

Los Esquemas Conceptuales del Instrumento Público

Por Rafael Núñez Lagos, Notario de Madrid.

I.—El II Congreso Internacional del Notariado Latino.—II.—La autonomía del Derecho notarial.—III.—Preceptos y conceptos.—IV.—*Negotium et instrumentum*.

I.—EL II CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO.

1.—En el mes de octubre del Año del Señor de 1950, se celebró en Madrid el II Congreso Internacional del Notariado Latino. Como todo certamen de esta naturaleza, tuvo dos partes entrelazadas: deliberaciones y festejos. En unas y otros, los respectivos notariados nacionales pusieron su mejor voluntad.

Todo transcurrió sereno y alegre en un clima dulce, de júbilo templado, de afable espíritu de comprensión y de amor a la tarea emprendida. Todo transcurrió... lo que quiere decir que todo pasó. Los ecos de alborozo de las fiestas brillantes se apagaron: únicamente vivirán con su emoción pristina en los ojos y en el recuerdo de los que tuvimos la ocasión y la buena ventura de presenciarlas.

Todo pasó. Excepto algo muy importante: *scriptamantent*. Las labores académicas, con mejor fortuna, permanecerán para perenne lección de actuales y venideros tiempos. Entre excursiones y saraos también hubo lugar para el cultivo del Derecho notarial. Los cuatro volúmenes subsiguientes —obra de muchos notarios de muchos países— más que prueba y documento, son el monumento de nuestro II Congreso.

En sus nutridas páginas ¡cuántas sugerencias e ideas!, ¡cuántas claridades luminosas! El II Congreso es un hecho histórico crista-

lizado en sus publicaciones; un trozo de la evolución del notariado cautivo entre palabras; el tiempo que pasa, que quedó prisionero en hojas de libro; una actualidad notarial anclada para siempre en la sucesión de los días.

El Congreso de Madrid tiene, como se podrá apreciar por la lectura atenta de sus publicaciones (1) una doble trascendencia: en lo orgánico, una superorganización; en lo jurídico, una superación ideológica. En ambos casos nos encontramos en el camino de una transformación intelectual del notariado. Sólo el pensamiento cambia la faz de la Humanidad; los enciclopedistas originaron la revolución francesa; la filosofía de Hegel dió base al marxismo.

(1) Rolandino: *Apparatus Rolandini notarii Bononiensis clarissimi super Summa notariae quae Aurora nuncupatur, cum additionibus insertis Petri de Unzola notarii Bononiensis et jurisperiti doctissimi, quod opus pro sui excellentia moderni Meridianam appellant.* (Texto en facsímil. Publicada con ocasión del II Congreso Internacional del Notario Latino). Madrid, Colegio Notarial de Madrid, 1950, 374 págs., 34 cm. Rúst.

Rolandino:—Passaggeri, Notario de Bolonia (siglo XIII). *Aurora*, con las adiciones de Pedro de Unzola, Notario de Bolonia (siglo XVII). Versión al castellano de... don Víctor Vicente Vela... y... don Rafael Núñez Lagos... (Prólogo de don Rafael Núñez Lagos. Publicada con ocasión del II Congreso Internacional del Notariado Latino). Madrid, Colegio Notarial de Madrid, 1950, LXIV — 568 págs., 34 cm. Rúst.

Vida: La—privada española en el Protocolo notarial. Selección de documentos de los siglos XVI, XVII y XVIII del Archivo Notarial de Madrid. Publicada con ocasión del II Congreso Internacional del Notariado Latino. Con un estudio preliminar de don Agustín G. de Amezúa y Mayo, de la Real Academia Española. Madrid, Colegio Notarial de Madrid, 1950, XLI — 442 págs., 23 cm. Rúst.

Legislación—Notarial. Editada con motivo del II Congreso Internacional del Notariado Latino. Madrid, Sección de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1950, 318 págs., 23 cm. Rúst.

Estudios—históricos y documentos de los Archivos de Protocolos, Barcelona. Colegio Notarial de Barcelona, 1950, 314 págs., 23 centímetros. Rúst.

Memorias—y Trabajos presentados al II Congreso Internacional del Notariado Latino. Madrid, Imp. Gama, 1950. 51 folletos (reproducidos en los vols. II, III y IV), 20 cm. Rúst.

Boletín—informativo del II Congreso Internacional del Notariado Latino. (Colección de números publicados en Madrid y Sevilla). Madrid, Gráf. Espejo. 11 núms. de los días 14 a 24 de octubre, publicados en Madrid y día 28 de octubre, publicado en Sevilla, 21 cm. Rúst.

LA UNION INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO.

2.—En lo orgánico el Congreso de Madrid ha fundado una nueva entidad permanente: La Unión Internacional del Notariado Latino, con sede en Buenos Aires.

Se ha roto la insularidad estanca de los notariados nacionales. Este fué el fruto maravilloso del I Congreso Internacional de Buenos Aires (2). Nunca los notarios se lo agradeceremos bastante. Pero en esa primera etapa, como Congreso, éramos un producto sociológico. En esta segunda etapa, como Unión, somos una persona jurídica. El Congreso ha pasado a ser su asamblea general, su órgano deliberante.

Un Congreso es una teoría del contacto, no del contagio; una Unión es una cooperación permanente, no una organización jerárquica. Yerran los que creen que una Unión Internacional puede ser un medio y un paso en la vía de la organización uniforme del notariado latino. Esto no sería posible ni tal vez deseable. Desde luego el más pequeño esbozo de uniformidad legislativa escapa a las finalidades y a las posibilidades de la Unión.

