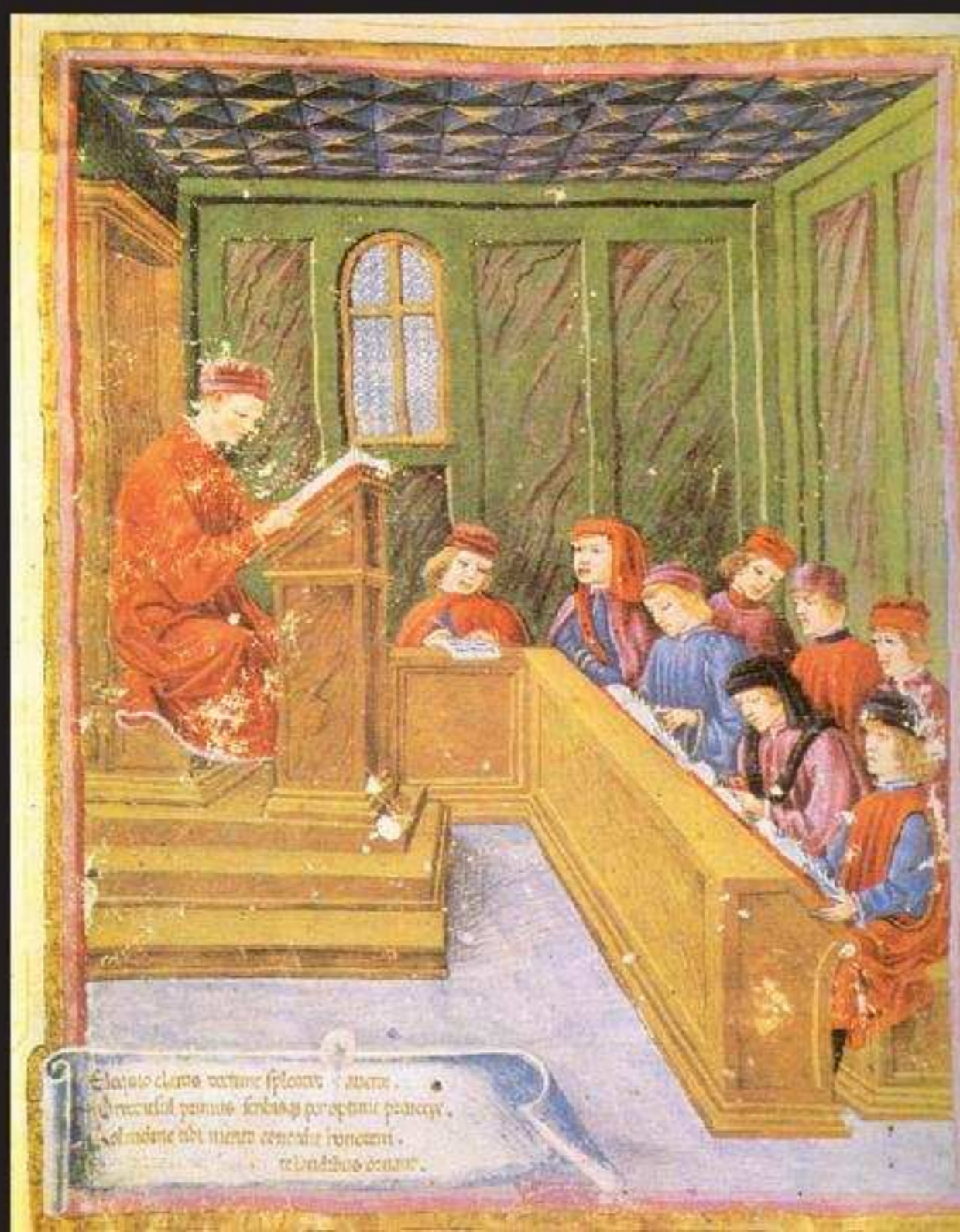


Segunda
Edición
2017

Breve Historia del Derecho NOTARIAL

Luis Oswaldo Castillo Huerta
Compilador

*Nelson Castillo Ogando
Antonio Fernández de Buján
José Antonio Márquez González*



GN

Gaceta Notarial

1° edición: noviembre de 2010

tiraje: 1000 ejemplares

2° edición: diciembre de 2017

tiraje: 1000 ejemplares

© Luis Oswaldo Castillo Huerta

© De esta edición: Guy Editores E.I.R.L. para su sello editorial *Gaceta Notarial*
Prolongación Cusco 1259 Pando - San Miguel, Teléfono: 566-4259 / 566-1824

E-mail: gacetanotarial@gmail.com

Diseño y diagramación de cubierta e interiores: Daniel Porles Ingar

Diseño de Carátula: Maac

Detalle de la Carátula: Escuela de Rolandino. De una miniatura del “Libro de los Actos” del Colegio Notarial de Bolonia, del año 1482, perteneciente al Museo Cívico de Bolonia.

Cuidado de la edición: Miguel Ángel Arévalo

Hecho el Depósito Legal

en la Biblioteca Nacional del Perú: 2017

Presentación

Si bien es cierto que existen muchos trabajos sobre la historia del derecho notarial, también es cierto que muchos de estos estudios o monografías se encuentran publicados en compilaciones, revistas o folletos. Desde la aparición del excelente libro del maestro argentino Eduardo Bautista Pondé, son muy escasos los libros en nuestro idioma que se dediquen a estudiar la historia y el origen del notariado.

En nuestro país existe muy poco interés en la publicación y difusión de estos trabajos, también en parte porque de realizarlos no hay dónde publicarlos ya que la actividad editorial notarial en nuestro medio es incipiente.

La idea de este libro es precisamente recoger algunos de esos trabajos y reunirlos en un libro que tenga unidad y darlos a conocer a todas aquellas personas interesadas o que se podrían interesar en la historia y evolución de tan importante institución.

Con el notario Oswaldo Castillo justamente conversábamos sobre la necesidad de este tipo de publicaciones, así que revisando los diversos estudios publicados sobre el tema decidimos reunir en este libro tres estudios de estupendo nivel académico. El primero es *Orígenes del Derecho Notarial* del destacado notario dominicano Nelson Rudys Castillo Ogando, autor de un notable manual de derecho notarial que tiene muchísimas reimpresiones. El segundo es el texto *Documentación histórica en el Derecho Romano* del prestigioso académico español y profesor principal

de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid Antonio Fernández de Buján y Fernández. Además la obra cuenta con la participación del reconocido notario y académico mexicano José Antonio Márquez González quien nos da una visión panorámica de la evolución de esta institución. Y finalmente nuestro compilador hace un breve recuento del notariado en la antigüedad, en el nuevo mundo llegando hasta nuestros días.

Queremos agradecer a los académicos antes mencionados por aportar sus monografías con el único interés de que a través de estos textos quienes lo lean encuentren en ello estímulo para seguir trabajando en la difusión de esta importante rama del derecho.

El Editor

El notariado en el tiempo

Luis Oswaldo Castillo Huerta

El proceso evolutivo del notariado es el mismo que el del instrumento público. En un principio fue el documento. No hay que olvidarlo. El documento creó al notario, aunque hoy el notario haga el documento.

Rafael Núñez Lagos

No existe un criterio único que explique en forma precisa la creación del notariado como institución, aunque existen antecedentes que se remontan a la época de la cultura egipcia, su actuación aparece recién en las fuentes del Derecho Romano, referida a la función de los tabelliones.

También en Cartago -rival de los romanos- no era desconocida la institución notarial. Lo demuestra el texto transcrito por Polibio, del tratado celebrado con Roma en el año 509 a.C., con la cláusula especificando que quienes fueran a efectuar operaciones mercantiles en el territorio cartaginés, no podían concluir contrato alguno sin la intervención del escribano.

Según Fernández Casado, en Roma hubo una serie de personas que redactaban documentos que fueron conocidos como “Notarii, scribal, tabelione, tabularii, chartularii, actuari, librrari, amanuenses, logrgraphi, refrandarii, cancelarii, diastoleos censuales libelenses, numerarii, scriniarii, comicularii, exceptores, epistolares, consiliarri, congnitores”.

Es cierto que con tantas determinaciones que se le han dado al origen del notario, este se puede tergiversar y pensar de que cualquier persona que pudiera redactar un documento se le puede calificar como antecesor de nuestro actual notario.

Posteriormente los notarialistas a través de un análisis metodológico de la naturaleza de la actividad ejercida por tales funcionarios, se ha llegado a la afirmación de que en Roma solo cuatro funcionarios son los que puedan calificarse como genuina antelación del notario. Estos son el escriba, el notarii, el tabularii y el tabelión.

El **escriba** tenía funciones de depositario de documentos y redactaba decretos y mandatos del pretor. El **notarii** era aquel funcionario que trasladaba a la escritura las intervenciones orales de un tercero y debía hacerlo con exactitud y celeridad. El **tabularii** era el funcionario de hacer las listas de aquellos romanos sujetos al pago de impuestos. El **tabelión** tenía la finalidad de redactar actas jurídicas y los convenios entre los particulares.

Posteriormente en la historia del notariado español hubo una serie de cuerpos legales, cuya influencia en lo jurídico y fedatario fue verdaderamente trascendente en su desenvolvimiento histórico. Dos personalidades destacadas en el ámbito jurídico aportaron mediante su obra, gran auge en lo notarial, Fernando Segundo El Santo y su hijo Alfonso X El Sabio. Su aporte es sido perdurable por su labor legislativa.

Francia es otro país con una rica tradición dentro del notariado latino. La mayoría de los historiadores afirma que la organización de la profesión en ese país galo se inicia con Carlomagno, quien se preocupó por definir el estatus de los notarios, definiendo sus derechos y obligaciones, inspirándose en los buenos viejos hábitos romanos y bizantinos que ordenaban, por ejemplo que se cortaban los nervios de los dedos del escribano culpable de falsedad para que no pudiesen volver a escribir.

El yerro del notario es castigado con igual firmeza en la edad media, época que padecen las famosas ordalías judiciales. Antes del renacimiento, el castigo era aún peor en algunas provincias del reino. Así, la costumbre en Burdeos a finales del siglo XIII prescribía que el notario de la ciudad, reo de la falsedad “perdra lo cors”, o dicho de otra manera, era condenado a la pena capital y sus descendientes hasta la tercera generación deterrados.

Si bien es cierto que en vísperas de la revolución francesa el notario tiene buena imagen entre el público, durante el siglo XIX tanto en España como en Francia los despachos notariales se adquirían por un valor monetario, lo que llevó posteriormente a cierto desprestigio de la institución.

El notario en el nuevo mundo.

Si seguimos la idea del maestro alemán Savigny de que cada pueblo genera su derecho, el estado Inca creó su propio derecho primitivo. En este contexto los primeros abogados que fungían de historiadores del derecho crearon una historia jurídica de los Incas básicamente tomado de lo que escribían los cronistas del siglo XVI, fundamentalmente de Huamán Poma de Ayala y Garcilaso Inca de la Vega. Esta tesis fue perfeccionada por Jorge Basadre en su libro *Historia del Derecho Peruano* publicado en 1937.

Sin el mayor sustento científico ni análisis histórico se afirmó que en el Tahuantinsuyo hubo derecho. Asimismo algunos notarios vieron en los quipuscamayocs funcionarios del estado incaico como antecesores remotos de las funciones del notario, afirmando que este fue el notario primitivo peruano.

Con la llegada de Colón a América en 1492 se requería en el nuevo mundo la creación y aplicación de una legislación capaz de interpretarla.

Los españoles trajeron a estas nuevas tierras el derecho castellano y con él al escribano, funcionario encargado de la fe pública, fe pública que solo obedecía a los intereses de los conquistadores. Los escribanos participaban en actos contractuales, redactaban testamentos, transacciones, actas de fundación de ciudades, etc.

Es importante señalar que desde el momento en que los conquistadores llegaron a América estuvo siempre presente la función notarial. Recordemos que fue Rodrigo De Escobedo primer escribano, quien firmó el acta de haber llegado a las Indias en el primer viaje del navegante italiano Cristóbal Colón.

El reconocido notario mexicano Bernardo Pérez Fernández Del Castillo afirma que *durante la colonia el término escribano público se utilizaba también para referirse a la función pública de fedatario como a su cargo o abscipción: escribano público de diligencias, escribano público de número de la real hacienda, escribano público del oficio de hipotecas y escribano público de cabildos*¹.

La expresión escribano público se utilizó también en otros funcionarios que eran fedatarios única y exclusivamente en el desempeño de funciones específicas, por ejemplo: escribanos de Cámaras del Consejo Real de Las Indias, de la Casa de Contratación de Sevilla, Mayor de Armada, de naos, de gobernación, de cabildo, de ayuntamiento o de consejo, escribanos de minas y registro, de bienes de difuntos en los juzgados, de entradas de las cárceles, de los consulados de comercio y de la santa hermandad.

En cambio diferente era el significado de la palabra notario que se refería a los eclesiásticos, regulados por el Derecho Canónico, quienes tenían como jurisdicción los asuntos propios de la iglesia en los obispados y parroquias; y estaban divididos en notarios mayores y ordinarios.

En el Perú los primeros escribanos llegaron con Francisco Pizarro quien en su calidad de gobernador de Nueva Castilla (Perú) los designó. Estos escribanos llamados “los de gobernación” solo podían actuar en asuntos de gobierno, así tenemos a Francisco López Jerez, Pedro Sancho de la Hoz, Domingo de la Presa y Antonio Picado.

A pesar de que el notario siguió existiendo en nuestro país desde el inicio de la República no fue hasta 1911 en que se creó su primera ley, expedida el 15 de diciembre del año en mención, la misma que rigió en todo el territorio del país.

En esta ley primigenia los notarios eran nombrados por la Corte Superior, quienes decidían acerca de las actitudes de los aspirantes a notarios, previa calificación de méritos y además de un examen, pero esta

¹ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *El Arte Notarial de México*, 1ª edición octubre de 2004, pág. 36, Asociación Nacional del Notariado Mexicano.

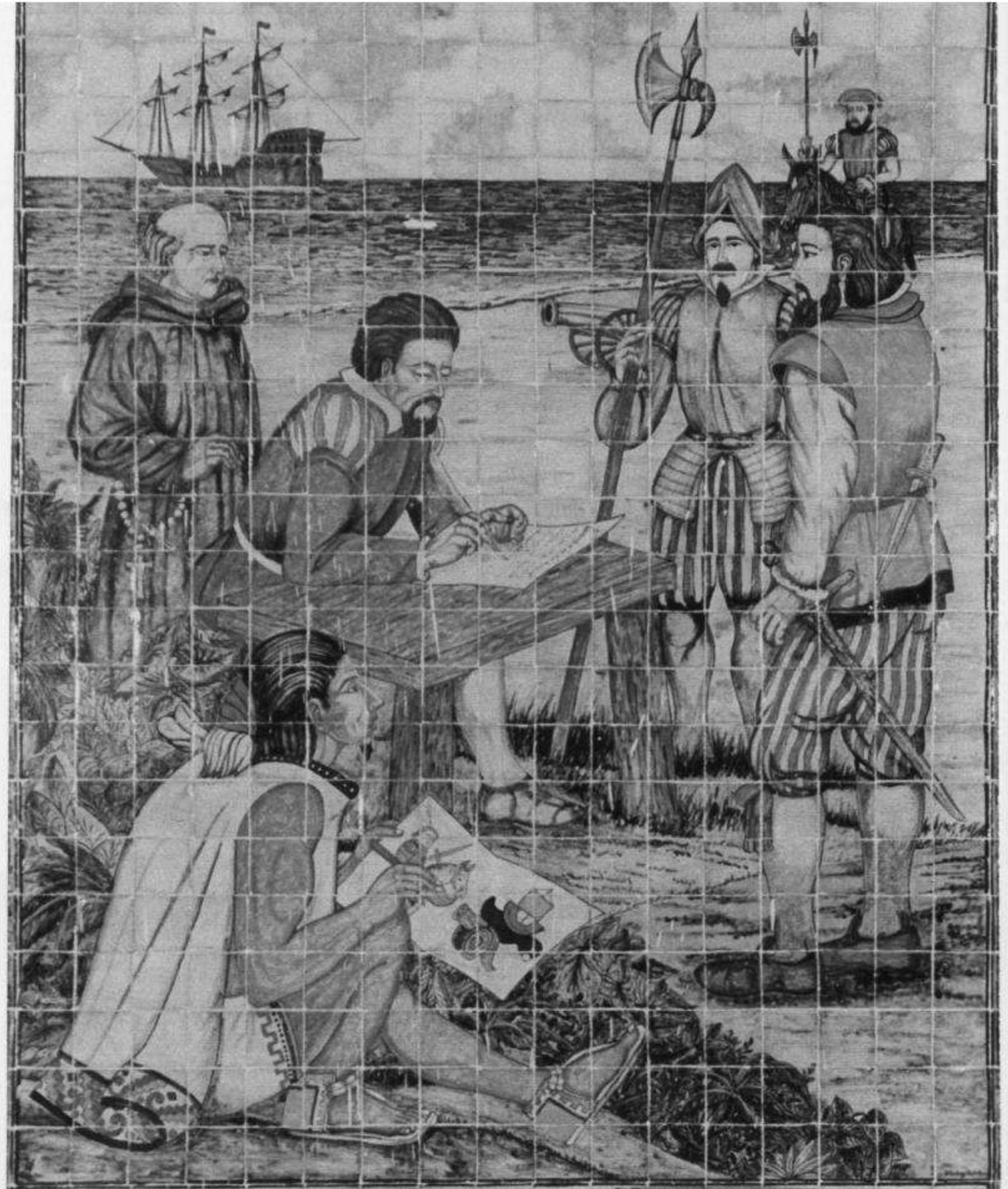
prueba lamentablemente no era de conocimiento público. No obstante ello, se cumplía la función, alcanzando algunos notarios respeto e importancia dentro de la sociedad, pero siempre quedaba esa sombra de que el notariado era una élite y que esta función se podía heredar.

Posteriormente fue promulgado el 7 de diciembre de 1992 el Decreto Ley N° 26602 que rigió como ley del notariado hasta el 25 de junio del 2008, en que fue reemplazada por el Decreto Legislativo N° 1049, Decreto del Notariado que rige en la actualidad.

Conclusión.

En la actualidad el notariado desempeña un papel positivo en la salvaguarda del bien social, económico y jurídico. Su función básica consiste en prevenir los problemas antes de que sucedan y cumple un papel de orientador ante los ciudadanos y las personas jurídicas señalándole cómo debe ejercer adecuadamente sus derechos y a cumplir sus deberes con el único fin de evitar la controversia y reducir los litigios.

La confianza institucional es la base de la existencia del notariado porque tiene validez en sí mismo y porque debemos respetarla por el valor que ésta representa, aunque en la actualidad esta institución tiene detractores que la cuestionan, estos ignoran la tradición que respalda a esta institución y en la que este libro queremos mostrar aunque sea brevemente.



MDXIX
ACTA NOTARIAL DE LA FUNDACION DE LA
CIUDAD DE VERACRUZ
ERECCION DEL PRIMER
AYUNTAMIENTO EN LA NUEVA ESPAÑA

Presentación del Acta notarial de la fundación de la ciudad de Veracruz.

Orígenes del Derecho Notarial

Nelson Rudys Castillo Ogando*

1. Precedentes bíblicos.

Desde mucho antes de la invención de la escritura, las necesidades de la vida han llamado a los hombres a contratar entre ellos. Las personas siempre han estado interesadas en poner testigos o poseer algún escrito para dejar constancia de su negocio jurídico.

Eran los tiempos en que la prueba testimonial era la única que podía establecer las obligaciones recíprocas, ya que antiguamente las convenciones se hacían ante numerosas personas presentes para que sirvieran de testigos de las mismas.

En el Antiguo Testamento del Libro Sagrado de los cristianos se reseñan algunos episodios que constituyen auténticos ejemplos, pues, como se sabe, los libros de la Biblia son el resultado de las experiencias acumuladas durante dieciocho siglos, desde Abraham hasta Jesús, recogidas por los llamados profetas.

En su primer libro, el Génesis o libro primero de Moisés, Capítulo 21, versículos 27 al 31 se describe:

“²⁷ Abraham tomó unas ovejas y unas vacas y se las dio a Abimelec e hicieron los dos un pacto.²⁸ Abraham apartó siete ovejitas de su rebaño²⁹ y Abimelec le preguntó: Qué significan estas siete ovejitas que has separado?,³⁰ y él respondió: Estas siete ovejitas las recibirás de mi mano como prueba de que yo he abierto este pozo.³¹ Por eso fue llamado aquel lugar Bersebá, o sea pozo del juramento, porque allí juraron ambos. Hicieron, pues, un pacto en Bersebá.”¹

La cita bíblica reseñada constituye un ejemplo de prueba testimonial.

Como estas existen muchas otras pruebas en la Biblia, en las que los contratantes requerían testigos o documentos para conferirle mayor

*Notario de República Dominicana. Profesor y conferencista en temas notariales.

¹ La Biblia Latinoamericana, Coeditada por Ediciones Paulinas y Verbo Divino, Madrid, 1972

credibilidad a los actos y asegurarse de la validez de lo pactado. También se utilizaba el misticismo y la religión, como aparece en el mismo libro de Génesis² que muestra la incauta forma de jurar del criado en los muslos de Abraham y el amojonamiento que deslinda la responsabilidad asumida entre Jacob y Labán.³

Para explicar de mejor manera lo precitado, consultamos la experimentada opinión del eminente notario colombiano Manuel Cubides Romero, quien manifiesta que en los tiempos primitivos existieron solemnidades de distinto orden, de carácter religiosa, muchas de ellas, para constituir pruebas de los negocios privados, bien fuera erigiendo “títulos” memorables o convocando el testimonio de los propios interesados y de extraños y actuando los ritos establecidos por las leyes o las costumbres en presencia del pueblo.⁴

Resulta del mayor interés ver como el pueblo fue el testigo excepcional de los convenios y como la palabra empeñada ante la divinidad y ante él constituía la plenitud de la seguridad jurídica.

En el Viejo Testamento, libro de Jeremías, Capítulo 32, versículos 9 al14, se narra un ejemplo mucho más grandioso porque nos presenta la importancia que desde ya se le daba a la prueba literal.

Nos refiere sobre una propuesta de negocio de compraventa de un campo lo siguiente:

“⁹ compré, pues, ese campo a mi primo Hanamel de Anatot y le pagué como precio diecisiete siclos de plata. ¹⁰ Después hice la escritura del contrato y la sellé, busqué unos testigos y pesé la plata en una balanza.

¹¹ Enseguida, tomé la escritura de compra, su ejemplar sellado y la copia abierta, ¹² según las prescripciones de la ley, y se la entregué a Baruc, hijo de Nerías, hijo de Masías, en presencia de mi primo Hanamel, de los testigos que habían firmado la escritura de compra, y de todos los judíos que se encontraban en el patio de la guardia.

¹³ Delante de ellos, dí esta orden a Baruc: ¹⁴ Toma estos documentos, ésta escritura de compra, el ejemplar sellado junto con la copia abierta, y

² La Biblia Latinoamericana, Génesis 24: 2-9

³ Ibidem, Génesis 31:45-52

⁴ Cubides Romero, Manuel. “Derecho Notarial Colombiano”, 2º Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, pág. 13.

colócalos en un cántaro de greda, a fin de que puedan conservarse mucho tiempo;... ”.

2. Moisés, ¿Notario o Legislador?

Moisés, el niño *salvado de las aguas*, criado por la hija del faraón y educado en la élite egipcia de su tiempo, era un hombre extremadamente afable y no violento -*el hombre más humilde que se haya visto en este mundo*⁵ - de gran sabiduría e inquebrantable celo y fe en Dios,⁶ un arduo trabajador que al llegar a la adultez fue abogado y agitador en Egipto a favor de su propio pueblo, los Hebreos.

El nombre de Moisés despierta en los cristianos la admiración hacía un personaje verdaderamente singular porque fue el hombre elegido por Dios para ser su portavoz y dar fe de sus mandamientos contentivos de las obligaciones fundamentales de religión y moralidad y envuelven la expresión revelada de la relación del Creador con la humanidad.⁷

Los Diez Mandamientos o El Decálogo fueron *escrito por el mismo dedo de Dios*⁸ en dos tablas de piedra, 1500 años antes de Cristo, y fueron recibidos por Moisés en el Monte Sinaí, para que los diera a conocer entre los hombres y que *nunca se olvidaran de cumplirlos*⁹. Siempre se han estimado como las reglas más preciosas de vida, el sistema moral más perfecto y han sido la base de toda la legislación Cristiana.

Sin duda alguna, si cuando Dios se comunicó con los humanos lo hizo por escrito, podemos considerar como dato curioso, que la persona a quien correspondió dar fe de *las declaraciones divinas*¹⁰ ejecutó una función propiamente notarial, de ahí que razonamos que Moisés, el profeta, legislador y guía religioso hebreo, fundador y educador del pueblo de Israel, es el más importante notario que jamás ha existido porque fue el mediador de la nueva Alianza entre Dios y su pueblo y los Diez Mandamientos, las Tablas de la Ley, es la expresión de esa Alianza.

⁵ La Biblia Latinoamericana, Números 12:3

⁶ Ib. Éxodo 32: 11-14 y Números 11:29

⁷ Enciclopedia Católica, Stapleton, John H., The Catholic Encyclopedia, Volume I, 1907 by Robert Appleton, Company Online Edition, 1999 by Kevin Knight.

⁸ La Biblia Latinoamericana, Éxodo 31:18 y Deuteronomio 9:10)

⁹ La Biblia Latinoamericana, Éxodo 19-20

¹⁰ Ibidem, Éxodo 32:15, 16

3.- En las civilizaciones antiguas.

Se les atribuye a los fenicios haber organizado los signos gráficos y señales existentes en esos tiempos hasta transformarlos en lo que es hoy el alfabeto, sin dudas una de las más trascendentales invenciones y lo que nos ha posibilitado poder leer y escribir.

Fueron los asiobabilónicos, 2900 años antes de Cristo, los primeros en utilizar el documento como medio de escritura, consistente dicho soporte en tablillas de arcilla cuneiforme. Tal es así que desde esa época, con las variantes de las civilizaciones modernas, se ha equiparado el documento con la escritura.

Con la invención de la escritura, las convenciones son constatadas de manera más cierta y permanente, siendo reemplazada la presencia del pueblo por la de un escriba, que era una persona que podía leer y escribir, y que por demás, estaba autorizado por el Estado para realizar dichas convenciones.

Por razones de esa autorización estatal se les llamó *público*, término que con el devenir del tiempo se ha aplicado a los Oficiales o funcionarios que ejercen al servicio del Estado.

Se conoce a ciencia cierta de la existencia de funcionarios con calidad de escribanos que ejercieron entre los egipcios, en Babilonia, entre los hebreos, en Grecia y en Roma. Muchos de esos denominados escribanos ejercían funciones de Estado o de carácter religioso.

No obstante la forma singular de su actuación podemos considerar que fueron los primeros en crear las bases de lo que es hoy el ejercicio de la función notarial, o lo que es lo mismo, los precursores del derecho notarial.

Algunos destacados tratadistas del derecho notarial consideran que en las épocas primitivas la función, o más propiamente el oficio de escribano, existía contemplado en los ordenamientos, pero no se había creado el funcionario que lo ejerciera con autonomía y eficacia como hoy corresponde a la función notarial.¹¹

¹¹ Mengual y Mengual, José María, "Elementos de Derecho Notarial", Tomo II, Volumen II, Librería Bosch, Barcelona, 1933, pág. 457, citado por Cubides Romero, ob. cit., pág. 14

El proceso evolutivo del notariado es el mismo que el del instrumento público. “*En un principio fue el documento. No hay que olvidarlo. El documento creó al Notario, aunque hoy el Notario haga el documento*”, observa el profesor Núñez Lagos.¹²

El destacado notario, Don Ángel Olavarría Téllez, asevera que el notariado no es figura nacida por alquimia doctrinal, sino surgida al calor de las necesidades prácticas, y agrega, citando a Pedro N. Isla, que “es en las entrañas mismas de la vida social, y no en las disposiciones del poder público, en donde está el origen de esa figura nobilísima que llamamos Notario”.¹³

4.- Orígenes del notariado.

La cultura oriental de los pueblos antiguos de Asiria, Babilonia, Egipto y Grecia, a pesar de encontrarse en forma rudimentaria, es la que sustenta los primeros vestigios de la Institución Notarial.

Esos rastros fueron los que formaron la base de lo que ha venido a ser el Derecho Notarial, por la imperiosa necesidad entre las personas de asegurar y respetar entre ellos todos los actos que la vida jurídica producía tanto en lo social como en lo económico de los pueblos antiguos, aún antes de Roma, Cuna del Derecho Moderno.

La primera regulación positiva del notariado se debe a Justiniano¹⁴, en el siglo VI de la Era Cristiana, quien en su obra de compilación y legislación conocida como “Corpus Juris Civilis”,¹⁵ dedica en las llamadas Constitución

¹² Núñez Lagos, Rafael, “Hechos y Derechos en el documento Público”, Madrid, 1950, pág. 2, citado por Ponde, Eduardo Bautista en “Origen e Historia del Notariado, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967, pág. 6.

¹³ Olavarría Téllez, Angel. Ponencia presentada en el I Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires, Argentina, en 1948; citado por Cubides Romero, ob. cit., pág. 20

¹⁴ Justiniano I, emperador de Bizancio (527-565). Bajo sus auspicios se realizaron cuatro importantes obras que, a partir de la edición completa publicada en 1583 por Dionisio Godofredo en Ginebra, se denominaron Corpus Iuris Civilis. El *Código Justiniano* fue publicado en 529 y el *Digesto o Pandectas* en 533, año en que también apareció un resumen de ambos libros. Justiniano incorporó al Derecho Civil todas las constituciones de los emperadores romanos desde Adriano (117-118 d.C) hasta la fecha de su publicación; y fue actualizado mediante la adición de nuevas leyes o *Novellae*, escritas mayormente en griego -el resto lo estaban en latín-, reflejando la realidad lingüística del Imperio. Las otras dos partes que componían el Corpus eran el Digesto o Pandectas (resumen de la obra de los grandes jurisconsultos romanos) y las Instituciones (manual para estudiantes de derecho). Esta formidable codificación constituye aún la base legislativa en muchos países de Europa.

¹⁵ En el **Corpus Juris Civilis** podemos distinguir cuatro partes: 1- Las Instituciones, 2- el Digesto, 3- el Código y 4- las Novelas.

1.- Las Instituciones. Contienen una síntesis de preceptos y doctrina en cuatro libros de reducida extensión que abordan las siguientes materias: el primero, de las personas; el segundo, de la división de las cosas, de la

o Novelas XLV, XLVIII y LXXVI, a regular la actividad del notario, en ese entonces llamado tabellions, la del protocolo y la de otorgar al documento el carácter de fidedigno con valor probatorio.

5.- Diferentes especialidades. En Roma se encomendaban misiones a multitud de personas quienes tenían funciones que hoy se podrían clasificar en alguna medida como notariales, aunque no estuviesen entregados en forma absoluta a este menester.

Entre los romanos el notario era un Secretario que asistía al Senado y anotaba o escribía con la mayor velocidad y por medio de cifras y abreviaturas todo lo que hablaban los padres conscriptos (senadores) o pronunciaban los

propiedad, de los demás derechos reales y del testamento; el tercero, de la sucesión intestada y de las obligaciones que proceden del contrato; y el cuarto, de las obligaciones ex delicto y de las acciones, con un apéndice de publicis iudiciis. La obra es fruto del encargo que Justiniano hizo a los juristas Triboniano, Teófilo y Doroteo: realizar una obra de lenguaje accesible que pudiera sustituir a las Instituciones de Gayo en las escuelas. Así fue promulgada el 21 de noviembre de 533 dedicada a la juventud estudiosa y más tarde, el 30 de diciembre del mismo año, adquirió fuerza de ley.

2.- El Digesto. Nombre tomado en tributo al anterior Digesto compuesto por Juliano. Dividido en 50 libros, es la parte más voluminosa del Corpus y está formada por una reunión de fragmentos procedentes de las obras de los grandes juristas, armonizando una edición oficial de los más selectos de la jurisprudencia romana. El 15 de diciembre de 530 Justiniano encargó a Triboniano que seleccionara unos colaboradores que juzgara con la capacidad necesaria para acometer la abrumadora tarea de compilar con carácter oficial los precedentes jurisprudenciales que integraban el ius, pero que no estaban recogidos en leges. Para darle un carácter unitario se procedió también a ordenar y eliminar las repeticiones, y resolver los aspectos contradictorios de la ley existente e incluso variar el tenor literal de todos los documentos, si hacía falta para lograrlo. El Derecho de juristas recogido en el Digesto es el fruto de la aplicación profesional, y por su propia naturaleza es fragmentaria, por lo que resulta indudable el enorme esfuerzo que conllevó esta empresa, que además se caracterizó por la tremenda riqueza por su contenido, que todavía resulta actual. Los 50 libros de que consta se encuentran divididos en títulos, dentro de los cuales se incluyen los fragmentos, cada uno con la inscriptio que indica el nombre del jurisconsulto, el número del libro y el título de la obra originaria de la que proceden, no contándose con una sistemática práctica en la ordenación interna de cada título.

3.- El Código. Colección de disposiciones dictadas por los emperadores. Entró en vigor el 29 de diciembre de 534 y se divide en 12 libros que contienen las leyes de los emperadores anteriores a Justiniano (que ya habían sido compiladas bajo su mandato en el 529), así como las leyes que él mismo promulgó hasta la publicación de este volumen.

4.-las Novelas. Nombre cuyo origen es el de *Novellae constitutiones post Codicem*. Contienen las constituciones promulgadas por Justiniano después de publicar la compilación integrada por las tres secciones ya descritas. A diferencia de las partes anteriores, las Novelas no están recopiladas como unidad formal que responda al designio de un soberano, sino que se conocen a través de colecciones particulares.

El auténtico esplendor del trabajo de Justiniano se produjo unos seis siglos más tarde de la publicación de estas obras, cuando la cultura europea adoptó su legado como una referencia cargada de autoridad y muy útil para la formación de los nuevos juristas en un Derecho común. El gran mérito de la obra de Justiniano fue condensar el saber jurídico de Roma y actuar como el eslabón de continuidad para que ese pensamiento pasara a la conciencia jurídica europea suponiendo, sin duda, el segundo gran momento de expansión del Derecho romano.

abogados.

Debido a la profusión de denominaciones con que eran conocidos los escribanos, sólo indicaremos un listado de ellos y nos referimos a los más importantes.

Según sus especialidades, eran llamados: *Actuarii, Argentorii, Cancellarii, Censuales, Cognitores, Conciliarii, Cornicularii, Chartularii, Diastoleos, Emanuensis, Epistolares, Exceptores, Grafarios, Libelenses, Librarii, Logographii, Notarii, Numerarii, Refrendaris, Scribae, Scriniarii, Tabellions, Tabularii*, etc. con lo que se puede notar que la función notarial en Roma estaba demasiado dispersa y delegada a una gran cantidad de personas a quienes se les llamó oficiales públicos o privados.

Si bien es cierto que muchos estudiosos de la profesión notarial ven en esta gran gama de personajes a los antecesores del notario actual, es preciso, sin embargo, analizar el criterio, pues con tal amplitud –*afirma Pondé*– llegaríamos al extremo absurdo de significar que todo aquel que supo escribir y fue capaz de redactar un documento a petición de un tercero ha sido antecesor del notario.

Haciendo un análisis metodológico de la naturaleza de la actividad ejercida por tales funcionarios, se llega a la afirmación de que en Roma sólo cuatro de ellos son los que verdaderamente pueden citarse de genuina antelación del notariado moderno. Únicamente a estos nos referimos, son: los *Scribae*, los *Notarii*, los *Tabularii* y los *Tabellions*.

6.- Scribae. Los *Scribae* eran funcionarios estatales que prestaban sus servicios a las órdenes de los pretores que Roma enviaba a las provincias y a quienes asistían extendiendo actas, escribiendo órdenes, decretos y custodiando en los archivos las cuentas del Erario. Eran escribanos adscritos al servicio de los funcionarios del Estado y, por ende, no pueden considerarse antecesores del actual notario, sino auxiliares administrativos y jurisdiccionales.¹⁶

7.- Notarii. Recibían el nombre de *Notarii* los amanuenses, o personas que

¹⁶ Sanahua y Soler, José María, "Tratado de Derecho Notarial, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1945, pág. 118, citado por Cubides Romero, ob. cit., pág. 17.

escribían a mano lo que se les dictaba, quienes desempeñaban su cometido usando abreviaturas o notas de donde derivaron su nombre. Utilizaban las letras iniciales de las palabras de uso más corriente y conocidas o signos representativos de palabras o expresiones que constituían una especie de siglas que ellos entendían. Su técnica puede asimilarse a lo que es actualmente la taquigrafía.¹⁷

8.- Tabularii. Con este nombre se designaba a los oficiales especializados encargados de redactar los contratos para las partes, llegando incluso, en ciertos casos, a estipular por ellos. Tenían calidad oficial y en el desempeño de sus funciones obtuvieron tanta confianza que llegaron a ser los custodios de los testamentos, de contratos y actos jurídicos que los interesados querían conservar para el futuro. El origen de su nombre se deriva del instrumento en que realizaban su labor, que consistía en una tabla o tábula cubierta de cera sobre la cual escribían.

9.- Tabellions. Bajo esta denominación eran conocidas las personas privadas que por autorización del Estado habían adquirido facultad para extender y legalizar documentos sobre determinados negocios jurídicos contra pagos de derechos. No ejercían oficio público y sus documentos no tenían fe pública, aunque tenían valor probatorio y fuerza legal ante autoridades y tribunales.¹⁸

Esclarecidos autores y estudiosos del Derecho Notarial consideran a los Tabellions como los verdaderos precursores del notariado dentro de la interpretación característica del notario de tipo latino, porque eran profesionales de libre y privada contratación, que redactaban convenios y documentos con cierto criterio científico y a cambio de pagos. Además, por el valor probatorio que tenían sus actas, las que, como dijimos, no tenían fe pública pero eran creídas por las declaraciones de testigos.

10.- La Edad Media. Este término sirve para señalar al período histórico comprendido entre la caída del Imperio Romano del Occidente, en el año 476, y la toma de Constantinopla por los Turcos en el año de 1453 y se

¹⁷ Mengual y Mengual, ob. cit., pág. 463.

¹⁸ Schmidt-Thome, Wilhelam, "Contribución al Estudio de la Historia del Notariado en Alemania", Separata del Volumen II, Sección Primera (Estudios Jurídicos Varios). Publicación para el centenario de la Ley Española del Notariado, Madrid, 1965, pág. 439. Traducción e C. Clavería. Citado por Cubides Romero, ob. cit., páginas 19 y 20.

destacó por el triunfo del cristianismo sobre la religión musulmana y por el desarrollo del feudalismo en Europa.

La institución del notariado como tal tiene su origen en esa época y se desarrolla, en los países del derecho escrito, bajo la influencia del Derecho Romano debido, principalmente, al impulso por las transformaciones sociales y económicas vividas como consecuencia del asentamiento de diferentes grupos sociales en un mismo lugar, por la creciente complejidad de esos distintos ciudadanos y por el deseo de una seguridad jurídica la cual se tradujo asimismo en la necesidad de documentos probatorios de los actos jurídicos que se celebraban.

Al surgir el desarrollo del comercio, la navegación, de las sociedades mercantiles etc., situaciones que debían ser reguladas adecuadamente comienza a haber un resurgimiento del derecho notarial en general, tomándose como puntos de partida las bases de la institución que ya estaban creadas, por una parte y por la otra la unión de los bárbaros teutones¹⁹ y los civilizados romanos en una sola sociedad.

Una consecuencia de este desarrollo fue la modificación de la legislación existente por medio de la creación de instituciones jurídicas nuevas y, en virtud de lo cual la institución notarial, también evolucionó y fue objeto de una regulación más precisa.

