

# *Diplomática notarial e Historia del Derecho Notarial\**

DR. JOSÉ BONO  
Notario

## **1. Precisiones lógicas previas. Concepto del documento**

1. Dos disciplinas independientes tratan del documento notarial.

- a) La Diplomática Notarial.
- b) La Historia del Derecho Notarial.

Previamente a la conceptualización (Begriffsbildung) de ambas disciplinas es preciso dar el concepto del documento.

- a) En general.
- b) Y en especial: notarial.

2. Pero para esto hay que fijar la suposición de la Diplomática y de la Historia del D<sup>o</sup>, específicamente para que tengan valor las inferencias lógicas necesarias.

Veamos:

En todo término lógico hay una significación:

La suposición es la significación concreta: así, un diccionario de una lengua es una ordenación de términos con significación, pero sin suposición.

La suposición es el uso "determinado" de la significación de un término para una determinada cosa [pues un término puede tener diversas significaciones].

La suposición lógica es una restricción [= una selección de los diversos significados] para darle univocidad: así el significado es unívoco.

La suposición es, pues, la determinación de una significación concreta bajo la cual se va a usar en el término.

---

\* Exposición de la conferencia impartida por José Bono en el seminario de profesores del Departamento de Historia del Derecho.

Las significaciones pueden ser múltiples; tomemos como ejemplo el término "documento":

- a) Significación gramatical: "documento" es un sustantivo.
- b) Significación fonética: "documento" es una palabra cuatrisílaba.
- c) Significación lógica: "documento" es un conceto.
- d) Significación real: "documento" es un escrito.
- e) Significación diplomática: "documento" es un escrito declarativo (negocial).
- f) Significación jurídica: "documento" es un escrito vinculante (negocial).

3. ¿Cuál es la *suppositio* diplomática y cuál es la de la Historia del D°? Para esclarecerlo hay que tratar antes del "concepto" del documento.

En Diplomática el documento es siempre un texto escrito: una *Beurkundung*, una *conscriptio*.

En Historia del D° es siempre un *negotium conscriptum*.

En efecto:

a) Para la Diplomática del documento es la configuración escrita [*scriptura* = *conscriptio* = *Beurkundung*], formalmente determinada, de una actuación jurídicamente trascendente [*negotium* = *actio* = *Handlung*].

En consecuencia, para la Diplomática del documento es = *scriptura* de un *negotium*: *conscriptio negotii*: esta la *suppositio* diplomática.

b) Para la Historia del D° el documento es simplemente un negocio jurídico configurado por escrito, a efectos de su vigencia como "lex negotii" (cfr. lat. *lex contractus*, *lex testamenti*) vinculante a los interesados, como tal *lex*.

Consiguientemente, para la Historia del D° el documento es = *negotium* escriturado, actuación fijada por escrito: *conscriptum negotium*: esta la *suppositio* histórico-jurídica.

Bajo estas dos *suppositiones* surgen los conceptos diplomático e histórico jurídico del documento:

a) Para la Diplomática: documento = *conscriptio negotii*: escrituración de una actuación.

b) Para la Historia del D°: documento = *negotium conscriptum*: actuación escriturada.

## 2. Explicación diplomática y explicación histórico-jurídica del documento notarial

1. Tanto la Diplomática como la Historia del D° persiguen dar una explicación "crítica" (explicación causal = francés *raisonnée*) del documento en su evolución histórica.

a) Si la Diplomática es la explicación crítico-formal del documento en su evolución histórica, y si -en la *suppositio diplom.*- el documento es una *conscriptio* [negotii], la explicación diplomática no puede otra que la explic. crítica de la composición del texto documental: la doctrina *De compositione scripturarum*. Una *Stilgeschichte* del documento.

[*Compositio* es un concepto nacido en *Ars dictandi*].

b) Y si la Historia del D° ha de dar la explicación crítico-material [= del contenido] del documento en su desenvolvimiento histórico, y si -en la *suppositio histórico-jurídica* de ha de versar, ha de ser la explicación crítica de la formulación del mismo negocio, tal como resulta de su expresión escrita, esto es la *Doctrina de ordinatione scripturarum*, de la formulación estructural de los *negotia*, el *ordo scripturae*.

