministerio de Ciencia e Innovación. DER2008-06460-Co2-C1.

pendente á xurisdición voluntaria. A Lei de axuizamento civil de 7 de xaneiro do 2000, LAC, pola que se rexe a xurisdición contenciosa nos procesos civís, establece na súa Disposición final décimo oitava que: «No prazo dun ano, a partir da data de entrada en vigor desta lei, o Goberno remitirá ás Cortes Xerais un proxecto de lei sobre xurisdición voluntaria». A reforma da xurisdición voluntaria foi así mesmo prevista no Pacto de Estado sobre a Xustiza asinado polos dous partidos maioritarios en España, o 28 de maio do ano 2001.

Por outra banda, na afortunada e precisa Exposición de Motivos da LAC afírmase, no apartado quinto, que en canto ao seu contido xeral, a devandita lei «configúrase con exclusión da materia relativa á xurisdición voluntaria que, como noutros países, parece preferible regular en lei distinta». Especial significación ten neste campo a Lei de xurisdición voluntaria alemá (Freiwillige Gerichtsbarkeit) de 1898 que, con máis de trinta reformas parciais, continúa en vigor.

Un primeiro paso importante no cumprimento do mandato lexislativo pendente de cumprimento, tivo lugar en decembro do ano 2002 ao poñerse en marcha a maquinaria lexislativa coa constitución, no seo da Sección Segunda da Comisión Xeral de Codificación, máximo órgano asesor do Ministerio de Xustiza nas tarefas prelexislativas, dun *Relatorio* presidido por D. José María de Prada e composto por sete membros, que ao longo de case tres anos de traballo, elabora unha proposta normativa integrada por 306 artigos e 10 disposicións complementarias —valoradas e tidas moi en conta as observacións formuladas polas Seccións de Dereito Civil e de Dereito Mercantil da Comisión de Codificación— que asumida como Proposta de Anteproxecto polo Ministerio de Xustiza, é publicada no seu Boletín Informativo en outubro do ano 2005 «como texto preliminar de una nueva regulación de la jurisdicción voluntaria, sin duda necesaria, por lo que se hace pública por su evidente interés para la comunidad jurídica, al objeto de propiciar su conocimiento y libre discusión», segundo se subliña na Nota que antecede á Memoria Explicativa e á Exposición de Motivos. A ponderada proposta de Anteproxecto elaborada pola Comisión Xeral de Codificación gozou, de forma manifesta, dunha positiva acollida na comunidade científica e por parte dos operadores xurídicos afectados, xuíces, secretarios xudiciais, notarios, rexistradores, avogados e procuradores dos tribunais.

A partir deste primeiro paso relevante do prelexislador, a proposta de Anteproxecto do *Relatorio* foi sometida a unha revisión interna no Ministerio de Xustiza, froito da cal foi o Anteproxecto de Lei de xurisdición voluntaria, aprobado en Consello de Ministros do 2 de xuño do 2006. O vinte de outubro

do ano 2006, o Consello de Ministros aprobou a remisión ás Cortes Xerais do Proxecto de lei de xurisdición voluntaria, para facilitar e axilizar a tutela e garantía dos dereitos da persoa, en materia civil e mercantil, que reproduciu, con escasas modificacións, o texto do Anteprojecto de lei de xuño do 2006, e aínda que introduciu melloras en determinados aspectos contemplados no Anteprojecto do *Relatorio*, cambiou a concepción da XV, ao administrativizar o procedemento xudicial na terminoloxía e no contido e establecer unha artificiosa equiparación, entre procedementos de diferente natureza, como son o xudicial e o administrativo notarial e rexistral, o que se materializou na supresión da contradición, dos recursos e da asistencia técnica nos procedementos xudiciais.

A desacertada, ao meu xuízo, previsión ,que implicaba un estéril reduccionismo da XV ao ámbito negocial e administrativo, foi por fortuna corrixida en trámite de emendas na Comisión de Xustiza do Congreso dos Deputados, que procedeu á recuperación das connotacións xurisdicionais do procedemento xudicial de XV, e a unha distinta regulación dos procedementos xudicial e administrativo de XV, en atención á súa diferente natureza xurídica e ás regras de funcionamento e principios informadores propios da súa conformación no Ordenamento Xurídico. En trámite de emendas presentouse un total de 323 ao articulado do Proxecto.

O 27 de xuño do 2007, foi aprobado na Comisión de Xustiza do Congreso dos Deputados, con Competencia Lexislativa Plena, o Proxecto de lei de xurisdición voluntaria, antes denominado Proxecto de lei de xurisdición voluntaria para facilitar e axilizar a tutela e garantía dos dereitos da persoa en materia civil e mercantil, cun contido de 229 artigos e 17 disposicións complementarias. O 24 de xullo, o texto lexislativo entrou no Senado, en cuxa Comisión de Xustiza os distintos Grupos Parlamentarios presentaron e debateron un total de 239 emendas. Finalmente, o 24 de outubro do 2007, día no que ía ser votado no Pleno do Senado, o Goberno procedeu a retirar o Proxecto de lei de xurisdición voluntaria.

En tanto non se aprobe unha Lei de xurisdición voluntaria, continúa vixente, con determinadas excepcións, conforme se establece na disposición derrogatoria única, apartados 1 e 2 da nova LAC, a regulación contida no libro III da LAC 1881, relativa á xurisdición voluntaria, así como a correspondente á conciliación e á declaración de herdeiros abintestato. En contraposición, porén, coa mencionada previsión legal, coa conciliación pasou o que sucedeu coas dilixencias preliminares, que sendo ambas institucións propias da xurisdición voluntaria foron reguladas en sedes de natureza heteroxénea. Así, a conciliación na recente Lei de reforma da lexislación procesual para a implantación da Nova

*Oficina Xudicial, e as dilixencias preliminares na Lei de axuizamento civil, reguladora da xurisdición contenciosa*¹.

Convén sinalar, por outra banda, que aínda que un amplo número dos supostos de xurisdición voluntaria xudicial contéñense no libro III da LAC, outros moitos nos que está prevista a intervención do xuíz ou se inclúen no marco da denominada xurisdición voluntaria notarial ou rexistral, regúlanse en textos lexislativos diversos, como o Código Civil, o Código de Comercio, a Lexislación hipotecaria, ou a Lei e o Regulamento do rexistro civil.

Nos últimos anos, xerouse, nun marco de expansión da institución, unha inflación de procedementos específicos, sen que exista proceso, contemplados en leis civís ou mercantís, que non sempre resultan xustificadas na súa especificidade, pero que en boa medida se amparan na ausencia dun procedemento global de xurisdición voluntaria no libro III da LAC. Cabería citar, entre outros textos nos que se regulan actos de xurisdición voluntaria, as seguintes disposicións lexislativas: Lei 30/1979, do 27 de decembro, en materia de transplantes de órganos; Lei 50/1980, do 8 de outubro, sobre Contrato de seguro, a propósito de nomeamento de terceiro perito; Lei 11/1981, do 13 de maio, en materia de filiación, patria potestade e réxime económico do matrimonio; Lei 30/1981, do 7 de xullo, sobre nulidade, separación e divorcio; Lei 1/1982, do 5 de maio sobre dereito ao honor, intimidade persoal e familiar e propia imaxe, en relación cos menores; lei 13/1983, do 24 de outubro, sobre tutela e curadoría; Lei 19/1985, do 16 de xullo, cambiaria e do cheque; Lei Foral de Navarra 5/1987, do 1 de abril, sobre autorización xudicial para allear ou gravar bens fideicomisarios; Lei 21/1987, do 11 de novembro, en materia de acollemento e adopción; Lei 22/1987, do 11 de novembro, en materia de propiedade intelectual, en supostos de discrepancias sobre remuneración equitativa do autor, divulgación da obra, reparación de omisións, continuación de explotación de obra, etc., que requiran autorización xudicial; Lei da Generalitat de Cataluña, 40/1991, de 30 de decembro, reguladora do Código de sucesións por causa de morte, sobre autorización xudicial en materia de conmutación ou conversión do modo que grava unha institución de herdeiro ou de legado; Lei 1/1996, do 15 de xaneiro, de protección xurídica do menor; Lei da Generalitat de Cataluña

¹ Neste sentido en Díez-Picazo, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid, 2001, pp. 229: «...aunque la doctrina considera las diligencias preliminares actuaciones de jurisdicción voluntaria, y la jurisdicción voluntaria ha quedado fuera del ámbito objetivo de la LEC, en este caso el legislador ha hecho una excepción a esa regla. Probablemente la razón de que la LEC, regule las diligencias preliminares pese a ser actos de jurisdicción voluntaria debe buscarse en la necesidad que había de introducir cambios en su regulación para darles mayor eficacia, lo que no debía esperar hasta la aprobación de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria».

9/1998, do 15 de xullo, reguladora do Código de familia, en materia de idoneidade para a adopción; Lei da Generalitat de Cataluña, 18/2002, do 5 de xullo, en materia de cooperativas, Lei 9/2000, do 10 de decembro, sobre subtracción de menores; Lei 41/2003, do 18 de novembro, sobre protección patrimonial das persoas con discapacidade, etc.

2. O NOVO PERFIL DA INSTITUCIÓN

2.1. CONCEPTO E EVOLUCIÓN HISTÓRICA

A xurisdición voluntaria, XV en diante, foi descrita ou cualificada pola doutrina e a xurisprudencia cos máis variados epitetos: misteriosa, heteroxénea, fascinante, atormentada, insistente, pesada e dando resposta a problemas concretos, repudiada por todos e sen sede científica propia, molesta, difícil e de pouco lucimento, un dos máis atormentados problemas da ciencia xurídica europea, a grande esquecida e por que non dicilo, a grande ignorada, autoritaria, inquisitiva e paradigmática pola súa brevidade e economía procesual pero, na práctica, salvo valiosas excepcións, suscitou escaso interese na doutrina científica e no desenvolvemento argumental da doutrina xurisprudencial, se nos atemos á relevancia da parcela imprescindible da realidade social que constitúe o seu campo de aplicación².

² En análogo sentido, maniféstase Muñoz Vermellas, *Sobre la jurisdicción voluntaria*, Actualidad Civil, 1989, núm. 39/90, pp. 577-585, cando afirma que: «en el ámbito jurídico, es tan necesaria la jurisdicción voluntaria como la jurisdicción contenciosa: cada una de ellas tiene su respectivo campo de aplicación y no son intercambiables. Si está justificada en nuestro Ordenamiento la reforma de las leyes procesales, la misma o mayor justificación tiene la depuración, actualización o mejora de los expedientes de jurisdicción voluntaria adaptados a la reforma de las leyes sustantivas, sin perjuicio de la ley básica de dichos procedimientos». Especial relevancia na doutrina española na materia teñen as obras de Ramos Méndez, *La Jurisdicción Voluntaria en Negocios de Comercio*, Madrid 1978; Almagro, en *Derecho procesual Civil*, T. I, Vol. II, Valencia 1992; e González Poveda, *La Jurisdicción Voluntaria*, Pamplona, 3ª ed. 1997.