La Unión es una persona jurídica. Lo que no quiere decir que sea una corporación territorial. De aquí deriva que hasta la fecha no esté constituida ni inscrita en Registro público con arreglo a la legislación de ningún país. Lo que plantea varios problemas: ¿debe inscribirse en algún Registro adecuado? ¿Dónde? ¿Como asociación? ¿Como fundación? Los notariados nacionales debían estudiar el posible acogimiento formal de su país y sus leyes a nuestra Unión como persona jurídica, sin afectar su naturaleza internacional ni variar el lugar de su sede.

La trascendencia de la Unión no hay que medirla por su ínfimo poder legislativo, sino por la fuerza normativa de los hechos y los conceptos, por el influjo de los anhelos comunes hacia un ideal de perfección. Nuestro reino no es la tierra de la legislación, sino la del pensamiento. Tradición y progreso son los pilares de nuestra Unión. O tal vez resulte más preciso decir **el progreso dentro de la tradición**; la añoranza de nuestras glorias, la esperanza de nuestro progreso. Todo notariado es tradicionalista. Ama y tiene por misión la estabilidad jurídica; quisiera ser la estabilidad misma. No es, pues, su noble afán de progreso una inquietud revolucionaria. El notariado quiere meditar sobre sí mismo, sobre su porvenir, después de habernos reconocido todos, en el inolvidable Congreso de Buenos Aires, como parientes de la añeja familia notarial latina. La Unión recogerá las tradiciones, encauzará anhelos, procurará los contactos entre Europa y América. Hemos estrechado el océano: del Atlántico hemos hecho otro Mediterráneo, un mar interior para

(2) Cfr. en este mismo volumen nuestro discurso del 23 de octubre en la sesión de clausura del II Congreso en el Teatro Español de Madrid.

el notariado latino. Tal vez la Atlántida, hundida como geología, brota como institución, y la Naturaleza es, una vez más, suplantada por la Historia.

LA SUPERACION IDEOLOGICA.

3.—La superación ideológica es otro de los frutos del Congreso de Madrid. Cada notariado ha rebasado su propio pensamiento para acercarse al de los demás. Esta armonía ideológica, pienso yo, no ha sido difícil de lograr, merced a la corriente subalvea de unas mismas convicciones ideológico-notariales, de una atávica concepción notarial de los problemas jurídicos, que fluye subconsciente de los ancestrales conceptos de Bolonia (3), que si a veces parecen muertos, en realidad están sólo soterrados bajo el peso de los siglos esperando un feliz alumbramiento. De igual forma que en todo instrumento público, distinguieron los juristas clásicos, texto —la parte dispositiva— y contexto —los antecedentes y consiguientes—, las deliberaciones del Congreso —en plenos y comisiones— se nos presentan como una parecía de un saber más amplio, aunque implícito; como capítulos sueltos de un Derecho notarial que todavía no ha sido formulado científicamente —faltan los criterios ordenadores— pero que *está ahí*, intuído y manipulado por todos en nuestras tareas cotidianas. En el Derecho notarial hay todavía muchos fenómenos vividos pero no desvelados. Otros, el alumbramiento infeliz los ha dejado turbios. En todo caso nos falta encontrar el camino y la técnica para la autonomía del Derecho notarial.

(3) "L'art et science des notaires et tabellions est très utile, et s'ignamment (notamment) aux jeunes et nouveaux notaires qui sont es petites villes, châteaux et bourgades. Et la dite science et forme de composer toutes manières de contracts et instruments a esté amplement traitée es connecte le palci traitée en la somme rolandine que estaít de la ville de Bologne, et depuis le dit Roland et plusieurs autres experts docteurs en ont fait de beaux traictz, par lesquels les dits notaires et tabellions sont instrument et endoctrinez". *Pratice des Notaires, Tabellions et autres Practiciens de Cour Late, 1610*, reproducción de Coffinet (Georges) en *Le notariat en 1610*. Paris Glard, 1910, pág. 58).—"Il est maintenant acquis que la renaissance des études de droit romain et l'influence italienne furent les causes de l'introduction du notariat dans le Midi de la France, dès la deuxième moitié du XII^e siècle. M. Lettenelier, a la suite de M. Latouche, a été amené à penser que la pénétration du notariat d'Italie en France s'était faite par le Comté de Nice et par le Briançonnais, que ces pays frontières avaient été, dans la progression géographique du notariat,

II.—LA AUTONOMIA DEL DERECHO NOTARIAL.

4.—El Derecho notarial no es, ni puede ser, una suma más o menos clasificada de preceptos positivos referentes al notario y al instrumento público.

a). De cuantos preceptos se refieren a la organización de los notarios, muy pocos —únicamente los que se reflejan en su intervención válida en el instrumento público, lo que se llama con frase clásica “notario hábil”, o requisitos habilitantes para la actuación notarial, competencia *ratione personae, loci et materiae*— corresponden al Derecho notarial. Los demás pertenecen al “Derecho administrativo nacional” (4); ingresos, ascensos y traslados, correcciones disciplinarias, etc., de igual forma que la organización del personal de la magistratura no se integra en el Derecho procesal, sino en el Administrativo.

