

## CIENCIA DEL DERECHO Y NOTARIADO LATINO

Por Juan Bms. Vallet de Goytisolo \*

1. El título de este trabajo pone en relación estas dos expresiones y, consiguientemente, sus respectivos significados. Se trata de mostrar cuál es su recíproca relación. Pienso que esta interrelación implica, ante todo, que para ejercer debidamente su función, el notariado necesita de la ciencia jurídica y, recíprocamente, que ésta recibe de la práctica notarial importantísimas luces.

Para mostrarlo puedo aducir mi propia experiencia, a la que debo añadir la de otros autores más antiguos, de quienes he aprendido bastante.

Claro está que, para mostrar lo que digo, resulta previo que nos pongamos de acuerdo acerca de qué es la ciencia del derecho y de qué es el notariado denominado de tipo latino. Adecuaré a esto el orden de mi exposición.

### **I. EXISTE, Y EN QUÉ CONSISTE, LA CIENCIA DEL DERECHO. SU CARÁCTER EMINENTEMENTE PRÁCTICO**

2. El concepto postkantiano de ciencia, para que una disciplina lo fuera realmente, exigía que ésta tuviera ya sea la certeza de la matemática o de la lógica formal, o bien, que siguiera el método de las ciencias de la naturaleza con una legalidad corroborable experimentalmente.

Ninguna de las que después se han denominado ciencias del espíritu -lingüística, historia, historia del arte, de la filosofía y de la literatura, y menos aun la filosofía y la teología reunían ni ese carácter experimental ni aquella exactitud. Para poder ade-

---

\* Doctor en Derecho. Presidente Honorario de la Unión Internacional del Notariado Latino. Presidente de la Real de Jurisprudencia y Legislación. Académico de la Real de Ciencias Morales y Políticas. Doctor Honoris Causa de la Universidad Notarial Argentina y de la Universidad Autónoma de Barcelona.

cuar el derecho a esas características, en el siglo pasado se la redujo a una ciencia de normas positivas o bien se la circunscribió a ser una rama de la sociología. Con ese afán de adecuación, la primera reducción fue pretendida por la Escuela histórica del derecho y por su continuadora, la *Begriffsjurisprudenz* o jurisprudencia dogmática de conceptos. La segunda orientación fue tras las huellas del positivismo científico de Comte, que había tratado de reducir todas las ciencias humanas a la sociología, como verdadera física social y, así, se ha tratado de hacer del derecho una rama de la sociología.

Sin embargo, se venía sintiendo la necesidad de otra clase de ciencias del espíritu. Incluso en el propio neokantismo alemán sudoccidental, la escuela de Baden la sintió desde finales del pasado a principios de este siglo. Los filósofos Wilhelm Windelband y, muy especialmente, Heinrich Rickert advertían las limitaciones de los métodos científicos naturalistas, incluso en el ámbito de la naturaleza, porque se les escapa el conocimiento de lo individual, existencial y vivo, que es imprescindible para abarcar íntegramente la naturaleza, puesto que ésta no puede reducirse al resultado general de un proceso simplificador de conceptos que la diseca en figuras generales representativas.

El único modo de lograrlo que halló Rickert consistía en introducir en la metodología de las ciencias del espíritu el concepto de *valor*, que él presentó como un *a priori técnico cognoscitivo*. Éste le pareció el único modo admisible por el neokantismo para llenar ese vacío. Así la realidad no dejaba de ser considerada como el producto de un proceso de transformación operado en la *estructura de nuestro pensamiento*, conforme la concepción del mismo Kant. Con esa pauta planteó la distinción entre ciencias naturales y ciencias culturales, distinguiéndolas según sus estructuras carezcan de valor y sentido, como en las primeras, o bien lo tengan, como en las segundas.

Años después, la primera fenomenología de Edmund Husserl planteó esta pregunta: ¿la realidad social de los valores corresponde sólo a la concepción subjetiva de quien los contempla o, por el contrario, ella misma se halla prefigurada en el mundo del ser, es decir, en la estructura objetiva de los datos observados, y está diferenciada y configurada en sí misma? Esta segunda alternativa fue, en general, la aceptada para las esencias, aunque considerándolas inmateriales e intemporales pero reconociéndoles una *efectiva presencia y consistencia*, como *totalidades concretas*, halladas por el sujeto a través de una intuición eidética provocada por su observación del objeto.

En 1912, también dentro del neokantismo pero en la escuela de Marburgo, Rudolf Stammler, a fin de establecer las bases de la ciencia del derecho, exploraría otro camino. Lo basó en la distinción entre *forma* de la conciencia pensante y *materia* por ella ordenada y condicionada; y estimó que la forma tiene *validez general incondicionada*, como los principios a priori en sentido neokantiano. Así las ciencias tendrían dos modos de pensar, fundamentalmente diferentes:

- Uno, el de las ciencias de la naturaleza, operantes según la forma causa-efecto, en la cual, éste que es posterior cronológicamente aparece condicionado por aquélla, que le es anterior.