[*Ordinatio* es también concepto del *Ars dictandi*, pero el de *ordo scripturae* es del *Ars notariae*!].

Son, pues, dos cosas diferentes:

- a) La "compositio" textual.
- b) La "ordinatio" negocial u *ordo scripturae*.

2. De ello se infiere, con referencia al documento notarial:

a) La Diplomática notarial es -*sic veniat verba!*- la *Diplom.* del documento formalizado por el notario (*notarius publicus*, desde la época de la *Recepción!*).

b) La Historia del D° notarial es la Historia jurídica del documento notarial, y por tanto la Historia de la institución notarial (*Notariado*) y de su función documental: formación del documento, la ordenación negocial o formulación escrita de los *negotia*, el sistema negocial recogido en la formulación escrita y la doctrina del valor jurídico del documento notarial.

3. Los campos de trabajo de ambas disciplinas, Diplomática e Historia del D° notariales, pueden imaginarse como comprendidas en dos círculos secantes, que determinan un área común, una materia de estudio común a ambas disciplinas. También pueden representarse como círculos tangentes las áreas de disciplinas -diplomáticas y jurídicas- atingentes aspectos de la documentación notarial. Así, por lo que respecta a la Diplomática notarial son disciplinas tangentes, la *Lingüística románica*, por lo que afecta al idioma de los documentos, la *Paleografía*, por lo que afecta a '*l'écriture*', la *Historia económica*, de la *Literatura*, etc., por lo que toca a algunos aspectos documentales, etc. Y por lo que respecta a la Historia del D° Notaria las diferentes ramas de la Historia del Derecho, especialmente del D° procesal y del D. privado.

La zona común de nuestras dos disciplinas comprende la siguiente materia:

- a) La institución notarial, productora del documento.
- b) Las reglas de forma, normativas de la producción del documento.

La zona no común representa la materia peculiar de cada disciplina:

a) Diplomática notarial:

- La elaboración textual del documento y sus fases.
- La estructura textual (compositio).
- Tipología diplomática [descripción estilístico-formal] de las diversas composiciones documentales.

b) Historia del D<sup>o</sup> notarial:

- La formación del documento: otorgamiento del texto primario, y autorización del texto definitivo.
- La ordenación notarial: ordo scripture [ordinatio del documento].
- La formulación de los diversos negotia, en sus peculiares capitula [descripción jurídico-material].
- El valor jurídico [probatorio, ejecutivo, etc.] del documento o fides pública.
- Las vías de impugnación del documento notarial.

La zona común implica recíprocos préstamos entre ambas disciplinas.

### 3. Actuación y escrituración

1. La actuación no es más, en esencia, un acto de manifestación de voluntad (animus, volutas, alemán Wille), en suma un agere constitutivo del negocio jurídico; detrás de este "hacer en Derecho" necesariamente hay un agente -otorgante-, el actor.

Su otorgamiento garantiza la veritas negotii (negotium verum).

Por otra parte, la escrituración es, sencillamente, el acto de creación documental, la puesta por escrito de la actuación, y como tal creación, agere, exige un realizador de tal tarea, un autor: auctor.

La autorización garantiza la veritas scripturae (scriptura vera).

Así pues:

a) Quien realiza la actuación es el que otorga, el otorgante o actor.

b) Quien realiza su formalización escrita, el que la autoriza, es su autor o auctor.

Normalmente, actor [o actores] y auctor son diferentes personas.

Pero en la escrituración autógrafa (documento idiográfico), ambos papeles confluyen en una única persona (siben los momentos de la actuación y de la escrituración son discernibles):

a) Se declara la voluntad negocial: "declaro deber a X, n Pts, y me obligo...".

b) Se autoriza el texto escrito: "y firmo en fe de lo escrito".

El documento notarial es, por definición, alógrafo (excepto el caso, no frecuente de autorización notarial de otorgamiento propio).

