

# *Fides publica e instrumenta publice confecta* en Derecho Romano

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN  
Universidad Autónoma de Madrid

**Sumario.** En el mundo romano, del primitivo carácter oral o verbal en la negociación, se pasa a la utilización de la escritura, primero privada, posteriormente firmada por testigos además de por las partes, y finalmente con intervención de los *tabelliones* o notarios y de los funcionarios públicos. La *fides publica* hace referencia a que el contenido del documento confeccionado o redactado por persona competente se tiene por verdadero entre las partes, frente a terceros y ante los tribunales hasta que, en su caso, se pruebe su falsedad en proceso penal. En Roma, a pesar del prestigio y la influencia de los notarios, no se otorga a los documentos por ellos redactados –*instrumenta publice confecta*– consideración de documentos públicos, que son únicamente aquellos en los que interviene un funcionario público en el ejercicio de su competencia.

**Palabras clave:** *Tabelliones; Fides publica; Instrumenta publice confecta.*

**Summary.** In the Roman world they used to negotiate verbally at first and after a while negotiation was done in writing. Later on, it was signed by witnesses together with both sides. Finally, notaries and civil servants took part in the process. The *fides publica* implied that the content of the written document was true, agreed by both sides regarding the thirds and tribunals until, if that was the case it was proved to be false in a penal process. However, in Rome, despite the prestige and the influence of notaries, these documents previously written, were not considered public documents. Only those in which a civil servant took part were considered Public documents.

**Key words:** *Tabelliones; Fides publica; Instrumenta publice confecta.*

En Derecho Romano, los primitivos documentos recogían únicamente los acuerdos o la voluntad de las partes, a los que se añadía un sello (*sigillatio*) y los nombres de los intervinientes. Con posterioridad, junto a sus nombres, se agre-

ga un resumen del contenido del acto. El término *tabellio* deriva de que la materia sobre la que se redactaban los primitivos documentos eran tablillas de madera, de las que se habría pasado a los papiros y de éstos a los pergaminos.

En el fragmento de Ulpiano en el que se hace referencia por primera vez a un profesional privado –*tabellio*– con competencias similares a los actuales notarios, se mencionan asimismo las funciones de los tabelliones: «*instrumenta formare, libellos concipere, testationes consignare, testamenta ordinare, vel scribere, vel signare*»<sup>1</sup>.

En el estudio del Derecho notarial romano<sup>2</sup> se utilizan un gran número de conceptos de carácter eternamente problemático, lo que hace difícil, como se afirma en el prólogo de la obra de Amelotti y Costamagna, llegar a una formulación conceptual de conjunto, dado que en la utilización de términos como «credibilidad» o «fe pública», la inseguridad es grande porque la interpretación de tales términos no es unívoca ni ha sido siempre la misma a través del tiempo<sup>3</sup>. Por otra parte, habría que distinguir, con Nuñez Lagos, entre la «historia de la función notarial», atribuida a magistrados, jueces, notarios, etc. y la «historia del órgano notarial», ejercida por notarios romanos y eclesiásticos, tabeliones, notarios longobardos y francos<sup>4</sup>.

Cabría, pues, afirmar que ya en Roma la *fides publica*, que otorga plena seguridad jurídica, podía ser judicial o extrajudicial, si bien los depositarios de esta última habrían sido únicamente autoridades gubernativas o funcionarios públicos.

El estudio de la historia del órgano notarial en Derecho romano nos llevaría a resaltar el hecho de que a fines de la República, probablemente en relación con la importancia que se comienza a conceder a la escritura<sup>5</sup>, aparecen las categorías de *notarii, actuarii, librarii, amanuenses, exceptores, scribae, chartularii, cancelarii, censuales, epistolares*, etc.<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> (D.48.19.9.4-7).

<sup>2</sup> A. D'ORS «*Documentos y notarios en el Derecho Romano Postclásico*» en *Centenario de la Ley del Notariado*, I, p. 89. Asimismo, en opinión de esta autor, quizás el punto final de esta evolución en Derecho Romano encuentre su plasmación en la regulación, en el siglo X, de la corporación notarial en el *Libro del Prefecto* del emperador bizantino León el Sabio. Cf. el texto y la significación de esta obra en el citado estudio, p. 84 y 152-161; cf., asimismo, el conjunto de documentos tabeliónicos comentados por A. D'ORS, «*Documentos y notarios en el Derecho Romano Postclásico*», cit., pp. 95 y ss; así como la aportación de textos y el comentario de M. AMELOTTI, en *Alle origini del Notariato italiano*, Roma 1975, p. 22, especialmente el realizado a propósito de la intervención del notario eclesiástico en la *manumissio in ecclesia*.

<sup>3</sup> M. AMELOTTI-G. COSTAMAGNA, *Alle origine del notariato italiano*, cit., V.

<sup>4</sup> R. NÚÑEZ LAGOS, «Documento latino y documento germánico», cit., p. 419, nota 1.

<sup>5</sup> En la Ley de las XII Tablas no se encuentra ninguna alusión a la escritura, y TRITO LIVIO, *Ab urbe condita*, VII, 3, nos dice que en el año 360 a. de C.: «*rarae per ea tempora litterae erant...*». Uno de los primeros negocios que se habrían reflejado por escrito es el testamento. Las tablillas testamentarias en las que se contenía habrían tenido en sus orígenes valor probatorio, dado que el testamento en cuanto negocio continuaba siendo oral. Muy pronto surgieron una clase de profesionales especializados en la redacción de testamentos, a los que se denominaba *testamentarii*.

