

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN DEL NOTARIADO

En este capítulo se hace mención de los acontecimientos y las legislaciones que han destacado en el nacimiento y evolución del notariado latino.⁴

El notariado como todas las instituciones de derecho, es producto de una evolución. Como menciono antes, en un principio los notarios eran prácticos en la redacción de contratos y actos jurídicos, posteriormente se desarrollaron y adquirieron la fe pública; al inicio, en forma endeble, más tarde consolidada y legislativamente aceptada.

Motivo de especulación para los notarialistas es ubicar en lugar y tiempo el nacimiento de la fe pública. Esto no es posible. Sin embargo, se puede argumentar que la tal o cual legislación empieza a dar valor probatorio a lo redactado y hecho constar por ciertos artesanos de la escritura.

Se puede afirmar que en el siglo VI de la era cristiana por primera vez existe una regulación positiva del notariado, debida a Justiniano, quien en su enorme obra de compilación y legislación, conocida como el *Corpus Juris Civilis*, dedica en las llamadas cons-

⁴ Cuando me refiero al notariado latino, es para distinguirlo del sajón. Al mencionar notariado sajón, me limito al *notari public* de los Estados Unidos de Norteamérica. Haciendo un esbozo comparativo entre notario sajón y latino, se puede decir: El latino, es un profesional del derecho que realiza una función pública; escucha a las partes, interpreta su voluntad, examina la legalidad de los títulos y capacidad de las partes, redacta el instrumento, lo lee, lo explica, lo autoriza y reproduce; lo inscribe en el Registro Público de la Propiedad; conserva la matriz en el protocolo primero, y después en el archivo de notarias. En cambio el sajón no realiza una función pública; no examina la legalidad del instrumento, se limita únicamente a la ratificación de las firmas, desentendiéndose del contenido del acto, no redacta los instrumentos, pues carece de capacidad técnico-jurídica; su actividad se reduce exclusivamente a asentar que ante él firmaron los otorgantes; no cuenta con un protocolo donde se asienten los originales y por lo tanto, no hay matriz ni posibilidad de reproducir el instrumento; su cargo es temporal y no vitalicio. Por todas estas razones, es frecuente encontrar en los Estados Unidos de Norteamérica, al encargado de una gasolinera, haciendo las veces de *notari public*.

titución o novelas XLV, XLVIII y LXXVI a regular la actividad del notario, entonces *tabellio*, al protocolo y otorga el carácter de fidedigno con pleno valor probatorio al documento por él redactado. Este personaje era un conocedor de las leyes. Redactaba en un protocolo, leía, autorizaba y entregaba el documento a las partes; su actuación era obligatoria y respondía ante las autoridades si el documento por él confeccionado era nulificado por ilicitud.

El documento redactado por el *tabellio* podía ser atacado ante los tribunales, como actualmente puede serlo el notarial. No así el *ius actorum conficiendorum*⁵ (derecho de formar y autorizar expedientes 'autos'), documento judicial con valor semejante a la sentencia que ha causado estado.

Esta idea no la comparte José Bono, pues considera que el documento redactado por el *tabellio*, en tiempo de Justiniano, no hacía fe pública.

Por ser plataforma desde donde se inicia el notariado de tipo latino, al considerar indubitable el documento redactado y autorizado por el notario, son interesantes los párrafos que a continuación transcribo:

El *tabellio* tenía plaza reconocida por el Estado.

Para prohibir, pues, todas estas cosas hemos escrito la presente ley, y queremos que de todos modos se guarden estas disposiciones por los notarios, ora estén en esta felicísima ciudad, ora en las provincias; tendiendo entendido que, si contra esto hubieren hecho alguna cosa, perderán en absoluto las que se llaman plazas...

Se preveían fórmulas para iniciar y redactar los instrumentos:

En el año tal del imperio de tal sacratísimo Augusto Emperador... Y comiencese inmediatamente con el favor de Dios desde la corriente primera indicción, escribiéndose en cierto modo así: En el año undécimo del imperio del sacratísimo Augusto y Emperador Juniano, segundo año después del consulado de Flavio Belisario, muy esclarecido varón, en el día tantos de tales calendas...

Mas es menester que los jueces, si hallaren algunas indicaciones agregadas a los documentos, se empeñen en investigarlas y leerlas, y no den fácilmente crédito a la letra por el cotejo con otra, por las causas antes dichas por nosotros.

