

CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA DIPLOMATICA NOTARIAL

DR. JOSÉ BONO
Notario de Sevilla

1. INDICACIONES PRELIMINARES

1. En medio de la inabarcable multiplicidad de los hechos documentales, se nos muestran los documentos notariales como una realidad institucional, como un sistema documental, plenamente diferenciado, en Italia desde el s. XII, y en el área románica de Occidente desde el s. XII. Son ya los notarios *publicae personae publica officia gerentes* según la definición salateliana¹. En su práctica profesional han conformado, en un mantenido afán de *novas edere formas*², un desarrollado y estable formulario, de sorprendente uniformidad en todas partes, una *communis practica* que se inspira en el común pensar jurídico dominante, que en buena parte va siendo recogido en los diferentes ordenamientos jurídicos.

Un único sistema como unidad plenamente estructurada³ de hechos documentales forma la gran masa de la documentación notarial. En efecto, son uniformes (salvo detalles no esenciales) las reglas de escrituración que rigen los momentos y formalidades de la formación textual (*nota* y *scriptura originalis*; protocolo como *scriptura matrix*), la renovación documental (*translata*), la validación documental (*signum* como símbolo de perfección del doc.). Es también uniforme la estructura o composición textual del doc. (uniformidad de la ordenación de los *capitula* del *tenor negotii*; identidad de *publicationes*; universalidad de las *renuntiationes*). Es común el léxico notarial en latín (canonización de los *verba speciales*; fijación de una terminología notarial), y por consecuencia el léxico correlativo en los idiomas vernáculos presenta significativas semejanzas. Finalmente, la amplia colección de tipos documentales, enriquecida con *novae formae*⁴, se caracteriza por la universalidad de estos nuevos tipos documentales,

1. SALATIEL, *Ars notariae*, ed. ORALNDELLI 1961, 1, p. 7 y 2, p. 8.

2. Cfr. BONO, *Sobre la esencia y función del notariado románico* (1984), 36; el pensamiento constante en ROLANDINO y sus epígonos de *natura semper deproperat novas edere formas*, lo encontramos ya en la const. *Tanta*, 533 (C 1.17.18).

3. Pues aceptamos la definición de R. STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft* 1911, 364: *Das system es ist eine erschöpfend gegliederte Einheit*.

4. No conocidas en la tradición documental altomedieval, como el *i. debiti ex causa cambii* (del que deriva la letra de cambio), la *protestatio litterae cambii*, muchas variedades del apoderamiento, la comenda mercantil, diversas modalidades de préstamo marítimo, el seguro, etc.

entre los cuales debe señalarse como ejemplo paradigmático el *instrumentum matrimonii contrahendi per verba de presenti*⁵.

Una disciplina jurídica, el *Ars notariae*, en la Baja Edad Media, y su continuadora, la literatura notarial de la Edad Moderna, han recogido y reelaborado doctrinalmente los resultados de la práctica notarial; y con la utilización de esta difundida literatura profesional se favoreció en muy buena medida el proceso hacia la uniformidad de la documentación notarial.

2. Afirmada la sustantividad de este campo documental, es lógico plantearse la cuestión de su emplazamiento en el cuadro de la disciplina diplomática.

La Diplomática puede ser definida como la explicación crítico-formal de los sistemas documentales en su desenvolvimiento histórico. En esta disciplina no ha tenido hasta ahora un encuadre muy definido el sistema documental elaborado por los notarios.

En efecto, todo el corpus doctrinal diplomático, partiendo de la división originaria de las *Formulae Maculfi* en *cartae regales* (como tales exentas de corroboración testifical), y en *cartae pagenses* o docs. particulares (estrictamente testificales) y asimilando los docs. pontificios a los imperiales y reales, fue fraccionado a partir de los *Beitr.z.Diplom.* de Th. SICKEL, 1-8, 1861-1882, en Diplomática del doc. real [e imperial], Diplomática del doc. papal, y Diplomática del doc. particular (*Privaturkunde*, en la terminología alemana, *acte privé*, en la francesa), estimando como tal, por exclusión, todo doc. que no fuera real ni papal.

Esta Diplomática residual del doc. particular comprendía, inevitablemente, heterogéneos sistemas documentales (de cancillería señorial, comunal y episcopal, curiales laicales y de la Iglesia, notariales, etc.), y su propia materia fue tratada con alguna separación en los tratados de Diplomática generales (p.ej. en GIRY y BRESSLAU); mas logró su consagración en exposiciones especiales que canonizaron la Diplomática tripartita⁷.

Pero esta tripartición no aspiraba en sus orígenes a ser definitiva⁷, y la agrupación de todos los doc. no reales ni papales bajo una única denominación era a todas luces defectuosa e inexacta⁸. Pero el hecho es que aún perdura aquella tripartición y persiste la confusa agregación bajo la equívoca etiqueta de *acte privé* (al. *Privaturkunde*) á *défaut d'une meilleure expression*⁹.

5. Escritura de matrimonio por mero consentimiento ante el notario, en uso en Italia, Francia y España (su modelo, procedente de SALATIEL, se recoge en P 3.18.85); cfr. BONO *Esencia y función del Not. roman.* 36. n. 111.

6. O. POSSE, *Die Lehre von den Privaturkunde* 1887 = 1974; H. STEINACKER, *Die Lehre von den nichtköniglichen u. nichtpäpstlichen (Privat-) Urkunde*, en el *Grundriss der Geschichtsw.* de A. MEISTER 1, 1, 1906; O. REDLICH, *Die Privaturkunden des Mittelalters*, en el *Hb. der mittelalt. u. Neueren Geschichte* de G. v. BELOW-F. MEINECKE, 4, 3, 1911; H. STEINACKER, *Die antiken Grundlagen der frühmittelalt. Privaturkunde*, en el *Grundriss* de MEISTER, *ErgB.* 1, 1927; A. DE BOUARD, *Manuel de Diplomatie française et pontificale*, 2, *L'acte privé*, 1948.