<sup>6</sup> G. ROGIER, *Etude sur les tabellions. La force de leurs actes en Droit Romain*, París 1883, pp. 11 y ss.

La importancia concedida a la escrituración de los contratos en Grecia explicaría la significación de los profesionales que cumplían en Grecia la función notarial, y su reconocimiento como titulares de una función pública. Por el contrario, la tardanza en aparecer en Roma de la figura del notario se habría debido al carácter oral de la primitiva negociación en Roma, en donde el testamento primitivo, la *stipulatio* y la *mancipatio*, que constituyen las principales fórmulas de negocio tienen un carácter verbal<sup>7</sup>.

Los *notarii* se servían de ciertas notas, abreviaturas o signos convencionales para escribir con mayor rapidez. Su función era ya conocida en otros pueblos de la antigüedad, y en Derecho Romano, si bien la realidad es más antigua. El término notario aparece mencionado por primera vez por Séneca<sup>8</sup> y, posteriormente, es asimismo utilizado por historiadores y poetas<sup>9</sup>. Pero estos *notarii*, que cumplían esencialmente una función de taquígrafos, no son lo que hoy entendemos por notarios, y si bien parece evidente que de éstos deriva el nombre de aquéllos, la función de los notarios de la antigüedad la cumplían en Roma, como ya hemos dicho, los tabeliones<sup>10</sup>. No obstante, la variada e incluso en algunos textos oscilante terminología utilizada en las fuentes, produjo en ocasiones confusión en los estudiosos, derivada o bien de la similitud terminológica, por ejemplo de *tabellarii*, *tabularii* y *tabelliones*, o bien de la extensión de la palabra *notarii* a los tabeliones o, finalmente, del hecho de que en la parte oriental del Imperio la denominación *notarius* era equivalente a la de *tabularius*<sup>11</sup>. En la Edad Media, la palabra *notarii* sustituye, con carácter general, a la de *tabelliones*<sup>12</sup>.

Los *tabularii* formaban un cuerpo de esclavos públicos al servicio de la ciudad o la República, que si bien ejercían funciones notariales, no se llegaba a reconocer a los actos en que intervenían la producción de efectos propios de la *fides publica*. Su actuación se desarrollaba básicamente en el ámbito de la contabilidad, la percepción de impuestos y los archivos públicos, de ahí la consideración de su cargo dentro los «*officia publica*» de las ciudades, no obstante la limitación de su facultades autenticadores en relación con la *fides publica*.

<sup>7</sup> Cf. por todos, A. RODRÍGUEZ ADRADOS, *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura*, Madrid 1996, y la bibliografía allí citada.

<sup>8</sup> SÉNECA, *Apocolocyntosis*, 9, 2; vid., en relación con el término *notarius*, MARTÍNEZ SARRIÓN, «El notario en la baja romanidad», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXII, I, pp. 28 y ss.

<sup>9</sup> QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, 7, 2, 24; PLINIO EL JOVEN, *Epistulae*, 5, 15; 9, 20, 2; 9, 36, 2; SUE-  
TONIO, *Titus*, 3; MARCIAL, *Epigrammata*, 5, 51, 2; MANILIUS, *Astronomia*, IV, 197.

<sup>10</sup> Cf., en relación con la actividad de los *notarii*, y su posterior especialización en *testamentarii*, AME-  
LLOTTI-COSTAMAGNA, *Alle origini del notariato italiano*, cit., pp. 5 y ss. y la bibliografía allí citada.

<sup>11</sup> C. J., 8. 17. 11, Const. Emperador León del 472: «*Scripturas, quae saepe adsolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis nec ne, transigendi vel paciscendi seu fenerandi vel societatis coeundae gratia seu de aliis quibuscumque causis vel contractibus conficiuntur, quae idiochira Graeque appellantur, sive tota series eorum manu contrahentium vel notarii aut alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non licet conditionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non, quasi publice scriptas...*».

<sup>12</sup> Cf., sobre este punto, F. CALASSO, *Medio Evo del diritto*, I, Milán 1954, p. 243; J. BONO, *Historia del Derecho notarial español*, op. cit., I, p. 47, nota 8.

En las fuentes romanas no se contienen referencias a los orígenes de los tabeliones y, si bien la realidad también en este caso debió de ser más antigua, hay que esperar a finales de la época clásica para que el término aparezca utilizado por primera vez por Ulpiano<sup>13</sup>.

En una constitución de Constantino, del año 316, se prohíbe a los decuriones tomar el oficio de tabelión, lo que prueba la necesidad de regular un oficio del que se derivaban incompatibilidades ya a principios del siglo IV<sup>14</sup>. Con posterioridad, los emperadores León y Anastasio promulgan normas reguladoras de la responsabilidad derivada de negocios ilícitos o documentados por *tabellio*, atribuyéndole, en consecuencia, un cierto poder –deber de control sobre la negociación primitiva–.

Se podría, por tanto, afirmar, con Amelotti, que los tabeliones constituyen una clase profesional de redactores privados de documentos, laboriosamente configurada desde una precedente caótica actividad de escribanos, más o menos competentes o incompetentes, entre los que no han faltado los propios *notarii* o estenógrafos<sup>15</sup>.