Al respecto Luís Carral y de Teresa, en su Derecho Notarial y Derecho Registral,²⁰ dice que para esos tiempos en los países europeos se notaba una tendencia encaminada a que los escribanos reforzaran su papel de fedatarios, y aunque es difícil para los autores precisar la historia del notariado en esta época, es indudable que va en aumento el prestigio del instrumento extendido y suscrito por el notario, pues ya en el siglo XIII aparece el notario como el representante de la fe pública.

11.- La primera escuela notarial. Escuela Boloñesa o de Bolonia. En el estudio del origen histórico del notariado se destaca la importancia de la

¹⁹ Antiguo pueblo germano, de origen desconocido, que hacia el siglo II a.C. vivía en lo que los romanos conocían como la península Címblica o Quesoneso címblico (actual Jutlandia o Dinamarca). Desaparecieron de la historia, pero la palabra 'teutón' (teutsch o deutsch, origen a su vez del nombre 'Alemania') se conserva como sinónimo de alemán.

²⁰ Luís Carral y de Teresa, Derecho Notarial y Derecho Registral, México, 1984, P. 71

Escuela de Bolonia, corriente de enseñanza del Derecho Notarial, que aparece precisamente en la ciudad de Bolonia, Italia, en el Siglo XIII, y que juega un papel de gran importancia porque es precisamente por medio de esta escuela que se influye grandemente en el desarrollo de la ciencia notarial.

El verdadero origen técnico del notariado moderno lo encontramos en la Escuela o Universidad de Bolonia, que comenzó en los años 1200, con su escuela de juristas que, “teniendo ante sí los textos de derecho, los comentaban, los analizaban, haciendo glosa de ellos”. La escuela boloñesa por medio del aprendizaje, conocimiento y difusión del Derecho Notarial, influye poderosamente en toda Europa y en gran medida se empiezan a regir por los lineamientos técnicos que sobre el notariado comienza a dar esta escuela, a la cabeza de la cual estaba el famoso jurista Rolandino Passagiero.

Por virtud de los estudios de Bolonia el documento notarial alcanzó en la Edad Media una verdadera perfección no sólo en su redacción de fiel intérprete del querer de las partes sino, principalmente, en sus formas jurídicas surgiendo el documento público como expresión de lo verídico, de lo cierto de su contenido y de su seriedad, en fin, como algo que no dejara dudas por su claridad en sus consecuencias prácticas.

Rainiero de Perugia, autor de la obra *Ars Notariae*, fue el fundador de la escuela jurídica de Bolonia, sin embargo Rolandino y Salotiel²¹ fueron las dos personalidades de la ciencia jurídico-notarial más descollantes en Bolonia. La influencia de estos maestros fue verdaderamente positiva a las naciones vecinas en las cuales se dictaron normas reguladoras de la actividad notarial.

12.- Rolandino Passagiero, Padre del Derecho Notarial. Rolandino Passagiero, conocido también como Rolandino Rodulfino o Rolandino Rodolfo, a quien se le ha considerado como el progenitor del notariado moderno, nació en el año de 1207, y en el año de 1234 alcanzó el grado de notario y profesor de Derecho Notarial en la Universidad de Bolonia.

²¹ La exposición doctrinaria del maestro Salotiel la integran cuatro libros sobre derecho civil y el último de formularios. Ha de mencionarse su prólogo, donde habla de la condición de los notarios, de su capacidad, de su aptitud para el cargo, de las condiciones morales, principios éticos y buenas costumbres, llegando a afirmar que para ser notario era necesario ser “*varón de mente sana, vidente y oyente y constituido en intregra fama y que tenga pleno conocimiento del arte notarial o tabeliano*”; y define al notario como que “*ejerce el oficio público y a cuya fe públicamente hoy se recurre con el fin de que escriba y reduzca a forma pública, para su perpetua memoria, todo lo que los hombres realizan*”. Su obra máxima la llamó *Ars Notarial*.

Passagiero tuvo la idea de enseñar el Derecho bajo un sistema diferente del que servía para el estudio de la abogacía, presentando los notarios en un orden distinto y haciendo seguir los principios de sus aplicaciones a la redacción de los instrumentos públicos.

Rolandino conoce a fondo el Derecho de su época, y lo expone en una forma suya, original, y así contribuye a enaltecer y hacer más noble y estimada la profesión del arte notarial y sienta las bases de la futura ciencia notarial.

Don Enrique Giménez Arnau²² nos enseña que el gran mérito de Rolando Rodolfo es el hecho de conocer a fondo el derecho de su época, y que por su talento natural hace una exposición del mismo original y además concienzuda; y con ello no solamente facilita un instrumento inapreciable de trabajo a las sucesivas generaciones de notarios, sino que su altura científica y su prestigio personal trascienden a la función que desempeña, y contribuye a enaltecer y hacer más noble y estimable la profesión del arte notarial.

La manifestación teorizante de la obra rolandina comprende las siguientes obras: *La Summa Artis Notariae*, llamada también *Summa Aurea*, que trata sobre los contratos en general y del matrimonio; *Flos testamentarums o Flor ultiniarum voluntatusus*, que conoce sobre los actos de última voluntad o testamentos; *Tractatus Notulamm*, que explica acerca de los procesos judiciales; La Aurora, que son comentarios a la *Summa* y *De officiu tabellionatus in vilis vel castris*, que explica sobre los formularios o hechura de las escrituras y las respectivas copias.

13.- La consolidación de la Institución Notarial. Se reconoce a España como el país que inició el movimiento legislativo tendiente a organizar la institución notarial, constituyendo la muestra de ello los códigos alfonsinos de Don Alfonso X, El Sabio, quien hace una majestuosa obra de recopilación y legislación, primero en el Fuero Real, después con el Espéculo y finalmente con las Siete Partidas, obra ésta última comparable, según los doctrinarios, al Corpus Juris Civiles de Justiniano en Roma.

Comienza a mediados del siglo XIII, el siglo de oro del derecho notarial, cuando la mayoría de países de Europa principian a legislar con mayor detenimiento sobre la materia en cuestión.

²² Carral y de Teresa, Ibidem

En el “*Ars Notariae*” de Rainiero de Perugia, de la primera mitad del siglo XIII, la actividad del notario a la hora de confeccionar los documentos se entendía divisible en tres grandes grupos, relativos respectivamente a los documentos contractuales, los judiciales y los testamentarios.

Esta nueva concepción coincidió con la “profesionalización” de un oficio, ejercido hasta aquel momento por escribanos, con escasa formación jurídica. Con el paso de los siglos el oficio de notario se desarrolló y la naturaleza de su trabajo también, según lo demandaba la sociedad de la época.

La documentación producto del trabajo de los notarios experimentó notables transformaciones con el paso del tiempo. Hasta el siglo XVI el verdadero documento era la carta o *instrumentum*, del cual el notario guardaba unas notas que no eran sino un recordatorio para uso propio. Sin embargo a partir de este tiempo, el verdadero documento notarial pasó a ser la nota que conservaba en el libro-registro y la carta no sería ya sino una mera copia autorizada.

En el siglo XVIII se generalizó la costumbre de redactar por extenso todas las escrituras en el libro-registro o protocolo, así como la de proceder a la lectura íntegra de la misma a los otorgantes y testigos, que habían de firmarla.

14.- El Fuero Real es un texto jurídico que a lo largo de su existencia recibe distintos nombres: Fuero del Libro, Libro de los Concejos de Castilla, Fuero Castellano. Hoy comúnmente lo conocemos como Fuero Real: nombre que adquiere a partir de 1505. En su Prólogo dice los motivos de su redacción: “*se otorga para que todos los pueblos sepan vivir en paz y con arreglo a unas leyes que castiguen a quien hiciera daño y que los buenos vivan seguros.*”

Está constituido por 550 leyes divididas en 4 libros y 72 títulos. El Libro I se ocupa de materia política y religiosa y de las personas que actúan en la administración de justicia; el Libro II trata de los procedimientos judiciales; el Libro III regula el Derecho Civil y el Libro IV recoge el Derecho Penal. Sus leyes pasaron a las recopilaciones castellanas de la Edad Moderna.

El Fuero Real, consistía en una compilación de fueros municipales y leyes que fue promulgado en el año 1255 y en el cual se trata sobre los escribanos públicos y la necesidad de jurados para que no haya dudas y evitar las

contiendas. Al mismo tiempo, se establecía la obligatoriedad de otorgar testamento ante escribano.

15.- El Espéculo es un manuscrito incompleto obra de Alfonso X que pretendía dar a Castilla un derecho único y territorial. Sólo contiene 5 de los 12 libros que componían el texto primitivo por lo que se cree que pudiera ser un borrador o anteproyecto de las Partidas, ya que presenta un cierto paralelismo en materias y analogía de plan con las Partidas habiendo incluso coincidencias textuales.

Esta afirmación se hace porque sigue el mismo orden del Código de Justiniano y precisamente faltan los 7 libros que tratarían del Derecho Civil y Penal según lo que viene en el Código Justiniano.

Los cinco libros tratan de las siguientes materias: 1) de la ley y el legislador y de materias religiosas; 2) de la Constitución política del Reino; 3) de la Constitución de Derecho Militar; 4) de la organización de la Justicia y 5) del procedimiento.

Su traducción o nombre real fue “Espejo de todos los Derechos”. No fue publicado oficialmente, es decir, nunca tuvo vigencia pero a pesar de ello fue muy respetado y adquirió gran autoridad en el siglo XIV. Lo demuestra que fuera estudiado y citado por los jurisconsultos con la frecuencia que el Fuero Juzgo, Fuero Real o el Ordenamiento de Alcalá.

16.- El Ordenamiento o ley Pragmática de Alcalá. En relación a las escribanías, el texto del Ordenamiento o ley Pragmática de Alcalá, 1503 dice así: “Mandamos que cada uno de los escribanos haya de tener un libro de Protocolo encuadernado de pliegos de papel entero, en el cual haya de escribir y escriba por extenso, las notas de las escrituras que ante el pasaren, y se hubiere de hacer, en el cual se contengan, el día, el mes, el año y el lugar o casa donde se otorgan, y lo que se otorga, especificando todas las condiciones, partes, cláusulas, renunciaciones y sumisiones que las dichas partes asienten, y que así como fueren escritas las tales notas, los escribanos las lean, presentes las partes y los testigos, y si las partes la otorgaren, las firmen de su nombre, y si no supieren firmar, firmen por ellos, cualquiera de los testigos u otros que sepa escribir”.

Además del Protocolo, los españoles llevaban otro libro en el cual se escribían los aspectos esenciales de los negocios jurídicos a celebrar, antes de la redacción definitiva del documento, denominándose el referido libro “El Minutario”. Después que las partes interesadas, hubieren examinado, corregido y puestos de acuerdo con el contenido del minutario, se redactaba el instrumento público en forma definitiva, sin alteración ni cambio alguno.

La Pragmática del Alcalá, pues estableció el Protocolo Notarial y en sus disposiciones ya preveía el caso de una persona que no pudiera firmar.

16.- El Código de las Siete Partidas²³ también llamado “Las Flores de las

²³ El “Código de las Siete Partidas”, cuyo título original era “Libro de las Leyes” o “Fuero de las Leyes”. Es uno de los más célebres del mundo, fue redactado durante el reinado de Alfonso X *el Sabio* poco tiempo después del “Fuero Real”. Comenzado a escribir en 1256, la obra no se terminó, según la mayoría de los autores, hasta 1265, cerca de diez años para crear este cuerpo de leyes que intentaba dar unidad legislativa a un reino fraccionado en multitud de fueros y así terminar con la anarquía o caos jurídico por tantos fueros diferentes.

El texto contiene un prólogo y siete partidas, divididas en 182 títulos, en total 2.802 leyes o reglas que regulan el sistema de fuentes (ley, uso, costumbre y fuero) y el Derecho eclesiástico, político, administrativo, procesal, civil, mercantil, matrimonial y penal.

Como el propio nombre indica, las Partidas constan de siete grandes libros que se dividen en títulos o partes y estos en leyes. La estructura que ordena el propio Alfonso X era la siguiente:

Partida I): trata sobre las fuentes del derecho, de todas las cosas que pertenecen a la fe católica inspirado fuertemente en el Derecho Canónico y especialmente en las Decretales de Gregorio IX;

Partida II): incluye varios aspectos políticos y administrativos, tales como la sucesión a la Corona, sobre los funcionarios reales, etc., es decir, lo relativo a la Constitución Política y Militar del Reino;

Partida III): dedicada a la Administración de Justicia y las normas del procedimiento;

Partida IV) regula el matrimonio, filiación, paternidad, adopción, o sea Derecho de Familia;

Partida V) trata sobre los contratos y obligaciones;

Partida VI) Derecho sucesorio;

Partida VII): Derecho Penal y sus procedimientos.

El desarrollo de las materias se lleva a cabo a través de exposiciones razonadas de los fundamentos teóricos en que se apoya la norma que se juzga conveniente adoptar. Pueden ser religiosos, morales o filosóficos. La utilización de fuentes romanas y canónicas es fundamental dado que le imprimen sus características más notorias.

Podemos decir que las Partidas son una enciclopedia de Derecho. Presentan más un carácter doctrinal que legal, pues en ocasiones se extienden a temas extrajurídicos. Abundan las citas a los autores, a las obras y son frecuentes las alegorías, comparaciones, ejemplos, pensamientos, etc. La redacción está hecha en un puro castellano en la que además brillan las galas de estilo o frases hechas. Por eso las Partidas, además de una obra legal importantísima, son un ejemplar de primer orden de la producción literaria de la época.

Contrario a lo que ocurre con cualquier código legal que junto a su publicación a la vez se le da fuerza legal, se promulga, Alfonso X se limita a publicar las Partidas y no a sancionarlas por lo que no tienen fuerza legal. Esto probablemente se debiera al fracaso que supuso la implantación del Fuero Real en Castilla cuyo rechazo obligó al monarca a derogarlo. A partir de 1348 las partidas adquieren esa fuerza legal: las sanciona Alfonso XI para introducirlas en el orden de prelación de fuentes del Derecho Castellano. Van ganando cada vez más en autoridad legal. Esto se alarga hasta el s. XIX.

Leyes". Se le denominó de las Siete Partidas por las siete partes en que ésta dividido su texto. Este Código, publicado en el año 1265, trajo un amplio desarrollo de organización notarial, incluyendo los derechos y honorarios que debía cobrar el escribano y justificando nuestra función cautelar o preventiva, diciendo: " *Que los pleitos, ventas, compras, mutuos, que deban realizarse bien por juicio o de otra manera deben ser resueltos en forma cierta y ajena a contienda o desacuerdo y para ello crea los escribanos públicos jurados, nombrados por el Rey, o por quién él indicare, y no por otro, en las ciudades y villas mayores, en número tal que resulte suficiente para el buen servicio. Se les encarga la misión de hacer las cartas que les mandaren redactar, legal y derechamente.* " (Lo. I, Tit. VIII, Ley I).

Se refería a la función de los escribanos y la regulaba en forma sistemática, llegando a describirlo totalmente en la Tercera Partida, Título 19, Ley 1 y siguientes.²⁴

²⁴ Título 19. De los escribanos

Ley 1: Escribano tanto quiere decir como hombre que es sabedor de escribir, y hay dos maneras de ello: los unos, que escriben los privilegios y las cartas y las actas de la casa de las ventas y de las compras, y los pleitos y las posturas que los hombres ponen entre sí en las ciudades y en las villas. Y el provecho que nace de ellos es muy grande cuando hacen su oficio lealmente pues se quitan los impedimentos y se acaban las cosas que son menester en el reino por ellos; y queda memoria de las cosas pasadas en sus registros, en las notas que guardan y en las cartas que hacen.

Ley 2. Leales y buenos entendidos deben ser los escribanos de la corte del rey y que sepan bien escribir de manera que las cartas que ellos hicieren, bien semeje que de corte de rey salen y las hacen hombres de buen entendimiento. Otrosí decimos que los escribanos públicos son puestos en las ciudades y en las villas y en los otros lugares, que deben ser hombres libres y cristianos de buena fama. Y otrosí deben ser sabedores de escribir bien y entendidos del arte de la escribanía, de manera que sepan bien tomar las razones y las posturas que los hombres pusieren entre sí ante ellos; y deben ser hombres que guarden los secretos, de manera que los testamentos y las otras cosas que les fueren mandadas escribir en secreto. que no las descubran de ninguna manera, fuera de si fuesen en daño del rey o del reino; y además decimos que deben ser vecinos de aquellos lugares de donde fueren escribanos, porque conozcan mejor los hombres entre quienes hicieron las cartas. Y aún decimos que deben ser legos, porque han de escribir y hacer cartas de pesquisas y de otros pleitos en que cae pena de muerte o de lesión, lo que pertenece a clérigo ni a otros hombres de orden, y además porque, si hiciesen algún yerro por el que mereciesen pena, que se lo pueda el rey reprochar.

Ley 4. Probados deben ser los escribanos cuando los presentan ante el rey si son sabedores de escribir, y si tienen en sí aquellas bondades que dijimos en la ley antes de esta. Y por ello cuando algunos vinieren ante el rey, o fueren presentados por esta razón que dijimos, si fueren para ser escribanos de su corte o para hacer pesquisas allí donde él estuviere o en otro lugar, debe el rey saber de aquellos que más conocedores fueren en su casa de estas cosas, si son tales como dijimos antes. Y esto debe el rey probar si es así; y si tales fueren, débeles recibir, y de otro modo, no. Mas si fueren para ser escribanos en las ciudades o en las villas, debe el rey saber de los hombres buenos de aquellos lugares en donde estén aquellos que quieren hacer escribanos, o de los de su casa o de otros cualesquiera por quien mejor lo pueda saber, si son tales como dijimos; y entonces pueden ser recibidos y no de otra manera.

Por esto los escribanos de la corte del rey deben jurar que hagan las cartas lealmente y sin extenderse demasiado; y que no pongan en ellos amor ni desamor, ni miedo ni vergüenza, ni ruego ni don que les den ni

En otros países de Europa, también se dictaron disposiciones legales que aunaron esfuerzos para la consolidación del Derecho Notarial, p. ej., en Italia se dictaron los Estatutos del Conde Pedro II, en el año 1265; de Amadeo VII; Primer Duque de Saboya, en 1430; de Manuel Filiberto en el año de 1561, etc.

En Portugal, los ordenanzas de 1315, bajo el reinado de Don Denis que se considera la base de la legislación notarial portuguesa, completada posteriormente por los Ordenanzas Alfonsinas, Manuelinas y Filipinas.

Igualmente, en Francia, se promulgó la Ordenanza de Amiens, dictada por Felipe El Hermoso, en el año de 1304. En Austria, Maximiliano I (1459-1519), Emperador del Sacro Imperio Romano Germánico, dictó en 1512, claras normas sobre notariado, según dice *“para conservar la justicia y la paz”* y, al decir de Pérez Fernández del Castillo, esta Constitución incluye varios preceptos que regulan las actividades del Notario. En general los principios son los mismos sustentados por la tradición boloñesa y española”.²⁵

Es a partir de Maximiliano que queda claro que los notarios conforman un servicio privado “aunque servidor de la cosa pública”, lo que le permite hacer referencia expresa a los “honorarios”, así como a la responsabilidad de los notarios por las faltas y errores que cometan en el ejercicio de su profesión.²⁶

17.- Época Moderna. En los inicios de la práctica notarial como función regida por el Estado los nombramientos se hacían por influencias de tipo político, social o religiosa. La multiplicidad de notarios fue tal que hubo de ser minuciosamente reglamentada por la autoridad real.²⁷

les prometan; y sobre todo, que guarden secreto del rey y de su señorío, y a todas las cosas que a él pertenecen según aquello que ellos han de hacer. Y los escribanos de las ciudades y de las villas deben jurar que guarden otrosí al rey y a su señorío y a todas las cosas les pertenecen así como antes dijimos; y otrosí, que guarden provecho y honra de sus concejos cuando ellos pudieren, y supieren y entendieren; y que hagan las cartas lealmente, guardando todas las cosas que dijimos que deben guardar los escribanos del rey en hacer las cartas.

²⁵ Pérez Fernández del Castillo, Derecho Notarial, Historia del Notariado, Página 7. Citado por Molina Orellana, Jose S., “Consideraciones Generales sobre el Derecho Notarial”, San Salvador, 1987.

²⁶ Pérez Montero, Hugo “Necesidad Social de la Función Notarial”, Conferencia en la Pontificia Universidad Católica de P. R. Ponce, Puerto Rico, 23 de febrero de 2005.

²⁷ A mediados del siglo IX, el emperador de Oriente, León VI el Filósofo, escribió la Constitución XXV, en la que hace un estudio sistemático de los tabularis o notarios en los que reconocía la importancia del examen para el que pretende ingresar como tabulari; fijaba las cualidades físicas, jurídicas y morales de esos funcionarios; establecía la colegiación obligatoria; fijaba las tarifas o aranceles por servicios y, otorgaba a cada uno una plaza, estableciendo con esto los *numerus clausus*, que es hoy la denominación de los notarios de numero. Allí se ordenaba *“que no se promueva a*

No obstante todas las luchas y polémicas suscitadas durante el periodo comprendido entre el siglo XIII y el siglo XIX, período dentro del cual se comienza a gestar la madurez de la Institución de Derecho Notarial, hasta alcanzarla precisamente a principio del referido siglo XIX, luego de que todas las leyes de los diversos países se aúnan a la consolidación de la Institución Notarial como tal.

Dicha consolidación es alcanzada en la Edad Moderna cuando la figura del notario se eleva al carácter del funcionario público, al tiempo que se comienza a legislar sobre la competencia de los Notarios, sobre los requisitos para el ejercicio del Notariado, en fin cuando la Institución ha alcanzado plena madurez, que se fortalece, según opinión compartida por los autores de la materia, cuando es promulgada la Ley del 25 Ventoso del año 11 en la Francia posterior a la Revolución Francesa.

18.- En Francia. Las solicitudes para actuar como notario en Francia eran de tal magnitud que se les llegó a considerar, antes de la Era Napoleónica, como una “plaga”, porque además de los notarios reales todas las jurisdicciones señoriales tenían sus notarios especiales. Había notarios episcopales, imperiales y apostólicos, todos ejercían sus funciones con brusquedad, y en virtud de una investidura a menudo dudosa.²⁸

Todo este “desorden escribanil” vino a desaparecer en 1791 con la Revolución Francesa que transformó el régimen de la función convirtiéndola en actividad a la cual debía accederse a través de concursos.²⁹

Los principios de la Revolución Francesa contribuyeron notablemente al restablecimiento de las exigencias en la provisión de los cargos notariales, que había sido tan celosamente contemplada en todas las legislaciones antiguas a partir de las Novelas justinianas y principalmente en la Constitución de León el Filósofo.³⁰

aquel puesto por favor, recomendación, parentesco o amistad, sino por virtud, conocimiento y plena aptitud para todas sus funciones”. Pérez Fernández del Castillo, *Ibid.*, pags. 3 y 4.

²⁸ Planiol, Marcel y Ripert, Georges, “Derecho Civil”, Biblioteca Clásicos del Derecho, Volumen 8, Harla, México, 1997, pág. 606

²⁹ Ripert y Boulanger, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo IV, Editora La Ley, Bs. Aires, pág. 245

³⁰ García de Cortazar Sagarminaga, José A., *Contribución al estudio de la transformación del Régimen de Oficios Enajenados de la fe pública en el régimen Notarial moderno en España*, Ponencia presentada al I Congreso Internacional de Notariado Latino. Buenos Aires, 1948, Tomo I, pág. 813 y ss.

Ya desde el siglo XVI la tendencia de las ordenanzas era limitar el número de funcionarios escribaniles.³¹

19.- La Ley del 25 Ventoso del Año XI.³² Su nombre viene de la fecha de su promulgación que fue el día 25 del Ventoso del año 11, (undécimo de la Revolución Francesa) correspondiente al Calendario Republicano Francés, que pertenece en nuestro Calendario Gregoriano al 16 de marzo de 1803.

Ventoso es el sexto mes del referido Calendario Republicano Francés, que equivale al período de tiempo transcurrido entre el 19 de febrero y el 20 de marzo, del Calendario Gregoriano.

La Ley del Ventoso nace como consecuencia del clima reformista de la Revolución Francesa, lo que resulta lógico, si tomamos en cuenta que los nuevos principios políticos, sociales, económicos, y culturales, que inspiraron la Revolución vinieron a cambiar totalmente la estructura política y de gobierno de Francia de 1789 a 1799 y, como resultado se hizo necesario actualizar a la nueva estructura las instituciones orgánicas y jurídicas anteriores.

Dentro de estas reformas se promulgo la Ley del 25 Ventoso del año 11, que viene a significar la conformación de la Consolidación de la Institución del Derecho Notarial, así como ha señalado con otras palabras Giménez Arnau, con muchos defectos de organización, con una función diversificada

³¹ La *enajenación de oficios*, constituyo un motivo eficiente de la parálisis y la decadencia del notariado en el medio europeo. Por ejemplo, en España, en las Partidas se previó que el nombramiento de los escribanos correspondía al Emperador y Rey “o otro a quien otorgase alguno dellos poder señaladamente de lo facer” Esta posibilidad de delegar en otros la facultad de nombrar escribanos fue aprovechada, dentro de los principios feudales de la época, para concederla a Concejos y Ayuntamientos y a los señores feudales a cambio de favores o dineros, convirtiéndolas en verdaderas mercancías, al extremo que, en tiempos de Felipe IV y en un período de seis años se vendieron 62 mil oficios por precio de siete y medio millones de ducados, o sea, a un promedio aproximado de 120 ducados por oficio.

Las enajenaciones fueron o vitalicias o perpetuas las primeras comprendían toda la vida del adquirente o por la de éste y la de un hijo o yerno suyos, y las segundas se hacían *por juro de heredad*, es decir, como elemento patrimonial transferible y transmisible por herencia. Este último sistema de transferencia se prestó a un tráfico escandaloso, pues no solamente constituyó fuente de importantes ingresos para monarcas y personas autorizadas para vender los oficios o escribanías, sino que fueron objeto de costosísimos arrendamientos y de renunciaciones en favor de terceras personas con contraprestaciones leoninas que constituyeron verdaderos enriquecimientos torticeros. Para detener este tráfico inmoral los Reyes Católicos expidieron una ley dada en Toledo, por la cual se declararon nulas las cédulas de concesión de oficios por juro de heredad y posteriormente el Rey don Fernando IV limita el número de escribanos públicos en cada lugar a un máximo y por ello se les denominó *Escribanos de número*.

y dispersa, al apuntar el siglo XIX, la Institución Notarial en los países del sistema latino está consolidada. Ha adquirido la madurez plena que se consagra definitivamente con la ley francesa del Ventoso.³³

La anterior aseveración es una verdadera realidad que se hace más visible al tomar en cuenta las regulaciones que se hicieron al Notariado en el marco de la referida ley. Algunas de las aportaciones concretas de la Ley Ventoso a la Institución Notarial fueron:

³² Por considerar de alto interés histórico a continuación transcribimos las disposiciones de la Ley del 25 Ventoso que han pasado a las instituciones actuales, omitiendo las que respondieron al régimen de transición o que tuvieron una significación típica de los franceses. Esta versión es la que presenta Eduardo B. Pondé en el Apéndice VIII de su obra Origen e Historia del Notariado, Págs. 608 y sigts.

“TITULO I - De los Notarios y actos notariales

“Sección Primera.- Funciones, Competencia y Deberes Notariales.

“Art. 1.- Los notarios son los funcionarios públicos establecidos para recibir todos los actos y contratos a que las partes deban o quieran dar el carácter de autenticidad propio de los públicos, y para asegurar la fecha, conservar su depósito y librar copias y testimonios.

“Art. 2.- Su institución es de por vida.

“Art. 3.- Debe prestar su ministerio siempre que sean requeridos.

“Art. 4.- Todo notario residirá en el punto que le señale el gobierno. Si contraviniere se entenderá que renuncia, y por lo tanto el gran juez, ministro de justicia, previo parecer del tribunal, podrá proponer su reemplazo al gobierno.

“Art. 5.- Los notarios ejercen sus funciones: los de las ciudades que tengan tribunal de apelación, en el distrito de éste- los de tribunales de primera instancia, en territorio del mismo- los de las demás poblaciones, en el territorio del juzgado de paz.

“Art. 6.- Se prohíbe a los notarios el ejercicio fuera de su distritos, so pena de suspensión del cargo por tres meses, de destitución en caso de reincidencia, y de indemnización de perjuicios.

“Art. 7.- Las funciones de los notarios son incompatibles con las de jueces comisarios del gobierno en los tribunales, sus sustitutos, procuradores, relatores, ujieres, recaudadores de rentas directas e indirectas, jueces y ujieres de juzgados de paz, comisarios de policía y de ventas.

“Sección Segunda.- De la forma de las actas, de las minutas, certificaciones y protocolos.

“Art. 8.- Los notarios no podrán autorizar contratos en que intervengan sus consanguíneos o afines en todos los grados de la línea directa y en la colateral hasta el grado de tío o sobrino inclusive, ni los que contengan disposiciones a su favor.

“Art. 9.- Los contratos serán autorizados por dos notarios o por uno, asistidos de dos testigos, ciudadanos franceses, que sepan firmar, domiciliados en el término del municipio donde se autorice el contrato.

“Art. 10.- No podrán concurrir al mismo acto dos notarios parientes o afines en el grado prohibido por el artículo 8. Los parientes y afines del notario o de las partes en el mismo caso, sus escribientes y criados no podrán ser testigos.

“Art. 11.- El nombre, condición y residencia de las partes deberán ser conocidos de los notarios o atestiguados en el acto por dos ciudadanos a quienes conozcan, provistos de los mismos requisitos que se exigen a los testigos instrumentales.

“Art. 12.- Todas las actas deben contener el nombre y residencia del notario, so pena de 100 francos de multa al infractor. También deben contener los nombres de los testigos instrumentales, su residencia, lugar, año y día de la autorización, bajo las penas impuestas en el artículo 68, y las de falsedad, si la hubiere,

“Art. 13.- Se escribirán las actas notariales en un solo y único contexto, legiblemente, sin abreviaturas, blancos ni intermedios, con nombres, apellidos, condición y residencia de las partes y de los testigos llamados

1) Confiere al Notario la calidad de funcionario Público; 2) Exige la transcripción del título que acredite el derecho del enajenante; 3) Para ser notario establece como requisito, una práctica ininterrumpida de seis años y se elimina *el relajo* de acceder a la función notarial a través de las enajenaciones

en el artículo 11, con todas sus letras, las sumas y fechas, se unirán a la minuta los poderes de los contratantes, se mencionará la lectura que se ofrezca a las partes, todo so pena de 100 francos de multa al que a ello contraviniere.

“Art. 14.- Las actas serán firmadas por las partes, por los testigos y por los notarios que deben hacer mención de ello al fin del acta. En cuanto a las partes que no sepan o no puedan firmar, el notario debe declararlo así al fin del acta en que esta circunstancia se compruebe.

“Art. 15.- Las citas y remisiones no podrán, sino en el caso que se exceptúa, escribirse más que al margen, irán firmadas y numeradas por los notarios y demás firmantes, so pena de nulidad de las adiciones. Si la extensión de la cita exige que se difiera hasta el final del acta, no solo se firmará y numerará con las puestas al margen, sino que las partes la aprobarán expresamente, so pena de nulidad de la adición.

“Art. 16.- No se permiten interlineas ni adiciones en el texto del acta, y serán de ningún valor las palabras así añadidas. Las que deban borrarse lo serán de suerte que su número pueda indicarse al margen de la página correspondiente o al fin del acta, y se aprobarán como las remisiones puestas al margen, todo so pena de multa de 50 francos al notario, como también de indemnización y destitución, si hubiere fraude.

“Art. 19.- Todos los actos notariales harán fe en juicio y serán ejecutorios en toda la extensión del país. Si hubiere queja en cuanto a falsedad, se suspenderá la ejecución del acta así redargüida por la declaración del jurado del acusación, pronunciando que ha lugar a la misma, si aquella se presentase incidentalmente-los tribunales podrán, según la gravedad del caso, suspender provisionalmente la ejecución del acta.

“Art. 20.- Los notarios deberán guardar minuta de cuantos actos autoricen, excepto de estos casos: fes de vida, poderes, actas de notoriedad, finiquitos de arriendo y salarios, atrasos de pensiones y rentas, y otros actos sencillos en que la ley lo permita.

“Art. 21.- El derecho de expedir copias y testimonios corresponde solo al notario poseedor de la minuta; sin embargo, todo notario podrá librar copia de un acta cuya minuta se le haya entregado.

“Art. 22.- Los notarios no podrán desprenderse de ninguna minuta sino en los casos previstos por la ley en virtud de un juicio. Antes redactarán y firmarán una copia que después de certificada por el presidente y comisión del tribunal civil de su residencia será sustituida a la minuta, a la que reemplazará hasta su devolución.

“Art. 23.- Tampoco podrán los notarios sin orden del presidente del tribunal de primera instancia dar copia de las actas sino a los directamente interesados o a sus herederos, so pena de indemnización, de multa de 100 francos y, en caso de reincidencia, de suspensión del cargo durante tres meses, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes y reglamentos sobre el derecho de registro y de las relativas a los actos que deben publicarse en los tribunales.

“Art. 26.- Debe indicarse en la minuta la expedición de la primera copia para cada uno de los interesados, y no puede dárseles otra, so pena de destitución, sin orden del presidente del tribunal de primera instancia, decreto que se unirá a la minuta.

“Art. 27.- Todo notario tendrá su sello particular, con su nombre, cargo y residencia, con arreglo a un modelo único, el tipo de la República Francesa. Llevarán este sello las copias y certificaciones de las escrituras.

“Art. 28.- Las actas notariales se legalizarán, a saber: las de los notarios que residan en tribunales de apelación, cuando hayan de valer fuera del distrito, las de los restantes notarios cuando fuera del departamento. La legalización se hará por el presidente del tribunal de primera instancia de la residencia del notario, o del lugar en que se entreguen el acta o el testimonio.

“TITULO II - Régimen del Notariado.

“Sección Primera.- Número, distribución y fianza de los notarios.

“Art. 31.- El número de notarios para cada departamento, su distribución y residencia se fijarán por el gobierno, de suerte que: primero, en las ciudades de 100.000 y más almas haya cuando más un notario por cada 6.000; segundo, que en las demás poblaciones y lugares haya dos al menos o cinco cuando más por cada

o compras de notarías³⁴ ; 4) Pone fin a la confusión existente entre lo que es la fe pública judicial y la extrajudicial. 5) Declara incompatibles el ejercicio conjunto de la judicatura y la notaría.

distrito de juez de paz.

“Art. 32.- Las supresiones o reducciones de plazas se harán solo en caso de muerte, dimisión o destitución.

“Art. 33.- Los notarios ejercen sin patentes, pero están sujetos a una fianza que determina el gobierno, conforme a ciertas bases, y que se destina a asegurar el cumplimiento de las sentencias que contra ellos se pronuncien a consecuencia del desempeño de sus cargos. Cuando se haya consumido toda la fianza, o la mayor parte, el notario quedará suspenso de su cargo hasta que la caución se restablezca íntegramente- y si no la renovase dentro de seis meses, se considerará dimisionario y será reemplazado por otro.

“Art. 34- El gobierno fijará la fianza habida consideración al distrito y residencia de cada notario, según un minimum y un maximum. Se darán estas sumas y se pagarán intereses al tenor de las leyes sobre fianzas, con la deducción de los pagos anteriores.

“Sección Segunda.- Condiciones para ser admitido en el notariado y manera de ser nombrado.

“Art. 35.- Para desempeñar el cargo se requiere: estar en el goce de los derechos de ciudadanía, haber cumplido con el deber de la conscripción militar, tener veinticinco años cumplidos y justificar la práctica prescrita en los siguientes artículos.

“Art. 36.- Este tiempo será, salvas las excepciones indicadas, de seis años completos y sin interrupciones, uno de los últimos al menos en clase de primer oficial en el despacho de un notario de categoría igual a la de la plaza que haya de proveerse.

“Art. 37.- El tiempo de práctica podrá reducirse a cuatro años cuando se hayan empleado tres en el estudio de un notario de clase superior a la de la plaza de que se trate, y siempre que, durante el cuarto, haya trabajado el aspirante como primer oficial en el estudio de un notario de clase superior o igual a la de la plaza que pretenda.

“Art. 38.- El notario ya recibido y con un año de ejercicio en clase inferior está dispensado de acreditar la práctica para ser admitido en plaza que quede vacante en la clase inmediatamente superior.

“Art. 39.- El aspirante que haya practicado cuatro años no interrumpidos, con un notario de primera o segunda clase, y que durante dos al menos haya sido procurador en un tribunal civil, podrá ser admitido en una de las clases en que hubiese ejercido siempre que en uno de los dos últimos años haya practicado como primer oficial con un notario de clase igual a la de la plaza vacante.

“Art. 40.- El tiempo de práctica exigido en los precedentes artículos se aumentará en una tercera parte siempre que el aspirante que hubiere trabajado con un notario de clase inferior se presente a una plaza de clase inmediatamente superior.

“Art. 41.- Para ser admitido al ejercicio de la tercera clase de los notarios bastará la práctica durante tres años en el estudio de uno de primera o segunda clase, o haber ejercido como procurador durante dos años en el tribunal de alzada o de primera instancia y trabajado otro en el estudio de un notario.

“Art. 42.- El gobierno podrá dispensar de la justificación del tiempo de estudio a los individuos que hayan desempeñado cargos administrativos o judiciales.

“Art. 43.- El aspirante pedirá a la cámara de disciplina del distrito en que deba ejercer, un certificado de moralidad y de capacidad. Solo se dará este documento después que la cámara haya dirigido al comisario de gobierno de tribunal de primera instancia la copia de su acuerdo.

“Art. 44.- En caso de negativa, el parecer de la cámara será motivado y lo comunicará al comisario de gobierno y éste, con sus observaciones, al gran juez.

“Art. 45- Los notarios serán nombrados por el gobierno, obteniendo del mismo una comisión que indicará el lugar fijo de la residencia.

“Art. 46- Los nombramientos de los notarios irán dirigidos al tribunal de primera instancia en cuya jurisdicción fije el interesado su residencia.

“Art. 47.- Dentro de dos meses desde su nombramiento, y so pena de destitución, el nombrado habrá de prestar en la audiencia del tribunal al que se dirija el nombramiento, el juramento que exige la ley a todos los

También, 6) El documento notarial debe cumplir los requisitos de determinar el día exacto, nombres de las partes, de quienes el notario debe dar fe de conocimiento, 7) Rige el principio de custodia y guarda de los documentos

empleados públicos, y el de cumplir sus deberes con exactitud y probidad. Solo se le admitirá a jurar cuando presente el original de su nombramiento y el recibo de la fianza. Deberá hacer registrar el acta de prestación del juramento en la secretaría del ayuntamiento de su residencia y en las escribanías de todos los tribunales en que deba ejercer.

“Art. 48 - Desde el día en que haya prestado juramento comenzará su ejercicio.

“Art. 49.- Antes de esto, deberán presentar los notarios en cada tribunal de primera instancia de su departamento y en la secretaría municipal de su residencia, su firma y signo. Los notarios que residan donde los tribunales de apelación harán además este depósito en las secretarías de los demás tribunales de primera instancia en su distrito.

“Sección Tercera.- Cámara de disciplina.

“Art. 50.- Las Cámaras se establecerán para la disciplina interior de la clase y serán organizadas por reglamento.

“Art. 51.- Los honorarios y dietas de los notarios serán regulados amistosa-mente entre ellos y las partes; si no, por el tribunal civil de la residencia de los primeros, con vista del dictamen de la cámara, sin devengar derechos.

“Art. 52.- Todo notario suspendido, destituido o reemplazado, después de habersele notificado la suspensión, destitución o reemplazo, deberá cesar en el desempeño de su cargo, so pena de indemnización y resarcimiento de perjuicios y demás que las leyes pronuncien contra el empleado suspendido o destituido, que continúa ejerciendo el cargo: el notario suspendido no podrá volver al suyo, bajo las mismas penas, sino después de haber concluido el plazo de la suspensión.