No último decenio, a previsión lexislativa referida á xurisdición voluntaria estimulou a produción doutrinal. Vid. respecto diso, entre outros estudos, en Fernández de Buján, A., *Jurisdicción voluntaria*. Madrid, 2001; Id. *Hacia una Teoría Xeral de la Jurisdicción Voluntaria I*, Iustel, Madrid 2007; Id. *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria II*, Iustel, Madrid 2008; Id. “La Oficina Judicial y la Jurisdicción Voluntaria: dos reformas procesales a debate en el panorama legislativo español”, en “Estudios en Homenaje al Profesor Elías Díaz”, RJUAM, *Revista Jurídica de la UAM*, 2009, e en: Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: *Problemas actuales de la Jurisdicción*, T. II, pp. 1462-1477. Data: 2010; Id. “El necesario debate sobre el nuevo modelo de Oficina Judicial”, Número especial de la *Ley sobre la Oficina Judicial*. N. 7.191, do 8 de xuño de 2009, pp. 8-11; De Prada González, “En torno a la futura ley de jurisdicción voluntaria”, en *El Notario del Siglo XXI*, decembro 2005; Rodríguez Adrados, “El anteproyecto de ley de jurisdicción voluntaria”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid 2006; Seoane Cacharrón, “Breve examen crítico del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria” do Ministerio de Xustiza do 1 de xuño do

Fronte a posicións maximalistas do tipo «a xurisdición voluntaria podería ser eliminada de calquera Ordenamento Xurídico» ou a de «as necesidades negociais e o tráfico xurídico xustifican a aplicación do procedemento voluntario a supostos de lesión de dereitos ou intereses lexítimos», imponse unha posición realista, na que se sitúan as máis modernas correntes da ciencia procesual, partidarias de regular, sen quebra das garantías esenciais do proceso, e sen desnaturalizar o marco que lle é propio, unha parcela imprescindible da realidade social, en constante expansión, froito do novo perfil da xurisdición voluntaria, que evolucionou desde a orixinaria tutela de relacións xurídico privadas, á actual protección de dereitos indispoñibles, intereses xerais, públicos ou sociais, así como á resolución de conflitos de intereses considerados de relevancia menor.

Non debería, finalmente, estenderse artificialmente o campo da xurisdición voluntaria fóra do seu propio ámbito, por meras razóns de economía procesual, o que se produciría de tramitárense pola vía do procedemento voluntario supostos de tutela de dereitos ou intereses lesionados ou supostos de conflito relevante. Non se pode establecer unha xurisdición voluntaria *contra natura* por un simple desexo de celeridade. Unha cousa é que se facilite a transacción e o compromiso, e outra é que se desnaturalice nun procedemento voluntario, o coñecemento de supostos nos que o que subxace é a tradicional loita polo dereito.

Sería desexable, en todo caso que se valorase a creación, no futuro, de xulgados que tivesen atribuída a competencia en exclusiva nesta materia, tal como sucedía na Idade Media, cos *iudices chartularii*, ante os que, en atención á súa especialización xudicial, se desenvolvía, con carácter exclusivo, a ficción procesual que encubría o negocio de xurisdición voluntaria. Nos pasados decenios arredor dun 10% dos asuntos coñecidos nos xulgados civís corresponden-se con procedementos de xurisdición voluntaria.

Non é a xurisdición voluntaria unha simple expresión nominal que, utilizada polo lexislador como campo de experimentación ou mero catalizador de procedementos heteroxéneos, careza de xustificación racional, nin de fundamento histórico. Ben ao contrario, xa en Dereito Romano existiu o substrato social e a realidade xurídica do que por primeira vez, na historia da ciencia xurídica europea, un xurista romano do século III d. C. chamado Marciano, na súa obra *Institucións*, con posterioridade recolleita no *Digesto* de Xustiniano, denomina xurisdición voluntaria, «*iurisdictio voluntaria*». Asimiladas na época

2006, *La Ley*, 28-9-2006.

clásica romana á xurisdición voluntaria determinadas actuacións formalizadas ante os funcionarios encargados dos Arquivos ou Rexistros Públicos e ante os notarios ou *Tabellións*, é na Idade Media cando se lles atribúe xa aos notarios competencias específicas en materia de xurisdición voluntaria, primeiro como profesionais adscritos aos tribunais, e con posterioridade como titulares dos xulgados, *iudices chartularii*, con competencia específica para coñeceren dos asuntos de xurisdición voluntaria, ante os que se desenvolvía a ficción procesual que encubría o negocio de xurisdición voluntaria, nunha primeira etapa, superada a cal procedíase á formalización do procedemento de xurisdición voluntaria, tramitado fóra xa do marco do proceso contencioso.

A expresión XV transmítese na Idade Media, a través dos glosadores e comentaristas ao Dereito Común, e deste pasa aos códigos modernos e ás lexislacións dos distintos países europeos.

A denominación de 'xurisdición voluntaria' ten, xa que logo, un fundamento histórico derivado da súa utilización sen intervalos durante case vinte séculos, e a reforma da Xustiza non debe nin pode prescindir da historia, en afortunada expresión da EM da LAC, ao que hai que engadir o valor derivado do arraigo dunha terminoloxía utilizada de forma usual na linguaxe común, na dos operadores xurídicos e na tradición xurisprudencial, así como a inutilidade dos esforzos doutriniais e legais realizados noutras latitudes para atopar unha expresión comprensiva do fenómeno que nos ocupa³.

Así, denominacións como proceso non contencioso ou procedemento en Cámara de Consello reveláronse como insatisfactorias, e non lograron substituír nos propios países en que se introduciron a denominación clásica que seguiu presente nas achegas científicas e, en ocasións, de forma case freudiana, no propio texto da lei⁴. Xurisdición contenciosa e voluntaria, unha vez separadas desta as artificiosas adherencias que non lle son propias, constitúen

³ Sobre a consideración do Dereito como produto histórico, vid. en Fernández de Buján, A., *Derecho Público Romano*. 14^º ed., Iustel 2004 ; Id. *Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano*, Reus 3^ª ed. 1999.

⁴ Art. 32, disp. Att. do Código Civil Italiano: «o ministerio público debe ser oído sempre nos procedementos de xurisdición voluntaria que teñen contido patrimonial»; arts. 35 e 36 do D.P.R., 5 de xaneiro de 1967, n. 200, que regulan as funcións e competencias dos cónsules en materia de xurisdición voluntaria; arts. 9, 66 e 67 da recente Lei do 31 de maio de 1995, reformadora do sistema italiano de dereito internacional privado, mediante os que se regulan as hipóteses en que subsiste a xurisdición do xuíz italiano en materia de xurisdición voluntaria, así como os orzamentos e a eficacia en Italia dos procedementos de xurisdición voluntaria nos que interveñen xuíces estranxeiros. Vid. respecto diso en Venturini, *Consideración sulla qualificazione dei procedimenti stranieri dei giurisdizionii volontaria*, Rivista dei Diritto Internazionale privato e procésalle, 2003, pp. 813-910. En relación co estudo histórico da institución da xurisdición voluntaria vid., Fernández de Buján, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 3.^ª ed. 1999.

esferas da xurisdición que requiren unha actividade de axuizamento do órgano xurisdicional, aínda que na xurisdición voluntaria, que se enmarca, en gran parte do seu contido, no amplo campo do exercicio pacífico dos dereitos, e de aí a xustificación funcional da denominación non existen, en xeral, posicións contrapostas, a priori, de persoas enfrontadas salvo supostos de conflitos de relevancia menor, mentres que na xurisdición contenciosa, o normal é a existencia dunha controversia entre os litigantes, aínda que hai tamén procesos declarativos ou constitutivos nos que non existe oposición. Trátase de auténticos procesos sen contradición de vontades; por exemplo, sucede nos supostos das denominadas sentenzas sen oposición.

2.2. CONTIDO

Coa expresión xurisdición voluntaria, en sentido estrito, faise referencia a aqueles procedementos nos que un particular solicita a intervención dun xuíz, ou este intervén de oficio ou a instancia do Ministerio Fiscal sen que exista unha contenda relevante con outra persoa, ou unha lesión de dereito subxectivo ou interese lexítimo.

Son, por exemplo, supostos de xurisdición voluntaria —de entre os máis de 200 pendentes de nova regulación, racionalización e redistribución— a adopción de medidas relativas ao traslado ou retención ilícita de menores en actuacións de subtracción internacional; a aprobación do recoñecemento da filiación extramatrimonial; a protección patrimonial das persoas con discapacidade; a declaración de ausencia ou falecemento dunha persoa; que se proceda ao nomeamento dun titor ou que se autorice a este a venda dun inmovible do seu pupilo; a constitución dunha adopción ou dun acollemento familiar; as autorizacións relacionadas co honor, a intimidade ou a propia imaxe do menor; a autorización para o transplante de órganos de persoas falecidas; que se autorice a convocatoria dunha xunta xeral ordinaria de sociedade anónima que non se convocou no prazo legal; que se acorden medidas de garantía en relación coa mala administración dos pais; que se dispoña o depósito e venda de mercancías e equipaxes nos casos en que o destinatario non aboe o frete ou a pasaxe; a auditoría das contas dos empresarios; o nomeamento de perito no seguro de danos; que se lle autorice ao capitán do buque a venda dun cargamento, en perigo de avaría, no porto de arribada e non no de destino; a liquidación e distribución dunha avaría importante, en materia de dereito marítimo, ou os supostos de intervención xudicial, sen que exista proceso, en relación coa restrición de dereitos fundamentais.

Inclúense así mesmo dentro da esfera da xurisdición voluntaria un conxun-

to de procedementos dirixidos á solución xudicial de conflitos que o ordenamento xurídico considera que non teñen entidade suficiente para ser dirimidos nun proceso contencioso, entre os que cabe sinalar as controversias entre os proxenitores no exercicio da patria potestade, ou os desacordos entre os esposos na xestión dos bens comúns. Trataríase de supostos nos que a urxencia ou a conveniencia de eludir a excesiva dilación do xuízo ordinario, xustificaría a tutela simplificada, áxil e flexible do procedemento voluntario, que cumpriría, nestes casos, o papel que correspondería a un especial procedemento sumario contradictorio.

Son considerados finalmente procedementos de xurisdición voluntaria xudicial outros supostos nos que a intervención do xuíz queda reducida á mera presenza, comprobación de feitos, cualificación, autenticación ou documentación do acto ou relación xurídica, o que supón unha desnaturalización do que debe entenderse por potestade xurisdicional, nin parece así mesmo necesaria nestes supostos a actuación xudicial en garantía de dereitos, que con carácter compartido con outros poderes do Estado, se lles atribúe aos xuíces e tribunais no artigo 117.4 da Constitución.

