Derecho Notarial

I) El Derecho Notarial como rama particular del Derecho.

II) El Derecho autónomo de la forma.

III) Codificación del Derecho Notarial.

Memoria presentada por el Notario Español R. Núñez Lagos, en el 3er. Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en París.

I

EL DERECHO NOTARIAL COMO RAMA PARTICULAR DEL DERECHO

No debo dejar que pase esta ocasión sin decir, una vez más, algunas, pocas, sencillas, elementales, palabras acerca del "Derecho notarial" Premuras de tiempo y espacio no permiten otra cosa.

No aspiro a dar una definición del "Derecho Notarial", me contentaría con mostrar una comprensión descriptiva de su posible contenido.

La unidad del Derecho.

Al hablar de "Derecho notarial", lo mismo que cuando se habla de "Derecho comercial" o de "Derecho procesal", no se piensa en diversos conceptos del Derecho ni en diferentes Derechos. El Derecho, con esta o con otra definición, es uno, que esta *ahí,* positivo o puesto por el ordenamiento jurídico obligatorio. Pero que el Derecho sea *uno,* no quiere decir que sea *simple,* esto es, que carezca de partes diferenciables por su contenido. Así, las divisiones tradicionales del Derecho en Derecho público (Derecho político, constitucional, administrativo, penal, procesal, etc., etc.) y Derecho privado (Derecho civil, mercantil o comercial, Derecho romano, etcétera, etc.).

Y el mismo Derecho civil, sujeto a la división clásica de personas, co-

sas y acciones, a través de la clasificación napoleónica de personas, bienes y modos de adquirir, en el siglo XIX, se desintegra en la sistemática de Savigny y los pandentistas alemanes en "Parte general", "Derecho de obligaciones", "Derechos reales", "Derecho de familia" y "Derecho de sucesiones" Precisamente porque una Parte general absorbió los elementos comunes, las restantes Partes (Derecho de obligaciones, Derechos reales, Derecho de familia y Derecho de sucesiones) son partes disyuntas que no tienen nada de común —porque de intento lo expulsaron— en su contenido. Todas estas partes están *enlazadas* en la Parte General; pero en sí mismas, están despedazadas, desgajadas dentro del Derecho Civil. Pero no lo niegan, sino que lo confirman, de igual modo que el Derecho civil no niega el "Derecho", sino que lo afirma.

La "Parte general" del Derecho civil significó dar a cada "parte especial" su significación propia, exclusiva y excluyente de las demás, es decir, sin elementos de las restantes partes especiales, pero manejando, llegado el caso, los elementos de la Parte general.

Ya antes que la Parte general del Derecho civil, la Parte general de las obligaciones, acuñada en el Código de Napoleón, había preparado el camino organizando la obligación en abstracto y en general, con independencia de sus fuentes (contratos, cuasi contratos, etc.).

La Parte general de las obligaciones y contratos fué, pues, el primer paso, en el camino de las generalizaciones, y la Parte general del Derecho civil, el segundo. Pero, desde luego, no el único, pues los elementos comunes a las distintas ramas del Derecho van agrupándose y generalizándose en la "Teoría general del Derecho". La dogmática, sobre la norma jurídica, sobre los sujetos, sobre los objetos, sobre las relaciones jurídicas y sobre sus fuentes (los hechos y los actos jurídicos) son comunes a todas las ramas del Derecho, tanto público como privado.

En el orden lógico-gramatical, al separar, dentro del conjunto "Derecho civil", distintos contenidos, se ha seguido un proceso mental de "adjetivación" — se ha calificado de "civil", al Derecho; de obligacional, real, familiar o sucesorio, a cada parte del Derecho Civil — y se ha ensayado, con éxito, la inclusión dentro de cada adjetivo, de un determinado objeto o contenido. Es decir: el adjetivo calificaba al substantivo Derecho, pero al mismo tiempo señalaba el *protagonista* — la obligación, el derecho real, la familia, la herencia — de cada pieza del Derecho civil.

La rama "notarial" dentro del Derecho.

Dentro de la unidad total del Derecho positivo ¿cabe una rama notarial de igual manera que hay una rama comercial, procesal o administrativa? Hay tres hechos innegables:

a) Existencia de una función pública notarial.

b) Existencia del instrumento público.

c) Existencia de una legislación notarial, esto es, la legislación que regula la función y los instrumentos públicos notariales.

a) *Función pública notarial*. — En el Derecho Administrativo se comprenden la organización y funcionamiento de todos los servicios públicos del Estado. Hay dos servicios públicos que, históricamente al menos, han quedado fuera del Derecho administrativo: los de "Justicia" y "fe pública". El primero pertenece al Derecho procesal; el segundo, a la legislación notarial. La organización de ambos servicios es, por su naturaleza, Derecho administrativo. Sin embargo, los principios generales del Derecho administrativo (1) (designación de funcionarios, su misión, su control, sus actos o decisiones, sus reglas de competencia, su jerarquía y el régimen de recursos) no son aplicables ni a la Justicia ni a la fe pública notarial. ¿Se podrá atribuir este hecho a la teoría de la división de poderes? ¿En tal caso cómo se explicaría en cuanto al notariado? ¿O es que el notariado pertenece, como antaño, al poder judicial?

Hay un hecho incontestable: el acto notarial no es un acto administrativo. No está sujeto a ningún régimen de disciplina jerárquica ni de recurso administrativo. Tiene un régimen especial (que es el de "formación de la forma" y preconstitución de la prueba de los actos auténticos), que queda fuera del Derecho administrativo.

Tenemos así un primer hecho incuestionable: la función pública notarial no se regula en el Derecho de la Administración. Ha sido excluída del Derecho Administrativo.

Unicamente ciertas reglas, en cuanto a designación, traslados y ceses de los notarios, pueden pertenecer al Derecho administrativo (en igual medida que respecto a Jueces y Magistrados). Es más, con arreglo a su naturaleza, tales normas son desde luego de carácter administrativo, porque el acto del Gobierno que designa a un notario (o a un Magistrado) es, desde luego, un acto administrativo. (Porque es acto del Gobierno y no del notario) Tal vez sea forzoso concluir que, dogmáticamente, la organización y funcionamiento del notariado — lo mismo que la de la Magistratura — sea, intrínsecamente, Derecho administrativo. Mas no se puede negar el hecho de que la organización y funcionamiento de la Justicia y la del notariado, se ha encomendado, en todos los países, a sus legislaciones especiales. De esta manera, la organización del notariado presenta un volumen de normas orgánicas específicas y diferenciales que se desgajan y se repelen del Derecho administrativo para integrarse en la legislación notarial. El carácter de profesional del notario, su sistema de retribución por arancel, su organización gremial o cor-

(1) JEZE: *Les principes generaux du Droit Administratif*. París, 1904, en especial, págs. 123 y sig.

porativa, su separación del poder judicial, si especial organización jerárquica, su autonomía y sus instituciones mutualistas, de una parte, y de otra el régimen jurídico del instrumento público, hacen que sus normas orgánicas y funcionales en todos los países hayan sido desplazadas del Derecho administrativo nacional, por lo que deben ser recogidas en el Derecho notarial. Esta legislación "orgánica" del notariado, probablemente no transforma su *naturaleza jurídica* de Derecho administrativo; pero, al referirse al notariado, en régimen excepcional o, por lo menos, por completo, al margen del Derecho administrativo común, indudablemente cambia el *objeto o contenido* de la norma y también el modo de su vigencia, por cuanto los órganos de su aplicación son distintos, la remuneración, la jerarquía, la disciplina, las sanciones y las vías de justicia (recursos) son diferentes.

b) *Existencia del instrumento público*. — Hay una clase de documentos públicos que están autorizados por el Notario y que se llaman, por lo menos a partir del siglo XIII, instrumentos públicos.

El instrumento público es, pues, muy anterior a las codificaciones del siglo XIX. Lo que equivale a decir que la ley que regula el instrumento público cualquiera que sea su fecha, es anterior al Código civil. En Francia y en España las leyes del notariado son anteriores a los Códigos civiles y tuvieron vigencia, simultáneamente, con el Derecho antiguo, anterior al Código. En otros países, con leyes notariales más modernas, el fenómeno es el mismo, por cuanto dichas leyes han recogido normas notariales más antiguas.

Las normas formales referentes al instrumento público están contenidas en las leyes notariales, a partir de la ley del Ventoso; y los Códigos civiles no hablan de la forma de los instrumentos públicos sino de la forma de los negocios jurídicos. El Derecho notarial es un Derecho formal, instrumental y no un Derecho contractual (2). Naturalmente, que el notario maneja, en proporciones ingentes, el Derecho contractual. También el ingeniero maneja y disciplina el agua en las turbinas, y no se puede decir que la "ingeniería" sea agua.

El instrumento público tiene, pues, una vieja legislación distinta de los Códigos civiles y, además, tiene, en estos Códigos civiles, un número determinado de preceptos de forma y prueba del negocio y de eficacia del instrumento que, por su naturaleza, son estrictamente notariales.

c) *Existencia de una legislación notarial*. — De los dos apartados anteriores hemos llegado a la conclusión de que existe una legislación notarial. Este es el hecho: en todos los países, incluso en el sistema anglosajón, existe una legislación notarial.

---

(2) Sobre la distinción entre *instrumentum y negotium*, véanse mis *Esquemas conceptuales del instrumento público*, núm. 10.