Los tabeliones han conservado en toda la historia del Derecho Romano su carácter de profesionales privados, si bien en época de la monarquía absoluta, sin llegar a ser considerados funcionarios públicos, fueron sometidos a un estricto control y subordinación por parte del poder público, en consonancia con la general burocratización de la época. Sin embargo, en el proceso de ampliación de competencias que se les atribuyen, además de la redacción de documentos, se les reconoce función consultiva y asesora<sup>16</sup>, así como facultades relativas a la asistencia a los Tribunales, redacción de instancias y consignación escrita de declaraciones testificales<sup>17</sup>, pero, al no ser considerados en ningún momento

<sup>13</sup> D., 48. 19. 9. 4-6 (Ulpianus, libro decimo de officio proconsulis) 4: «Nonnumquam non advocationibus cui interdicatur, sed foro. Plus est autem foro quam advocacionibus interdici: si quidem huic omnino negotiis accomodare se non permittatur. Solet autem ita vel iuris studiosis interdici, vel advocatis, vel tabellionibus sive pragmaticis»; 5: «Solet et ita interdici; ne instrumenta omnino forment, neve libellos concipiant, vel testationes consignent»; 5: «Solent et sic: Ne eo loci sedeant quo in publico instrumenta deponuntur, archivo forte vel grammatophylacio».

<sup>14</sup> Cd. Theodosianus, 3, De decurionibus, XII, 1, 3: «Universos decuriones volumus a tabellionum officii temperare. Nemo autem ad decurionatum vocatus excusare se poterit, eo quod fuerit tabellio, cum huiusmodi homines si sint idonei, vocari ad decurionatum oporteat. Lex enim quae decuriones a tabellionum officii voluit submovere, ad decurionatum tabelliones vocari non prohibet»; y Cd. Thd., 9. 19.1: «Si quis decurio testamentum vel codicillos aut aliquam deficientis scriberit voluntatem vel conscribendis publicis privatisque instrumentis praebuerit officium, si falsi quae esto moveatur, decurionatus honore seposito questioni, si ita poposcerit causa, subdatur. Sed non statim desinit esse decurio, qui in huiusmodi facto fuerit deprehensus. Quantum enim ad municipales pertinet necessitates, decurio permanet, quantum ad rem gestam et veritatem reserandam, uti decurionatus honore non poterit. Nec vero ist, qui ante fuerit tabello, ad eludendam quaestionem super his, quae ante conscripsit, factus decurio defendi hac poterit dignitate, quoniam scripture veritas, si res poposcerit, per ipsum debet probari auctorem».

<sup>15</sup> AMELOTI-COSTAMAGNA, *Alle origine del notariato italiano*, cit., p. 5.

<sup>16</sup> Cf., en este sentido, M. J. WOLFF, «Faktoren der Rechtsbildung im hellenistisch-römischen Aegypten», en Z.S.S., 1933, p.56, nota 106.

<sup>17</sup> D., 48. 19. 9. 4-5 (Ulpianus, libro decimo de officio proconsulis): «Nonnumquam non advocacionibus

como funcionarios públicos, no se les atribuye en sentido estricto plena *fides publica* a los datos por ellos confeccionados, puesto que no se puso nunca en tela de juicio que el *ius actorum conficiendorum* fuera competencia exclusiva de los funcionarios públicos, y que la ejecutoriedad de los contratos y de las sentencias correspondía únicamente a las autoridades judiciales y gubernativas. En virtud del *ius actorum conficiendorum* se otorgaba a los titulares de este derecho, la facultad de confeccionar y autorizar actas y expedientes en los que se reflejaban las actuaciones y procedimientos que tenían lugar en su presencia. Una copia de tales expedientes, que tenía el carácter de documento público, se entregaba a los interesados. Tales documentos gozaban de pleno valor probatorio, *fides publica*, respecto de todas las autoridades del Estado y, por tanto, también ante los Tribunales de Justicia.

El documento tabeliónico no tuvo en Roma ni la consideración de documento privado ni la de documento público, pero en su regulación y en sus efectos se asemejó más a este último, como se refleja ya en la propia denominación que se le atribuye de *instrumentum publice confectum* utilizada en la mayoría de los textos, y en otras expresiones relativas a tales documentos, como, por ejemplo; *scripturae forensia*, *documenta publice celebrata*, *documenta publice confecta*<sup>18</sup>, etc.

La primera vez, que se conozca, en que se utiliza la denominación de *instrumenta publice confecta* se contiene en una constitución del Emperador Leon, del 472, recogida en C.J., 8. 17. 11, y se hace a propósito de la contraposición entre escrituras privadas e *instrumenta publice confecta*, estableciéndose la preferencia de estas últimas, aunque sean de fecha posterior a las primeras<sup>19</sup>.

Asimismo, en la Nov. 73. 7. 1 se resalta claramente no sólo la confección pública de estos documentos «*In his vero, quae conficiuntur publice documentis, si tabellio venerit...*», sino que se les otorga plena credibilidad, plena *fides publica*, cuando el notario atestigüe bajo juramento su propia intervención<sup>20</sup>. El

---

*cui interdicatur, sed foro, plus est autem foro quam forensibus negotiis accommodare se non permittatur, solet autem ita vel iuris studiosis interdicti vel advocatis vel tabellionibus «sive pragmaticis».*

<sup>18</sup> Como afirma A. D'ORS, «Documentos y notarios en el Derecho Romano Postclásico», *op. cit.*, p. 89, sobre todo desde Justiniano, el documento tabeliónico tiende a equipararse al público como *instrumentum*, no *publicum*, pero sí *publice confectum*. Sobre el concepto de *instrumentum*, vid., por ejemplo, S. RICCO-BONO, «*Stipulatio e instrumentum nel Diritto giustiniano*», en *Z.S.S.*, 35, 1914, pp. 214 y ss. y A. AMELOTTI, «*Il Documento nel Diritto Giustiniano. Prassi e legislazione*», estudio contenido en *Il mondo del Diritto nell'epoca giustiniana*. Università degli studi di Bologna. Istituto de Antichità Ravennati e Bizantine-Ravenna, pp.125-137.