Sería pois desexable, neste ámbito de reflexión, e en atención aos ensinamentos da experiencia histórica, a dogmática xurídica e a realidade social propia desta esfera do Ordenamento, deslindar entre aquelas competencias que deben continuar atribuídas ao órgano xurisdicional — por razón da súa natureza xurídica, ou ben debido á consideración dos xuíces como os operadores xurídicos que gozan dun maior grao de independencia e imparcialidade no exercicio da súa función— e aquelas outras competencias que, atribuídas no seu momento —finais do século XIX— aos xuíces, en atención ao seu prestixio, á seguridade xurídica que producía a súa intervención, á prevención ou desconfianza fronte a outros operadores xurídicos, ou a razóns de mera tradición historicista, oportunidade, conveniencia ou división do traballo, poderían desxudicializarse ao desaparecer as razóns de política lexislativa que constituían o seu fundamento, e atribuírseles, na parte correspondente a disposicións finais, a profesionais do dereito, notarios e rexistradores da propiedade e mercantís, a quen corresponden con maior propiedade o exercicio destas funcións, en atención á súa propia natureza así como á súa especialización e cualificación xurídicas. Trataríase con iso non tanto de evitar o colapso da xustiza contenciosa, senón sobre todo de sistematizar e redistribuír funcións, a prol da racionalización do sistema e como demostración de confianza na madurez da sociedade civil.

A intervención de oficio do xuíz e do fiscal está prevista en supostos de procedementos de xurisdición voluntaria que afectan a menores, incapacitados

ou desvalidos, en estreita relación cos preceptos constitucionais (arts. 9.2 e 53.3 CE) referidos ao Estado social, ou ben á condición e estado civil das persoas, ou a intereses xurídico-públicos, xerais ou sociais.

2.3. GARANTÍAS DO PROCEDEMENTO

A nova concepción da XV xudicial debe caracterizarse pola súa substancial aproximación á xurisdición contenciosa, en materia de garantías do procedemento. A previsión legal contida no artigo do Proxecto de lei do Goberno conforme á cal : «A comparecencia ha substanciarse polos trámites do xuízo verbal coas seguintes especialidades», supón a supresión das particularidades previstas en materia de XV e unha práctica equiparación na regulación de ambas esferas da xurisdición. Así en materias como:

- Días e horas hábiles;
- Desaparición da posibilidade de modificar de oficio as providencias e autos non definitivos, conforme ao 1818 LAC, que supoñía unha desvirtuación do previsto na LOPX, arts. 18 e 267, que establecen o principio de que as resolucións xudiciais só quedarán sen efecto en virtude, de ser o caso, dos recursos previstos polas leis;
- Reforzamento do principio de igualdade de partes, na medida en que se produce unha atenuación ou práctica desaparición, nalgúns casos de XV, da posición de solicitantes, interesados (é, dicir persoas con interese concorrente ou complementario, de calquera tipo, xurídico, económico, moral, etc., co do solicitante), conainterésados (é dicir, persoas con interese diverxente ao expresado polo solicitante) e afectados, en relación coa audiencia, alegacións, testemuños (por ex. de terceiros non interesados porque o procedemento non afecta, en sentido estrito, aos seus intereses), probas (en contraposición ás actuais informacións, acreditacións e xustificacións), trámite de conclusións, rexistro da comparecencia en soporte apto para a reprodución do son e a imaxe, prazo para emendar os posibles defectos ou omisións nas solicitudes, asistencia técnica, xustiza gratuíta, recursos, etc., así como naqueles supostos en que, por análogas motivacións, rexe o principio de impulso de oficio no proceso contencioso ou no procedemento de XV.
- Previsión da controversia e a oposición.
- Prazos curtos e prorrogables. Asunción, con carácter xeral, do principio preclusivo.
- Previsión e reparación de posibles defectos ou omisións nas solicitudes, conforme ao art. 23.1.

- Supresión do réxime singular da apelación nun ou dous efectos, ex arts. 1819 e 1820.
- Previsión de supletoriedade da Lei procesual civil, conforme ao art. 12: «A Lei de axuízamento civil será de aplicación supletoria aos expedientes de xurisdición voluntaria administrados por xuíces e secretarios xudiciais no non previsto por esta lei».

Resultaría apropiado, así mesmo, un reforzamento dos principios dispoñitivo e de contribución de parte no procedemento voluntario, unha atenuación do dirixismo xudicial, que en consonancia coa liberdade de forma e o carácter máis potestativo da actuación xudicial nesta esfera da xurisdición, poida poñer en risco as fundamentais garantías inherentes a todo procedemento, unha limitación do principio de impulso de oficio a aqueles supostos de dereitos indispoñibles ou de interese xeral, públicos ou sociais e unha aproximación das posicións de solicitante, interesados e terceiros, en especial naqueles supostos nos que o interesado exprese un interese contrario ao manifestado polo promovente, é dicir, naqueles casos en que nos atopemos en presenza do que se denomina contrainterés na lexislación italiana, non obstante o cal, non se produce un sobresemento do expediente.

O carácter variable e fluído entre xurisdición contenciosa e xurisdición voluntaria, en atención ás decisións continxentes de política lexislativa foi, por outra banda, unha constante na historia de ambas as esferas da xurisdición, e así, por exemplo, os alimentos provisionais e a incapacitación por loucura, foron nunha primeira época de vixencia da LAC 1881 expedientes de xurisdición voluntaria, sendo con posterioridade transvasados á xurisdición contenciosa. Na mesma liña, o lexislador da Lei procesual civil do ano 2000 incluíu no seu seo supostos que con anterioridade se regulaban polo trámite voluntario, como o internamento de persoas incapaces por trastornos psíquicos ou conforme ao artigo 770 LAC, as pretensións que se formulan ao abeiro do título IV, libro I do Código Civil, relativo ao matrimonio, que se substanciarán polos trámites do xuízo verbal.

Á necesidade de regular a contradición no procedemento de XV xudicial, que constituía, ao meu xuízo, a deficiencia de maior calado do texto lexislativo presentado polo Goberno, referíronse todos os expertos que compareceron na Comisión de Xustiza do Congreso dos Deputados, entre eles o autor do presente estudo, os días 7 e 14 de maio do 2007, a fin de asesorar sobre o contido do Proxecto. Carece de sentido articular un procedemento xudicial garantista —como en efecto así se fixo, en contraposición á vixente previsión

legal que carecía desta nota caracterizadora, entre outros aspectos, en materia probatoria e de audiencia— e aplicalo tan só a menores e incapaces, como se prevía no Proxecto do Goberno. Resultaba así mesmo artificioso optar por unha concepción da XV baseada na ausencia de conflictividade como elemento diferenciador coa xurisdición contenciosa, conforme a un modelo xa superado na vixente lexislación substantiva e procedemental, española e comunitaria, como así foi subliñado nos preceptivos ditames do Consello Xeral do Poder Xudicial e do Consello Fiscal.

Loxicamente se se acode ao órgano xudicial, en numerosos supostos de XV nos que non están afectados intereses de menores ou incapacitados, é ante a falta de acordo entre os interesados; así, por exemplo, para proceder á consignación dun obxecto ou dunha cantidade de diñeiro; para fixar o prazo para o cumprimento dunha obrigaón; para obrigar a exhibir a contabilidade dunha empresa ou a auditar as contas dun empresario; para convocar unha xunta ou asemblea xeral; para nomear un terceiro perito nun contrato de seguro; para proceder a liquidar unha avaría importante, ou para resolver as discrepancias xurdidas no contrato de fretaxe, entre fretador, como titular das mercancías transportadas e fretante, como portador das mesmas, por sinalar só algún dos moitos supostos nos que a discordancia é manifesta ou está subxacente, é porque existe un problema sen resolver ou unha necesidade que atender do cidadán que acode en axuda do órgano xudicial. Noutras ocasións, é o propio texto legal o que prevé que a oposición non fará contencioso o expediente, como así sucede na presentación e adveración do testamento hológrafo ou do testamento cerrado, ou nos supostos de extravío, subtracción ou destrución do coñecemento de embarque.

En materia de efectos da controversia volveuse, no curso da tramitación parlamentaria, á regulación prevista no anteproxecto da Comisión de Codificación, o que supón optar por facer unha lei eficaz e que resolva os problemas que se suscitan cando se acode a un operador xurídico para que incoe un procedemento, dado que a opción polo arquivo do expediente cando se xere unha controversia e a oposición conseguinte, traería consigo a ineficacia da lei e, en consecuencia, os cidadáns deixarían de acudir á XV. A razoable regulación da oposición prevista no *Relatorio* da CGDC e asumida no Congreso dos Deputados contense no art. 7 conforme ao cal: «Salvo que la ley expresamente lo prevea, la formulación de oposición por algún interesado en el asunto no hará contencioso el expediente ni impedirá la tramitación del mismo hasta su resolución, que surtirá los efectos que correspondan a tenor de su contenido en tanto no sea revocado o modificado en proceso declarativo promovido por

persona legitimada». A fundamental emenda sobre os efectos da controversia, a n. 100, sen dúbida a esencial, ao meu xuízo, no logro dunha Lei de XV eficaz, foi presentada e defendida na Comisión de Xustiza do Congreso dos Deputados polo Grupo Parlamentario Mixto.

2.4. SANCIÓN CONSTITUCIONAL

En relación coa sanción constitucional da XV paréceme plenamente acertada a análise razoamento contido no Fundamento de Dereito sexto da STS de 22 de maio do ano 2000 (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a), da que foi relator o Maxistrado Peces Morate: «.....El que se admita la existencia de actuaciones de jurisdicción voluntaria, atribuidas a órganos no judiciales, para los que tal denominación es harto discutible, no supone que cuando un juez o tribunal está llamado por Ley a definir un derecho o a velar por él, sin que exista contienda entre partes conocidas o determinadas (artículo 1811 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil) su actuación no debe estar revestida de las garantías propias de la jurisdicción..... No se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria los jueces y tribunales no están ejerciendo funciones jurisdiccionales (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), con independencia de que ulteriormente quepa sobre lo mismo otro proceso contradictorio y, en consecuencia, esas potestades quedan amparadas por el artículo 117,3 de la Constitución, según el cual su ejercicio ha de hacerse con arreglo a las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan. Las demás funciones, que el art. 117.4 CE permite que una Ley atribuya a los jueces y tribunales en garantía de cualquier derecho, son aquéllas que, a diferencia de las denominadas de jurisdicción voluntaria, no comportan protección jurisdiccional de derechos e intereses legítimos, como en los supuestos (citados por los demandados) de participación de jueces o magistrados en los Jurados de Expropiación Forzosa o en la Administración Electoral, en que aquellos se incorporan a otras Administraciones del Estado por la garantía que su presencia en ellas confiere.....»

Si analizamos la actuación del Presidente del TSJ en la tramitación y resolución de dicho recurso, se constata la existencia de los requisitos o notas propias del ejercicio jurisdiccional, apareciendo incluso una que, de ordinario, no concurre en otras actuaciones de jurisdicción voluntaria en que intervienen los jueces y magistrados, cual es la contradicción.»⁵

⁵ Vid. especialmente en Ramos Méndez, *Derecho Procesal Civil, T. III*, cit., pp 1289 ss; Id. *Jurisdicción Voluntaria en negocios de comercio*, cit., pp. 23 ss.