une première étape. Il est permis de supposer aussi que les très actives relations unissant les ports italiens et les ports provençaux tels que Marseille et Arles avaient dû introduire assez tôt le notariat dans ces grandes villes commerçantes: nous l'y trouvons, en effet organisé de fort bonne heure. Cependant, jusqu'à la fin du XII^e s., l'institution du notariat ne s'est pas encore répandue partout, notamment dans les campagnes. il faut parvenir au milieu du XIII^e s. pour voir l'institution parfaitement constituée, même dans les villages”. Aubenas (Roger) *Etude sur le notariat provençal au moyen âge et sous l'ancien régime*, Aix-en Provence, 1931, pág. 37-38.—“El modo y manera como en el medio posterior se desarrolló el notariado, especialmente en la Italia del Norte, ha tenido, como es notorio, la mayor influencia sobre la evolución del notariado en Alemania. Oesterley (F): *Das deutsche Notariat*, Erster Theil: “Geschicht des Notariats”. Hannover, 1842, pág. 4. “Estos notarios y sus documentos son de la misma clase que los de Italia y de Italia se introducen en Alemania con la recepción del derecho romano y canónico”. “Puesto que ahora este notariado fué introducido en Alemania tal como existía en Italia en los siglos XII y XIII, y puesto que este notariado es esencialmente diferente del más antiguo notariado establecido en Alemania, podemos caracterizarlo con precisión con el nombre de notariado italiano, en contraposición al antiguo notariado alemán”. (Ibidem, pág. 394). “Apenas se puede dudar que los primeros notarios de la nueva clase habían sido erigidos en Italia, y, por lo mismo, podían también ejercer su oficio en Alemania, porque era un principio general que los notarios nombrados por Emperadores y Papas podían ejercer su público ministerio en todos lugares de la tierra.” “Y así... alemanes que habían estudiado en Italia derecho romano y canónico se hacían erigir notarios en Alemania” (Ibidem, pág. 417-418).

(4) Ofr. Lapeyre (André) .. *Docteur en Droit. Le régime administratif du notariat*. (Office et corporation). Paris, Rousseau et Co., 1936, el autor es actualmente notario de Avignon (Francia).

b) De la misma manera, entre las normas aplicables a la redacción de instrumentos públicos, hay que expulsar del Derecho notarial aquellas que sean normas sustantivas, esto es, de Derecho civil, comercial, etc. Lo que no quiere decir que se prescindiera de los Códigos civiles ni mercantiles, pues éstos tienen muchos preceptos de forma y prueba que no son típicamente sustantivos, sino formales, instrumentales o procesales.

El Derecho Notarial (5), para ser autónomo, sin Derecho civil, ha de llegar a ser el conjunto sistemático de los conceptos y preceptos que regulen el instrumento público y la actividad documental del notario. No puede ser un montón de normas atinentes al notario y al documento notarial, sino un orden interno y autónomo de conceptos que sitúen, "ubiquen", científicamente, los preceptos sobre la actividad instrumental del notario.

Todo ello, tal vez resulte más claro si decimos que el Derecho notarial ha de dejar de ser colonia, ha de emanciparse del Derecho civil. El problema vital que tenemos, es el de la lucha por la autonomía científica. Estamos en una situación semejante a la

- (5) Para el Derecho notarial español puede consultarse: Falguera: "Formulario completo de Notaría". 1a. edición. Barcelona, 1836. 2a. edición. Barcelona, 1862.— Ruiz Gómez: "Formulario notarial continuo". Madrid, 1884.— Fernández Casado: "Tratado de Notaría". Madrid 1895.— Novoa Seoane: "El progreso del instrumento público". Madrid, 1a. edición, 1898; 2a. edición, 1910.— Zarzoso: "Teoría y práctica de la redacción de instrumentos públicos". Valencia, 6a. edición, 1900.— Monasterio: "Biología de los derechos en la normalidad". Tortosa, 1901.— De la Torre: "Colección de ejemplos y plantillas de escrituras y documentos notariales". Valencia, 1907.— Sancho Tello: "Redacción de instrumentos públicos", 1a. edición. Valencia, 1914. 2a. edición, Valencia, 1926.— Torres Aguilar: "Guía para el estudio de las lecciones de Práctica forense y Redacción de instrumentos públicos". Madrid 1915.— López Palop: "Legislación Notarial". Madrid, 1922.— Pou: "Legislación Notarial". Madrid, 1926.— Azpitarte: "Estudios de Derecho notarial". Madrid (s. a.).— Azpeitúa: "Legislación notarial". Madrid 1930.— Mengual: "Legislación Notarial". Barcelona, 1931.— Aguado: "Legislación notarial". Madrid, 1933.— Otero Valentin: "Sistema de la función notarial". Igualada, 1933.— Gámez Arnau: "Introducción al Derecho notarial". Madrid, 1943.— Sanhuja Soler: "Tratado de Derecho Notarial". Barcelona 1945.— Castán: "Función notarial y elaboración notarial del Derecho". Madrid. 1946.— Herrán de las Pozas: "Derecho notarial". Madrid, 1946.— González Palomino: "Instituciones de Derecho notarial". Madrid, 1948.— Tomo I, único publicado.— En prensa este libro se ha publicado. Nart: "Formularios para la Práctica notarial". Barcelona, Bosch, 1952.

del Derecho procesal. (6) al empezar la segunda mitad del siglo XIX.

5.—Más no se piense en repetir la ruta del Derecho procesal. El Derecho notarial, en mi opinión, no se puede organizar en torno a una supuesta relación jurídica notarial (7) principalmente, por dos razones: por falta de sujeción y por falta de sucesión.

a) **Por falta de sujeción.**—Ni el compareciente ni la parte están sujetos al notario —como lo están al juez por el imperium de éste—, sino al documento después de su firma.