Legislación notarial y Derecho "objetivo" notarial

El conjunto de las normas jurídicas vigentes en un pueblo se llama Derecho objetivo. El Derecho objetivo tiene varias fuentes: la ley, la costumbre, los principios generales del Derecho, etc. La legislación es una fuente formal del Derecho objetivo, y hablar de una "Legislación notarial", es decir "Derecho objetivo notarial". En este aspecto hay que admitir la existencia de un "Derecho notarial".

La existencia de un Derecho notarial no depende de ningún Código que lo formule. Algunos países (Canadá, Cuba, Portugal) tienen leyes llamadas "Códigos del Notariado" No por eso, en esos países existe el Derecho notarial y en los otros no.

La existencia de un Derecho notarial es independiente de la forma legislativa que adopte. En varias leyes dispersas, o en una sola ley (más o menos amplia) o Código, la legislación notarial, como Derecho objetivo, constituye la materia del Derecho notarial. El contenido esencial del Derecho notarial no puede ser otro que las normas de la legislación notarial.

Tenemos, así señalado, la existencia del Derecho notarial, como Derecho positivo, objetivo.

Igualmente está acusada la primera fuente formal del Derecho notarial: la legislación notarial. A los fines de esta memoria no interesa examinar otras fuentes del Derecho notarial: costumbre, etc. Desde el punto de vista de las fuentes normales existe, en mayor o menor medida, un Derecho notarial.

El Derecho como asignatura o disciplina académica

La existencia del Derecho notarial no depende de su autonomía académica. La existencia de una cátedra en las Facultades de Derecho que se titulara "Derecho notarial", mejoraría, indudablemente, la investigación de la ciencia y técnica del Derecho notarial, pero no lo crearía, *ex nihilo*. La vieja Universidad de Bolonia ya en el siglo XIII, tuvo cátedras de Derecho notarial. Rolandino, según la tradición, explicó su "Aurora" en dicha Universidad.

Ha sido el estudio de la legislación la que ha dado origen al *nombre* (nomenclatura) de cátedras y disciplinas. Así, las distintas cátedras universitarias de Derecho, se dividían la materia del *Corpus iuris* justinianeo: cátedra de Código, de Digesto viejo, Inforciato, Digesto nuevo, y disciplinas añadidas, como el "Usus feudorum", *Arte notaria*, Decreto de Graciano, Decretales, etc. El método seguido fué exclusivamente el exegético.

La organización napoleónica de la Universidad instaura en la Facultad de Derecho las diversas cátedras, según los Códigos: Cátedra de Código civil; de procedimiento civil, etc. El mismo Derecho civil está tan puesto en duda como puede estarlo hoy el Derecho notarial. Gugnet decía: "Je ne con-

nais pas le Droit civil; je n'enseigne que le Code Napoleón" La Escuela de la Exégesis, según nos ha enseñado Bonnecase (3), no salía de una idea central: "C'est dans le Code Napoleón qu'il faut étudier le Code Napoleón"

El Derecho notarial como sistema científico

No hemos de entrar aquí en el problema de *qué es ciencia,* ni si el Derecho es ciencia. Si el Derecho "in genere" no es ciencia, no podemos exigir que lo sea el Derecho notarial. Toda consideración a este respecto desde una "teoría del conocimiento" o de una filosofía del Derecho debe quedar excluída. No es forzoso partir de la conclusión —obtenida por los juristas— de que el Derecho es una ciencia, aunque hemos de paliar el aparente absolutismo de esta afirmación, recordando aquellas palabras del profesor Carnelutti (4): "No hay que confundir la ciencia con el progreso de la ciencia, esto es, su existencia con su madurez. La ciencia comienza niña, da los primeros pasos inciertos, desapodera poco a poco el lenguaje y tarda en adquirir conciencia de sí misma. Cualquier intento de descubrir las reglas de la vida, por grosero que sea el método y por incierto que sea el resultado, es obra de ciencia. Por eso, la comparación entre la ciencia del Derecho y las matemáticas, la física y la biología podrá llevar a la conclusión de que éstas son más maduras que la nuestra, pero no a la de que aquéllas sean ciencia y la nuestra no" (pág. 8-9). "Cuando se hace la amarga comprobación de un notable desnivel entre la ciencia del Derecho, la matemática, la física o la biología, no se dice más que la verdad; pero la consecuencia que se obtiene no es que la ciencia del Derecho no sea tal, sino que no ha alcanzado el grado de tecnicismo que las otras, lo que significa su madurez. ¿Por qué? La ciencia del Derecho no ha nacido después que sus hermanas. No se trata de una mayor juventud, sino de un desenvolvimiento más lento" (ibídem, páginas 18-19).

"La unidad de la ciencia del Derecho, como la de todas las ciencias, se quiebra, necesariamente, en la pluralidad de los científicos. Y porque la obra colectiva se desarrolla según el principio de la división del trabajo, la unidad de la institución se resuelve en la pluralidad de los institutos" (ibídem, pág. 61).

"Ocurre a los científicos del Derecho, que para poder estudiar este formidable mecanismo, lo han de hacer a trozos. No de otro modo se comportan los médicos con el cuerpo humano y los ingenieros con las máquinas. En suma, hay que deshacer el Derecho para su estudio" (ibídem, págs. 61-62).

El Derecho notarial no es, pues, más que un trozo del "Derecho", y

(3) BONNECASE: *L'Ecole de l'exégèse en Droit civil.*

(4) CARNELUTTI: *Metodología del Derecho.* México (sin fecha). Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana.

ha de seguir, en mayor o menor medida, las mismas rutas de evolución de otras ramas del Derecho. No se trata de *imitar*. Pero tampoco de *inventar* la ciencia del Derecho. Hay que atenerse a las "reglas de experiencia científica", de otras ciencias y otras ramas del Derecho.

No hay por qué exigir al naciente Derecho notarial, desde el punto de vista científico, lo que no se exigió —sino muy recientemente— al Derecho civil, al admnistrativo o al procesal.

En Francia, durante buena parte del siglo XIX, *l'Ecole de l'exégese* — la mayoría de los juristas franceses — no cree en un Derecho civil científico.

No faltan en Francia precursores aislados de un Derecho Civil científico. Lassaulx, Decano de la Facultad de Derecho de Coblenza, publica su "Introducción a l'etude du Code de Napoleón", en 1812. A partir de 1819, la revista *Themis* y su fundador, *Athanase Jourdan,* denuncian la insuficiencia de los métodos de la Escuela de la Exégesis, y propugnan un Derecho civil más científico.

En Alemania, como durante el siglo XIX, no hay Código civil, los estudios universitarios se proyectan sobre el "Derecho romano común" o *modernus usus pandectorum*. Los autores se dedican a sistematizar y organizar científicamente textos y preceptos del *Corpus iuris*. Savigny había propuesto una nueva sistemática del Derecho civil: Parte general, Derechos reales, Derecho de obligaciones, Derecho de familia, Derecho de sucesiones. Todo el Derecho común se encaja en las divisiones y subdivisiones, iniciadas por Savigny y seguidas por sus discípulos. Surge así el *pandectismo* alemán: un trabajo constante de análisis, comparación, clasificación, inducción y síntesis (5). La publicación en francés del "Manuel de Droit civil", de Zachairae, de un lado, y de otro, el "Cours de Droit civil française", de Aubry et Rau, ambas obras eminentemente dogmáticas, señalan un nuevo horizonte a los civilistas franceses (6). Saleilles lanza la consigna: "A través del Código civil, pero más allá del Código civil", que sigue Geny en su "Methode d'interpretación et sources en droit privé positif", y "Science et Technique en Droit privé positif"

El llamado método científico triunfa, al fin, en Francia, la cuna de la codificación y de la exégesis. Se levanta así el "telón de acero" frente al muy rico Derecho antiguo francés (7). Italia y España, abiertas a la influencias de la pandectística alemana, recogen, con aportaciones propias y

---

(5) Cfr. HEDEMAN: *Die Fortscritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert.* Berlín, Carl Heymanns Verlag, 1935, I y II vol.; passim.

(6) La escuela de la Exégesis, contaba, sin saberlo, con una base científica: la que significaba el sistema implícito en el Código de Napoleón, esto es, principalmente, el sistema de Pothier.

(7) La escuela de la Exégesis sirvió los designios uniformistas de la Codificación francesa, frente a la diversidad de los históricos derechos regionales. (Proudhom decía:

originales, todo el movimiento alemán que pueden aplicar y asimilar, adoptando los conceptos y la sistemática alemana.

A partir de entonces, el Derecho civil, a fuerza de análisis y síntesis, de ordenación y sistema, se ha hecho más científico. El derecho civil moderno es un "sistema" de preceptos y conceptos y no un conjunto de leyes (8).

¿Y qué podríamos decir del Derecho administrativo? Ha marchado, desde el empirismo anárquico a los modernos sistemas científicos de Hauriou, Duguit, Jéze, Bonard, etc., en Francia, Orlando, Salandra, Santi Romano, Presutti, Rannelletti, Zanobini, etc., en Italia; Royo Villanova, Gascón y Marín, Jordana de Pozas, etc., en España.

El sistema para el Derecho notarial

Puesto que existe una legislación o Derecho objetivo notarial, el principal problema del Derecho notarial (científico) no es el de falta de materia (9), sino de su organización en un sistema.

Por sistema entendemos la solidaridad de los diversos elementos o partes en un todo único. Así se dice sistema solar, sistema de Copérnico, sistema óseo.