“Art. 53.- Toda suspensión, destitución, condena de multa o resarcimiento de perjuicios incumbe a los tribunales civiles de la residencia de los notarios, a petición e instancia del comisario del gobierno. Los juicios, sin embargo, están sujetos a apelación y son ejecutables provisionalmente, excepto en cuanto a las multas.

“Sección Cuarta.- Custodia y transmisión de minutas y conservación de las mismas.

“Art. 54.- Las minutas y protocolos de un notario reemplazado, o cuya plaza se haya suprimido, podrán ser entregados por él o por sus herederos a uno de los notarios residentes en, el mismo municipio, si el reemplazado no fuere el único allí establecido.

“Art. 55.- Si la entrega de las minutas y protocolos no se hiciese conforme al anterior artículo, en un mes, contado desde el día en que el sucesor preste juramento, la transmisión se hará a éste.

“Art. 56.- Cuando se suprima la plaza notarial, el titular o sus herederos están obligados a entregar las minutas y protocolos en los dos meses siguientes a la supresión, a uno de los notarios del municipio, o a uno de los del cantón, conforme al artículo 54.

“Art. 57.- El comisario del gobierno en el tribunal de primera instancia está encargado de procurar que se haga la entrega en los plazos antes referidos; y si la plaza se suprime y el titular o sus herederos, dentro de dichos plazos, no entregan a algún notario protocolo y minutas, a él incumbe indicar el que deba ser su depositario. El titular o sus herederos que difieran el cumplimiento de lo mandado en los artículos 55 y 56 serán condenados a 100 francos de multa por cada mes, a contar desde el día en que se les hubiere emplazado para la entrega.

“Art. 58 - En todos estos casos se formará un acta sumaria del estado de las minutas entregadas, y al pie de aquella el notario que las reciba consignará el hecho de haberse encargado del depósito. El duplicado se remitirá a la cámara de disciplina.

“Art. 59.- El titular o sus herederos y el notario que reciba las minutas según los artículos 54, 55 y 56, tratarán amistosamente la percepción de derechos respecto a las actas cuyos honorarios no se hubiesen satisfecho en aquella ocasión y del producto de los testimonios. Caso de no haber avenencia, la apreciación se hará por dos notarios en que convengan las partes, o que de oficio se nombren por los de la misma residencia, o a falta de éstos por los de la más próxima.

extendido en forma de minuta, requiriendo del sello y la legalización para su validez en territorio francés, 8) Los registros de propiedad del Estado, 9) Prohibía a las mujeres el ejercicio de la notaría.

20.- En España. Contemporáneamente a la ley del 25 Ventoso se promulga en España, el 15 de julio de 1805, la llamada *Novísima Recopilación* que, como su nombre lo indica, compila la legislación española general y sobre notariado. Realmente, a juicio del doctrinario Fernández Casado,³⁵ la *Novísima Recopilación* es una copia de disposiciones “unas a continuación de otras, y en diferentes Títulos y Libros sin unidad, ni método alguno”, y ni siquiera en lo idiomático puesto que algunas de las normas copiadas lo están en el castellano antiguo de la época y las más recientes en idioma moderno y pulido.

Con el transcurrir del tiempo se elabora, ya en forma codificada, la primera Ley Orgánica del Notariado Español en fecha 28 de mayo de 1862, publicada en la Gaceta de Madrid del día siguiente, en la que se sustituía el término de escribano por el de notario, aunque, en el aspecto estrictamente documental es muy poco innovadora, puesto que su preocupación fundamental no fue el documento sino la incorporación de las notarías al Estado, atribuyendo a los notarios el carácter de funcionarios públicos y al Estado la propiedad sobre los protocolos notariales.

En la misma, se exige que para acceder a la función notarial los aspirantes deben pasar un examen de oposición en el que demuestren su preparación

“Art. 60.- Todos los depósitos de minutas, bajo la denominación de cámaras de contratos, oficinas de tabeliones y otros, quedan confiados a los actuales poseedores. Solo podrán librarse copias y testimonios por un notario de aquel lugar en que radiquen, o a falta de éste, por uno de la residencia más próxima. Sin embargo, si los depósitos de minutas se hubieren hecho en la secretaría de un tribunal, podrán aquellos documentos, en este solo caso, ex-pedirse por el actuario.”

“Art. 61.- Inmediatamente que muera un notario u otro poseedor de minutas, éstas y los protocolos serán sellados por el juez de paz del distrito hasta que otro notario se encargue provisionalmente, en virtud de orden del presidente del mismo tribunal de aquel lugar”.

³³ Giménez Arnau, *Ibid.*, pag. 102.

³⁴ A partir, pues, de la ley de 25 Ventoso y de su resonancia en las normas europeas, puede afirmarse que concluyó la noche de la enajenación de los oficios y, hoy corresponde montar guardia vigilante para que se mantenga autónoma la forma de acceder al servicio notarial y, al menos, alejada de los avatares de la política que puedan representar una nueva forma de enajenación, a cambio de prebendas más innobles que el dinero.

³⁵ Fernández Casado, Miguel. Tomo I, Pág. 162, citado por Jiménez Arnau, *ob. cit.*, Pág. 117. Citado por Cubides Romero, Manuel, *ob. cit.* Pág. 65.

técnica y especializada.

Estas primacías de la legislación española juegan un papel trascendental en la consolidación de la Institución del Notariado, porque a través de ellas se comienza a regular de una manera más seria el papel de los escribanos o Notarios, su organización y la función Notarial en general, dentro de la sociedad de aquellos días, ejemplo que de buena manera siguieron los demás países de Europa y, al mismo tiempo, sirvió de base a la mayoría de leyes notariales de Latinoamérica.

Sección II

El Derecho Notarial en la época Colonial

21.- Antes del Descubrimiento. Vinculados al descubrimiento de América, se conocen algunos casos de escribanos o notarios que en alguna u otra forma intervinieron en el magno acontecimiento y en las primeras manifestaciones de la conquista española.

En un artículo publicado en la Revista Internacional del Notariado intitulado “Los Notarios en el Descubrimiento de América,”³⁶ el autor reconoce como el primer hombre en ofrecerle su ayuda a Cristóbal Colón a Don Luís de Santángel, funcionario de la Corona de Aragón, que desempeñó en 1481 (once años antes del Descubrimiento) el cargo de escribano de ración o jefe de la tesorería del Rey Fernando Católico.

Agrega que, Santángel era amigo de Colón y que había intercedido por él ante los reyes para la firma de las Capitulaciones de Santa Fe³⁷ y que le financiaran el viaje que quería emprender el Almirante en busca de nuevas tierras. Obtuvo éxito en su gestión y luego de la autorización real, le concedió un préstamo de 17 mil florines con los que el navegador dió inicio a los preparativos del viaje que culminaron con el descubrimiento de América, o, mejor dicho, el encuentro de dos mundos.

³⁶ Milara, Feliciano. Revista Internacional del Notariado, N° 59 y 60, año 1963, págs. 247 y siguientes, citado por Cubides Romero, ob. cit., pág. 72.

³⁷ Las Capitulaciones de Santa Fe fue el nombre dado al documento contractual redactado por el escribano real Johan de Coloma, acordado el 17 de abril de 1492, entre el navegante don Cristóbal Colón Fontanarossa y los Reyes Fernando V de Aragón e Isabel I de Castilla en Santa Fe de La Vega de Granada, por medio del cual se estipularon las condiciones en que aquél llevaría a cabo la expedición marítima que habría de dar como resultado, meses después, el descubrimiento del Nuevo Mundo. Constituyen el primer precedente de un contrato de derecho público entre el Estado y un particular.

Se anota también que Don Diego Méndez actuó como escribano y secretario de Colón y a él atribuyen los relatos conocidos de la esta descubridora.

En los inicios de la conquista española del territorio americano, las disposiciones de las legislaciones vigentes en España fueron aplicadas en estas tierras. Es así como la institución notarial ingresa a América, encontrándose la presencia del escribano o notario en casi todos los actos de importancia que se realizaron.

22.- Primer Notario de América. Quien se señala como el Primer Notario de América fue Don Rodrigo de Escobedo, Escribano de Cuadra y del Consulado del Mar, que era en esos tiempos la institución encargada de regular las relaciones y las actividades marítimas-comerciales en España, quien en ejercicio de sus funciones acompañó a Cristóbal Colón en su primer viaje y levantó un acto que da cuenta de la toma de posesión de la isla de Guanahani, en nombre de los reyes, isla que el Almirante llamó San Salvador.

Al encallar la Carabela Santa María, se construye con sus maderas el llamado Fuerte La Navidad, y en éste dejó Colón a Rodrigo de Escobedo, a Diego de Arana, al repostero del Rey, Pedro Gutiérrez, y otros 36 hombres y continuó su viaje, no sin antes posesionar a Diego de Arana al frente del mando en la isla y a Pedro Gutiérrez con vocación de sucederle en el mando.

Antes de partir, Colón dio instrucciones precisas de mantenerse unidos en torno al mandato de Diego de Arana, respetar a Guacanagarix y demás caciques indios localizados en las cercanías del fuerte, no rescatar indígenas por la fuerza y no deberían dirigirse hacia el interior de la isla. Pero, no bien se hubo marchado Colón, los españoles del fuerte de la Navidad perdieron la disciplina y se dividieron por motivos de ambiciones rivales.

Como ya estaban en nuestra isla parece que las brisas tropicales le despertaron mayores ambiciones y deseos de poder, por lo que Rodrigo de Escobedo, que había sido relegado a tercero en el mando, inició conspiraciones y conquistó al repostero Pedro Gutiérrez para arrebatarse el poder a Diego de Arana. No tuvieron éxito y entonces decidieron, junto a un grupo de sublevados que los apoyaron, emigrar a explorar la isla en busca de tesoros y riquezas llegando hasta las tierras del Cacicazgo de Maguana.

En forma desordenada empezaron a apoderarse de los pocos bienes que estimaban útiles de los pobladores tainos, así como de mujeres, y a cometer todo tipo de abusos amparados en su superioridad bélica. Tras esto, Caonabo decidió, en unión a otros caciques importantes, principalmente Maireni, extirpar la presencia de intrusos tan peligrosos y uno o dos meses antes de la llegada Colón de regreso, incendió el fuerte dando muerte a los últimos españoles que quedaban en su interior.

Para el año 1495 se cree que estos expedicionarios encontraron la muerte de manos del Cacique Caonabo, jefe indígena de esa zona. Sobre sus muertes, otros historiadores³⁸ afirman que Rodrigo de Escobedo murió cuando se produjo el ataque y destrucción del Fuerte La Navidad en 1493. Lo señalado en la última parte es tema propio de historiadores y no del derecho notarial por lo que dejamos el tema a los entendidos en asuntos históricos.

23.- El notariado en las Leyes de Indias. Con la llegada de Cristóbal Colón en 1492 fueron trasladadas a América muchas instituciones jurídicas vigentes en la España de aquella época y, como en la legislación española el oficio de escribano tenía gran importancia, así también fue reconocida en la legislación indiana.³⁹ Las normas fundamentales y primeras de Derecho

³⁸ Polanco Brito, Mons. Hugo Eduardo, “Los Escribanos en el Santo Domingo Colonial”, Academia Dominicana de la Historia, 1º Edición, Editora Taller, Santo Domingo, 1989, pág. 72.

³⁹ En relación a los escribanos encontraremos aquí una amplia lista de las diversas clases existentes. Citamos: Escribano de cámara del Consejo de Indias, Escribano de la Casa de Contratación de Sevilla, Escribano de Cámara, Escribano de Cámara de las Audiencias, Escribano del Crimen, Escribano de Provincia, Escribano de las visitas a la Tierra Adentro y Comisiones, Escribano del Consulado de Sevilla, Escribano Mayor de Armada, Escribano de Naos, Escribano de Ración, Escribano de Minas y Registros, Escribano de Gobernación, Escribano de Cabildo, Escribano Público, Escribano Real, Escribano y Notario de Indias, Escribano del Juzgado de Oficiales Reales, Escribano de Residencia, Escribano de Su Majestad, Escribano de Número, Escribano del Cabildo Eclesiástico, Escribano de Real Hacienda y Registro, Escribano Mayor de Registros, Minas y Relaciones, etc.

Sus funciones estaban reguladas y definidas. Por ejemplos, en el Libro Segundo, título 10 del escribano de cámara del Consejo Real de las Indias dice: Ley 1 “*Que al escribano de cámara tocan los negocios de justicia, y que tenga oficial mayor, escribano y aprobado*”, la Ley XIII “*Que el escribano de cámara tenga buen recaudado, y despacho en los procesos y papeles*”. En el Título 23 la Ley III “*Que los procesos de comisión se entreguen a los escribanos de cámara o del crimen*”; Ley XV “*Que los escribanos y receptores no reciban interrogatorio sin firma de abogado*”. El Libro Quinto, titulado 8, Ley I “*Que los Virreyes no pueden nombrar escribanos, y hayan de sacar títulos y notaría del Rey, despachado por el consejo de indias*”; la Ley II “*Que no usen oficio de escribanos públicos sino los nombrados por el rey*”. Tenemos también el Libro Octavo, título 5 De los escribanos de minas y registros, podemos mencionar aquí la Ley 1 “*De los escribanos de minas y registro sean caraminados*”.

También, el Libro Noveno, título 10 “De los escribanos de cámara y otros escribanos, y repartidos de la Casa de Contratación de Sevilla; el título 20 Del escribano mayor de armadas; y escribano de Naas y de Raciones. Vemos así que el legislador español no se olvidó de los escribanos y de la labor que estos debían desempeñar en América.

En términos generales, las Leyes de Indias determinaban tres categorías de escribanos: públicos, reales y del

Indiano fueron las Capitulaciones, la primera de las cuales fue firmada por los Reyes Católicos y el almirante Cristóbal Colón el 17 de abril de 1492.

Al momento de iniciarse la colonia aún estaban vigentes los códigos alfonsinos promulgados alrededor del año 1260, principalmente el Código de las Siete Partidas y las Leyes del Toro ⁴⁰, pero la realidad de las tierras conquistadas y la española eran diametralmente distintas por lo que hubo necesidad de expedir algunas normas jurídicas o disposiciones legales que tuvieron como objetivo fijar y regular las relaciones políticas, administrativas, penales, civiles, económicas y sociales entre los pobladores de las Indias Occidentales.⁴¹

Legalmente España y América estaban en un pie de igualdad, por tanto sus habitantes debían estarlo también, así es que los reyes españoles, el mismo año del descubrimiento iniciaron el compendio de las Leyes de Indias, las que no fueron publicadas sino hasta en 1680, durante el reinado de Carlos II, quien dio a la colección llamada “Recopilación de las leyes de los reinos de las Indias” toda la fuerza y autoridad necesaria, mandando que por sus leyes

número.

Escribano real era quien tenía el *fiat* o autorización real para desempeñar el cargo de cualquier lugar de los dominios del rey de España, pero para el ejercicio de su función era necesario obtener algún otro cargo específico. Podían ejercer en todo el territorio excepto donde hubieran escribanos numerarios.

Escribano del número o escribanos numerarios era el escribano real que sólo podía ejercer sus funciones dentro de una circunscripción determinada, cuando había *numerus clausus*.

El término escribano público se entendía en dos sentidos: uno se refería a su función pública y el otro a su cargo; por ejemplo: escribano público del cabildo, escribano público en los juzgados de provincia, etc.

⁴⁰ Las **Leyes de Toro**, emitidas por Real Cédula del Rey D. Fernando El Católico, en nombre de su hija Juana La Loca, en la Ciudad de Toro el 7 de marzo de 1505, constituyeron en su tiempo una reforma de las leyes para organizar las numerosas disposiciones existentes en Pragmáticas, Ordenamientos y Fueros, aclarando muchos puntos oscuros y permitiendo a los legisladores decidir en los numerosos casos que se presentaban y en los que se planteaban interpretaciones contradictorias. Esa difícil convivencia entre fueros municipales y nobiliarios y entre éstos y “las Partidas” sumado a las contradicciones existentes entre la diversidad de legislación son la razón de que después de un estudio minucioso, una comisión formada por prestigiosos licenciados, el obispo de Córdoba y los doctores Alonso Díaz de Montalvo, Galíndez de Carvajal y Palacio Rubio, formularan 83 leyes que resolvían múltiples cuestiones, especialmente en materia de Derecho Civil, denominadas Leyes de Toro, que tomaron como base indiscutible las Leyes de las Siete Partidas, que constituyen uno de los monumentos de la Historia del Derecho.

⁴¹ El 14 de noviembre de 1509, según cita Rafael Domínguez Molina (Historias Extremas de América, Plaza Janes Editores, Barcelona, 1986, Pág. 171), el Rey Fernando el Católico prohibió que vinieran abogados a las Indias para evitar que se suscitara conflictos jurídicos, justificando su decisión con estas palabras: “*Porque he sido informado que a causa de haber pasado a las Indias algunos letrados abogados han sucedido en ella pleitos y diferencias yo vos mando que de aquí en adelante no dejéis ni consintáis pasar a las dichas Indias ningún letrado abogado sin nuestra licencia especial, mandando que si necesario es, por esta presente lo vedamos e prohibimos*”

sean determinados todos los pleitos y negocios pertenecientes a la América, aunque sean contrarias a otras leyes y pragmáticas de los reinos de Castilla.

Esta recopilación de leyes constituye el más grande monumento legislativo de España para América y está compuesto por 4 tomos, con un total de 9 libros divididos en 218 títulos con 6377 leyes.⁴² A cada ley se le da un enunciado con la indicación de la materia sobre la que trata, la fecha en que fue dada, el nombre del rey que la promulga y el lugar de expedición con una explicación que facilita su interpretación. Este fue el cuerpo legal que se aplicó desde finales del siglo XVII en la Real Audiencia de Santo Domingo.

El hecho de que fuere Isabel de Castilla y no su esposo, Fernando de Aragón, quien auspiciara la idea de Colón, cuando ésta se convirtió en una realidad histórica motivó que los territorios descubiertos se incorporarán políticamente a Castilla, y por ende, al derecho que regía en el Reino de Castilla pero, las nuevas condiciones humanas, geográficas, sociales y económicas hicieron casi imposible la aplicación del ordenamiento legal castellano y fue necesaria una distinta legislación, apta para el mundo nuevo de los europeos.

Nace así el Derecho Español en las Indias, o mejor, el Derecho Indiano que es definido por la doctrina como “El conjunto de normas jurídicas o disposiciones legales que surgen por voluntad de los monarcas españoles o por las autoridades legítimamente constituidas en América, como delegación de los reyes, y que tuvieron como objetivo fijar y regular las relaciones políticas, administrativas, penales, civiles, económicas y sociales entre los pobladores de las Indias Occidentales.”⁴³

Esa España descubridora pasó al Nuevo Mundo la institución notarial, con sus virtudes y sus fallas e influyó sobre la nueva y grande tierra, “durante un período continuo que abarca desde 1493 hasta 1801; es decir 307 años”⁴⁴.

24.- Hernán Cortés, Notario en Azua. El legendario conquistador de México, Don Hernán Cortés, ejerció la escribanía en nuestra isla. En el “Ensayo sobre el Notariado Mexicano”⁴⁵, se precisa que Cortés había nacido

⁴² “Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias”. Consejo de la Hispanidad, Madrid, 1943, 3 tomos. Citado por Vega Erausquin, Antonio, “El Notariado Peruano”, Págs. 62 y 63.

⁴³ Díaz López, Laurentino. “El Derecho en América en el Periodo Hispano”.

⁴⁴ Vega, Wenceslao, “Historia del Derecho Dominicano”, 4ta. Edición, Amigo del Hogar, 2001, pág. 45.

⁴⁵ Vásquez Pérez, Francisco y Monroy Estrada, Mario, Revista Internacional del Notariado, N°

en Medellín, Villa de la Provincia de Badajoz, España, en 1485, y que había sido empleado de notarios en Valladolid y Sevilla, antes de venir como expedicionario a la América recién descubierta.

En 1502, Cortés vino a la isla con Nicolás de Ovando y al parecer su ejercicio práctico en las artes de la escribanía le despertó el gusto por la actividad y en 1504 solicitó ser nombrado escribano del Rey para la ciudad de Santo Domingo, pero tuvo éxito. Posteriormente obtiene la escribanía del Ayuntamiento de Azua, cargo que ejerció hasta 1511.

Al año siguiente, en 1512, salió conjuntamente con Diego Velásquez y se establece en la vecindad de Santiago de Baracoa, en Cuba, y allí, obtuvo una escribanía en recompensa a su valor en el campo de batalla, cargo que ejerce durante siete años, hasta 1519 cuando sale a la conquista del Imperio de los Aztecas.

A su partida de Cuba, reconociendo el papel primordial del notario, se hizo acompañar en sus hazañas y empresas de guerra por un escribano y, narra el Cronista de Indias Bernal Díaz del Castillo⁴⁶, que cuando Cortés llegó a Tabasco por la desembocadura del río Grijalva, pidió a Don Diego de Godoy, escribano del rey que lo acompañaba, que requiriese de paz a los aborígenes, los que rechazaron el requerimiento, con lo cual no lograron más que ser dispersos por su enemigo; siendo el propio Diego de Godoy, quien diera fe de la fundación de la Villa de Veracruz.

Las actuaciones realizadas ante escribano que se llevaron a cabo durante el transcurso de la conquista, motivadas por el cuidado de las formas y adecuada aplicación de las leyes que seguía Hernán Cortés, aprovechando sus experiencias como escribano, han resultado una ventaja extraordinaria para el historiador mexicano porque tiene constancias fehacientes de hechos pasados por medio de los documentos elaborados por escribanos. Cortés murió en España en 1547.

25.- Primeras actuaciones en territorio continental americano. En su “Historia de la Escribanía de la Nueva España y del Notariado en México”⁴⁷

54, mayo 1962, págs. 193 y 194, citado por Cubides Romero, ob. cit., págs. 28 y 29.

⁴⁶ Pérez Fernández Del Castillo, Bernardo, Derecho Notarial. Editorial Porrúa S.A., México, 1983.

⁴⁷ Segunda Edición, Editorial Porrúa S. A., México, 1988, pág. 39.

el notario e investigador histórico-jurista Bernardo Pérez Fernández Del Castillo ha publicado que las acciones escribaniles ejecutadas por Don Diego de Godoy a la orilla del río Grijalva durante la colonización de México por Hernán Cortés y la posterior toma de formal posesión de la ciudad conquistada constituyen *“las primeras realizadas en tierra firme del Continente Americano”*.

Nuestras investigaciones han comprobado un yerro del eminente notario y escritor mexicano porque en septiembre de 1513, cinco años y medio antes de esos acontecimientos, en la cumbre de una montaña en el istmo de Panamá (lo que hoy es América Central), se redactaron documentos por escribanos cuando Vasco Núñez de Balboa, plenamente conciente de la importancia de su proyección histórica en lo universal requirió, con el recado de escribir, al escribano real que lo acompañaba que diese fe que *“él fue el primer europeo, el primer español, el primer cristiano que, después de atravesar el gigantesco océano de nuestro hemisferio, el atlántico, contempló el otro inmenso mar”*.

Quizás en el momento que decapitaban a Vasco Núñez de Balboa –enero de 1519-, Hernán Cortés navegaba por la costa sur de Cuba camino de la conquista de México. Unos meses después –el 15 de agosto-, Pedrarias Dávila fundaba Panamá.

Ciertamente los escribanos, actuando como fedatarios, dejaron constancia escrita de la fundación de ciudades, creación de instituciones, de los asuntos tratados en los cabildos y de hechos relevantes para la historia de la época.

26.- Escribanos en el descubrimiento del Océano Pacífico. No sólo para cada viaje se nombraba un escribano, sino que a la expedición de conquista de tierra adentro era indispensable su presencia. De esta forma el oficio de escribano fue fundamental a toda la esfera de Indias. Un funcionario con esa denominación acompañaba a todas las expediciones, tanto las de descubrimiento costero, como las que luego entraron a los territorios.

De tal magnitud era la importancia de los escribanos en las actuaciones de colonización que el fiero conquistador Vasco Núñez de Balboa, al adentrarse en las selvas tropicales del Darién para abrirse paso tratando de llegar al Mar del Sur, se hizo acompañar del escribano real Andrés de Valderrábano para que relatase y diese fe de todo cuanto de importancia aconteciera.

El 25 de septiembre de 1513 al contemplar extasiado y lleno de orgullo el mar tan vanamente buscado por Colón, Núñez de Balboa hace ondear solemnemente la bandera española y para tomar posesión en nombre de los reyes requirió al registrador oficial don Andrés de Valderrábano para que levante acta que de fe de aquella ceremonia.

Valderrábano, en la redacción de ese acto, anotó *“Y en martes veinte y cinco de aquel año de mil e quinientos y trece, a las diez horas del día, yendo el Capitán Vasco Núñez en la delantera de todos los que llevaba por un monte raso arriba, vido desde encima de la cumbre dél la mar del Sur, antes que ninguno de los cristianos compañeros que allí iban”*.⁴⁸

Luego solicitó a todos los nobles, caballeros, hidalgos y hombres de bien *“que han asistido al descubrimiento del Mar del Sur, llevado a efecto por el ilustrísimo y dignísimo señor capitán Vasco Núñez de Balboa, gobernador de Su Alteza”* para que confirmen que *“el tal señor Vasco Núñez ha sido el primero que vió ese mar y lo mostró a sus seguidores”*.

El 29 de octubre de 1513, en lo que hoy sería un verdadero acto de comprobación con traslado de notario, don Andrés de Valderrábano hubo de levantar otro acto con los detalles pormenorizados de la toma de posesión, cerrando el documento con estas palabras:

“Estos veintidós hombres, al par que el abajo firmante Andrés de Valderrábano, fueron los primeros cristianos que pusieron su planta en el Mar del Sur; todos tocaron el agua con sus propias manos y la probaron con sus labios, para cerciorarse de si efectivamente era salada como la del otro mar. Y al comprobar que así era dieron gracias a Dios”.⁴⁹

Es interés nuestro destacar, como figoneo escribanil, que incluso un simple soldado y aventurero de los acompañantes de esa expedición llamado Alonso Martín, en un gesto de vanidad y sediento de gloria e inmortalidad, hizo levantar acta al escribano para dejar constancia de que él fue el primero que hundió su pie y su mano en aquellas aguas hasta entonces sin nombre.

⁴⁸ Lucena Salmoral, Manuel. Vasco Núñez de Balboa, descubridor de la Mar del Sur, Biblioteca Iberoamericana, Ediciones Anaya, S.A., Madrid, 1988. Citado por Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2005.

⁴⁹ Zweig, Stefan. “Momentos Estelares de la Humanidad”. Editorial Juventud, Barcelona, 4ta. Edición, 1986, pág. 26

Traigo este aislado episodio a colación para demostrar la importancia que siempre han tenido estos oficiales públicos, responsables de recoger con estricta fidelidad determinados hechos o acontecimientos históricos que quizás no hubiese conocido la posteridad a no ser por su oportuna intervención.

Sección III

27.- El primer documento notarial de América. El viernes 3 de agosto de 1492, cuando el futuro Almirante de la Mar Océana, parte desde el puerto de Palos de Moguer, en la Carabela “Santa María”, capitaneada por el propio Cristóbal Colón, viene un hombre cuyo nombre los notarios debemos siempre recordar: Rodrigo De Escobedo, “Escribano de toda la Armada”, por ser el primero en pisar tierras americanas y haber tenido el alto honor de levantar el acta en la que requería a los indígenas que le manifestaran si tenían alguna objeción contra la ocupación que hacían de esas tierras en nombre de los reyes de España.

Rodrigo De Escobedo estaba en la plana destacada de los navegantes de la expedición colombina, participando en la empresa por disposición del Consulado del Mar. Su función principal era la de escribir una relación detallada de todo lo acontecido y de lo que diariamente iba sucediendo.

Su misión era de tanta importancia que si se consideraba que distorsionaba la verdad podía ser castigado con la pérdida de sus bienes e inclusive la amputación de su mano derecha y marcarle a fuego la frente. A esta contextura y a estas normas respondía, entonces, Rodrigo de Escobedo, como Escribano del Consulado del Mar.⁵⁰

El día 12 de octubre de 1492, cuando Don Cristóbal Colón y sus acompañantes bajaron a tierra en la isla de Guanahaní, en el archipiélago de las Bahamas, para dar testimonio legal de que se tomaba posesión, a nombre de los Reyes Fernando e Isabel, de las tierras recién descubiertas, hubo todo un ceremonial del cual se presume que se confeccionó algún documento con las particularidades de ese acto solemne. Al decir del nuevo Virrey y Gobernador de las tierras descubiertas, en su Diario de a bordo durante la

⁵⁰ Pondé, Eduardo Bautista, “Origen e Historia del Notariado”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967, págs. 336 y 337, citado por Polanco Brito, Mons. Hugo E., “Los Escribanos en el Santo Domingo Colonial”, Academia Dominicana de la Historia, Primera Edición, 1989, pág. 98.

primera navegación, existieron “*testimonios que allí se hicieron por escrito*”. (Diario de Colón, 11 de octubre).

Al pisar por primera vez las tierras que Colón creyó eran las Indias dijo a Rodrigo de Escobedo, Escribano de toda la Armada, y a Rodrigo Sánchez de Segovia, así como a todos los cristianos que se encontraban allí “*que le diesen fe y testimonio cómo él por ante todos tomaba, como de hecho tomó, posesión de la dicha isla, a la cual ponía nombre Sant Salvador, por el Rey y por la Reina sus señores, haciendo las protestaciones que se requerían*”.⁵¹

Rodrigo de Escobedo, en cumplimiento de las funciones a su cargo, tuvo que levantar documento auténtico del acto solemne del desembarco y toma de posesión de la isla, a nombre de los reyes de Castilla y León, Isabel y Fernando, ya que la costumbre de la época exigía este tipo de documento; y Colón debía llevar ante los reyes documentos de su hazaña para probar que lo había hecho.⁵²

Ya para el segundo viaje, cuando el Almirante regresa a la isla viene acompañado de varios escribanos: Fernando Pérez de Luna, Diego Álvarez Chanca, Diego de Peñalosa y Juan de Ayala.

Luego de ver la destrucción del fuerte La Navidad, Cristóbal Colón decide fundar, al final de 1493, un nuevo sitio que llamó “Isabela”, en honor a la Reina Isabel. Se cree, que por la costumbre de la época, era imposible haber iniciado la fundación de la Primera Ciudad del Nuevo Mundo, sin que se hubiera hecho la reglamentaria declaración solemne ante escribanos.

28.- Primer acto notarial en La Isabela. No han aparecido documentos notariales de la fundación de Isabela, ni de la instalación del Primer Cabildo de América, etc., sólo existe la información y el testimonio de cómo Colón había descubierto la Tierra firme, fechado en la Isabela el 12 de junio de 1494, por el escribano Fernando Pérez de Luna⁵³. Citamos:

“En la Carabela Niña, que ha por nombre Santa Clara, jueves doce días del mes de junio año del nacimiento de Nuestro Señor Jesucristo de mil e

⁵¹ De las Casas, Fray Bartolomé. “Primer Viaje de Cristóbal Colón, según su Diario de a bordo”, Editorial Ramón Sopena, S. A., Barcelona, 1972, pág. 21.

⁵² Polanco Brito, ob. cit., pág. 105.

⁵³ Ob. Cit., pág. 106.

quatrocientos e noventa y cuatro años, el Muy Magnifico Señor Don Cristóbal Colón, almirante Mayor del Mar Océano, Visorrey e Gobernador Perpetuo de la Isla de Sant Salvador e de todas otras islas e Tierra Firme de las Indias descubiertas e por descubrir del Rey e de la Reina Nuestras, e su Capitán General del mar, requirió a mí Fernand Pérez de Luna, Escribano Público del Número de la Ciudad Isabela por parte de Sus Altezas, e por quanto él había partido de la dicha Cibdad Isabela con tres carabelas para venir a descubrir la Tierra Firme de las Indias, puesto que ya tenía descubierto parte della el otro viaje que acá primero había hecho el año pasado del Señor de mil e quatrocientos e noventa y tres años, y no había podido saber lo cierto dello, puesto que andubiese mucho por ella, no había hallado persona en la costa de la Mar, que le supiese dar relación dello, porque eran todos gente desnuda que no tiene bienes propios, ni tratan, ni van fuera de sus casas, ni otros vienen a ellos, según de ellos mismos supo; y por esto no declaró afirmativo que fuese Tierra Firme, salvo que lo pronunció dubitativo, y le había puesto nombre de Joanna, a memoria del príncipe Don Joan Nuestro Señor; y ahora partió de la dicha Cibdad Isabela a veinte y cuatro días del mes de abril, e vino a demandar la tierra de la dicha Joanna más propincua de la Isla Isabela la cual está hecha de un girón que va de Oriente a Occidente, y la punta está de la parte del Oriente, propincua a La Isabela veinte y dos leguas, e siguió la costa della al Occidente de la parte del abstro para ir a una Isla muy grande que los indios llaman Jamayca... y después volvió a la Tierra Firme que llaman Joanna ...”.

Este documento narra el descubrimiento de la actual Isla de Cuba, que Colón llamó “Juana”, y la identificó como Tierra Firme, y quiso ante escribanos certificar que lo descubierto por él era tierra firme, por eso ordenó al escribano que *“fuese a cada una de estas dichas tres carabelas e requiriese al Maestre e compañía e toda otra gente que en ellas son públicamente, que dijesen si tenían duda alguna que esta tierra no fuese la Tierra Firme”*.

29.- Primera copia notarial certificada. Al producirse la muerte del escribano Fernando Pérez de Luna, el Almirante pidió una copia del documento antes señalado al heredero del primer Archivo Notarial de América: Diego De Peñalosa, quien al expedirla certifica de esta manera:

“En la Cibdad Isabela, miércoles catorce días del mes de enero, año del Nacimiento de Nuestro Salvador Jesu-Cristo de mil e quatrocientos e noventa y cinco años, el dicho señor Almirante mandó a mí, Diego De Peñalosa,

Escribano de Cámara del Rey y de la Reina, Nuestros Señores, e su Notario Público en la su corte e en todos sus Reinos e Señoríos, que catase los registros e protocolos de Fernand Pérez de Luna, Escribano Público del número desta dicha ciudad defunto que Dios haya, que en mi poder abían quedado por virtud de un mandamiento por el dicho Señor Almirante, a mí el dicho Diego de Peñalosa dado y firmado de su nombre, para que yo pudiese sacar los dichos registros e protocolos qualesquier escritura que a mí fuese demandada abtorizadamente y le diese firmado y signado con mi signo en pública forma en manera de hacer fe”.

La reproducción de estos párrafos atestigua que los mismos fueron los primeros documentos notariales conocidos en América. El primero fechado en La Isabela el día 12 de junio de 1494, y la primer copia de documento notarial expedida en la misma ciudad el día 14 de enero de 1495. Estos documentos han sido publicados con toda la extensión de sus contenidos en “El Libro de los Escribanos Cubanos”⁵⁴.

Lo anterior evidencia que ya en la época colonial existían los escribanos y los notarios, teniendo como misión, al igual que hoy, dar fe pública de documentos y actos, cuya autenticidad pudiera reclamarse en la vida de los individuos y pueblos.

El testimonio de los actos, contratos y negocios era muy importante en esa época de formulismos, y lo fue más en el Nuevo Mundo, porque el poder central quedaba muy lejos.

Los primeros Escribanos de América

30.- Los primeros escribanos de América, están vinculados, lógicamente, al hecho del descubrimiento. Se trasladaron al nuevo continente en los primeros viajes del Almirante, como parte de la expedición, teniendo como oficio dar fe y testimonio de la hazaña.

Tenían que estar dispuesto a ejercer su profesión en el lugar donde ello fuere necesario y para esto trasladaban su escribanía, que era un cofre de cuero o caja de madera con cerradura en la que se guardaba el papel, las plumas,

⁵⁴ García del Pino, Cesar y Mells Cappa , Alicia, La Habana, 1982, págs. 35-48; citados por Polanco Brito, ob. cit., pág 107.

la tinta y el tintero con los que escribía. Además, la caja de arenilla, usada como secante y las agujas e hilos para coser los papeles.⁵⁵

En el libro “Los Escribanos en el Santo Domingo Colonial”⁵⁶ publicado por la Academia Dominicana de la Historia, 1º Edición, Editora Taller, Santo Domingo, 1989, el autor Monseñor Hugo Eduardo Polanco Brito, recoge los nombres de los más importantes.

- Rodrigo de Escobedo, escribano de la armada, quien llegó a la isla en el Primer Viaje de Colón en 1492, el más destacado y quien es considerado el Primer Notario que pisó tierra en continente americano.

- Diego de Arana, capitán de Cristóbal Colón y escribano. Murió en la destrucción del Fuerte de la Navidad en 1493.

- Diego Álvarez Chanca, médico y escribano, llegó a la isla en el Segundo Viaje de Colón. Vivió en Isabela durante los años 1493 a 1494. Es calificado como el primer médico que viene a América.

- Juan de Ayala, fue un escribano de un navío del almirante, 1493. Inicia la primera reclamación de honorarios del Nuevo Mundo. La Reina intervino y expidió una Cédula en fecha 26 de febrero de 1503 en la que ordenaba a Ovando que se le haga justicia.

- Francisco de Garay, vino en el segundo viaje de Colon en 1493 y fue designado escribano por el propio Descubridor de acuerdo con las facultades que para esto poseía. Tuvo cargos de regidor, alguacil mayor, procurador de la isla y repartidor de indios. En 1515 pasó a Jamaica como teniente del gobernador.

- Fernand Pérez de Luna fue quien instrumentó el primer acto notarial escrito del que se tenga conocimiento durante la colonización, en la ciudad de Isabela, el día 12 de junio de 1494.

- Francisco Madrid, vivió en La Isabela y ejerció la escribanía desde 1494. Fue escribano en Cuba en 1515.

- Diego de Peñalosa, en la ciudad de Isabela, hizo copia del acto anterior. Tiene el honor de haber expedido la Primera Copia de documento auténtico desde protocolo de Notario, el día 14 de enero de 1495.

- Rodrigo Pérez, también en la ciudad Isabela, certifica el nombramiento de Adelantado a favor de Don Bartolomé Colón, el día 17 de febrero de 1496.

⁵⁵ Del busto Dethurburu, Jose Antonio. “Los Escribanos en la Conquista del Perú”. Revista Notarius, año II, Nº 2, Lima, 1991. Citado por Vega Erausquin, Antonio, “El Notariado Peruano”, Pág. 56.

⁵⁶ Polanco Brito, ob. cit., pág. 205.

- Hernán Cortés, quien llegó a la isla con Ovando en 1502. En 1504 solicitó ser nombrado escribano para la ciudad de Santo Domingo pero no logró su cometido. Posteriormente, obtuvo la escribanía del Ayuntamiento de Azua, cargo que ejerció hasta 1511. En el año 1512 se trasladó a Cuba y allí también fue nombrado escribano, función que ejerció hasta 1519, cuando se lanzó a la conquista de México.

- Francisco de Tostado quien fue el primer escribano o secretario del Consejo del Ayuntamiento de Santo Domingo y, en dicha calidad, era uno de los funcionarios municipales que dictaban las disposiciones legales en su jurisdicción sobre impuestos, precios y otras cosas.

- Pedro de Ledesma quien fue el primer escribano o “secretario” de la Real Audiencia de Santo Domingo que estaba compuesta por tres jueces llamados Oidores y dirigían el sistema judicial en la colonia.

Para acceder a la función, los escribanos tenían que tomar examen impartido por la Real Audiencia, pagaban tributos y se les tomaba juramento de que no cobrarían demasiados derechos por sus actuaciones. Además, debían registrar el “signo” o rúbrica que utilizarían en la instrumentación de actas correspondientes a su ministerio,⁵⁷ conocer el *Ars Dictandi*, la *Summa Dictaminis* y el *Formularium Instrumentorium*.