7. STEINACKER, *Ant. Grundl.* 1: *nur vorläufige Geltung beanspruche.*

8. REDLICH, *Privaturk.* Vorwort.

9. BOUARD, *L'acte privé*, 11.

3. En la actual situación de crisis de los fundamentos en que se halla la Diplomática (quizás más en el papel que en la realidad) y en la que el diplomata se afana por encontrar los rasgos esenciales que puedan definirla, *e non ritrova, pensando, quel principio ond'elli indige* (DANTE, *Parad.* 33.134-135), creemos que no es improcedente sustituir esta admitida partición de la disciplina diplomática, infundadamente basada en la persona del *actor* documental (el rey o emperador, el papa, los particulares), por la basada en el *auctor* documental (cancillería, curia, notariado, o los mismos particulares en la documentación idiográfica, sigilada o no)¹⁰. Así se establecería una Diplomática de cancillería (papal, imperial, real, señorial, episcopal, municipal), Diplomática curial (de las jurisdicciones imperial o real, pontifical, señorial, episcopal, comunal) y Diplomática notarial (de los docs. autorizados por notario); además habría la Diplomática del doc. particular (*sous seing privé*, de suscripción privada, con sigilación o no).

También debemos abandonar la pseudodefinition del doc. particular como el doc. meramente no-real y no-papal, que constituye un juicio o proposición negativa que, como los lógicos nos enseñan¹¹, no arroja ningún conocimiento sobre la esencia del sujeto del juicio: que el doc. particular no es doc. regio ni pontifical no nos da ninguna luz sobre la esencia misma del doc. particular.

4. La finalidad de nuestro trabajo es intentar fundamentar la sustantividad de la Diplomática notarial en el marco de la Diplomática general, mediante el establecimiento –partiendo de los hechos documentales y en un estricto procedimiento analítico de inferencia lógica– de los conceptos básicos documentales con especial referencia al campo notarial. Esta axiomática o *principia diplomatica* ha de elaborarse a través de las nociones (categorías) de materia, forma, esencia y función documentales.

Nuestra exposición necesariamente es muy sumaria. *Est brevitare opus ut currat setentia* (Horacio, *Sat.* 1.10.9).

2. LA CREACIÓN DOCUMENTAL

1. Todo texto escrito (*scriptum*) es la versión, mediante signos gráficos o escritura, de cualquier contenido (una poesía, un relato histórico, una misiva, un discurso, una ley, una sentencia, un privilegio, un contrato, etc.), que constituye su materia, con una forma o notas características, materia a la cual es inherente una substancia o esencia que definen su quidditas, y una función o finalidad cualificativa.

10. Esto ya lo apuntamos en nuestra *Breve Introducción a la Diplomática notarial española. Parte I.*, 1990, 12.

11. J. M. DE ALEJANDRO, *La Lógica y el Hombre*, 1970, 183.

Cuando la materia es una actuación voluntaria vinculante (*voluntarium factum* como dicen acertadamente nuestros docs. altomedievales), por lo tanto una actuación (*negotium*) de trascendencia jurídica; cuando la forma es preestablecida o requerida; cuando la esencia de ello es un otorgamiento voluntario acreditado; y cuando la finalidad es la fijación y afirmación (*fides*) de los términos de la vinculación surgida de la actuación, es cuando el *scriptum* (el *genus proximus* en la terminología lógica), producto de un mero *scribere*¹², es ya una *scriptura*, resultado de un cualificado *conscribere*¹³, de una escrituración. Las modalidades de materia, forma, substancia y función son las *differentiae specificae* que determinan la *species* documento, siguiendo la exigente terminología lógica.

De lo anterior se infiere un primer principio: sólo puede conceptuarse como documento (en la *suppositio* o acepción diplomática) el texto escrito de una actuación vinculante, es decir de trascendencia jurídica, en la forma requerida, otorgado y acreditado a fin de la fijación de sus términos.

2. El documento comprende en sí dos actividades: la actuación que constituye su contenido (*actio*, al. *Handlung*), el *negotium conscriptum*, y la actuación misma documental (*conscriptio*, al. *Beurkundung*), la *conscriptio negotii*¹⁴.

Estas dos actividades son concurrentes y necesarias: sin la actuación, *actio*, sin un contenido no puede originarse el documento, pues es —empleando la terminología de la Escolástica— su *causa materialis*, y sin la escrituración, *conscriptio*, no puede nacer el doc., pues es su *causa formalis*. El doc. es, a la vez, la escrituración de una actuación, y como tal un hecho documental (una conformación textual concreta), y una actuación escriturada, un hecho jurídico (una formulación negocial concreta). Ambas actividades constituyen un único “acto simultáneo”, si bien la *actio* preceda siempre, como antecedente, desde el punto de vista lógico, a la *conscriptio*: una escrituración antes de la actuación es un contrasentido. Sin embargo, FICKER, *Beitr.* 1,64, habla de una “*Beurkundung vor der Handlung*” en el supuesto de un hecho (*Tatsache*; *factum*, cast. *fecho* en nuestros docs. altomedievales) realizado mediante y por el mismo doc.¹⁵. Tal es lo que ocurre cuando el doc. es jurídicamente constitutivo; pero el “hecho” mismo no es posterior al doc., es acto simultáneo con la escrituración; es pues incorrecta la apreciación de FICKER. También hay simulta-

12. *scribere* = “poner por escrito, escribir”; *scriptum* = “escrito”, acepción genérica; cfr. *in cartis membranivse [scribere] carmen vel historiam vel orationem* (D 41.1.9.1), *testamentum vel codicillos [scribere]* (D 48.10.15 pr), *iura scripta, ius scriptum* (D 1.3.35, 36). Vide HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des röm. Rechts*, 10ª ed. 1958, s. v. *scribere*; FREUND *Grand Dict. de la langue lat.* tr. THEIL, 1865, s. vv. *scribo, scriptum*.

13. *conscribere* = “componer, consignar por escrito”; cfr. *conscribere edicta, -conditiones, -testamentum, codicillos*. Vide HEUMANN-SECKEL s. v. *conscribere*, FREUND, *Dict. lat. s.v. conscribo*.