Normas y legislación son los fenómenos que ha de manejar el científico del Derecho. Tenemos una masa de normas de Derecho positivo (notarial) que manejar, que analizar para clasificar, que comparar para agrupar, *ordenar* (10) e inducir, que *generalizar* para abstraer un principio o una hipótesis.

Hay que inducir de las especies, el género. "El género —dice Carnelutti— (ibídem, pág. 74) es un parto de nuestra mente; su realidad, a diferencia de la especie, no es fenoménica sino interior; en suma, solamente la especie es un fenómeno, mientras el género es un concepto".

"*L'unité* de la législation établie par le Code Napoleon, est un avantage inestimable pour la France; mais pour en obtenir la jouissance tout entière, nous devons avoir soin de nous dégager de beaucoup d'anciens préjugés". "Ces préjuges —añade Bonnecase— n'etaint autres, que la tendance a remonter á l'ancien Droit ou a Droit romain, pour expliquez le Code Napoleon". *Introduction a l'étude du Droit,* París, 1930, pág. 182. Pero este "telón de acero" frente al derecho anterior, al prescindir de muchos textos y preceptos se privó de muchos conceptos. Se empobreció la terminología jurídica y por lo mismo, las bases en que apoyar una sistemática científica.

(8) La evolución del Derecho procesal, puede verse (elementalmente) en *Esquemas,* nota 6.

(9) La *materia* no podría limitarse a las fuentes formales, sino a todo lo que Geny ha llamado "donné reél: donné historique; donné rationel et donné ideal"

(10) "Le savant doit *ordonner;* on fait la science avec des faits comme une maison avec des pierres; mais une accumulation de faits n'est pas plus une science qu'un tas de pierres n'est une maison". (H. POINCARE, La *Science et l'Hypothèse,* París, Flammarion, pág. 168) "L'experience est la source unique de la verité... Qu'est-ce donc qu'une bonne experience? C'est celle qui nous fait connaitre autre chose qu'un fait isolé; c'est celle qui nous permet de prevoir, c'est-a-dir celle qui nous permet de *généraliser*. Car sans généralisation, la previsión est imposible". (Ibidem, pág. 169).

Hay, finalmente, que ordenar, que sistematizar. La ciencia es, en último término, sistema. Dentro de la materia notarial hay que llevar el orden de los preceptos, a los conceptos, a las actividades del notario y a las de las partes.

¿En torno a qué *principios*? El Derecho administrativo encontró en torno a la *actividad del Estado* (función pública, acto administrativo, recursos) su principio rector; el Derecho procesal, en torno a la *actividad del Juez* (acción, relación jurídico procesal, sentencia); el Derecho notarial lo puede y lo debe encontrar en torno a la *actividad del notario*.

La "Administración pública" es el *protagonista* del Derecho administrativo; el Juez, del Derecho procesal; el Notario, del Derecho notarial. Frente a esos tres protagonistas, las personas privadas tienen también un papel que representar: interesados, litigantes, comparecientes. Pero en los tres casos, tales personas "privadas" adquieren matices "públicos"

Provisionalmente podríamos afirmar que el Derecho notarial, tiene por contenido la "actividad del notario y de las partes en la formación del instrumento público". Un sistema de Derecho notarial contendría preceptos y conceptos notariales, debidamente analizados y comprobados, urbanizados en torno a la actividad jurisdiccional del notario.

Creemos que sin afanes exhaustivos pueden apuntarse algunos principios (11).

---

(11) No pretendemos dar valor absoluto a estos principios. El que menos podrá tener el valor de una "hipótesis convencional", útil para el sistema ordenador. No olvidemos las palabras de Poincaré: "Quand on a un peu plus réfléchi, on a aperçu la place tenue par l'hypothèse; on a vu que le mathématicien ne saurait s'en passer et que l'expérimentateur ne s'en passe pas davantage. Et alors, on s'est demandé si toutes ces constructions étaient bien solides et on a cru qu'un souffle allait les abattre. Être sceptique de cette façon, c'est encore être superficiel. Douter de tout ou tout croire, ce sont deux solutions également commodes, qui l'une et l'autre nous dispensent de réfléchir" "Au lieu de prononcer une condamnation sommaire, nous devons donc examiner avec soin le rôle de l'hypothèse; nous reconnaîtrons alors, non seulement qu'il est nécessaire, mais que le plus souvent il est légitime. Nous verrons aussi qu'il y a plusieurs sortes d'hypothèses, que les unes sont vérifiables et qu'une fois confirmées par l'expérience, elles deviennent des vérités fécondes; que les autres, sans pouvair nous induire en erreur, peuvent nous être utiles en fixant notre pensée que d'autres enfin ne son des hypothèses qu'en apparence et se réduisent à des définitions ou à des *conventions* déguisées". "Ces dernières se recontrent surtout dans les mathématiques et dans les sciences qui y touchent. C'est justement de lá que ces sciences tirent leur rigueur; ces *conventions* sont l'oeuvre de la libre activité de notre esprit, qui, dans ce domaine, ne reconnaît pas d'obtacle. Là, notre esprit peut affirmer parce qu'il décrète; mais entendons-nous; ces décrets s'imposent à notre science, qui, sans eux, serait impossible; ils ne s'imposent pas à la nature. Ces décrets, pourtant, sont-ils arbitraires? Non, sans cela ils seraient stériles. L'expérience nous laisse notre libre choix, mais elle le guide en nous aidant à discerner le chemin le plus commode. Nos décrets sont donc comme ceux d'un prince absolu, mais sage, qui consulterait son Conseil d'Etat" "Quelques personnes on été frappées de ce caractère de libre convention qu'on reconnaît dans certains principes fondamentaux des sciences" (H. POINCARE: *La science et l'Hypathèse.* París, Flammarion, págs. 2-3).

a) *Principio de la forma*. (De él hablaremos a continuación —Derecho de la forma— por cuanto es el eje del tema del III Congreso).

b) *Principio de la inmediación*. (La fórmula "ante mí") Al Derecho notarial incumbe, más que a ningún otro (12) el principio de la inmediación. La presencia física, directa, inmediata de las personas —*comparecencia*— y de las cosas —*exhibición*—, es la base del Derecho notarial. Es una actividad "de hecho", de *visu et auditu sui sensibus*. En este principio se funda el otro *principio de la autenticidad o fe pública*.

Las excepciones al principio de inmediación, se rigen por el principio de la notoriedad.

c) *Principio de la notoriedad*. La legislación notarial da cauce documental a ciertos hechos —hechos notorios —que el notario no presencia, pero que conoce, bien de propia ciencia (13) (identidad de los comparecientes, ejercicio actual del cargo de gerente, etc.) o bien acreditándolos en un procedimiento especial, llamado "acta de notoriedad"

d) *Principio de la "unidad de acto formal"* De él nos hemos ocupado recientemente (14). Es la *forma* del principio de inmediación.

e) *Principio de "matricidad" o protocolo*. El notario retiene, archiva y colecciona ordenadamente las matrices o minutas. La legislación regula todo lo referente al aspecto corporal del instrumento público (clase de papel, manuscritura y medios mecánicos, disposición de escritos y blancos, salvedades y enmiendas, colección, numeración de los instrumentos y de los folios, encuadernación, notas de referencia, índices, deberes de custodia y archivo, etc. Esta legislación sobre matrices y su conservación, puede ser agrupada bajo el principio de matricidad o protocolo. No se desprecie por nimio este principio: "inmediación", "forma" y "protocolo" han hecho al notariado. Y recordemos que, si ha habido un Newton para lo muy grande, también hubo un Pasteur para lo muy pequeño.

Los documentos notariales que constituyen excepción al principio de

---

(12) El principio de inmediación también se invoca, con exactitud, por los procesalistas. En materia de práctica de la prueba (testigos, confesión judicial, sobre todo), el principio de inmediación judicial cobra su máximo sentido. Pero tomar declaración a un testigo, ¿no tiene un contenido análogo a la función notarial? La función esencial judicial, ¿no es la de juzgar, esto es, dictar resoluciones (decretar y sentenciar? Pues, precisamente, en esta actividad del Juez no hay verdadera inmediación: a la parte se le *notifica*, una vez resuelto. Por otro lado, entre la inmediación notarial y la judicial siempre existe la diferencia de funcionario: Notario o Juez.

(13) Véase nuestra nota de jurisprudencia "Escrituras de apoderamientos, en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 3 (enero-marzo, 1954), págs. 220 y siguientes.

(14) *Esquemas* citados, núm. 78 y sig.

protocolo por entregarse originales —y no por copias— a los interesados, son muy escasos: testimonios, brevet, etc.)

f) *Principio de legalidad*. Todas las actividades del notario son actos reglados por el Derecho. Aquellas facultades que pudieran aparecer como discrecionales (denegar o excusar sus servicios, por ejemplo), en el fondo están regladas y garantidas incluso con recurso de queja ante los superiores jerárquicos (Tribunales, Cámaras de disciplina, Juntas directivas, etc)

El principio de legalidad comprende dos grados:

1) El Notario ha de atenerse a la ley en las normas sobre "forma del instrumento" y "forma del negocio" Esto es, Derecho notarial puro.