Las intervenciones de los testigos ni es esencial ni constituye un otorgamiento; es una corroboración especial de la *veritas scripturae*.

La *actio* y la *conscriptio* con actividades concurrentes y necesarias, pues son - en la terminología de la Escolástica; cfr. Söllner- la *casusa materialis* y la *causa formalis*, respectivamente, del documento.

2. En el documento hay dos actividades, pues:

- a) Un *agere*: actuación (*actio*), que da el contenido o materia.
- b) Un *agere*: la escrituración (*conscriptio*), que da la forma.

Sin ambas no se da el documento. Ambas constituyen un acto "simultáneo", si bien la *actio* precede siempre -como antecedente lógico- a la *conscriptio*.

Una escrituración antes de la actuación es un contrasentido.

[Advertimos antes, que la simple extensión textual por sí, no es la *conscriptio*].

Ficker, *Beiträge z. Urkundenlehre* 1,64 erradamente afirmó la posibilidad de la escrituración -*Beurkundung*- antes de la actuación -*vor der Handlung*-, en el caso del documento es inexacta tal afirmación: en el mismo acto se ha dado el hecho jurídico (el negocio concertado) y la escrituración inmediata del mismo. Si el negocio estuviera ya consumado, la escrituración sólo contiene [no puede otra cosa ser] el "reconocimiento" (*Anerkennung*) del negocio, y no este mismo.

3. Si la actuación y la escrituración son actos simultáneos:

a) ¿Cómo pueden darse dos dataciones en un mismo documento: la del negocio (*Actum...*), y la de la escrituración (*Datum...*)?

b) Y también, ¿cómo pudo haber testigos del negocio y testigos -diferentes- de la escrituración?

Estos supuestos son frecuentes en los documentos de chancillería real. En los documentos notariales puede haber una datación del negocio principal, y una datación de un negocio accesorio subsiguiente. por ejemplo, una *roboratio in concilio*, una toma de posesión del fundo vendido, con testigos y datas diferentes.

En todos estos casos, hay que distinguir:

a) Si la escrituración en su fase inicial, previa al documento definitivo, en el libro-registro de chancillería o notarial, la *actio* y la *conscriptio* fueron simultáneas, aunque la *exemplatio* tuviera lugar posteriormente, con data y testigos diferentes (pues la *scriptura originalis* o el documento de chancillería reenvían al asiento original en registro).

b) Si la actuación no tuvo constancia alguna escrita (primera fase de la escrituración), el documento subsiguiente (definitivo) no puede ser sino *recognoscitivo* (*aner kennend*) de la actuación ya consumada.

En caso de negocios accesorios, la actuación objeto de cada uno fue simultánea a la escrituración en la primera fase textual en los documentos notariales, aunque luego todo fue comprendido en una *exemplatio* única (que por lo demás puede expresar las diferentes data).

#### 4. Materia, forma, substancia y función del documento notarial

1. Materia del documento es la actuación, el "*voluntarium factum*" o manifestación de voluntad negocial, que da contenido -*causa materialis*- a toda posible escrituración.

La actuación puede ser:

a) Imperativa o pública [hoy = de *D<sup>a</sup> publico*], por quien tiene una potestad política (soberanía, señorío, poder comunal, etc.) o jurisdiccional (judicial), en uso de la cual actúa: actuación "*ex potestate*".

b) Actuación no imperativa, o particular [de *D<sup>a</sup> privado*], por quien no tiene (o no hace uso) de poder público, y se basa en la "*libertad civil*" o *Privatautonomie*: actuación "*ex arbitrio*".

La actuación es siempre vinculante; tiende a "*imponer*" su contenido.

Si este aspecto vinculante falta, por ejemplo, en las cartas misivas, estos escritos no son objeto de la Diplomática [Tessier opina al contrario que sí, como documentos asimilados]. Si hay tal aspecto, por ejemplo, en los contratos concertados por cartas, éstas sí son documentos en la *suppositio* diplomática.