<sup>19</sup> C. J., 8. 17. 11. 1: «*Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum qui instrumentis publice confectis nititur praeponi, etiamsi posterior dies his contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones isdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur*».

<sup>20</sup> «*Si vero neque adnumerator assumptus est et instrumentum ipse tabellio totum per se conscripsit atque supplevit, aut si etiam qui hoc conscripsit non adest aut aliter ipse venire non valet, tamen cum iureiurando propriae completioni attestetur, ut comparationi non fiat locus, sint etiam sic credibilia documenta. Testimonium enim et ex voce completis factum et iusiurandum habens adiectum praebuit quoddam causae momentum*».

testamento jurado del tabelio, completado, en su caso, por quien hubiese escrito el documento, en el supuesto de que no hubiese sido realizado por el tabelio, se consideraba suficiente y excluía la *comparatio literarum*. Por su parte, la *comparatio literarum* era un sistema de convalidación que consistía en que quien presentaba un documento que favorecía su posición, requería, para verificar su autenticidad, la comparación con otros documentos escritos por la misma persona que había escrito aquél.

Lo que parece claro, en definitiva, es que la fuerza probatoria de los *instrumenta publice confecta* es superior a la de documentos privados que no daban fe más que cuando eran reconocidos como verdaderos por la persona contra la cual se oponían, y a la de los *instrumenta quasi publice confecta*, cuya fuerza probatoria derivaba de los tres testigos de buena e íntegra reputación que los habían suscrito, e inferior, en principio, a la de los *instrumenta publica* en sentido estricto o documentos auténticos, que producían fe pública por sí mismos<sup>21</sup>, lo que les confería una fuerza probatoria plena, y los hacía inatacables en juicio, hasta la inscripción de falsedad<sup>22</sup>, por lo que el documento sería «absoluto».

Por su parte, los *instrumenta publice confecta* precisaban, para producir plena *fides publica* por sí mismos: o bien el juramento del notario, o bien ser corroborados por la prueba testimonial o la verificación de las escrituras, o bien la insinuación o depósito<sup>23</sup> de tales documentos en los Archivos Públi-

<sup>21</sup> Cf. C.J., 8. 53. 51: «...superfluum est privatum testimonium, cum publica monumenta sufficiant...»; C. J., VI, 23, 19: «Omnium testamentorum solemnitatem superare videtur, quod insertum mera fide precibus inter tot nobilis probatas personas etiam conscientiam principis tentet. Sicut ergo securus erit, cui aditis cuicumque iudicis, aut municipum, aut auribus privatorum mentis suae postremum publicavit iudicium: ita nec de eius unquam successione tractabitur, cui nobis mediis et toto iure (quod in nostris est scriiniis constitutum) teste succedit».

<sup>22</sup> En relación con la eficacia probatoria del *instrumentum*, cf. G. G. ARCHI: «Civilliter vel criminaliter agere». In *tema di falso documentale*, SCRITTI FERRINI, I, Milán, pp.1 y ss.; «La proba nel diritto del Basso Impero», en *Iura*, 12, 1961; A. D'ORS, «Documentos y notarios en el Derecho Romano Postclásico», cit., pp.110 y ss. Cf., asimismo, en relación con la necesidad de la forma documental y la publicidad en la realización del vínculo matrimonial, a propósito del fragmento contenido en C.T., 3. 7. 3., R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, I, Milán 1952, pp. 386 y ss; AMELOTTI, «Per la ricostruzione de una legge di Teodosio II», en *Studi de Francisci*, 2, 1956, pp. 297 y ss., y, posteriormente, M. J. GARCÍA GARRIDO, *Relaciones personales y patrimoniales entre esposos y cónyuges en el Derecho Imperial tardío (de Constantino a Teodosio)*, Academia Constantiniana, notas críticas.

<sup>23</sup> A propósito del fundamento de la creación de los Archivos Públicos, sus clase y las personas que los presiden, vid., en G. CHAMPETIER, *Des actes publics en Droit Romain*, París 1880, pp. 69 y ss; G. ROGIER, *Etude sur les tabellions. La force probante de leurs actes en Droit Romain*, op. cit., pp. 62 y ss; E. DURANDO, *Il tabellionato o notariato nelle leggi medievali italiane e posteriori*, Turín 1897, pp. 22 y ss; J. BONO, *Historia del Derecho Notarial Español*, I, op. cit., pp. 53 y ss. En relación a la insinuación de las donaciones, resulta significativo el amplio elenco de magistrados declarados competentes en el Cd. Thd., VIII, 12, 8: «Donationes debere sortiri perpetuam firmitatem quas corporalis traditio fuerit subsequata, sancimus, ne usufructus exceptio protraditione possit intelligi. Qui enim post liberalitatem redonata perfrui concupiscit, hoc sibi cuo voluerit modo, consignata videlicet possessione, debet praecipuum custodire ne imperfecta vacillet donatio. Gestorum quoque confectionem, sive ante traditionem, sive post traditionem, fieri oportebit, ut instrumentum quo continetur munificentia apud acta publicetur. In hac cuidem urbe, apud magistrum census: In provinciis vero apud provinciarum rectores: Vel si praesto non fuerint apud magistratus municipalis; vel si civitas ea vel oppidum in quo donatio celebratur, non habeat

cos<sup>24</sup>. Tal *insinuatio apud acta* confería plena autenticidad a los documentos de los tabeliones «...gesta, quae sunt traslata in publica monumenta, habent perpetuam firmitatem...»<sup>25</sup>.