- Y otro, o sea, el de las ciencias del espíritu opera según *la forma fin-medios*, en la cual lo cronológicamente posterior -la meta- aparece como determinante de lo anterior en el tiempo -el medio-.

Observando el derecho según la perspectiva de este segundo modo de pensar, lo consideró como un querer enlazante sometido a la exigencia de *rectitud*, siendo ésta la *medida superior* de la *idea del derecho*, que se impone a la legislación humana. Así el derecho puede considerarse como ciencia, a la vez que supera el positivismo legalista con su pauta del *derecho justo*.

Sin embargo, la filosofía y la ciencia alemana del derecho no se detuvieron en esa apertura y siguieron ensanchando su territorio, al crecer la posibilidad de otorgarse la consideración de la ciencia a disciplinas que hasta entonces habían sido excluidas por el criticismo kantiano, como la del derecho en su consideración de ciencia de lo justo.

En 1921, en su *Crítica de la filosofía neokantiana del derecho*, Erich Kaufmann señaló que el neokantismo -después de haber sido relevado en la filosofía general por otras direcciones, como la fenomenología de Edmund Husserl, la ética material de Max Scheler y la ontología de Nicolás Hartmann-, también en filosofía del derecho había decaído de su punto álgido. Se había equivocado de meta al asegurar la existencia de un reino de valores absolutos, por encima de la realidad, como punto de apoyo y pauta; porque, así, se había quedado en un racionalismo formal teórico-cognoscitivo, sin atreverse a contraponer al positivismo empírico una metafísica realista, y por haber huido de la infinita variedad de la realidad, refugiándose en la formación de unos conceptos meramente abstractos, puramente formales y unidimensionales, que eliminan todo lo que es material, vivo y perceptible.

Esta crítica marcó una doble dirección que ha penetrado por la brecha ya abierta en la ruinoso muralla postkantiana:

- Una guiada por los valores y principios ético-jurídicos supraleales.
- Y otra, a través de la consideración de la naturaleza de la cosa, que supera el concepto nominalista cartesiano de la *res extensa*.

El neohegelianismo, iniciado en 1921 por Richard Kronner, en *Von Kant bis Hegel*, lo extendería Julius Binder al derecho, trayendo a éste la idea del *idealismo objetivo*, conforme el cual la justicia no sólo es considerada como un principio formal del pensamiento, sino que también resulta repleta de contenidos concretos que se muestran en sus diversas *categorías* o momentos, a los cuales irradia, más o menos perfectamente, hasta producir la *concreción* del derecho. Así, éste es estimado como un *general-concreto*, en el cual, junto con la norma jurídica es aprehendida la realidad viva y puesta en conexión con las relaciones empíricas e ideas de fin existentes en el presente inmediato. Esta perspectiva del concepto general-concreto empalmaría con el pensamiento tipológico, que no piensa por conceptos abstractos sino por tipos y series de tipos. Este pensamiento, iniciado por Max Weber, lo llevaría al derecho H. J. Wolf al iniciarse la década de los cincuenta.

Influiría también en el pensamiento alemán el existencialismo moderado, que Fechner y Welzel conjugaron con la antropología de Scheler y la ontología de Hartmann, provocando en ellas una reacción en pro del primado de la existencia -proclamado por Heidegger- sobre las esencias. Sin que éstas sean negadas, se trata de integrar lo valorativo con lo existencial, considerando el ser del hombre vinculado existencialmente en el *estar ahí*, en el mundo, entre *los otros*.

Por otra parte, la jurisprudencia de intereses, que comenzó siendo una concepción

causal o genética de éstos, fue centrándose en una jurisprudencia valorativa de intereses. Después, en 1939, Muller-Erbach introdujo la necesidad de tener en cuenta, además de los intereses en su conjunto, las posibilidades vitales dadas y la capacidad humana de poder. Recibida ya esa ampliación por la jurisprudencia de intereses, Westermann y Rudolf Reinhardt dieron el paso decisivo de admitir que existen unas valoraciones *utilizables y justas por encima de las normas positivas*. Así sirvieron de puente para que esa jurisprudencia valorativa de intereses diese el paso de convertirse en *Wertungsjurisprudenz*, sin perjuicio de que también incidieran en ésta las demás tendencias antes enunciadas, en especial las neohegelianas y las existencialistas moderadas.

Así, en la *Wertungsjurisprudenz* desembocaron las nuevas concepciones del universal concreto, de los tipos y series de tipos, de la concreción o *concretización* del derecho y de la naturaleza de la cosa. Siendo considerada ésta como preestructura o preforma del derecho que, además, debe ordenarse y valorarse con los principios dimanantes de la idea del derecho, con la finalidad de llegarse a un resultado justo.

Vemos, pues, cómo en Alemania se ha consolidado el entendimiento del derecho como ciencia dirigida a la concreción de la justicia, es decir, como ciencia práctica.