14. Sobre la diada *Handlung-Beurkundung*, cfr. H. BRESSLAU, *Hb. der Urkundenlehre*, 3.ª ed. 1958, 2, 62-90 y J. FICKER, *Beiträge zur Urkundenlehre 1877 = 1966*, 60-266.

15. *Beitr.*, l. c.: *Vollziehung der Thatsache durch die Urkunde selbst, also einer Beurkundung vor der Handlung*; *ibid.* 62: *Die Handlung muss nicht immer der Beurkundung vorausgehen*.

neidad aun cuando el “hecho” haya sido consumado con anterioridad a la escrituración (supuesto frecuentísimo); en esta suposición, la *actio* documental es la declaración del reconocimiento del *factum* consumado.

De aquí el principio de que actuación y escrituración, como antecedente y consiguiente, constituyen un acto simultáneo indefectiblemente.

3. La escrituración es un acto de creación (*augere*) documental y exige un “autor” (*auctor*) de tal actividad. En cambio la actuación escriturada, como acto declaratorio de voluntad (*agere*) precisa de un actuante, otorgante o “agente” (*actor*).

El *auctor* documental es la persona que, individualmente como el notario, o encuadrada en una organización, como una cancillería o curia, desempeñando un cometido público (*officium publicum*), o bien privadamente actuando en sus propios *negotia* (idiografía), elabora y crea el documento, dándole la forma requerida en su clase. El *auctor* (de cancillería, de la curia, o bien notario o simplemente particular) es pues el que confiere la forma al doc.; el modo ordinario formal es el *stilus* o *cursus*, compilados en *usus* o *regulae* de cancillería y curiales y en los manuales notariales, siendo recogidas muchas de estas reglas de forma en los ordenamientos legales.

El *actor* documental, de otra parte, es el que realiza la *actio* escriturada, y como tal no confiere la forma aunque sí proporciona la materia del doc. Normalmente es persona distinta del *auctor* documental (pues la gran mayoría de los docs. son alógrafos, de extensión ajena); pero en ciertos casos (de extensión idiográfica o propia), una misma persona es la otorgante y la que extiende el doc.; pero en este supuesto son diferentes y no se confunden el momento de la *actio* como declaración de voluntad del *actor* y el de la *conscriptio* como versión escrita de aquélla y en la que el *actor* toma el papel de *auctor*, atestando (acreditando) con su firma tal versión como genuina (auténtica).

De lo que antecede se afirma que en todo documento existen indefectiblemente las figuras del *auctor* que crea, formándolo, el doc. como autor del mismo, y el *actor* o agente y otorgante del negocio que constituye el contenido documental; y que si una misma persona realiza el *augere* y el *agere* ínsitos en el doc. no por ello se confunden una y otra actividad.

4. El doc. notarial (*scriptura publica, instrumentum publicum*) es aquel cuya creación se realiza por la persona que el ordenamiento jurídico establece para tal cometido, pues éste se entiende como una función pública de autenticación documental; esta *persona publica propter publicam utilitatem ordinata*¹⁶ es el notario (*notarius publicus*)¹⁷.

16. St. MARCILLET, *Doctrinale flor. not.*, r. quid sit not. (ed. Milán 1510, f. 1va).

17. Sobre el establecimiento legal del *publicus notarius* en el s. XIII, cfr. BONO, *Hist. del D. not. esp.* 1, 1, 1979, 186-99.

3. MATERIA DEL DOCUMENTO: LA ACTUACIÓN

1. La actuación, *voluntarium factum*, manifestación de voluntad vinculante, dirigida intencionadamente a su trascendencia jurídica, es la materia, el contenido necesario –*causa materialis*– de toda escrituración posible.

Las modalidades de la *actio* son innumerables, pero todas ellas pueden encuadrarse en sólo dos géneros fundamentales (*genera pauca species mille!*):

a) Actuación imperativa o pública (de Derecho público en la terminología moderna); es la que realiza quien tiene un determinado poder (*potestas*) político (soberanía, señorío, autonomía comunal) o jurisdiccional (potestad judicial) y en su actuación usa de él: actuación *ex potestate*.

b) Actuación no imperativa o particular (de Derecho privado); tal es la propia de quien no tiene poder público, o no lo ejercita si lo tiene (porque no actúa en *negotia publica!*), y se basa en la facultad de autodeterminación o autonomía privada (*Privatautonomie*), en el propio *arbitrium* de los particulares: actuación *ex arbitrio*.

La actuación es siempre vinculante, tiende a “imponer” su contenido, aunque éste sea meramente declarativo¹⁸. Si la intención vinculante falta, no existe un doc. en la *suppositio* diplomática, como es el caso de las declaraciones contenidas en las cartas misivas, que en manera alguna pueden estimarse, en la suposición dicha, *documents assimilés* a los docs. objeto del estudio diplomático, como sostiene G. TESSIER, *Diplomatique*, en L’Histoire et ses méthodes 1961, 667.

2. La actuación puede ser simple o compleja. La primera es cuando se realiza en un solo acto (*uno acto*) de otorgamiento; es la actuación propia de las personas físicas (p. ej. la del rey, en la concesión de un privilegio, la de un particular disponiendo su testamento, etc.). Una actuación compleja se da cuando está integrada por una serie (*processus*) de actos sucesivos, lo que tiene lugar cuando la *actio* está sometida a un procedimiento reglado de elaboración (p. ej. las decisiones judiciales) o exige un período de deliberaciones que impide la unidad de acto (p. ej. ordenaciones comunales, sinodales, etc.); normalmente es la propia de órganos colegiados (*universitates*), cuya declaración de voluntad es el “acuerdo” (al. *Beschluss*) o decisión concordada de voluntad colectiva. El conjunto de escritos en el que queda recogida toda la gestación de este acuerdo colectivo, constituyen las “actas” (al. *Akten*), cast. *abtos*, “autos”, un pluralis