La actuación peculiar del documento notarial es la actuación *ex arbitrio*: los *negotia privata*.

La actuación de órganos jurisdiccionales (actividad procesal, también ha sido históricamente propia de la escrituración notarial, por tradición de la actividad judicial de los *amanuenses* y *cancellarii francos*).

Modalidades: la actuación puede ser unilateral o bilateral; principal (por ejemplo, la venta) o accesoria (por ejemplo, la fianza); propia o en representación (legal o voluntaria).

También puede ser: simple (personal: decisión individual) o compleja (decisión colectiva, integrada por actos sucesivos, de corporaciones o sociedades, para la formación del acuerdo, *Beschluss*).

Estos actos sucesivos, *Akten* en la terminología alemana, son fases previas a la escrituración. Su disciplina, *Aktenlehre* es parte de la Diplomática.

2. Forma es la caracterización del documento por sus propias formalidades (*solemnia*, cfr. Heumann-Seckel, s.v.), por su "*solemnidad*" o suma de requisitos ordinarios.

La *solemnitas* documental puede ser:

a) Privada o particular: como la autografía, como sucede en los *idochira*, en los testamentos ológrafos, etc.

Otras formas de sollemnitas privada: la concurrencia testifical, la concurrencia de un simple scriptor como testis, la sigillatio ad confirmationem.

b) Pública u oficial: conferida por institución ad hoc con potestad para ello establecida en el ordenamiento jurídico; tales fueron:

- Las cancellerías (papal, reales, señoriales, episcopales, comunales).
- Las cortes o tribunales de justicia (curiae) papal, reales, episcopales, señoriales, comunales.
- El Notariado.

Las cancellerías y curias utilizan como signo de validación el sello (sigillum); el Notariado el signo (signum).

Por eso puede decirse, en Diplomática, que sigillum y signum son los dos símbolos del documento auténtico o público. Documentos de cancellería y curiales, de una parte, y documentos notariales de otra.

Fuera de ellos, está el documento sous sing privé, o documento privado stricto sensu (que puede estar sigilado, pero sólo ad confirmationem).

El documento auténtico, o público, es el de formalidades regladas; el documento sous sing privé no conoce normativa reguladora.

Normativa documental = reglas de forma; canonización de éstas:

- *Stilus cancellariae*.
- *Stilus curiae*.
- *Stilus notariae*.

La sollemnitas documental pública (de cancellería, curial y notarial) distingue dos estadios en la formación del documento:

- a) El de registración [redigere]: primera (originaria) extensión "in registro".
- b) El de conformación documental [exemplare]: extensión definitiva "in publica forma conficere".

Jurídicamente (y lógicamente) la registración procede siempre a la escrituración definitiva, pues ésta no se consuma (en los documentos de cancellería), sino con la expedición efectiva del documento por la cancellería (y lo mismo en las curias), o la expedición de la scriptura originalis, en la escrituración notarial.

3. Substantia o esencia (essentia, alemán Wesen), esto es la naturaleza fundamental de todo documento es la conjunción de dos componentes necesarios:

- a) El otorgamiento negocial, reconociendo el tenor textul como "negotium verum".
- b) La autorización documental, aseverando el tenor textual como "conscriptio vera".

En el documento notarial, el otorgamiento corresponde a las partes, como "actores"; la autorización al notario, como "auctor".

La corroboración testifical no es esencial, sino accesoria; es la aseveración de la veritas scripturae.

Otorgamiento y autorización los dos "momentos lógicos", antecedente y consiguiente, indefectibles en todo documento.

Pueden confundirse en un solo acto, en caso de autografía y de autorización de negocio propio en el documento notarial [supra 3.1].

El otorgamiento se consideraba en la Edad Media como causa efficiens del documento notarial (Marcillet).

4. Función de todo documento es también su finalidad (finis): dar "firmeza" (fides) a su contenido para obtener la eficacia de la vinculación inherente a aquél (lex o praeceptum en los documentos reales, lex contractus, lex testamenti en los notariales).

Esta finalidad, perseguida por los otorgantes, es la razón, la "utilitas" del documento (su causa finalis, Marcillet).