Para Tarzia debe considerarse superado o antigo aforismo *jurisdictio in sola notione contentiosa*

Reparar lesións de dereitos ou intereses lexítimos ou o seu non recoñecemento e dirimir controversias relevantes constitúe o núcleo esencial da potestade xurisdiccional, e outorgar tutela xudicial efectiva, fóra do marco proceso contencioso, en conflitos cuxa entidade non require un xuízo ordinario ou en defensa de dereitos ou intereses lexítimos de menores, incapaces, persoas con discapacidade, dereitos indispoñibles ou intereses xerais, públicos ou sociais, mediante unha actividade de axuizamento e en aplicación do dereito obxectivo, con todos os principios e garantías procesuais, forma parte así mesmo, ao meu xuízo, do contido de facultades atribuídas con carácter exclusivo a Xulgados e Tribunais polo art. 117.3 CE ou, en determinados supostos, en garantía de dereitos polo artigo 117.4 CE. En todo caso, a XV xudicial configúrase como parte integrante da idea de Administración de Xustiza, considerada como función cun contido máis amplo que o propio do exercicio da potestade xurisdiccional.

Hai determinados procedementos que, ao meu xuízo, necesariamente deben permanecer no ámbito da reserva xurisdiccional, e iso unicamente o garante o 117.3. Así non parece razoable transvasar, co actual marco constitucional, a unha titularidade distinta da xudicial, procedementos relativos á autorización xudicial para esterilizar un incapaz, ou para o tratamento non voluntario dunha persoa con trastornos psíquicos ou para unha intromisión lexítima no honor, na intimidade ou na propia imaxe dun menor ou incapacitado ou para autorizar ou aprobar o recoñecemento da filiación non matrimonial de menores ou incapaces ou para o nomeamento ou remoción dun titor ou curador ou para autorizar a venda dun ben do patrimonio dunha persoa con discapacidade ou para decidir sobre a custodia dos menores cando os pais vivan separados ou sobre a atribución a un só dos cónxuxes da facultade para realizar actos de administración ou disposición dos bens comúns. Non parece, ao meu xuízo, razoable que nos sinalados e noutros análogos supostos de XV, caiba cuestionar que o xuíz está realizando unha actividade de axuizamento propia da potestade xurisdiccional, consistente en constituír, autorizar, habilitar ou com-

*consistit, e é necesario reivindicar algunhas garantías fundamentais da xurisdición contenciosa tamén para a xurisdición voluntaria; así, por exemplo, as garantías da independencia e a terceiridade do xuíz; para Montesano os dereitos subxectivos e intereses tutelados pola xurisdición teñen a mesma natureza que os dereitos subxectivos lesionados propios da xurisdición contenciosa e, especialmente, nos casos de tutela dos dereitos dos menores e incapacitados, o procedemento seguido debe cumprir todas as garantías que informan os procesos contenciosos; para Denti, non cabe individualizar unha xurisdición voluntaria con características autónomas respecto da xurisdición en xeral, senón que, pola contra, despois de que se atribúe a órganos xudiciais, non se subtrae ás garantías, subxectivas e obxectivas, que caracterizan a actividade xudicial. As opinións destes autores atópanse reflectidas nas *Atti do XVII Convengo Nazionale do Processo civile* en Palermo, celebrado en 1989.*

plementar a capacidade dunha persoa, tutelar un interese público ou resolver un conflito cuxa relevancia non require, a xuízo do lexislador, que sexa dirimido nun proceso contencioso, mediante un procedemento contraditorio ou de exercicio pacífico do dereito, substanciado con todas as garantías da tutela xudicial efectiva.

De modo que o lexislador debe ser consciente de que non parece acertado manter que a fundamentación da XV se asenta tan só no parágrafo 4 do art. 117 CE, dado que iso supoñería que no futuro se puidese decidir que algún ou todos os supostos mencionados se lles atribúsen a outros operadores xurídicos, que non poderían ser, por razóns obvias, outros profesionais distintos aos secretarios xudiciais, notarios ou rexistradores. Parece pois razoable ou ben incardinar os procedementos de xurisdición voluntaria atribuídos aos xuíces nos apartados 3 e 4 do artigo 117 da CE, ou ben obviar esta cuestión na futura Lei de xurisdición voluntaria.

No sentido expresado, pronunciose, no seu preceptivo ditame ao Proxecto de lei, o Consello Xeral do Poder Xudicial: páx. 23: «sin la nota de la exclusividad del apartado 3 del art. 117, el problema queda reducido a una mera opción del legislador, que podrá sustraer a la intervención judicial lo que constituyen manifestaciones de carácter constitutivo negocial, autorizaciones, aprobaciones u homologaciones.....» .

3. RACIONALIZAR, DESREGULAR, REDISTRIBUÍR E DESXUDICIALIZAR

O marco constitucional no que se desenvolve a tutela xudicial non supón, por outra banda, ningún obstáculo nesta materia para racionalizar o sistema, desregular os procedementos obsoletos, de nula aplicación práctica ou de escasa eficacia, manifestacións da actual discordancia entre o lexislado e a actual realidade social, redistribuír entre xuíces e secretarios as competencias asignadas ao órgano xurisdicional e desxudicializar aqueles supostos que, pola súa propia natureza xurídica, comprenden a outros profesionais do dereito, en especial notarios e rexistradores da propiedade e mercantís, en atención á súa especialización e á competencia funcional que se lles recoñece polo Ordenamento Xurídico.

A necesidade de descargar de traballo aos xuíces, concentrar a súa actuación en tarefas xurisdicionais, redistribuír competencias e racionalizar o sistema na Administración de Xustiza, constituíu, por outra banda, o obxecto dunha Recomendación do Consello de Europa, dirixida aos países membros de

data 16 de setembro de 1986. A desxudicialización supoñerá a reforma da correspondente lexislación notarial, rexistral, funcional ou a doutros axentes xurídicos, respecto dos que se produza o traspaso de competencias, dado que parece procedente que na futura Lei de xurisdición voluntaria se regulen tan só as competencias que se manteñen na órbita xudicial

Na modificación da Lei orgánica do poder xudicial, por lei de 23-12-2003, artigos 438,3 e 5 e 456,3 e 4, prevese, pola súa banda, a competencia dos secretarios xudiciais, nos actos de xurisdición voluntaria cuxo coñecemento se lles atribúa nas futuras leis procesuais, o que supón así mesmo un recoñecemento expreso da competencia destes profesionais do dereito neste ámbito, na liña co previsto no art. 290 da LOPX de 1985, que xa lles atribuíu as propostas de autos definitivos en materia de xurisdición voluntaria.

Descargaríase con iso de competencias aos xuíces; competencias que se lles atribuirían a estes funcionarios do dereito que integran o órgano xurisdicional, polo menos a partir da LOPX de 1985, conforme á opinión dunha parte da doutrina procesualística, cualificados pola súa preparación xurídica e polo seu dominio da técnica procesual, e que se atopan no momento actual, ao dicir da maioría dos estudosos que se pronunciaron sobre a cuestión, infrautilizados no marco da Administración de Xustiza⁶, malia a relevancia das funcións que se lles atribúen no marco da Administración de Xustiza: dación de fe, dación de conta, ordenación procesual e determinadas competencias no ámbito da execución.

O procedemento podería consistir en recoñecerlles competencia para ditar decretos motivados, con feitos, fundamentos de dereito e resolución, nos asuntos que se lles atribúan, decretos motivados que serían recorribles ante o xuíz en primeira instancia. A utilización do termo decreto supoñería, por outra banda, a recuperación da denominación da resolución «*decretum*» coa que o maxistrado romano concluíu o procedemento de xurisdición voluntaria, así como a harmonización coa terminoloxía utilizada na lexislación alemá —o *Rechtsfleger* alemán, equiparable ao secretario xudicial español, conclúe o procedemento de xurisdición voluntaria mediante un decreto motivado—, e na lexislación italiana. Nos asuntos de xurisdición voluntaria cuxo coñecemento se manteña na exclusiva competencia dos xuíces, podería atribuírselle ao se-

⁶ Vid. neste sentido Rodríguez Adrados, *Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial*, RDN, XLI-XLII, jul-dcb. 1963, pp 71-183; Id., *Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho Internacional Privado*, RDN, XCVII-XCVIII, jul-dcb 1977, pp. 109-38; Id., *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública*, Madrid, 1996, pp. 177 ss.

cretario a tramitación do expediente que debería en todo caso ser estudado e decidido polo xuíz en auto motivado.

Notarios e rexistradores son ao mesmo tempo profesionais privados do dereito e órganos da Administración pública, titulares activos das funcións públicas que lles atribúe o Ordenamento Xurídico e responsables das actuacións desenvolvidas no seu exercicio ante os órganos xudiciais.

En relación coa atribución de competencias que lle poderían ser transferidas ao Notariado⁷, cómpre sinalar que se fai imprescindible un amplo recoñecemento e atribución ao Notariado de competencias desxudicializadas neste sector do Ordenamento, en atención á dobre condición dos notarios de titulares dunha función pública ao servizo dos intereses xerais, e de profesionais privados do dereito, o que supoñerá, por outra banda, a recuperación dun protagonismo nun ámbito que xa lles foi recoñecido pola historia, en atención ao desempeño de funcións de autenticación, notificación, documentación, acreditación e certos supostos de homologación e de fe pública extraxudicial, mera presenza ou comprobación de feitos e garantía de dereitos, en consonancia coa seguridade xurídica preventiva e a finalidade antilitixiosa da actividade notarial, e que fixeron que o notario actual, en palabras de Rodríguez Adrados, «no sea un mero fedatario público, sino que realiza un juicio de legalidad del acto en que interviene, cuidando que no sea contrario a las leyes ordinarias y a los presupuestos constitucionales, al propio tiempo que debe realizar un juicio de asesoramiento de los intervinientes».

A función notarial exerceuse, por outra banda, de forma independente e imparcial, sen sometemento a ordenación xerárquica, e a súa actuación, mesmo na súa función de dar fe pública, está sometida ao control xudicial. Non constitúe a actividade notarial un servizo público na súa concepción administrativa, aínda que si supón o exercicio dun servizo público en canto á súa función certificante e autorizante, na medida en que se trata dunha delegación parcial da soberanía do Estado, que controla o seu recto exercicio. Así, entre outros moitos procedementos relativos a dereitos reais, obrigacións, herdanza, ou dereito marítimo, cuxa competencia se lle podería atribuír ao Notariado, cabería sinalar a inmatriculación mediante acta de notoriedade, a supresión da intervención xudicial homologadora da decisión do notario, nos supostos de actas

⁷ Vid. neste sentido Rodríguez Adrados, *Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial*, RDN, XLI-XLII, xull-dec. 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, xull-dec 1977, pp. 109-38; Id., *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública*, Madrid, 1996, pp. 177 ss.

notariais de notoriedade para renovar o tracto sucesivo ou rexistrar os excesos de cabida, por supoñer unha desnaturalización da actividade notarial e unha inapropiada desconfianza da súa actuación, o recoñecemento da intervención notarial nos casos de declaración de herdeiros a favor de parentes colaterais, a consignación de débedas diñerarias, as poxas voluntarias, a protesta de avarías ou o inventario de bens.