18. La actuación a veces consiste en una mera respuesta (actuación *rescribendi gratia*), en una intimación (*requirendi causa*), en una notificación, en la constatación de un hecho, etc.; muchos tipos documentales de la práctica de la cancillería real y papal, y de la práctica notarial (*protestationes*), contienen tales modalidades de *actio*.

tantum; son simples escritos normalmente, aunque como integrantes del proceso de redacción del doc. –y como fases de su creación textual– tienen que ser objeto de consideración diplomática, pero sólo desde aquella suposición, como *Aktenlehre*, parte de la Diplomática general. Para la época moderna, es una parte muy importante de nuestra disciplina. A. V. BRANDT *Werkzeug des Historikers* 1960, 127, ha definido muy bien las actas como los apuntamientos tomados y los debates celebrados sobre un negocio jurídico (entendido en sentido muy amplio), producidos en el curso de una tramitación escrita y que consisten en varios y no independientes escritos, aunque en ellas puedan incluirse docs. propiamente dichos¹⁹. Sin embargo, la consideración de las “actas” como unidad, como “expediente” en la terminología actual, no corresponde a la Diplomática, pues es un concepto propio simplemente de la técnica de archivos; así por ejemplo, el concepto de *Aktendeckel* o “cubierta” del expediente, generalmente verdadera *intitulatio* del mismo, normalmente de contenido estable y que puede estimarse parte integrante del mismo expediente, por su seriación y numeración, etc., no puede tener acogida en Diplomática (ya que su omisión no afecta a la legalidad y legitimidad del expediente), aunque sea de suma importancia para la Archivística.

La actuación se diversifica, asimismo, en unilateral y bilateral, tal como fuera el *negotium* escriturado. También podía ser principal o accesoria; esta última es la subordinada a la actuación principal, como era la de los que figuraban en la *laudatio* parental en ciertos docs. reales y particulares altomedievales, la de un fiador de una venta en un documento de compraventa, etc. Finalmente, la actuación podía ser única o múltiple (de cootorgantes), y propia (en nombre propio) o en representación (legal o voluntaria) de tercero no asistente.

La intervención de los testigos no forma parte de la *actio* documental. La roboración testifical es la aseveración de la *veritas scripturae* que hacen los testigos, análoga a la del notario en su autorización, y como tal es ajena a la disposición de voluntad contenida en el documento.

3. Aunque teóricamente cualquier modalidad de actuación puede ser materia de cualquier clase de doc., la actuación pública soberana, señorial o comunal ha sido la propia del doc. de cancillería (del rey de señores territoriales o municipales), y la actuación jurisdiccional la peculiar del doc. curial de los tribunales, quedando la actuación *ex arbitrio* (los *negotia privata*) de los particulares como la propia del doc. notarial; tal es el cometido específico del notario: *negotia hominum conscribere*²⁰. La actuación judicial en los litigios (civiles) entre particulares (*iudicia*), una actuación *ex potestate* pero referida a los intereses privados fue también materia del doc. notarial, siguiendo la tradición altome-

19. Sobre las actas, su esencia y concepto, cfr. v. BRANDT, 125-30, con lit.

20. ROLANDINO, *Tr. notularum*, r. quid sit not (Summa Rol., ed. Aug. Taurin. 1590, 739): *notarius est persona privilegiata ad negotium hominum conscribenda*.

dieval²¹. Ambos temas materiales, con separación entre contratos y testamentos, se consagran en la tripartición clásica de *contractus et pacta, ultimae voluntates et iudicia* del *Ars notariae*²². De hecho también fue materia del doc. notarial los *negotia publica* escriturados por los “notarios de camara”, notarios comunes pero incardinados en el entourage palatino imperial, papal o real²³.

4. Como vemos, una actuación, pública o particular, pero de carácter vinculante es imprescindible para la existencia del doc. Los escritos previos, “actas”, a través de los cuales se ha gestado el acuerdo colectivo base de una actuación compleja no son, diplomáticamente, un documento, y sí una fase previa en el proceso de formación del mismo.

4. SOLEMNIDADES O FORMA DEL DOCUMENTO

1. La forma es la caracterización que reviste todo doc. por aplicación de los requisitos o “formalidades” (*solemnia*) que se estiman necesarios para la perfección bien de la actuación escriturada, como del acto mismo de escrituración. La forma es la solemnitas preestablecida jurídicamente, como ordinaria, corriente, acostumbrada²⁴. Como tal es siempre una *forma requisita* que ha de revestir el doc. para su existencia (es su *causa formalis* en la terminología escolástica: *forma dat esse rei*); por el contrario es una *libera forma*, la simple *figura* o conformación del mero *scriptum*.

La solemnidad documental puede ser privada o pública:

a) Solemnidad privada es la que no requiere el concurso de quien ostenta una peculiar facultad para conferirla; sus modalidades son variadas: la autografía del que realiza la *actio*, cuyos ejemplos más significativos son los docs. de deuda autógrafos, sin firma, *idiochira*, y sobre todo el testamento ológrafo²⁵; la concurrencia testifical²⁶; la testificación del simple scriptor²⁷; la aposición sigilar *ad confirmationem*²⁸.

21. Cfr. mi *Hist. del D. Not. esp.* 1, 1, 145-46.

22. *Hist. del D. Not. esp.* 1, 1, 211-12, 214, 217-18.

23. *Hist. del D. Not. esp.* 1, 2, 1982, 76, 186.

24. *solemia* = “formalidades ordinarias”; *solemnis*, adj = “ordinario, preestablecido”; así *feriae sollemnes* frente a las *extraordinem indictae* (D 4.6.26.7), *ius sollemne* [i. civile] frente al *ius pretorium* (D 50.17.27); vid. HEUMANN-SECKEL, s. v. *solemnis*.

25. Nov. Val. III 21.2.1., de 446: *si holografa manu testamenta condantur, testes necessarios non putamus*; también L. Vis. Recc. 2.5.11, 14, y L. Rom. Burg. 45.1.