Hoy conocemos la portentosa realidad natural y cultural de América precolombina gracias a la muy notable pléyade de cronistas, minuciosos notarios de cuanto veían y escuchaban.⁵⁸

31.- Actuaciones notariales durante la colonia. Otras prácticas notariales que sucedieron dentro del territorio insular de La Española y que por su trascendencia histórica merecen destacarse son:

El testimonio del Asiento que se firmó con Francisco de Barrionuevo para ir a la pacificación con el Cacique Enriquillo, el 21 de febrero de 1533, firmado por Diego Caballero De la Rosa, en su calidad de Escribano de Su Majestad y de la Real Audiencia.⁵⁹

⁵⁷ Utrera, Fray Cipriano. “Noticias Históricas de Santo Domingo, Edición Emilio Rodríguez Demorizi, Volumen II, Editora Taller, Santo Domingo, 1978, pág. 28.

⁵⁸ Ventos. “El Laberinto a la Hispanidad”. Pág. 30.

⁵⁹ Peña Battle, Manuel A. “La Rebelión de Bahoruco”, Librería Hispaniola, Santo Domingo, 1970; citado por Polanco Brito, ob. Cit., pág. 133.

El Testamento del Adelantado Don Bartolomé Colón, hermano del Descubridor, quien deja como único heredero a su sobrino el Almirante Don Diego Colón, redactado por el Escribano Fernando de Berrio, en fecha 14 de agosto de 1514. Posteriormente hizo una certificación del mismo testamento de fecha 8 de septiembre de 1523.⁶⁰

La actuación de Juan de Villegas, quien fungió como notario en el célebre proceso llamado Ovando-Tapia.⁶¹

El acta de exhumación de los supuestos restos de Cristóbal Colón, llevados a La Habana, que fue levantada el 20 de diciembre de 1795 por José Francisco Hidalgo.

En toda la historia colonial de nuestra isla es increíblemente grande el número de escribanos o notarios. Parece que la historia se repite, porque ya en 1554 se decía que en la Isla, o mejor dicho en la ciudad de Santo Domingo “*hay gran sobra de Escribanos*” y con una fama tan mala “*que infestaban la Isla Española*”.⁶²

Eran tantos los escribanos que los consideraban personajes omnipresentes en la vida colonial y su fama de cobrar caro era tan grande que en un libro extremadamente rico en ilustraciones publicado en 1614, titulado “*Nueva Crónica y Buen Gobierno*”, escrito por un indio yarovilca de Perú, llamado Felipe Guamán Poma de Ayala, en el que hace una historia de la colonización desde el punto de vista de un indio y expresa las preocupaciones de orden social, económico y espiritual que afectaban a la comunidad indígena bajo el dominio español, éste al confiar en la imagen visual como medio persuasivo de comunicación, representaba al escribano mediante un dibujo hábilmente creado por su propia mano como un “*Gato hipócrita, una especie de publicano*” del Nuevo Mundo por entender que casi siempre cobraba o “llevaba” demasiados derechos.⁶³

32.- Escribanos “devastadores”. En la historia dominicana se registra con el nombre de “devastaciones de Osorio” a las despoblaciones de la zona

⁶⁰ Polanco Brito, Ob. Cit., pag. 205.

⁶¹ Rodríguez Demorizi, Emilio. OVANDO-TAPIA

⁶² Polanco Brito, Ob. Cit., pág. 172.

⁶³ Polanco Brito, Ob. Cit., pág. 197.

costera de la isla ejecutadas por el gobernador don Antonio Osorio en los años 1605 y 1606.

El 6 de agosto de 1603, Felipe III, quien había sucedido a su padre, Felipe II, en el trono español en 1598, ordenó despoblar a Bayajá, La Yaguana y Puerto Plata, y que con sus habitantes se fundaran dos poblaciones cerca de la ciudad de Santo Domingo.

¿Cuál fue la razón principal de que dicho monarca adoptara tan drástica medida? En los inicios del silo XVII la Corona, por razones económicas y religiosas, consideró que el intérope que los habitantes de Puerto Plata, Bayajá y Yaguana tenían con los franceses, ingleses y holandeses, causaban “*muchos y grandes inconvenientes*”. No se indicaba Montecristi porque, en principio, no tenía la importancia de aquellas tres poblaciones.

Felipe III, consciente de que “el rescate” que tenía lugar en las costas del noroeste y del sudoeste de La Española, constituía una fuente de ingresos para sus rebelados súbditos neerlandeses, decidió ponerle fin ordenando la despoblación de los lugares por los que se hacían los ilegales intercambios de mercancías y esclavos. Todo esto provocó que buscándole solución al problema se exteriorizaran algunas propuestas.

El arzobispo de Santo Domingo, fray Agustín Dávila y Padilla, hombre de extensa cultura y elevado carácter, sabiendo que la causa del mal era de orden económico propuso que España intensificara el comercio en la zona y la declarara zona de comercio libre con las naciones europeas. En cambio, un escribano nativo de estas tierras, ex-secretario de la cámara de la Real Audiencia de Santo Domingo, que se encontraba en España a la espera de ser juzgado por malversación de fondos, llamado Baltazar López de Castro por sus deseos de congraciarse con la Corona, escribió dos relaciones o memoriales muy enjundiosos, el 20 de noviembre de dicho año, sobre la forma de poner fin al “rescate”, en los que recomendaba que la única forma de acabar con el contrabando era con la mudanza de las poblaciones costeras a lugares próximos a la ciudad de Santo Domingo.

En uno de ellos planteó como solución la despoblación de Bayajá (hoy Fort Liberté), Puerto Plata, y La Yaguana (hoy Leogane), las dos primeras situadas en el noroeste y la última en el sudoeste.

Esta última propuesta fue la favorecida por el Rey Felipe III (conocido como el Piadoso) quien dictó una Cédula Real fechada en la ciudad de Valladolid el 6 de agosto de 1603, disponiendo de manera expresa que las despoblaciones deberían realizarla sobre el terreno, *“el Oidor Manso de Contreras, o el Lic. Marques Núñez de Toledo, también Oidor de la Audiencia, y el escribano de Cámara Baltasar López de Castro”*.⁶⁴

Lo que constituye una novedad para los propósitos de este libro es el hecho de que esa decisión tomada por el rey para evitar el contrabando de pieles y la introducción en la isla española de libros de las sectas consideradas herejes y que, además, creó las bases de lo que más adelante sería la división de la Isla en dos naciones con lenguas y costumbres diferentes, fue sugerida como un “remedio” para esa situación por un funesto escribano llamado Baltazar López de Castro Sandoval, razón por la cual lo incluían dentro de los ejecutores de la misma.

López de Castro había sido suspendido del oficio y guardaba prisión, pero mediante Cédula del 25 de febrero de 1602 le levantaron la suspensión por ser él *“el que ha advertido a S. M. el Remedio que V. M. ha aprobado de reducir las poblaciones”* y el 9 de junio de 1603 el Consejo de Indias opinó que se le debe levantar la prohibición, *“ya que no resulta culpa alguna”*⁶⁵.

Baltazar López de Castro es el primer criollo responsable de las devastaciones y como tal debe ser recordado en la historia dominicana.

Otro escribano participante en las despoblaciones fue Gaspar Díaz de Azpichueta, quien había venido a la isla en 1586 y en 1593 fue designado escribano real de indias y nombrado en 1600 Secretario de Cámara de la Audiencia. En sus labores de escribano real y público de Santo Domingo sirvió de intermediario entre López de Castro y las comisiones del gobernador Osorio para tratar lo relativo al remedio de los “rescates”.

⁶⁴ Peña Batlle, Manuel A., Las Devastaciones de 1605 y 1606. Obras Escogidas, Colección Pensamiento Dominicano, Julio D. Postigo e hijos Editores, Santo Domingo, 1968, Pág. 182.

⁶⁵ El dictamen del Consejo de Indias se expresó así: *“Este es el que ha advertido del remedio que VM ha aprobado a reducir las poblaciones de los puertos de mar de la Isla de Santo Domingo, la tierra adentro, para excusar los rescates de los enemigos, y no resultó culpa contra él en sus oficio, en la visita, sino algunas descomposturas con los ministros, y ha padecido mucho, y ha de ir a la ejecución de su advertimiento”*. El rey: *“Está bien”*. (Ver Cipriano de Utrera. Noticias Históricas de Santo Domingo. (1978) Vol. I, Editora Taller, Santo Domingo, Pág. 324).

Díaz de Azpichueta redactó el 12 de octubre de 1606 el documento que prueba que para esa fecha había sido totalmente terminada la obra de la devastación y lo expone con toda claridad en estos términos:

“Como toda la población de esta isla se contiene desde Santiago a esta ciudad. Demás de lo cual, yo el dicho Gaspar de Azpichueta, escribano, doy fee e verdadero testimonio que el mas apartado lugar de desta dicha ciudad es la ciudad de Santiago que, como está dicho, dista treinta leguas; y esta lugar hase guardarraya por aquella parte a esta ciudad; todas sus haciendas y las de otros quatro pueblos, que son los dos dellos nuevos, la ciudad de San Antonio de Monte Plata, y la ciudad de San Juan Baptista de Bayaguana, y la ciudad de la Vega y Cotuí, están mas llegados a esta dicha ciudad, desde la dicha ciudad de Santiago a ella; y a la dicha ciudad de la villa de Azua, por la parte Sur; desta dicha ciudad, y sus vecinos tienen hacienda y sus labranzas desde la dicha guardarraya a esta ciudad”.

“La distancia de leguas que ay desde Azua a la Yaguana y a Guana Hibes y Neiba dista (Azua) de los puertos de la Yaguana cincuenta y seis leguas, y desde Guanahibes cincuenta leguas, y de los de la costa de neiba catorce, como comúnmente se echa en esta isla la cuenta de las leguas, conforme a lo qual doi fee que toda la población desta isla está entre las dichas, ciudad de Santiago e villa de Azua, i esta dicha ciudad, ecepto otros tres pueblos pequeños, que son boia, el ceibo e higüei están a los otros lados desta dicha ciudad. El más apartado dista veinte leguas, que es higüei. Y para que de ello conste, de pedimento y mandamiento de sus señoría doi el presente, que es fecho en santo Domingo, doce de octubre de mill y seiscientos y seis años”.⁶⁶

También, correspondió al escribano Gaspar Díaz de Azpichueta, a requerimiento del Gobernador Osorio, instrumentar el censo y el catastro de La Española *para informar al Rey y a su Real Consejo de Indias*, haciendo un recuento pormenorizado de la población y de los bienes que quedaron en la isla después de haber sido arrasada. Al efecto, el 2 de octubre de 1606 redactó un extenso documento intitulado *“Testimonio de quantos lugares ai en esta isla; quantos vecinos; quantos esclavos; quantos ingenios; quantos hatos; quantas estancias de gengible; quantas de comida, y quantos puertos en esta costa desde azua hasta higüei”*.⁶⁷ En este censo quedan registrados 12 escribanos en toda la isla distribuidos de la siguiente manera: 8 en la ciudad de

⁶⁶ Ibidem, pág. 213.

⁶⁷ Ibidem, pág. 214.

Santo Domingo, 1 en Santiago, 1 el La Vega, 1 en Monte Plata y 1 en Cotuí.

Domingo Hernández fue otro de los escribanos que tuvieron intervención en las despoblaciones. Había sido enviado por el gobernador Osorio a Bayamo en Cuba “*para que asegurara a los reos*” y ofreciera el perdón del rey a aquellos que desobedeciendo las órdenes del gobernador se resistieron a trasladarse a las nuevas poblaciones y, en cambio, prefirieron marcharse a Cuba, lugar donde también llegó la mano implacable de Osorio en la persona del escribano Domingo Hernández.

Posteriormente reclamó que se le pagase el salario correspondiente a 148 días, entre el 18 de julio y el 12 de diciembre de 1608, a razón de 1.50 pesos de oro al día *por el tiempo ocupado en las despoblaciones*.

Osorio tuvo el cuidado de dejar constancia autentica de las proporciones de su inusitada obra administrativa que más que un programa de gobierno parecía *la obsesión de un desequilibrado*.⁶⁸

El Tratado de Basilea, la insurrección haitiana y las incursiones de los negros libertos a la parte Este, no son sino la consecuencia más o menos remota de la perversa despoblación de 1605-1606 y ésta a su vez es la causa legataria de la ominosa segmentación de la isla en dos.

Antecedentes históricos-legislativos de la Institución Notarial Dominicana

Sección I

32.- Sinopsis. Las primeras actuaciones notariales del nuevo continente americano se sucedieron en nuestra isla. A pesar de estas primacías no podemos hablar del desarrollo de un sistema notarial autóctono, sino que, en principio, asumimos el derecho notarial español, aunque luego, con la adopción de los códigos franceses, la legislación notarial que se impuso fue la derivada del derecho romano.

Cristóbal Colón llegó a la isla el 5 de diciembre de 1492, en los días finales de su primer viaje a “las indias” y desde el momento del arribo de los españoles a tierras americanas y hasta nuestra independencia nacional

⁶⁸ ib. Pág. 215.

en 1844, el territorio insular hubo de pasar por una accidentada historia de *transferencias de propiedad* en que los ciudadanos fueron “*vendidos y traspasados como un hato de bestias*” en las que debió haber habido destacada participación de notarios en la redacción de los textos que las conferían.

El primero de esos textos surgió a partir del menoscabo de la soberanía española sobre la isla por las ocupaciones francesas durante los siglos XVII y XVIII, en las que, como parte de los acuerdos para finalizar la guerra entre España y Francia, la primera tuvo que aceptar, mediante la firma del Tratado de Ryswick, en 1697, las ocupaciones francesas realizadas hasta esa fecha en todos los territorios españoles.

Ocho décadas después, el 3 de junio de 1777, mediante la firma del Tratado de Aranjuez, se consagró definitivamente la división de la isla en dos colonias y dieciocho años más tarde, el 22 de julio de 1795, el Rey de España cedió definitivamente a Francia la parte española de la isla de Santo Domingo en las Antillas con el acuerdo firmado en Basilea que puso fin a la guerra de esas metrópolis que se había iniciado en 1789 como derivación de la revolución francesa.

Entrado el mes de enero de 1801, el General Toussaint Louverture, actuando en nombre del gobierno francés, entró a la parte española donde las autoridades le entregaron el poder y de ello se levantó acta certificada por el escribano Martín de Mueses⁶⁹, fechada en la ciudad de Santo Domingo el día 26 del mes de enero de ese año, coincidencialmente el mismo día que doce años después nacería el fundador de la República Dominicana: Juan Pablo Duarte.

Con esa intervención terminó un período de 308 años de continuo dominio español en Santo Domingo⁷⁰ comenzando a aplicarse cambios en los órdenes legales y judiciales que implicaban el abandono paulatino de la legislación hispano-colonial.

En 1804 la parte occidental de la isla se hizo independiente convirtiéndose en la República de Haití, mientras la parte oriental permanecía bajo dominio

⁶⁹ Herrera, César. Periódico Listín Diario de fecha 29 de marzo de 1980, pág. 6. Citado por Polanco Brito, ob. Cit., pag. 179.

⁷⁰ Vega, Wenceslao, ibidem, pág. 104.

francés hasta 1808, cuando pasó a ser nuevamente una colonia española.

Los inicios del siglo XIX tomaron a España muy ocupada con guerras que ese país libraba con otras naciones y la colonia de Santo Domingo no era una prioridad para la metrópoli. Esa poca atención que la Madre Patria puso a esta colonia, desde 1809 y hasta 1821 se conoce como el período de la “España Boba” y, esencialmente esta situación, conjuntamente con las luchas independentistas en Suramérica sirvieron como catalizador a los deseos nuestros de independencia.

A la par de esos acontecimientos históricos, la ley notarial francesa del 16 de marzo de 1803 era ampliamente divulgada logrando tener gran influencia en la legislación sobre notariado de muchos países europeos y en las de toda latinoamérica, situación que se ve dinamizada por la promulgación del Código Civil de Napoleón que se publica en 1804 seguidamente a la repetida ley de 1803, aunque fue puesto en vigor en 1805 en todas las colonias francesas menos en Santo Domingo⁷¹.

33.- La Independencia Efímera. Fue el período de tiempo transcurrido desde el Golpe de Estado encabezado por José Núñez de Cáceres el 30 de noviembre de 1821 hasta el 9 de febrero de 1822, fecha de inicio de los 22 años de unificación de la Isla Española bajo las leyes de la República de Haití.

En 1821 el Dr. Núñez de Cáceres, que había estudiado leyes y alcanzado la rectoría de la Universidad Santo Tomás de Aquino, intentó desligarnos de Haití con la proclamada fundación del “Estado Independiente del Haití Español”⁷² y con el propósito de entrar a componer uno de los Estados de la “Gran Colombia” que se había formado en 1819 con la federación de antiguas colonias españolas suramericanas libertadas por Simón Bolívar y constituida por lo que son hoy las Repúblicas de Venezuela, Colombia, Ecuador y Panamá.

⁷¹ Enciclopedia Jurídica Dalloz, Droit civil, tomo I, pag. 651, Edición 1951. Citado por Vega, Wenceslao, ibidem, pág. 107.

⁷² La famosa e histórica declaración de independencia lanzada por Núñez de Cáceres decía de la siguiente manera: “*Así lo reconocemos y tocamos por nuestra propia experiencia, y conducidos por ello declaramos y solemnemente publicamos, que la parte española de la Isla de Haití, queda desde este día constituida en un estado libre e independiente: que el buen pueblo dominicano ni ahora, ni adelante, ni nunca se someterá a las leyes y gobiernos de España... viva la Patria, viva la Independencia, viva la Unión de Colombia!... 1 de diciembre de 1821.*”

Durante el resto del tiempo de la colonia la situación de nuestro notariado no registró ningún cambio hasta el 1821 con la Independencia Efímera y la consecuente ocupación del país en 1822 por los haitianos. No tenemos referencias sobre cómo se desarrolló el notariado en la época, pero suponemos que fue común al notariado haitiano.

34.- Durante la Ocupación Haitiana. Tan sólo tres meses después de obtener la independencia de España en 1821, la parte oriental de la isla fue sometida al yugo haitiano hasta la noche del 27 de febrero de 1844 con la proclamación de la Independencia Nacional.

En 1822 entraron a regir los códigos franceses en el país y con ellos la ley francesa del 25 del Ventoso, año XI del calendario de la Revolución Francesa, o sea, del 16 de marzo de 1803.

Durante esa amarga era la Administración Pública de la parte Este de la isla estaba dirigida, por aplicación de una ley del 22 de marzo de 1819, por tres altos funcionarios: El Secretario de Estado, el Secretario General y el Gran Juez. El primero era el encargado de las finanzas y de la recolección de impuestos y tenía bajo su control los bienes nacionales; el segundo, era quien contra-firmaba todos los actos y decretos presidenciales y les ponía el sello de la República y, el último, el Gran Juez, era una especie de Ministro de Justicia, quien a su vez presidía un organismo denominado “Alto Tribunal de Justicia” y tenía a su cargo la supervisión de todos los tribunales y conservaba los archivos públicos al mismo tiempo de legalizar los documentos que iban para el extranjero.

Simultáneamente, al Gran Juez le correspondía, hasta que su cargo fue suprimido por la Constitución haitiana de 1843, designar los notarios luego de ser aprobados en un examen por una comisión de tres colegas y estaban limitados a seis en la capital de la República, cuatro por cada común cabecera y dos para cada una de las otras comunes. Los notarios designados para actuar en la Parte Este fueron Martín Mueses, José Troncoso, C. Penicault y Antonio Solano en Santo Domingo; Antonio Silva y D. Soriano en Santiago; José García en Puerto Plata y J. R. Del Orbe en La Vega. Estos notarios quedaban bajo la supervisión de los tribunales y debían enviar al Gran Juez copia de todos los actos traslativos de propiedad inmobiliar y cada tres meses debían someter sus protocolos al examen del comisario de Gobierno. Los

honorarios que podían cobrar estaban sometidos a una tarifa promulgada el 15 de septiembre de 1813.⁷³

Los 22 años de ocupación haitiana en la parte oriental de la isla afianzaron el desarrollo de la legislación francesa y cuando se proclama la independencia de la República en 1844, ya la adopción de los códigos napoleónicos era una realidad inevitable.

35.- Época Republicana. Hubo de transcurrir mas de 350 años, contados desde el día de la colonización hasta el día de nuestra independencia, para que los habitantes de la parte Este de la isla, llamados dominicanos desde 1844, pudieran tener organización política propia y proveerse sus propias leyes sin tener que hacer los que dictaran reyes, gobernadores, consejos o congresos extraños, sean españoles, franceses o haitianos.

Por el Manifiesto del 16 de enero de 1844⁷⁴, que unificaba todas las tendencias y justificaba las causas para luchar por la Independencia de Haití, se creó un gobierno provisional llamado Junta Central Gubernativa con la facultad de emitir decretos hasta tanto se aprobara la Constitución de la que sería una nueva República.

En aplicación de esas facultades, por su Decreto de fecha 17 de agosto de 1844 se ordenó la impresión de papel sellado con el escudo dominicano, para sustituir al de Haití, disponiéndose que debían redactarse en papel timbrado y

⁷³ Vega, Wenceslao, ibidem, págs. 128 y 133.

⁷⁴ La Manifestación de los pueblos de la Parte Este de la Isla antes Española o de Santo Domingo, sobre las causas de su separación de la República Haitiana, del 16 de enero de 1844, escasos días antes de ser proclamada la República Dominicana el 27 de febrero de 1844 es el primer documento oficial de la Nación, con el cual se inicia nuestra Colección de Leyes. La redacción del documento fue obra de don Tomás Bobadilla y Briones, como lo afirmó el mismo en la sesión del Tribunal el 10 de junio de 1847: *“Creo, señores, que ninguno puede ser mejor dominicano que yo. Yo fui el primero que dijo: Dios, Patria y Libertad; yo fui el autor del Manifiesto del 16 de enero; yo en la noche del 27 de febrero me encontraba a la cabeza del pueblo; yo fui el Presidente de la Junta Gubernativa...”*

Tomás Bobadilla era abogado y había sido nombrado escribano público en 1811, durante la época de la “España Boba”, y asignado como “Notario Mayor” del arzobispado de Santo Domingo. Precisamente en esa calidad hubo de certificar el 8 de enero de 1820 el acta de bautismo del Padre de la Patria Juan Pablo Duarte *ninguno puede ser mejor dominicano que yo. Yo fui el primero que dijo: Dios, Patria y Libertad; yo fui el autor del Manifiesto del 16 de enero; yo en la noche del 27 de febrero me encontraba a la cabeza del pueblo; yo fui el Presidente de la Junta Gubernativa...”*

Tomás Bobadilla era abogado y había sido nombrado escribano público en 1811, durante la época de la “España Boba”, y asignado como “Notario Mayor” del arzobispado de Santo Domingo. Precisamente en esa calidad hubo de certificar el 8 de enero de 1820 el acta de bautismo del Padre de la Patria Juan Pablo Duarte.

ante notario “todos los actos y documentos civiles, judiciales, extrajudiciales entre partes y bajo firma privada”,⁷⁵ constituyendo este la primera disposición propiamente nacional que se refiere expresamente a la actuación escribanil.

Durante la Primera República, y por disposición de la Ley de Secretarios de Estado del 7 de junio de 1845, se encargó al Secretario de Estado de Justicia e Instrucción Pública, entre otros desempeños, a supervisar las actuaciones de los notarios y legalizar los documentos oficiales destinados al extranjero, funciones idénticas a las que tenía el Gran Juez de la época de la ocupación haitiana.

El 4 de julio de 1845, el mismo día en que el Congreso Nacional decretó la puesta en vigencia para toda la República Dominicana de los llamados “Códigos Franceses de la Restauración”, llamados así por el retorno del régimen monárquico a Francia, se dicta el Decreto N° 59, que disponía en su artículo 1° que la Suprema Corte de Justicia designe los escribanos públicos previo examen y establecía las incompatibilidades de las funciones con cualquier otro empleo, excepto el de secretario del ayuntamiento.

Posteriormente, mediante un decreto de cinco artículos, el N° 108 del 23 de junio de 1847, el Presidente Santana ordena la traslación de los archivos de las antiguas escribanías existentes hasta 1821 y que estuvieren depositados en los Tribunales de Justicia Mayor de la Capital y demás provincias, que sean entregados a la Suprema Corte de Justicia y los correspondiente a los años siguientes al 1822 que se les entregue a los escribanos que les sucedieron.

La Ley de Organización Judicial de 1852 dispuso que los Escribanos fueran designados por el Poder Ejecutivo quitándole esa facultad a la Suprema Corte la cual hubo de esperar cinco años, hasta 1857, en que una ley volvió a poner a su cargo la designación de los notarios.

36.- Primera ley dominicana sobre notariado. Varias leyes se promulgaron y se dictaron diversos decretos tendentes a regular el ejercicio notarial en la naciente República Dominicana, pero no fue sino hasta el 11 de mayo de 1857, cuando el Presidente de entonces, Buenaventura Báez, promulgó la Ley N° 472 sobre Escribanías Públicas, que constituye la primera ley sobre notariado en el país.

⁷⁵ Vega, Wenceslao, *ibidem*, pág. 173.

La promulgación de esta nueva norma significó la opción explícita a favor de la utilización del nombre de “notarios” dejando atrás la denominación de escribano utilizada en el pasado.

La Ley constaba de 21 artículos divididos en tres títulos que establecían las disposiciones generales en sus artículos del 1 al 6, las obligaciones de los escribanos en sus artículos del 7 al 17 y las disposiciones finales contempladas en los artículos del 18 al 21. Esta ley fue refrendada por Félix María Del Monte en su calidad de Ministro de Justicia e Instrucción Pública.

37.- Primer notario dominicano. El primer dominicano egresado de la carrera de derecho, después de obtenida la Independencia de la República, fue Félix María del Monte, quien se recibió como Licenciado en Derecho el 11 de agosto de 1845, pero es José Furcy Castellanos el primer profesional graduado conforme al plan de estudios notariales de la Escuela de Notarios adscrita a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas del Instituto Profesional, quien recibió su título de notario en conformidad con el artículo 882 del Código Orgánico y Reglamentario de Educación Común.

38.- Durante la anexión a España.- En 1861 el país fue anexado nuevamente a España, recuperando finalmente su independencia en 1865 con el Movimiento de la Restauración.

El período de la adhesión de la República Dominicana a España duró cuatro años y cuatro meses, iniciándose el 16 de marzo de 1861 cuando el Presidente de la República Dominicana, General Pedro Santana, proclamó la anexión del país hasta el día 11 de julio de 1865, fecha en que salieron del puerto de Santo Domingo las últimas autoridades y tropas españolas, recuperando toda la República su soberanía perdida.

Desde ese momento, legal y judicialmente retornamos al derecho y al procedimiento obsoleto de las Leyes de Indias, pero España ni siquiera tenía su legislación civil codificada por lo que en esa materia hizo una excepción de mantener en vigor para Santo Domingo el Código Napoleón que venía utilizándose desde hacía ya unos quince años y, consecuentemente, quedaban rigiendo las fórmulas francesas del notariado.

No conseguimos documentar la incidencia que pudieron haber tenido las leyes españolas durante ese tiempo que fuimos considerados una provincia de ultramar de España, pero es de suponer que alguna aplicación hubo ya que en “nuestra madre patria” se promulgó la Ley del Notariado de fecha 28 de mayo de 1862, publicada en la Gaceta de Madrid del 29 de mayo de ese mismo año, que fue considerada como la mejor ley de Europa.

39.- Después de la Restauración. Al terminar la anexión, el primer gobierno nacional derogó la mayoría de las leyes dictadas por las autoridades españolas, poniendo en vigor muchas de las leyes de la Primera República. Así por ley del 6 de agosto de 1865, el gobierno de las armas restauradoras, que encabezaba José María Cabral y Báez puso de nuevo en vigor los códigos franceses y se creó, desde el 16 de septiembre de 1865, el primer registro público de actos traslativos de propiedad y derechos reales en la República.

El gobierno provisional del Presidente Cabral y Báez derogó la Ley N° 472 y promulgó el 31 de octubre de 1866 la Ley N° 966 que creó el Reglamento Orgánico Judicial, el cual dedicaba todo el capítulo XVII (artículos 68 al 76, ambos inclusive) a los escribanos públicos y hacía obligatorio para ellos remitir el índice de sus actuaciones a la Suprema Corte de Justicia hasta el 31 de diciembre de 1866.

Según este Reglamento o Ley de Organización Judicial “en los escribanos públicos reside la fe y la garantía pública y son los depositarios de sus archivos que deben mantener en buen orden”. La ley detallaba la forma de redactar las actas, conservar los protocolos, expedir copias y demás disposiciones de cumplimiento de sus deberes. También, que al fallecer o dimitir un escribano, su archivo debía ser tomado e inventariado por el Juez de Primera Instancia y depositarlo en el Ayuntamiento Municipal, para entonces ser sacado en venta de pública subasta.

A partir de esa ley de 1866 y hasta finales del siglo XIX, algunas leyes se refirieron tangencialmente al tema del régimen notarial para tocar algunos puntos específicos, generalmente vinculados a la regulación de aspectos judiciales.

40.- Durante el siglo XX. El inicio del siglo XX en la República Dominicana trajo consigo importantes cambios relacionados con la institución

notarial, siendo el inicial la promulgación por parte del Presidente Juan Isidro Jiménez el día 28 de julio de 1900 de la Ley N° 4037 del Notariado.

Con la promulgación de la ley de julio de 1900, publicada en la Gaceta Oficial N°1354, se compendiaron varias disposiciones dispersas sobre ejercicio notarial, se reglamentó en sus artículos del 8 al 10 la designación de Notarios que debería hacer la Suprema Corte de Justicia, se dictaron normas sobre los actos notariales y los protocolos y se estableció en su Capítulo VIII (artículo 66) una tarifa por las actuaciones de los Notarios.

Esta reglamentación constaba de 67 artículos divididos en ocho capítulos y desde su enumeración primera se comienza a evidenciar que se trata de una simple copia de la ley francesa conocida como “Ley del 25 Ventoso” que contenía un estatuto completo sobre el notariado, con todas las características actuales del notariado latino y cuyas disposiciones fundamentales y principios básicos aparecen recogidos en la legislación dominicana. Se mantuvo vigente, con algunas modificaciones, hasta el año 1927.

A pesar de ser una adaptación de la ley francesa a nuestro país, esta legislación trajo como consecuencia inmediata la liberación del ejercicio notarial de España y, de hecho, trillamos el camino para pertenecer al sistema del notariado latino.

41.-Intervención Norteamericana. En 1916 los Estados Unidos ocuparon militarmente el país a fin de asegurar el pago de la deuda pública, permaneciendo por un período de ocho años.

Durante la ocupación norteamericana de 1916 a 1924, se emitieron varias Ordenes Ejecutivas relativas al ejercicio del ministerio notarial, entre éstas destacamos la N° 145 del 5 de abril de 1918, publicada en la Gaceta Oficial N° 2899-B, que regulaba en su artículo 41 la posibilidad de que en los estudios universitarios se conceda el título de Notario, supeditando ese otorgamiento al cumplimiento del artículo 42 que establecía cuáles eran las asignaturas necesarias para obtener dicho título universitario.

Otras leyes de interés relativo a los notarios, fue la Orden Ejecutiva N° 192, del 30 de julio de 1918, Gaceta Oficial N° 2931, que mencionaba en su artículo 5 que la Suprema Corte de Justicia podría revocar el nombramiento

de los notarios usando el procedimiento para la sustitución de los jueces y la N° 650, del 12 de julio de 1921, que establecía que sólo habrá un Notario por cada cinco mil habitantes y exigía tener el título universitario de Notario para ser designado como tal, aunque liberaba a los licenciados y doctores en derecho de la obligación del examen. Además, determinaba que la función notarial era incompatible con el ejercicio de Juez, de Fiscal o secretario de cualquier tribunal.

42.- Ley N° 770 del Notariado. El 8 de Noviembre de 1927 fue promulgada por el Presidente de la República Don Horacio Vázquez la Ley N° 770 del Notariado que fue debidamente publicada el 16 de noviembre de 1927 en la Gaceta Oficial N° 3914. Esta legislación tenía 63 artículos divididos en cinco capítulos que recogen lo relativo a los notarios y sus actos, así como las copias y lo referente al protocolo y guarda y transmisión de los archivos notariales.

El capítulo IV contiene entre los artículos 56 al 63 las disposiciones generales y, a seguidas, aparece un quinto y último capítulo, que no está precedido por el número de ningún artículo, en el que se instaura la tarifa por la que deben regir sus actuaciones los notarios.

La ley en cuestión, a pesar de que sufrió varias modificaciones, se mantuvo regulando el ejercicio notarial por más de treinta y cinco años hasta que fue completamente derogada y sustituida por la presente ley, la N° 301, que derogó la Ley N° 770 y sus modificaciones, así como cualquiera otra que le sea contraria.

Sección III

43.- Situación Post-Trujillo. Luego del ajusticiamiento del Presidente Rafael Leonidas Trujillo Molina, el 30 de mayo de 1961, el país atravesó por grandes momentos de inestabilidad política caracterizados por la sucesión de gobiernos de corta duración. Sobrevino el 1° de enero de 1962 el Consejo de Estado y quince días después, el 16 de enero, se configura una Junta Cívico-Militar que duró dos días. El 18 de enero se conformó un Segundo Consejo de Estado hasta el 27 de febrero de 1963 que asume la presidencia el Profesor Juan Bosch, ganador de las primeras elecciones celebradas después de la muerte de Trujillo.

El 25 de septiembre de 1963, el Gobierno de Bosch fue derrocado mediante

un Golpe de Estado y sustituido por una Junta Provisional de Gobierno que dió paso al Triunvirato compuesto inicialmente por el Lic. Emilio De los Santos como Presidente, el Dr. Ramón Tapia Espinal y el Ing. Manuel Enrique Taváres Espaillat, miembros. Posteriormente el Lic. Emilio De los Santos renunció y fue sustituido por el Dr. Donald Joseph Reid Cabral, abogado y experimentado notario.

El 8 de abril de 1964 renunciaron los triunviros Tapia Espinal -a quien sucedió Ramón Cáceres Troncoso- y Tavares Espaillat. Así nació el llamado “triumvirato de dos” y, con este marco histórico-político, la diarquía promulgó el día 18 de junio de mil novecientos sesenta y cuatro la Ley N° 301 que regula la función notarial en la República Dominicana. Dicha ley fue publicada en la Gaceta Oficial N° 8870 de fecha 30 de los citados mes y año.

44.- Época contemporánea. Ley N° 301, sobre notariado. El Triunvirato, “en nombre de la República”, promulgó en la sede del Palacio Nacional, la norma que vigentemente rige los aspectos de la ocupación notarial dominicana. La misma consta de seis capítulos que tratan: De los notarios (artículos 1 al 20), De las actas notariales y su redacción (artículos 21 al 32), Del protocolo (artículos 33 al 55), De la legalización de firmas (artículos 56 al 58). A más de, el capítulo V esta destinado a las Disposiciones generales (artículos 59 al 67) y, por último el capítulo VI, que implanta la Tarifa de honorarios a cobrar por las actuaciones escriturales.

Como una guía rápida de orientación para favorecer el estudio de la ley y la ubicación de sus textos, a seguidas presentamos, el tema sobre qué trata cada uno de sus artículos e indicamos el número correspondiente:

- Definición legal de notario (Art. 1),
- Sello notarial, Art. 1, párrafo (Agregado por Ley N° 86-89 del 22 de Octubre de 1989),
- ¿Quiénes son notarios? Nombramiento (Art. 2),
- Investidura del Juez de Paz y sus suplentes como notario (Art. 3),
- Cantidad de notarios (Art. 4),
- Requisitos (Art. 5),
- Pérdida del notariado (Art. 6),
- Destitución del Notario (Art. 7),
- Sanciones disciplinarias (Art. 8),

Obligaciones del notario (Art.9 y 10),
Sustitución del notario (Art. 13),
Traslado (Art. 14),
Licencia (Art. 15),
Incompatibilidades (Art. 16),
Prohibiciones (Arts. 16, [párrafo II agregado por Ley N° 89-05], 17, 18, 29, 44, 47 y 48).
Responsabilidad Penal (Arts. 8, 20, 24, 29, 39, 40,53 y 60),
Escritura actas notariales (Arts. 21 y 22),
Omisiones y Notas al margen (Art. 23),
Enmiendas (Arts. 24 y 25),
Personas que no sepan español (Arts. 25 y 26),
Tipo de papel (Art. 27),
Actos relativos a inmuebles y a actos hipotecarios (Arts. 28 y 29),
Identificación de comparecientes (Art. 30),
Firmas y Huellas digitales (Art. 31),
Testigos (Art. 32).
Protocolo y conservación (Art. 33),
Volúmenes del protocolo (Art. 34),
Numeración de actas y foliado (Art. 35 y 36),
Escrituras matrices (Art. 37),
Apertura y cierre del protocolo (Art. 38),
Diferentes tomos (Art. 39),
Conservación (Art. 40),
Libro Índice (Art. 41 y 42),
Copias (Art. 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49 y 50).
Nulidades (Art. 51),
Preservación (Art. 52),
Licencia (Art. 53),
Suspensión (Art. 54),
Suplentes de jueces (Art. 3 y 54, Párrafo),
Muerte, renuncia, destitución o inhabilitación de un Notario (Art. 55),
Legalización de firmas (Art. 56, 57 y 58).
Cesación de funciones (Art. 59),
Sanciones y reincidencia (Art. 60),
Destitución (Art. 61),
Renuncia (Art. 62),
Remisión de Libro índice (Art. 63),

Deber de revisión de archivo ¿o protocolo? (Art. 64),
 Cobro de honorarios (Art. 65),
 Competencia disciplinaria (Art. 66) y, por último,
 Tarifa notarial (Art. 67, mod. por Ley No. 86-89, del 22 de octubre de 1989).

El estatuto reseñado precedentemente como ley actual, de acuerdo con los cánones constitucionales, realmente no es una ley, sino un verdadero Decreto-Ley, *“en razón de que emana del Poder Ejecutivo durante el régimen del Triunvirato, surgido el 25 de septiembre de 1963, en una situación de facto, pero que trata de una materia propia de las facultades del Poder Legislativo, y por tanto no responde al concepto de ley en derecho estricto, sino de Decreto-Ley. Aún así, es el acto jurídico que establece por parte del poder público, aunque no del Poder Legislativo, la institución del Notariado en República Dominicana.”*⁷⁶

Las razones históricas de este Decreto-Ley, se explican *“por el hecho de que el anteproyecto de la Ley del Notariado, hoy ley que nos rige, fue preparado por la Asociación de Abogados, cuya redacción fue inspirada en los textos franceses vigentes, y sometidos en 1962 al Consejo de Estado, que por cierto lo engavetó –como se dice corrientemente- y no fue sino una situación muy especial, cuando el Triunvirato para calmar las protestas de los abogados, las que se producían frecuentemente y encabezados por la misma Asociación Dominicana de Abogados (ADOMA) que luchaba por hacer cesar la situación policial que se vivía, procedió a aprobarlo conjuntamente con el anteproyecto que también había preparado el organismo gremial, sobre Honorarios de Abogados, ahora Ley N° 302, del 18 de junio de 1964.”*⁷⁷

La promulgación de este Decreto-Ley estableció abismales diferencias con la recién derogada ley N° 770 de 1927 e introdujo novedades en la práctica de nuestro derecho notarial.

Entre sus aspectos más importantes cabe acentuar que la nueva ley designa a los profesionales del ejercicio notarial con el nombre de “Oficiales públicos” y no como “funcionarios públicos”. Establece la suspensión temporal al

⁷⁶ Bidó Medina, José Joaquín. La Función y la Responsabilidad Notarial, ponencia en Curso de Actualización en Derecho Notarial, Santo Domingo, 12 de septiembre de 1984; reproducida en Revista Derecho y Política, pág. 38.

⁷⁷ *Ibidem*.

notario que acepte un cargo o empleo dentro de la administración judicial, contrariamente a la derogada ley que contemplaba la destitución por esa causa.

Además, podemos mencionar la inclusión de que acepta en su artículo 21, la posibilidad de que las actas puedan ser escrituradas “a máquina”, mientras que anteriormente sólo se establecía que la elaboración de las actas debía hacerse “en tinta indeleble”.