Es verdad que todas las legislaciones imponen al notario la obligación de prestar su ministerio a petición de PARTE interesada quien por tanto, tiene un derecho frente al notario, amparado en un recurso ante el superior jerárquico. Pero, esta obligación y este derecho son de carácter administrativo, comunes a todos los funcionarios públicos. En cambio, la "regatio" no vincula inicialmente a la PARTE al notario, que antes de firmar el instrumento, puede desistir libremente por su sola voluntad unilateral y sin necesidad de formalización alguna.

b) **Por falta de sucesión.**— En el proceso, no sólo hay una sujeción final de las partes "a la" sentencia, sino una sujeción inicial

(6) El Derecho procesal se emancipó del Derecho sustantivo en la segunda mitad del siglo XIX. La polémica Windscheid-Muther sentó las bases de la autonomía del concepto de acción frente del derecho subjetivo civil, o lo que es lo mismo, la posibilidad de una consideración procesalista, formal, del derecho distinta de la consideración tradicional del Derecho civil, material o sustantivo. Doce años después, en 1868, buceando en la teoría y técnica de las excepciones, encontró Bülow (*Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*. (Glessen, 1868) su fecunda concepción de los presupuestos procesales y, sobre todo, de la relación jurídica procesal, que tenía sus precedentes en Bethmann-Holweg. No tardaron los adelantos definitivos: En 1883, Wach publica el tomo I de su *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*. En 1888, Kohler, su "Prozess als Rechtsverhältnis, y en 1890, el mismo Bülow, *Die neue Prozessrechtswissenschaft in Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, vol. 27 (1890). El proceso ya no es el procedimiento, sino una relación jurídica a modo de columna vertebral en la que se vertebraba científicamente el Derecho procesal, con conceptos propios y exclusivos, independientes del Derecho civil. (Hoy, en el mismo Derecho procesal, la teoría de la relación jurídica ha sido superada por la de la situación jurídica) (Goldschmidt).

(7) Ya en 1845, Oesterley, ob. cit. *Zweiter Theil. Darstellung des geltenden Rechts*, págs. 215-300, estudió la relación jurídica entre Notario y requirente (*Zweiter Abschnitt. Vom dem gnischen dem Notar und den Requirenten bestehenden Rechtsverhältnisse*).

“para la” sentencia. Esto implica un *tractus temporis*. La intervención notarial no tiene una concatenación, serie o sucesión de actos jurídicos, reglada y oficial, que vinculen las partes al notario desde el primer acto y día hasta la firma del instrumento. En una palabra, carece de procedimiento y de términos o plazos, por lo que no es posible ningún momento de preclusión. La autenticidad es una cualidad del instrumento, y hasta que éste se formaliza con la firma, la serie de actos preparatorios llevados a cabo por el notario carecen de significación jurídica.

Una cosa es evidente: el primer paso hacia la autonomía (8) es deslindar, en el documento público, el aspecto formal o instrumental, del aspecto sustancial, de fondo, negocio, acto o contrato que contenga. Mas para que esta diferenciación pueda llevarse a cabo hay que investigar las esencialidades intelectuales del instrumento público: en una palabra, los *conceptos* del instrumento público. Cuáles son los conceptos que tradicional y cotidianamente manejamos en nuestra técnica instrumental?

En las páginas que siguen, quiero intentar una modesta contribución al estudio, no a la solución, del problema. Una charla sobre conceptos notariales, sobre aquellos conceptos, que tú, notario latino, tienes funcionando ante tí, todos los días. Tan familiares te son, que tal vez te parezcan vulgares. Este sería mi mayor acierto y mi mejor satisfacción: la evidencia vulgar de lo que en este ensayo formulo. De todas formas, aguardo con impaciencia tus observaciones, adiciones y críticas, en público o en privado. Vaya por delante decir que no me enoja la contradicción. Al contrario; me agrada y la agradezco, aunque me demostrara la total inutilidad de mi esfuerzo: el progreso se consigue a fuerza de fracasos.

- (8) Para llegar a la autonomía del Derecho notarial hace falta, entre los notarios especialmente, antes que nada, un nuevo hábito de pensar: un pensar **formal** —a través del instrumento— distinto del pensar sustantivo del Derecho civil. No se trata de escindir el Derecho en compartimientos estancos, pues el tronco del Derecho es sólo uno. Pero así como el Derecho procesal encontró su objeto en el proceso, el Derecho notarial lo puede y lo debe encontrar en el instrumento. Cfr. Carnelutti: *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, en *Studi di diritto processuale*. II. Padova, 1928 página 199..

III.—PRECEPTOS Y CONCEPTOS (9).

6.—En toda reunión internacional, sea o no de notarios, es frecuente que surjan a la vez una vaga aspiración y un concreto lamento. La aspiración se refiere a una lengua oficial para el Congreso, que, naturalmente, cada cual quisiera que fuera la suya. La aspiración se repliega ante la utopía y surge el lamento, que imputa a la terminología, a la nomenclatura, una cierta imprecisión, o, al menos, falta de claridad elemental.

El lamento achaca a la corteza el vicio de la médula. No ve que el confusionismo no está en las palabras, sino en las ideas, en los "conceptos". Acaso hay confusión cuando los argentinos dicen "escribano" y los franceses "notaire"? No; los notarios latinos saben que con distintas palabras —notario, escribano— se expresa exactamente el mismo concepto. En cambio, la frase inglesa "Notary public", literalmente notario público, con las mismas palabras, expresa un concepto distinto y distante del nuestro. Los conceptos de matrimonio, testamento, usufructo, etc., son asequibles a todos aunque se expresen en distintas lenguas. Y es que, evidentemente son dos cosas distintas, "precepto" y "concepto". "Mayoría de edad" es un concepto común a todas las legislaciones latinas. Los "preceptos" de los diversos códigos civiles establecen que se es mayor de edad a los veintún años, a los veintitrés, a los veinticinco, etc. Otro tanto sucede con el concepto "prescripción", con independencia de los plazos que los distintos preceptos le señalan. Precio, plazo, deudor, solidario, interdicción, simulación, reserva mental, etc., son otros tantos conceptos independientes de sus preceptos positivos.