26. Como p. ej. en los testamentos romanos, D.2.28.1 pr.: *solemnis numerus [testium]*; en las *scripturae privatae* los *tres testes* de la Decretalística, Bern. DE PAVIA, *Summa Decretalium* 2.15.5 (ed. LASPEYRES 1860 = 1961, 50).

27. Cfr. H. BRUNNER, Zur RG. d. röm. u. germ. Urkunde 1880=1961, 236-37.

28. De sellos de particulares, no de *sigilla authentica!*.

b) Solemnidad pública es la conferida por un organismo o persona que goza de una facultad autenticadora, jurídicamente establecida, y que dispensa con aplicación de las formalidades requeridas; estas instituciones autenticadoras han sido, en el Occidente de tradición latina, las cancillerías, como órganos del poder político (soberano o no)²⁹, las curias como órganos jurisdiccionales³⁰, y desde el s. XII el notariado como institución documentadora a disposición de los particulares y para servir sus intereses.

2. Tal la *sollemnitas* del doc. es su cualificación: doc. privado (*scriptura privata*) y doc. público (*scriptura publica*)³¹, denominaciones que no por ser jurídicas dejan de ser diplomáticas.

Una diferencia esencial media entre la forma privada y la forma pública. La primera es libre, pues todos los intervinientes en el acto de escrituración no están constreñidos al cumplimiento de normas de forma, y de ahí la inexistencia en el campo de la *sollemnitas* privada de todo *stilus* o *consuetudo vel usus scribendo vel dictando*³². En cambio, la forma pública de cancillería, curial o notarial, es siempre una forma reglada, ordinaria, sollemne, canonizada en un *stilus* (*-cancellariae, -curiae, -notariae*) peculiar.

El *stilus* es, pues, la fijación de las normas de forma que cada cancillería, curia, e incluso cada bureau notarial aplicaba cotidianamente, y basadas frecuentemente en una ordenación legal ad hoc (ordenaciones de cancillería, curiales y notariales). De estas ordenaciones deben ser destacadas las de la cancillería papal, recogidas en TANGL *Die päpstl. Kanzleiordnungen von 1200-1500*, 1894, y la notable ordenación de cancillería real y del notariado de las Partidas³³.

3. La forma es el conjunto de características internas y externas (*innere u. äussere Merkmale* en la terminología alemana, *caractères internes et externes* en la francesa) que presenta cada doc. La división que por razón de la materia ofrecen los

29. Pueden enumerarse: la cancillería imperial romana; la cancillería papal (desde Gregorio I); la cancillería real franca (desde el s. VII), la longobarda (desde el s. VIII), las cancillerías reales postcarolingias (desde el s. IX), la *Reichskanzlei* (desde el s. X); las de los reinos hispánicos; y desde la central Edad Media las cancillerías episcopales y señoriales, y algo más tarde las comunales.

30. Indiquemos las magistraturas con *ius actorum conficiendorum* en la época imperial romana; desde la alta Edad Media las curias regias, papal y episcopales, y las curias señoriales; y desde la central Edad Media las curias municipales.

31. La terminología ya se recoge en Bernardo DE PAVIA, *Summa Decretalium* 2.15.2 (ed. LASPEYRES 49); también en INOCENCIO IV, *Apparatus super V Lib. Decretalium*, r. de fide instr., c. In scripturam, 1, 2 (ed. s. l. 1520, f. 108va-b).

32. Sobre esta noción, cfr. BONO, en *Notariado publ. y doc. privado*, Actas del VII Congr. Intern. de Diplom. 1989, 485.

33. Sobre esta ordenación de P 3.18, 3.19 y 3.20 (antes ya esbozada en Esp. 4.12, 4.6.2-25 y 4.13), cfr. BONO, *La legis. not. de Alfonso X el Sabio: sus características*, en *Anales Acad. Matr. del Not.* 27, 31-43.

docs., como p. ej. la división en *constitutiones* y *rescripta* de los docs. papales que establece la Decretalística, y la correlativa en *privilegios* y simples *cartas* de los docs. reales que sientan las Partidas, trae aneja la diversificación de las formalidades y, en consecuencia, de las características internas y externas documentales, surgiendo así diferentes tipos documentales; así aparecen en la Diplomática papal los tipos de *privilegium*, *bullae*, *litterae cum serico*, *litt. cum filo canapis*, *breve*, *motu proprio*³⁴, y en la Diplomática de cancillería real castellana los *privilegios* rodados (P 3.18.2), las cartas *con sello de plomo* (P 3.18.4) y los *con sello de cera* (P 3.18.5). También los docs. notariales diferenciados por su materia en judiciales (*acta iudicialia*; *actos* en P 3.18.12) y extrajudiciales, se diversifican en su forma, especialmente por sus características internas.

De las características externas destacan por su valor diferenciador los signos –los símbolos– de validación: el sello (*sigillum*), medio de validación exclusivo de los documentos de cancillería (a veces sustituido por la rota en la cancillería real castellana) y curiales, en todos sus niveles (real, señorial, episcopal, comunal) y el signo (*signum*) notarial, medio de validación que ostenta con exclusividad el doc. notarial.

4. La forma documental requiere un procedimiento de producción consustancial con la institución autenticadora (de cancillería, curial o notarial) en el campo de la *sollemnitatis* publica; en el ámbito de la solemnidad meramente privada no hay ningún procedimiento a seguir, pues no hay reglas que lo fijen.

En una cancillería, esta producción tiene siempre un *iter* estrictamente reglado. Así en la real castellana, tal como disponen las Partidas, el canciller, *medianero* entre el rey y el pueblo como custodio de la legalidad según la ideal concepción alfonsina, toma el encargo documental del rey, redactando la minuta original (P 2.9.4.), que los *notarios* de cancillería extienden como *nota* definitiva, sobre la cual los *escribanos de cancelaría* escriben el texto definitivo, que suscriben por mandato del rey, del canciller o del notario de cancelaría que extendió la *nota* (P 2.9.8); aprobado este texto definitivo por el rey o el canciller, el *notario* (del reino a que se destina el doc., que es el que redactó la *nota* definitiva) dispone que sea transcrito en el libro *registro* –tarea que realizan los *escribanos registradores* (P 3.19.8)– y manda sellar la carta (P 2.9.7), hecho lo cual por los *selladores* (P 3.20.4), es expedido el doc. por la cancillería previo pago de las tasas (P 3.20.5, 7-12).