2) En aquellos países en que al notario compete la redacción del negocio jurídico ha de adaptar la voluntad de las partes a la ley sustantiva. Igual presencia de ley ha de tener el notario al cumplir con su deber de consejo legal. Esto no es Derecho notarial puro, sino Derecho notarial aplicado. Es, en su mayor parte, Derecho contractual, pero con modalidades de aplicación — reglamentarias, técnicas o usuales — por el notario.

g) *Principio de consentimiento*. Es una consecuencia del principio de legalidad, en cuanto la ley admite el principio de la autonomía de la voluntad privada, de la libertad civil. El consentimiento en la esfera notarial desempeña un papel múltiple:

1) En la esfera de los hechos: El consentir por el compareciente, es un *hecho* que el notario inquiere, presencia, recibe y narra en el instrumento público. Es un problema de capacidad natural. Todo ello con arreglo a las normas especiales de la legislación notarial.

2) En la esfera del Derecho: La existencia del consentimiento es una cosa: la *suficiencia* del consentimiento es otra. No todo consentimiento es suficiente para la validez del acto o contrato. Entran en juego aquí:

1) Límites legales a la autonomía de la voluntad.
2) La capacidad civil de goce y de ejercicio.
3) La legitimación para el acto o contrato, y en su caso la titularidad.
4) Prohibiciones o limitaciones de disponer.

En toda esta materia del principio del consentimiento, en la esfera del Derecho, juega más el Derecho notarial aplicado que el Derecho puro.

h) *Principio de literalidad, fe pública o autenticidad*. Es de amplio contenido. por lo que no es posible, en esta ocasión, más que indicarlo (14 bis).

(14 bis) Nuestro pensamiento está, en buena parte, reflejado en *Esquemas*, cit. 131 y s. La terminología "fe pública", es de gran arraigo en Derecho notarial: "La tonction des Notaires consiste dons à assurer la foi des Actes"; ils ont la *foi publique* en leurs mains: leurs Actes sont proprement Ecritures publiques, solemnelles, et autentiques". (DE FERRIÉRE: *La science parfaite des Notaires, ou Le parfait Notaire*. París, 1744, pág. 9.).

i) *Principio de comunicación del instrumento público*. En el sistema notarial, la audiencia es privada y el protocolo es secreto. Por tanto, no existe directamente, publicidad alguna. Sin embargo, como quiera que los actos notariales son, por su fin, transitivos, tienen que trascender, de alguna manera, aunque sea limitadamente, fuera de la audiencia, lo que se logra por las normas de "comunicación del instrumento público", a las partes y a terceros.

Este principio agrupa:

Comunicación a partes e interesados; comunicación a terceros (Registros públicos, etc.); intervención judicial en la comunicación del instrumento público; modos de comunicación y clases de copias.

II

EL DERECHO AUTONOMO DE LA FORMA

Existencia de un Derecho de la forma: su objeto; sus límites

Forma y derecho notarial no coinciden. El Derecho de la forma o de las formas sólo de un modo geométricamente secante se interfiere en el Derecho notarial.

Prescindiendo de las formas exclusivamente verbales —*mancipatio, stipulatio,* testamento abierto ante testigos en peligro de muerte, etc.— son de innegable evidencia, en el Derecho actual, ciertas manifestaciones de formalismo típico pero sin notario —testamento ológrafo, letra de cambio, etc.—. Podemos, por tanto, afirmar que el Derecho notarial, dentro del Derecho de las formas, pertenece a aquellas *formas escritas* —documentales— intervenidas por el *funcionario público,* notario. El Derecho notarial se refiere, pues, a las formas "documentales" y "funcionaristas". El precedente romano lo tendríamos en la *in iure cessio* y en la *insinuatio*.

El Derecho notarial es, por tanto, ante todo, un *Derecho documental* (15) que se refiere a una clase de documentos —los documentos públicos—, y dentro de éstos, a una categoría, más restringida y típica: los instrumentos públicos.

Quedan, de esta manera, expulsados del derecho notarial:

a) Las formas meramente verbales u orales.

---

(15) La función documental es *accesoria* en otros funcionarios públicos; en el Notario es función *principal,* casi única. Todas las demás funciones del Notario se dan en torno al documento.

b) Las formas escritas que no constituyan documentos públicos.

c) Las formas públicas intervenidas por funcionarios distintos del notario (jueces, funcionarios administrativos, etc.).

Objeto del Derecho notarial.

Tenemos así una primera afirmación incuestionable: el Derecho notarial es sólo una parte del Derecho de la forma.

Tiene por *objeto*: aquella forma pública intervenida por el Notario, denominada, a partir del siglo XIII, instrumento público.

Lo que equivale a poner de manifiesto que hay dos columnas sobre las que se erige el Derecho notarial: el Notario y el Instrumento. De igual manera que en el Derecho real existe una relación jurídica de persona o cosa, en el Derecho notarial hay también una persona—el Notario—y una cosa—el Insrumento público—. El documento sin firma de notario no pertenece al Derecho notarial. La actividad del notario sin documento —en potencia o en acto—, es extraña al Derecho notarial. El notario existe *para* el documento público notarial; esto es, para el instrumento público. Por lo mismo, el documento, como la cosa en el derecho real, es elemento esencial, principal y final del Derecho notarial.

Forma de la forma.

El Derecho notarial —repitámoslo— no comprende todo el Derecho de la forma —quedan fuera las formas sin notario—; pero, en cambio, la parcela del "Derecho de la forma" que pertenece al Derecho notarial ha de ser objeto de una consideración directa y principal y no accesoria. En Derecho civil pensamos directamente en el negocio jurídico y la forma se nos presenta como un ingrediente constitutivo (esencial, natural o accidental), que acompaña al acto. En Derecho notarial hemos de posar nuestra mirada en ese ingrediente formal en su sentido inmanente y convertirlo en objeto directo de nuestro estudio científico. Este esfuerzo mental que convierte en objeto de reflexión exclusiva lo que normalmente es mero medio, no es la posición acostumbrada del civilista, pero ha de ser, desde luego, la del investigador del Derecho notarial.

El primer resultado de este punto de vista es diferenciar dos cosas distintas, pero no idénticas: el instrumento como forma (voluntaria o necesaria) del negocio jurídico, y el instrumento en sí mismo, como forma del acto —procedimiento— notarial. La ley exige, por ejemplo, para un contrato, la forma escrita, la forma notarial o la forma judicial. Pero lo exige como *resultado* — la escritura, la resolución judicial — pero no como *procedimiento*. Será la ley procesal (o la notarial) la que regulará la forma (el procedimiento) para la forma (resultado). El Derecho notarial no regula la forma

de los contratos, sino las formalidades o forma procesal —procedimiento (16)— para dar forma sustantiva a los contratos (o negocios jurídicos). Para llegar a una resolución judicial —forma exigida, por ejemplo, para la adopción— hace falta seguir un procedimiento, producir una serie de actos procesales de las partes y del Juez. El "auto" aprobando la adopción es uno de los dos elementos integrantes de la *forma* pública (auto + escritura notarial), pero, para el Derecho procesal, el auto es uno de los tantos eslabones o actos procesales. De igual modo, el instrumento público es el resultado de aplicar una serie de actos y formalidades, de normas del Derecho notarial —aspecto corporal del instrumento público: papel, escritura, redacción, lectura, consentimiento, firma. protocolización, numeración del instrumento, foliatura, copias, notas, etc.—. El notario no puede, con su sola intervención, producir el instrumento público: uno por uno, todos sus movimientos están reglados. El notario necesita sujetarse, antes de la firma y después de la firma, a una serie de normas adjetivas, formales, y que en su conjunto definen el Derecho notarial como Derecho formal; lo que antes que nada quiere decir: Derecho que en sí es todo, colección de formalidades, esto es. forma y procedimiento (17), FORMA DE LA FORMA y no sólo forma de actos y contratos civiles. La forma de los *actos notariales* se nos presenta más amplia, y más compleja, que la forma del *acto jurídico* o contrato que se contenga en el instrumento.

Desde otro punto de vista, sustituído como hemos dicho, el objeto del análisis lógico —suplantado el *negotium* por el *instrumentum*— percibimos, en seguida, que el mismo *negotium* se modifica necesariamente, colocándonos en la obligación de investigar cuáles son esas modificaciones morfológicas y su trascendencia en la escala de los valores jurídicos. Lo que implica conocer, críticamente, el *negotium*, antes y después de la forma notarial; su valor constitutivo, declarativo o reconoscitivo; su fuerza de obligar y su fuerza de probar. La misma materia puede tener distintas cualidades. teñida de rojo o teñida de azul. El mismo pacto, distinto valor, al pasar por el crisol de las solemnidades notariales: la misma materia civil se convierte, por la forma del molde, en materia auténticamente querida, otorgada y publicada. Por aquí hay una dirección que investigar. (Ver después "Teoría de la redacción").

---

(16) En el sentido de "proceder", manera de obrar, método de actuar.

(17) A diferencia de las leyes procesales, la Ley notarial, si bien regula la forma y modo de todas y cada una de las actividades instrumentales del Notario, no regula, en en cambio, el tiempo de cada una de ellas, por lo que no hay plazos de preclusión. Sin embargo, la preclusión, aunque no se da evidentemente por el plazo, si se da por el acto, pues no cabe duda, de que después de firmada la matriz, ha precluído el derecho de desistimiento que tenía la parte, y después de obtenida una primera copia, ha precluído el derecho a obtener, la misma parte, otra primera copia.

La ordenación de las formalidades notariales.

