

Evolución del Notariado

Bernardo Pérez Fernández del Castillo

Este capítulo tiene el objetivo de mencionar los acontecimientos y legislaciones más destacados en el nacimiento y evolución del notariado latino

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

Motivo de especulación para los notarialitas, es ubicar en el tiempo y lugar, el nacimiento de la fe pública. Esto no ha sido posible hasta ahora. Sin embargo puede argumentarse que tal o cual legislación empieza a dar valor probatorio a lo redactado y hecho constar por algunos artesanos de la escritura.

Puede afirmarse que en el siglo VI de la era cristiana, por primera vez existe una regulación positiva del notariado, debida a Justiniano que en su enorme obra de compilación y legislación, conocida como el Corpus Juris Civilis, dedica en las llamadas Constituciones 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, 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 copia del documento a las partes; su actuación era obligatoria y respondía ante las autoridades, si el documento por él confeccionado era nulificado por ilicitud.

- Tomado del capítulo I Historia de su libro Derecho Notarial. IV Edición, editado por Editorial Porrúa, SA México 1989

El documento redactado por el tabellio podía ser atacado ante los tribunales, como actualmente puede serlo el notarial.

No así el ius actorum conficiendorum (derecho de formas y autorizar expedientes “autos”),¹ documento judicial con valor semejante a la sentencia que ha causado estado.

Esta idea no la comparte José Bono, quien 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 tabellio, son interesantes los

¹ Bono José, Historia del Derecho Notarial Español. I 1, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid.

párrafos que a continuación transcribo, referentes a varios puntos. 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; teniendo 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 A gusto 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....

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.²

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, si no 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, o 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 el 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.

A partir del derecho justinianeo, el tabellio se convirtió en un factor muy importante en la evolución del derecho, con la aplicación consuetudinaria de las normas del Corpus Juris Civileis, adaptándolas a los lugares y cambios sociales por medio de la creación de fórmulas nuevas.

En la Edad media con el impulso del comercio, el incremento de la banca, el nacimiento de las sociedades mercantiles y el progreso de las compañías de navegación,

2. Allende, Ignacio M. La Institución y el Derecho, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969 P.33.

se desata un fuerte desarrollo en el derecho. Al regularse las nuevas 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.

Al principio en el siglo IX, Carlomagno legisla en las “Capitulares”, sobre la actividad notarial y establece entre otras disposiciones legales que el instrumento notarial tiene el valor probatorio de una sentencia ejecutoriada. Más tarde, los longobardos acogen la legislación carolingia en el desarrollo de la actividad del notario.

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 XXV³

En la que hace un estudio sistemático de los tabularis (antes tabelión ahora notorio).

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 su colegiación obligatoria; 4) Fija un numerus clausus; 5) A cada uno le da una plaza y 6) Impone aranceles.

Por ser realmente interesantes los preceptos estipulados en esta ley, a continuación transcribo algunos párrafos.

Respecto de 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 ‘Basílicos’; debe haber estudiado también la Enciclopedia a fin de no cometer falta en la redacción o incurrir un 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 virtud. Conocimiento y plena aptitud para todas sus funciones.

En relación al número 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. Entre los juristas glosadores de la escuela boloñesa, destacó la figura de Rolando, catedrático de la Universidad de Bolonia, ya que hace hincapié, en la importancia de la sistematización

³ El conocimiento de esta legislación se debe al notario español. Félix María Falguera, en su libro estudios Históricos- Filosóficos Sobre el Notariado, Barcelona. 1894. Citado por Mateo Aspetia, Esteban, Derecho Notarial Extranjero...

De los conocimientos notariales.

En el proemio de su obra conocida como *La Aurora*, se manifiesta como perspicaz 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; 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, ayudando 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, 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*.

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.⁴

Por lo que se refiere a las cualidades del notario:

... en cualquiera 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 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 Ultimatum 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, quien en su obra *Ars Notariae*, da importancia a las cualidades físicas y morales del notario, entre las que subraya ser "varón de mente sana y vidente y oyente y constituido en íntegra fama y que tenga pleno conocimiento del arte notarial o *tabelionato*".

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

⁴ Passaggeri, Rolandino, *La Aurora*, Editada por el Ilustre Colegio de Madrid. 1950. P.3

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:

Escribano tanto quiere decir, como ome que es sabidor de escreuir: 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 Escriuanos públicos, que escriuen las cartas de las vendidas, e de las compras, e los pleytos, e las posturas que los omes ponen entre sí en las Ciudades, e en las Villas.

En esta legislación aparece que la facultad de nombrar a los fedatarios le corresponde al rey:

Poner Escriuanos es cosa que pertenece a Emperador o a Rey. E esto es, porque es tanto como Vno de los ramos del Señorío del Reyno.

Los escribanos deben tener las siguientes cualidades:

Leales e buenos e entendidos duen ser los escriuanos de la Corte del Rey, e que sepan bien escreuir; de manera que las cartas que ellos finieren, que bien semeje que de Corte del Rey salen, e que la 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 pusieron 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 gran honor para el fedatario. El escribano debía responder a esa confianza con lealtad; al actuar deslealmente se le aplicaba una sanción, que según la ley era;

Falsedad faziendo Escribano de la Corte del Rey en carta, o en preuillejo, deue morir por ello. E si por aventura a sabiendas descubriere paridad, que el Rey lo ouiesse mandado guardar, a ome de quien le viniese estoruo, o daño, deuenle dar pena, qual entendiere que merece: e si el Escribano de Ciudad, o de Villa, finiere alguna carta falsa o finiere alguna falsedad en juicio en los pleytos que le mandaren escreuir, deuenle cortar la mano, con que la fizo, e darle por malo, de manera que non queda ser testigo, ninauer ninguna honrra mientras biuiere.

También tuvo gran importancia 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.

Entre tanto 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 notarios establece:

En primer lugar, ordenamos que respecto de las personas que han de ser aprobadas o 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 público, en los siguientes términos:

Siendo el Notario o Tabelión un servidor de la República, está obligado por virtud de su oficio a 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 el notariado por la Ley del 25 ventoso del año 11. Esta legislación contribuye históricamente, entre otras aportaciones con : 1) Conferir al notario la calidad de funcionario público; 2) Exigir la transcripción del título que acredite el derecho del enajenante y, 3) Establecer el requisito para ser notario de una práctica ininterrumpida de seis años.

En España, en el año de 1862m 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 público y separa la actividad judicial de la notarial. Acaba con la prolifera 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. Esta legislación sirvió de base a la mayoría de las leyes notariales de los países latinoamericanos.