(9) Antes que nada, una aclaración: No empleo la palabra "concepto" en el sentido dado a "jurisprudencia de conceptos" frente de "jurisprudencia de intereses" (Heck; *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*). Por otra parte, el que Heck y su escuela admitan al lado de los intereses materiales los intereses, nacionales, éticos y religiosos proclama claramente que al pretender valorar intereses está formulando "conceptos" con nuevo (?) contenido. Finalmente, Heinrich Stoll (*Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz*, en *Festschrift für Heck, Rümelin und A. B. Schmidt*, 131) ha puesto de manifiesto que "conceptos" e "intereses", no son más que "valores", por lo que debe hablarse de "jurisprudencia de valores". Jurisprudencia de conceptos y jurisprudencia de intereses, son métodos de clasificar valores.— Tampoco me refiero a "concepto" en el sentido del iusnaturalismo, que comprende preceptos y normas, ni del idealismo kantiano, y, por tanto, mi posición está al margen de todo "apriorismo" a estilo de Stammler y Radbruch, y, en

7.—El dualismo entre “precepto” y “concepto” es evidente en el campo del Derecho. Los conceptos son como las letras del alfabeto latino: las mismas letras sirven para escribir infinitas palabras en muy diversos idiomas; los mismos conceptos para formular “preceptos” idénticos, análogos o contradictorios, en distintas legislaciones. Idéntico concepto de “divorcio” maneja el legislador que lo admite que el que lo rechaza.

No está de más aclarar qué precepto y norma o ley no son sinónimos. Es obvio que la norma es más amplia que el precepto, pues si bien es verdad que no hay precepto sin norma, la norma contiene algo más que preceptos, pues unas veces alude o se refiere a conceptos, otras intenta su definición —*omnis definitio periculosa in iure*—, otras clasifica, etc. Precepto y norma están en una posición geoméricamente secante: la norma recoge parte de los conceptos, y los conceptos, explícitos, se ven aplicados y limitados por las expresiones de la norma. El contenido del precepto no es un concepto —éste fué un error de la llamada jurisprudencia conceptual—; pero el precepto presupone el concepto.

El Derecho positivo, en su formulación, se ha visto obligado constantemente a trabajar con conceptos. El legislador, consciente o subconsciente, los ha tenido presentes. El precepto se basa en puntos de vista, en posiciones político-jurídicas del legislador en torno a conceptos jurídicos tradicionales: propiedad, contrato, matrimonio, divorcio, rescisión, lesión, etc. El legislador, al formular preceptos, no emplea sólo conceptos, sino ideas políticas; pero no prescinde jamás de los conceptos enraizados en la situación anterior que pretende modificar. El concepto se utiliza precisamente como un medio modificar. El concepto se utiliza precisamente como medio técnico, como instrumento, para la obtención del fin político jurídico. El fin político perfila el precepto; el concepto es su medio. Por eso, toda ley de reforma es siempre una norma de referencia, de reducción: conserva, amplía o restringe la aplicación de los conceptos tradicionales; así, por ejemplo, las normas restrictivas de fideicomisos y vinculaciones ni destruyeron ni modificaron los conceptos de la pre-reforma.

En todo precepto adyace el concepto como elemento condicionante, presupuesto en la mente del legislador, por que éste es un mero producto de su época y un esclavo de sus convicciones.

general, al margen de toda pretensión filosófica. El concepto jurídico de que hablo es un producto de la experiencia histórica, y aunque busca una cierta “generalidad” no pretende ninguna “validez universal.” en sentido filosófico.

Nadie puede salirse de su piel, de su tiempo o de su ley. Nadie, hasta hoy, ha podido evadirse del planeta-Tierra. Nadie puede sustraerse de la concepción del mundo en que ha vivido. Incluso el revolucionario y el anarquista viven, bien a su pesar, inmersos en su orden cultural que los ha creado y al que pertenecen —**velis nolis**— ya que no, como la mayoría, por adhesión, por reacción. El legislador es hijo de una cultura y, por tanto, de unos conceptos que no deroga —los conceptos no se pueden derogar— al abolir instituciones o al redactar nuevos Códigos. Los conceptos no son, como los preceptos, creación de un Decreto positivo, de un país o de una época. Tampoco de una determinada filosofía ni de un sistema lógico formal. Obedecen a una cultura histórica unitaria que para el notariado latino se amasó con costumbres germánicas, Derecho romano y filosofía medieval. Es el tesoro ideológico de la jurisprudencia de Occidente que alumbró Bolonia con resplandores de aurora y que el genial Código de Napoleón no sólo respetó, sino que transmitió y encaizó con formulaciones a veces insuperables.

8.—El concepto es, pues, algo independiente del precepto, y, por tanto, del Derecho positivo. Es algo suprapositivo o quizá “transpositivo”; de una ley que los implica, pasan a otra que los recoge; trascienden de una época a otra, de un Código a otro Código.