El grado de valor (fiabilidad, crédito) es su propia "fe" = fides (fides scripturae), que todo documento, en mayor o menor grado, tiene.

En efecto, el negocio escriturado notarialmente, tiene su propia fides:

a) Fides plenaria, publica fides, es la credibilidad íntegra del documento notarial perfecto: en pública forma (i.e. con sus formalidades propias) = scriptura originalis. Es una fides que no precisa subsidios (sine adminiculo), irrecusable salvo tacha de falsedad.

b) Fides no plena es la que requiere un subsidio, adminiculum, para llegar a ser fe pública; tal es el caso de los traslados que necesitan el subsidio del decreto judicial para su plena fe.

La intención del otorgante de revestir de título fehaciente a su disposición es la causa finalis del documento notarial (Marcillet).

## 5. Diplomática de L'acte prive y la diplomática notarial

1. Desde los Beitr.z.Diplomatik de Th.Sickel, 1861-82, fue canonizada la summa divisio de los documentos sentada por el Formul. Marculfi de la época franca (finales s. VII):

a) Cartae regales (exentos, como documentos reales, de corroboración testifical, e inatacables).

b) Cartae pagenses (documentos testificales, como documentos particulares).

A los documentos reales se asimilaron los documentos del soberano espiritual universal: los documentos papales.

Así, el campo de trabajo de la Diplomática quedó dividido en tres:

a) El de la Diplomática de los documentos reales; también del emperador



b) El de la Diplomática de los documentos papales.

c) El de la Diplomática de los documentos particulares [frances *acte privé*, alemán *Privaturkunde*].

2. La Diplomática de los documentos particulares (al contrario de las otras dos: la real y la papal) representaba una confusa agregación de dispares clases documentales: diplomas ducales y condales, procedentes de cancillerías equivalentes a las reales, documentos episcopales, documentos curiales, comunales, etc., e incluso documentos notariales.

Pronto quedó consolidada esta Diplomática "residual", comprensiva de todo documento no-real y no-papal, a través de una corta serie de manuales:

a) O. Posse, *Die Lehre von den Privaturkunde* 1887, en la que tras una muy breve parte pelegráfica, trata de diferentes aspectos diplomáticos (escrituración, datación, sigillatio) en los documentos de príncipes y señores, documentos episcopales, con algunas referencias a los documentos comunales, señoriales y episcopales notari. La visión "prusiana" del autor le impidió dar una imagen verídica del Notariado tal como se desarrolló en el Occidente románico.

b) H. Steinaker, *Die Lehre von der nichtköniglichen u. nichtpäpstlichen (Privat-) Urkunde*, en el *Grundriss der GW* de A.Meister, 1,1 1906, cuyo título define lapidariamente la negatividad conceptual del documento particular.

En su obra posterior, *Die antiken Grundlagen der frühmittelalerl. Privaturkunde*, en el mismo *Grundriss*, *ErgB* 1,1927, incorpora el estudio de los documentos del Egipto greco-romano en la cuestión de los orígenes del documento privado alto-medieval, acentuando el aspecto jurídico de la disciplina diplomática.

c) Siguió la magnífica obra de O. Redlich, *Die Privaturkunde des Mittelalters*, en el *Handb.* de v. Below, 4, 3, 1911, en la que ya aparece, en una amplitud de visión "austríaca" el Notariado con toda su importancia, aunque persiste la mezcla de heterogéneos sistemas documentales.

d) Finalmente, A. de Bouard, *Manuel de Diplomatie*, 2 *L'acte privé* 1948, realiza una exposición bastante completa de todas las clases del documento "privado": documentos escabinales, de oficialidades, de tabellionages reales, de notarios reales y, en fin, de notarios públicos del *Midí*.

La agrupación factici bajo la rúbrica "Privaturkunde", "Acte privé" no fue admitida sino con expresas reservas, como provisional (Steinacker), inexacta (Redlich) y a falta de otra mejor (Büard). Bressla y Giry, en sus manuales trataron con cierta separación el Notariado y el documento notarial del resto de los documentos "particulares".