La insinuación de los documentos tabeliónicos exigía el cumplimiento de determinados requisitos y la observancia de ciertas formalidades<sup>26</sup>, cuya realización confería al documento el carácter de público y le otorgaba plena credibilidad<sup>27</sup>.

Cualquiera que fuese el magistrado que procediese a la insinuación, debía ser necesariamente auxiliado por un escribano y tres miembros de la curia, conforme se establece en C.T. 151: «*Municipalia gesta non aliter fieri volumus quam trium curialim praesentia, excepto magistratu et exceptore publico*». La insinuación, como ha puesto de relieve Rogier<sup>28</sup>, tenía lugar ante un verdadero Tribunal. Sin embargo, en C.J. VII, 6. 1. 10<sup>29</sup>, se nos dice que la insinuación te-

---

*magistratus, apud defensorem plebis in qualibet civitate fuerit repertus: curatores enim concidat vilitate: sed iam allegatas apud curatores donationes et gesta confecta calere necesse est...*».

<sup>24</sup> Cf., al respecto, en D., 48. 19. 9. 6 (Ulpianus, libro X de officio Proconsulis): «*Solet et sic, ne eo loci sedeant, quo in publico instrumenta deponuntur, archivo forte, vel grammataphylacio*».

<sup>25</sup> A partir especialmente de comienzos del siglo III, se hace frecuente la costumbre de registrar los documentos en los protocolos de determinados funcionarios públicos: *Insinuatio apud acta* cfr. Cod. J., VII, 52, 6: «*Gesta quae sunt translata in publica monumenta habere volumus perpetuam firmitatem. Neque enim morte cognitoris perire debet publica fides*». Cod. J. I., 56, 2: «*Magistratus confiendorum actorum habeant potestatem*». Cod. J., II, 1, 2: «*Ist apud quem res agitur acta publica tam civilia quam criminalia exhiberi inspicienda ad investigandam veritatis fidem iubebit*». Cod. Thd., XII, 1, 151, *De decurionibus*: «*Municipalia gesta non aliter fieri volumus, quam trium principalium praesentia, excepto magistratu et exceptore publico semperque hic numerus in eadem actorum testificatione servetur: Sic enim et fraudi non patebit occasio et veritati maior crescit auctoritas*». En relación con la idea de que la *insinuatio* en los *gesta municipalia* no consiste en un simple depósito de los documentos, vid., la autorizada opinión de A. AMELOTTI, *Il documento nel Diritto Giustiniano*, op. cit., pp.125-137.

<sup>26</sup> A los requisitos o condiciones exigidas para la insinuación se hace referencia, por ejemplo, en la Nov., 73. 7. 3: «*Si vero nihil aliud inveniatur praeter collationem instrumentorum, quod hactenus valuit fiat, ut qui profert ad collationes documentum, iuret solemniter; ut autem aliquod omnino causa sumat augmentum ad maiorem negotii fidem et ipse qui haec, ad collationes instrumentorum venit nec quidquam circa eam egit aut machinatus est, quod posit forte veritatem abscondere. De quibus licebit sese liberare contrahentes, si consenserint utrique ad hoc venire ut insinuent instrumenta et profiteantur ea sub gestis monumentorum ipsi contrahentes, quatenus priverent nequitia et corruptione et falsitatibus et quaecumque alia mala corrigentes praesentem promulgamus legem*». Vid., asimismo, en relación con las formalidades exigidas, J. BONGO, *Historia del Derecho Notarial español*, I, op. cit., pág.53.

<sup>27</sup> A la nota de autenticidad conferida al documento por la insinuación, se refieren numerosos textos, cfr., C.J., 8. 54. 30: «*... Et hae donationes, qua in diversis provinciis et civitatibus apud quemlibet ex praedictis fuerint publicatae, optineant inconcusan ac perpetuam firmitatem*»; C.J., 7. 52. 6: «*Gesta, quaesunt translata in publica monumenta, habere volumus perpetuam firmitatem. Neque enim morte cognitoris perire debet publica fides*»; Nov., 49. 2. 2: «*Si vero etiam ex publicis archivis proferatur charta, velut desusceptu mensae gloriosissimorum praefectorum (novimus enim etiam aliquid tale quaesitum), et quod ex publicis profertur, et publicum habet testimonium etiam susceptibile hoc esse ad collationes manuum ponimus...*».

<sup>28</sup> G. ROGIER, *Etude sur les tabellions. La force probante de Leurs actes en Droit Romain*, op. cit., 53.

<sup>29</sup> C.J. VII. 6. 10: «*Similique modo si dominus inter acta quendam servum filium suum nominaverit, voci eius, quantum ad liberam conditionem, credentur est. Si enim ipse tali affectioni fuerit accensus, ut etiam filium sum servum nominare non dedigetur, et hoc non secreto nequo inter solos amicos, sed etiam actis intervenientibus et quasi in iudicii figura nominaverit, quo modo potest eum servum iterum saltem morientem habere?*».

nía lugar *quasi in iudicii figura*, lo que implica que no se cumplían en tales actuaciones las formalidades de un proceso. En opinión de Loyseau, este *quasi* cobra sentido para expresar la distinción o contraposición entre los actos contradictorios o contentiosos en los que existe un juez, un demandante y un demandado, y, por tanto, hay *vera iudicia figura*, y los supuestos objeto de nuestro análisis en los que nos encontramos solamente con un juez y un demandado o peticionario y, por tanto, *quasi iudicia figura*<sup>30</sup>.