3. La jurisprudencia es, pues, estimada fundamentalmente una ciencia práctica, dirigida a determinar *quod iustum est*, lo que es justo o a configurar la *res iusta*, la cosa justa. Del mismo modo que la medicina es ciencia práctica al servicio del hombre, dirigida a velar por la conservación de la salud y por la curación de la enfermedad, así también el derecho es ciencia práctica al servicio del hombre, con el fin de atender en cuanto sea asequible a la determinación y realización de la justicia en la vida social. A fin de centrar esta cuestión conviene que nos detengamos unos momentos.

Según Aristóteles (Ética, 6,1,1139, a), el entendimiento puede ser teórico o teórico, práctico u operativo y creador o fabricante. Estas tres formas del entendimiento corresponden a lo que en griego clásico se denominó *theoria*, *praxis* y *poiesis* -ésta con el complemento de la *teckné*-; palabras que, en su expresión latina, tienen respectivamente como objeto: *intelligere*, dirigido a conocer la verdad; *agere*, ordenado a realizar el bien; y *facere*, orientado a construir algo bello o útil, ya se trate, en este último caso, de una obra material o de una creación espiritual o intelectual.

Conviene distinguir claramente entre sí estas dos últimas actividades intelectuales: la *praxis* es guiada por la *prudencia*, y la *poiesis* se vale de la *teckné*, es decir, de la técnica.

Al lado de las cosas que no son necesariamente de un solo modo según la verdad, objeto de la teoría, tenemos las que -como dijo Aristóteles (Ibid, 6, 4, 1140)- tanto pueden “ser de una o de otra manera, entre las cuales están las que pueden ser objeto de producción y las que son objeto de acción o actuación”. Mas “una cosa es la producción y otra la acción”. Es decir: el *facere*, guiado por la *poiesis* y realizado por la *técnica*; es distinto el *agere*, o acción correspondiente a la *praxis* y materia de la *prudencia*. Son distintos, pues la *praxis* no se refiere a las cosas que se fabrican sino a la propia actividad humana para obrar bien -es decir, éticamente- nosotros mismos con respecto a los demás.

Con esa pauta, los saberes humanos se han clasificado en teóricos, prácticos y técnicos. Y, en general, los primeros han sido identificados con los científicos. Así, cien-

cia y teoría se han hecho equivalentes. Sin embargo, también existen ciencias prácticas y ciencias aplicadas para la elaboración técnica.

Vamos a contemplar esto con relación a la práctica del derecho. Esta práctica, como la médica y la de toda ciencia de tipo práctico, es regida por la prudencia y, en mayor o menor medida, requiere conocimientos sapienciales, teóricos, prácticos y técnicos. Toda *praxis* se refiere a un *agere*, a una actividad humana dirigida a la realización de un bien -que en derecho es lo justo- y que, como toda actividad humana consciente, según explica el filósofo Millán Puelles (*Teoría del objeto puro*, XX, 1, Eds. Rialp, Madrid 1990, págs. 807 y ss.) requiere:

a) Un fin que está primero en la intención y por último en la ejecución (*finis est primum in intentione et ultimum in executione*).

b) La *intención* movida por el fin -como causa- y dirigida hacia el mismo -como efecto- que requiere ser *consciente y deliberada*.

c) El planteamiento de esta *praxis*, que también debe ser *consciente* -sea resuelto de modo instantáneo o bien como resultado de una profunda y dilatada reflexión- y requiere el conocimiento de unas pautas, principios, reglas o normas. De ahí su carácter de ciencia práctica.

d) Y la propia *praxis*, ejecutora de la actividad planeada para realizarla de conformidad a esos principios, pautas y normas determinadas en el planteamiento.

La *praxis* prudencial puede referirse al hallazgo de normas generales, por la *syne-sis* -forma de prudencia que captan normas generales o leyes (en el sentido lato de la palabra)- o bien, dirigirse para determinar una solución concreta, mediante la forma de prudencia, denominada *gnome*, que busca una percepción, una más afinada de las excepciones a aquellas reglas, mediante apreciación de las consiguientes distinciones y subdistinciones, que son exigidas para la adecuada concreción de toda regla a cada una de las realidades singulares.

Según la definición de jurisprudencia, formulada por Ulpiano y recogida en el *Digesto* (1, 1, 10, 2): *Jurisprudentia est divinarum et humanarum rerum notitiae, iusti atque iniusti scientia*. Es decir, para desarrollar la ciencia de lo justo y de lo injusto, resulta precisa una previa noticia de las cosas divinas y humanas.