En un despacho notarial el documento tenía en su producción un *iter* igualmente reglado, que exige una extensión previa en *nota*, que se integra en un *registro*, y en la que se recoge el otorgamiento negocial, y la roboración testifical, y en la que se menciona el requerimiento o *rogatio* del interesado, y una

34. Sobre ello cfr. la reciente exposición de Th. FRENZ, *I documenti pontifici nel medioevo e nell'età moderna*, ed it. S. PAGANO, 1989.

expedición del doc. definitivo o *scriptura originalis*; pero omitimos aquí su reseña brevitas causa³⁵.

En un organismo curial, como centro documental de un tribunal, solía ser el *iter* documental reglado con detalle por los usos de la práctica, análogo pero no idéntico al notarial; no suele existir la *nota* como formulación previa negocial en forma abreviada, sino la reseña de la actuación habida ante el juez, o de los diferentes decretos y resoluciones, incidentales o definitivos, del juez. Los diferentes *stilus curiae* acentuaron el tradicionalismo curial, pero no lograron la uniformidad en lo esencial que advertimos en el campo notarial. Sólo en los aspectos jurídicos sí se logra una esencial uniformidad, merced a la difusión de los *Ordines iudiciorum* o tratados procesales³⁶.

5. Las reglas de forma no se han creado ex novo. Las normas de cancillería son el resultado de una larga tradición. Las normas notariales son originadas en la práctica lombardo-toscana y romana, y ya consolidadas en el s. XII, y que a partir del XIII se generalizan por toda la Romania, práctica pues “románica” cuyas líneas doctrinales son fijadas por la glosa legística³⁷ y consagradas por la Decretalística y por la glosa ordinaria bernardina³⁸, viniendo así a ser una *practica communis* en Occidente, a lo que contribuyó en gran parte la difusión del *Ars notariae*. Surge así una específica “forma notarial” ordinaria, que la disciplina notarial conceptuó como una *publica et authentica forma* mediante la cual el contexto negocial queda establecido, mediante su escrituración, como documento público (*publicum instrumentum* es el término técnico), y sin la cual forma el doc. que pudiera extender el notario sería a lo sumo una simple *scriptura privata*³⁹.

6. Todas las formas públicas de documentación, de cancillería, curial y notarial, distinguen dos estadios en la formación del doc., la de registración (*redigere*) y la de confección (*perficere*), es decir, una primera extensión *in registro* (con o sin previa extensión *in nota*), y una subsiguiente extensión definitiva, completa, *in publicam formam conficere*; este orden normal y lógico, puede invertirse, extendiéndose primeramente el doc. definitivo con todos sus elementos formales, y procediéndose después a su anotación en registro previamente a su entrega al destinatario⁴⁰. Esto es posible en los docs. unilaterales de

35. Una exposición en *Breve Introduc. a la Dipl. not. esp.* 31-52.

36. Sobre la difusión de la Procesalística en España, cfr. *Hist. del D. not. esp.* 1,2, 22-28.

37. Cfr. *Hist. del D. not. esp.* 1,1, 166-70.

38. Cfr. *Hist. del D. not. esp.* 1,1, 188-92.

39. ROLANDINO, *Tr. notul.*, r. quid sit not. (Summa Rol. 739): *non omnis scriptura tabellionis publica et authentica est, sed solum illa quae in publicam et authenticam redigitur formam; nec omnis vox iudicis est sententia, et sic omnis vox principis non est lex.*

40. Sobre esto, especialmente con referencia a la cancillería papal, cfr. ZATSCHEK, *Studien zur mittelalterl. Urkundenlehre. Konzept, Register u. Briefsammlung*, 1929 = 1974.

cancillería. En Castilla, la cancillería real seguía el sistema, según se deduce de P 2.9.8 y 3.19.8, de asentar en registro el doc. en limpio, antes de su sellado y expedición, y no la minuta previa definitiva; esta norma quizá se inspirara en la práctica de cancillería papal, pues este es el sistema que se aplica en la cancillería pontifical en la segunda mitad del s. XIII⁴¹. Jurídicamente, la registración procede siempre a la escrituración, pues ésta no se consuma sino con la expedición efectiva por la cancillería.

Es pues una nota común la matricidad o dúplice extensión del doc.: una consignada en registro que conserva la organización de cancillería, curial o el notario, como “matriz” documental, y una extensión completa, definitiva, y librada al destinatario, que constituye el doc. propiamente dicho (la *scriptura originalis* en la terminología notarial).

7. De lo que antecede se deduce lo siguiente:

La forma no es más que la suma de características que revisten al doc., su solemnidad ordinaria. Es pública si es conferida por una institución autenticadora ad hoc (reconocida por el ordenamiento jurídico), que históricamente se reducen a las cancillerías, curias y notariado. Es privada la forma que se confiere sin intervención de institución autenticadora alguna. Toda forma documental es siempre rogada⁴².

Por razón de la forma el doc. es público o privado; sólo el doc. público tiene un procedimiento reglado de producción.

Todas las formas públicas de documentación distinguen el momento de la registración o consignación, como matriz documental, *in registro*, y el de confección o extensión definitiva (*perficere*) del doc.; y la matricidad o conservación del texto documental es regla indefectible en todas ellas.