⁵ Cfr., Bono, José, *Historia del derecho notarial español*, Madrid, Junta de decanos de los colegios notariales.

EVOLUCIÓN DEL NOTARIADO

19

Por lo que se refiere al valor probatorio del documento:

...mas si el mismo notario escribió por sí todo el instrumento, y lo perfeccionó, o si está presente el que lo escribió o por otra causa no puede él comparecer, atestigüe, sin embargo, bajo juramento su propia intervención, de suerte que no haya lugar al cotejo, y sean también así fidedignos los documentos; porque el testimonio prestado por voz del que lo perfeccionó y que tiene agregado juramento dio cierto valor al negocio.⁶

Respecto del protocolo:

También añadimos a la presente ley que los notarios no escriban los documentos en papel en blanco, sino en el que al principio tenga el nombre del que a la sazón sea gloriosísimo conde de nuestras sacras liberalidades, la fecha en que se hizo el documento y lo que en tales hojas se escribe, y que no corten el protocolo, sino que lo dejen unido. Porque hemos sabido que en tales documentos se probaron antes y ahora muchas falsedades, y por lo tanto, aunque haya alguna hoja de papel que no tenga el protocolo escrito de este modo, sino que lleve otra cualquiera escritura, no la admitan, como adulterada y no apta para tales cosas, sino escriban los documentos solamente en hoja de papel tal, como antes hemos dicho. Así, pues, queremos que lo que por nosotros ha sido decretado sobre la cualidad de tales hojas de papel, y sobre la separación de lo que se llama protocolo, esté en vigor solamente en esta felicísima ciudad, donde es ciertamente grande la muchedumbre de contratantes, y hay mucha abundancia de hojas de papel. Y sea lícito intervenir en legal modo en los negocios, y no darles a algunos ocasión para cometer falsedad, de la cual demostrarán que son responsables los que contra esto se hubieren atrevido a hacer alguna cosa.

En la Edad Media con el desarrollo del comercio, la banca, el nacimiento de las sociedades mercantiles, y el progreso de las compañías de navegación, se propicia un desarrollo en el derecho. Al regularse las actividades que surgían, en ocasiones se aceptaba o modificaba la legislación existente, y en otras, se creaban instituciones jurídicas nuevas; consecuentemente la forma notarial evolucionó y fue regulada de manera más precisa.

A partir del derecho justiniano, el *tabellio* se convirtió en un factor muy importante en la evolución del derecho, con la apli-

⁶ Cfr., Allende, Ignacio M., *La institución notarial y el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 33.

cación consuetudinaria de las normas del *Corpus Iuris Civilis*, adaptándolas a los lugares y cambios sociales por medio de la creación de fórmulas nuevas.

Al principio del siglo IX, Carlomagno legisla en las capitulares, sobre la actividad notarial, establece entre otras disposiciones legales que el instrumento notarial tiene el valor probatorio de una sentencia ejecutoriada. Más tarde, los longobardos acojen la legislación carolingia en el desarrollo de la actividad del *notarii*.

En la segunda mitad del siglo IX, el emperador de Oriente, León VI el Filósofo, continúa la obra de compilación de su padre Basilio I, y escribe la *Constitución CXV*,⁷ en la que hace un estudio sistemático de los *tabularis* (antes *tabelion* ahora notario).

Este ordenamiento destaca: 1. La importancia del examen para el que pretende ingresar como *tabulari*; 2. Fija las cualidades físicas, jurídicas y morales de estos funcionarios; 3. Establece la colegiación obligatoria; 4. Fija *numerus clausus*; 5. A cada uno le da una plaza; 6. Impone aranceles.

Por ser realmente interesantes los conceptos vertidos en esta ley, a continuación transcribo algunos párrafos.

Respecto a las facultades morales:

El que vaya a ser elegido notario debe serlo por votación a juicio del decano y de los demás notarios, de suerte que conozca y entienda de las leyes y se distinga por su caligrafía, no resulte locuaz, insolente, ni de vida corrompida, sino de porte serio e inteligencia despierta, docto, prudente, con facilidad de palabra y buena escritura, para que no se vea fácilmente desconcertado por las escrituras falsas y los signos engañosos.