En otro texto del mismo título del *Digesto* (1, 1, 2) el propio Ulpiano recoge de Celso que *ius est ars boni et aequi*. Y ahí surge una duda: la palabra latina *ars*, ¿equivale a la griega *tekné*, con una base positiva, o, tal vez, tiene también otro sentido? Si consultamos los diccionarios latinos podemos observar que, ciertamente, *ars* tiene un sentido más amplio, pues abarca las denominadas “*artes de la paz*” -entre las cuales Cicerón incluía jurisprudencia e incluso la práctica del bien, según se ve en el texto de Salustio que dice *in optimis artibus aetatem agere* “pasar la vida practicando el bien”, supuestos en los cuales el arte se refiere a una *praxis*, una práctica, un *agere*, un acto -no a un *facere*, un construir o fabricar-. Sin perjuicio de que tanto todo *agere* como todo *facere* requieren una ciencia con la cual se entran y, asimismo, deben recibir el subsidio de las técnicas más adecuadas a su propio quehacer.

Como ha explicado Biondo Biondi (*La ciencia del derecho como arte de lo justo*, Anales Academia Matritense del Notariado, IX, págs. 330 y ss.), la finalidad de la ciencia del derecho es la realización de la justicia, “no de la justicia abstracta predi-

cada por los filósofos, ni la meramente subjetiva de algún pensador solitario, sino la sugerida por la ciencia social que para el jurista no es una fórmula verbal”, “sino una realidad viva y operante, para cuya interpretación se le llama precisamente”... “Para el jurista es una realidad concreta. Es la síntesis de la vida real en lo que puede interesar al derecho...”

“Percibir la justicia no es una operación mecánica, sino de nuestro espíritu”. Es ciencia y es arte. Biondi, comparando al jurista con el artista que tiene el sentido de lo bello, dice que “el jurista tiene que poseer el sentido de la justicia, la capacidad de precisarla suprimiendo todo particularismo de ideologías o de intereses, el poder de expresarla en normas y de actuarla con los medios de que dispone. Es una sensibilidad, un *habitus mentis*, que se forma y afina con la experiencia de la vida, sea pasada o presente”... “en el fondo de nuestros razonamientos está siempre la valoración: es justo, no es justo”.

4. Ahora bien, esta concepción del derecho como ciencia práctica o como arte prudencial resplandece en las *responsae* de los jurisconsultos romanos clásicos, y vuelve a florecer, en el bajo medievo, en la escuela de los comentaristas, encabezada por Bartolo y Baldo y, más específicamente, en el *ars consiliandi* y en el *ars notariae*.

Pero esta concepción sería rechazada en el siglo pasado, a raíz de imponerse el positivismo normativista y del conceptualismo jurídico. El nominalismo, siglos atrás, al rechazar la existencia de un orden natural justo en la *rerum natura*, no aceptaba otra pauta para determinar lo justo sino lo dispuesto por la voluntad imperante, divina o humana, o bien por lo concordado consensualmente. Así, la interpretación jurídica se redujo a la *subtilitas intelligendi*, concretada en la intelección de la voluntad del legislador ínsita en el texto legislado; entonces la clásica *subtilitas explicandi* tan sólo debía explicar esa voluntad, y no ya cuál es el derecho subyacente en el hecho de que se trata, entendiéndola a través de su *natura rei*. Con esto, del mismo modo como Descartes había separado *res cogitans* y *res extensa*, se desconectaría derecho y hecho. Por ello, para efectuar su enlace debió recurrirse a una tercera *subtilitas*: la *subtilitas applicandi* -así se inició durante el siglo XVIII, en el pietismo alemán de la escuela de Halle, de cuya universidad era profesor Christian Thomasius.

El simplismo legalista de la Ilustración francesa concibió todo el derecho concretado en leyes claras y sencillas, que el juez no tendría más que aplicar mecánicamente. No había así ciencia práctica o prudencial del derecho, sino tan sólo técnica aplicativa.

A su vez, Savigny entendería las normas como materia bruta de la elaboración científica, que consideró de la competencia de los juristas doctos. Según él, la ciencia del derecho consistiría en esta elaboración, de la cual dependerá la interpretación de las normas. En cambio, la aplicación de derecho ya elaborado así no sería sino una tarea técnica, correspondiente a los juristas prácticos -concretamente a jueces y magistrados-, aunque es verdad que Savigny requería además de ellos una intuición viva -como ha explicado muy bien Dieter Nor-.

Sin embargo, desde finales del siglo pasado, con la reacción producida en la concepción de la ciencia del derecho, se ha vuelto, en muchos casos, a poner las cosas en su sitio -como hemos visto que ha venido ocurriendo, desde Stammler, con la fenomenología y el neohegelianismo hasta la jurisprudencia valorativa o *Wertungsjuris-*

*prudenz*- para considerar de nuevo la ciencia del derecho como ciencia práctica o arte prudencial.

Por otra parte, con su visión existencialista, Heidegger veía que la comprensión del hombre en el mundo comienza por la *precomprensión* de los hechos vividos a partir de la cual se inicia el círculo hermenéutico. Después, Hans Georg Gadamer y Paul Ricœur han entendido que interpretar es explicar la realidad que subyace al texto. Arthur Kaufmann la ha considerado como una adecuación de texto y cosa, norma y hecho, poniéndolos en relación con la mediación de la naturaleza de la cosa a la cual se refiere aquél; es decir, mediante una puesta en analogía. Gráficamente, Casals Colldecarrera hablaría del hecho-tipo de la norma y del hecho del caso, que deben ser cotejados. También aquí la ciencia prudencial y su correspondiente arte han sobrepasado la mera técnica aplicativa.