El Derecho notarial es un Derecho de la "forma de la forma", de formalidades *en* o *para* la forma. El cumplimiento de las normas sobre formalidades implica, como condición *sine qua non,* actividades del notario y de las partes, esto es, deberes del notario, cargas facultades y situaciones jurídicas de las partes. Estas formalidades y situaciones se pueden agrupar alrededor de tres relaciones jurídicas:

a) De "parte" a notario.
b) De "parte" a "parte".
c) De notario a instrumento público.

a) *Relación jurídica de "parte" a notario.*

I) *Antes de la firma del instrumento.* Se ha hablado mucho de esta relación jurídica, a semejanza de la procesal —de "parte" a juez— tan fecunda para la sistematización del Derecho procesal.

Es indudable la existencia para el notario —como para el juez— de *deberes* frente a las partes, que tienen *derecho* a exigir una determinada actividad oficial al Notario o al Juez. Pero, ¿estos deberes —del Juez y del Notario— no son los deberes de *atendibilidad* de todo funcionario público?

Por el *lado pasivo* del funcionario, la analogía es evidente. Por el *lado activo* del funcionario nos encontramos con la siguiente diferencia: frente al juez, la parte queda vinculada *in limine litis* (18); frente al notario, la "parte", antes de la firma del documento, puede desistir libremente de otorgarlo.

El desistimiento —que es una facultad o derecho potestativo— nos lleva a confinar esta posible relación jurídica entre las relaciones jurídicas potestativas o facultativas. Pero esta facultad de desistimiento, si bien se mira, únicamente da derecho a las partes a elegir entre *desistir* o *acatar* el procedimiento o formalidades notariales. Mientras la parte no desiste, queda sujeta al formalismo notarial. La ley impone a la parte la *carga* (19) de una actividad, si la parte quiere llegar al resultado propuesto. O desiste o sufre tal carga.

Rota, pues, toda identidad con la relación jurídica procesal, en suspenso el derecho de desistimiento, la relación jurídica notarial puede, evidentemente,

---

(18) Véase *Esquemas,* núm. 5.

(19) La carga procesal exige una cierta actividad de la parte si ésta quiere evitar un concreto efecto dañoso. La carga, en el sentido de que habamos aquí, exige una actividad, más que para evitar, para obtener un determinado efecto beneficioso. El cumplimiento de la carga es un *presupuesto de eficacia.*

llenar un papel ordenador, sistemático. En último término, un valor de hipótesis constructiva.

En este aspecto hay que incluir aquí:

a) *Teoría de la rogación*:

1) Quien puede pedir la prestación de los servicios notariales.
2) Formulación de la voluntad de las partes.
3) Deber de escuchar.
4) Deber de consejo legal.
5) Deber y derecho de secreto profesional.
6) Deberes de inhibición y excusas por parte del notario.
7) Deberes de colaboración de la parte:

x) Sinceridad.
y) Aportación de documentación y antecedentes.
z) Deberes económicos.

8) Desistimiento: obligaciones de las partes para con el notario, después del desistimiento.

b) *Teoría de la redacción*:

1) Deberes generales del notario en cuanto a la forma y contenido del acto (Redacción y narración).

2) Deberes especiales como jurista en cuanto al acto o contrato (Derecho contractual aplicado).

3) Deberes profesionales impuestos por los usos, prácticas y tradiciones notariales.

Los deberes de redacción indicados en la sub. 1) pertenecen al Derecho notarial puro o estricto. Existen incluso en aquellas legislaciones notariales (Chile, Perú, etc.), en las que el Notario no redacta contratos ni testamenos.

Los deberes de redacción indicados en la sub. 2) y sub. 3) parece que, únicamente, en tanto la legislación notarial contenga preceptos especiales de redacción (fórmulas o normas sobre fórmulas) en cuanto pertenecerán al Derecho notarial. La infracción de estos preceptos especiales sería, igual que la de los incluídos en la sub. 1). quebrantamiento de forma, en grado leve, grave o gravísimo. Los restantes deberes de redacción (en cuanto al acto o contrato) son deberes del Notario, ¿como tal Notario o como jurista? Desde luego, su infracción ya no sería quebrantamiento de forma. Por su naturaleza, el Derecho contractual es Derecho sustantivo, como todo lo que integra el *plano del "negotium"*; lo que Rolandino, siguiendo a Rainiero de Pe-

rugia y otros autores del siglo XIII, llamaron el "tenor negotii" Mas es lo cierto que las normas sobre el "negotium" se explican en los viejos tratados del "Arte de notaría" entre las "reglas de redacción" o "Redacción de instrumentos públicos". A través de las reglas, el "pacto" del Derecho civil queda convertido en "cláusula", y es más —después de la firma (20)— en cláusula "autenticada".

De esta conversión — que se prepara en la redacción— nacen tres preguntas:

1.ª ¿Se puede decir que el Derecho sustantivo haya sido transformado en esta manipulación notarial?

2.ª ¿Se puede decir, por el contrario, que permanece intacto? ¿En qué medida le puede afectar la función del "cavere" recordado para el Notario por Carnelutti?

3.ª ¿Se puede decir que el Notario, como tal Notario, no responde de la infracción de la ley sustantiva? ¿Podemos llegar a la conclusión, en vista de que el Derecho contractual no es un Derecho notarial, de que el Notario no responde como tal Notario (sino como jurista profesional) de la nulidad del contrato o testamento pr infracción de ley sustantiva, que la respnsabilidad notarial sólo es exigible por quebrantamiento de forma?

El Derecho sustantivo, en la "cláusula" notarial no ha cambiado de naturaleza, como tampoco transmuta su naturaleza el oro en el crisol ni menos en el troquel. Pero cambia de *forma*. El lingote sin cuño oficial ha adquirido el valor cartal de moneda.

El negocio jurídico, por un procedimiento jurídico-notarial, ha quedado otorgado —consentido y asumida la paternidad— por las partes contratantes y publicado, esto es, hecho público por un funcionario público que interviene por razón de su cargo y mediante un procedimiento establecido por la ley.

De igual manera que el procesalista alemán Goldschmidt (21) ha dicho que el Derecho sustantivo, al ser aplicado por el Juez, sin dejar de ser sustantivo ni llegar a ser Derecho procesal, es *Derecho justicial material,* así podemos decir que el Derecho sustantivo, al ser manipulado o por lo menos recibido por razón de su cargo por el Notario, al ser acuñado por éste en forma pública, se convierte en Derecho notarial material o sustantivo, que

---

(20) Parte de estas consideraciones debieran hacerse al hablar de relación jurídica notarial *después* de la firma del instrumento. Apremios de brevedad y deseo de no dispersar lo referente a redacción del instrumento, nos llevan a este pecado contra la lógica.

(21) *Teoría General del Proceso*. Edición española. Madrid. Labor. § 2. págs. 26 y sig.; y *Problemas Generales del Derecho*. Buenos Aires, págs. 131 y sig.

he llamado en otra ocasión *Derecho notarial aplicado* (22) Este punto de vista que pudiéramos llamar de "servicio público", arranca del Derecho sustantivo de su genuino campo privatista para envolverlo en un manto público, para investirlo de autenticidad. Las formas y fórmulas notariales típicas dan valor —la fe pública— a contenidos de Derecho civil, lo que permite separarlos, al menos conceptualmente, aunque no normativamente, de su tronco sustancial. Para la integración de esos contenidos sustantivos, no hace falta que éstos queden totalmente desligados de su tronco, ni que se altere su sustancia. Unicamente indica que a pesar de su conexión con otras ramas del Derecho coexistentes, hemos aprehendido en nuestras redes, en nuestros troqueles, formas o fórmulas, la materia que precisamos y que a causa de ello hemos establecido un límite de separabilidad, un linde diferencial, entre la misma materia antes y después de su aprehensión, y entre la materia aprehendida y la excluída, entre oro acuñado y oro en barras.

Aunque únicamente nos quedaran estos deberes del Notario —inclusión o exclusión de la materia civil dentro del molde y calibre del instrumento público y consiguiente responsabilidad civil como tal Notario—, habría que meditar mucho, antes de expulsar del Derecho Notarial, *todo* lo que hemos llamado "Derecho notarial aplicado"

II. *Durante la "audiencia"*. Es un *hecho* que todas las legislaciones consagran: la reunión de los comparecientes —y en su caso de testigos— ante Notario, para proceder a la solemne lectura, consentimiento y firma del instrumento público. A esta reunión, en el viejo Derecho notarial, se le llamaba "audiencia", creo que con toda precisión (23)

La relación jurídica notarial —de "parte" a Notario— subsiste, y con la misma naturaleza voluntaria: el compareciente antes de firmar, incluso después de la solemne lectura, puede usar su derecho de desistimiento.

¿Cuáles son los deberes (o cargas) de la relación jurídica notarial, durante la audiencia?

Muy esquemáticamente podemos señalar:

a) *Deber de presencia física*. Es la principal aplicación del principio de inmediación. Entra en juego toda una "teoría de las personas en el nstrumento público": distintas clases de comparecientes, testigos, peritos. etc., etc. (Cfr. Esquemas, núm. 12 y sig.).

---

(22) Sería, sin duda, más correcto hablar del Derecho civil (o comercial) aplicado al Notariado. Pero nos aleja del núcleo aglutinante, del troquel, que no es otro que la forma notarial, el *instrumentum*. De igual forma que Savigny hablaba de Derecho de familia puro y Derecho de familia aplicado (en lugar de hablar de propiedad y contratos aplicados al Derecho de familia, que hubiera sido lo exacto), nosotros hemos hablado de Derecho notarial puro y Derecho notarial aplicado, con idéntico sentido traslativo y tal vez con igual impropiedad que el glorioso fundador de la "Escuela histórica del Derecho", en cuya autoridad amparo la distinción.