Non vou entrar tampouco neste estudo no exame detallado dos procedementos que, ao meu xuízo, especialmente no campo do dereito de cousas e no do tráfico mercantil de sociedades, cabería atribuír nesta materia ao outro relevante corpo de profesionais do dereito, o dos rexistradores da propiedade e mercantís, que en canto órganos das Administracións, que exercen unha potestade pública a través do procedemento rexistral, poderían asumir todos aqueles procedementos que, incardinados de xeito especial, aínda que non exclusiva, no marco dos dereitos reais, como a anotación preventiva do crédito refraccionario, ou a rectificación de erros nos asentos do rexistro da propiedade, e no ámbito do dereito societario, como a convocatoria de xuntas xerais de sociedades anónimas, de responsabilidade limitada, ou asembleas xerais de cooperativas en determinados supostos, ou o nomeamento de interventores, liquidadores ou auditores en situacións concretas, teñan clara vocación rexistral.

Abonda dicir que tanto en materia civil como en mercantil determinados procedementos que se desxudicialicen poden ser atribuídos con idéntica eficacia tanto a notarios como a rexistradores, que nos supostos desxudicializados debe suprimirse todo resto procesual e de manifestación de imperio, e que é en sede de disposicións finais da futura Lei de xurisdición voluntaria onde deben incluírse os supostos que saen da órbita xudicial e en sede da lexislación hipotecaria, notarial e rexistral, onde debe residenciarse a regulación correspondente.

Cómpre afirmar, en definitiva, en relación con este punto, que o recoñecemento de potestade decisoria aos secretarios xudiciais no ámbito da XV, como recoñecidos expertos en dereito procesual, e á súa configuración como corpo superior xurídico e único, de carácter nacional, ao Servizo da Administración de Xustiza, e a ampla desxudicialización de competencias e a súa atribución a notarios e rexistradores, como profesionais de acreditada solvencia xurídica e titulares dun servizo público que exercen por delegación do Estado, supón unha racionalización do sistema, unha descarga de traballo para os xuíces e unha lóxica ratificación de confianza na idoneidade destes operadores xurídicos no desempeño desta función, así como na madurez da sociedade civil.

4. QUINCE PROPOSTAS DE MODIFICACIÓN RESPECTO DO TEXTO NORMATIVO APROBADO NA COMISIÓN DE XUSTIZA DO CONGRESO DOS DEPUTADOS

Todos os grupos parlamentarios manifestaron nas intervencións dos seus voceiros na Comisión de Xustiza do Congreso a súa vontade de consenso, de diálogo e de aproveitar as sesións de obrigada tramitación no Senado para corrixir as disfuncións e mellorar o texto legal no Senado, o que só en parte foi posible, debido a que o Goberno procedeu a retirar o Proxecto de lei en outubro de 2007, o mesmo día en que ía ser votado no Pleno do Senado. Nesta liña de vontade de mellora do texto do Proxecto, retirado polo Goberno, e que deberá ser presentado polo novo Executivo que resulte das Eleccións na próxima Lexislatura, cómpre enmarcar as observacións que se expresan nas páxinas que seguen.

- 1) A Exposición de Motivos do Proxecto debe ser revisada co fin de cohonestar o seu contido coas reformas introducidas nas emendas votadas de forma favorable na Comisión de Xustiza do Congreso, en especial as referencias aos aspectos fundamentais que afectan á concepción e filosofía da XV, como son a posibilidade de controversia e oposición, a articulación dos recursos e a preceptividade da asistencia técnica e representación procesal, co que iso supón de reforzamento das garantías e da xurisdicionalidade do procedemento xudicial e de cuestionamiento da excesiva administrativa-ción da institución .
- 2) Os procedementos atribuídos aos xuíces en materia de condición e estado civil da persoa e dereito de familia implican reserva xudicial —é dicir, o cidadán non pode acudir a outro operador xurídico que non sexa o xuíz—, pero non reserva xurisdicional. En relación con este punto cómpre sinalar, ao meu xuízo, a afirmación contida na exposición de motivos, apartado terceiro, conforme á cal («tal y como aparece concebida en la presente ley la jurisdicción voluntaria encuentra su amparo en el artículo 117.4 de la Constitución.....») supón ao meu xuízo unha toma de postura doutrinaria nunha cuestión sometida a debate na doutrina europea, así como contrario á máis recente xurisprudencia do Tribunal Supremo, en cuxa sentenza da Sala Terceira de 22 de maio do ano 2000, di textualmente: “no se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria, los jueces y tribunales no estén ejerciendo potestades jurisdiccionales, con independencia de que anteriormente que pasó lo mismo, otro proceso contradictorio y en consecuencia, estas potestades quedan amparadas por el artículo 117.3 de

la Constitución, las demás funciones —continúa a dicir o Tribunal Supremo— que el artículo 117.4 permite que la ley atribuya a juzgados y tribunales en garantía de cualquier derecho, son aquellas que a diferencia de las denominadas de jurisdicción voluntaria, no comportan protección jurisdiccional de derechos o intereses legítimos como en los supuestos de participación de los jueces en jurados de administración forzosa o en la administración electoral". Ao debate doutrinal sobre a XV referiuse o fiscal do TS na súa intervención, previa á aprobación da emenda que reintroduciu a posibilidade de oposición, nos seguintes termos: «...hay una polémica doctrinal fuerte sobre si la JV está incardinada en el 117.3 o en el 117.4. En puridad se podría decir que la contradicción, en cuanto que se va a resolver contradictoriamente, entraría ya en el conflicto y estaríamos más hablando de proceso y más del 117.3.....»

Por outra banda, a exclusión da xurisdición voluntaria do núcleo esencial indispoñible e excluínte de funcións que conforman a potestade xurisdiccional dos xuíces previsto no 117.3 e a súa inclusión nas funcións dos xuíces en garantía de dereitos conforme ao 117.4, respecto dos que non existe unha reserva de xurisdición, comportaría a posibilidade de traspaso nun futuro das funcións relativas a menores, incapacitados, discapacitados, desvalidos, dereitos indispoñibles, supostos atinentes a intereses públicos, restrición de dereitos fundamentais, etc. a outros operadores xurídicos que nun momento determinado tiñan sido considerados máis idóneos, o que, ao meu xuízo, resulta inasumible no actual marco constitucional, en atención á natureza dos intereses que están en xogo e á necesidade de que o seu coñecemento e resolución se lle atribúa ao operador xurídico que goza dun maior grao de independencia e imparcialidade, no seu estatuto xurídico, no marco da Administración do Estado. O que si cumpriría afirmar é que as competencias atribuídas aos xuíces no ámbito da xurisdición voluntaria se inclúen, dependendo da materia, nos parágrafos terceiro ou cuarto do art. 117.

Parece razoable que algunhas das competencias que actualmente se lles atribúen aos xuíces poidan transvasarse a outros operadores xurídicos no futuro, por ex. a declaración de ausencia e falecemento aos secretarios xudiciais. Pero, ao meu xuízo, hai determinadas competencias respecto das que non cabe pensar, co actual marco constitucional, nunha titularidade distinta da xudicial. Así, por exemplo, respecto da autorización xudicial para esterilizar un incapaz, ou para o tratamento non voluntario dunha persoa con trastornos psíquicos; ou para unha intromisión lexítima

no honor, na intimidación ou na propia imaxe dun menor ou incapacitado; ou para autorizar ou aprobar o recoñecemento da filiación non matrimonial de menores ou incapaces; ou para o nomeamento ou remoción dun titor ou curador; ou para autorizar a venda dun ben do patrimonio dunha persoa con discapacidade; ou para decidir sobre a custodia dos menores cando os pais vivan separados; ou sobre a atribución a un só dos cónxuxes da facultade para realizar actos de administración ou disposición dos bens comúns. Non semella, ao meu xuízo, razoable que nos sinalados e noutros análogos supostos de XV, caiba cuestionar que o xuíz está a realizar unha actividade de axuízamento propia da potestade xurisdiccional, consistente en constituír, autorizar, habilitar ou complementar a capacidade dunha persoa, tutelar un interese público ou resolver un conflito cuxa relevancia non require, a xuízo do lexislador, que sexa dirimido nun proceso contencioso, mediante un procedemento contraditorio ou de exercicio pacífico do dereito, substanciado con todas as garantías da tutela xudicial efectiva.

É dicir, hai determinados aspectos que, ao meu xuízo, necesariamente deben permanecer no ámbito da reserva xurisdiccional, e iso está garantido unicamente polo 117.3. De xeito que o lexislador debe ser consciente que se mantén que a fundamentación da XV asenta tan só no parágrafo 4 do art. 117 CE, cumpriría que no futuro se decidise que algún ou todos os supostos mencionados fosen atribuídos a outros operadores xurídicos, que no marco da XV serían secretarios xudiciais, notarios ou rexistradores.

No sentido expresado pronunciouse, no seu preceptivo Ditame, o Consello Xeral do Poder Xudicial: páx. 23: «sin la nota de la exclusividad del apartado 3 del art. 117, el problema queda reducido a una mera opción del legislador, que podrá sustraer a la intervención judicial lo que constituyen manifestaciones de carácter constitutivo negocial, autorizaciones, aprobaciones u homologaciones.....» e Conclusión segunda, páx. 84: «Al considerar que la intervención judicial en los procedimientos de JV no reviste la nota de exclusividad, al tener encaje constitucional en el apdo. 4 del art. 117.....». No texto do anteproxecto elaborado na Comisión de Codificación, afirmábase que as competencias xudiciais de XV quedaban amparadas polos parágrafos terceiro e cuarto do artigo 117 da Constitución.

En definitiva, parece evidente, ao meu xuízo, que a fundamentación constitucional da XV, conforme á fundamental STS de 22 de maio de 2000, que se refire á XV de competencia xudicial, ten de residenciarse ou no parágrafo 3º do art. 117, ou nos parágrafos 3º e 4º do art. 117 da CE; ou se cadra ata podería resultar máis prudente que non se fixese referencia á

natureza xurídica da XV, nunha sede como a Exposición de Motivos, que non parece a máis apropiada para este mester, co agravante, a feixes, de tratarse dunha cuestión sometida a debate na doutrina europea, sen que exista unha posición maioritaria respecto diso.

Cómpre afirmar, para concluír este punto, que o procedemento de XV de competencia xudicial, para a protección de dereitos e intereses lexítimos, require un labor de axuizamento por parte do xuíz equiparable á propia da xurisdición contenciosa, e unha tramitación na que deben respectarse os principios e garantías inherentes a toda actuación xudicial, que debe concluír mediante unha resolución xudicial de fondo, por medio da cal o xuíz se pronuncie sobre a cuestión suscitada no curso do expediente, a fin de que o cidadán obteña a tutela xudicial efectiva no exercicio do seu dereito ou interese lexítimo. En definitiva, a perda de garantías supón, tamén no ámbito dos procedementos de XV, un menoscabo na tutela xudicial efectiva dos dereitos e intereses lexítimos dos xusticiables. Cómpre sinalar así mesmo que, do mesmo xeito que sucede no marco da xurisdición contenciosa, o cidadán pode suscitar unha cuestión de constitucionalidade sobre o procedemento de XV no seu conxunto ou sobre algún dos preceptos específicos da súa normativa.