También, en su artículo 30, permite que los notarios identifiquen a los comparecientes mediante la presentación de sus cédulas de identificación personal o de cualquier otro documento destinado a la identificación de las personas, con la que se suprime a los denominados testigos de conocimiento a que se refería el artículo 29 de la invalidada Ley N° 770.

Así mismo, perpetúa en el artículo tercero, la prerrogativa a los abogados designados o que sean designados “Suplentes de Jueces de Paz” de tener la investidura de “Notarios Públicos” por el tiempo que ejerzan sus funciones y de conservar dicha investidura de pleno derecho y sin formalidad alguna dentro de su jurisdicción si han desempeñado por dos años o más en esas funciones, salvo participación a la Suprema Corte de Justicia, para fines de registro.

Por último, destacamos que la nueva ley produjo, entre otras señaladas, la modificación de las exigencias del artículo 971 del Código Civil en lo relativo a la concurrencia de testigos requeridos para instrumentar un acto.

En la actualidad. La Ley sobre notariado ha sido periódicamente complementada, tales son los casos de la Ley N° 126 del 10 de febrero de 1966, publicada en la Gaceta Oficial N° 8971 de fecha 22 de febrero de 1966, que modificó el artículo 4 de la Ley N° 301 e indica que el número de notarios no podía exceder de uno para los municipios cuya población no pase de mil quinientos habitantes, y en el Distrito Nacional y los demás municipios de uno por cada mil quinientos habitantes y uno mas por la fracción que exceda de setecientos cincuenta.

Asimismo, la Ley N° 195 del 10 de agosto de 1968, que obliga a los notarios que instrumenten actos relacionados con inmuebles dejar constancia cuando estos quedan afectados o declarados de pleno derecho bien de familia. Del

mismo modo, la Ley N° 145 del 4 de junio de 1971, que permite a los Jueces de Paz, cuando no exista notario en su demarcación, recibir la declaración jurada escrita en quintuplicado para los procedimientos sucesorios, con lo que modifica la Ley N° 2569, sobre Sucesiones y Donaciones del 4 de septiembre de 1950.

Además, la Ley N° 108 del 15 de enero de 1980, que modifica los apartados A) y B) de la Ley de Bancos N° 708, que autoriza a los notarios a instrumentar el acta de notoriedad para el retiro de fondos en caso de fallecimiento del titular de la cuenta bancaria.

De igual manera, intervino la Ley N° 86 de 1989 que agregó un párrafo al artículo 1 de la Ley N° 301, para enmendar el error u omisión de los redactores de la ley vigente de eliminar lo relativo al sello notarial que exigía el artículo 38 de la abolida ley N° 770 y, también, en el artículo 67 adicionó el Capítulo VI a la ley que fija la tarifa para el cobro de honorarios.

Más recientemente, la Ley N° 89-05 del 24 de febrero del 2005, que crea el Colegio de Notarios como institución moral de carácter público, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Dicha ley manda en su artículo 3 a que para poder ejercer su profesión, además de los requisitos establecidos en otras leyes, los notarios públicos deberán inscribirse en el Colegio Dominicano de Notarios, dentro de los ciento veinte (120) días siguientes a la promulgación de esta ley, o sea, que entró en vigencia desde el 24 de junio del 2005. El párrafo de este mismo artículo es autoritario cuando ordena que los notarios, a partir de la presente ley, deban consignar en todos los actos notariales que instrumenten y que intervengan como tales, el número de su colegiatura.

Conviene saber que la novedosa ley del 2005, por las instrucciones de su artículo 13, agrega un segundo párrafo al artículo 16 de la ley N° 301, del 18 de junio de 1964, del Notariado, que dice así: *“Párrafo II. En el caso de los notarios que reciban remuneraciones del Estado Dominicano con calidad de empleados, asesores igualados, tal prohibición sólo referiría a los actos que se instrumenten o legalicen sus firmas en la dependencia estatal que presten servicios, pudiendo participar en actos originados en otras dependencias del Estado con las cuales no estén ligados como tales”*.

En el Porvenir. Cuando se promulgó la ley notarial a mediados de los años 60 era impensable hablar de computación, internet, firma digital, celulares o teléfonos móviles, videos, y de otros avances informático-tecnológicos pero, con la llegada del siglo XXI, y desde antes, la forma de ejercer el notariado ha cambiado e igual la forma en que designamos los entes propios de nuestra profesión, es más, ya tenemos, verbigracia, la Ley N° 126-02, sobre Comercio Electrónico, Documentos y Firmas Digitales, promulgada el 4 de septiembre del 2002, que combina conceptos como documento electrónico, contratación electrónica, firma electrónica, firma digital etc. y, llevamos en la práctica diaria los protocolos en forma digital.

Estas son poderosas razones para que, dentro de este ciclo de modernización y reorganización de procedimientos judiciales, renovar algunos procedimientos legales concernientes a la entidad notarial, por lo que procede, abreviar plazos y transferir a los notarios la tramitación, por ejemplo, de las sucesiones, divorcios, adopciones y todo otro acto no contencioso que cuente con acuerdo unánime de los interesados, en una forma de privatización de servicios en beneficio de la eficacia y agilidad de la justicia. Si así fuese los jueces podrán dedicarse, en menor tiempo, a solucionar las controversias que se les presenten, que es su objetivo específico.⁷⁸

Esta competencia en materia no contenciosa no es concepción nuestra sino el resultado de estudios y aplicación y ya ha sido transferida a los notarios de España, Guatemala, Ecuador, Perú y Cuba. Ha de llegar el día en que los notarios por su condición de intermediarios en el curso de las negociaciones de las partes y su prevención de litigios, sean efectivamente considerados “*magistrados de la paz pública*”, frase acuñada reiterativamente por el notario español Rafael Núñez Lagos.

La sociedad está sometida a una constante evolución y se advierte que ante la proliferación legislativa, la complejidad de las relaciones, el individuo necesita cada vez en mayor medida el servicio rápido, eficiente del profesional que le garantice un buen resultado. Frente a ello encontramos que el documento auténtico notarial responde a los requerimientos de la sociedad moderna. Por lo tanto la permanencia de esta profesión estará garantizada en cuanto al valor social del servicio que presta a la comunidad, confiriendo

⁷⁸ Pérez Montero, Hugo. Discurso celebración del Día del Notariado Latino en Viena, Austria. Revista Internacional del Notariado N° 95, 1998, Pág. 42.

autenticidad y seguridad a las relaciones jurídicas.

Concibiendo esta realidad es necesaria la pronta revisión y posterior modificación del texto nacional que regula la función de dar fe para adecuarlo a estos tiempos e insertar, sugerimos, lo relativo al acceso a la función notarial previo exámenes.⁷⁹ Al mismo tiempo, incluir lo atinente a la permisividad del protocolo electrónico y, debo decirlo, entre otras cosas, la conciliación de la tarifa legal para el cobro de honorarios profesionales acorde con el grado de evolución alcanzado en otros órdenes de nuestra vida social que permita a los notarios, desenvolverse con el decoro y la dignidad que el ejercicio de su ministerio reclama. Es que, como decía Josserand, *“O el derecho se adecúa a una realidad o esta prescinde del derecho”*.

⁷⁹ A ese respecto, el Dr. Hugo Pérez Montero, Presidente Honorario de la UINL, en conferencia sobre la Necesidad Social de la Función Notarial, expresó, lo que compartimos plenamente, los siguientes términos: “En un momento en que la internacionalización de los negocios, y por tanto, el desarrollo y aplicación del Derecho Internacional Privado nos exige cada vez más un esfuerzo de actualización profesional, que los europeos llaman “formación permanente y continua” de los notarios, a tal punto que se ha llegado a establecer sistemas obligatorios de “reciclaje” profesional como forma de demostrar que efectivamente se ha realizado el esfuerzo de estudio necesario para asegurar la prestación de un buen servicio frente a los nuevos requerimientos, lo que incluye, desde luego, la incorporación de las técnicas de comunicación, información y documentación electrónica más modernas a nuestra prestación profesional.

Esta actualización profesional se considera un deber ético que el notario se debe a sí mismo y frente a su cliente. El Derecho se transforma continuamente, y como dijo el Dr. Eduardo Couture, ex-Decano de la Unión Internacional del Notariado Latino “si no sigues sus pasos serás cada día un poco menos abogado” o notario.”

Documentación Histórica y Notariado en Derecho Romano¹

Antonio Fernández de Buján *

En Derecho Romano, los primitivos documentos recogían únicamente los acuerdos o la voluntad de las partes, a los que se añadía un sello (*sigillatio*) y los nombres de los intervinientes². Con posterioridad, junto a sus nombres, se agrega un resumen del contenido del acto. El término *tabellio* deriva de que la materia sobre la que se redactaban los primitivos documentos eran tablillas de madera recubiertas de cera, *tabulae ceratae*, de las que se habría pasado a los papiros y de éstos a los pergaminos³.

En el fragmento de Ulpiano en el que se hace referencia por primera vez a un profesional privado *-tabellio-* con competencias similares a los actuales notarios, se mencionan asimismo las funciones de los tabelliones: «*instrumenta forrmare, libellos concipere, testationes consignare, testamenta oridinare, vel escribere, vel signare*»: Redactar documentos, escribir instancias, sellar testimonios, autorizar testamentos, escribirlos o sellarlos⁴.

En el estudio del Derecho notarial romano⁵ se utilizan un gran número de conceptos de carácter eternamente problemático, lo que hace difícil, como se afirma en el prólogo de la obra de Amelotti y Costamagna, llegar a una

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

¹ Con todo afecto, para el Maestro del Derecho y muy querido amigo, profesor Juan Miquel.

² Vid. en relación con la *scriptura* interior y exterior del documento, en ANKUM, *Les tabellions romains, ancêtres directs des notaires modernes*, Atlas du Notariat, *Le notariat dans le monde*, Kluwer-Deventer, 1989, pp. 10 ss.

³ Vid. al respecto en: TALAMANCA, *Documento e Documentazione*, Enciclp. del Diritto, XIII, 1964, p.p. 548-552; AMELOTI, *Notariat und Urkundenwesen zur ZEIT des Prinzipats*, ANRW, II, 13, 1980, pp. 386-399; BOVE, *Le tabulae ceratae*, Atti del XVII congresso internazionale di papirologia, Nápoli 1984, pp. 1189-1200; AMELOTI, *Genesi del documento e prassi negoziale*, ACOP, 1988 (1990) pp. 309 ss.

⁴ (D.48.19.9.4-7).

⁵ A. D'ORS, *Documentos y notarios en el Derecho Romano Postclásico*, en *Centenario de la Ley del Notariado*, I, p. 89. Asimismo, en opinión de esta autor, quizás el punto final de esta evolución en Derecho Romano encuentre su plasmación en la regulación, en el siglo X, de la corporación notarial en el *Libro del Prefecto* del emperador bizantino León el Sabio. Cf. el texto y la significación de esta obra en el citado estudio, p. 84 y 752-161; cf., asimismo, el conjunto de documentos tabeliónicos comentados por A. D'ORS, *Documentos y notarios en el Derecho Romano Postclásico*, cit., pp. 95 y ss; así como la aportación de textos y el comentario de M. AMELOTI en *Alle origini del Notariato italiano*, Roma 1975, p. 22, especialmente el realizado a propósito de la intervención del notario eclesiástico en la *manumissio in ecclesia*.

formulación conceptual de conjunto, dado que en la utilización de términos como «credibilidad» o «fe pública», la inseguridad es grande porque la interpretación de tales términos no es unívoca ni ha sido siempre la misma a través del tiempo⁶. Por otra parte, habría que distinguir, con Núñez Lagos, entre la «historia de la función notarial», atribuida a magistrados, jueces, notarios, etc, y la «historia del órgano notarial», ejercida por notarios romanos y eclesiásticos, tabeliones, notarios longobardos y francos⁷.

Cabría, pues, afirmar que ya en Roma la *fides publica*, que otorga plena seguridad jurídica, podía ser judicial o extrajudicial, si bien los depositarios de esta última habrían sido únicamente autoridades gubernativas o funcionarios públicos.

El estudio de la historia del órgano notarial en Derecho romano nos llevaría a resaltar el hecho de que a fines de la República, probablemente en relación con la importancia que se comienza a conceder a la escritura⁸, aparecen las categorías de *notarii*, *actuarii*, *librarii*, *amanuenses*, *exceptores*, *scribae*, *chartularii*, *cancelarii*, *censuales*, *epistolares*, etc.⁹.

La importancia concedida a la escrituración de los contratos en Grecia explicaría la significación de los profesionales que cumplían en Grecia la función notarial, y su reconocimiento como titulares de una función pública. Por el contrario, la tardanza en aparecer en Roma de la figura del notario se habría debido al carácter oral de la primitiva negociación en Roma, en donde el testamento primitivo, la *stipulatio* y la *mancipatio* que constituyen las principales fórmulas de negocio tienen un carácter verbal¹⁰.

⁶ M. AMELOTTI-G COSTAMAGNA *Alle origine del notariato italiano*, cit., V

⁷ R. NÚÑEZ LAGOS, *Documento latino y documento germánico*, cit., p. 419, nota 1.

⁸ En la Ley de las XII Tablas no se encuentra ninguna alusión a la escritura, y TITO Livio, *Ab urbe condita*, VII, 3, nos dice que en el año 360 a. de C.: «*rarae per ea tempora litterae erant*». Uno de los primeros negocios que se habrían reflejado por escrito es el testamento. Las tablillas testamentarias en las que se contenía habrían tenido en sus orígenes valor probatorio, dado que el testamento en cuanto negocio continuaba siendo oral. Muy pronto surgieron una clase de profesionales especializados en la redacción de testamentos, a los que se denominaba *testamentaria*.

⁹ G. ROGIER *Etude sur les tabellions. La force de leurs actes en Droit Romain*, Paris 1883, pp. 11 y ss.; TEITLER, *Notarii and exceptores*, Amsterdam 1985, ha puesto de relieve que todavía en el siglo VI, algunos notarii imperiales continuaban siendo taquígrafos; Vid. asimismo en SCACCHETTI, *Notario nel diritto romano*, DIG, 12, 1955, pp. 241 ss.

¹⁰ Cf. por todos, A. RODRÍGUEZ ADRADOS *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura*, Madrid 1996, y la bibliografía allí citada.

Los *notarii* se servían de ciertas notas, abreviaturas o signos convencionales para escribir con mayor rapidez. Su función era ya conocida en otros pueblos de la antigüedad, y en Derecho Romano, si bien la realidad es más antigua el término notario aparece mencionado por primera vez por Séneca¹¹ y, posteriormente, es asimismo utilizado por historiadores y poetas¹². Pero estos *notarii*, que cumplían esencialmente una función de taquígrafos, no son lo que hoy entendemos por notarios, y si bien parece evidente que de éstos deriva el nombre de aquellos, la función de los notarios de la antigüedad la cumplían en Roma, como ya hemos dicho, los *tabeliones*¹³. No obstante, la variada e incluso en algunos textos oscilante terminología utilizada en las fuentes, produjo en ocasiones confusión en los estudiosos, derivada o bien de la similitud terminológica, por ejemplo de *tabellarii*, *tabularii* y *tabelliones*, o bien de la extensión de la palabra *notarii* a los *tabeliones* o, finalmente, del hecho de que en la parte oriental del Imperio la denominación *notarius* era equivalente a la de *tabularius*¹⁴. En la Edad Media, la palabra *notarii* sustituye, con carácter general, a la de *tabelliones*¹⁵.

Los *tabularii* formaban un cuerpo de esclavos públicos al servicio de la ciudad o la República, que si bien ejercían funciones notariales, no se llegaba a reconocer a los actos en que intervenían la producción de efectos propios de la *fides publica*. Su actuación se desarrollaba básicamente en el ámbito de la contabilidad, la percepción de impuestos y los archivos públicos, de ahí la consideración de su cargo dentro los «*officia publica*» de las ciudades, no obstante la limitación de su facultades autenticadores en relación con la *fides publica*¹⁶.

¹¹ SENECA, *Apocolocyntosis*, 9, 2; vid., en relación con el término *notarius*, MARTÍNEZ SARRIÓN, «*El notario en la baja romanidad*», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXII, I, pp. 28 y ss. 9

¹² QUINTILIANO *Institutio oratoria*, 7, 2, 24; PLINIO EL JOVEN, *Epistulae*, 5, 15; 9, 20, 2; 9, 36, 2; SUETONIO, Titus, 3; MARCIAL, *Epigrammata*, 5, 51, 2; MANILIUS, *Astronomía*, IV, 197.

¹³ Cf., en relación con la actividad de los *notarii*, y su posterior especialización en *testamentarii*, AMELOTTI-COSTAMAGNA, *Alle origini del notariato italiano*, cit., pp. 5 y ss. y la bibliografía allí citada.

¹⁴ C. J., 8. 17. 11, Const. Emperador León del 472: «*Scripturas, quae saepe adsolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis nec ne, transigendi vel paciscendi seu fenerandi vel societatis coeundae gratia seu de aliis quibuscumque causis vel contractibus conficiuntur, quae idiochira Graeque appellantur, sive tota series eorum manu contrahentium vel notarii aut alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non licet conditionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non, quasi publice scriptas...*».

¹⁵ Cf., sobre este punto, F. CALASSO, *Medio Evo del diritto*, I, Milán 1954, p. 243; J. BONO, *Historia del Derecho notarial español*, op. cit., I, p. 47, nota 8; NEVE, *Van ius commune naar ius particulare. Het 'europes' notariat op weg naar een 'national' statu ut*, en *Et. Ankum*, 1995, pp. 379 ss.

¹⁶ Vid. sobre los *tabularii*, SACHERS, *Tabularius*, RE, IVA2, Stuttgart, 1932, col. 1969-1984; LUZZATTO, *Tabularis*, NNDI, XVIII, Torino 1971, pp. 1012 y AMELOTTI-COSTAMAGNA, *Alle origini*, cit., pp. 15 ss.

En las fuentes romanas no se contienen referencias a los orígenes de los tabeliones y, si bien la realidad también en este caso debió de ser más antigua, hay que esperar a finales de la época clásica para que el término aparezca utilizado por primera vez por Ulpiano, en el año 215 d.C.¹⁷

En una constitución de Constantino, del año 316, se prohíbe a los decuriones tomar el oficio de tabelión, lo que prueba la necesidad de regular un oficio del que se derivaban incompatibilidades ya a principios del siglo IV¹⁸. Con posterioridad, los emperadores León y Anastasio promulgan normas reguladoras de la responsabilidad derivada de negocios ilícitos documentados por *tabellio*, atribuyéndole, en consecuencia, un cierto poder -deber de control sobre la negociación primitiva.

Se podría, por tanto, afirmar, con Amelotti, que los tabeliones constituyen una clase profesional de redactores privados de documentos, laboriosamente configurada desde una precedente caótica actividad de escribanos, más o menos competentes o incompetentes, entre los que no han faltado los propios *notarii* o estenógrafos¹⁹.

Los tabeliones han conservado en toda la historia del Derecho Romano su carácter de profesionales privados, si bien en época de la monarquía absoluta, sin llegar a ser considerados funcionarios públicos, fueron sometidos a un estricto control y subordinación por parte del poder público,

¹⁷ D., 48. 19. 9. 4-6 (Ulpianus, libro decimo de officio proconsulis) 4: «Nonnumquam non advocacionibus cui interdicitur, sed foro. Plus est autem foro quam advocacionibus interdicare: si quidem huic omnino negonis accomodare se non permittatur. Solet autem ira vel iuris studiosis interdici, vel advocatis, vel tabellionibus sive pragmaticis»; 5: «Soler et ira interdici: ne instrumenta omnino forment, neve libellos concipiant, vel testationes consignent»; 5: «Solent et sic: Ne eo loci sedeant quo in publico instrumenta deponuntur, archivo forte vel grammatophylacio». La tardía irrupción del tabelionato en Derecho Romano, es explicada por Ankum, *Les tabellions romains*, cit., pp. 12 ss.,

¹⁸ Cd. Theodosianus, 3, *De decurionibus*, XII, 1, 3; «Universos decuriones volumus a tabellionum officiis temperare. Nemo autem ad decurionatum vocatus excusare se poterit, eo quod fuerit tabellio, cum huiusmodi homines si sint idonei, vocari ad decurionatum oporteat. Lex enim quae decuriones a tabellionum officiis voluit submovere, ad decurionatum tabelliones vocari non prohibet»; y Cd. Thd., 9. 19.1: «Si quis decurio testamentum vel codicillos aut aliquam deficientis scribserit voluntatem vel conscribendis publicis privatisque instrumentis praeberit officium, si falsi quaesto moveatur, decurionatus honore seposito questioni, si ita poposcerit causa, subdatur. Sed non statim desinit esse decurio, qui in huiusmodi facto fuerit deprehensus. Quantum enim ad municipales pertinet necessitates, decurio permanet, quantum ad rem gestam et veritatem reserandam, uti decurionatus honore non poterit. Nec vera ist, qui ante fuerit cabelleo, ad eludendam quaestionem .super his, quae ante conscripsit, factus decurio defendi hac pote, it dignitate, quoniam scripture veritas, si res poposcerit, per ipsum deber probari auctorem». Vid. Sobre estatuto de los decuriones, NUYENS, *Le statut obligatoire des decurions dans le droit de Costantin*, Lovaina 1964.

¹⁹ AMELOTI-COSTAMAGNA, *Alle origine del notariato italiano*, cit., p. 5.

en consonancia con la general burocratización de la época. Sin embargo, en el proceso de ampliación de competencias que se les atribuyen, además de la redacción de documentos, se les reconoce función consultiva y asesora²⁰, así como facultades relativas a la asistencia a los Tribunales, redacción de instancias y consignación escrita de declaraciones testificales²¹, pero, al no ser considerados en ningún momento como funcionarios públicos, no se les atribuye en sentido estricto plena *fides publica* a los documentos por ellos confeccionados, puesto que no se puso nunca en tela de juicio que el *ius actorum conficiendorum* fuera competencia exclusiva de los funcionarios públicos, y que la ejecutoriedad de los contratos y de las sentencias correspondía únicamente a las autoridades judiciales y gubernativas. En virtud del *ius actorum conficiendorum* se otorgaba a los titulares de este derecho, la facultad de confeccionar y autorizar actas y expedientes en los que se reflejaban las actuaciones y procedimientos que tenían lugar en su presencia. Una copia de tales expedientes, que tenía el carácter de documento público, se entregaba a los interesados. Tales documentos gozaban de pleno valor probatorio, *fides publica*, respecto de todas las autoridades del Estado y, por tanto, también ante los Tribunales de Justicia.

El documento tabeliónico no tuvo en Roma ni la consideración de documento privado ni la de documento público, pero en su regulación y en sus efectos se asemejó más a este último, como se refleja ya en la propia denominación que se le atribuye de *instrumentum publice confectum* utilizada en la mayoría de los textos, y en otras expresiones relativas a tales documentos, como, por ejemplo; *scripturae forensia*, *documenta publice celebrara*, *documenta publice confecta*²², etc.

La primera vez, que se conozca, en que se utiliza la denominación de

²⁰ Cf., en este sentido, M. J. WOLFF, *Faktoren der Rechtsbildung im hellenistisch-römischen Aegypten*, en Z.S.S., 1933, p.56, nota 106.

²¹ D., 48.19.9.4-5 (Ulpianus, libro decimo de officio proconsulis): «Nonnunquam non advocatibus cui interdicitur, sed foro, plus est autem foro quam forensibus negotiis accommodare se non permittatur, soler autem ira vel iuris studiosis interdici vel advocatis vel tabellionibus «sive pragmaticis».

²² Como afirma A. D'ORS, «Documentos y notarios en el Derecho Romano Postclásico» op. cit., p. 89, sobre todo desde Justiniano, el documento tabeliónico tiende a equipararse al público como *instrumentum*, no *publicum*, pero sí *publice confectum*. Sobre el concepto de *instrumentum*, vid., por ejemplo, S. RICCO-BONO, «Stipulatio e instrumentum nel Diritto giustiniano», en Z.S.S., 35, 1914, pp. 214 y ss. y A. AMELOTTI, «Il Documento nel Diritto Giustiniano. Prassi e legislazione», estudio contenido en *Il mondo del Diritto nell'epoca giustiniana*. Università degli studi di Bologna. Istituto de Antichità Ravennati e Bizantine-Ravenna, pp.125-137.

instrumenta publice confecta se contiene en una constitución del Emperador Leon, del 472, recogida en C.J., 8. 17. 11, y se hace a propósito de la contraposición entre escrituras privadas e *instrumenta publice confecta*, estableciéndose la preferencia de estas últimas, aunque sean de fecha posterior a las primeras²³.

Asimismo, en la Nov. 73. 7. 1 se resalta claramente no sólo la confección pública de estos documentos «*In his vero, quae conficiuntur publice documentis, si tabellio venerit...*», sino que se les otorga plena credibilidad, plena *fides publica*, cuando el notario atestigüe bajo juramento su propia intervención²⁴. El testamento jurado del tabelio, completado, en su caso, por quien hubiese escrito el documento, en el supuesto de que no hubiese sido realizado por el *tabelio*, se consideraba suficiente y excluía la *comparatio litterarum*. Por su parte, la *comparatio litterarum* era un sistema de convalidación que consistía en que quien presentaba un documento que favorecía su posición, requería, para verificar su autenticidad, la comparación con otros documentos escritos por la misma persona que había escrito aquel²⁵.

Lo que parece claro, en definitiva, es que la fuerza probatoria de los *instrumenta publice confecta* es superior a la de documentos privados que no daban fe más que cuando eran reconocidos como verdaderos por la persona contra la cual se oponían, y a la de los *instrumenta quasi publice confecta*, cuya fuerza probatoria derivaba de los tres testigos de buena e íntegra reputación que los habían suscrito, e inferior, en principio, a la de los *instrumenta publica* en sentido estricto o documentos auténticos, que producían fe pública por sí mismos²⁶, lo que les confería una fuerza probatoria

²³ C. J., 8. 17. 11. 1: «*Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum qui instrumentis publice confectis nititur praeponi, etiamsi posterior dies his contineatur, nisi forte probatae atque integrar opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones isdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur*».

²⁴ «*Si vero neque adnumerator assumptus est et instrumentum ipse tabellio totum per se conscripsit atque supplevit, aut si etiam qui hoc conscripsit non adest aut aliter ipse venire non valet, tamen cum iureiurando propriae completioni attestetur, ut comparationi non fiat locus, sint etiam sic credibilia documenta. Testimonium enim et ex voce complentis factum et iusiurandum habens adiectum praebuit quoddam causar momentum*».

²⁵ Vid. en AMELOTTI, *Giustiniano e la comparatio litterarum* (1990), en *Scritti giuridici*, 1996, pp. 215 ss.

²⁶ Cf C.J., 8. 53. 51: «*...superfluum est privatum testimonium, cura publica monumento sufficient...*»; C. J., VI, 23, 19: «*Omnium testamentorum solemnitatem superare videtur, quod insertum mera fide precibus inter tot nobilis probatas personas etiam conscientiam principis tentet. Sicut ergo securus erit, cui adtis cuicumque iudicis, aut municipium, aut auribus privatorum mentis suae postremum publicavit iudicium: ita nec de eius unquam successione tractabitur, cui nobis mediis et toto iure (quod in nostris esi scriniis constitutum) teste succedit*».

plena, y los hacía inatacables en juicio, hasta la inscripción de falsedad²⁷, por lo que el documento sería «absoluto»²⁸.

Por su parte, los *instrumenta publice confecta* precisaban, para producir plena *fides publica* por sí mismos: o bien el juramento del notario, o bien ser corroborados por la prueba testimonial o la verificación de las escrituras, o bien la insinuación o depósito²⁹ de tales documentos en los Archivos Públicos³⁰. Tal *insinuatio apud acta* confería plena autenticidad

²⁷ En relación con la eficacia probatoria del *instrumentum*, cf. G. G. Archi: «Civiliter vel criminaliter agere». In *tema di falso documentale*, Scritti Ferrini, I, Milán, pp. 1 y ss.: «La proba nel diritto del Basso Impero», en *loca*, 12, 1961; A. D'Ors, «Documentos y notarios en el Derecho Romano Postclásico», *cit.*, pp. 110 y ss. Cf., asimismo, en relación con la necesidad de la forma documental y la publicidad en la realización del vínculo matrimonial, a propósito del fragmento contenido en C.T., 3. 7. 3., R. Orestano *La struttura giuridica del matrimonio romano*, I, Milán 1952, pp. 386 y ss; Amelotti, «Per la ricostruzione de una legge di Teodosio J In, en *Studi de Francisca*, 2, 1956, pp. 297 y ss., y, posteriormente, M. J. García Garrido, *Relaciones personales y patrimoniales entre esposos y cónyuges en el Derecho Imperial tardío (de Constantino a Teodosio)*, Academia Constantiniana, notas críticas.

²⁸ A propósito del fundamento de la creación de los Archivos Públicos, sus clase y las personas que los presiden, *vid.*, en G. Champetier, *Des actes publics en Droil Romain*, París 1880, pp. 69 y ss; G. Rogier, *Etude sur les tabellions. La force probante de leurs acres en Droir Romain*, *op. cit.*, pp. 62 y ss; E. Durando, *11 tabellionato o notariato nene leggi medievali italiane e posteriori*, Turín 1897, pp. 22 y ss; J. BoNo, *Historia del Derecho Notarial Español*, t. *op. cit.*, pp. 53 y ss. En relación a la insinuación de las donaciones, resulta significativo el amplio elenco de magistrados declarados competentes en el Cd. Thd., VIII, 12, 8: «*Donationes debere sortiri perpetuam firmitatem quas corporalis traditio fuerit subsecuta, sancimus, ne usufructus exceptio protraditione posit intelligi. Qui enim post liberalitatem redonata perfrui concupiscit, hoc sibi cuo voluerit modo, consignara videlicet possessione, deber praecipuum custodire e ne imperfecta vacillet donatio. Gestorum quoque confectionem, sive ante traditionem, sive post traditionem, fieri oportebit, ut instrumentum quo continetur munificentia apud acta publicetur In hac cuidem urbe, apud magistruni census: In provincias vera apud provinciarum rectores; Vel si praesto non fuerint apud magistratus municipalis; vel si vivitas ea vel oppidum in quo donatio celebratur, non habeat magistratus, apud defensorem plebis in qualibet civitate fuerit repertus: curatores enim concidat vilitate: sed iam allegaras apud curatores donationes et gesta confecta calece necesse est*».

²⁹ Cf, al respecto, en D., 48. 19.9. 6 (Ulpianus, libro X de officio Proconsulis): «*Soler et sic, ne eo loci sedeant, quo in publico instrumenta deponuntur ar chivo forte, ver grammataphylacio*».

³⁰ A partir especialmente de comienzos del siglo m, se hace frecuente la costumbre de registrar los documentos en los protocolos de determinados funcionarios públicos: *Insinuatio apud acta* cfr, Cod. J., VII, 52, 6: «*Gesta quae sunt tr anslata in publica monumento habere volumes perpetuam firmitatem. Neque enim morte cognitoris per ice deber publica fides*». Cod. J. L., 56, 2: «*Magistratus confiendorum actorum habeant potestastem*». Cod. J., 11, 1, 2: «*Ist apud quem res agitur acta publica tam civilia quam criminalia exhiberi inspicienda ad investigandam veritatis fidem iubebit*». Cod. Thd., XII, 1, 151, *De decurionibus*: «*Municipalia gesta non aliter fieri volumes, quam trium principalium praesentia, excepto magistratu et exceptore publico semperque hic numerus in eadem actorum testificatione servetur: Sic enim et fraudi non patebit occasio et veritati maior crescit auctoritas*». En relación con la idea de que la *insinuado* en los *gesta municipalia* no consiste en un simple depósito de los documentos, *vid.*, la autorizada opinión de A. Amelotti, *Il documento nel Diritto Giustiniano*, *op. cit.*, pp. 125-137.

a los documentos de los tabeliones «..gesta, quae sunt traslata in publica monumenta, habent perpetuam firmitatem...»³¹.

La insinuación de los documentos tabeliónicos exigía el cumplimiento de determinados requisitos y la observancia de ciertas formalidades³², cuya realización confería al documento el carácter de público y le otorgaba plena credibilidad³³.

Cualquiera que fuese el magistrado que procediese a la insinuación, debía ser necesariamente auxiliado por un escribano y tres miembros de la curia, conforme se establece en C.T. 151: « *Municipalia gesta non aliter fieri volumus quam trium curialim praesentia, excepto magistratu et exceptore publico*». La insinuación, como ha puesto de relieve Rogier³⁴, tenía lugar ante un verdadero Tribunal. Sin embargo, en C.J. VII, 6. 1. 10³⁵, se nos dice que la insinuación tenía lugar *quasi in iudicii figura*, lo que implica que no se cumplían en tales actuaciones las formalidades de un proceso. En opinión de Loyseau, este *quasi* cobra sentido para expresar la distinción o contraposición

³¹ A los requisitos o condiciones exigidas para la insinuación se hace referencia, por ejemplo, en la Nov., 73. 7. 3: «*Si vera nihil aliud inveniatur pi aeter collationem instrumentorum, quod hactenus valuit fiat, ut qui poferit ad collationes documentum, iuret solemniter; ut autem aliquod omnino causa sumat augmentum ad maiorem negotii fidem et ipse qui haec, ad collationes instrumentorum venit nec quidquam circo eam egit aut machinatus est, quod posit forte veritatem abscondere. De quibus licebit sese liberare contrahentes, si consenserint utrique ad hoc venire ut insinuent instrumento et profiteantur ea sub gestis monumentorum ipsi contrahentes, quatenus priventur nequitia et corruptione et falsitatibus et quaquecumque alia mala corrigentes praesentem promulgamos legem*». Vid., asimismo, en relación con las formalidades exigidas, J. Bono, *Historia del Derecho Notarial español*, I, op. cit., pág.53.

³² A la nota de autenticidad conferida al documento por la insinuación, se refieren numerosos textos, cfr., C.J., 8. 54. 30: «... *Et hae donationes, quo in diversis provinciis et civitatibus apud quemlibet expraedictis fuerint publicatae, optineant inconcusan ac perpetuam firmitatem*»; C.J., 7. 52. 6: «*Gesta, quaesunt translata in publica monumenta, habere volumus perpetuam firmitatem. Neque enim morte cognitoris perire debet publica fides*»; Nov., 49. 2. 2: «*Si vero etiam ex publicis archivis proferatur charta, velut desusceptu mensae gloriosissimorum praefectorum (novimus enim etiam aliquid tale quaesitum), et quod ex publicis profertur, et publicum habet testimonium etiam susceptibile hoc esse ad collationes manuum ponimus...*».

³³ G. Rogier, *Etude sur les tabellions. La forte probante de Leurs actes en Droit Romain*, op. cit, 53.

³⁴ C.J. VII. 6. 10: «*Similique modo si dominus inter acta quendam servum filium suum nominaverit, voci eius, quantum ad liberam conditionem, credentum est. Si enim ipse tali affectioni fuerit accensus, ut etiam filium sum servum nominare non dedigmetur, et hoc non secreto nequo inter solos amicos, sed etiam actis iniervenientibus et quasi in iudicii figura nominaverit, quo modo potest eum servum iterum saltem morientem habere?*».

³⁵ Loi Seau, *Du Droit des offices. II, 5.*, cf. la cita y el comentario de la opinión de este autor en la obra de G. Rogier *Étude sur les tabellion. La force probante de Leus actes en Droit Romain*, cit., pp. 63 y ss.

entre los actos contradictorios o contentiosos en los que existe un juez, un demandante y un demandado, y, por tanto, hay *vera iudicia figura*, y los supuestos objeto de nuestro análisis en los que nos encontramos solamente con un juez y un demandado o peticionario y, por tanto, *quasi iudicia figura*³⁶.

En la generalidad de los supuestos, se estableció el carácter voluntario de la insinuación en los Archivos Públicos de cualquier documento, lo cual sería especialmente frecuente respecto de aquellos que no conferían plena *fides publica* en juicio, y que por medio de la insinuación se transformaban en documentos públicos, lo que suponía una mayor seguridad en el tráfico jurídico, que interesaba tanto a los particulares como a la autoridad pública³⁷.

No obstante, con carácter excepcional, se estableció el carácter obligatorio³⁸ de la insinuación en determinados casos considerados de mayor importancia, como los testamentos solemnes después de la muerte del testador³⁹, las

³⁶ Cf., al respecto, C. J., I, 57.1 : «Iubemus apud Alexandrinae dumtaxat clarissimae civitatis iuridicum. licitum et concessum esse, singulis quibusunque volentibus donationes conscriptae solemniter instrumenta resecre, eisdemque robur aduciet gestorum series apud eundem confecta; tamquam si apud virum clarissimum moderatorem provinciae, vel magistratus, vel defensores, plebis habita fuisse dicerentur»; C. J., II, 4. 28: «Sive apud acta rectoris provinciae, sive sine actis scriptura intercedente vel non, transactio interposita est; hanc servari conventii»; C. J., VIII, 54. 30: «In hac sacratissima urbe conscriptae donationes ubicumque positarum rerum apud magistrum censos insinuantur. In alias vera civitatibus sive absens, sive praesens rector provinciae sit, sive eadem civitas habeat liberam facultatem donationes rerum suarum ubicumque positarum, sive apud moderatorem cuiuslibet provinciae, sive apud magistratus, sive apud defensorem, cuiuscumque civitates prout maluerit, publicare...». Los documentos depositados en los Registros públicos producían *fides publica*. En una constitución de Honorio y Teodosio II del 414 (C.J. 7.52.6), se afirma que tales *instrumenta* tienen *publica fides* y *perpetua firmitas*.

³⁷ Al carácter voluntario, como norma general, de la *insinuatio donationis*, se hace referencia, por ejemplo, en C.J., VIII, 54. 31: «In donationibus quae actis insinuantur non esse necessarium iudicamus vicinos vel alios testes adhibere. Nam superfluum est privatum testimonium cum publica monumento sufficere. Verum et illas donationes quas gestis non est necessarium alligari, si forti per tabellionem vel alium scribantur, et sine testium subnotatione valere praecipimus: ita nomen si ipse donator vel alias voluntatem eius secundum solitam observationem subscripserit... ».

³⁸ Cf., al respecto, *Pauli Sententiae*, IV, 6. 1: «Tabulae testamenti aperiuntur hoc modo ut testes vel maxima pars eorum adhibeatur, qui signaverint testamentum ita ut agnitis signis, rupto lino aperiatur atque describendi di exempli fiat potestas, ac deinde signo publico obsignatum in archivum redigatur, ut si quando exemplum eius interciderit, sit unde peti possit».

³⁹ Así, por ejemplo, en C. J., VIII, 54. 36. 3: «Ceteris etiam donationibus, quae gestis intervenientibus minime sunt insinuatae, sine aliqua distinctione quingentos usque ad solidas valituris. Hoc etenim tantummodo ad augendas huius modo donationes addendum esse ex praesenti lege decernimus; ametrate tempore nostra lege praecedente moderando, quousque trecentos solidos facta donationes et sine insinuafione firmitatem optinere iussae sunt».

donaciones de mayor valor⁴⁰ y la realizadas entre cónyuges⁴¹.

El proceso evolutivo, al que nos hemos referido en páginas anteriores, de ampliación de competencias del notariado romano, encuentra su culminación en los textos legales de Justiniano, y en la época bizantina, con el reconocimiento a los *tabelliones* de una elevada posición jurídica, que se manifiesta en el hecho de que se sitúa a los tabeliones como responsables de una de las cuatro secciones de los Archivos Públicos en que se insinúan los documentos, y en la elogiosa distinción de Justiniano entre los más eficaces colaboradores de su actuación legislativa⁴².

En este sentido, la asimilación de los documentos tabeliónicos a los documentos públicos se lleva quizá a sus últimas consecuencias en una constitución de Justiniano⁴³, en la que parece equipararse, a efectos de la eficacia del documento, los *documenta forensia* (o tabeliónicos) a los *documenta publica*, y contraponerse ambos a los *documenta privata* y a los *quasi publice confecta*. Cabe afirmar, en todo caso, que el contenido de la regulación del notariado correspondiente a la legislación justiniana, ha tenido donde estamos una notable influencia en la legislación y en la práctica notarial hasta el momento actual.