Este valor suprapositivo del “concepto” podría hacer creer, a primera vista, que el concepto es algo subjetivo, al paso que el precepto es algo positivo y objetivado en un texto legal. Sin embargo, a poco que se medite se encuentra que el precepto, precisamente por su positivismo, está irremisiblemente anclado en un texto (10), en una época y lugar, al paso que el concepto, externo aunque no extraño a la norma, transitivo siempre y nunca terminal ni terminado, ha informado los conceptos de muchas épocas y lugares. Los confines temporales de un concepto han sufrido la erosión o la acesión de corrientes doctrinales o legislativas. Pero la experiencia histórica nos muestra que esto más bien ha sido un fenómeno cortical que medular. El núcleo del concepto ha permanecido invariable, por lo menos durante grandes ciclos históricos. Más que inducciones lógicas han sido decantaciones o sedimentos históricos, limo ideológico de la experiencia de los juristas de milenios enteros.

(10) “Tres palabras rectificadores del legislador —ha dicho Kirchmann— bastan para convertir bibliotecas enteras en papel de desecho”.

Concepto y precepto son, pues, dos realidades ideológico-jurídicas autónomas. Los conceptos están presentes en la mente del legislador al formular preceptos. Téngase sin embargo en cuenta, que precepto y concepto no están en relación de causa y efecto, ni siquiera de recíproca causalidad, sino en relación de condicionalidad lógico-histórica. No se puede deducir de conceptos, preceptos; sería mero Derecho natural. No se trata, tampoco, de burlar los preceptos positivos suplantándolos por conceptos: sería una mixtificación. En todo momento hay que respetar la singular autonomía de preceptos y conceptos.

Esto no quiere decir que olvidemos la trascendencia práctica de los conceptos en el manejo de los preceptos. Aparte de su posición como un valor, en la escala de los valores jurídicos, para la interpretación de la ley, el concepto es un método de estudio —cómo podría imaginarse un conocer sin conceptos?—, un arma de trabajo, una herramienta de jurista. A veces transforman una institución: recuérdese que al cambiar, por las necesidades prácticas, el concepto de obligación, de “crédito”, se hizo posible, en la realidad antes que en la legislación, la cesión de créditos.

9.—Los conceptos son los caminos del saber; por los conceptos nos llega todo. Los conceptos del instrumento público nos harán accesibles el Derecho notarial. Es verdad que muchos conceptos notariales no han sido aún formulados. Pero existen. Aunque no se vea crecer la hierba no por eso deja de crecer.

Antes de construir un palacio hay que labrar, uno a uno, los sillares. Precisa hacer un acopio de los conceptos notariales seleccionándolos uno a uno, con espíritu de artesano, con primor de orfebre, de nuestras humildes fórmulas escribaniles. No se desprecie la tarea por trivial. La caída vulgar de una manzana mostró a los ojos observadores a Newton lo que antes no vieron sabios ni legos: las leyes de la atracción universal. Es más fácil razonar que observar; manejar el silogismo que la experiencia; la lógica que la historia; en suma, comentar las novedades de una ley que las vulgaridades de una escritura.

Los conceptos tienen una virtud tipificadora y sinóptica. Una vez identificados los conceptos del instrumento notarial podremos, por deducción, por analogía, por combinación o construcción, describir y describir el sistema propio, exclusivo, autónomo, que corresponde al Derecho Notarial, su lógica interna, sus supuestos primordiales, su teórica fundamental.

Las leyes se desentendían del sistema en que viven como los se-

res del aire que respiran; pero lo presuponen. De ahí que la ley se deje a su espalda el sistema, tácito e implícito, como bien mostrenco a disposición del primero que lo "aprehenda".

Finalmente, no se crea que todos los conceptos notariales son conceptos autóctonos, exclusivos. Muchos han sido trasplantados de otras zonas jurídicas. Tampoco el Derecho ha creado sus conceptos fundamentales: los ha tomado de campos extrajurídicos. Pero en esta importación conceptual, el Derecho *in genere* y el Derecho notarial *in specie*, han dado a los conceptos asimilados un cúmulo de significaciones valorativas. Por ejemplo: el hombre, realidad física y biológica; en el Derecho en general es *sujeto*; en el Derecho civil, persona; en el internacional, nacional o extranjero; en el procesal, parte litigante; en el notarial, compareciente. El sujeto de derecho está preordenado o preconstituído *fuera* de la escritura pública. Pero dentro de ella, las normas de Derecho notarial lo han convertido en *compareciente*. No se altera su *ser*, pero adquiere un *modo de ser* en cuanto queda situado entre hechos y autenticidades. Es como el que penetra en país extranjero. Son *posiciones* especiales que llenan al sujeto de nuevos valores jurídicos. Por eso, la investigación de conceptos notariales no se puede detener en los conceptos exclusivos. Ha de ocuparse por igual de aquellos que son genéricamente comunes con otras ramas del Derecho: sujeto, objeto, acto, forma, etc.

IV.—NEGOTIUM ET INSTRUMENTUM.

a) Su respectiva autonomía.

10.—Hay que partir de una diferenciación entre dos planos horizontales y paralelos. El plano del *negotium* (11) y el plano del *instrumentum* (12).

Cada plano —como si fuera un domicilio— tiene sus personas.

(11) *Negotium* en sentido amplísimo, no en el sentido técnico moderno de una o varias declaraciones de voluntad. Aún en este sentido técnico restringido, el negocio jurídico notarial tiene características propias. Cfr. Carusi: "Il negozio giuridico notarile", Milán, 1947, *parim*, ángularmente págs. 23-24. La terminología *negotium-instrumentum* la he encontrado usada, si bien esporádicamente, por Rauc et Cambier, *Traité du notariat*, Bruxelles, Larcier, S. A., 1943. I. núm. 1423, pág. 417.—También Larguier. *La notion de titre en droit privé*. Paris, Dalloz, 1951, págs. 11-12.