- 3) O mantemento das expresións «administradores do expediente» e «administración e xestión do expediente», poderían resultar apropiadas en referencia á función propia dos notarios e dos rexistradores, pero aplicadas a xuíces e secretarios xudiciais obedece a unha concepción administrativista da XV que quedou por fortuna superada no texto aprobado en sede da Comisión de Xustiza, polo que sería desexable a súa substitución polas expresións: «operadores xurídicos competentes» e «tramitación do expediente», en atención ao seu maior tecnicismo e á súa utilización usual na linguaxe lexislativa, así como na propia da doutrina e a xurisprudencia. Daríase tamén con iso un paso adiante no desideratum expresado nas liñas que pechan o texto da Exposición de Motivos da Lei: «Quizá esta Ley constituya el punto de partida para la elaboración de una dogmática y una teoría general de la jurisdicción voluntaria, con principios informadores y reglas de procedimiento, que la incardine de forma definitiva en el campo de la ciencia procesal y la aleje de la mera técnica procedimental».

A denominación de forma indistinta a todos os titulares con competencia na materia, supón unha inadecuada administrativación terminolóxica da XV, que só produce confusiónismo, ao poñer no mesmo plano operadores xurídicos que non o están no marco do Ordenamento, nin pola natureza

- xurídica das súas actuacións nin polo grao de independencia e imparcialidade de cada un deles, en relación cos cidadáns e cos outros órganos do Estado. Neste sentido pronunciouse o Consello Xeral do Poder Xudicial nas páxs. 34 e 35 do seu Informe: «El Anteproyecto denomina "administrador del expediente" a las autoridades o funcionarios a los que la ley, ésta u otra, designe para conocer y resolver los expedientes de JV (art. 2.1), denominación que por ir asociada a la idea de gestión, se considera inadecuada, como se ha indicado, tanto referida a la actividad que se realiza, como, en particular, a la función judicial», e páx. 20: «Lo que el Anteproyecto denomina administradores del expediente —parece que intentando encontrar una denominación genérica a todos ellos— constituye una denominación poco afortunada dado que los procedimientos de JV no son, en puridad, susceptibles de administración sino de tramitación y resolución.....».
- 4) En relación así mesmo coa terminoloxía cómpre sinalar q en materia de XV, en estrita técnica xurídica, a máis axeitada, ao meu xuízo, correspóndese coa utilización dos vocábulos acto, procedemento e expediente. En puridade, previsto na lexislación substantiva un acto de XV e atribuída a súa titularidade a un xuíz, secretario xudicial, notario ou rexistrador, requírese, para a realización do dereito subxectivo ou interese lexítimo que constitúa o seu obxecto, que se incoe un procedemento a solicitude de persoa lexitimada ou, se procede, de oficio ou a instancia do Ministerio Fiscal, de se tratar dun procedemento xudicial, no curso do cal se procederá á tramitación dun expediente. A utilización abusiva no Proxecto de Lei do termo expediente cun carácter totalizador que abrangue de forma indistinta a perspectiva material e a procedemental, constitúe un desaxeitado reduccionismo lingüístico.
- 5) A coherencia conceptual esixe que desde o propio artigo primeiro, no que se axexa unha especie de definición legal de XV, se prevexa que a discordancia previa entre os intervenientes ou suscitada na tramitación, se ventile no propio curso do expediente, agás que a lei dispoña o contrario. A reflexión exposta, que pretende ser un exercicio de realismo e de coherencia entre o establecido no art. 1 e o previsto no art. 7, respecto dos efectos da controversia, foi así mesmo esgrimida por varios dos voceiros dos grupos parlamentarios, no debate na Comisión. Coido que unha posible redacción do apartado 2º do art. 1 podería ser a seguinte: «Se considerarán procedimientos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención de un Juez, Secretario Judicial, Notario o Registrador, sin estar empeñada o promoverse contienda relevante alguna

entre los interesados, sin perjuicio de que en ellos pueda suscitarse oposición, conforme a lo regulado en esta Ley».

- 6) En relación coa lexitimación, art. 3, habería que prever que o procedemento puidese ser incoado de oficio, como así está contemplado nos procedementos que afecten a menores ou incapaces —aínda que o impulso de oficio debería preverse, con carácter xeral, en todos os procedementos con reserva xudicial, en atención á relevancia do seu contido, así nun procedemento de declaración de ausencia ou falecemento ou de extracción de órganos—, ou a instancia do Ministerio Fiscal, como acontece en múltiples supostos. No sentido apuntado maniféstase o Ditame do Consello Fiscal, no comentario das Disposicións Comúns «.....sería conveniente incluir entre los sujetos legitimados al Ministerio Fiscal ya que, en ocasiones, el ordenamiento le encomienda la obligación de promover el expediente como, por ejemplo, en materia de tutela, ausencia o protección del patrimonio de las personas con discapacidad».
- 7) En relación coa litispendencia (identidade de obxectos) referida a procedementos substanciados ante operadores xurídicos de diferente natureza, prodúcese un discutible cambio de regulación en relación coa previsión do Proxecto de outorgar prioridade ao expediente que se iniciou con carácter previo, ao establecer no art. 2.2 que: «Cuando se tramiten simultáneamente ante administradores de diferente naturaleza dos o más expedientes con idéntico objeto y sujetos, proseguirá la tramitación del iniciado ante la Administración de Justicia, y se acordará el archivo de los otros expedientes incoados».
- 8) No Capítulo I relativo a Disposicións Comúns engádese un apartado, o 3º, ao artigo 5, rubricado como Medios de proba, no que se prevé o impulso de oficio por parte do xuíz nos procedementos relativos a menores ou incapaces, ao efecto de «ordenar la práctica de cuantas diligencias y actuaciones se estimen oportunas para asegurarse de la procedencia de lo solicitado o de cualquier extremo útil para la resolución del expediente», aínda que cómpre sinalar que:
 - a) Xa se contén na regulación do Procedemento Común a xuíces e secretarios un texto, art. 22.5, con análogo contido,
 - b) o impulso de oficio debe preverse tamén naqueles supostos nos que a resolución do expediente afecte a menores ou incapaces, aínda que este non sexa de titularidade xudicial, por ex. cando nun expediente de dominio resulten afectados intereses de menores, incapaces ou ausentes, tal e como se prevé no art. 113.4.

- c) o impulso de oficio debe preverse, con carácter xeral, en todos os procedementos con reserva xudicial, en atención á relevancia do seu contido, así nun procedemento de declaración de ausencia ou falecemento ou de extracción de órganos.
- 9) En materia de días e horas hábiles, vólvese á previsión realizada no art. 9 do texto do anteproxecto da Comisión de Codificación, que se atén ao previsto ao efecto na xurisdición contenciosa, aínda que, ao meu xuízo, debería incorporar unha cláusula de estilo do tipo «salvo que la ley disponga lo contrario», en atención a que o propio texto do Proxecto prevé a habilidade de todos os días e horas en materia de Dereito marítimo, art. 173, así como establece no art. 13.1 que «Fuera de las horas de audiencia del Juez encargado del Registro Civil, y siempre que la urgencia del asunto lo requiera, le sustituirá el Juez de Instrucción que atienda el servicio de guardia». Cumpriría logo, en materia de habilidade, volver ao réxime xeral do art. 1812 da LAC, cando estean en xogo intereses de menores ou incapaces, que non deberían ser obxecto dun réxime menos privilexiado que o que se outorga ao Dereito Marítimo; ou polo menos prever o réxime xeral de todos os días e horas hábiles en determinados supostos como: a restitución de menores nos supostos de subtracción internacional, respecto do que si se dispón a preferencia na tramitación do procedemento, art. 68; a autorización para a intromisión lexítima no honor, intimidade ou propia imaxe do menor ou incapacitado, arts. 78 e 79, ou os casos de discordancia no exercicio da patria potestade, que poden afectar por ex. á potestade de garda ou á realización ou non dunha operación ou dunha transfusión de sangue, ao menor ou incapaz, arts. 100 ss.
- 10) En materia de recursos cómpre sinalar que o reforzamento do principio de audiencia, de oficio ou a instancia dos interesados, implica a posibilidade de que se produza discordia, discrepancia, contraposición, controversia, contradición, en suma, entre os intervinientes, e que unha vez tramitada e resolta a contradición, o recurso contra a resolución, é dicir, a dobre instancia, parece inherente ao procedemento xudicial. A non admisión dos recursos ten sentido nun procedemento sen contradición, de exercicio pacífico dos dereitos, pero supón un menoscabo da seguridade xurídica e da tutela xudicial efectiva, nun procedemento no que se admite a posibilidade de controversia e oposición, agás que a lei dispoña o contrario.

Como foi subliñado polo decano do Colexio de Avogados de Madrid na súa intervención, «...Un diseño que dice que lo nuclear es el verbal tiene

contradicción.....y si no hay recursos es algo a corregir. El recurso no es un elemento de dilación, se interpone dentro de plazo o no existe, y lo que tarda es la resolución y no el recurso.... Así que si conseguimos que el recurso en esta materia se haga pronto por quien lo tiene que hacer, ya no hay dilación y ahorraría el pleito principal en muchas ocasiones. Además si el recurso se pone quiere decir que la parte que lo interpone está conforme en estar en jurisdicción voluntaria.....». A posición favorable do propio presidente do Colexio Nacional de Secretarios Xudiciais na súa intervención parlamentaria e do secretario xudicial Seoane Cacharrón en recentes estudos publicados sobre a XV, a que se articule un recurso contra o decreto do secretario, polo que resolve nun procedemento da súa competencia, é unha boa mostra da responsabilidade coa que os operadores xurídicos se sitúan ante o texto legal.

No sentido expresado, e de conformidade coa filosofía das intervencións dos comparecentes, que resultaron unánimes neste punto, aprobouse a razoable emenda 109 do Grupo Parlamentario Mixto, que se recolle no art. 26, conforme ao cal se reintroduce a previsión de recursos e ao que procede engadir o establecido no apartado 3 do art. 26. bis, que debe quedar sen efecto no resto do seu contido.

- 11) En materia de asistencia técnica e de representación procesal, foron así mesmo unánimes na súa filosofía as intervencións dos comparecentes ante a Comisión de Xustiza, no sentido de resaltar que a intervención de avogados e procuradores sempre serviu para reforzar as garantías do procedemento, a seguridade xurídica e, en consecuencia, a tutela xudicial efectiva. Nos arts. 19, 19 bis e 19 ter, procédese a regular de forma diversa o que corresponde á mesma rúbrica: Comparecencia dos interesados e defensa técnica. Parece evidente que o apartado 1 do art. 19 bis no que se establece: «En los expedientes de jurisdicción voluntaria no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador», ten de considerarse derogado, en atención á aprobación de dúas emendas en sentido contrario: a 150, que se corresponde co art. 19 e reproduce o previsto no art. 6 do Anteproxecto da CXC, que establece o carácter preceptivo xeral da intervención de abogado, agás nunha serie de supostos; e unha emenda transaccional, que se corresponde co art. 19 ter e que establece: «La intervención preceptiva de Abogado y Procurador en los expedientes regulados en los títulos IV y V de esta Ley».

Non resulta xustificado, na miña opinión, o radical cambio de criterio lexislativo neste punto, consistente en suprimir a intervención preceptiva

de avogado. A propensión a equiparar ou aproximar, tamén neste aspecto, procedementos de XV de distinta natureza e atribuídos a distintos titulares de competencia, en aras da simplificación, da diminución de formalidades e do custo do expediente, pode supoñer, con todo, en determinados supostos, unha regresión no reforzamento das garantías dos intervinientes.