## II. ¿QUÉ ES EL NOTARIADO LATINO Y CUÁL ES SU FUNCIÓN? CIENCIA TÉCNICA Y CIENCIA PRÁCTICA EN EL DERECHO NOTARIAL

5. En la Roma clásica, la ciencia práctica y el arte prudencial del derecho tenían las siguientes funciones: *cavere* o prevenir para la determinación negocial del derecho; *ministrare*, para administrar; *respondere, agere, postulare* y *iudicare*, en la determinación conflictual del derecho.

El *iudicare* procura, en caso de contienda, determinar *quod iustum est*. En cambio, el *cavere* procura la determinación negocial, de la *res iusta*, o sea de la cosa o relación justa.

Este *cavere* estuvo interrelacionado, desde el alto medievo, con el otorgamiento de las *chartae* y, más tarde, íntimamente vinculado con el documento notarial. El notariado fue el crisol de la realización práctica del derecho.

Ha escrito el profesor de la Universidad de Montpellier, André Gouron, que “el notario es un símbolo del espíritu creador que se manifiesta en Europa después del año mil. El vigoroso siglo XII le presta su dinamismo”.

El desarrollo, que aquí nos interesa, se produjo con el tránsito del *ars dictandi* al *ars notariae*. Aquél enseñaba el arte de redactar un texto, que podía contener un negocio jurídico; el segundo se apoyaba en el primero, en cuanto al saber gramatical, lógico y retórico, pero se le adicionó el conocimiento del derecho preciso para dar forma jurídica a los contratos, donaciones y testamentos, etc., etc. El *ars notariae* aparece, en la época postaccursiana, cuando los notarios se percatan de la necesidad de dominar ambos saberes -como ha explicado José Bono (*Historia del derecho notarial español* vol. I-1; 33, págs. 208 y ss.) -pues: “Ni los tratados retórico-estilísticos del *ars dictandi* ni las simples colecciones de fórmulas, muy pobres en materia extrajudicial -insertados en los tratados de *ordine iudiciorum*- podían ofrecer una base suficiente, ni teórica ni práctica, para el cometido notarial. El tráfico, especializado en las grandes ciudades comerciales, exigía unos tipos documentales especializados, por lo general de bastante complicación, para cuya redacción y formulación resultaban insuficientes las obras de los dictadores como la de los procesalistas (excepción hecha de la recopilación de Durante)”.

A partir de comienzos del siglo XIII se produce el florecimiento del *ars notariae*

que, como principales figuras, tuvo a Raniero de Perugia, Salatiel, Rolandino, Pedro de Unzola y una pléyade de seguidores no sólo en Italia sino también en España y en Francia.

Ahora bien, a la par de la necesidad del *ars notariae*, también se sintió la precisión de dotar de certeza, de autenticidad, a ciertos hechos y a los convenios públicos y privados que se otorgaran.

En la vida civil, incipiente en los municipios medievales, se esbozaron una serie de medios técnicos para conseguir esta anhelada autenticidad. El mismo José Bono (op. y vol. cit. 68-70, págs. 87 y ss.) muestra que unas abortaron, otras comenzaron a brotar pero decayeron y sólo una se desarrolló vigorosamente. En esta panorámica vemos en las curias los *iuditia ficta*, el *instrumentum sigillum signatum*, el *officium recognitionum*, con su *receptor actorum*; en las villas observamos las cancillerías o *greffe*, con jurados o *scabini* locales, donde era normal el uso de la carta partida o sólo la imposición del sello escabinal *-seel des counisanches-*, puesto al documento original que se entregaba al interesado y, en fin, la solución que perduró fue la atribución de la *fides publica* a los ejercientes del *ars notariae*, a quienes se confirió la consideración de *publica persona*. Esta institución, por su mayor adaptabilidad, lograría una plena adecuación a las necesidades de la vida jurídica, hasta entonces nunca alcanzada, y llegó a constituir el frondoso árbol del notariado románico, que hoy denominamos notariado latino, que es el nuestro.

Al unirse este desarrollo técnico con aquel desarrollo práctico, germinarían, a la vez, la ciencia notarial técnica y la antes aludida ciencia notarial práctica del derecho, desarrollada con el *ars notarii*. No debemos confundirlas.

Mientras ésta constituye una ciencia prudencial desarrollada culturalmente en la denominada sociedad civil, la ciencia notarial técnica, referente al modo instrumental de dotar de certeza y autenticidad al documento y demás actos notariales tiene, en cambio, como materia de elaboración científica, unas normas instrumentales con las cuales el poder público, hoy el Estado, regula la forma y el modo del quehacer notarial.