En la generalidad de los supuestos, se estableció el carácter voluntario de la insinuación en los Archivos Públicos de cualquier documento, lo cual sería especialmente frecuente respecto de aquellos que no conferían plena *fides publica* en juicio, y que por medio de la insinuación se transformaban en documentos públicos, lo que suponía una mayor seguridad en el tráfico jurídico, que interesaba tanto a los particulares como a la autoridad pública<sup>31</sup>.

No obstante, con carácter excepcional, se estableció el carácter obligatorio<sup>32</sup> de la insinuación en determinados casos considerados de mayor importancia, como los testamentos solemnes después de la muerte del testador<sup>33</sup>, las donaciones de mayor valor<sup>34</sup> y la realizadas entre cónyuges<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> LOISEAU, *Du Droit des offices*, II, 5., cf. la cita y el comentario de la opinión de este autor en la obra de G. ROGIER, *Étude sur les tabellion. La force probante de Leus actes en Droit Romain*, cit., pp. 63 y ss.

<sup>31</sup> Cf., al respecto, C. J., I, 57.1: «*Iubemus apud Alexandrinae dumtaxat clarissimae civitatis iuridicum, licitum et concessum esse, singulis quibusunque volentibus donationes conscriptae solemniter instrumenta reserare, eisdenque robur adiciet gestorum series apud eundem confecta; tamquam si apud virum clarissimum moderatorem provinciae, vel magistratus, vel defensores, plebis habita fuisse dicerentur*»; C. J., II, 4. 28: «*Sive apud acta rectoris provinciae, sive sine actis scriptura intercedente vel non, transactio interposita est; hanc servari conventi*»; C. J., VIII, 54. 30: «*In hac sacratissima urbe conscriptae donationes ubicumque positarum rerum apud magistrum census insinuantur. In aliis vero civitatibus sive absens, sive praesens rector provinciae sit, sive eadem civitas habeat liberam facultatem donationes rerum suarum ubicumque positarum, sive apud moderatorem cuiuslibet provinciae, sive apud magistratus, sive apud defensorem, cuiuscumque civitates prout maluerit, publicare...*».

<sup>32</sup> Al carácter voluntario, como norma general, de la *insinuatio donationis*, se hace referencia, por ejemplo, en C.J., VIII, 54. 31: «*In donationibus quae actis insinuantur non esse necessarium iudicamus vicinos vel alios testes adhibere. Nam superfluum est privatum testimonium cum publica monumenta sufficientiant. Verum et illas donationis quas gestis non est necessarium alligari, si forti per tabellionem vel alium scribantur, et sine testium subnotatione valere praecipimus: ita tamen si ipse donator vel alius voluntatem eius secundum solitam observationem subscripserit...*».

<sup>33</sup> Cf., al respecto, *Pauli Sententiae*, IV, 6. 1: «*Tabulae testamenti aperiuntur hoc modo ut testes vel maxima pars eorum adhibeatur, qui signaverint testamentum ita ut agnitis signis, rupto lino aperiatur atque describendi di exempli fiat potestas, ac deinde signo publico obsignatum in archivum redigatur, ut si quando exemplum eius interciderit, sit unde peti possit*».

<sup>34</sup> Así, por ejemplo, en C. J., VIII, 54. 36. 3: «*Ceteris etiam donationibus, quae gestis intervenientibus minime sunt insinuatae, sine aliqua distinctione quingentos usque ad solidos valituris. Hoc etenim tantummodo ad augendas huius modo donationes addendum esse ex praesenti lege decernimus; anteriore tempore nostra lege praecedente moderando, quousque trecentos solidos facta donationes et sine insinuatione firmitatem optinere iussae sunt*».

<sup>35</sup> Cf. C. J., 5, 16. 25: «*Donationes quas parentes in liberos cuiuscumque sexus in potestate sua constitutos conferunt vel uxor in suum maritum vel maritus in sua uxorem vel alteruter eorum in aliam personam cui constante matrimonio donare non licet, vel aliae personae in eam cui donare non poterant, ita firmas esse persilientium donatoris vel donatricis sancimus si usque ad quantitatem legitiman, vel eam excedentes actis fuerint intimatae*».

El proceso evolutivo, al que nos hemos referido en páginas anteriores, de ampliación de competencias del notariado romano, encuentra su culminación en los textos legales de Justiniano, y en la época bizantina, con el reconocimiento a los *tabelliones* de una elevada posición jurídica, que se manifiesta en el hecho de que se sitúa a los tabeliones como responsables de una de las cuatro secciones de los Archivos Públicos en que se insinúan los documentos, y en la elogiosa distinción de Justiniano entre los más eficaces colaboradores de su actuación legislativa<sup>36</sup>.

En este sentido, la asimilación de los documentos tabeliónicos a los documentos públicos se lleva quizá a sus últimas consecuencias en una constitución de Justiniano<sup>37</sup>, en la que parece equipararse, a efectos de la eficacia del documento, los *documenta forensia* (o tabeliónicos) a los *documenta publica*, y contraponerse ambos a los *documenta privata* y a los *quasi publice confecta*.