Sin embargo, como señala Amelotti, la equiparación de los documentos notariales a los públicos equivaldría a otorgar antes de tiempo plena *fides publica* a la certificación del *tabellio*, lo cual contrastaría con el autoritarismo

⁴⁰ Cf. C. J., 5, 16. 25: «*Donationes quas parentes in liberos cuiuscunque sexus in potestate sua constitutos conferunt vel uxor in suum maritum vel maritus in sua uxorem vel alteruter eorum in aliam personam cui constante matrimonio donare non licet, vel aliae personae in eam cui donare non poterant, ita firmas esse persilentium donatoris vel donatricis sancimus si usque ad quantitatem legitiman, vel eam excedentes actis fuerint intimatae.*»

⁴¹ Cf. Nov. 66. 1, pt.: «*Ut autem apertium adhuc causa declaretur sancimus, si scripta fuerit huius modi lex, hanc post duos menses dati ei temporis valere et in republica tractari, sive in hac felicissima civitate, sive in provincias post insinuationem sufficiente hoc temporis omnibus manifestan eam constituere, et tabellionibus eius cognoscentibus virtutem, et subiectis agnoscentibus legemque servantivus..*»

⁴² C. J., 4. 21. 20.

⁴³ El notario asumía responsabilidad respecto a las partes en relación con la forma y el contenido de la *completio*. Vid., en este sentido, M. Amelotti-G. Costamagna, *Alle origini del Notariato Italiano*, op. cit., p. 35; Asimismo, como señala J. Bono, *Historia del Derecho Notarial Español*, op. cit., p. 47, el tabelio era responsable por su cooperación en los negocios prohibidos o contrarios a la Ley a cuya formalización no debía prestarse, así en los casos de ciertos contratos (C. J., 1. 2. 14. 6; 4. 32. 2; 11. 54. 1 pr.), y en los testamentos en los que no se cumplieran las prescripciones legales (C. J., 6. 23. 29. 7; Nov., 66. 1, pr.).

imperial y, en todo caso, supondría la transformación de los tabeliones en funcionarios públicos⁴⁴. Se refiere asimismo este autor, en relación con la actuación de los tabeliones, a la distinción entre formalismo interno y formalismo externo, entendiéndose por el primero el conjunto de formalidades intrínsecas de un negocio concreto, mientras que con la expresión formalismo externo, se hacía referencia a la forma en la que el negocio se proyecta al exterior, es decir, a la escritura⁴⁵.

Ciertamente, la atribución de plena *Pides publica* a los documentos confeccionados por los tabeliones bajo ciertas condiciones de forma, habría sido incompatible, en la comunidad política romana, con su permanente posición como profesionales privados, incluso en una época como el Dominado, caracterizada por el autoritarismo y la burocratización⁴⁶.

Por otra parte, el reconocimiento de la pública utilidad de su función conllevó para el notario las limitaciones derivadas del sometimiento a una serie de controles, cautelas y reglas dictadas por el poder público, que ya en la época postclásica estableció que el fundamento de la validez de los documentos consistía en la intervención de funcionarios públicos, notarios o testigos, y atribuyó a los tabeliones el ejercicio de hecho de un control de legalidad del correspondiente negocio o documento, así como la asunción de una responsabilidad derivada especialmente de su actuación en la realización de la *completio* y en la formalización de determinados negocios prohibidos o contrarios a la ley⁴⁷.

⁴⁴ Sobre las analogías y diferencias entre el tabelionato justinianeo y el notariado actual, vid. en Ankum, *Les tabellions romains*, cit., p. 43.

⁴⁵ Vid. en Amelotti, *Dell'epoca postclassica all'età giustiniana*, (1984), en *Scritti giuridici*, 1996, pp. 215 ss.; Id. *Notariat und Urkundenwesen zur Zeit des Prinzipat* (1980), en *Scritti giuridici*, 1996, pp. 137 ss.; Luzatto, *Tabelliones*, NNDI, XVIII, 1971, pp. 1014-1015; Por el contrario, en opinión de Rota, *Tabellionato*, NDI, XII, Torino 1942, p. 1242, la intervención del tabelión da autenticidad al acto.

⁴⁶ *CJ.*, asimismo, en relación con la *completio* y *absolutio*, Amelotti, 11, *Il documento nel Diritto Giustiniano. Prassi e Legislazione*, op. cit., pp.132-137. En D. 48.19.94, Ulpiano señala que los gobernadores provinciales pueden prohibir a los *iuri studiosi*, a los abogados y a los *tabellioni (pragmatici)*, el ejercicio de su profesión el *forum* de la ciudad. Se trataría en el caso de los *tabelliones* de sancionar aquellos supuestos en que éstos habían cometido un *crimem falsi* o habían autorizado actos prohibidos por la ley o contrarios a las buenas costumbres.

⁴⁷ Observa Ankum, *Les tabellions romains*, cit., p. 26, que la *completio* consistiría en la lectura del documento hecha por el notario a las partes y en la pregunta formulada a éstas relativa a si el documento correspondía a su voluntad. La *absolutio* consistiría en la entrega de un ejemplar del documento confeccionado a cada una de las partes.

Conforme al Derecho justinianeo, el documento confeccionado por el *tabellio*, C. J. 4.21.17, debe ser puesto en limpio, *nisi instrumenta in mundum recepta*, y requiere asimismo la autorización, *completio*, del *tabellio* y la conformidad, *absolutio*, de las partes, sin que pueda derivarse derecho alguno del simple proyecto de contrato o del propio documento puesto en limpio y suscrito por las partes, en tanto no fuere declarado «*completum*» et «*absolutum*» por el notario. Dicho pronunciamiento de *complevi et absolvi*, constituye la llamada fórmula de perfección⁴⁸.

En el siglo X, en el Libro del Prefecto del Emperador bizantino León el Sabio, se regula la corporación notarial. El Prefecto de Constantinopla era en la máxima autoridad de las corporaciones profesionales creadas y controladas por el poder público, entre ellas la profesión notarial, titular de la fe pública documental. En el Reglamento regulador de la profesión de notario se prevé la posición del cargo por un sistema en el que se tiene en cuenta méritos como la caligrafía y los conocimientos jurídicos, que valoran el Decano del Colegio y el Prefecto. Se establecen asimismo las obligaciones de los notarios, por ejemplo la de asistir a los actos profesionales en que intervenga el Decano o la necesidad de realizar personalmente la *completio*. Se regulan asimismo, entre otros aspectos, las Escuelas en las que se forman los notarios, los derechos y obligaciones oficiales y el cobro de los correspondientes aranceles⁴⁹.

Al igual que había sucedido con los *tabelliones* romanos, los notarios medievales, intervienen tanto en la documentación privada, autorizando negocios, testamentos, declaraciones testificales etc., como en la actividad judicial, confeccionando escrituras procesales por mandato de los jueces, hasta el punto de ser considerados los principales colaboradores de éstos. No es infrecuente en los textos medievales la utilización conjunta de los términos

⁴⁸ La correlación entre el *tabellionato* romano y el notariado moderno ha sido resaltada por la moderna doctrina, así Levy, en *L'autorité des instrumenta publice confecta*, *Annales de la Faculté de Droit d'Aix -en Provence*, 43, 1950, pp. 173-191, denomina a los *tabelliones* <antecesores inmediatos de los notarios>; Cannata, en *Apecu...*, afirma que el *tabellio* del Bajo-Imperio romano constituye el prototipo del notario moderno y Ankum, en *Les tabellions*, cit., pp. 37 ss., las referencias a documentos *tabellionicos* confeccionados con posterioridad al gobierno de Justiniano.

⁴⁹ Como señala F. U. Di Blasi: *sub voce* «*Giurisdizione volontaria*», en N. N. D. I., op. cit., p. 1096, con la expresión *iurisdicatio voluntaria* pasó a designarse tanto a los actos realizados por jueces (*in volentes*), como los otorgados por los notarios: «*iudices chartularii sunt illi, qui sunt ordinarii et habent iurisdictionem inter volentes tantum; quasi omnes tabelliones sunt iudices ordinarii et faciunt instrumenta*». Vid., asimismo, al respecto, la correlación establecida por R. Núñez Lagos: «*Documento latino y documento germánico*», en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, 1, p. 431, entre la proliferación de juicios fingidos y la creación de jueces especiales que se llamaron «*iudices chartularii*».

notarius et iudex, ni que el nobramiento de una persona como notario por parte de las ciudades, obispados, condes o por gobenantes, sea considerado el primer paso para el acceso a la condición de juez⁵⁰.

En relación con las actuaciones de *iurisdictio voluntaria*, cabe señalar que a partir del siglo IX, se legitiman a través de la vía de un proceso aparente simplificado, con claras influencias de la *in iure cessio* romana. Las cada vez más amplias necesidades negociales explican la creación de jueces *iudices chartularii*, con competencias específicas en esta materia, ante los que se desarrollaba la ficción procesal, que acaba siendo suprimida y sustituida por la simple *confessio* o reconocimiento ante el *iudex*. En el siglo XII, una parte importante de las actuaciones legitimadas a través de la práctica de la *confessio* ante los *iudices*, se atribuyó a los notarios, que estaban adscritos a los tribunales tanto laicos como eclesiásticos. Ante el notario se practicaba la *confessio* de uno de los presentes y una vez autorizada por aquél, producía el mismo efecto que la *confessio* realizada ante el juez, *in iure*. Los documentos confeccionados por el notario se denominaban *instrumenta guarentigiata*, es decir, con cláusula de garantía, garantía otorgada por el propio notario, que se consideraba al propio tiempo título ejecutivo (se decía que el título llevaba aparejada ejecución, *paratam executionem*)⁵¹, y documento público o auténtico, en cuanto se les reconoce pleno valor probatorio de su propio contenido y existencia y eficacia frente a terceros. Posteriormente, desaparece la exigencia de la garantía otorgada por el notario, *cláusula guarentigiata*, y los documentos pasan a denominarse *instrumenta confessionata*, y conservan la plena ejecutividad, al igual que la sentencia judicial. Se considera a Rolandino y a Salatiel como los más ilustres representantes del notariado medieval y del denominado *ars notariae*, y desde entonces como autores clásicos del derecho notarial.

La evolución referida en las líneas anteriores se produce a lo largo de los siglos IX y XII en todos los países europeos, singularmente en Italia,

⁵⁰ Se considera que el carácter ejecutivo del título derivado de los documentos autorizados por los notarios medievales, constituye el fundamento y el antecedente del juicio sumario ejecutivo regulado en el art. 1429 de la Ley de 1881.

⁵¹ Ankum, *Les tabellions romains...*, cit., pp. 6 ss.; Vid. Asimismo en Neve, *Van ius commune near ius particulare. Het' europees notariat op weg naar een 'national' statu ut...* cit., en Est. Ankum, 1995, pp. 379 ss.; Adrados, *La dogmatica del instrumento publico y la glosa accursiones*, SC., 9-10, 1997-8, pp. 63 ss.

Francia, Alemania e Inglaterra. Como afirma Ankum⁵², el renacimiento del estudio del Derecho Romano en Bolonia, a partir del siglo XII, supuso que los numerosos fragmentos del *Corpus Iuris Civilis* consagrados a los *tabelliones* fueran estudiados en todas las Universidades europeas y fueron numerosas las normas romanas relativas a los *tabelliones* que influyeron en la reglamentación y en la práctica notarial de la época. Asimismo en España en el siglo XIII, el Fuero Real y las Partidas regulan ya la figura del notario, denominado escribano público, como un oficio o servicio público, al que se le reconoce la pública utilidad de su función, se la denomina incluso pública persona, y se le otorga fe pública⁵³. Las Partidas, considerada como la más importante obra jurídica de la historia de Castilla y de España, es el resultado de la recepción del Derecho Romano justinianeo, al que se adicionan instituciones y principios canónicos y locales. Constituye asimismo la más completa formulación y ordenación notarial del Occidente europeo de la época y uno de los hitos del Derecho notarial español, junto con la Pragmática de Alcalá de 1503 y la ley del Notariado de 1862. Se considera asimismo a las Partidas como la principal fuente histórica en la que se inspiraron tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, como la de 1881, caracterizadas ambas por el mantenimiento del carácter jurisdiccional de la jurisdicción voluntaria.

Un desarrollo paralelo, en algunos aspectos, al procedimiento de *iurisdictio voluntaria*, se produce en los denominados por Fairén plenarios rápidos⁵⁴ que se caracterizan por los principios de concentración, oralidad, brevedad de los plazos, limitación de recursos, mayores facultades del juez etc. Especialmente estudiados por Fairén, que los considera el precedente más remoto del actual proceso ordinario de la nueva LEC. Dentro de esta categoría deberían incluirse: a) el procedimiento derivado de las normas canónicas dictadas por el Papa Clemente V en 1306 y 1311, que se conocen con las primeras palabras de aquellas: *saepe contingit y dispendiosam*; b) el procedimiento acelerado contenido en el libro del Consulado del Mar del siglo XV, por el que se

⁵² Hasta el siglo XII la plena lides pública de los documentos notariales podía lograrse o bien mediante el juramento del notario que había otorgado el documento, o bien con el depósito o *insinuado* de éste en un Registro Público, *insinuatio apud acta*.

⁵³ Cf. al respecto A. Rodríguez Adrados, *El Derecho Notarial en el Fuero de Segovia y en la legislación de Alfonso X el Sabio*, R.D.N., XLIV, abril-junio, 1964, pp. 29-160; Id. «La Pragmática de Alcalá, entre las Partidas y la Ley del Notariado», Homenaje a Vallet de Goytisolo, Vol. VII, 1988, pp. 517-813.

⁵⁴ Sobre los plenarios rápidos y su no confusión con los procesos sumarios que se caracterizan por la Disminución de las fundamentales garantías procesales de las partes, cf. V. Fairén, «Jurisdicción voluntaria. Juicios sumarios. Las confusiones de la historia. Posibles soluciones», *Bicam*, 2, 1990, pp. 19-34.

rigen los mercaderes terrestres y marítimos y c) el procedimiento abreviado contenido en la Instrucción dictada por Carlos V en 1530, conocido como el Proceso de Indias, por dirigirse su aplicación a las tierras de América.



La acuarela es de Pancho Fierro y representa a la tapada y al escribano.

Evolución Histórica en la Función Notarial ¹

José Antonio Márquez González*

A. Codificaciones Antiguas

Al principio, seguramente que la palabra dada, la simple promesa y desde luego el juramento (invocando a una autoridad divina) eran fuente segura de la asunción o sentimiento a una obligación. Tal cosa debería bastar, en efecto, para hacer nacer un compromiso jurídico vinculante entre dos partes al celebrar un negocio.

Con el paso del tiempo y con la diversificación y complejidad de las relaciones comerciales, el simple respeto a la palabra dada, a la promesa y al juramento, comenzó a ser insuficiente en el aseguramiento de los compromisos jurídicos.

Código de Hammurabi

Tomemos como ejemplo una codificación surgida en los primeros tiempos de las civilizaciones urbanas avanzadas en Mesopotamia. El *Código de Hammurabi* es un conjunto de leyes del siglo XVIII a. C., dado por Dios al rey de ese nombre. Está actualmente conservado en el museo del Louvre en una piedra monolítica de color negro que contiene disposiciones precisas, entre otras, sobre la forma de contratar y reproducir los términos del convenio, un documento consistente en tablillas de arcilla, donde se grababa con un punzón de metal. Como medida de seguridad, estas tablillas de arcilla debían sellarse garantizando la inalterabilidad de lo escrito.

Se han conservado millares de tablillas de esta época en escritura cuneiforme. Pertenecen más o menos al periodo comprendido en la mitad del tercer milenio a. C. y están escritas en lenguas sumeria y acadia. Lo que ha podido conservarse permite apreciar el avance jurídico logrado por los pueblos de la antigua Mesopotamia, aunque cabe advertir que las tablillas consignan casos concretos nacidos de la práctica jurídica. No incorporan reglas generales ni definiciones abstractas.

En muchas tablillas es posible observar lo que puede interpretarse como

*Notario de Orizaba, México. Ex presidente de la Academia Notarial Americana.

¹ Publicado en Revista de Derecho Notarial (en lo sucesivo RDN), Asociación Nacional del Notario Mexicano, A. C año XLII, N° 116, Mexico, D. F., 2001 pp. 293-539. También en Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de Buenos Aires, año CIX, no 886 Buenos Aires, Argentina, 2006, pp 255-286.

las firmas de las partes y de los testigos, pero más bien esta “firma” se refiere al nombre de los intervinientes acompañado de un signo especial grabado con el cilindro que guardaba el sello. Frecuentemente se exigía la presencia de testigo, como en el caso del parágrafo 9 que menciona lo siguiente “[...] me lo vendió un vendedor, lo compré en presencia de testigos [...] los jueces consideran las pruebas, y los testigos, en cuya presencia se efectuó la compra, declaran lo que sepan delante de Dios”.²

Mucho más importante resulta observar lo que sucedía en el caso de una eventual anulación del contrato, porque en esta hipótesis los antiguos babilonios procedían inmediatamente a destruir en pedacitos la tablilla contractual. Así se expresa el código: “Si un señor ha comprado el campo, el huerto o la casa de un oficial, de un especialista (militar) o de un -portador de obligación-, su tablilla (contractual) será rota y perderá su plata; campo, huerto o casa volverán a su dueño”.³

Lo que actualmente conocemos como quitas o bonos se consignaba expresamente en los párrafos 104 y 105 de esta antigua codificación:

:104 Si un mercader ha confiado a un traficante grano, lana, aceite o cualquier mercancía para comerciar, el traficante anotará la plata y (la) entregará al mercader; el traficante obtendrá una tablilla sellada mencionando (en ella) la plata que ha entregado al mercader.

:105 Si el traficante ha sido negligente y (si) no ha obtenido la tablilla sellada, mencionando la plata que entregó al mercader, la plata que no figure (anotada) sobre la tablilla sellada no podrá acreditarse en la cuenta.

El parágrafo 5 del Código de Hammurabi menciona también la necesidad del sello: “Si un juez ha juzgado una causa, pronunciado sentencia que había y pagará hasta doce veces la cuantía de lo que motivó la causa”.

Cabe observar finalmente que aun existía otra medida de seguridad: una vez redactado el contrato en la tablilla de arcilla, juramentado ante la presencia

² Código de Hammurabi, 9, en : LARA PEINADO, Federico, Código de Hammamurabi, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 7 y 8

³ Código de Hammamurabi; 37.

de testigos y sellado con la marca personal de los contratantes, procedía a envolverse en una especie de sobre del mismo material -pero más delgado-, en cuya parte externa en caso no poseer un sello personal, el contrato (o mejor dicho, la tablilla) se marcaba con la uña del contratante, como garantía personal de su inviolabilidad. El parágrafo 105, como ya hemos visto exigía que los mercaderes conservaran en su poder la tablilla sellada. También exigía anotar, en caso necesario, los abonos que amortizan la cuenta del deudor.

Código de Lipit-Ishtar

Otro tipo de normas (por ejemplo, las consignas en el Código de Lip-Ishtar, actualmente en el museo Louvre) consignan duras penas en ausencia de las formalidades exigidas al contratar, presumiendo la comisión de un delito:

Si un hombre, de la mano del hijo de un hombre o de un esclavo [ha adquirido] o [ha recibido] en custodia plata, oro, un esclavo, una esclava, un buey, una oveja, un asno o cualquier otra cosa [que sea], sin testigos ni contrato, este hombre es un ladrón. [Será matado].⁴

Código de Eshnunna

Por otra parte, el *Código de Eshnunna* que se encuentra actualmente en el museo iraquí de la ciudad de Bagdad contiene una norma sumamente interesante acerca de la posibilidad vinculatoria del juramento. Los comentaristas opinan al respecto que, en efecto:

Era suficiente prestar juramento de inocencia ante la estatua de la divinidad para que alguien demostrase su rectitud personal. La base de esta creencia descansaba en el hecho de que nadie se exponía a ser objeto de las iras de los dioses por haber planteado un perjurio. Ello demuestra el alto valor dado por los mesopotámicos a los juramentos.⁵

Por cierto que en este mismo *Código de Eshnunna* interesa señalar como dato curioso la prevención, en sus parágrafos 38 y 39, de un derecho al tanto para el caso de que uno de los coherederos quisiera vender su parte, así veía obligado a vender su casa, pero luego mejoraba de fortuna.

⁴ Código de Lipit-Ishtar, en : LLARA PEINADO, Federico y LARA GONZÁLEZ, Federico, Los primeros códigos de la humanidad, Tecnos, Madrid, 1994, p. 107.

⁵ Código de Eshnunna, N° 90 en : LARA PEINADO, Federico y LARA GONZÁLEZ, Federico, op. Cit.

La Biblia

La Biblia fue escrita, en lo que corresponde al Viejo Testamento, en un espacio comprendido entre los siglos VII a V a. C. y en ella podemos encontrar también algunas normas interesantes sobre la forma de los contratos y los juramentos judicialmente vinculatorios entre las partes. Así, tenemos lo que relata el *Génesis* en la forma siguiente:

Y tomó Abraham ovejas y vacas, y dio a Abimelec; e hicieron ambos pacto.

Entonces puso Abraham siete corderas del rebaño aparte.

Y dijo Abimelec a Abraham : ¿Qué significan esas siete corderas que has puesto aparte?

Y el respondió: Que éstas siete corderas tomaras de mi mano, para que me sirvan de testimonio de que yo cavé este pozo.

Por eso llamó a aquel lugar Beerseba; porque allí juraron ambos.⁶

En el mismo Génesis se estipula un contrato entre Abraham y Efron, por cuatrocientos ciclos de plata⁷ y poco mas adelante se consigna una curiosa forma de juramentar en virtud de la cual se colocaba la mano debajo de los muslos, como en efecto Abraham lo hizo con criado suyo:

Era Abraham, ya viejo, y bien avanzado en años; y en Jehová había bendecido a Abraham en todo.

Y dijo Abraham a un criado suyo, el más viejo de su casa, que era el que gobernaba en todo lo que tenía: Pon ahora tu mano tu mano debajo de mi muslo, y te juramentaré por Jehová, Dios de los cielos y Dios de la tierra, que no tomarás para mi hijo mujer de las hijas de los cananeos, entre las cuales yo habito; sino que irás a mi tierra y a mi parentela, y tomarás mujer para mi hijo Isaac.

El criado le respondió: Quizás la mujer no querrá venir en pos de mí a esta tierra. ¿Volveré, pues, tu hijo a la tierra de donde saliste? Y Abraham le dijo: Guárdate que no vuelvas a mi hijo allá.

Jehová, Dios de los cielos, que me tomó de la casa de mi padre y de la tierra de mi parentela, y me habló y me juró, diciendo: A tu descendencia daré esta tierra; el enviará su ángel delante de ti, y tu traerás de allá mujer para mi hijo.

⁶ Gn. 21:27-31.

⁷ Gn 23:11-18.

*Y si la mujer no quisiese venir en pos de ti, serás libre de este juramento; solamente que no vuelvas allá a mi hijo. Entonces el criado puso su mano debajo del muslo de Abraham su señor, y le juró sobre este negocio.*⁸

Por otra parte, cuando se compraban propiedades consistentes en bienes inmuebles se colocaban piedras como señal distintiva a lo largo del perímetro de la heredad: “Testigo sea majano y testigo sea esta señal, que ni yo pasaré de este majano contra ti, ni tu pasarás de esta majano ni de esta señal contra mi, para mal”⁹.

Ley de las XII Tablas

Por fortuna, ha logrado llegar hasta nosotros noticia del texto de una de las formulaciones más antiguas de las leyes romanas, bajo el nombre de *Ley de las XII Tablas*, promulgada en el siglo V a. C. En ellas pueden apreciarse normas importantes acerca de la forma de los contratos como cuando, por ejemplo, se establecen reglas genéricas acerca de su valor vinculatorio: “CUM NEXUM FACIET MANCIPIUMQUE, ULTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITA IUS ESTO”¹⁰.

Al igual que hemos visto en el antiguo derecho de Mesopotamia, el juramento divino definía jurídicamente su vinculación en los términos de la palabra empeñada. Cicerón¹¹. Decía que “[...] quisieron nuestros antepasados que para obligar la fe de los hombres no hubiese vínculo más estrecho que el juramento”. Siglos después, Ulpiano dirá que nada hay más conforme con la lealtad humana que respetar lo convenido. Y así afirmaba que la palabra *pacto* viene del vocablo *pacción*, y que este mismo vocablo ha dado origen al de *paz*.¹²

El Digesto de Justiniano

En el *Digesto* existe un capítulo especial sobre el valor probatorio de los documentos. Así, se definen como instrumentos “todos los medios de prueba

⁸ Gn : 24: 1-9.

⁹ Gn 31: 52.

¹⁰ □ Cuando se celebre un nexum o un negocio mancipatorio, las palabras pronunciadas tengan de derecho □ (Ley de las XII Tablas, 6,1). Está en mayúscula en el original.

¹¹ CICERON: Los Oficios o Los Deberes, 4ª edición, Porrúa, México, 1982, p. 94 (3,31).

¹² Dig., 2, 14, 1.

para el litigio; por ello, tanto los documentos como las personas -de los testigos- se detienen como instrumentos de prueba”¹³. Según una sentencia de Paulo. Poco más adelante se precisa que la autoridad de los testigos presentes puede ser diversa a la de los testimonios escritos.¹⁴

Hasta tal punto la magia se encontraba estrechamente vinculada con los formalismos jurídicos, que en cierta época resultaba común en los inculpados aferrarse a las estatuas que se encontraban en los centros urbanos, el grado que hubo necesidad de dictar una ley que prevenía acogerse al asilo de una estatua o de un busto para injuriar a otra persona (Cllistratus).¹⁵ Aun la palabra prenda (pignus) viene de *pugnus* que significa puño, ya que lo que se daba en prenda se entregaba con la mano y de ahí su original aplicación exclusiva a bienes muebles (Gayo).¹⁶

En la recopilación mandaba a hacer por Justiniano se contienen normas precisas sobre redacción de contratos. Las palabras, así guardaban una naturaleza sumamente de contratos. El defecto en la expresión de los mismos provocaba la pérdida de la acción respectiva.

En las Instituciones se abre un capítulo especial sobre la naturaleza jurídica de las obligaciones. Se dice así que las obligaciones pueden nacer de un contrato de algo que fuese como un contrato de un delito y de algo que fuese como un delito.

*Tratemos primero de las que nacen de un contrato, las cuales se dividen también, a su vez, en cuanto clases, pues se perfeccionan por la entrega de una cosa, o por medio de palabras, o por medio de las escrituras, o solamente por medio de un acuerdo. De cada una de ellas trataremos por separado.*¹⁷

La primera se refiere a la perfección de las obligaciones *re*, es decir, por entrega de la cosa. Gayo mismo dice que un ejemplo típico es el mutuo e

¹³ Dig., 22, 4, 1.

¹⁴ Dig., 22,5, 3, 4.

¹⁵ Dig., 48, 19, 28, 7.

¹⁶ Dig., 50, 16, 238, 2; cfr. Ley de las XII Tablas, N° 5.

¹⁷ Just., Inst. 3, 13, 2.

incluso aclara la naturaleza gráfica de la expresión: “porque yo te entrego a ti [...] para que de mío se haga tuyo”. Otros ejemplos se refieren al pago por error, al comodato, al depositario y al acreedor prendario.

Distintamente, las obligaciones que tenían una naturaleza verbal podían contraerse a través de una pregunta y una respuesta, como en el caso de una estipulación: “En este contrato, las palabras tradicionales eran “¿respondes?: respondo”; ¿prometes?: prometo”; “¿prometes por tu honor?: prometo por mi honor” (fidepromittis? Fidepromitto); “sales fiador?: salgo fiador” (fideiubes? fideiubeo); “darás?: daré”; “¿harás?: haré”.¹⁸ Incluso se aclara que no importa que la estipulación se haga en otros idiomas, con tal que ambas partes lo entiendan.

Han llegado hasta nosotros disposiciones tan precisas al respecto que hay párrafos donde las instituciones consignan las frases en griego, como utilizando los siguientes términos (...) ¹⁹

La siguiente clase de obligación es la de carácter literal, donde la obligación surge de la escritura, al haber reconocido por escrito la deuda de una cierta cantidad, aun cuando la cantidad no se hubiere entregado realmente. Al dejar pasar tiempo sin aclarar el error, la ley ordenaba que la obligación resultaba válida.²⁰

La última obligación se refería a la forma consensual. Así se dice que :

En los contratos de compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato, las obligaciones nacen del mero consentimiento.

Se dice que la obligación se contrae en estos casos por el mero consentimiento, porque no se requiere en absoluto la redacción de un escrito ni la presencia de los contratantes ni tampoco la entrega de una cosa, para que nazca la obligación, sino únicamente que los celebran el contrato estén de acuerdo.²¹

En este punto es importante mencionar la posibilidad de la contratación *inter-absentes*, la cual en las obligaciones verbales constituía un “campo

¹⁸ Just., Inst. 3, 15, 1.

¹⁹ Just., Inst. 3, 20, 7.

²⁰ Just., Inst. 3, 21, Pr.

²¹ Just., Inst. 3, 22, Pr.; 3, 22, 1.

abonado para los leguleyos”, como decían los juristas romanos.²² Pues bien, en las obligaciones consensuales el contrato nacía del “mero consentimiento” -aun perdura en nuestros modernos códigos esta expresión coloquial- y podía por tanto celebrarse *inter-absentes*, ya por carta, ya por mensajero. He aquí los textos:

Por tanto, esta clase de contratos también se celebra entre ausentes utilizando, una carta o u mensajero.

*135. Se contraen obligaciones mediante el consentimiento en las compraventas, en los arredramientos, en las sociedades, en los mandatos. [...] es suficiente con que consientan aquellos que realizan el negocio. Por lo que tales negocios se contraen también entre ausentes, como por ejemplo, por carta o por un mensajero entre las partes, mientras que, el contrario, la obligación por las palabras no se puede contraerse entre ausentes.*²³

Con referencia a la compraventa se establecía expresamente que el contrato no se consideraba perfeccionado si no hasta que el documento hubiese sido redactado de puño y letra de los contratantes o, si hubiese sido redactado por otras personas, una vez suscritos. Si es el caso que haya intervenido un notario o escribano, el documento se consideraba perfeccionado hasta que el acta estuviese completamente terminada y las partes hubiesen otorgado signaban expresamente: “Mientras falta alguno de estos requisitos cabe el volverse atrás y el comprador o el vendedor pueden desistir de la compraventa sin sufrir quebrando alguno”.²⁴

Por su parte, Gayo había requerido en sus Instituciones la importancia que tenía la correcta formulación literal para obligarse en virtud de las palabras.

La obligación por las palabras se hace por una pregunta y una respuesta, como por ejemplo: ¿PROMETES DAR? PROMETO. ¿DARÁS? DARÉ. ¿PROMETES? PROMETO. ¿DAS TU PALABRA? DOY MI PALABRA. ¿TE HACES FIADOR? ME HAGO FIADOR. ¿HARÁS? HARÉ. Pero la obligación verbal ¿PROMETO DAR? PROMETO, es indudablemente la propia de kis ciudadanos romanos; las otras, en verdad, son del Derecho de agentes y por consiguiente valen entre todos los hombres, ya sean

²² Just., Inst. 3, 19,12.

²³ Just., Inst. 3, 22, 2; Gay., Isnt Commentarius Tertvs, 135-136.

²⁴ Just., Inst. 3, 23, Pr.

romanos, ya extranjeros; y por ejemplo (darás) (daré) (¿prometes?), (prometo); (prometo), (darás tu palabra?), (doy mi palabra); (¿harás?), (haré), valen, no obstante, entre los ciudadanos romanos a condición de que tengan conocimiento de la lengua griega [...].²⁵

Interesa consignar aquí la fórmula literal expresa para la *mancipatio*, que era una especie de ceremonial en el caso de las compraventa. El ritual exigía cinco testigos que debían ser innecesariamente ciudadanos romanos que ya hubiesen llegado a la pubertad (púberos), mientras que otra persona (libripens) sostenía una balanza de cobre. Se pronunciaban las siguientes palabras “is qui mancipo accipit, rem (?) - tenens ita dicit: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTVS ESTO HOC AERE [...] AENEAQVE LIBRA; deine aere percutit libram [...]”²⁶. Como se ve, esta primitiva formalidad privilegiaba el ritual a la voluntad de las partes.

Era distinta la *mancipatio* que se refería a los inmuebles, como señala Gayo:

La mancipatio de los predios solo se aparta en una cosa de mancipatio de los demás objetos y es que [...] no se puede hacer la mancipatio si no están presentes, pues hasta es necesario que el que adquiere en mancipio agarre por si mismo lo que le es dado, de ahí que se emplee la palabra mancipatio, pues la cosa se capta con la mano [...].²⁷

De todas formas, conviene advertir que una vieja ley contenida en la Ley de la XII Tablas prescribía que las cosas ya vendidas y entregadas no pasaban a la propiedad plena del comprador hasta que este último no pagara o garantizara el precio.²⁸

Este procedimiento formal de la *mancipatio* requería la entrega material del objeto de la compraventa, también acompañada de formalismos y de aclaraciones solemnes que reflejan, su conjunto, la concertación del negocio

²⁵ Gay., Inst., Commentarius Tertius, 92-93 (mayúsculas en el original).

²⁶ □El que recibe en mancipio dice así teniendo la cosa(¿) □el bronce (¿-: YO DIGO QUE ESTE HOMBRE ES MIO SEGÚN EL DERECHO DE LOS CUIDADANOS ROMANOS Y QUE QUEDA COMPRADO POR MI CON ESTE BRONCE Y CON ESTA BALANZA DE BRONCE; después golpea con el bronce la balanza[]□.

²⁷ Gay., Inst. Commentarius, 121.

²⁸ Ley de las XII Tablas, 7 :11 ; cfr. Just, Isnt, 2, 1, 41.

entre comprador y vendedor.²⁹

B. Codificaciones Medievales.

El Corán

El Corán (s.VII) es la compilación religiosa, moral y jurídica de los países musulmanes. De hecho, la palabra Alqur'an significada "el libro por excelencia" o "el código". Así, el Corán se convierte en el libro que contiene la explicación de todo.³⁰

Desde el principio se impone la regla musulmana de que el convenio entre dos partes no requiere de un documento por escrito. De hecho, se preconiza por sobre todo el respeto a la palabra dada: "Siempre que adquieran un compromiso, ¿habrá entre ellos quien lo eche a un lado? Si, la mayoría de ellos no creen".³¹ Las disposición se reitera en otro lugar: "¡Oh creyentes! Sed fieles a vuestros compromisos" (el texto tiene frecuentes repeticiones).³²

Interesa ahora destacar en este punto las previsiones específicas que se referían a la forma de contratar en el caso, por ejemplo, de los préstamos dinerarios:

Oh, vosotros los que creéis! Cuando contraigas una deuda pagadera en una época fija, ponedla por escrito. Que un escribano la ponga fielmente por escrito; que el escribano no se niegue a escribir, según la ciencia que Dios le ha enseñado; que escriba, según la ciencia que Dios le ha enseñado; que escriba y que el deudor dicte; que tema a su señor y no quite la menor cosa de aquello. Si el deudor no goza de sus facultades, si es de los débiles de este mundo o si no está en estado de dictar por si mismo, que su patrón (o su amigo) dicte fielmente por el.

²⁹ Un poco más adelante con la violenta irrupción del derecho germánico, se entregara necesariamente la cosa, pero a veces, solo un símbolo de la cosa, como las arrae o el terrón del suelo. Luego se entrega el documento (la llamada tradito chartae. Bono remota esta practica al siglo VI, afirmando que así lo acreditan numerosos textos [BONO, José Historia del derecho notarial español, tomo I, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1979, p. 50). También se adoptará la costumbre de dejarlo en el suelo para que el otro lo levante (levare chartam) en señal de dueño. Muchos años después, las Siete Partidas todavía consignarían expresamente la figura, pero bien entrada apenas la Edad Media bastará solo con tocar l carta (toto vos rogo tangere).

³⁰ El Corán, s. 16, v. 91

³¹ El Corán, s. 2, v. 94

³² El Corán, s. 5, vv. 1 y 91; s.2, v. 225 y s. 17, v. 36.

Llamad dos testigos escogidos entre vosotros; si no hallais dos hombres, llamad a uno solo y dos mujeres entre las personas hábiles para testimoniar, a fin de que, si una se olvida, pueda la otra recordar el hecho. Los testigos no deben negarse á hacer declaraciones siempre que á ello sean requeridos. No desdeñéis poner por escrito una deuda, sea, pequeña o grande, indicando el plazo del pago. Este procedimiento es mas justo ante Dios, mas acomodado al testimonio y más propio para desvanecer toda clase de deudas, á menos que la mercancía no esté allí en vuestra presencia y que no la podeis de mano en mano; entonces no podría haber pecado si no podeis, la transacción por escrito.

*Llamad testigos en vuestras transacciones y no violentéis ni al escribano ni al testigo; si lo haceis; cometei's un crimen. Temed a Dios: él es el que nos instruye y el que está instruido de todo.*³³

El libro es tan preciso en sus instrucciones que aun previene el caso de que la persona contratante se encuentre de viaje y no pueda encontrarse a un escribano para documentar negocio.

*Si estais de viaje y no hallais escribano, hay lugar á una fianza. Más si el uno confía al otro un objeto, que aquel á quien fue confiada la prenda la restituya intacta; que tema á Dios, su Señor. No os neguéis á prestar testimonio; todo el que se niega tiene el corazón corrimpido. Pero Dios conoce vuestras acciones.*³⁴

Es interesante consignar aquí una forma solemne de repudiar, con cierta fórmula verbal a la esposa. Bastaba decir que se le consideraba como una madre, para que debiera entenderse el rompimiento del vínculo matrimonial. Así pues esta expresión se convertía en una forma de separación perpetua: “Que tu espalda sea en lo sucesivo para mí como la espalda de mi madre”.³⁵

Fuero Juzco

El **Fuero Juzco** es una compilación del pueblo visigodo hecha problemente en el año 654 por el Rey Recesvinto, bajo el nombre latino *Liber Ludiciorum* o *Liber Ludicum*. Esta compilación visigosa incorpora en gran medida muchas

³³ El Corán, s 2, v. 282.

³⁴ El Corán, s 2, v. 283.

³⁵ El Corán, s 33, v. 4 (n.2).

leyes clásicas de la época romana. Al mismo tiempo, sin embargo, plasma en su redacción normas propiamente visigodas que reflejan el pensar de los pueblos bárbaros invasores del norte.

Una ley del Título Quinto, Libro Segundo, de este código menciona lo siguiente:

I. El Rey Don Flavio Egica

Quales escriptos deven valer, o cuales non. Los escriptos en quien son puestos el día y el anno, que son fechos segund la ley, é a y su sennal daquel qui lo fizo, é de las testimonias, deven ser firmes y estables por toda vía. E otrossí deven valer los prescriptos, si por ventura aquel que los devie fazer, non podie escribir por enfermedad, mas rogó testigos que que ge lo confirmasen, é los testigos que fueron rogados si lo sennaláron el escripto ante iuez en tal manera, que si aquel que lo mandó fazer es escripto recombrar de la enfermedad, é quisiere que aquel escripto sea firmado, escrivalo con su mano que lo tenga firme, é así vala escripto. [...].³⁶

¿Qué sucedía en caso de discrepancia entre un documento y el dicho de un testigo? El *Fuero Juzco* consignaba lo siguiente:

III. Ley antigua. El Rey Don Citasuindo.

De la testimonia que dize una cosa, y el escripto dize otra. Esta ley manda que valan dos testimonias de buena vida.