En cuanto a sus conocimientos jurídicos:

El candidato debe saber de memoria los cuarenta títulos del "Manual de la Ley" y conocer los sesenta libros de los "Basilicos"; debe haber estudiado también la *Enciclopedia*, a fin de no cometer falta en la redacción o incurrir en error de lectura. Que se le dé tiempo suficiente para mostrar su capacidad intelectual y física. Prometa por escrito de su mano que no ha de ser negligente, y si falta, sea expulsado de su puesto... que no se le promueva a aquel puesto por favor, recomendación, parentesco o amistad, sino por su virtud, conocimientos y plena aptitud para todas sus funciones.

⁷ El conocimiento de esta legislación se debe al notario español Félix María Falguera, quien escribió el libro *Estudios históricos-filosóficos sobre el notariado*, editado en Barcelona en 1894. Cit. por Mario Azpetia, *Derecho notarial extranjero*.

Respecto al número de notarios y su adscripción:

No debe sobrepasar el total de los notarios el número de veinte y cuatro, y no puede el prefecto que esté en funciones nombrar más de ese número so pretexto de que necesita más asesores. Si resultara haberlo hecho, pierda su cingulo y su cargo, pues no debe haber más notarios que “estaciones”.

Gran importancia tiene para el estudio del derecho notarial el siglo XIII. Los juristas glosadores de la escuela boloñesa, entre quienes destacó la figura de Rolandino, catedrático de la Universidad de Bolonia, ya que por vez primera hace hincapié en la importancia de la sistematización de los conocimientos notariales.

En el proemio de su obra conocida como *La Aurora*, se manifiesta como un conocedor del arte notarial, en los siguientes términos:

Mi papel, ciertamente, en este trabajo se asemeja al del agricultor respecto del árbol: “... porque ni el que planta ni el que riega saben algo; solo 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, adicioné el presente *Aparato*.

No creas que, como caballo desbocado, me lancé por el precipicio de un atrevimiento necio, enseñando lo desconocido y alardeando ante los alumnos de ser maestro sublime.⁸

Respecto a las cualidades que debe tener el notario dice:

... en cualesquiera negocios humanos de cuya ordenación legal se ocupe el notariado, conviene advertir dos extremos, a saber: el *ius* y el *factum*; la cuestión de derecho y la de hecho: ambos se estudian minuciosamente en esta obra, que es como el lucero matutino del arte notarial.

En efecto, el *derecho* lleva de la mano al conocimiento del arte notarial; el *hecho*, a la facilidad en el ejercicio: se engaña quien, sin estos dos recursos, pretenda conocer el arte notarial; de donde

⁸ Cfr., *La Aurora*, editada por el Ilustre Colegio de Madrid, 1950, p. 3.

se deduce que han de armonizarse en un buen notario. De uno y otro surgirá cierta coyunda armoniosa para que, sin arte, no yerre como ciego en la aplicación de las leyes, ni resulte infructuoso por falta de habilidad en el ejercicio notarial.

Otras de las obras escritas por Rolandino Passaggeri son la *Summa Artis Notariae*, *Tractatus Notularum* y *Flos Testamentorum* o *Flos Ultimarum Voluntatum*.

Le correspondía a Pedro de Ursula, quien fuera también notario de Bolonia, sustituir en la cátedra de *Ars Notariae*.

Uno de los juristas de esta época es Salatiel. En su obra *Ars Notariae* da importancia a las cualidades físicas y morales del notario, entre las que subraya, ser “varón de mente sana, vidente y oyente y constituido en íntegra fama y que tenga pleno conocimiento del arte notarial o tabelionato.”⁹

En España, en el mismo siglo XIII, al igual que en otro tiempo Justiniano hizo en Constantinopla, Alfonso X el Sabio realiza una majestuosa obra de recopilación y legislación, primero con el Fuero Real, después con el Espéculo y finalmente con las Siete Partidas. En la tercera, se regula en forma sistemática la actividad del escribano y lo describe como...

Escruiano tanto quiere decir, como ome que es sabidor de screuir; e son dos maneras dellos. Los vnos, que escriuen los preuillejos, e las cartas, e los actos de casa del Rey, e los otros, que son los Escruianos publicos, que escriuen las cartas de las vendidas, e de las compras, e los pleytos, e las posturas que los omes ponen entre si en las cibdades, e en las Villas.