No A. de 2005, a representación dos interesados no procedemento regulouse cun criterio análogo á regulación vixente. O interesado debía ser dirixido por avogado, agás en casos de conciliación, expedientes de contía inferior a dous mil catrocentos euros, para presentar a solicitude en expedientes que teñan por obxecto a adopción de medidas urxentes ou que deban instarse en prazo perentorio, expedientes de recoñecemento de filiación extramatrimonial e para a intervención dos interesados, distintos do solicitante, sempre que non teña por obxecto formular oposición.

Pois ben, o reforzamento no PL dos principios de audiencia, dispositivo e achega de parte, a atenuación do dirixismo xudicial, a posibilidade da práctica de todo tipo de probas, o que redundará nunha superación da verosimilitude á que se atopan abocadas, en ocasións, as tradicionais informacións, acreditacións e xustificacións, previstas na regulación vixente, unido todo iso ao recoñecemento expreso da posibilidade de contradición e de recursos, nos procedementos nos que se vexan afectados intereses de menores ou incapaces, ao propio tempo que supoñerá unha mellora nas garantías dos intervinientes e na dialéctica entre os solicitantes, interesados —en especial naqueles supostos en que se manifeste un interese contrario ou diverxente do solicitante— ou terceiros non interesados, implicará, en determinados procedementos, unha maior dificultade e complexidade procesal.

Por outra banda, a transcendencia económica dos intereses en xogo, en ocasións, a necesidade de razoar con criterios de lóxica xurídica a utilidade ou conveniencia de adoptar unha ou outra toma de postura, noutras vicisitudes, a proposición ou práctica de probas, ou ben as propias tensións que xeran as controversias no exercicio da patria potestade, as relacións de menores co proxenitor que non sexa titular da patria potestade ou con parentes ou achegados, ou as diverxencias relativas á administración dos bens de menores ou incapaces ou na administración de bens gananciais no seo da comunidade conxugal etc., parecen razóns dabondo para que se reflexione sobre este punto, ao efecto de distinguir entre aqueles supostos nos que a previsible ausencia de dificultade técnica non fai necesaria ou conveniente a preceptiva asistencia letrada, e aqueloutros nos que a

posibilidade de contradición ou recursos prevista nos propios procedementos, como sucede nos casos de menores ou incapacitados, ou a existencia dunha discrepancia ou contradición atenuada a priori, o que ten lugar nos procedementos en materia de familia, fan aconsellable a obrigada intervención dun avogado. Podería mesmo resultar aconsellable o establecemento da preceptiva intervención de avogado, con carácter xeral, en todos aqueles procedementos cuxa titularidade se lles atribúa aos xuíces.

Cumpriría tamén preguntarse en que medida resultaría axeitado o carácter preceptivo da asistencia técnica de avogado en procedementos tramitados ante os SX que poden revestir unha especial complexidade, como os expedientes de dominio e de liberación de cargas e gravames, a fixación do prazo para o cumprimento das obrigacións, a testamentaría, ou a liquidación de avarías.

Semella así mesmo razoable argumentar que, en atención ao establecido no art. 22 do PL, PL «La comparecencia se sustanciará por los trámites del juicio verbal con las siguientes especialidades.....», resultase preceptiva a intervención de avogado e procurador, conforme ao criterio establecido ao efecto para o xuízo verbal, nos arts. 23 ss. LAC, en materia de primeira instancia e apelación.

Os títulos IV e V regulan os procedementos cuxa competencia atribuílles aos xuíces, e o seu contido incumbe á condición e estado civil da persoa e dereito de familia. Pois ben, a necesidade de harmonizar o texto de ambas as emendas, e a conveniencia de que en determinados procedementos de especial complexidade tramitados ante os secretarios xudiciais se establecese tamén o carácter preceptivo da asistencia técnica de avogado e da representación por procurador, como así foi mesmo recomendado polo presidente do Colexio de Secretarios na súa intervención, podería propiciar unha solución transaccional no sentido de engadir unha cláusula no art. 19 ter, apartado 1 do teor, «así como en aquellos otros expedientes tramitados ante los Secretarios Judiciales, en los que así lo disponga la Ley». Habería, conforme á devandita disposición, que determinar caso a caso en que expedientes sería aconsellable o carácter preceptivo da intervención destes profesionais. Certamente resulta difícil imaxinar a un particular tramitando, por exemplo, un expediente de dominio, un expediente de liberación de gravames, unha testamentaría, unha liquidación xudicial de avarías, ou un depósito e venda de mercancías e equipaxes no transporte marítimo etc., ante un secretario xudicial, que non ten obriga legal nin lle pode prestar asesoramento á persoa interesada ou afectada.

Parece razoable tamén recoñecerlles aos procuradores a capacidade de certificación nos actos de comunicación en que interveñan, en réxime de concorrencia e competencia cos servizos comúns, cun específico marco de responsabilidade, en atención á acreditada profesionalidade e eficacia demostradas por estes operadores xurídicos, no seu labor de colaboración coa Administración de Xustiza. A axilización no tráfico xurídico que se produciría con esta medida podería xustificar, ao meu xuízo, a súa toma en consideración nesta Lei, sen demorar, para unha eventual reforma, unha decisión, que ten moitos visos de asumirse, en todo caso, no futuro.

Aínda que se dá por suposta, en varios artigos, a intervención do secretario nos procedementos de reserva xudicial como, por exemplo, cando se afirma no art. 23.1, incurso na Sección correspondente a Procedemento Común, que: «El Secretario judicial controlará la existencia de posibles defectos u omisiones en las solicitudes y dará un plazo para subsanar los mismos.....», ou no art. 26 bis. 3 «..... que en los expedientes correspondientes al Juez, cabrá recurso de revisión, sin efecto suspensivo, contra las resoluciones interlocutorias dictadas por el secretario.....», sería conveniente reintroducir a previsión específica respecto diso contida no art. 5.3 do Anteproxecto da CXC: «En los casos en que la resolución definitiva del expediente corresponda al Juez, el Secretario Judicial llevará a cabo toda la tramitación, excepto la admisión y práctica de pruebas».

- 12) A regulación legal da cousa xulgada non resulta satisfactoria, dado que a dicción legal pode dar lugar a confusión. No ámbito da cousa xulgada formal, semella claro que as resolucións, ditadas en todo tipo de procesos e procedementos, que deveñan firmes resultan inimpugnables, polo que producen efectos de cousa xulgada formal. O art. 207 LAC refírese a iso cando afirma que «transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada.....», o que non obsta para iniciar un proceso contencioso, con independencia de que varíen ou non os suxeitos, o obxecto ou as circunstancias ou orzamentos propios do procedemento voluntario precedente e sen que iso teña de entenderse, de ningún xeito, como unha impugnación da resolución ditada no marco da XV.

Sucede, con todo, que o art. 25.2, pode xerar confusión e cómpre interpretar que entra en contradición co art. 2.2, ao negar efectos de cousa xulgada ao auto do xuíz e ao decreto do secretario e non distinguir entre cousa xulgada formal, que si se produce respecto das resolucións firmes no marco da XV, e cousa xulgada material, que así mesmo se produce, ao meu

xuízo, no seu efecto negativo, no ámbito da propia XV, cando se afirma no propio art. 2. 2 que «Resuelto un expediente de JV por cualquier administrador, no podrá iniciarse otro expediente sobre idéntico objeto y entre los mismos interesados», e non se produce, pola contra, no seu efecto negativo, fóra do ámbito da propia XV, o que se prevé no art. 2.3 ao dispoñerse que «La resolución de un expediente de JV no impedirá la incoación de un proceso judicial con el mismo objeto».

En definitiva, as resolucións de XV non comportan efectos de *cousa xulgada material* fóra do ámbito da propia XV, pero si neste ámbito, nos seus efectos negativo e positivo. Cumpriría afirmar, pola súa banda, en relación con este último, que calquera órgano xurisdiccional quedará vinculado en calquera proceso ou procedemento, e iso encaixaría no denominado efecto positivo da *cousa xulgada material*, polo contido dispositivo da resolución adoptada no expediente de XV, sempre que esta non se cuestione nun proceso ordinario; nese caso o xuíz non estará vinculado, en medida ningunha, polo decidido no procedemento de XV. Negar efectos de *cousa xulgada material* á xurisdición voluntaria no seu propio marco introduciría, ao meu xuízo, unha perigosa variable que só xeraría inseguridade xurídica aos xusticiables e ao propio funcionamento da Administración de Xustiza. Por dicilo con palabras utilizadas polo fiscal do Tribunal Supremo na súa comparecencia: «Estos expedientes producen efecto de cosa juzgada formal porque no se pueden impugnar en el mismo proceso y producen efecto de cosa juzgada material en otro expediente de jurisdicción voluntaria, no en un proceso contencioso posterior pero sí en otro de jurisdicción voluntaria y si se ha resuelto no lo vamos a resolver otra vez, aunque la materia de familia es susceptible de otra modificación».

A miña proposta é que o art. 25.2 quede redactado do seguinte teor: «Cuando el operador jurídico competente sea un Juez resolverá el expediente mediante auto, que no tendrá efectos de cosa juzgada material, fuera del ámbito de la jurisdicción voluntaria.

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

- 13) Debería valorarse a conveniencia de regular a mediación, no marco da XV, de conformidade coas observacións formuladas por varios comparecetes ante a Comisión de Xustiza e por varios dos voceiros de grupos parlamentarios. A regulación da mediación —diciase na Memoria Explicativa do Anteproxecto da CXC, que si procedeu a articular este procedemento,

suprimido no Proxecto— «se hace ex novo y es una de las grandes innovaciones de la ley. Se ha querido recoger esta figura para dar respuesta a las recomendaciones internacionales de realizar esfuerzos en aras de disminuir la conflictividad judicial y a la exigencia de un importante sector doctrinal que pedía su introducción».

Ao meu xuízo, a Lei de XV constitúe unha adecuada sede para regular un procedemento como a mediación, que contribúa a evitar a xudicialización de determinados conflitos no ámbito civil, mercantil e familiar, que podería ser o xa previsto no Anteprojecto, e que conforme expresou a decana do Colexio de Avogados de Barcelona na súa comparecencia: «Tal y como está previsto, reviste las garantías suficientes para su puesta en práctica». A regulación da mediación é, por outra banda, un compromiso previsto na DF 3ª da Lei 15/ 2005, de modificación do CC e da LAC, para os casos de separación e divorcio. No texto aprobado haberán de terse en conta, como así se contempla no procedemento do Anteprojecto, as disposicións aprobadas ao efecto pola Unión Europea, así como as notas caracterizadoras da actividade do mediador: profesionalidade, confidencialidade, imparcialidade e voluntariedade. A aprobación dunha Proposición de Lei de articulación da mediación e do estatuto xurídico do mediador, o día 26 de xuño de 2007, na Comisión de Xustiza do Congreso, é dicir, o día anterior á votación das emendas do Proxecto de lei de XV, constitúe unha clara vontade de regular esta materia, e o trámite pendente no Senado pode constituír unha boa oportunidade para aprobar unha emenda na que se faga efectivo o compromiso pendente, nos escasos meses que restan de lexislatura.