Quando la testimonia dize una cosa, y otra cosa es escripto, en lo que el dixo, maguer que lo quiera dize que aquel escripto non lo fizo, el que demuestra el escripto. E si por ventura en nenguna manera non lo pudiere probar, el iuez debe perquerir la verdad assí que faga fazer otro escripto á la testimonia ante sí, é que pueda ver si aquella letra semenia al otra [...].³⁷

³⁶ F. ., 2, 5, 1. Sin embargo, tenemos constancias de que con frecuencia la contratación entre las antiguas tribus germánicas exigía formas de manifestación física tales como la entrega de un palo o de maderos (wardia, festuca). Muy a menudo los contratantes se daban recíprocamente palmadas, regateando los términos de la contratación -y el precio, en especial-. Esta última costumbre hubo de persistir por todo el Medievo, el Renacimiento y hasta bien entrado el siglo XIX en las regiones, así al Norte de la Europa continental. Aun puede decidirse que constituye una forma primitiva del apretón de manos que sella los contratos actuales. En el propio *Fuero Juzco* puede citarse el curioso ejemplo de la impartición del primer beso conyugal en 3, 1, 5.

³⁷ F. J., 2, 4, 3; 2, 5, 17.

Una previsión importante, cabe destacar, se refiere a la firma de los escritos y a la exigencia de que lo fuesen por la mano del obligado. Así estipula:

*Todos los escriptos é los pleitos que son fechos, é aquel que lo fizo fazer, é las terminias son muertas, si parece su sennal dellos, en el escripto, debe omne acatar las otras sennales, é los otros escriptos que ellos fizoron, é confirmar aquel escripto con los otros escriptos[...]
[...] cada uno omne debe escrevir su manda con su mano, é diga special mientre que manda fazer de sus cosas, ó a quien las manda, é notar y el día y el anno en que se faze la manda, é después que tod ese oviere escripto, escriva en fondon de la carta que lo confirma con su mano [...].³⁸*

Una norma mucho más interesante anticipa ya la doble redacción que debe seguir el escribano y la guarda prudente de una de ellas en archivo oficial. La previsión se refiere al juez, pero es sin duda aplicable a los escribanos en forma genérica:

XIII. El Rey Don Flavio Rescindo.

Del iudez cuerno debe iutagar.

Si el pleito es grande, ó de grandes cosas, el iduez debe fazer dos escriptos del pleyto, que sean semeiables, é las testimonias que sovieren en el uno que sean en el otro, délos á cada una de las partes [...] Hy el iuez debe aver el traslado de todos los pleytos que iudagar, que non aya mas adelante contienda sobre aquello.³⁹

En este *Fuero Juzco* hay un título especial que se refiere precisamente a la intervención del escribano y a la posibilidad de falsear el documento estableciendo penas importantes como, por ejemplo, la pérdida del dedo pulgar. Sin embargo, había penas más graves:

De los que escriben las leyes del rey falsamiente, ó las dan a otri que las escriban.

[...] por ende defendemos en esta nueva ley que nungun omne daqui adelante, si non fuere escribano comunal de pueblo, o del rey, o tal omne, quien mande el rey, que non ose allegar falsas constituciones [...].

³⁸ F. J., 2, 5, 14-15.

³⁹ F. J., 2, 1, 23.

[...] E si algún omne fuere contra este defendimiento, si quier sea libre o siervo, el iuez le faga dad CC. Azotes, é sea señalado laydamientre; é fagale demás cortar el polgar de la mano diestra, por que vino contra nuestro mandado, é contra nuestro defendimiento.⁴⁰

Fuero Real del Rey Don Alfonso el Sabio

El *Fuero Real* (1255) también es conocido como *Fuero Del Libro* o *Fuero de las Leyes*. El Título IX del Libro II lleva precisamente el encabezado de *De las cartas e de los traslados* y consigna reglas precisas acerca de las escrituras. Una de las disposiciones más importantes remitía a la confección de estas cartas por escribanos públicos o comunales, pero en ausencia de ellos los documentos podían valer con un mínimo de tres testigos.⁴¹ Especialmente interesa destacar aquí una ley donde se prescribía la necesidad de que:

Toda carta que sea fecha entre algunos omes, é sea y puesto seello de rey, o de arzobispo, o de obispo, o de abat, o de concejo por testimonio, vala; fuera si aquel contra quien fuer la carta la pudiere desfacer con derecho. Et otrosi mandamos, que si algún ome ficiere, carta con su mano, o de la seellare con su seello mismo, de debda que deba, o de pleito que faga sobre sí, vala contra aquel que la fizo o la selló.⁴²

En otro lugar, el código reconoce la importancia de los escribanos públicos y ordena su establecimiento en las principales ciudades o villas:

Porque los pleitos que son determinados, ó las vendidas o las compras que fueren fechas, o las cosas que son puestas entre los omes: establecemos que en las cibdades o en las villas mayores sean puestos escribanos públicos e jurados por madato del rey o de quien él mandare e non por otro, e los escribanos sean tantos en la cibdat o en la villa, según que el rey viere que ha mester e toviere por bien, e estos escribanos fagan las cartas lealtamentre e derechamente que les mandaren facer.⁴³

Es importante en este punto hacer mención de la incipiente regulación de una especie de “matriz” de las escrituras. He aquí el texto:

⁴⁰ F. J., 7, 5, 9.

⁴¹ F. R., 2, 9, 1.

⁴² F. R., 2, 9, 8.

⁴³ F. R., 1, 8, 1.

Ley II. Como los Escribanos públicos deben tener en si las notas de lo que ante ellos pasa.

*Los Escribanos públicos tengan las notas primeras que tomaren de las cartas que ficiere, quier de los juicios, quier de las compras, quier de los otros Pleytos, qualesquier, si carta fuere ende fecha; porque si la carta se perdiere, ó viniere sobre ella alguna dubda, que pueda ser probado por la nota donde fue sacada. E aquella nota la muestre, ni faga por ella otra a ninguna de las partes, sin mandado del Alcalde; maguer diga, que perdió la carta que ende tenia: y el Alcalde no la mande facer, á menos que no vayan a las partes ante él sobre esto. E si el alcalde le mandaré facer la segunda carta: diga é faga mención en ella que la mandó dar, porque la otra primera fue perdida: é si el Escribano no quisiere guardar la nota, é la perdiere por su culpa, o daño viniere alguna de las partes por él, pechelo el Escribano todo.*⁴⁴

Por otra parte, se consignaban severas sanciones para los escribanos que falsificaran escrituras y la sanción se hacía extensiva a los clérigos que falsificaran los sellos reales y los testigos que depusieran falsamente.

Titulo XII. De los falsarios, é de las escrituras falsas.

Ley I

*Si el Escribano público que es dado por facer las Cartas así como como la Ley manda, ficiere Carta falsa en Pleyto de cient maravedís Ayuso, pierda la mano, y el oficio: é si fuere de cient maravedís, o dende arriba, muera por ello.*⁴⁵

Ley II

*Clerigo que falsáre sello de Rey, sea desordenado, é sea señalado en la frente, [...]*⁴⁶

Ley III

Todo home que dixere falso testimonio después que juráre, o calláre la verdad que supiere, é que fuere demandado, y el dixiere después, que negó la verdad o que dixo falsedad, e fuere probado, peche la demanda, a aquel que la perdió por

⁴⁴ F. R., 1, 8, 2.

⁴⁵ F. R., 4, 12, 1.

⁴⁶ F. R., 4.12, 2.

*el, é nunca vala su testimonio é quítenle los dientes : y esta mesma pena haya aquel que aduxure las testimonias para decir falsedad, y ellos si la dixieren.*⁴⁷

Ley V

*Todo home que ficiere carta falsa sobre compra, o sobre donadío, ó sobre manda de home muerto, o sobre Pleyto qualquier, por toller a alguno su derecho o para facerle otro mal, tal carta no vala: y el que la fizo, o la mandó facer, haya la pena que manda la Ley: y esta mesma pena hayan las testimonias que y fueron o le aconsejaron*⁴⁸.

Por cierto que esta misma ley contiene un rudimentario arancel que prescribe el cobro de honorarios por algunos servicios notariales.

El mismo título prescribía rigurosamente el desempeño personal de la función notarial, exigiendo que “cada uno faga las sus cartas por su mano” y que tampoco “meta otro escribano que escriba en su logar”. La misma razón legal exigía del propio escribano el conocimiento personal de los lugareños, añadiendo que son caso de ser foráneos debían procurarse testigos locales, asimismo conocidos: “Ningún escribano non faga carta entre ningunos omes, a menos de connoscer e de daber sus nombres si fueren de la tierra, e si non fueren de la tierra, sean los testimonios de la tierra e omes conocidos”.⁴⁹

También se consignaban la naturaleza y características del sello o signo notarial. Se decía expresamente que:

*Et en todas las cartas que ficiere meta su señal conosciada, porque pueda ser sabido cual escribano la fizo. Et después que la carta oviere fecha señale la nota por qué la fizo, porque parezca que es fecha la carta Della. [...]*⁵⁰

*Los escribanos públicos pongan en las cartas que ficieren el año e el día en que las ficeren e su señal, e faganlas derechas en todas las otras, así como mandan las leyes, e si otra guisa las ficieren, non valan.*⁵¹

⁴⁷ F. R., 4, 12, 3.

⁴⁸ F. R., 4, 12, 5.

⁴⁹ F. R., 1, 8, 7.

⁵⁰ F. R., 1, 8, 3.

⁵¹ F. R., 2, 9, 3.

Por último, es interesante consignar una curiosa ley que se refiere a las cosas que son entregadas “de mano” o “por sello”. Este es el texto:

Ley VI De las cosas que son dadas por escripto.

Las cosas que son dadas luego de mano, en ninguna manera non las debe demandar aquel que las dio. E si avinier por aventura que la cosa es dada sea luenta, si es dada por escripto, non debe por ende menos valer, que estonz semeia la donación perfecta, pues que a ende el escripto daquel que ie la da. Mas si aquel que ie la ende el escripto daquel que ie la da. Mas si aquel que ie la dio diz que nunca ie la dio, ni fizo ende escripto; mas quel fue furtado el escripto, estonze aquel dize que le es dada la cosa, dévelo probar por tesimonios, que aquella cosa le fue dada, é assí le será firme.

*[...] Mas si aquel fizo el escripto non dio la cosa, ni el escripto en su vida á aquel á quien fiziera la donación; mas tovioselo consigo, é depues mudósele la voluntad, el escripto que fizo después será firme [...]*⁵²

Este ejemplo ilustra muy bien la conexión entre la convención en si misma y el documento que la contiene.

Espéculo del Rey Don Alfonso

Espéculo significa, según el proemio de esta ley “espejo de todos los derechos”. El *Espéculo* fue dictado por el rey Don Alfonso, al parecer poco antes de la conclusión de las *Siete Partidas*, en 1263. Se cree que fue publicado en los primeros años del reinado y es un código de mucho menor extensión que las *Siete Partidas*.

En este *Espéculo* hay normas interesantes acerca de la forma documental. Así, por ejemplo, una ley específica habla de los documentos legales que deben valer la famosa expresión “fazed tal cosa luego que esta carta vierdes”.

Ley XXIV. De las cartas que deven ser conpridas sin pleitos e sin juyzio ninguno(a).

Quales cartas deven ser conpridas sin pleito e sin juyzio ninguno, queremoslo mostrar. E dezimos que estas son aquellas en que manda el rey a alguno

⁵² F. J., 5, 2, 6.

*fazer algún fecho señalando [...] aquel mandase fazer ciertamente diziendol en la carta: fazed tal cosa luego que esta carta vierdes. E sobresto dezimos que aquel contra quien va la carta non puede poner defensión ninguna ante que si, porque non cumpla aquello aquel fuere mandado por tal carta [...]*⁵³

Respecto de los escribanos esta ley consigna todo el título XII del mismo libro IV, pero sus disposiciones no difieren mucho de las recogidas inmediatamente después en las *Siete Partidas*. De todas formas, conviene destacar aquí especialmente una ordenanza. Se trata de la Ley XII:

*Trabaio podemos aver en demostrar de quantas maneras se deven fazer las cartas. Pero porque entendemos que es pro comunal de todos, queremos lo sofrir de grado. E por ende dezimos, así como las cartas son de muchas cosas. Ca las unas son mayores, así como privilegios. E otras cartas y a que son promadas, pero no las llaman privilegios. E a estas y otras abiertas, e selladas con seelo de cera. E estas son de muchas maneras. E otras y a que son cerradas. E destas las unas son foreras, e las otras de mensaieria, e dotras cosas muchas. E de cada una de estas cartas mostraremos en que manera deven ser fechas. Mas primero queremos fablar de los privilegios, porque son las mayores cartas e las mas onradas.*⁵⁴

Se utilizaban también sellos de plomo y cuerdas de cera, que precisamente colgaban del documento: “Ley XVI (a). De cera deven ser otras cartas seelladas con seello colgado. E estas son de muchas maneras, ca las unas fazen en pergamino de cuero, e las otras en pergamino de paño. Pero a este departimiento entre las unas é las otras, ca las que an a ser en cuero son estas, así como quando da el rey alguna merendat o alcaldía [...]

⁵⁵

¿Cuál era el valor de los documentos en juicio? La ley XII consignaba lo siguiente:

Maneras de proevas para vaeriguar los fechos sobre que los omes an pelitos, son quatro, porque pueden los jugadores dar los juyzios ciertamente. La primera es de testigos, la segunda de cartas, la tercera por sospecha, la cuarta por jura. De la primera proeva, e de la segunda

⁵³ Espéculo, 4, 6, 24.

⁵⁴ Espéculo, 4, 12, 16.

⁵⁵ Espéculo, 4, 12, 16.

*que se faze por testigos e por cartas, mostrando ya en el titulo de los testigos e de los escrivanos.*⁵⁶

Las Siete Partidas (1256-1263)

Son famosas las palabras con que inicia el Titulo XVIII de la Tercera Partida de la compilación de Alfonso X el Sabio. De hecho, la denominación del titulo ya que es expresiva:

De las escrituras, por que se pruevan los pleytos.

*El antigüedad de los tiempos, es cofa que faze a los omes olvidar los fechos paffados. E porende fue menesfer que fueffe fallada frictura, porque lo que ante fuera fecho, non fe olvidaffe, e fupieffen los omes por ella las coffas, que eran establefeidas, bien fi de nuevo fueffen fechas. E mayormente, porque los pleitos, elas posftura, e las otras cofas que fazen, e ponen los omen cada día entrefi, los vnos con los otros, non pudieffen venir en dubba, e fueffen guardadas en la manera, que faze membrar lo olvidado, e afirmar lo que es de nuevo fecho, emuesfra carreras por do de enderecar, lo que ha de fer: derecho es, que fe fagan lealmente, e fin engaño, de manera, que fe puedan, e entiendan bien, e fean cumplidas, e feñaladamente aquello, de que podría nafcer contienda entre los omes. [...]*⁵⁷

Por su parte en este ordenamiento se establece respecto de la escritura lo siguiente:

*Esriptura de que nace aueriguamiento de prueua es toda carta que fea feach por mano de efcruniano publico de consejo, e fellada con fello de Rey o de otra perfona autentica, que fea de creer nace della muy grande pro. Ca es testimonio de las cofas paffadas. E eueriguamieto del pelyto fobre que es fecha. E fon muchas maneras della. Ca o fera priuilejo de Papa, o de Emperador, o de Rey fellada con fu fello de oro, o de plomo, o firmado con figno antiguo que aya acoftumbrado, en aqlla fazon, o carta deftos Señores, o de alguna otra perfona que aya dignidad con fello de cera. E aun ay otra manera de cartas que cada vn otro ome puede mandar fazer con fu fello. E tales como eftas valen cotra aquellos cuyas fon folamente, que por fu mandato fean fechas e felladas. [...]*⁵⁸

⁵⁶ Espéculo, 5, 10, 12.

⁵⁷ Las Siete Partidas, 3, 18, Pr.

⁵⁸ Las Siete Partidas, 3, 18, 1.

La recopilación Alfonsina también prevé en este mismo Título XVIII de la *Tercera Partida* las circunstancias en virtud de las cuales se produce la ineficiencia de las escrituras. Entre estas razones se consignan, por ejemplo, el estado de deterioro de las escrituras o de posibilidad de su alteración o falsificación:

Ley CXI: Por quantas razones los preuilejos, e las cartas pueden defechar los omes con derecho que non fean valederas.

*[...] La vna es, fi la carta fuere atal, que non fe pueda leer nin tomar verdadero entendimiento della. La otra es fi fueffe rayda, o quiere letra camuada, o defmentida en el nome de aquel que manda fazer la carta, o que la da, o del que recibe, o en la cofa fobre que fecha la carta, o en el día, o en el mes, o en la era, o en los nomes de los testigos, o del escriuano, o en el nome del lugar do fue fecha [...].*⁵⁹

Además, se previene especialmente a los jueces acerca de su alteración, mencionando que “Tantos fon los engaños q los omes malos e faltos punan de fazer en las cartas, q fi el jugador non fuere mucho acuciofo en faber los bufcar, e efcodriñar q podrían endevenir grades daños”.⁶⁰

Se prevé también el caso de usurpación del cargo por parte del escribano:

*[...] dezimos que el judgador deue mandar que aquel que muestra la carta en juyzio fi fe quiere ayudar della que lo auerigue prouando que auquel ome que dize en la carta que la hizo era escriuano publico, o era fama entre omes de aquel lugar que lo era, e vfaua de aquel menester [...].*⁶¹

En este mismo documento legal se consignan disposiciones sobre las características de los sellos, de las cualidades que deben satisfacer los selladores y, en general, de la institución de la cancellería (la palabra *cancillería* proviene del latín *cancellor* que significa cancelar o destruir; la palabra sello viene del vocablo *sigillum*, que significa secreto).⁶²

⁵⁹ Las Siete Partidas, 3, 18, 111.

⁶⁰ Las Siete Partidas, 3, 18, 112.

⁶¹ Las Siete Partidas, 3, 18, 115.

⁶² Por eso dicen las Siete Partidas que □Cancilleria es lugar do duen aducir todas las cartas para sellar, aquellos que lo quieren de ver, duenlas catar, e las que non fueren bien fechas, duenlas romper, e quebrantar; e las que fuerren fechas derecha-mente, duenlas mandar sellar. E por eso esto la llaman Cancillerioa, porque en ella se duen quebrantar, e cancelar las cartas que fueren mal fechas e lo que duen guardar□ (Las Siete

Ley I. Que cosa es sello, e por que fue fallado, o a que tiene pro, o qual faze prueua, e qual non.

Sello es señal que el Rey, u otro ome qualquier, manda fazer en metal, o en piedra, para firmar sus cartas con el: e fue fallado antiguamente, porque fuesse puesto en la carta, como por testigo de las cosas que son escritas en ella: e tiene pro a muchas, ca por el las donaciones, e las tierras, e las herederas que los Señores dan a sus vasallos, las han firmes, e seguras. E otrosi las mandaderias, que ome embia por sus cartas, son mas guardabas, e van en mayor porirdad por la cerradura del sello. E otrosi todas las cosas que ome ha de liberar por su cartas, libraense mejor, e sonmas creydas, quando su sello es puesto en testimonio dellas. E porende todo ome que tiene en guarda sello del Rey, o de otro Señor qualquier, deuelo mucho guardar, e usar del lealmente, de manera que non pueda ser sellada con el ninguna carta falsa. E faze prueua en juyzio en todas cosas sello del Rey, o de Emperador, o de otro Señor que aya dignidad, que sea puesto en alguna carta. E los sellos de los otros omes non pueden fazer prueua contra otro, si non contra aquellos cuyos son, assi como de suso mostramos. ⁶³

Otras disposiciones conservan aún la vieja figura de *la traditio chartae*, por ejemplo, en las siguientes leyes:

E si dixieren que si, deven fazer testigos aquellos que están delante, e después fazer la carta publica ei pergamino de cuero por aquella nota en la manera que sobredicha es, e darla (tradiitio chartae) a quel que pertenecen, e fazer su señal sobre aquella nota, porque entiendan que ya es sacada della publica. ⁶⁴

[...] assí como se demuestra por la carta de la debda que fue fecha por mano de tal escriuano publico de la qual carta lo entrego el, faziendolo personero, para demandar aquella debda, assí como su cosa, poniéndole en su lugar, e otrogarle poderío, para poder demandar aquella debda: e le pena e los daños, e los menoscabos [...]. ⁶⁵

Partidas 3, 20, 6). Sin embargo, García-Gallo (GARCIA-GALLO, Alfonso, -anales de la Academia Matritense del Notariado- en: Los Documentos y los formularios jurídicos en España hasta el siglo XII, tomo XXII, vol I Madrid, 1978, p. 129) también consigna que la palabra *cancelleatio* significaba *□carrar□* (como cuando se cerraban las tabillas de cera) y que entonces el vocablo *sigillum* pasaba a denotar algo *□secreto□* u *□oculto□*.

⁶³ Las Siete Partidas, 3, 20, 1.

⁶⁴ Las Siete Partidas, 3, 18, 54.

⁶⁵ Las Siete Partidas, 3, 18, 64. Mucho después, los formularios mexicanos de mediados del siglo XIX consevaban aun la formula: *□[...] Y en el mismo acto don Narciso López, á quien doy fe fueron*

Las respectivas hijuelas para su entrega a cada una de las partes se consignaban entre lugar: “E por que lo que se dize en ehta carta, tañe tambie al monefterio como a quel que recibe la cafa, touieron por bien amas las partes que fueffe fechas dos cartas publicas en vna manera. La vna que touieffe el momefterio, e la otra el que recibe”.⁶⁶

La situación inversa debía surtir precisamente el efecto contrario y aun encontramos buena prueba de este aserto en una dación en pago consignaba por Rolandino y cometada en su Aurora: “[...] ut palet in instrumento scripto manu talis notarii; ibederm in praesenti, volens et mandans illud ex nunc ese nullius valoris atque momento et tu habitum sit inefficax et cancellatum”⁶⁷.

Había también un curioso procedimiento para la autenticidad de los documentos que recuerdan mucho la figura de la progenie en derecho griego (recuérdese la moneda de bronce que, partida por la mitad, completaba la personalidad del esclavo en el acto de efectuarse el cotejo). Así, un instrumento podía escribirse por partida doble en un mismo pergamino, escribiendo precisamente en la mitad, con grandes caracteres, las letras A. B. C. Una vez firmada la convención, el cuero o pergamino se partía por la mitad, quedando un ejemplar en poder cada uno de los contratantes. Cuando ambas partes volvían a unirse, el cotejo exacto de ambas comprobada la autenticidad del documento. A esta rudimentaria técnica de verificación se le conocía con el nombre de *cartas partidas* por A. B. C:

Ley XVI Como deuen fazer las Cartas de las lauores que el rey manda fazer.

Si lauores mandare el Rey fazer, de castillas, o puentes, o de navios, o de otras cosas qualesquier, por precio señalado, deue y auer dos cartas partidas por a b c. La vna, que tenga el Rey, e la otra, aquel que quiere de fazer la lavour, por que el Rey sepa lo que ha a dar, el otro, lo que ha de fazer: e deuen ser fechas en esta guisa [...]. E estas cartas deue fazer Escriuano del Rey, o Escriuano de concejo, e con testigos, e deuen ser

entregados los títulos de propiedad de que se ha hecho mérito [...]□ (El nuevo escribano instruido, edición facsimilar, Librería General de Eu. Maillefert y Compañía, Paris- Mexico, 1959, p206).

⁶⁶ Las Siete Partidas, 3, 18, 69.

⁶⁷ □[...] como se demuestra por el instrumento manuscrito de tal notari; instrumento que el mencionado Conrado restituyó al citado Antonio allí mismo y en presencia, queriendo y mandando que sea tenido por ineficaz y cancelado□ (La Aurora de Rolandino, Ilustre Colegio Notarial de Madrid,,s/f. p. 131).

selladas con el sello del Rey. ⁶⁸

Las *Siete Partidas* hacen además una curiosa distinción: se dice que una de las maneras de probar *se faze por biz viva*, es decir, frente a testigos, y una segunda forma de probar *se faze por boz muerta*, para referirse en general a las escrituras “[...] que se faze por boz biua, queremos aquí decir de todas Escrituras, de qual manera quier que sean, de que pueda las Escrituras, de qual manera quier que sean, de que pueda nacer prueua, o aueriguamiento en juyzo; que es otra manera de prueua, a que llaman boz muerta”. ⁶⁹

En otro lugar, las *Siete Partidas* consignan una interesante referencia a la perfección del contrato -en caso, de la venta- entre personas no presentas. La nota en latín dice: “*Contrahitur vendito etiam inter absentes per procuratorem ad hoc constitutum, vel per nuntium, vel epistolam, etiam si res non sit praesentia. Hoc dicit*”. Esta es la cita:

Ley VIII. Como la vendita puede ser fecha, maguer el comprador e el vendedor non sean en la tierra, quando la fizieren.

Estando delante el comprador e el vendedor, puedenfazer la vendida: e avn podría ser facha, mayer el vno estouiesse en vn lugar, e el otro en otro, por cartas, o por mandaderos, consiendiendo ambos a dos en vno en la vendida, e pagándose el comprador de la cosa, e el vendedor del precio. E vn dezimos que se podría fazer la vendida, maguer non este la cosa delante del comprador, e del vendedor, consiendiendo ambos en ella, segund que es sobredicho. ⁷⁰

Con frecuencia, ciertas cláusulas en la escritura -o incluso la escritura toda- iban acompañadas de maldiciones:

E después de desto puede poner qual maldición quisiere, a aquellos que fueren contra aquel preuillejo, o le quebrantaren, e que le pechen en todo coto tanto quanto aquel Rey que le diere, o le confirmare, tourie por bien, e mandare escreuir señaladamente en preuillejo. E esta maldición puede fazer Emperador, o Rey, quanto en los fechos seglares que a ellos pertenescen:

⁶⁸ Las Siete Partidas, 3, 18, 16.

⁶⁹ Las Siete Partidas, 3, 18, Pr.

⁷⁰ Las Siete Partidas, 5, 5, 8.

porque tienen logar de Dios en tierra, para fazer justicia [...] ⁷¹.

La legislación Alfonsina contiene además un extenso formulario de escrituras y actas notariales que comprenden compraventas, préstamos, arrendamientos, fianzas, consentimiento de la cónyuge para ventas, permutas, donaciones, feudos, prestación de servicios, revisión de cuentas, fletamentos, codicilos, etc. Todas ellas empiezan con una breve descripción acerca de la figura e inmediatamente se dice como deben ser hechas. Sigue la fórmula ritual “Sepan quantos esta carta vieren y oyeren [...]” ⁷².

Ley LIV. Como deuen ser fechas las notas , e las Cartas de los Escriuanos públicos.

En toda carta que sea fecha por mano de Escriuano publico, deuen ser puestos los nomes de aquellos que la mandaban fazer, el pleito sobre que fue fecha, en la manera que las partes lo ponen entre si, si e los testigos que se acertaron y e el día, e el mes, e la era, el el lugar en que fue fecha: e quando todo esto ouiere escrito, deue dexar un poco de espacio en la carta, e dende ayusi fazer y su signo, e escreuir y su nome en esta manera: Yo Fulano, Escriuano publico de tal lugar, estatua delante, queando los que son escritos en esta carta, fizieron del pleito o la postura, o la vendida, o el cambio, o el testamento, o otra cosa qualquier, assi como dize en ella: e por ruego, e por mandado dellos escriui esta carta publica., e puse en ella mio signo, e escriuni ni nome: e abona en toda carta publica, que sean dos Escriuanos públicos por testigos, sin aquel que faze la carta, que se escriuan sus nome en ella: o si por auentura tantos Escriuanos publicps non pudieren auer en el lugar, tomen por testigos tres omes buenos, que escriuan y sus nomes: e los nomes de los testigos dueven ser escritos en fin de la carta, ante que el Escriuano publico que la fizo, escriua su nome [...] ⁷³.

La influencia de este formulario Alfonsino ha sido notable en la práctica notarial novohispana. Toda esta fraseología de estilo perduraba aun mediados

⁷¹ Las Siete Partidas, 3, 18, 2.

⁷² Es decir, la formula en latin de Appareat Omnibus Evidenter. Pero Rolandino nunca consigna esta formula en su Apparatus, cuyos instrumentos generalmente inician con el In Nomine Domini Amen y siguen inmediatamente con la fecha o data. El latin comenzó a dejar de usarse en el lenguaje forense y notarial aproximadamente a principios del siglo XIII. En los Estados Unidos de America es común todavía que los formularios impresos contengan la formula □ Know all men by these presents taht [...].

⁷³ Las Siete Partidas, 3, 18, 54.

del siglo XVIII en la expresión rutinaria de la actividad.⁷⁴

La famosa frase inicial de “Sepan cuantos esta carta vieren y oyeren [...]” todavía es muy común en los instrumentos notariales de mediados del siglo XVIII. Por ejemplo, en los registros notariales de una ciudad como Orizaba, la frase en cita no desaparece sino hasta el año de 1746, en que no figura más en los archivos conservados, aunque una escritura posterior, de 1773, configura una frase muy similar en la variante “sea a los que la presente vieren [...]”. A partir de 1839 la frase de rutina que ya es de aceptación general, reza: “En la ciudad de Orizaba a los 13 de agosto de 1839 ante mi escribano y testigos [...]”, que es la introducción que incluso todavía se utiliza actualmente -aunque ya no se dice “escribano” sino notario-.⁷⁵

La invocación religiosa es frecuente y aun encontramos muestras de ello en las escrituras nacionales de siglos pasados, especialmente en materia de testamentos:

En el nombre de Dios Todopoderoso; yo, don Francisco López, mayor de edad, natural de la ciudad de Méjico, hijo legítimo de don Antonio López y de doña Francisca García, ya difuntos, naturales y vecinos que fueron de la misma, hallándome en buena salud (o enfermo si lo estuviere) y en mi entero y cabal juicio, y creyendo como firmemente creo en el infalible misterio de la Santísima Trinidad, Padre, Hijo y Espíritu Santo, tres personas distintas y un solo Dios verdadero, el de la Encarnación y demás que cree y confiesa nuestra santa madre la Iglesia Católica, apostólica y romana, así igualmente el de la inmaculada concepción de Nuestra Señora la Virgen María, á cuyo especial patrocinio y el de todos los santos encomiendo mi alma, ordeno mi testamento en la forma siguiente [...].⁷⁶

Ordenamiento de Leyes de las Cortes de Alcalá de Henares, en el año 1348. Interesa aquí referir por lo menos lo que concierne al Título XIX, que en su única ley se refiere a la formalidad de los testamentos. Así,

⁷⁴ Aun la literatura de la época refleja tal circunstancia en el caso de la novela *El Periquillo Sarniento*, de José Joaquín Fernández de Lizardi (1816) que incluso transcribe en el relato una escritura completa (Fernández De Lizardi, José Joaquín, *El Periquillo Sarniento*, 19ª edición. Porrúa, México, 1987, pp 213 y 214.

⁷⁵ MARQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio, et al., □Clarificación de documentos notariales (1746-1899) en el Archivo Histórico Municipal de Orizaba□. Orizaba, 2000.

⁷⁶ *El nuevo escribano instruido*, op. Cit, 14,p. 317.

se establece en esta formalidad de los testamentos. Así, se establece en esta norma el número necesario de testigos, así como los requisitos, ya sea que concorra escribano o no:

*Si alguno ordenare su testimento, o otra su postrimera voluntat en qualquier manera con Escrivano publico, deben y ser presentes a lo ver otorgar tres testigos a lo menos vecinos del logar, do se ficiere; et si lo ficiere son Escrivano publico, sean y cinco a lo menos vecino, segunt dicho es, si fuere logar do los pudiese aver, et si fuere tal logar do nor puedan ser avisados cinco testigos, que lo menos sean y tres testigos, e sea valedero lo que ordenase en su postrimera voluntad [...].*⁷⁷

Fuero Viejo de Castilla

Es curioso, sin embargo, referir aquí como a pesar de la paulatina evolución que sufría la institución notarial y la forma documental de los contratos, persistían al mismo tiempo fórmulas sacramentales y actitudes místicas o religiosas que asimismo presentaban la formalidad exigida. Por ejemplo, en el Fuero Viejo de Castilla (1356) se prevenía la imposibilidad de que ningún inmueble pudiese ser vencido de noche, o incluso de día, cuando se hiciera “a puertas cerradas”. No es difícil entender que esta normativa propiciaba desde luego la necesaria publicidad del negocio.⁷⁸

Al mismo tiempo, consideraba en otra disposición semejante la necesidad de vender cualquier inmueble precisamente al pie del mismo, exepcto cuando se tratase de fijodalgo: “Esto es Fuero de Castiella: Que todo Fijodalgo puede vender sua eredad, do quier que sea, e el labrador de la behetría o solariejo non lo puede facer, si non al pie de la eredat [...]”.⁷⁹

No obstante, una excepción clara se hacía consistir en las ventas realizadas en el propio cementerio de la iglesia: “Si un ome vende eredat a otro ome, e la venta fuer fecha en cementerio de Igresia, que vala: mas si vinier algud pariente, e la demandare fasta nueve días, dando lo que costó, puédala auer por la pasada, que non pueda auer el cementerio, nin la Igresia”⁸⁰.

⁷⁷ Ord de Alc., 19, Ley Única.

⁷⁸ F. V. C., 4, 1, 2.

⁷⁹ F. V. C., 4, 1, 7.

⁸⁰ F. V. C., 4, 1, 4.

Pérez-Bustamante⁸¹ consigna que aun a principio del siglo XV la compraventa mantenía un carácter real. En varios de los documentos transcritos, en efecto, se aprecia la perfección del contrato por la entrega de la cosa. El protocolo medieval, afirma Bono⁸² en la misma obra, consistía apenas en:

[...] un conjunto de cuadernos, que por su encuadernación revestía la forma externa del libro, en los que se consignaba (asentar) las notas (notae, notulae) o redacción primera (nota primera) abreviada de los otorgamientos realizadas ante un notario en un determinado lapso de tiempo (a veces determinados por la misma extensión del libro), aunque era corriente el de un año natural.

Leyes de Toro

Las *Leyes de Toro* son las ordenanzas dictadas precisamente en esa población. Fueron expedidas en 1505 por el rey católico don Fernando, cuando ya había fallecido la reina. Al parecer tuvieron mucha influencia en los primeros tiempos de su promulgación. Hacen un total de ochenta y cuatro, pero son basatantes breves y se refieren casi exclusivamente a disposiciones de derecho privado y concretamente a cuestiones familiares, filiación, testamentos, emancipación, contratos en general e intervención de la cónyugue en los actos jurídicos.

En estas leyes no se encuentra disposición alguna que se refiera expresamente a la figura del escribano. Se mencionan, en camino, requisitos muy específicos para la redacción del testamento cerrado (que exigía un total de siete testigos mas el escribano); el testamento del ciego y la formalización de codicilos:

Ordenamos y mandamos que la solemnidad de la ley del ordenamiento del Señor D. Alfonsino, que dispone quantos testigos son menester en el testamento, se entienda y platique en el testamento abierto, que en latin es dicho Nuncupativo, ora entre hijos, descendientes legítimos, ora entre herederos estraños: pero en el testamento cerrado que en latin se dice, in scripts: mandamos que intervengan a lo menos siete testigos con un

⁸¹ A esta época (1414) pertenece el registro notarial de la población de Dueñas, muy cerca de Palencia, en España, cuyo archivo ha sido objeto de estudio (PEREZ- BUSTAMANTE, Rogelio. El registro notarial de Dueñas, Diputación Provincial de Palencia y Fundación Matritense del Notariado, Palencia, 1985)

⁸² Op. Cit, p.66.

*escribano: los quales ayan de firmar encima de la escritura del dicho testamento, ellos y testador si supieren, o pudieren firmar, que los unos firmen por los otros de manera que sean ocho firmas, y el signo del escribano. Y mandamos que en testamento del ciego intervengan cinco testigos a lo menos y en los codicillos intevanga la misma solemnidad que se requerie en el testamento nuncupativo, o abierto, conforme a la dicha ley del ordenamiento: los quales dichos testamentos y codicillos si no tuvieren la dicha solemnidad de testigos, mandamos que no fagan fe ni pureva en juicio ni fuera del.*⁸³

Es sumamente interesante consignar aquí el texto de la Ley LXXVII; habla sobre la forma de jurar:

*Ningún juramento, aunque el Juez lo mande hacer; o la parte lo pida, no se haga en Sant Vicente de Avila, ni en el herrojo de Sancta Agueda, ni sobre altar, ni cuerpo sancto, ni en otra Iglesia juradera so pena de diez mil maravedís para la muestra cámara, y fisco, al que lo jurare, y al juez que lo mandare, y al que lo pidiere, o demandare.*⁸⁴

Recopilación de las Leyes del Rey Don Felipe II

Bajo el nombre de *Recopilación de las Leyes de estos Reinos*, Felipe II sistematizó y ordenó en 1567 diversas leyes que se encontraban dispersas. El Título XII se refiere especialmente a los notarios de las provincias y en ellas consigna la necesidad de que las oficinas fuesen despachadas por “hobres fabidores, y conuenibles para los officios, y buenos, y honrados [...] letrados, difcretos, y de buena fama”.

Por su parte, el Título XXVII se refería al arancel de los escribanos, tanto acerca de los derechos por escrituras, como de los autos en los procesos civiles y criminales⁸⁵. En una ley distinta se exigía que los escribanos jurasen no cobrar por sus servicios más derechos que los prescritos en el arancel respectivo⁸⁶. Al propio tiempo, otra ley relacionada exigía asentar expresamente el monto de los derechos al reverso de los documentos, con la firma autógrafa del escribano⁸⁷.

⁸³ Leyes de Toro, Ley 3.

⁸⁴ Leyes de Toro, Ley 77.

⁸⁵ Recop. De Felipe II, 4, 27.

⁸⁶ Recop. De Felipe II, 2, 19, 5.

⁸⁷ Recop. De Felipe II, 4, 25, 6; 4, 25, 41; 4, 25, 42.

Problamente en una de las disposiciones más importantes relacionadas con nuestro tema que sea posible encontrar en esta recopilación de Felipe II se refiera a la exclusividad para otorgamiento de la fe notarial a favor de los escribanos reales. Así, una ley del año 1566 expedida en Madrid por el propio Felipe II consignaba :

Ordenamos y mandamos, que en eftos nueftros Reynos y feñorios ningún efcriunano pueda dar fee de ningún contrato, ni teftamento, ni de otro auto alguno judicial, ni extrajudicial, fino fuere efcriuano Real, en la forma que le fe contiene en la ley precedente [...] fo pena de fer auido por falfario, y que el contrato y efcritura no haga fee [...] ⁸⁸.

Se reiteraba también la obligación de los escribanos para cerrar sus libros al final de cada año y hacerse responsables de su guardia y custodia.

Una disposición interesante por su especialidad consignaba la obligación del escribano para expedir hijuelas a cada una de las partes intervinientes en el negocio, prescribiendo en el mismo lugar la imposibilidad de obtener nuevo testimonio excepto por mandamiento judicial expreso, bajo pena de daños y perjuicios y pérdida del oficio:

Mandamos, que cada, y quando que algu efcriuano hiziere alguna efcritura que pertenezca, y deua fer dad a ambas partes, que la aya de dar, y de a la parte que fe la pidiere, aunque la otra parte no la pida: empleo que en las efcrituras que alguna fe obliga a la otra de hazer, o dar alguna cofa: mandamos, que despues que el efcriuano diere vna vez la tal efcritura figanda a la parte a quien perteneciere, que no fe la de otra vez, aunque alegue caufa, o razón para ello, faulo por mandamiento de la jufticia, llamada parte, fegun fe contiene en la ley dezena, y onzena del titulo diez y nueve de la tercera partida, fo pena de perdimiento del oficio, y de pagar el intereffe o daño que por dar la tal efcritura otra vez fe recreciere ⁸⁹.

Sin embargo, la Corona también se encontraba preocupada con la eventual falsificación de los documentos oficiales y de aquí la necesidad de que se expidiera una ley prescribiendo la obligación de que todo documento consistente en escritura, documentos públicos y otros despachos se

⁸⁸ Recop. De Felipe II, 4, 25, 52.