(23) Cfr. *Esquemas,* cit. núm. 68 y s.

b) *Deber de simultaneidad*. Lo impone la unidad de acto formal —todos los comparecientes, testigos, etc.—distinta de la unidad de acto sustantiva—todas las *partes conratanes*—. (Cfr. Esquemas, núm. 78 y sig.).

c) *Deber de lectura*.

d) *Deber de advertencias*.

e) Actos de *significación jurídica* por parte de los comparecientes.

1) Deber de hablar (*"verbis"*): declaración de los comparecientes al Notario de que se han enterado y que están (o no) conformes. (Actos de perfección).

2) *Deber de prestar* (*"re"*): cumplimiento total o parcial de obligaciones: entrega de precios, cosas, etc. (*"dationes"*).

Estos actos de significación jurídica son trascendentales en la técnica notarial. El compareciente ha acudido a la audiencia, a solemnizar el instrumento público, para realizar precisamente esos actos de significación jurídica.

Son actos que el compareciente *quiere comunicar* al Notario (que vende, que compra, etc.) y que *debe* comunicarlos para perfeccionar el acto auténtico.

Son actos a los que el compareciente *quiere dar un sentido,* una eficacia; que tengan un valor jurídico (el comprador, adquirir la cosa, etc.).

Este sentido o significación es el que también *quieren* comunicar al Notario. El *fin* perseguido por los comparecientes adyace en sus actos.

Son actos, finalmente, que *quieren* los comparecientes que se fijen auténticamente en el documento.

f) *Firma del instrumento*. Es un acto final de cumplimiento significativo.

III) *Después de la firma del instrumento*.

La relación jurídica de parte a Notario, después de la firma del instrumento, ha dejado de ser potestativa. La facultad de desistir se ha extinguido.

Mas las partes continúan con una serie de facultades sobre el instrumento público: es lo que constituye la teoría de la comunicación del instrumento público. He aquí un posible esquema:

I. Comunicación a partes e interesados.

a) Deberes del Notario y personas legitimadas.

b) Forma de comunicación:

1) *Oral*: derecho a pedir información. Exención del derecho de secreto.

2) *Ocular*: derecho de ver y leer la matriz.

3) *Escrita*: derecho a obtener copia. Sus clases.

c) Comunicación con intervención judicial.

II. Comunicación a terceros: Deberes del Notario en cuanto a los Registros públicos.

b) *Relación jurídica entre las partes contratantes.*

I) *Antes de la firma.*

Las partes, antes de la firma del instrumento público. no tienen entre sí, por el hecho de la rogación, otros ni distintos vínculos que los que hubieren establecido por sus pactos o contratos (obligaciones de hacer, precontratos, promesas de venta, opciones, ventas perfectas, etc., verbales o en documentos privados)

No siempre fué así: la *rogatio*, con la entrega al Notario de los títulos de propiedad, por parte del transmitente, producía en Derecho medieval una *derelictio, exfestucatio* o *Auf-lassung* del derecho del transmitente (24), y en Derecho bizantino una *denegatio actionis* (25) con una significación práctica muy semejante a la actual excepción de litis pendencia.

Se trataba de salvar los inconvenientes del desistimiento durante el intervalo entre rogación y firma del instrumento público. Parece que la misión de la "scheda", "brouillars", recibidor o minutario, era la misma (26). En el acto de la rogación, en el libro o cuaderno "recibidor", el Notario extendía un conciso apunte del contrato concertado que hacía firmar a las partes.

En la actualidad, la rogación al Notario no produce efectos entre las partes, ni sustantivos ni notariales.

II. *Durante la "audiencia"* Los actos que hemos llamado de significación jurídica por parte de los comparecientes no son actos de dirección única —hacia el Notario—. sino de destino compartido —hacia el Notario y hacia la contraparte—. Le interesan al Notario, en cuanto los interviene y autentica; le interesan a la contraparte, en cuanto van dirigidos a ella. El "deber de hablar" (*verbis*), tiene por destinatario principal al Notario, por cuanto éste tiene que recibir y autenticar el consentimiento del compareciente. Mas no por eso deja de tener por destinatario, en segundo plano, a la contraparte. A la inversa, el "deber de prestar" (*dationes*) tiene por destinatario principal a la contraparte —*accipiens*— y el Notario no recibe, sino que ve, interviene y autentica.

---

(24) BRESLAU: *Handbuch der Urkunden lehre für Deutschland und Italien* 1915, t. I, pág. 83.

(25) BRUNNER: *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*. págs. 74 y s.

(26) Véase *Esquemas*, nota 88.

III) *Después de la firma del instrumento público.*

Las relaciones jurídicas entre las partes, después de la firma del documento público, son múltiples:

1) En cuanto al negocio: fuerza de obligar.
2) En cuanto al instrumento: fuerza de probar.

1) *Fuerza de obligar*. La fuerza de obligar de los contratos procede en el Derecho moderno del consentimiento. Incluso los contratos llamados reales o formales por el Derecho civil necesitan (antes y además de la entrega o la forma solemne), el consentimiento.

La fuerza de obligar pertenece al Derecho civil. Mas todos los Códigos civiles, a partir del de Napoleón, han incluído un tipo de documentos "actos reconoscitivos" (actes récognitifs, art. 1.337 C. Napoleón; 1.224 Código civil español).

Los actos de reconocimiento suponen un documento *primordial* que el acto de reconocimiento necesariamente recoge, confirma y solemniza. Mas si frente al documento primordial, el documento subsiguiente puede reconocer, también puede derogar. exinguir. Luego el instrumento público, en sí mismo, puede responder a una de estas tres categorías: a) documento primordial; b) documento reconoscitivo; c) documento extintivo. Esto hace que el instrumento se interfiera en la eficacia constitutiva, reconoscitiva o extintiva del negocio.

El instrumento público será primordial cuando sea autónomo, cuando el consentimiento de los comparecientes no quede enlazado con un consentimiento y documento anterior que le sirva de medida y de calibre. Lo que no quiere decir que tal consentimiento y documento anterior necesariamente no *existan,* sino que, aunque hayan existido, no *subsistan,* con vigencia plena o menos plena, porque si subsisten, el acto no es primordial, sino reconoscitivo. Primordial es una caegoría lógica: cualidad y rango de primero. En él, y *sólo en él,* viven las relaciones jurídicas. O no es primordial.

Esta autonomía de consentimiento es autonomía en su "perfección" y, por tanto, el negocio jurídico, es constitutivo, "nace" con la firma del instrumento. No hace referencia ni a un consentimiento anterior ni a ningún consentimiento posterior.

Así. son constitutivos:

1') Los documentos públicos exigidos por la ley como forma *ad solemnitatem*. (Testamento, adopción, donación, enfiteusis, hipoteca, etc.). *Antes* de la firma del instrumento, el negocio es inexistente.

2') Los instrumentos notariales, cuando antes de su otorgamiento no

existen, o si existen no tienen aún vigencia, de hecho o de derecho, relaciones jurídicas entre las partes.

3') Las escrituras sustitutivas. Las partes, antes de la formalización del instrumento público, han tenido relaciones jurídicas de arras, precontratos, etc., en documentos privados, por ejemplo. Pero el instrumento público prescinde, en su texto, en su relación, de tales relaciones jurídicas y documentos privados, porque precisamente no quiere ser recognoscitivo, y se coloca en la posición primordial de acto constitutivo, de contrato autónomo. En dos palabras: el instrumento constitutivo o primordial es un acto "isla"; el reconoscitivo, un acto "península": queda necesariamente comunicado con el precedente acto primordial.

Tal vez se nos puede alegar que los términos "constitución, reconocimiento y extinción", pertenecen al Derecho civil. Tendríamos que rectificar diciendo que a la "Teoría General del Derecho", un paso más que la "Parte general" y común a todas las ramas jurídicas (27). El Derecho administrativo y el procesal —sobre todo éste— los utiliza, tanto o más que el Derecho civil. Hubo, precisamente, un gran avance en el Derecho procesal cuando se aplicó esa distinción a las sentencias, y se halló el tipo de sentencia "declarativa' (o reconoscitiva) y "constitutiva" en contraposición a las clásicas sentencias "de condena" La misma distinción se ha aplicado a la clasificación de las acciones y, en general, de todas las actuaciones o resoluciones procesales.

Con igual lógica, podemos hacer aplicación de dichos elementos —(constitutivo, reconoscitivo, extintivo)— de la Teoría General del Derecho —(común a todas las ramas del Derecho)— al Derecho notarial, para situar los instrumentos públicos, por su contenido y redacción, los unos respecto de los otros. Es una ordenación lógico-jurídica de los instrumentos públicos, en relación con su fuerza de obligar entre las partes.

2) *Fuerza de probar* (Ha sido tratado en "Esquemas", núm. 131 y sig.).

c) *Relación jurídica de Notario a instrumento público.*

I. *Antes de la firma.* El instrumento público es una "cosa corporal" El Notario entra en relación con él desde que toma posesión del protocolo de su antecesor —(nacimiento de los deberes específicos de custodia y de la responsabilidad consiguiente y, en especial, la criminal por infidelidad en la

(27) Constitutivo, reconoscitivo y extintivo, son conceptos jurídicos con valor de categorías, y como tales, aplicables a múltiples fenómenos jurídicos: como nacimiento, crecimiento y muerte, son categorías del pensar biológico, aplicables a múltiples seres. No verlo así es como no distinguir entre "dos mesas" y el número 2, entre "este tapiz rojo" y "lo rojo" Nacimiento y "constitución" relegan todo lo anterior a la "embriología"

custodia de documento público)— y estampa su firma en la nota de apertura —(primera formalidad instrumental)— de su propio protocolo. al que va incorporando (28), numerando y foliando —(formalidades de tracto sucesivo)— uno a uno, los subsiguientes instrumentos públicos (29).