Recentísimamente, CR. Brühl, en el VIII Congreso Internacional Diplomática, Innsbruck 1995 ha tomado posición en el tema:

a) Ha atacado el "pseudo-concepto" (Un-Begriff) "privaturkunde", que, como dice Brühl, permite agrupar documentos como un privilegio del duque de Baviera y un extracto de los libros municipales de Colonia, un documento del arzobispo de Milán y el

testamento formalizado por el rector de una pequeña parroquia, entre los cuales hay algo más diferenciador que su diversificación formal.

b) Ha postulado como primer tarea diplomática futura, una racional distribución del contenido de la rúbrica "Privaturkunde".

3. Este desideratum final de Brühl, anticipadamente habíamos intentado cumplir (en líneas generales) en nuestro breve trabajo conceptos fundamentales de la Diplomática notarial, en *Historia Instituciones Documentos* 19, 1992, 73-88. Sigamos aquí las ideas allí expuestas.

Los documentos notariales forman un "sistema documental" en Occidente románico, una unidad (con armónica estructura) de hechos documentales, pues:

a) Son uniformes las reglas que rigen la escrituración: nota, registro, scriptura originalis.

b) Son uniforme las normas (de la práctica profesional) de la estructura documental: capitula; sistema de renunciaciones; cláusulas de garantía, etc.

c) Son también uniformes el régimen de la *exemplatio* y el de la *refectio*.

d) Se crea un común léxico notarial latino.

e) Se uniformiza el *stilus notariae*, creándose tipos documentales inteligibles en todas partes.

f) El valor jurídico (*fides publica*) del documento es reconocido también en todas partes.

g) Una misma doctrina documental y formularia (*Ars notariae*) rige en todo Occidente (incluso fuera del área románica).

Hay en consecuencia un proceso (s. XIV.XV) hacia la uniformidad de la documentación notarial.

De otra parte, la tripartición de la *Dimpl.* en papal, imperial y real, y del documento particular, basada en la persona del actor documental (el papa, el emperador o el rey, los particulares) deberá ser sustituida por una lógica distribución por razón del auctor documental (cancillerías, curia, notariado y los mismos particulares en la documentación idiográfica).

Así, resultaría:

a) Una Diplomática de cancillería (papal, imperial, real, señorial, episcopal, municipal).

b) Una Diplomática curial (de las jurisdicciones pontificia, imperial, real, señorial, episcopal, comunal).

c) Una Diplomática notarial.

d) Una Diplomática del documento particular *stricto sensu*, *sous seing privé* (sigilado o no).

La Diplomática notarial, dada la sustantividad del sistema documental, postula su sustantividad, dado que puede formar su propia axiomática ("principia di-

plomática") a través de las nociones o categorías de materia, forma, esencia y función documentales.

## 6. La historia del Derecho Notarial

1. Ya sabemos cuál es el cometido de la Historia del D<sup>o</sup> notarial. Es una tarea encuadrada en la Historia del Derecho privado (*iuris civilis particula*, *Salatiel Ars Notariae*), y tiene plena sustantividad.

Son contadas las obras de Historia del D<sup>o</sup> notarial antiguas (anteriores a Brunner). Citemos la obra de P. van Schelling *Histori van het Notarisschap... in de Nederlanden*, Rotterdam 1945, de tendencia antiquaria; y la excelente obra de F. Oesterley *Das deutsche Notariat*, 1 *Geschichte des Notariats*, 1842, 2, *Darstellung des geltenden Rechts*, 1845, anticuada pero aún superada.

2. La Historia jurídica del documento de D<sup>o</sup> privado comienza con la clásica obra de H. Brunner *Zur RG der röm. u. germ. Urkunde* 1880, en la que estudia el documento longobardo partiendo del documento neoromano, esclareciendo especialmente la fórmula de perfección (completio) romana y longobarda, así como la *traditio cartae* (partiendo del *tradere cartam* romano); también estudia el documento franco, estableciendo la duplicidad documental de carta y notitia. A este libro precedieron algunos trabajos preliminares menores de Brunner.