5. SUBSTANCIA DEL DOCUMENTO: OTORGAMIENTO Y AUTORIZACIÓN

1. La substancia (*substantia*), la esencia o naturaleza fundamental (*essentia*, al. *Wesen*) del doc., aquello que le define como *scriptura* frente al mero *scriptum*, es la conjunción de dos componentes necesarios:

a) el otorgamiento negocial, es decir, el asentimiento reconocitivo del actor o disponente a los términos de la actuación escriturada en su tenor textual, como conforme con su voluntad negocial (reconocimiento de identidad, como *negotium verum*); y

41. Cfr. SCHILLMANN, *Die Formularsammlung des Marinus v. Eboli*, 1929 = 1971, 63.

42. En las cancillerías la documentación se inicia normalmente por la instancia (súplica) del impetrante; en la documentación notarial es preceptiva la previa instancia, *rogatio*, del interesado, o *iussio* (*iudicis*) en su caso; en la documentación curial también media el mandato judicial, pero éste tiene lugar, normalmente, a instancia de parte.

b) la autorización documental, es decir, la aseveración declarativa de que el tenor textual corresponde íntegra e inequívocamente a la voluntad negocial otorgada (declaración de genuinidad como *conscriptio vera*).

No es de esencia del doc. la roboratio testifical; requisito muy importante, bien de la actuación escriturada como del acto de escrituración, pero no indefectible; en bastantes supuestos el doc. real y el doc. judicial carecen de roboración de testigos.

2. Otorgamiento y autorización son los dos momentos lógicos, antecedente y consiguiente, de la escrituración: el otorgamiento como asentimiento al *negotium conscriptum*, y la autorización como declaración de genuinidad de la *conscriptio negotii*. Ambos momentos pueden fundirse cuando la escrituración es idiográfica (de propia mano), en la que el mismo agente de la actuación es otorgante del negocio y autorizante del doc. (como es el caso de los testamentos ológrafos y en general de los *idiochira*); la autorización va implícita en la suscripción; por eso se dice corrientemente que la firma “autoriza” el doc. Cuando el doc. es extendido por otra persona que el otorgante (escrituración ajena o alográfica), el otorgamiento de éste va separado de la autorización, pues ésta es cometido exclusivo del *auctor* que extiende el doc. La autorización está implícita (sobreentendida) en la suscripción de los scriptores altomedievales, pero era ya explícita en la de los *tabelliones* romanos-ravenatenses, en la de los *scribae* longobardos y en la de los scriptores de cancillería y curiales de la alta Edad Media.

3. La substancia o esencia del doc. notarial, como *conscriptio* alográfica, es ser un otorgamiento autorizado, o sea, la estipulación negocial expresamente asentida por el disponente o los disponentes (*pars, partes contrahentes* en la terminología del *Ars notariae*), y expresamente declarada como genuina (*vera*) expresión textual del otorgamiento por el notario como *auctor* del doc., constituido como garantizador de la *veritas* del doc. (*veritas scripturae*)⁴³. En la escrituración notarial en materia procesal el otorgamiento del *iudex* se manifiesta en el pronunciamiento de los diferentes actos dispositivos o resolutivos judiciales. La autorización notarial queda expresada en una declaración de “perfección” (*completio*), con la que queda concluso (*clausum*, cerrado) el doc.

Presupuesto indefectible de la autorización notarial es el otorgamiento o *absolutio* de las partes (o los pronunciamientos del juez en la escrituración procesal); sin él carece de sentido autorizar el doc.; es, pues, su *causa efficiens*⁴⁴.

43. Así ya aparece el *tabellio* como garante de la *veritas scripturae* en las fuentes romanas; así CTh 9.19.1.1 (316) > C 9.22.21.2: *scribiturae veritas... per ipsum debet probari auctorem*, haciendo responsable de la *veritas* documental al *tabellio* en el supuesto de suscitarse impugnación por falsedad, aunque pretendiera excusarse (en su caso) por su dignidad de decurio.

44. MARCILLET, *Doctr. flor. not.*, r. quod in omni contr. (ed. cit. f. 3rb) enunciara elípticamente *Unde causa efficiens in contractibus est ipse partes contrahentes*, es decir, su otorgamiento.

4. Las consecuencias inferibles de la noción de esencia o *quidditas* (si se nos permite el uso de este término de la Escolástica) documental, son muy simples:

Todo doc. se compone de otorgamiento y autorización. No puede haber otorgamiento sin autorización, ni ésta sin aquél. Ambos momentos pueden fundirse en uno cuando el otorgante autoriza su propia escrituración.

La autorización en el doc. notarial garantiza la autenticidad o *veritas* de la escrituración; y es el cometido inexcusable del notario.

La roboración testifical acreditativa también de la *veritas* documental, no es sin embargo esencial del doc., y puede omitirse en ciertos supuestos.

6. LA FUNCIÓN DEL DOCUMENTO

1. El doc., cualquiera que sea su clase, tiene una función, que es también su finalidad (*finis*): dar firmeza (*fides*) a su contenido para obtener la eficacia de la vinculación inherente a la actuación escriturada (como una *lex* o *praeceptum* en los docs. reales, como *lex contractus*, *lex testamenti* en los notariales, etc.). Esta finalidad constituye la razón de ser (*utilitas*) del doc. y es por ello su *causa finalis*.

El grado de valor, la fiabilidad, el crédito en suma del doc. en cuanto expresión de un determinado contenido, es la “fe” que jurídicamente se le atribuye (*fides adhibere*) según su cualidad; hay una *fides scripturae* (*f. instrumentorum*) análoga a la que se asigna a las declaraciones testificales (*fides testium*) o a las declaraciones bajo juramento (*fides sacramenti*). Todo doc. en tanto que no es desvirtuado por falsedad tiene, en mayor o menor medida, una propia fe o valor de credibilidad, jurídicamente estimado; en cambio el mero *scriptum* carece de *fides* documental aunque sea veraz su testimonio.

Que la función y finalidad de la *scriptura* es dar consistencia textual (*firmitas*, *firmitudo*) al contenido escriturado era una noción ya arraigada en la práctica documental altomedieval⁴⁵, y la *plena firmitas* del negocio escriturado ya se había declarado en la legislación visigótica⁴⁶.

45. Como se refleja en las arengas de las escrituras castellano-leonesas y portuguesas, que conciben al doc. como una *scriptura firmitatis* que ampara al negocio escriturado de los *incomoda oblivionis*, es decir, de los perjuicios que origina la carencia de un título de los derechos cuando *rerum gestarum memoriam per scripturae seriem negligimus alligare* como dice un doc. de Sancho III, 1153 (FLORIANO Paleogr. y Diplom. 1946, 2, n. 27).