Es una relación jurídica de Notario a protocolo, de persona a cosa. Mas a diferencia de los derechos reales, el Notario no es el propietario, sino el servidor del protocolo.

Inmediación, forma de la forma y protocolo son tres grandes principios de la fe pública notarial. Notario y protocolo son independientes.

Antes de redactar y extender un determinado y concreto instrumento público, el Notario está en relación con él, por un conjunto de normas que lo prevén. Son las formalidades y deberes del Notario en cuanto a la apertura y formación de protocolos (o de libros especiales), uso de determinada clase de papel, su aspecto y distribución de renglones, escritos y en blanco, reglas formales de redacción, enmiendas y salvedades, etc.

II. *Durante la audiencia.*

El texto del instrumento es lo que se *exhibe, se lee* (y no su borrador, pruebas o copia), lo que *se aprueba* y lo que *se firma*. Cualquier infracción de los deberes del Notario en esta aplicación del principio de inmediación (de cosa) tendría carácter gravísimo.

III. *Después de la firma.*

El Notario tiene una serie de deberes frente al instrumento en sí mismo como cosa cororpal. El Notario es no el dueño, sino el servidor del instrumento.

a) *Formalidades de protocolización.* El Notario debe incorporar el instrumento al protocolo, dándole numeración subsiguiente al último instrumento protocolizado. Debe, además, foliar todas sus hojas siguiendo la numeración correlativa de todas las del protocolo.

b) *Conservación.* Encuadernación. Archivo, etc. Deberes de custodia.

c) *Notas de referencia* (de oficio o a instancia de parte), haciendo constar en un documento anterior, la existencia de otro posterior, etc.

— — — —

(28) Para Francia, cfr. DE FERRIERE: "Le Roy Louis XII, par son Ordonnance à Lyon au mois de jouin 1610, article 65, enjoint à tous Notaires et Tabellions de faire bons et suffisans Registres et Protocoles des Contracts et Actes par eux reçus et passés, et de les mettre par ordre selon la priorité et posteriorité, afin que si on en avoit besoin, on pût avoir recours au Protocole ou Registre". (*Ob. cit.*, pág. 8).

(29) En los países en que los instrumentos públicos se extienden en libros oficiales, foliados, sellados y diligenciados por autoridad superior y entregados al Notario en blanco, variará la clase de formalidades iniciales y sucesivas, pero subsistirán éstas.

Al final de este trabajo debemos hacer constar la humildad de nuestro propósito. No hemos querido —tampoco hubiéramos podido— establecer un sistema científico de Derecho notarial. El Derecho notarial seguirá, en otras manos mejores, su órbita de evolución. Nos contentaremos solamente con ver la terminación de su invierno y el preludio de su primavera. Mientras tanto, hay que luchar contra dos cosas: una, el desaliento; otra, la crueldad.

Desaliento. Nada ni nadie debe frenar nuestra fe en la historia milenaria y en la misión del notariado y del instrumento público. El escepticismo es un pecado; la actitud negativa, un suicidio. Nuestro deber es proseguir, no renegar de nuestras tradiciones. Hay que alentar la investigación sobre el Derecho notarial: hay que estudiar y hacer estudiar; escribir y hacer escribir. Bien sé cuál es la dificultad del Derecho notarial científico: los que lo pueden hacer (catedráticos, científicos, etc.) no lo saben ver; y los que lo pueden ver (notarios prácticos) no lo saben hacer (salvo excepciones). Pero con constancia y esfuerzo el Notariado puede y debe superar esta dificultad.

Crueldad. El Derecho notarial es niño o está enfermo; es cruel exigirle un rigor científico superior al logrado en otras ramas del Derecho. Cuando se exija algo al Derecho notarial hay que preguntarse antes si otros Derechos han llenado el requisito pedido. Un elemental principio de igualdad impone que el Derecho notarial no tenga peor trato que otras ramas del Derecho, aunque una noble emulación científica nos lleve a desear en todo momento la superación consante, primero de nosotros mismos; después, de los demás.

Creo que no sería pecar de ambiciosos si pudiéramos formular las siguientes o parecidas.

CONCLUSIONES

1.ª La existencia del Derecho notarial como Derecho objetivo —ordenamiento jurídico del notariado y del instrumento público— no puede ser negada. El mayor o menor volumen de sus normas no influye en su naturaleza.

2.ª El mencionado Derecho notarial objetivo puede ser objeto de métodos científicos al igual que lo han sido otras ramas del Derecho. El Derecho notarial no tiene ninguna incapacidad intrínseca para su sistematización científica.

3.ª El Derecho notarial, como sistema científico, presenta a la hora actual una tardía evolución científica respecto de otras ramas jurídicas.

4.ª El Derecho notarial científico debe tener, como materia de estudio, investigación y construcción lógica-jurídica, los preceptos y conceptos sobre

el Notario, la función notarial y el instrumento público (Derecho notarial puro), con exclusión de los negocios jurídicos objeto del Derecho sustantivo.

5.ª No obstante dicha exclusión global, deben ser objeto de estudio, dentro del Derecho notarial, aquellas normas singulares de la específica legislación notarial que se refieran a los requisitos de la redacción de los contratos y demás declaraciones de voluntad, lo mismo que aquellas modalidades, técnicas o usuales, de aplicación por el Notario, del Derecho sustantivo (Derecho notarial aplicado)

6.ª Las instituciones de los distintos notariados deben favorecer la investigación de los principios y conceptos del Derecho Notarial, encargando con la antelación debida a juristas especializados, conferencias, artículos de revista, monografías, etc., sobre temas concretos acerca de la función notarial y el instrumento público, bien en su aspecto dogmático, bien en su aspecto histórico. Ha de tenderse a la depuración de una terminología notarial tanto contemporánea como histórica.

7.ª Es aconsejable la formación de bibliografías nacionales sobre el notariado y el instrumento público. Para su mayor facilidad y rapidez, cada notariado podría comenzar la publicación de dicha bibliografía por lo que conste en los ficheros de sus bibliotecas nacionales o principales. De igual manera, la reimpresión y difusión de obras clásicas, cartularios y formularios, facilitaría la labor a los estudiosos del Derecho notarial.

III

CODIFICACION DEL DERECHO NOTARIAL

A primera vista podría creerse que el problema de la codificación es idéntico al del Derecho científico. Sin embargo, nada más lejos de la realidad. Basta pensar que la madurez científica —no lograda aún ni en el Derecho civil— es cosa diferente de la madurez legislativa.

La codificación es un desarrollo de la legislación. En la legislación hay una parte movediza, circunstancial. y otra permanente, fija, sedimentada. Unicamente el tiempo decide, *a posteriori,* la suerte de la legislación. Las leyes, en su vigencia histórica, viven y mueren; como las aguas del río, pasan o reposan, se hacen superficie efímera o limo profundo. La legislación que pasa es sólo oportunismo político. La legislación que queda es materia de Código. La madurez legislativa, significa antes que nada, permanencia, estabilidad.

La primera decantación de la materia legislativa la han recogido las "recopilaciones".

La recopilación no sólo conserva el precepto, sino el texto. La recopilación *ordena* los textos vigentes con arreglo a un esquema muy amplio (personas, cosas, acciones, por ejemplo). La recopilación no resume, no es síntesis; ni innova ni generaliza.

La codificación significa, además de madurez en la materia, una cierta madurez en la formulación de esa materia. Son los juristas en sus obras, los Tribunales en sus resoluciones, los que van formulando preceptos y conceptos acerca de una institución. La codificación no sólo tiene en cuenta los "textos" de las leyes, sino en cierta medida los de los autores, y en mayor escala los de la jurisprudencia. Es un trabajo de refundición de preceptos (y no de conceptos), y lo que parece innovación, frecuentemente no suele ser más que selección o transacción entre distintas instituciones vigentes en un mismo Estado.

Los campos de ciencia y codificación son, pues, distintos.

La ciencia se refiere principalmente a conceptos y principios, sistema y nomenclatura. La codificación, a preceptos, y sólo secundariamente, con una finalidad instrumental, a conceptos y terminología.

La ciencia recoge principios y conceptos aceptados, admitidos como ciertos. La codificación, preceptos decantados por la historia y maduros en su desarrollo.

La codificación, más que ciencia es "urbanismo" La legislación anterior al Código es campiña con caserío disperso. En el Código, por el contrario, las instituciones, como las casas en la ciudad, se agrupan sólidamente en barrios, se alinean en calles, en libros, en títulos, capítulos y secciones. El codificador, como el urbanista, tiene que idear la traza de la ciudad en vista de lo que ha decantado la historia.

El legislador, en frente de la codificación notarial, tiene que plantearse el problema de la extensión de su obra; si se va a incluir en ella únicamente el ordenamiento del instrumento público, o si con mayor sentido práctico, pero menos ciencia, ha de abarcar todo lo que históricamente ha sobrevivido en la legislación notarial, en los usos, prácticas y tradiciones notariales.