Sin embargo, como señala Amelotti, la equiparación de los documentos notariales a los públicos equivaldría a otorgar antes de tiempo plena *fides publica* a la certificación del *tabellio*, lo cual contrastaría con el autoritarismo imperial y, en todo caso, supondría la transformación de los tabeliones en funcionarios públicos<sup>38</sup>. Se refiere asimismo este autor, en relación con la actuación de los tabeliones, a la distinción entre formalismo interno y formalismo externo, entendiéndose por el primero el conjunto de formalidades intrínsecas de un negocio concreto, mientras que con la expresión formalismo externo, se hacía referencia a la forma en la que el negocio se proyecta al exterior, es decir, a la escritura.

Ciertamente, la atribución de plena *fides publica* a los documentos confeccionados por los tabeliones bajo ciertas condiciones de forma, habría sido incompatible, en la comunidad política romana, con su permanente posición como profesionales privados, incluso en una época como el Dominado, caracterizada por el autoritarismo y la burocratización.

Por otra parte, el reconocimiento de la pública utilidad de su función conllevó para el notario las limitaciones derivadas del sometimiento a una serie de controles, cautelas y reglas dictadas por el poder público, que ya en la época postclásica estableció que el fundamento de la validez de los documentos consistía en la intervención de funcionarios públicos, notarios o testigos, y atribuyó a los tabeliones el ejercicio de hecho de un control de legalidad del correspon-

<sup>36</sup> Cf. Nov. 66. 1, pr. : «*Ut autem apertium adhuc causa declaretur sancimus, si scripta fuerit huius modi lex, hanc post duos menses dati ei temporis valere et in republica tractari, sive in hac felicissima civitate, sive in provinciis post insinuationem sufficiente hoc temporis omnibus manifestan eam constituere, et tabellionibus eius cognoscentibus virtutem, et subiectis agnoscentibus legemque servantibus...*»

<sup>37</sup> C. J., 4. 21. 20.

<sup>38</sup> El notario asumía responsabilidad respecto a las partes en relación con la forma y el contenido de la *completio*. Vid., en este sentido, M. AMELOTTI-G. COSTAMAGNA, *Alle origini del Notariato Italiano*, op. cit., p. 35; Asimismo, como señala J. BONO, *Historia del Derecho Notarial Español*, op. cit., p. 47, el *tabellio* era responsable por su cooperación en los negocios prohibidos o contrarios a la Ley a cuya formalización no debía prestarse, así en los casos de ciertos contratos (C. J., 1. 2. 14. 6; 4. 32. 2; 11. 54. 1pr.), y en los testamentos en los que no se cumplieran las prescripciones legales (C. J., 6. 23. 29. 7; Nov., 66. 1, pr.).

diente negocio o documento, así como la asunción de una responsabilidad derivada especialmente de su actuación en la realización de la *completio* y en la formalización de determinados negocios prohibidos o contrarios a la ley<sup>39</sup>.

Conforme al Derecho justiniano, el documento confeccionado por el tabellio, C. J. 4.21.17, debe ser puesto en limpio, *nisi instrumenta in mundum recepta*, y requiere asimismo la autorización, *completio*, del tabellio y la conformidad, *absolutio*, de las partes, sin que pueda derivarse derecho alguno del simple proyecto de contrato o del propio documento puesto en limpio y suscrito por las partes, en tanto no fuere declarado «*completum*» et «*absolutum*» por el notario. Dicho pronunciamiento de *complevi et absolvi*, constituye la llamada fórmula de perfección.

En el siglo x, en el Libro del Prefecto del Emperador bizantino León el Sabio, se regula la corporación notarial. El Prefecto de Constantinopla era en la máxima autoridad de las corporaciones profesionales creadas y controladas por el poder público, entre ellas la profesión notarial, titular de la fe pública documental. En el Reglamento regulador de la profesión de notario se prevé la posición del cargo por un sistema en el que se tiene en cuenta méritos como la caligrafía y los conocimientos jurídicos, que valoran el Decano del Colegio y el Prefecto. Se establecen asimismo las obligaciones de los notarios, por ejemplo la de asistir a los actos profesionales en que intervenga el Decano o la necesidad de realizar personalmente la *completio*. Se regulan asimismo, entre otros aspectos, las Escuelas en las que se forman los notarios, los derechos y obligaciones oficiales y el cobro de los correspondientes aranceles.

Al igual que había sucedido con los tabeliones romanos, los notarios medievales, intervienen tanto en la documentación privada, autorizando negocios, testamentos, declaraciones testificales etc., como en la actividad judicial, confeccionando escrituras procesales por mandato de los jueces, hasta el punto de ser considerados los principales colaboradores de éstos. No es infrecuente en los textos medievales la utilización conjunta de los términos *notarius et iudex*, ni que el nobramiento de una persona como notario por parte de las ciudades, obispos, condes o por gobernantes, sea considerado el primer paso para el acceso a la condición de juez<sup>40</sup>.

En relación con las actuaciones de *iurisdictio voluntaria*, cabe señalar que a partir del siglo ix, se legitiman a través de la vía de un proceso aparente simplificado, con claras influencias de la *in iure cessio* romana. Las cada vez más amplias necesidades negociales explican la creación de jueces *iudices*

<sup>39</sup> Cf., asimismo, en relación con la *completio* y *absolutio*, AMELOTTI, II, *Il documento nel Diritto Giustiniano. Prassi e Legislazione*, op. cit., pp.132-137.