Una exposición de interés excepcional para la Historia del documento notarial, es la extensa y magistral *Einleitung* de H.v.Voltolini a su modélica edición *Die Südtiroler Notariats-Imbreviaturen des 13. Jhs* 1, 1899 [Acta Tirol. 2], XIII-CCXXXIX. Con apoyo en las fuentes legísticas y decretalísticas, la glosa respectiva, y en las obras del *Ars notariae* (Raniero de Perugia, Rolandino) y *De ordine iudiciorum* (incluido el *Speculum iud.* de Duranti), pasa cuidadosa y fina revista a las soluciones técnicas dadas por la práctica notarial (referencias a los protocolos que edita) del s. XIII a las cuestiones generales del Derecho de obligaciones, de sucesiones y de familia y del procedimiento. Una obra imprescindible.

En el s. XX son numerosos los investigadores de la Historia jurídica notarial; citemos a R. Aubenas, R. Latouche, R. Heuberger y Frintz Kern.

3. La posible aportación de la Historia del D<sup>o</sup> notarial, en tanto es exposición de los resultados técnico-jurídicos de la práctica notarial, al desarrollo de la Historia general del D<sup>o</sup> no debe ser minusvalorada.

La reseña de los diferentes tipos documentales desenvueltos proporciona una base de primer orden para la elaboración de una completa Historia del Derecho privado. Pues no sólo con los textos de las fuentes legales es dable describir completamente las instituciones.

## 7. Soluciones de la práctica notarial como actividad jurídica.

1. El notario, pese a lo limitada que fuera su formación jurídica, en la Edad Media, era un jurista, tal como califica Schulz *G der röm. RW* 1961,2, a los que se

coupan profesional y no diletanticamente, con el Derecho. Por ello encontramos en los documentos notariales soluciones a cuestiones fundamentales que surgen en el tráfico jurídico, especialmente en la transmisión de la propiedad.

Reseñaremos algunas de estas soluciones, a continuación.

2. Transmisión de la propiedad. El documento notarial del s. XIII en la transmisión de la propiedad de inmuebles, aplica tres formas:

- a) El *constitutum possessorium*.
- b) La *missio in vacuum possessionem*.
- c) La tradición corporal.

A veces se emplean cumulativamente (erroneamente).

En los bienes muebles la tradición es real.

La tradición simbólica (llaves, etc.) no se usa en los documentos notariales.

La -altomedieval- tradición por cartam va desapareciendo.

3. *Constitutum possessorium*. Al estimarse las enajenaciones como contratos reales, la tradición corporal en la transferencia de inmuebles se entendía de manera muy rígida, y exigía la presencia de las partes, notario y testigos en la finca, lo que a veces era un grave inconveniente.

Para obviar esta dificultad se acudió al *constitutum possessorium*, o sea, la declaración del transmitente (vendedor, donante, cedente, etc.), hasta entonces poseedor, de poseer como representante de aquel a quien se ha transferido la posesión.

Ya el Derecho Romano clásico conocía la adquisición de la posesión por un representante, que podía ser el mismo tradente actuando como representante del destinatario, lo que podía ser el mismo tradente actuando como representante del destinatario, lo que sucedía cuando el tradente quedaba como arrendatario, usufructuario o precarista.

En la legislación imperial surge la reserva del usufructo para eludir la tradición (Brunner RG der Urk. 117), que es sustituida en documentos de a partir del s. IX por una fórmula de licencia para entrar y ocupar el fundo: *ut ab hodierno die licentiam abeatis per hanc cartulam donationis meae hac presenti die in vobis facit introire et ingredire seu et occupare*.

Pero si no mediaba tal licencia, procedía el *constitutum*, que según los glosadores consistía en la declaración del transmitente constituyente: *constituo [o confiteor] me possidere X [el objeto de la transmisión] nomine alieno [del destinatario]*.

Esta cláusula la vemos aparecer frecuentemente en los documentos notariales hispánicos desde el s. XIV en adelante.