En el primer aspecto —Código del instrumento público— hay que evitar la entrada, en el Código notarial, de preceptos de Derecho sustantivo (civil o comercial), tarea, por otra parte, fácil, puesto que tales preceptos ya figuran codificados en los Códigos civil y comercial. En el segundo aspecto —Código orgánico— no es posible evitar la entrada de infinidad de preceptos de carácter administrativo, porque además de que no existe la codificación administrativa, los preceptos sobre el notariado no figuran más que en las mismas leyes notariales.

En España, aunque con el modesto nombre de Reglamento notarial —es decir, dentro de la potestad reglamentaria de la Administración— se ha emprendido, en los úlimos tiempos, una verdadera obra de codificación, respetando la vieja ley de 1862 y, ni que decir tiene, los Códigos sustantivos.

Una comisión de notarios presididos por el Director General de los Registros y del Notariado, señor don Maximino de la Miyar y de la Miyar, también notario (de Bilbao), ha dado cima al anteproyecto, que ha sido entregado al Señor Ministro de Justicia, que en España goza del título y prerrogativas de Notario Mayor del Reino.

En la mencionada comisión hemos trabajado con entusiasmo y hemos visto aceptada la sistemática, que debidamente autorizados, damos a conocer a continuación:

Proyecto de Reglamento notarial español

TITULO PRELIMINAR
Principios fundamentales.

LIBRO PRIMERO

DEL INSTRUMENTO PUBLICO

TITULO I
Presupuestos.
CAPITULO I
Jurisdicción y competencia notariales.
CAPITULO II
Relación jurídica notarial.
Sección 1.ª
Rogación.
Sección 2.ª
Deber secreto.

TITULO II
Naturaleza y efectos del instrumento público.

TITULO III
Clases de instrumentos públicos.

TITULO IV
Las personas en el instrumento público.
CAPITULO I
El Notario.
CAPITULO II
El compareciente.
CAPITULO III
Comparecientes adjuntos.
CAPITULO IV
Comparecientes por sustitución del causante.
CAPITULO V
Actos sin compareciente.
CAPITULO VI
Juicio de capacidad.
CAPITULO VII
Juicio de identidad.
Sección 1.ª
Fe de conocimiento.
Sección 2.ª
Identificación extraordinaria.
Sección 3.ª
Disposiciones comunes a las dos secciones anteriores.
CAPITULO VIII
De otras personas en el instrumento público.
Sección 1.ª
Testigos instrumentales.
Sección 2.ª
Testigos de conocimiento.
Sección 3.ª
Testigos asertorios.
Sección 4.ª
Intérpretes.
Sección 5.ª
Peritos.
Sección 6.ª
Firmante por sustitución.

TITULO V
Las secciones o partes del instrumento público por razón de las personas.

CAPITULO I
La comparecencia.
CAPITULO II
La intervención.

Sección 1.ª
Los modos de intervenir.
Sección 2.ª
Intervención simultánea y adhesiva.

TITULO VI
Formalización del instrumento público.

CAPITULO I
El acto.
CAPITULO II
El texto del otorgamiento.
CAPITULO III
El texto de la autorización.

TITULO VII
Contenido del instrumento público.

CAPITULO I
Redacción de las declaraciones de voluntad.
Sección 1.ª
Disposiciones generales.
Sección 2.ª
Exposición
Sección 3.ª
Estipulaciones o cláusulas.
CAPITULO II
Clases de escrituras por su redacción.
Sección 1.ª
Escrituras de constitución.
Sección 2.ª
Escrituras de reconocimiento.
Sección 3.ª
Escrituras de obras y servicios públicos.
Sección 4.ª
Elevación a público documento privado.
Sección 5.ª
Escrituras adicionales.
Sección 6.ª
Escritura de adhesión.
Sección 7.ª
Escrituras de subsanación.
Sección 8.ª
Escrituras de extinción.
CAPITULO III
La narración de los hechos.
CAPITULO IV
Clases de actas.
Sección 1.ª
Actas de presencia.
Actas de exhibición.
Actas de subasta o concurso.
Actas de notificación.
Actas de protesto.
Actas de protestas de mar.
Actas de protocolización.
Actas de depósito.
Sección 2.ª
Actas de manifestaciones.
Sección 3.ª
Actas de notoriedad.
Sección 4.ª
De los testimonios.

TITULO VIII
Aspecto corporal del instrumento público.

CAPITULO I
De las matrices.
CAPITULO II
Conservación de los instrumentos públicos.
Sección 1.ª
Formación de protocolos.
Sección 2.ª
Protocolo general.
Sección 3.ª
Los protocolos reservados.
Sección 4.ª
Reconstrucción de protocolos.
Sección 5.ª
Indices cronológicos de los protocolos.
Sección 6.ª
Archivos de protocolos.
CAPITULO III
Libro indicador.
CAPITULO IV
Indice alfabético.

TITULO IX
Comunicación de los instrumentos púvlicos.

CAPITULO I
Comunicación de los instrumentos públicos a partes e interesados.

Sección 1.ª
Notario competente y personas legitimadas.
Sección 2.ª
Modos de comunicación.
Sección 3.ª
De la intervención judicial en la comunicación del instrumento público.
Sección 4.ª
De las copias.
CAPITULO II
Comunicación de los instrumentos públicos a terceros.
Sección 1.ª
De los Registros de la Propiedad y Mercantil.
Sección 2.ª
Del Registro General de Sociedades de Responsabilidad Limitada y Anónimas.
Sección 3.ª
Del Registro civil.
Sección 4.ª
Del Registro General de Actos de Ultima Voluntad.

LIBRO SEGUNDO

DE LA INVESTIDURA NOTARIAL

TITULO I
Del ingreso en el Notariado.

CAPITULO I
Forma de inyreso.
CAPITULO II
Requisitos habilitantes.
Sección 1.ª
Condiciones personales de los aspirantes.
Sección 2.ª
Documentación para el ingreso.
Sección 3.ª
Tribunal censor.
Sección 4.ª
Celebración de oposiciones.
Sección 5.ª
Del nombramiento.
Sección 6.ª
De las fianzas.
CAPITULO III
Del título, posesión y escalafón.

TITULO II
Contenido de la investidura notarial.
Deberes y prerrogativas de los Notarios.

CAPITULO I
Del deber de residencia y de las ausencias.
CAPITULO II
Prerrogativas y honores de los Notarios.
CAPITULO III
Relaciones del Notario con sus compañeros.
Sección 1.ª
Deberes de compañerismo.
Sección 2.ª
El estudio del Notario.
Sección 3.ª
Zonas.
Sección 4.ª
Distribución de documentos.
CAPITULO IV
De la retribución de los Notarios.

TITULO III
Modificaciones en la investidura notarial.

CAPITULO I
Modificaciones objetivas.
Sección 1.ª
Creación y supresión de Notarías.
Sección 2.ª
Clasificación de las Notarías.
Sección 3.ª
Permutas.
Sección 4.ª
Traslados.
Subsección 1.ª
Antigüedad en la carrera.
Subsección 2.ª
Antigüedad en la categoría.
Subsección 3.ª
Disposiciones comunes.
Subsección 4.ª
Oposiciones entre Notarios.

CAPITULO II
Modificaciones subjetivas temporales.
Sección 1.ª
Sustituciones.
Sección 2.ª
Excedencias.
Sección 3.ª
Inhabilitación temporal.
Sección 4.ª
Suspensión.
CAPITULO III
Disposiciones comunes.

TITULO IV
Extinción de la investidura notarial.
CAPITULO I
El cese: tiempo y forma.
CAPITULO II
El cese: sus causas.

TITULO V
Del ministerio de la fe pública en el extranjero.

TITULO VI
Fe pública en asuntos electorales.
CAPITULO I
Ejercicio por los mismos Notarios.
CAPITULO II
Ejercicio por funcionarios habilitados.

LIBRO TERCERO
ORGANIZACION DEL NOTARIADO

TITULO I
Organización corporativa.
CAPITULO I
De los Colegios Notariales.
CAPITULO II
Del gobierno del Colegio'
Sección 1.ª
Juntas generales.
Sección 2.ª
Juntas directivas.
Sección 3.ª
De la presidencia.
Sección 4.ª
De los censores, del tesorero y del secretario.
Sección 5.ª
De la Junta de Decanos.

TITULO II
De la organización jerárquica y disciplinaria.
CAPITULO I
Del Ministro de Justicia y Notario Mayor del Reino.
CAPITULO II
De la Dirección General de los Registros y del Notariado.
CAPITULO III
De las Juntas directivas y del Decano.
Sección 1.ª
Juntas directivas.
Sección 2.ª
Del Decano.
CAPITULO IV
De las correcciones disciplinarias.
CAPITULO V
Del Tribunal de Honor.

TITULO III
Organización mutualista de los Notarios.
CAPITULO I
Caja de Responsabilidad Civil.
CAPITULO II
Mutualidad Notarial.
Sección 1ª
De la Mutualidad Notarial en general.
Sección 2ª
De la intervención de las Juntas directivas de los Colegios Notariales en la administración de la Mutualidad Notarial.
Sección 3.ª
De la Junta de Patronato de la Mutualidad Notarial.
Sección 4.ª
De las subvenciones a las Notarías incóngruas.
Sección 5.ª
De las pensiones y auxilios a las familias de los Notarios fallecidos.
Sección 6.ª
De las becas para hijos y huérfanos de Notarios.