En Castilla, el 7 de junio de 1503 éste fue regulado por los Reyes Católicos en la *Pragmática de Alcalá*, que perfeccionó las viejas disposiciones de las *Leyes del Estilo* y *Las Partidas*. Esa pragmática dio lugar a muy abundantes comentarios en los que participaron -como ha mostrado Antonio Rodríguez Adrados (*La Pragmática de Alcalá entre las Partidas y la Ley del Notariado* en "*Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisoló*", vol. III, págs. 517-813)- los mejores juristas castellanos, como Covarrubias, Del Castillo Sotomayor, Juan Gutiérrez Acevedo, Yáñez Parladorio, Ibáñez de Faria, Heví Bolaños.

Este siglo XX ha visto un brillante amanecer de toda la ciencia técnica del derecho, comenzando por la del derecho procesal, que ha alcanzado ya la máxima altura científica, consagrada en Alemania por Kisch, James Goldschmidt y Schoenke; en Italia la iniciaría Chiovenda, dando ubérrimos frutos con Florian y Carnelutti. En España sus precursores fueron Xirau Palau, Beceña y Gómez Orbaneja, la consolidaron Leonardo Prieto Castro, Niceto Alcalá Zamora y Manuel de la Plaza y, tal vez, alcanzó el más elevado rango científico con Jaime Guasp.

Pues bien, paralelamente y a la zaga de ese movimiento científico-técnico del de-

recho procesal, Rafael Núñez Lagos sería el verdadero creador de la ciencia-técnica del derecho notarial, que después de él ha tenido un espléndido desarrollo en España, con Antonio Rodríguez Adrados y Vicente Font Boix, como figuras más destacadas y, en la Argentina, donde fue su patriarca Aquiles Yorio, tiene como crisol la Universidad Notarial Argentina, donde se han elaborado desde los principios más genuinos de esa ciencia formal hasta las técnicas más especializadas.

Ambas ciencias notariales, práctica y técnica, responden al carácter integral del notario de tipo latino: profesional del derecho, con función pública de dar autenticidad a los instrumentos que redacta -según el I Congreso Internacional de la Unión Internacional del Notariado Latino-, o bien, a la par, funcionario público, dador de fe, y profesional del derecho, que asesora y configura jurídicamente los negocios que redacta conforme a derecho -según el Reglamento Notarial español-.

Es decir, una tiene funciones que corresponden a la *potestas*, de que le inviste su función pública de dar fe; y la otra, fundada en la *auctoritas*, le es reconocida socialmente para el ejercicio de su tarea de profesional del derecho.

Este trabajo sólo se centra en lo que se refiere a la ciencia notarial práctica o arte prudencial, que comenzó su desarrollo con el viejo *ars notariae*, al que vuelvo los ojos, pues creo que conviene cultivarlo de nuevo.

### III. LA CIENCIA DEL DERECHO Y EL NOTARIADO DE TIPO LATINO. SU RECÍPROCA CONJUGACIÓN

6. De una parte, el notariado latino tiene necesidad de conocer y dominar la ciencia del derecho en su dimensión antes expuesta (apartados 2 y 3). Y de otra, los notarios de tipo latino nos hallamos en una posición óptima para captar la ciencia práctica del derecho en su realidad vivida. De hecho, hemos contribuido notablemente a su desarrollo, tal como he tratado de mostrar en diversos lugares de la *Perspectiva histórica* de mi *Metodología de la determinación del derecho* y he insistido en el título que dedico a la *Determinación negocial del derecho* en la parte sistemática de la misma obra.

Trataré de esbozar esta complementariedad vista desde la perspectiva de cada uno de sus términos.

El notariado de tipo latino, para atender a las finalidades prácticas del propio quehacer profesional, tiene necesidad de dominar, en lo preciso, la ciencia del derecho. Una muestra palpable de esa necesidad la ofreció, a finales del siglo XVIII, Josef Febrero, natural de Mondoñedo y escribano real en Madrid, quien publicó entre 1769 y 1781 su *Librería de escribanos e instrucción jurídico theorica práctica de principiantes*, que había escrito con propósitos muy modestos, tal como en su prólogo narra.

Expone en él que -nombrado en 1757 escribano notario real o de los *reynos*- no había tenido hasta entonces para su instrucción más libros que el que escribió Don Pedro Melgarejo, cuya fórmula -dice textualmente- “no me comunicaba las luces necesarias para disolver las dudas que se me presentaban, por lo que se me acrecentaban los vivos deseos de salir del inmenso piélago de confusiones en que naufragaba mi ignorancia, a fin de desempeñar mi obligación”... “Y considerando que el medio único de conseguirlo era leer con reflexión y cuidado las leyes del Reyno, y exposi-

tores que con tanto acierto las interpretaron, dándoles el genuino y verdadero sentido e inteligencia, determiné aplicarme a su estudio y entrar en la médula por lo concerniente a testamentos y contratos, ...”

“No fue, a la verdad, mi primer ánimo dar a luz esta obra, sino hacerla para mi instrucción”.