4. *Missio in vacuum possessionem*. La tradición necesitaba además la concordancia de voluntades del tradente [i.e. de transferir la posesión] y del destinatario [i.e. de adquirirla], aunque la voluntad del primero resulta del mismo acto de tradición, se manifestaba expresamente ya en los documentos de mancipación romanos (cfr. Bruns 112, 114; Brunner 120). También se expresa en un i.vacuales

(Brunner 120), y regularmente en documentos de la Romagna (Marini 98, 120, 310), raramente en los longobardos, y con el término "exire" en los francos.

Pero esto evolucionó a llegar a un iussus del tradente: los documentos aplicando la terminología de D 43.16.18 expresaban la *missio in v.posso*. como un *iussus: iusit eum intrare tenutam*.

Pero con más frecuencia, se deriva a una fórmula de un *permittere* o de una *licentiam dare*, que otorga el tradente a la toma de posesión -por sí- del destinatario: dando *eidem licentiam intrandi tenutam*.

5. Tradición corporal. En los romanos la puesta en posesión se solía hacer mediante un enviado (*nuncius*), y también en el Derecho germánico el tradente nombraba un representante (*investitor*, *inwiser*) y en el Derecho castellano-leonés el transmitente designaba un manero y enjurador como su representante para dar la posesión. Este enviado traspasaba, en nombre de su mandante, la posesión corporal al destinatario.

Así se crea en la Romagna desde el s. IX la costumbre de nombrar a un *missus* a tal efecto (análogamente a la modalidad de los documentos judiciales, en los que se asignaba un subordinado del tribunal para poner en posesión del fundo a la parte vencedora).

Sobre un análogo origen de manero o enjurador castellano-leonés (hipótesis muy probable), aún no se ha investigado.

De estos documentos surgió la práctica del nombramiento del *missus* en los documentos notariales, que con la penetración del Derecho Romano, en la formalidad de la toma de posesión, alcanzó una gran significación. La fórmula era: *et insuper [esto es, además de las cláusulas de constitutum y missio in poss.] dedit ei N qui ipsum inde ponat in tenutam [o ad dandum tenutam]*.

Los prácticos tardíos (Rolandino, Duranti) prescindieron del *missus*, igual que hicieron los anteriores Pseudo-Irnerio y Rainero de Perugia [y Salatiel?].

6. *Stipulatio*. El Derecho germánico requería para la exigibilidad de la obligación bien unas arras (*Launegild*, castellano *merced*) o bien la formalidad de una wadia que permitiera la aprehensión de la persona y bienes del deudor.

La wadia se transforma en una simple promesa con constitución de un fiador (pero ya sin el viejo formulismo simbólico de la entrega de la festuca). La fórmula era: *Promisserunt in stipulationem in pena n librarum... cuius odie et promissionis pro omnibus observandis exstiterunt fideiussores N et NN...* (a veces reformado con juramento o promesa formal).

La *stipulatio* en esta nueva conformación, se regula expresamente, como promisiones en las Partidas, dedicándosele un título (P 5.11: de las promisiones).

7. Cesión de obligaciones. Cfr. nuestro trabajo «El poder en causa propia, en la práctica notarial castellana y sus precedentes», en Homenaje a Vallet, t.2, 63 ss.

8. Refutationes en general un documento o cláusula de remisión. Puede ser:

- a) Remisión, a favor de una persona, de un derecho real.
- b) Renuncia de un derecho (formal) o beneficio legal (*renuntatio*).
- c) Transacción por un precio.

Es decir, remisión o resignación de un derecho real (*Auflassung*), de un derecho (formal) o beneficio legal (*Verzicht*) o de una acción reclamable en juicio (*Vergleich*).

En todos estos supuestos, los documentos que contienen alguno de estos negocios consignan un *pactum de non petendo*, exigible a través de una cláusula penal o de indemnización de daños.

Los antecedentes se encuentran en las *securitates francae* y en documentos afines itálicos.

Sevilla, Abril 1996