(12) *De proprietate sermons aliud est instrumentum, et aliud contractus seu obligatio in eo contenta*. Jason. *In secundam infortiati*, *De legatis*, I. l. 44 par, si pecula, núm. 7; Lyon, 1569, folio 74 vuelto. Esta cita, tomada de Lar-

El que las del plano inferior —inferior sólo por el símil— actúen a veces, e incluso frecuentemente, en el plano superior no significa que cada persona haya dejado de pertenecer a su plano.

El plano del *negotium* pertenece al Derecho notarial o sustantivo, civil o comercial. El plano del *instrumentum* (13) al Derecho Notarial, que es un Derecho no sustantivo, un Derecho formal.

guier (ob. cit., pág. 40, nota 37) 'a hemos verificado en lasonis Mayni, loc. cit. edición ad candelis salamandrae insigne. Lugduni, 1545, que es la que posemos.

- (13) La palabra "instrumentum", se emplea en este trabajo en su sentido técnico específico de documento público notarial conteniendo relaciones jurídicas de Derecho privado, tal como fué concebido por glosadores y comentaristas. Simplificando y sistematizando las eruditas investigaciones de De Sarlo (Luigi) "Il documento oggetto di rapporti giuridici privati". "Studio de Diritto romano". Florencia, 1935, págs. 26 a 31 y 40 a 52, todas inclusive, acerca de la palabra "instrumentum", podemos decir:

1) *Instrumentum*, como *causam instruere*. Instrumento es todo medio de prueba. La razón de oportunidad y de analogía de tal acepción fué la siguiente: La necesidad de aplicar, en el proceso romano-canónico, a la prueba testifical de "instrumentorum gratia dilatio" llevó a buscar un pretexto justificante en los textos justineanos, encontrándolo en el fragmento de Paulo (D. 22, 4, 1): *instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest: et ideo tam testimonia quam personae instrumentorum loco habentur*. Bartolo, ante lo forzado de la aplicación a los tigos de dicho texto, advierte: *Glosa dicit, quod testes appellatione instrumentorum continentur interpretative*. (Hoy se ha comprobado por el texto griego de ese fragmento en las Basílicas que no se refería a 'a prueba testifical, sino al testimonio previamente redactado por escrito). Resulta, además, que la frase "causam instruere" no aparece en el Digesto más que una sola vez en el citado fragmento de Paulo, que a De Sarlo le parece interpolado, porque de "instruere causas" y de "dilatio" únicamente se podía hablar en la extraordinaria *cognitio*, pero no en el procedimiento formulario —al que se tenía que referir Paulo— en el que el Juez actúa privadamente y no instruye nada. Baldo, sistematizado, dice: *Instrumentorum id est probationum causa; nam largo vocabulo instrumentorum omne genus probandi continetur; stricto autem et proprio vocabulo non continetur nisi probatio scripta..... Sumptum, (continúa Baldo), pro specie, praedicatur solum de scriptura legitima et probatoria*.

b) *Instrumentum* como "pertenencia" de cosa. Las fuentes en esta acepción emplean las siguientes frases: *instrumentum domus; instrumentum villae; instrumentum fundi*; y análogamente, *instrumentum cauponum; instrumentum medietatis; instrumentum pictoris*. También, legado de cosa específica *cum instrumentum*.

c) *Instrumentum* como cosa u objeto escrito: *Nova instrumenta* (D. 42-1-35).. Bartolo: *instrumenta de novo reperta*, que se refiere a documento como cosa perdida y que se puede "reperire". *Falsa instrumenta... qui testamentum quodve aliud instrumentum falsum... scripserit*.

d) *Instrumentum* como documento de Derecho privado, inserto en el Acta, documento administrativo o judicial. La palabra Acta se aplica en las fuentes al documento que redactaba el magistrado en la extraordinaria *cognitio*, haciendo constar las comparecencias de las partes. Tal vez el precedente fuera la audiencia para notificar a todas las partes la sentencia del juez. La notificación a varios se llamaba "publicación". Todavía subsiste la citación para sentencia —hoy incomprensible— y la publicación de ésta. Paso a paso, el magistrado fué interviniendo en actos de jurisdicción voluntaria: primero, con el nombramiento de un procurador (si se nombraba *apud acta* para el proceso, por analogía podía hacerse *apud acta* para un asunto extrajudicial) *mandari procuratio apud acta praesidis et magistratus*; más tarde para la transacción (judicial y extrajudicial), lo que con el recuerdo de la *in iure cessio* y la analogía con la *insinuatio*, absorbería muchos negocios jurídicos. Justiniano (C. 3, 1, 13, 2) llama *acta amplamente* a todos los documentos confecta *apud iudicem* "Bajo Justiniano —dice De Sarlo, pág. 56— el concepto de *instrumentum* como documento de negocio jurídico se alargó hasta acoger en sí los documentos sustancialmente públicos". "En el derecho postclásico, justiniano y común —Sarlo, pág. 49— se llama *instrumentum* a aquel documento que relativo a negocios jurídicos se redacta en forma pública". Así, Baldo: *instrumentum publicum in forma; instrumentum solemniter publicatum; "copia... instrumenti descripta in actis"*. El procedimiento tenía dos fases: a) redacción profesional por el tabellio del instrumento; b) su conversión en público —*actis insinuatio*— ante el juez primero, ante el notario en la Edad Media posterior. Así, Gotofredo habla "1. *Instrumenta, omnia quae iudicis offeruntur*; 2. *Acta item ante habita apud iudicem seu monumenta*". De lo que se infiere: 1o. El hecho que motiva el otorgamiento —esto es— "comparecencia-audiencia", y su forma, la "publicación", es la esencia pública y auténtica del instrumento. Cundo el notario heredó el tabello y parcialmente al Juez, el acta se integra sub specie, en el *instrumentum*. Bartolo (D. 49, 14, 45, 5) defiende la *communis opinio* en su época de que acta es una especie del género *instrumentum*, y añade: "*omnis enim scriptura publica appellatur instrumentum publicum ut instrumentum venditionis et donationis*".