En esta legislación encontramos que la facultad de nombrar a los fedatarios corresponde al rey: “Poner Escruianos es cosa que pertenece a Emperador o a Rey. E esto es, porque es tanto como vno de los ramos del Señorío del Reyno.” Quienes deben tener las siguientes facultades:

Leales e buenos e entendidos deuen ser los Escruianos de la Corte del Rey, e que sepan bien escreuir; de manera que las cartas que ellos fizieren, que bien semeje que de Corte del Rey salen, e que la

⁹ Cfr., Carlos Nicolás Gattari, Salatiel de Bolonia, citado por Bautista Ponde, Eduardo, *Origen e historia del notariado*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1967.

fazen omes de buen entendimiento: ... E otrosi deuen ser sabidores de escreuir bien, e entendidos de la Arte de la Escriuania, de manera que sepan bien tomar las razones, o las posturas que los omes pusieren entre si ante ellos.

En esa época, otorgar a alguien la facultad para redactar y dar fe de las cartas de la corte del rey, de las villas y ciudades, era una alta investidura y significaba una gran confianza de parte del soberano y un gran honor para el fedatario. El escribano debía responder a esa confianza con lealtad; al actuar deslealmente debía aplicársele una sanción, que según la ley era:

Falsedad faziendo Escriuano de la Corte del Rey en carta, o en preuillejo, deue morir por ello. E si por auentura a sabiendas descubriere poridad, que el Rey le ouiesse mandado guardar, a ome de quien le viniese estoruo, o daño, deuenle dar pena, qual entendiere que merece; e si el Escribano de Cibdad, o de Villa, fiziere alguna carta falsa o fiziere alguna falsedad en juyzio en los pleytos que le mandaren escreuir, deuenle cortar la mano, con que la fizo, e darle por malo, de manera que non pueda ser testigo, nin auer ninguna honrra mientras biuiere.

También gran importancia tuvieron en el desarrollo de la forma y del notariado el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348, las Leyes del Toro, la Nueva Recopilación de Felipe II de 1567 y la Novísima Recopilación de 1805 de Carlos IV.

En Francia, Felipe el Hermoso, dicta la Ordenanza de Amiens de 1304, referente a la función notarial.

Por otro lado, en Austria en el siglo XVI, el emperador Maximiliano I, dicta su Constitución e incluye varios preceptos que regulan la actividad del notario. En general los principios son los mismos sustentados por la tradición boloñesa y española.

Respecto de los impedimentos para ser notario manifiesta:

En primer lugar, ordenamos que respecto de las personas que han de ser aprobadas ó instituidas se tenga en cuenta su condición y cualidades, para no aprobar ni instituir las exceptuadas, como los siervos domésticos, los infames y los que no reúnen los requisitos de esta ordenanza y otros legales, los condenados con excomunión mayor, los bandidos, y, en suma, los que no pueden testificar según derecho...

Le otorgaba el carácter de funcionario en los siguientes térmi-

nos: “Siendo el Notario ó Tabelión un servidor de la República, está obligado por virtud de su oficio á extender los instrumentos, al menos cuando sea requerido con ofrecimiento de pagarlos, si se trata de cosas lícitas y no prohibidas.”

En los inicios de la época contemporánea, la revolución francesa, que hace desaparecer los estados generales: la nobleza, el clero y el estado llano, regula al notariado por la Ley del 25 ventoso del año 11. Esta legislación contribuye históricamente, entre otras aportaciones con éstas: 1. Confiere al notario la calidad de funcionario; 2. Exige la transcripción del título que acredite el derecho del enajenante, y 3. Para ser notario establece como requisito, una práctica ininterrumpida de seis años.

En España, en el año de 1862, se expide en forma codificada la primera Ley Orgánica del Notariado Español, que sistemáticamente regula al notario, la función notarial, el instrumento público y la organización notarial. Gran importancia tiene para América Latina y en especial para México, esta Ley que fue seguida y adaptada por nuestro legislador. El término notario, sustituye al de escribano, le da la categoría de funcionario y separa la actividad judicial de la notarial. Acaba con la prolífera y complicada enumeración de escribanos que existía en la tradición española. Para ser notario, se exige haber triunfado en el examen de oposición, en el cual participaban los aspirantes que tuvieran una preparación técnica y especializada.