⁸⁹ Recop. De Felipe II, 4, 25, 17.

consignaran en papel sellado:

Ley XXXXV. En que se declara el fello que corresponde a cada escritura.

En cumplimiento, y execuci3n de la ley precedente ordenamos, y mandamos, que se formen quatro diferencias de fellos, mayor, segundo, tercero, y quarto, con letras que lo declaren asy, y con mis armas, o con la empresa que cada a1o pareciera mas conueniente.

Que se imprima cada vno de fots fellos en vn pliego, o medio de papel, en la parte superio de la plana, con la inscripci3n figuiente: PHILIPPO QUARTO EL GRANDE, RE DE LAS ESPA1AS, A1O DECIMO QUINTO DE SV REYNADO, PARA EL A1O DE MIL SEISCIENTOS Y TREINTA Y SIETE. Sello mayor, docientos y setenta y dos maravedis, y a este respeto en los dem1s fellos, segun la calidad, y valor de cada vno. Que en estos pliegos se escriuan los contratos, instrumentos, autos, escrituras, y recaudos que se hizieren, y otorgaren en estos mis Reynos, segun la calidad, y cantidad de cada negocio en esta manera... ⁹⁰

Es de hacerse notar particularmente el sentido de modernidad que mantenía la expedici3n de esta ley, ya que ser reconocer en ella el advenimiento de nuevos tiempo que comienzan a influir, paulatinamente, en las antiguas formas documentales:

[...] deseando por la obligaci3n que corre a mi conciencia, y dignidad Real, y por otras razones conuenientes y neceffarias, hallar medios que firuan de remedio a tanto exceffo, y fiendo como es priuatiuo de mi Regalia elegir los mas eficazes, mudando los antiguos que fueren nociuos a lo pol3tico de mis Reynos, y a1adiendo lo que de nuevo parecieren conuenientes [...].

[...] nuestra voluntad, es a1adir esta nueva folemnidad del fello por forma fustancial, para que fin ella no puedan tener efeto, ni valor alguno. Y desde ahora las irritamos, y anulamos, para que en ning1n tiempo hagan fee, ni puedan presentarse, ni admitirse en juicio, ni fuera del, dar ning1n titulo, ni derecho a las partes, antes por el mismo hecho pierdan el q pudieran tener, con el inter3s, cantidades y fumas sobre que se hubieren otorgado [...]. ⁹¹

⁹⁰ Recop. De Felipe II, 4, 25, 45. Esta en may1sculas en el texto original.

⁹¹ Recop. De Felipe II, 4, 25, 44.

C. Recopilación Indiana y Novísima Recopilación

Me opongo estudiar en este capítulo exclusivamente lo relativo a dos grandes codificaciones. Se trata de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* y la *Novísima Recopilación de las Leyes de España*. La razón se explica fácilmente: la primera resulta ser la gran recopilación de derecho indiano que recogió la mayor parte del derecho a la sazón vigente en los territorios coloniales de ultramar. Su vigencia habría de prolongarse en los siglos inmediatos, si bien es cierto que se aplican en forma supletoria las disposiciones peninsulares más antiguas.

Por su parte, la *Novísima Recopilación de las Leyes de España* cubre precisamente el hueco legislativo dejado en un espacio de varios siglos desde la *Recopilación de Montalvo*, las *Leyes de Toro* y la *Recopilación de Felipe II*, en que envolvieron a acumularse con muchísimo desorden las ordenanzas peninsulares, pues no fue sino hasta principios del siglo XIX cuando fructificó esta última gran complicación legislativa (precisamente antes de la irrupción de los códigos modernos, mucho más sistemáticos y coherentes).

Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias

La *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias* (1681) establece disposiciones específicas que solo tenían vigencia en el marco de los nuevos territorios americanos. Por lo demás, debía entenderse que la legislación metropolitana (es decir, el derecho romano y las complicaciones peninsulares) continuaba aplicándose en las tierras recién descubiertas. Las disposiciones indianas respondían a problemas concretos derivados del nuevo orden jurídico, político y social en las colonias.

Una ley preconizaba la exigencia de que los escribanos de cámara efectivamente escribieran de puño y la letra las sentencias, evitando que los oficales o empleados escribieran por ellos.⁹²

Otra medida de preocupación consistía en la orden de coser y signar cada fin de año los registros de los escribanos, bajo pena de treinta pesos de multa: “Ley Lx. Que los Efcrivanos tengan los regiftros, y los fignen cada año. ORDENAMOS Y madamos, que los efcrivanos tengan los regiftros cofidos,

⁹² Recop. De Felipe II, 2, 23, 30.

y, y los fignen a fin de cada año, pena de treinta pefos para nueftra Camara”.⁹³

Una disposición muy importante para prestar autenticidad a los documentos coloniales residía en las imposiciones del sello real. El sello real debía provenir de la metrópoli, pero su uso resultaba indispensable en los instrumentos legales de la colonia. En la *Recopilación* encontramos las siguientes disposiciones acerca de la recepción del sello real y el protocolo respectivo:

Ley primera. Que quando el fello Real entrare en alguna Audiencia de las Indias, fea recibido fe ordena.

Es jufto y conveniente, que quando nuestro fello real Real perfona, como Fe haze en las de eftos Reynos de Caftilla. Por tanto mandamos, que llegando nuestro fello Real á qualquiera de las Audiencias de las Índias, nuestros Prefidentes y Oidores, y la lufticia y Regimiento de la Ciudad Falgan un buen trecho fuera de ella á recibirle, y defde donde eftuviere, hafta el Pueblo fea llevado encima de un cavallo, ó mula, con adereços muy decentes, y el Prefidente y Oídor mas antiguo le lleven en medio, con toda la veneración, que fe requiere, fegun y como fe acoftumbra en las Audiencias Reales de eftos Reynos de Caftilla, y por efta orden vayan hafta ponerle en la Cama de la Audiencia Real, donde efté, para que en ella le tenga á cargo la perfona que firviere el oficio de Chanciller del fello, y de fellar las provifiones, que en las Chancillerías fe despacharen.
Ley ij. Que el fello Real efté con autoridad y decencia.

*ORDENAMOS Y mandamos a las Audiencias, que pongan particular cuidado en la guardia y cuftodia de nuestro fello Real, y que efté con autoridad y decencia, y en la parte, que eftá difpuefto, por el riefgo, que de lo contrario puede refultar.*⁹⁴

Ningún documento podía ser expedido sin la imposición del sello real. En efecto, una ley específica ordena el despacho sellado de las provisiones y ejecutorias reales:

Ley iij. Que las provifiones y executorias fe despachen con fello.
Es nueftra merced y voluntad, que los Prefidentes y Oidores, que ahora

⁹³ Recop. De Felipe II, 2, 23, 60.

⁹⁴ Recop. de Indias, 2, 21, 1, 2.

fon, ó por tiempo fueren de las Audiencias, libren y deſpachen todas las cartas y proviſiones y cartas executorias, que dieren con nueſtro título, fello y registro, ſegun, y de la forma y manera, que al preſente ſe libra y deſpacha en las Audiencias y Chancillerías de Valladolid y Granada.

Por último, resulta curioso consignar la preocupación de las autoridades peninsulares para el uso del sello en documentos hechos con mala grafía. También se refiere el caso de que el sello deba imponerse sobre el papel correcto y con la cera y el color especialmente designados.

Ley iiij. Que no ſe felle de mala letra, y el fello fea en papel, y cera colorada. MANDAMOS, Que no le felle proviſion alguna de letra proceſſada, ni de mala letra, y ſi la traxeren al fello, que la raſguen luego, y que le felle fobre papel, y para eſto fea la cera colorada, y bien aderezada, de forma, que no ſe pueda quitar el fello. ⁹⁵

Sin embargo, es importante aclarar aquí que Núñez Lagos ⁹⁶ distingue el *signo* del *sello*, porque el primero debe estar manuscrito de puño y letra del notario, consistiendo en una especie de anagrama, frecuentemente siguiendo la forma de la cruz (*ius sigilli*). A este se refiere la recopilación alfonsina. El segundo, o sea, el sello no se hace con tinta. En este caso Núñez Lagos se refiere a una especie de correa (de cuero o cinta) que se adhiere, colgando, al documento. De esta forma, el documento queda sellado y lacrado. El uso de este sello no se acostumbra en los documentos notariales. Debe hacerse notar finalmente, sin embargo, la gran influencia que mantenía en los nuevos territorios conquistados, la compilación de las *Siete Partidas*. La mayor parte de los formularios, tratados de leyes de la época se inspiraban en este texto legal para la regulación de la actividad notarial en los nuevos territorios conquistados. Pero también es cierto que perduraban viejas instituciones que remontaban sus antecedentes a las leyes y prácticas romanas. Así una escritura de fines del siglo XVI evocaba el acto mágico de liberación de la *pater potestas* en la siguiente expresión:

(...) por quanto ha ſido muy obediente y es capaz y ſuficiente para vivir libre y emancipado han concertado padre e hijo a que lo emancipe. Por tanto

⁹⁵ Recop. de Indias, 2, 21, 4.

⁹⁶ NÚÑEZ LAGOS Rafael, □El Documento notarial y Rolandino□, en: La Aurora de Rolandino, op. Cit., p. XXIX.

*otorgó que emancipaba a su hijo, y en señal de ello lo tomó por la mano y le apartó y desvió de sí y le dejó aparte y le dio por libre y quito.*⁹⁷

Novísima Recopilación de las Leyes de España

A principios del siglo XIX la *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, de 1805, recopiló en forma extensísima todas las leyes que antes, dispersas y repetitivas, se habían dictado para el gobierno de la península y de las colonias de ultramar. Así, esta Novísima Recopilación constituye el último gran aparato de reunión legislativa que continúa la tradición de las Siete Partidas, del Ordenamiento Real, de las Leyes de Toro, de la Recopilación de Felipe II e incluso de los Autos Acordados emitidos por el Consejo Real.

Una cédula de quince de junio de 1805 promulgó y mandó ejecutar como ley del reino el proyecto de recopilación hecho por don Juan de la Roguera, bajo el nombre de Novísima Recopilación de las Leyes de España. Es interesante aclarar que aunque algo desordenada en la copia de las distintas leyes que se conjuntaban, esta compilación contiene como uno de sus atributos más importantes un detallado índice cronológico de las leyes comprendidas a lo largo de 503 años, es decir, de 1302 a 1805. El título reza así:

Índice cronológico. De todas las pragmáticas, Cédulas, Decretos, Órdenes y Resoluciones Reales que se han incorporado y puesto por leyes en los XII Libros de la Novísima Recopilación, y que han corrido dispersas sin haberse recopilado hasta ahora; y también de algunas Bulas y breves de S.S, Decretos y Autos acordados del Consejo y Cámara de Castilla, y otras providencias que se citan y refieren en las notas correspondientes a las mismas Leyes, como útiles y necesarias para la instrucción e inteligencia de sus disposiciones.

La Ley VI precisaba la necesidad de poner el signo en los registros de las escrituras y contratos y añadía que tales registros debían obrar archivados y cosidos:

Mandamos a todos los Escribanos del Número, y Escribanos y Notarios públicos de nuestros reynos, que signen los registros de las escrituras y contratos que hicieron y ante ellos pasaren (...) y mandamos, que

⁹⁷ MIJARES RAMÍREZ, Ivonne, *Escribanos y escrituras públicas en el siglo XVI. El caso de la ciudad de México*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1997, p. 105.

*tengan en buen recaudo los dichos registros cosidos conforme a la ley (1. De este tit.); y que sean obligados en fin de cada año de signar los registros que hobieren hecho en aquel año; lo cual hagan y cumplan, so pena de diez mil maravedís para nuestra Cámara, y suspensión del oficio por un año.*⁹⁸

Precisamente junto con esta disposición, se ordenaba lo siguiente:

Ley IX. De las escrituras se ponga traslado en los archivos de los pueblos, pidiéndolo las partes; y se extienda a las de mayorazgos, vínculos y patronatos lo dispuesto por la ley 1. de este tit.

*(...) Y asimismo mandamos, que de todas las escrituras se ponga y deposite un traslado auténtico en los archivos de cada ciudad, villa o lugar, pidiéndolo algunas de las partes; con que el Escribano ante quien se otorgare, haya de poner la escritura en el archivo (...)*⁹⁹

Esta Novísima Recopilación recogía normas precisas sobre el libro de protocolo que debían tener obligatoriamente todos los escribanos para extender las escrituras, según una ley que reproducía una vieja pragmática de 1503:

*Mandamos, que cada uno de los Escribanos haya de tener y tenga un libro de protocolo, enquadernado de pliego de papel entero, en el qual haya de escribir y escriba por extenso las notas de las escrituras que ante él pasaren, y se hobieren de hacer; en la qual dicha nota se contenga toda la escritura que se hobiere de otorgar por extenso (...) y que los dichos Escribanos sean avisados de no dar escritura alguna signada con su signo (...) y que aunque tomen las tales escrituras por registro o memorial o en otra manera, que no las den signadas, sin que primeramente se asienten en el dicho libro y protocolo, y se haga todo lo susodicho; so pena que la escritura, que de otra manera se diere signada, sea en sí ninguna, y el Escribano que la hiciera pierda el oficio, y dende en adelante sea inhábil para haber otro, y sea obligado a la parte el interese.*¹⁰⁰

⁹⁸ Novísima Recop., 10, 23, 6.

⁹⁹ Novísima Recop., 10, 23, 9.

¹⁰⁰ Novísima Recop., 10, 23, 1.

Asimismo, se reiteraba el uso del papel sellado, no solamente en estas escrituras, sino en todos los actos e instrumentos públicos, también con base en una vieja ley de Felipe IV en 1636, alegando como fundamento lo siguiente:

*Habiendo reconocido los grandes daños que padece el bien público y particular de mis vasallos con el uso de los instrumentos y escrituras falsas, cobrando fuerza este delito de la frecuencia, que ocasiona la poca prevención y cautelas que hasta aquí han tenido esta materia, y que ha llegado a términos en estos tiempos, que ni bastan las dispuestas por mis leyes Reales, ni el temor de sus penas, ni diligencias de mis Justicias; deseando por la obligación que corre a mi conciencia y dignidad Real, y por otras razones convenientes y necesarias hallar medios que sirvan de remedio a tanto exceso (...) y siendo como es privativo de mi Regalía, elegir los más eficaces, mudando los antiguos que fueren nocivos a lo político de mis reynos, y añadiendo los que de nuevo parecieren convenientes (...).*¹⁰¹

En esta misma parte de la Novísima recopilación se contiene el detallado arancel que prescribe los costos de las cédulas, provisiones, mercedes, títulos de oficios y especialmente escrituras públicas (10, 24, 2), lo cual era consecuencia de la obligación de hacer uso del papel sellado.

Se concluía lo siguiente:

Ley III. Valor del sello del papel por solo un año; y pena del que lo imprima y fabrique falsamente.

*Porque con la variedad de las señales y caracteres de dichos sellos se dificulta su imitación, y asegura más su legalidad; ordenamos y mandamos, que los pliegos sellados con dichos sellos valgan por el año para que se formaron, y no por más tiempo; y que para el siguiente se impriman otros con diferentes caracteres y señales, como pareciere a los del nuestro Consejo: y asimismo mandamos, que ninguna persona, de ningún estado o calidad que sea, pueda imprimir, abrir, o vender ni fabricar los dichos pliegos sellados, si no fuere la que para este efecto se disputare en mi nombre por los del nuestro Consejo (...)*¹⁰²

¹⁰¹ Novísima Recop., 10, 24, 1; Recop. de Felipe II 4, 25, 44.

¹⁰² Novísima Recop., 10, 24, 3.

Otras disposiciones emitían ordenanzas sobre las reglas para evitar fraudes en el uso del papel sellado, sobre la devolución del papel defectuoso y sobre la cancelación del sobrante.

El siglo del escribano no resultaba otra cosa más que una señal de la cruz dibujada en la versión particular de cada escribano y, frecuentemente, con la simetría en uso que imponían las normas estéticas de la época. Llevaba además las iniciales del funcionario. El escribano no podía modificar este signo, en virtud de la garantía de autenticidad que confería a sus documentos.

2. Del barro cocido a la memoria electrónica. ¹⁰³

Rolandino Passaggeri, notario de Bolonia y profesor en la universidad, nació en el año de 1207 según la fecha del monumento que se encuentra en la plaza de Santo Domingo, donde desemboca la calle Rolandino, en Bolonia. Probablemente murió en 1300. Fue autor del famoso libro *Summa Artis Notarie*.

Las palabras con que comienza esta obra capital de la ciencia notarial (se le llamó *Meridiana*) son famosas:

Mi papel, ciertamente, en este trabajo se asemeja al del agricultor respecto del árbol: "(...) porque, ni el que planta ni el que riega sabe algo; sólo Dios es quien vigoriza las plantas." Con todo, es cierto que fui joven y casi ya soy viejo; durante toda mi vida escudriñé los misterios del arte notarial, ayudado de la divina gracia, leyendo, reflexionando y practicando sin descanso este ejercicio: mis manos examinaron en prolongadas y continuas prácticas este Arte, adquiriendo firmes pruebas de su importancia, tanto oyendo a otros como palpando y viendo sus resultados. Primeramente redacté la Suma; luego, tras muchos años de prácticas, adiciné el presente Aparato. Finalmente, deben estar de acuerdo los nombres con las cosas. Este libro se llama con acierto Aurora, a causa de su especial resultado y finalidad, ya que disipa las sombras de la ignorancia nocturna en el Arte notarial, y los esplendores de su luz Meridiana abren amplios horizontes doctrinales a los que se consagran a su estudio desde un principio. La Aurora, al separar los tiempos, disipa las tinieblas y, sonrosada, anuncia los gratos resplandores de la luz. ¹⁰⁴

¹⁰³ Publicado en RNV, año 2, N° 5, pp 18-23 (1999) y en Ciencia, vol. 57, N°2, pp. 88-93 (2006).

¹⁰⁴ Pr., 4.

No hace muchos años el ilustre Colegio Notarial de Madrid publicó esta obra con motivo del II Congreso Internacional del notariado Latino y hace poco han tenido lugar en Bolonia importantes celebraciones por el séptimo centenario de la muerte del autor.

En una edición de 1541 la portada de la Summa mostraba un elaborado diseño artesanal que enmarcaba el texto con una referencia teológica en latín en el frontispicio: Sancta-Trinitas-unus Deus-Misere-Nobis (*Santísima Trinidad y un solo Dios, ten piedad de nosotros*).

Esta Aurora de Rolandino marcó en su momento el punto culminante de la larga -muy larga- evolución de la ciencia del derecho notarial. Cuando este libro apareció en el siglo XIII, tras de él se encontraban importantes instituciones que remontaban sus antecedentes a la figura de los escribanos del segundo milenio a.C. escribiendo sobre tablillas de barro cocido.

Hay un espacio de muchos siglos en el desarrollo técnico de las inscripciones en piedra, hueso y barro, y luego en bronce, mármol y tablillas de madera cubiertas de cera o de loza, utilizados por los romanos para escribir los *responsa* y consignar sus leyes y negocios. Un pasaje de Justiniano dice que “es indiferente que el testamento esté escrito en tablas, en papel, en pergamino o en cualquiera otra materia”.¹⁰⁵

El tallo del papiro, laminado y en rollos, fue preferido por los egipcios por ser un material mucho más dúctil y permeable que además permitía la escritura cursiva (el vocablo *papyrus* pasó al francés *papier* y al castellano *papel*). Los chinos utilizaron un papel elaborado con la corteza de cierta especie de árbol y fibras de bambú mezcladas con agua. La pasta se escurría y se secaba cuidadosamente. También utilizaban cáñamo y lino. En la Alta Edad Media se popularizó el uso del pergamino hecho con la piel de cabra, de ternera, de cordero, etc.

Con el transcurrir de los siglos se inventaría el papel grueso y rugoso que aún podemos admirar en viejos manuscritos medievales y que se confeccionaba de muchas maneras (pulpa de cáñamo, arroz, madera, algodón, etc.). En el Nuevo Mundo los pueblos prehispánicos dibujaban la historia de sus orígenes

¹⁰⁵ Just., Inst. 2, 10, 12.

en preciosas pinturas multicolores sobre papel hecho la corteza del amate. Este papel luego se bañaba de cal y, cortado en hojas, se unía en forma de biombo entre tapas de madera.

El papel llegó a configurar nuestro mundo actual y significó una asombrosa evolución técnica en la conservación, el desarrollo y la transmisión del conocimiento humano. No hace mucho aún los periódicos se presentaban todavía en pliegos que se había que recortar y el papel de estraza -áspero y sin blanquear- era muy popular para llevar las cuentas en las tiendas de abarrotes. Mucho más recientemente, todos los conocimos el papel reciclable para, de pronto, ingresar a la memoria electrónica y al ciber-espacio.

Pero ello habla tan sólo del medio utilizado como soporte para la escrituración. Al mismo tiempo, el instrumento que se usaba para escribir sufría una paulatina evolución a partir del cincel, para luego pasar al buril y finalmente estabilizar su desarrollo en los punzones y estiletes romanos de metal o de junco para dibujar caracteres en tablillas. Una espátula aplastada servía además para borrar. También había pinceles con cerdas animales que funcionaban con tinta hecha de hollín. Pero desde el 2500 a.C., los chinos habían inventando una tinta que se hacía de carbón vegetal molido, se compactaba y se convertía en una bola maciza, mezclada con agua aceitosa a base de vegetales.

Muy avanzada la Edad Media el punzón fue luego reemplazado por la pluma de ave, particularmente apreciada no sólo por su capacidad para retener la tinta y dibujar caracteres, sino hasta por su belleza y maniobrabilidad. Las plumas debían ponerse a remojar cierto tiempo para hacer que se ablandaran y luego había que limpiarlas y afilar el cañón. Pero otra vez los chinos, desde el siglo VII d.C., ya utilizaban planchas de madera grabadas con tipos fijos (aunque este método era muy lento y pesado para grandes volúmenes de escritura). Alrededor del año 1000 los chinos inventaron los tipos móviles -lo que además ayudó a ahorrar madera-.

A mediados del siglo XV se produjo una pasmosa revolución en el método para escribir que redujo casi inmediatamente al olvido la paciente y meticulosa labor de los monjes copistas medievales. La imprenta de Gutenberg acomodó caracteres de madera y luego de metal que componían palabras, frases y páginas enteras reproducidas a velocidades antes inimaginables.

En fechas mucho más recientes surgieron los toscos lápices de carbón (la palabra latina *lapis* significa, en efecto, piedra), con una barra de grafito aprisionada en madera; luego las plumas estilográficas con depósito de tinta y al final los modernos bolígrafos con punta de acero. Las máquinas de escribir hicieron su aparición hace un siglo, pero hasta finales de los años setentas fueron substituídas por las eléctricas modernas y poco después por otras más veloces con dispositivo intercambiable de esfera en el teclado.

El proceso no fue todo lo rápido que se hubiera pensado, especialmente en el medio notarial. Se empezó haciendo los testimonios efectivamente a máquina, pero en el protocolo aún se escribía en forma manual. Y aun debían registrarse individualmente las máquinas que se usaban en las oficinas, de modo que fuese fácil la identificación en caso necesario. Para evitar inconformidades se resolvió que los escribanos podían decidir, en forma optativa, hacer las escrituras a máquina o continuar en forma manual.

De todas formas, las actuaciones judiciales y las escrituras notariales continuarían realizándose en forma rigurosamente manuscrita, hasta que paulatinamente comenzaron a aparecer las primeras máquinas de escribir en las oficinas. También por la misma época hicieron su aparición las estenográficas en los Estados Unidos.

Ahora bien, tan importante como poder escribir, era saber contar. Y en este punto, un sencillo invento, llamado Ábaco, facilitó mucho la cuestión. El instrumento, de una gran simpleza técnica, facilitaba todas las operaciones aritméticas elementales. Fue utilizado primero por los chinos en el siglo II d.C. y luego se extendió ampliamente en la Europa medieval. Aún puede verse en muchas tiendas y almacenes de la actual Rusia, Japón, Corea y desde luego China.

Casi enseguida las oficinas contemporáneas se vieron inundadas de máquinas procesadoras de textos, computadoras personales y fotocopiadoras. Hasta se podía mandar a fotocopiar fuera de la oficina -excepto en el caso de testamentos, por la rigurosidad del secreto-.¹⁰⁶ A partir de aquí, la expresión material gráfica de la escritura desaparece para dar lugar a combinaciones de bits que sólo existen en una memoria de pulsaciones electrónicas.

¹⁰⁶ GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Álvaro, *Las casas del colegio*, Colegio de Escribanos de la ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2006, p. 41.

Se logra así una afortunada combinación del material y de la técnica para escribir, es decir, de la unión deliberada de un soporte -de la naturaleza que fuere- y de una técnica específica para escribir en él.

Ambas cosas, sin embargo, están aún lejos de caracterizar la naturaleza final de la labor del escribano. Si al principio tales instrumentos pudieron bastar para tener por manifestada la expresión de voluntad de una persona, hacer constar la negociación efectuada o registrar hechos importantes, muy pronto se dio la necesidad de incorporar a ese soporte una marca o signo específicos que garantizaran sin lugar a dudas su autenticidad.

Desde hace muchos siglos en el Código de Hammurabi podemos encontrar la exigencia de agregar al documento una marca puesta por los sellos personales de los intervinientes aunque en caso de no tenerlo -como era frecuente- se imprimía una pequeña marca con la uña. La tablilla cocida de barro y el sello de autenticidad eran comúnmente resguardados en un cilindro o sobre el mismo material. En otros casos, todavía puede advertirse en documentos de la época el signo del escribano que redactaba los contratos, encerrado en un recuadro que destacaba su singularidad.

También es cierto que el misticismo, la magia y la religión conferían mayor credibilidad al acto. Podemos encontrar así, por ejemplo, el mágico número siete que preside los signos de autenticidad del pacto entre Abraham y Abimelec.¹⁰⁷ La curiosa forma de jurar del criado en los muslos de Abtaham¹⁰⁸ y el amojonamiento que dslinda la responsabilidad asumida entre Jabob y Laban.¹⁰⁹

En tiempos de romanos, el uso de suposiciones y ficciones en la contratación y el gran desarrollo de los negocios hizo innecesario el obligado desplazamiento al lugar de donde se encontraba el fundo objeto de la venta. Entonces, tanto el magistrado como las partes fingían el viaje, así como la entrega del cobre pesado en la balanza y hasta la derrota en un juicio también imaginario.¹¹⁰

¹⁰⁶ GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Álvaro, Las casas del colegio, Colegio de Escribanos de la ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2006, p. 41.

¹⁰⁷ Gn. 21:27-32

¹⁰⁸ Gn. 24:2-9

¹⁰⁹ Gn. 31:45-52

¹¹⁰ Inst. Gay., 1, 119, 121.

Los testigos podían sellar el testamento con uno solo o con siete anillos, pero en este último caso debían ser de idéntico grabado.¹¹¹

En las primeras épocas del Medioevo encontramos tradiciones misteriosas en las leyes del *Fuero Juzco* que consignaban las necesidades de la *manufirmatio* una vez redactado el escrito:

*Cada uno omne debe escrevir su manda con si ,mano, é diga special mientras que manda fazer de sus cosas, ó á quien las manda, é notar y el día y el anno en que faze la manda, é depues que tod esto oviere escripto, escriva en fondon de la carta que lo confirma con su mano.*¹¹²

En el *Fuero Viejo de Castilla* se mandaba que las ventas de un inmueble debían hacerse forzosamente durante el día y “al pie de la heredad”, excepto que fuesen hechas en el cementerio de la iglesia o interviniendo un *fijodalgo*.¹¹³

El *Fuero Real* de Alfonso X “El Sabio” prescribía la obligación de los escribanos públicos de poner una señal personal en las escrituras (cartas) que hicieran.¹¹⁴

Es cierto asimismo que, a la par, el escribano era gravemente sancionado si redactaba las escrituras con falsedad, porque entonces las mismas leyes establecían penas de 200 azotes, ser señalado públicamente como mentiroso, cortarle el pulgar o la mano, perder el oficio o hasta morir por ello.¹¹⁵

Con el paso del tiempo se puso en vigor el uso de sellos oficiales exclusivamente utilizados por los funcionarios gubernamentales, de modo que su imposición en cualquier documento hacía presumir su autenticidad. Mientras tanto, continuaron subsistiendo los sellos personales que solamente usaban los nobles o caballeros. Se acostumbraba llevarlos consigo en anillos cubiertos o recipientes especiales (guardasellos).

Los escribanos medievales y de las colonias españolas en América usaban

¹¹¹ Inst. Just., 2, 10, 5.

¹¹² F. J., 2, 5, 15.

¹¹³ F.V.C., 4, 1, 2, 7.

¹¹⁴ F.R. 1, 8, 3; 2, 9, 3.

¹¹⁵ F.J., 7, 5, 9; F.R. 4, 12, 1.

signos y cruces al final de la escritura, añadiendo la frase “testimonio de verdad”. Escribete consigna sentenciosamente que sin estos signos los instrumentos no hacían de ni traían aparejada ejecución.¹¹⁶

El CCf prescribe que en el caso de testamentos cerrados y ológrafos el autor puede poner para su mayor seguridad “los sellos, señales o marcas que estime necesarios para evitar violaciones” (artículos 1524 y 1553 *in fine*). Contienen disposiciones similares los códigos civiles de Italia (605), Puerto Rico (657), España (707), Argentina (3649), Colombia (1080), Francia (976) y República Dominicana (969), todos en los casos del denominado *testament mystique* o místico.

En el derecho norteamericano se utiliza el sello en ciertos contratos formales, pero frecuentemente solo se finge, y entonces basta poner la palabra *seal* o las letras L.S (locus sigilli), para dar a entender que en ese lugar debía ir el sello.

En el *Fausto De Goethe*, el ambicioso protagonista tuvo que firmar con una gota de su sangre el documento contractual redactado por Mefistófeles para vender su alma:

FAUSTO:- ¿También me pides un escrito, pedante? ¿No has conocido todavía ningún hombre ni palabra de hombre?

[...] un pergamino, escrito y sellado, es un espantajo ante el cual todo el mundo se amedrenta. La palabra expira ya en la pluma; la cera y la piel tienen la suprema autoridad. ¿Qué quieres de mí, espíritu maligno? ¿Bronce, mármol, pergamino, papel? ¿Tengo que escribir con buril, cincel, pluma? Te dejo enteramente libre la elección.

MEFISTÓFELES:- Una pequeña hoja cualquiera es buena para el caso. Firmarás con una gotita de tu sangre.

Goethe estaba muy lejor de imaginar que junto con una gota de sangre, este mismo propósito de autenticidad habría de cumplirse también con otras expresiones técnicas tan cercanas a la magia como la temperatura corporal,

¹¹⁶ Dicc., IV 529.

el iris de los ojos, la impresión dactilar, los registros genéricos de las células y hasta la modulación y el tono de nuestra voz.

Las formalidades, así, han sido muy diversas. Puede tratarse de la marca productiva por la uña en un documento, de golpear con el bronce una balanza o de la invocación cabalística al número siete o a la Santísima Trinidad. También puede confiarse en la intervención divina jurando *in nomine domini Jesuchristi* con la mano posada en los Evangelio, acariciando la cruz o aferrando la espada.

Todavía es común recurrir a la presencia de tres testigos en un acto solemne o a la necesidad de pronunciar o escribir palabras sacramentales que impone la dogmática legal (como al novar un contrato o al nominar títulos de crédito. Algunas leyes notariales norteamericanas exigen el vocablo expreso *sworn* o sus leyes derivados verbales en los juramentos).

Coexisten aun en la práctica negocial elementos que se antojan ridículos, o por lo menos innecesarios desde el punto de vista legal, pero que también intervienen en la formalidad del acto, como el estrecharse mutuamente las manos, abrazarse o intercambiar las plumas que sirvieron para firmar.

En todo ello -y en muchas otras cosas mas- hay siempre un elemento de magia ancestral, poderoso misticismo, religioso fervor o incomprensible tecnología que nos hace creer en la imposibilidad de falsificación del documento.

Pero, en suma, el mismo abismo tecnológico que en su oportunidad separó a la ciencia notarial de Roalndino del antiguo escribano egipcio, nos separa a nosotros de la publicación de aquella *Aurora*.

Somos afotunados de vivir en una época como ésta. Hasta ahora nuestros viejos libros de registro forrados, con folio numerados y cosidos, papeles membretados, sellos de goma, firmas autógrafas y huellas digitales, han sido de uso ordinario en nuestras oficinas; hace muy poco lo fueron la tinta china y el papel secador y luego las ruidosas máquinas de escribir, las viejas *minutas* y la gelatina de impresión; mañana lo serán las lecturas magnéticas y los códigos de barras, las tintas infalsicables, y las películas de seguridad, las claves binarias y los códigos alfanuméricos, las impresiones ópticas y

los chips “inteligentes”.

Previsiblemente, en los próximos años tendrán lugar innovaciones muy importantes, por ejemplo, en los procesos de verificación de la identidad personal.

Sin duda, el material donde se escribe, el instrumento para hacerlo y los signos especiales continuarán cambiando. Es absolutamente inimaginable, sin embargo, que pueda seguir después del ciber-espacio, las pulsaciones electrónicas y los hologramas bidimensionales.

Pero existe algo que no ha cambiado. Frecuentemente se nos olvida que ni el material usado, ni la técnica para escribir sobre él, ni la utilización de signos o marcas misteriosos, puedan por sí mismos conferir el carácter de auténtico a un mero documento físico. Tal agregado sobreviene, en efecto, de un elemento que no tiene representación física alguna y que no solo puede residir en la integridad y honestidad de su autor, como en el caso del escribano que lo redacta y autoriza por haberlo visto ante sus ojos.

Llegados a este punto, quiero referirme a dos pasajes históricos que llaman mi atención. El primero tiene lugar cuando los escribas llevan a una mujer adúltera ante la presencia de Jesús. Según el relato, Jesús -que nunca escribió nada- se encuentra inclinado en el suelo y escribe en la tierra con el dedo.¹¹⁷ No sabemos que estaba escribiendo.

El segundo pasaje se refiere a Sócrates, cuando hace “recordar” a un joven esclavo algunos principios básicos de geometría. Con su acostumbrado desplante, el filósofo (que tampoco escribió nada y acostumbraba no calzar sus pies) dibuja en la arena con el dedo gordo.¹¹⁸ Sabemos que dibujó un cuadrado.

En estos relatos ponen de manifiesto, otra vez, el espacio donde se escribe y el instrumento *ad hoc*. No podía haber mayor humildad y sencillez en ambos: al utilizar simplemente la arena y el dedo para hacerlo, se destaca entonces la majestad de *quien lo hace*.

¹¹⁷ Jn. 8:2-11.

¹¹⁸ Menón 214.

Bibliografía

Abella, Adriana, *Derecho Notarial: derecho documental-responsabilidad notarial*, Editorial Zavalia, Buenos Aires, 2005.

Arata, Roberto Mario, *Estudios para una historia del documento notarial*, publicado por la imprenta del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, Argentina, 1980.

Bollini, Jorge A., *La Unión Internacional del Notariado Latino*; Libro del Consejo Federal del Notariado Argentino, 1998.

Cam Carranza, Guillermo. *Estudios de Actualidad Notarial*. Lima: Arco Legal Editores, 2006.

Carnelutti, Francesco. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tomo 5. Buenos Aires 1997, Biblioteca Clásicos del Derecho, Harla, México.

Caro Escallón, Joaquín. *El Notario Latino*. Bogotá: Editorial Temis, 1980.

Carral y de Teresa, *Derecho Notarial y Derecho Registral*, Editorial Porrúa S.A., 7º Edición, México, 1983.

Castan Tobeñas, José, *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, Madrid, 1946.

Castillo Ogando, Nelson Rudys, *Manual de Derecho Notarial*, Tomo I y II, Ediciones Jurídicas Trajano Potentini, Colegio Dominicano de Notarios, Santo Domingo, 2007.

Couture, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo 2. Buenos Aires 1978, Editorial Depalma.

Couture, Eduardo J., *El concepto de fe pública. Introducción al estudio del derecho notarial*, publicado en Revista del Notariado del Colegio de

Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1947. Esta misma obra se ha reeditado en libro, con el nombre homónimo por Editorial FAS, Rosario, Argentina, 2005.

De Las Casas, Fray Bartolomé, *Primer Viaje de Cristóbal Colón, según su Diario de abordo*, Editorial Ramón Sopena S.A., Barcelona, 1972.

De la Rúa, Fernando. *Jurisdicción y Administración*. Buenos Aires: Lerner Editores Asociados, 1979.

Dupuy Montori, Fernando. *Imperio y Jurisdicción Voluntaria*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.

Farina, Silvia, “Evolución Histórica de los Colegios Notariales Argentinos”, Ponencia para el XVII Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Florencia del 30 de setiembre al 6 de octubre de 1984, Delegación Argentina.

Fernández de Buján y Fernández, Antonio. *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria*. Madrid: Editorial Iustel, 2007. Tomo I.

Fernández de Buján y Fernández, Antonio. *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria*. Madrid: Editorial Iustel, 2008. Tomo II.

Fernández de Buján y Fernández, Antonio. *Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano*. Madrid: Editorial Reus, 1986.

Fernández Casado, Miguel, *Tratado de Notaría*, Vol. I, Madrid, imprenta viuda M. Muniesa de los Ríos, 1895.

Gattari, Carlos Nicolás, *El objeto de la ciencia del derecho notarial*, Editorial Depalma, 1969.

Highton de Nolasco, Elena Inés (Directora), VITALE, Angélica (Coordinadora), Liliana E. Abreut y Ricardo J. Blanco Lara, *La función notarial en la comunidad globalizada*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2005.

Montoya Arenas, Óscar y Fernández Del Castillo, Nelly. *La Competencia Notarial en Procedimientos No Contenciosos*. Lima: Ediciones Los Olivos S.A., 1996.

Muñoz, Nery Roberto. *Introducción al estudio del Derecho Notarial*. Guatemala: Infoconsult, 2004.

Mustápich, José María. *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial*, Dos tomos, Ediar Editores, Buenos Aires 1955.

Neri, Argentino, *Integración de la función notarial*, Revista del Notariado 705, 1969.

Núñez Lagos, Rafael. *Estudios de Derecho Notarial*, Tomo I y II. Madrid: Instituto de España, 1986.

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Deontología Notarial*. México: Editorial Porrúa, 2008

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Derecho Notarial*. México: Editorial Porrúa, 2007

Pondé, Eduardo Bautista. *Origen e historia del notariado*. Ediciones Depalma, Buenos Aires 1967.

Rodríguez Adrados, Antonio, *La ciencia práctica y la ciencia formal del derecho notarial a través de los conceptos clave de relación jurídica, institución y sistema, en la tercera perspectiva de la metodología del derecho de Juan Vallet*, Revista Jurídica del Notariado N° 52, Madrid, 2004.

Vallet De Goytisolo, Juan Berchmans, *Ciencia formal y ciencia práctica del derecho notarial*, Revista Jurídica del Notariado N° 35, Madrid, 2000.

Zinny, Marco Antonio. *El acto notarial (Dación de fe)*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1990.

Índice General

Presentación	3
El notariado en el tiempo <i>Luis Oswaldo Castillo Huerta</i>	5
Orígenes del Derecho Notarial <i>Nelson Rudys Castillo Ogando</i>	11
Documentación Histórica y Notariado en Derecho Romano <i>Antonio Fernández de Buján</i>	69
Evolución Histórica en la Función Notarial <i>José Antonio Márquez González</i>	85
Bibliografía	131
Índice	135



Luis Oswaldo Castillo Huerta, es egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, graduándose como abogado en el año de 1988.

Desde 1995 es notario público de la provincia de Junín y actualmente ocupa el cargo de

vice decano de su colegio.

Permanentemente se capacita con los cursos de actualización que organizan las diversas instituciones vinculadas al notariado, así como diversos diplomados que tienen relación con la función registral y notarial.

En la actualidad se encuentra preparando la ampliación de este trabajo que se publicará en el transcurso del próximo año.

ISBN: 978-612-45652-3-6



VITUS NOR S ROPS