e) *Instrumentum* como *instrumentum negotii*. Además de su carácter público y solemne, el concepto de instrumento se caracteriza por su contenido, *negotii*, en sentido amplio, pero de Derecho privado. Dioclesiano y Maximiano "*Instrumenta ad eum contractum pertinentia*". Baldo comentando esta frase habla de "*instrumentum debiti*".—C. 5, 16, 5, *instrumentum debitoris*.—D. 39, 5, 35, *instrumenta debitorum*.—D. 32, 92, 1, *instrumenta debitorum*.—C. 8, 53, 1, *emptio num mancipiorum instrumenta*.—C. 4, 19, 20, *emptio num instrumenta*.—D. 13, 7, 43 *instrumentum emptio num*. C. 4, 19, 4 *instrumentum emptio num*.—C. 3, 1, 4, C. 10, 3, 3, *instrumenta emptio num*. C. 8, 55, 2 *instrumenta donationum*.—Vaticana fragmenta 297 Dioclesiano: *donationis instrumenta*.—Idem 314. Dioclesiano et Maximiliano: *donationis instrumentum*.—C. 1, 5, 4, 2, 2, *instrumenta donationum ante nuptias vel detis*.—Vaticano frag. 268 (incertus auctor), *instrumenta donationis*. Y muchos más fragmentos invocados por De Sarlo, como *manu missionis instrumentum; instrumentum collatae libertatis; tabularum testamenti instrumentum; instrumentum codicilli; nuptiale instrumentum; pactum interpos-*

Para la función notarial el documento público es una actuación jurídica, horizontalmente paralela; de instrumento y negocio, pero empezando en el instrumento: los hechos del otorgamiento ante todo; una flecha indicadora partiría del plano del instrumento apuntado al del negocio jurídico. El Notario vive con los "comparecientes" en el plano del instrumento, en el domicilio de los sujetos de la voluntad, de los sujetos que **actúan**, que **hacen** los hechos o actos constitutivos o decisivos.

Un plano no tiene más que dos dimensiones. Más si los planos son horizontales, su influjo es de dirección vertical. Un plano más alto —por el símil, no por superioridad— que otro sugiere necesariamente una tercera dimensión que lo relaciona y hasta lo comunica con el plano inferior, el plano del negocio, en el que habitan las "partes", los sujetos del interés, los sujetos que **sufren** los hechos constitutivos, los sujetos de los efectos.

El plano inferior condicione en lo fundamental, la arquitectura del superior: el negocio impone al instrumento ciertos presupuestos de Derecho sustantivo que habrán de tenerse en cuenta para la redacción de las estipulaciones. Pero todo lo que ocurre en el plano superior, **pesa**, y por su propio peso —como los hechos consumados— **pasa** al plano inferior. Lo que se escribe en el plano del instrumento, como si se escribiera con papel de calco, se sufre, produce efectos, en el plano del negocio. El instrumento es la encarnación del negocio. El negocio, como el alma de todo sistema espiritualista, podrá vivir sin el instrumento, pero éste no vive sin aquél.

b) SUS INTERFERENCIAS.

11.—Instrumento y negocio, no sólo son dos cosas diferentes, sino que funcionan, se actúan. Lo que quiere decir que negocio e instrumento están recíprocamente interferidos.

La mutua interferencia entre instrumento y negocio es consustancia, nunca falta. Varía el grado de interferencia, el rango en la escala de valores, pero no el hecho; el aspecto cuantitativo, pero no el cualitativo, por lo que la distinción entre negocio e instrumento, no desaparece jamás por absorción. Incluso en los títulos-valores, en los que el *negotium* parece incorporado al *instrumentum*, no sólo subsiste la separación conceptual, sino la real, pues la expedición del duplicado en los casos de pérdida, robo o extravío, es legal-

tum instrumentum dotali; instrumenta praediorum; instrumenta tutelaria; instrumentum hereditarium; etc., etc., etc., que prueban que en las fuentes, *instrumentum* es el documento del negocio jurídico.

mente posible en gracia a la pervivencia del derecho y del negocio más allá del instrumento (14).

La recíproca interferencia de *instrumentum* y *negotium* nos ha llevado, en otra ocasión (15), a diferenciar las siguientes situaciones:

- A) Escritura constitutiva, dispositiva o traslativa.
- B) Escritura de reconocimiento de relaciones jurídicas.
- C) Elevación a escritura pública de documentos privados.
- D) Protocolización de documentos privados.

Consecuencia de la separación de los dos planos apuntados es que aquellos conceptos de la teoría general del derecho, sujeto, objeto y forma, hay que investigarlos y diferenciarlos en el *negotium* y en el *instrumentum*.

(14) Ver más adelante (núms. 103 y 104) la respectiva autonomía de instrumento y negocio en los casos de nulidad de fondo, de un lado, y de falsedad y nulidad de forma, de otro.

(15) Núñez Lagos: *Hechos y Derechos en el documento público*. Madrid, 1950, págs. 285 a 414.

(CONTINUARA)