<sup>40</sup> Como señala F. U. Di Blasi: sub voce «Giurisdizione volontaria», en N. N. D. I., op. cit., p. 1096, con la expresión *iurisdictio voluntaria* pasó a designarse tanto a los actos realizados por jueces (*in volentes*), como los otorgados por los notarios: «*Iudices chartularii sunt illi, qui sunt ordinarii et habent iurisdictionem inter volentes tantum; quasi omnes tabelliones sunt iudices ordinarii et faciunt instrumenta*». Vid., asimismo, al respecto, la correlación establecida por R. NUÑEZ LAGOS: «Documento latino y documento germánico», en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, I, p. 431, entre la proliferación de juicios fingidos y la creación de jueces especiales que se llamaron «*iudices chartularii*».

*chartularii*, con competencias específicas en esta materia, ante los que se desarrollaba la ficción procesal, que acaba siendo suprimida y sustituida por la simple *confessio* o reconocimiento ante el *iudex*. En el siglo XII, una parte importante de las actuaciones legitimadas a través de la práctica de la *confessio* ante los *iudices*, se atribuyó a los notarios, que estaban adscritos a los tribunales tanto laicos como eclesiásticos. Ante el notario se practicaba la *confessio* de uno de los presentes y una vez autorizada por aquél, producía el mismo efecto que la *confessio* realizada ante el juez, *in iure*. Los documentos confeccionados por el notario se denominaban *instrumenta guarentigiata*, es decir, con cláusula de garantía, garantía otorgada por el propio notario, que se consideraba al propio tiempo título ejecutivo (se decía que el título llevaba aparejada ejecución, *paratam executionem*)<sup>41</sup>, y documento público o auténtico, en cuanto se les reconoce pleno valor probatorio de su propio contenido y existencia y eficacia frente a terceros. Posteriormente, desaparece la exigencia de la garantía otorgada por el notario, *clausula guarentigiata*, y los documentos pasan a denominarse *instrumenta confessionata*, y , conservan la plena ejecutividad, al igual que la sentencia judicial. Se considera a Rolandino y a Salatiel como los más ilustres representantes del notariado medieval y del denominado *ars notariae*, y desde entonces como autores clásicos del derecho notarial.

La evolución referida en las líneas anteriores se produce a lo largo de los siglos IX y XII en todos los países europeos, singularmente en Italia, Francia, Alemania e Inglaterra. Asimismo en España en el siglo XIII, el Fuero Real y las Partidas regulan ya la figura del notario, denominado escribano público, como un oficio o servicio público, al que se le reconoce la pública utilidad de su función, se la denomina incluso pública persona, y se le otorga fe pública<sup>42</sup>. Las Partidas, considerada como la más importante obra jurídica de la historia de Castilla y de España, es el resultado de la recepción del Derecho Romano justinianeo, al que se adicionan instituciones y principios canónicos y locales. Constituye asimismo la más completa formulación y ordenación notarial del Occidente europeo de la época y uno de los hitos del Derecho notarial español, junto con la Pragmática de Alcalá de 1503<sup>43</sup> y la ley del Notariado de 1862. Se considera asimismo a las Partidas como la principal fuente histórica en la que se inspiraron tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, como la de 1881, caracterizadas ambas por el mantenimiento del carácter jurisdiccional de la jurisdicción voluntaria.

<sup>41</sup> Se considera que el carácter ejecutivo del título derivado de los documentos autorizados por los notarios medievales, constituye el fundamento y el antecedente del juicio sumario ejecutivo regulado en el art. 1429 de la Ley de 1881.

<sup>42</sup> Hasta el siglo XII la plena fides pública de los documentos notariales podía lograrse o bien mediante el juramento del notario que había otorgado el documento, o bien con el depósito o *insinuatio* de éste en un Registro Público, *insinuatio apud acta*.

<sup>43</sup> Cf. al respecto A. RODRÍGUEZ ADRADOS, *El Derecho Notarial en el Fuero de Segovia y en la legislación de Alfonso X el Sabio, R.D.N.*, XLIV, abril-junio, 1964, pp. 29-160; Id. «La Pragmática de Alcalá, entre las Partidas y la Ley del Notariado», *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, Vol.VII, 1988, pp. 517-813.

Un desarrollo paralelo, en algunos aspectos, al procedimiento de *iurisdictio voluntaria*, se produce en los denominados por Fairén plenarios rápidos<sup>44</sup> que se caracterizan por los principios de concentración, oralidad, brevedad de los plazos, limitación de recursos, mayores facultades del juez etc. Especialmente estudiados por Fairén, que los considera el precedente más remoto del actual proceso ordinario de la nueva LEC. Dentro de esta categoría deberían incluirse: a) el procedimiento derivado de las normas canónicas dictadas por el Papa Clemente V en 1306 y 1311, que se conocen con las primeras palabras de aquellas: *saepe contingit* y *dispendiosam*; b) el procedimiento acelerado contenido en el libro del Consulado del Mar del siglo xv, por el que se rigen los mercaderes terrestres y marítimos y c) el procedimiento abreviado contenido en la Instrucción dictada por Carlos V en 1530, conocido como el Proceso de Indias, por dirigirse su aplicación a las tierras de América.

antonio.bujan@uam.es

---

<sup>44</sup> Sobre los plenarios rápidos y su no confusión con los procesos sumarios que se caracterizan por la disminución de las fundamentales garantías procesales de las partes, cf. V. FAIRÉN, «Jurisdicción voluntaria. Juicios sumarios. Las confusiones de la historia. Posibles soluciones», *BICAM*, 2, 1990, pp.19-34.