- 14) En relación cos procedementos que, na miña opinión, poderían ser obxecto de inclusión específica no texto da futura Lei de XV, aludirei a) as propostas do CERMI, b) a emenda 64 de Convergencia i Unió, de inclusión dun novo capítulo no Título IV, en materia de Persoas, baixo a rúbrica «Del procedimiento para la autorización biológica de la filiación, paternidad o maternidad», e c) supostos que incluídos na LAC poderían ser trasladados á futura Lei de XV, en atención á súa natureza voluntaria.

Desde o sector da discapacidade, representado polo CERMI, Comité español de representantes de persoas con discapacidade, solicitouse que: 1) Se articule o procedemento de XV previsto no art. 156 do Código penal, relativo á autorización xudicial da persoa incapaz que adoeza de grave deficiencia psíquica; 2) Se regule a autorización xudicial para impoñerlles tratamento médico forzoso aos enfermos psíquicos e 3) Se valore a conve-

nencia de que a autorización xudicial para o internamento de persoas que padecen trastornos psíquicos, sexa tramitada mediante un procedemento de XV.

A segunda proposta do CEMI, que fora xa asumida nunha Proposición de lei presentada por Convergencia i Unió en 2005 e articulada como procedemento específico no proxecto de lei, quedou sen efecto ao aprobarse unha emenda de supresión do capítulo polo que se procedeu á súa regulación. Agora ben, ao meu xuízo, a intervención dos representantes do CERMI na Comisión, así como a posición favorable de varios voceiros e comparecentes, con especial referencia pola súa significación neste Procedemento, do fiscal xefe da Sala Primeira do TS, deberían ser obxecto dunha nova valoración. As consideracións atinentes a que se trata dunha alternativa, en moitas ocasións, a unha incapacitación, ou a un internamento non voluntario, creo que non foron suficientemente desvirtuadas polos argumentos en sentido contrario. Trátase de que un acto sanitario como é o tratamento ou o período de observación dunha persoa que non ten conciencia clara da súa enfermidade, pero non ata o punto de requirir unha incapacitación ou un internamento, se articule nun procedemento con todas as garantías. O problema non está resolto e os afectados están de acordo na conveniencia e urxencia da medida. Quizais a ausencia dos preceptivos ditames do Consello Fiscal e do Consello Xeral do Poder Xudicial, si poida considerarse unha obxección relevante á articulación do procedemento no texto de referencia.

A terceira proposta é un claro reflexo do carácter variable e fluído entre ambas as dúas esferas da lexislación, manifestado en institucións como os alimentos provisionais, a incapacitación por loucura ou o internamento de persoas con trastornos psíquicos que se tramitaron por medio de procedementos de XV antes de pasar á esfera contenciosa. No suposto do internamento, o transvase materializouse coa súa inclusión na LAC 2000. Agora ben, configurado o Procedemento de XV con todas as garantías propias da tutela xudicial efectiva, establecida a súa efectiva aplicación a supostos nos que estean en xogo intereses de menores e incapaces, ata o límite ata de non proceder ao transvase da esterilización de persoa incapacitada ao marco da Xurisdición contenciosa, con maior razón debería considerarse de natureza voluntaria o internamento, o que redundaría por outra banda nunha maior harmonización do sistema. Semella razoable, así mesmo, que de se decidir, como así parece, manter a esterilización prevista no art. 156.2 do C. penal no marco da XV, sería conveniente proceder á articula-

ción do procedemento singularizado, en atención ás súas específicas particularidades. Por todo iso, ao meu xuízo, sería un acerto que se valorase en sentido positivo a súa regulación polo Senado.

A proposta sobre «Investigación biológica de la filiación, paternidad o maternidad» de Convergencia i Unió, está articulada con todas as garantías, pretende encher un baleiro legal sobre unha cuestión de crecente transcendencia social e ten un entronque claro, entre outros preceptos constitucionais, no art. 39.2 CE, conforme ao cal: «La Ley posibilitará la investigación de la paternidad».

Habería que ter en conta, finalmente, aos efectos do seu posible transvase á Lei de XV, que na LAC se regulan baixo a denominación de procesos supostos sen contradición de vontades e de clara natureza voluntaria. Así sucede por exemplo: nos denominados procesos matrimoniais de separación ou divorcio por mutuo consenso; nas demandas en solicitude de eficacia civil, das resolucións de Tribunais eclesiásticos sobre nulidade de matrimonio canónico e das decisións pontificias sobre matrimonio intre e non consumado, sempre que non se solicite a adopción ou a modificación das medidas establecidas; ou nas demandas en xuízo verbal nas que se pretende que o Tribunal poña en posesión de bens a quen os adquiriu por herdanza de non estiver sendo posuídos por ninguén a título de dono ou usufrutuario. Contémpase neste último suposto o tradicional interdito de adquirir a posesión, expresión que foi suprimida pola LAC, malia o mantemento, noutras ocasións, de termos, principios, regras e criterios de perenne valor, acuñados pola tradición xurídica e acolleitos nas leis procesais civís doutros países da nosa mesma área cultural, conforme se afirma, con acerto, na precisa e afortunada Exposición de Motivos da Lei procesal civil. Inclúense de igual xeito na LAC, en atención a motivacións diversas, institucións que teñen unha natureza basicamente de xurisdición voluntaria. Así sucede en relación coas previsións lexislativas referidas a dilixencias preliminares ou medidas provisionais previas ás demandas de nulidade, separación ou divorcio.

- 15) Parece razoable, finalmente, que na Exposición de Motivos da futura Lei se faga unha mención ao texto do Anteproxecto, que serviu de fundamento e referencia obrigada no debate e, chegado o caso, aprobación da Lei de XV. O texto legal mencionado, publicado polo Ministerio de Xustiza en outubro de 2005, é obra dun *relatorio* que, constituído no seo da Sección Segunda, que presidía naquel momento o profesor Aurelio Menéndez, da Comisión Xeral de Codificación, e composto por sete membros, presididos por D. José

María de Prada, foi nomeado no ano 2002 por D. José María Michavila e confirmado no ano 2004 por D. Juan Fernando López Aguilar, na súa condición de ministros de Xustiza.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

A seriedade con que, sen dúbida, se acometeu o estudo da XV, manifestada na constitución dun *Relatorio* no seo da Comisión Xeral de Codificación, que elaborou un valioso texto prelexislativo entre os anos 2002 a 2005, que serviu de base ao Proxecto do Goberno, a comparecencia, en trámite de asesoramento do Congreso dos Deputados, de 14 expertos sobre a materia e as 562 emendas presentadas por todos os grupos parlamentarios, así como o alto nivel técnico do texto legal aprobado en sede parlamentaria —a aprobación no Congreso de emendas contraditorias reduciase a tan só dous artigos en materia de asistencia técnica e recursos— viuse frustrada, con todo, ao meu xuízo, por:

- a) O cambio de concepción, respecto do previsto no texto do *Relatorio*, que supuxo a inclusión no proxecto dunha artificiosa equiparación entre procedementos de diferente natureza, como son o xudicial e o administrativo notarial e rexistral, o que se materializou na supresión da contradición, dos recursos e da asistencia técnica e a representación procesual, nos procedementos xudiciais.
- b) A oposición dalgúns dos operadores xurídicos afectados, de forma singular, secretarios xudiciais e avogados, ante a desacertada previsión que implicaba un estéril reduccionismo da XV ao ámbito negocial e administrativo, debido á supresión das connotacións xurisdicionais do procedemento xudicial.
- c) A articulación dun procedemento xudicial xeral unitario e garantista, en contraposición á vixente previsión legal, que carecía desta nota caracterizadora, e a súa aplicación tan só a menores e incapaces, co risco de ineficacia do procedemento substanciado ante os secretarios xudiciais, e de frustración destes operadores xurídicos, que se verían obrigados a tramitar tan só os supostos de ausencia de conflitividade, e a arquivar o expediente nos restantes, obrigando aos interesados en acudir a un xuízo ordinario.
- d) A polémica -xurdida, ao meu xuízo, por unha deficiente redacción legal-arredor da consideración de que non parece que a Lei de XV sexa unha lei adecuada para cambiar o actual modelo de seguridade xurídica preventiva e de fe pública, cuxa probada eficacia e prestixio entre os xusticiables e os operadores xurídicos está fóra de toda dúbida razoable.

- e) A inapropiada referencia á natureza xurídica da XV xudicial en sede de Exposición de Motivos. O carácter controvertido da cuestión na doutrina española e europea, unido á, ao meu xuízo, cuestionable ausencia de reserva xurisdiccional nos supostos de atribución de competencias aos xuíces, fan aconsellable ou ben incardinar a materia nos apartados 3 e 4 do art. 117 CE, ou ben mesmo, o que sería máis prudente, non abordar a cuestión da natureza da XV no texto legal.

É hora xa de que a xurisdición voluntaria deixe de ser un campo de experimentación do lexislador. Hai que elaborar unha lei o máis completa posible que, escrita con boa técnica xurídica, conforme ás esixencias da dogmática do dereito procesual:

- a) articule un procedemento xeral con todas as garantías inherentes a calquera actuación xudicial, entre as que cómpre destacar que a oposición non impida a continuación na tramitación do expediente, salvo que a lei dispoña o contrario, a posibilidade de recorrer en apelación o auto definitivo do xuíz ou, en revisión, o decreto do secretario xudicial e o mantemento, salvo as excepcións previstas na lei, do carácter preceptivo da asistencia técnica de avogado e a representación do procurador, xunto coa previsión do beneficio de xustiza gratuíta, fronte á actual identificación da institución con supresión ou diminución de garantías, prazos ou formalidades, en detrimento da tutela xudicial efectiva,
- b) suprima os procedementos obsoletos, reforme os aínda útiles, e traslade e incorpore doutros textos legais os que teñen natureza voluntaria
- c) desxudicialice competencias, en aras da racionalización do sistema, e que llelas atribúa a outros profesionais do dereito, notarios e rexistradores, de forma especial, as que razoablemente lles correspondan pola súa propia natureza,
- d) redistribúa competencias no seo do órgano xudicial entre xuíces e secretarios xudiciais, e
- e) recoñeza ao xusticiable a posibilidade de optar, en determinados procedementos respecto dos que non exista reserva xudicial, entre acudir a un secretario xudicial ou a un operador xurídico extraxudicial, notario ou rexistrador da propiedade ou mercantil, o que constitúe unha manifestación de confianza na madurez da sociedade civil.

Estamos, daquela, ante a necesidade de atender a unha urxente necesidade social e de modernizar a Xustiza nesta materia, caracterizada pola estreita

conexión coa vida diaria dos cidadáns e pola relevante transcendencia práctica de moitas das súas manifestacións, e de facelo con vontade de permanencia no tempo, co maior consenso político posible, nunha esfera do Ordenamento de marcado carácter técnico-xurídico, no que o debate non debe ser ideolóxico, senón en todo caso de concepción ou filosofía da xurisdición voluntaria. Trátase, en definitiva, de dar resposta, tamén nesta parcela do Ordenamento Xurídico, ao desafío dunha Xustiza máis moderna, racional e eficaz.