46. Frg. Eur. 286 > LVis. Recc. 5.4.3 > LLud. 5.4.3 que exige la *roboratio* instrumental del otorgante y los testigos: *scriptura a conditore et testibus roborata* (LVis. Recc. 2.5.1 > LLud. 2.5.1). La roboración en los territorios de Castilla era pública ante el concejo (o simplemente en público), *attestatio in concilio*, por lo que al doc. se le califica de *carta roborationis*.

La noción altomedieval de la *firmitas* documental es sustituida por la del *robur firmitatis* en la Decretalística, que es la fe del doc. *authenticum*, es decir fehaciente, fidedigno, bien por estar dotado de sello “auténtico” o bien por haber sido hecho por notario, *per manum publicam* (X 2.22.2).

2. El valor de credibilidad o *fides* documental puede ser pleno o perfecto, o menos pleno o imperfecto:

a) El valor pleno (*fides publica, fides plenaria*) es la credibilidad íntegra, por se (*sine adminiculo*)⁴⁷, irrecusable, que sólo puede ser negada –como inexistente– en caso de falsedad, pero no discutida en tanto que el doc. no sea tachado de falso. El valor del doc. está predeterminado por la forma; tiene pleno valor o *fides publica* cuando la *sollemnitas* es pública: es un doc. *authenticum* o fehaciente (*fidedignum*), y por tanto irrefutable salvo reprobación por falsedad⁴⁸.

b) El valor menos pleno, simple *fides conventionis, fides rei gestae*, del doc. es la credibilidad incompleta, imperfecta, contradecible, que precisa de subsidios (*adminicula*) como la ratificación, la confirmación testifical, la colación (*contropatio*) de escrituras, o la verificación sigilar, generalmente con intervención judicial, para ser irrefutable. Esta simple *fides* es la propia del doc. con *sollemnitas* privada, es decir, el doc. privado.

3. El doc. notarial, por su forma pública de producción, es un doc. *authenticum* o fehaciente per se, cuyo crédito, *robur firmitatis*, es equivalente al del doc. *authenticum sigillo signatum* (X 2.22.2), o sea, al doc. de cancillería y al doc. curial, ambos dotados de sello fehaciente. Ostenta en consecuencia *plenissima fides*⁴⁹, pero sólo el doc. original (*scriptura originalis*), no su traslado o *exemplum*, pues éste requiere el *adminiculum* del decreto judicial, ya que es su expedición un acto de renovación documental.

La intención del otorgante de revestir de título fehaciente a su disposición es la *causa finalis* del doc. notarial⁵⁰.

47. *adminiculum* = “apoyo, subsidio, auxilio”, como eran *verbigratia* la confirmación testifical, la *comparatio litterarum* y la *inspectio sigilli*.

48. Esta es la doctrina y la terminología de la Decretalística, que estimaba que la *scriptura publica* (i.e. el doc. con *authenticum sigillum* o de cancillería, el doc. curial formalizado *auctoritate iudicis*, y el notarial) es la que *creditur sine alio adminiculo* (INOCENCIO IV, *Appar. r. de fide instr. c. In scripturam*, 2 (ed. s.l. 1522, f. 108vb).

49. ROLANDINO, *Tr. notul.*, r. de publicat. (Summa Rol. 930): *i^o p^o datur plenissima fides, sine aliquo adminiculo, dummodo careat omni suspitioni*.

50. Así MARCILLET, *Doctr. flor. not.*, r. quod in omni contr. (ed. cit. f. 3rb): *causa finalis est intentio sive finis quem intendunt partes contrahentes*.

7. CONCEPTOS BÁSICOS DE LA DIPLOMÁTICA NOTARIAL

1. Conforme a lo expuesto, podemos definir la Diplomática Notarial como la explicación crítico-formal del sistema documental propio de la institución notarial, en su desenvolvimiento histórico.

Es una explicación formal, pues considera la conformación textual del doc., el hecho documental, y no la formulación negocial, el hecho jurídico, que contiene (pues el examen de esta formulación es cometido de la Historia del Derecho); y crítica, pues trata de describir y esclarecer causalmente los hechos documentales. El tema de su estudio son los docs. producidos por los notarios, como institución autenticadora; tales documentos aparecen como una unidad estructurada en todas sus partes, como un sistema, y caracterizada por la materia y la forma, la esencia y la función documentales propias.

2. La materia son normalmente los *negotia privata* de los particulares, entre los que se incluyen los *iudicia* (civiles), como consecuencia de la tradición altomedieval. Sólo accidentalmente son objeto del doc. notarial los *negotia publica* (actividad de los notarios de cámara palatinos).

La forma notarial constituye una *sollemnitas* documental pública, como conferida por una institución, la notarial, jurídicamente establecida ad hoc. La forma pública confiere el carácter de *scriptura publica* al doc. notarial. El símbolo de validación notarial es el *signum*, con exclusividad. La solemnidad notarial es una *publica et authentica forma*, por lo que el doc. tiene carácter público (*publicum instrumentum*). La formación del doc. es reglada, y rige el principio de matricidad.

La esencia del doc. notarial radica en ser un otorgamiento autorizado, acreditado y verificado por el notario, garante de la *veritas* de la escrituración.

La función o finalidad del doc. notarial es conferir pleno crédito, *publica fides*, a la actuación escriturada. Esta *plenaria fides* es irrecusable, salvo tacha de falsedad. Sólo la renovación documental tiene fe no plenaria y precisa de subsidios, como es el decreto judicial.

3. La sustantividad de las ordenaciones notariales, la especialidad de sus reglas de forma, las peculiaridades formales del doc. notarial, e incluso la existencia de una disciplina doctrinal propia, el *Ars notariae*, obligan al tratamiento separado de este campo documental, es decir, a postular una Diplomática notarial, independiente de la Diplomática residual de *l'acte privé*.