Pero, “mis amigos inteligentes” -explica- “me desvanecieron esta repulsa con dos razones, entre otras”. La primera, que no había entonces “otra cosa que formularios diminutos de escrituras para principiantes, sin expresar la virtud, y efectos de los contratos, cláusulas que en ellos pusieron y leyes que renunciaron, a fin de que supiesen lo que permiten, o prohíben y pudieran explicarlo a los contrayentes y testadores, ni otras dificultades que ocurren por lo que se veían perplexos, y confusos los escribanos que no son latinos, y aun los que lo son, sin poder desatarlas...”

La segunda razón era la necesidad de saber qué leyes se podían renunciar, cuáles no y cuál era la razón de ello, para su inteligencia.

Y aun otra tercera razón era que “debía ser útil a la República”; y “añadieron otras razones poderosas como que se lograrían grandes ventajas”.

Lo cierto es que esta obra, pensada para la propia instrucción del autor y que, a petición de sus compañeros, fue editada para instrucción jurídica teórico-práctica de principiantes en la función notarial, pasó a serlo también de jueces y, seguidamente, se convirtió en el tratado de derecho civil que alcanzó mayor vigencia en España y en América hispana, a través de sus múltiples ediciones -las hubo en México y en Lima-, y de las diversas versiones de la obra que dieron otros autores. Su vigencia se mantuvo hasta la llegada del Código Civil, a pesar de que había sido concebida tan modestamente, y escrita con los solos propósitos de llevar la ciencia práctica del derecho al conocimiento de los notarios para el más consciente y mejor desempeño de su función.

Así, no sólo observamos que la ciencia práctica del derecho es necesaria a los notarios de tipo latino, sino que a la vez hemos visto que la labor científica de éstos -tal vez por su gran experiencia práctica- también resulta muy útil al progreso y difusión de la ciencia del derecho.

7. Para esto último, el notario tiene como gran ventaja el observatorio de que lo dota el ejercicio con plena dedicación de su profesión.

El catedrático de derecho internacional, que fue maestro mío en la Universidad de Barcelona, José María Trias de Bes, en una conferencia que expuso en el año 1942 en el Colegio Notarial de esa Ciudad Condal, explicó que el notario tiene el privilegio de observar el derecho en su más completa y mejor perspectiva. El profesor lo ve teóricamente, el abogado tiene que mirarlo desde la perspectiva parcial del cliente por él defendido en el juicio; el juez lo ve en estado patológico, en enfermedad; el notario, en cambio, lo contempla en su estado normal, en su realización espontánea. Es así porque, como dijo literalmente J. M. Trias de Bes: “El notario es el órgano social por el que se manifiesta y concreta la conciencia jurídica del pueblo, y, en la vida privada, es la persona de confianza, el depositario de los íntimos secretos del hogar; participa su ministerio, en orden a los intereses temporales, de la reserva del sacerdote en los asuntos afectantes al fuero de la conciencia”.

Si en Grecia y en Roma los antiguos oráculos eran los mediadores entre los dio-

ses y los hombres, el notario de tipo latino -que como tal cumple- es el mediador más íntimo entre la justicia y los hombres cuando éstos quieren ponerse de acuerdo con arreglo a ella. Les explica dónde está el derecho en el caso que ellos le plantean, sea para redactar un testamento o una donación, o bien para convenir un contrato o constituir una sociedad. No ve el derecho a través de papeles como los encargados de los registros jurídicos, sino en la misma vida. El viejo brocardo, expresado por Baldo degli Ubaldis: “*ius ex facto oritur... et ius est implicitum factu*”, tiene en el notario el mejor intérprete. Hace de mediador entre esta realidad y los principios, leyes y demás normas. Nótese que interpretar algo no consiste sólo en descifrar textos sino, a través de ellos, con sentido natural -*sensum naturale*- y razón natural -*naturalis ratio*- enriquecidas por la experiencia, consiste en mediar entre esos textos y la realidad existencial vivida, con el fin de determinar y configurar en ella lo que en cada caso es su adecuada forma justa.

De ahí viene que para esa labor la perspectiva de los notarios de tipo latino sea privilegiada para contemplar la realidad jurídica viva, desde sus mismas raíces. Por eso -como supo explicar Joaquín Costa-, los notarios han guiado a los pueblos en el alumbramiento de sus costumbres, surgidas a través de las prácticas negociales que las generan. Las cláusulas documentales han flexibilizado algunas instituciones que eran demasiado rígidas, han reforzado otras y configurado algunas nuevas para responder mejor a las necesidades que, en cada momento, se hacen sentir en la vida social.

Podría poner muchos ejemplos de esto. Algunos los he mostrado específicamente en un capítulo del segundo volumen de mi *Metodología de la determinación del derecho*. Aquí me limitaré a decir que en España:

a) Los notarios -tal como mostró documentalmente Ramón Faus Esteve- habían constituido sociedades anónimas a fines del siglo XVIII, partiendo de unos convenios corporativos, que podríamos calificar de convenios-tipo, notándose a partir de ellos una paulatina evolución comenzada más de un siglo antes de que se regularan las sociedades anónimas en el primer Código de Comercio español.

b) En este siglo XX, antes de promulgarse la primera ley sobre el régimen jurídico de las sociedades anónimas, los notarios efectuaron aportaciones importantes en la práctica -como también mostró Faus Esteve-; así lo fueron la transformación de obligaciones en acciones, la atribución de derechos preferentes, la sindicación de acciones, el usufructo y la prenda de éstas, la previsión de juntas universales sin necesidad de previo anuncio, los jurados de cuentas, diversas fórmulas de administración y de repartos de beneficios. Y, aun después de esa ley, siguieron aportaciones tales como la creación de sociedades con participación laboral, etcétera., etcétera.

c) En este siglo las constituciones de sociedades de responsabilidad limitada eran ya una práctica notarial corriente más de treinta años antes de que se promulgara la primera ley de sociedades de responsabilidad limitada.

d) Los notarios llevan años constituyendo urbanizaciones privadas, del mismo modo como llevaban siglos constituyendo comunidades de aguas en las Islas Canarias cuando llegó una ley que las reguló, etcétera., etcétera.

Así, el notario se hace artífice del derecho.

Pero, también, para penetrar en la ciencia teórica expositiva y explicativa del de-

recho, se halla en una situación ventajosa. Yo mismo vengo observando que el ejercicio de la profesión notarial me ha formado jurídicamente para operar mejor en esa labor científico-jurídica.

Mi tarea en el campo de la ciencia del derecho, especialmente en el derecho de sucesiones, pero también en el de donaciones de toda clase, derecho de cosas y garantías reales, y en mis estudios varios acerca de obligaciones y contratos, empresas y sociedades, se ha visto facilitada por mi práctica profesional como notario.

Puedo afirmar que cuanto he leído en los libros lo he entramado con cuanto he visto prácticamente y, cuando en mi función de notario se me presentaba un problema, para resolverlo lo relacionaba con lo leído en los libros. Así venía a formar en mi mente algo semejante al círculo hermenéutico del comprender, del que Heidegger ha dicho que no es un círculo vicioso y que yo veo como una espiral, que va ascendiendo y va tomando forma en un constante ir y venir con la mirada de lo vivido a lo leído, y de éste a aquél.

Creo que esto facilita a los notarios un sentido realista de las cuestiones de derecho, imprescindible para orientar adecuadamente la solución de las cuestiones prácticas. También nos libra de perdernos en lucubraciones teóricas.

Por tanto, si la ciencia jurídica es precisa para el buen ejercicio profesional de los notarios de tipo latino, también la visión práctica y la perspectiva realista, de la que nos dota nuestra inserción existencial en la vida jurídica, resulta indudablemente fructífera y enriquecedora asimismo para la ciencia del derecho.

Por todo ello, si bien es necesario que sigamos cultivando la ciencia técnica del derecho notarial, en no menor medida lo es que cultivemos la ciencia práctica del derecho, es decir, que no nos olvidemos del ancestral *ars notariae*, que tantos frutos ha dado no sólo para nuestro ejercicio profesional, sino también para la vida del derecho e incluso para la ciencia expositiva y explicativa de su teoría.

Daré un último ejemplo. Petrus Joannem Fontanella fue uno de los grandes juristas de finales del siglo XVI, autor de los amplios volúmenes: *De Decissionis Sacri Regnii Senatus Cathaloniae* y de otros dos grandes tomos de su *De pactis nuptialibus*. Pues bien, Fontanella fue notario de Besalú, al norte de Cataluña, y su segunda citada obra es el mejor tratado que se ha escrito acerca de las capitulaciones matrimoniales. En ella, combinó el arte de dictaminar con el *ars notariae*, examinando una escritura de capitulaciones matrimoniales con todas sus posibles variantes y su extensa problemática. Nuestro compañero Luis Figa Faura -a cuya memoria rindo fraternal homenaje- ha explicado que, en el *De pactis nuptialibus*, “toda la obra se adecua a una visión notarial del derecho. Fontanella, a lo largo de su obra, argumenta constantemente en busca de soluciones que evitan -en caso de ser posible y justo- el recurso a la equidad y el arbitrio del juez”, “constantemente (...) se inclina por aquella opinión que más contribuya a evitar futuros pleitos”... “Fontanella quiere soluciones reales a los problemas reales; cuando un autor discute la compatibilidad de la cuarta marital con el derecho de alimentos, Fontanella busca los resultados prácticos de la solución dada y se pregunta si tiene alguna repercusión con el modo del redactar la demanda”.

“Hay un deseo constante de tocar de pies a tierra”.

Fontanella, gran jurista, se hallaba dotado, por una parte, del sentido y la sensibilidad de un gran notario, en el tejer y precisar *inter volentes* lo que es derecho, deter-