

TESTIGOS Y DOCUMENTOS EN LA PRACTICA NEGOCIAL Y JUDICIAL ROMANA

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN*

El presente estudio tiene su antecedente inmediato en la Ponencia que expuse en Reggio Calabria, en diciembre del año 2003, en el acto homenaje que organizado por FELICE COSTABILE, bajo el título *Corpus Iuris et Instrumentum*, se tributó al Prof. Mario AMELOTI, uno de mis maestros italianos, con ocasión de su octogésimo aniversario. El título de mi intervención fue “*Efficacia procesal de los documentos notariales en el Corpus justiniano*”. Sobre la base del texto de la Ponencia, dirigida, en líneas generales, a analizar las aportaciones más originales y relevantes desarrolladas por MARIO AMELOTI sobre el instrumento tabeliónico, he procurado ampliar el marco de reflexión a aspectos e instituciones conexas.

Ha resaltado AMELOTI, en diferentes estudios, que al igual que en las obras de Instituciones de Derecho Romano de la época se daba escasa importancia al documento, algo parecido sucede con los manuales de Instituciones de Derecho Romano de nuestra época¹. Parecida reflexión cabría hacerse, y está en conexión, por otra parte, con la anterior, respecto a la escasa atención que a la prueba en su conjunto se le dedica en el Ordenamiento Jurídico Romano, si la ponemos en relación con la relevancia creciente de la materia probatoria en la propia experiencia jurídica romana y en el Derecho procesal actual.

En efecto, ninguna ley, senadoconsulto o constitución imperial regula la prueba en forma global. Hay un primer y fragmentario intento de sistematiza-

*. Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid.

¹. AMELOTI, *Genesi del documento e prassi negoziale*, Atti convegno Copanello 1988, Napoli, 1990, pp. 309 ss.; y en *Scritti Giuridici*, Torino 1996, pp. 162 ss.; Id. *Negocio, documento y notario en la evolución del derecho romano*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, XXIX, 1990, pp. 135-145: «Si nos fijamos en lo que debía ser la enseñanza del Derecho romano en los manuales de instituciones de entonces, y miramos también los manuales de instituciones de Derecho romano de hoy, que en el fondo siguen siempre un poco el modelo gayano, encontramos esto: que del documento poco se habla o incluso nada».

ción de la prueba en el Código Teodosiano XI, 39, *De fide testium et instrumentorum*, en el que se sigue considerando a los testigos un instrumento de prueba previo a la prueba documental. En el Digesto, sólo tres títulos, contenidos en el libro 22, 3, 4 y 5, se refieren a la prueba.

La prueba originaria por excelencia habría sido la deposición de testigos, los cuales, por otra parte, en el tráfico jurídico negocial habrían cumplido, en un momento anterior, el papel de elemento esencial o requisito de forma de determinados negocios verbales como el testamento oral *nuncupatio* o la *mancipatio* o negocios escritos, como el testamento pretorio y de ahí su consideración de testigos instrumentales. De esta primitiva configuración de los testigos como instrumentales o esenciales para el negocio oral o escrito, se habría pasado a la consideración de los testigos incorporados al documento, no como requisito *ad substantiam*, sino como elemento de ayuda para la prueba del negocio documentado, tanto en juicio, como en el marco del tráfico jurídico extraprocesal, si bien en la práctica lo frecuente fue, cada vez en mayor número de casos, que los propios testigos instrumentales actuasen como testigos probatorios en juicio, tanto para acreditar la veracidad del documento en sí, como la del acto incorporado al mismo. Es por todo ello que se dispone que el juez no sólo debe fijarse en las cualidades de los testigos, dignidad, veracidad, buenas costumbres y gravedad² sino también en si los testigos son fidedignos, «en atención a que no hay sospecha en su testimonio, por la persona que lo da, porque es honorable o por la causa, porque no lo da por lucro, favor o enemistad»³.

Como elemento conformador del propio documento, los testigos siempre deben agregarse a los documentos *quasi publice confecta* y a los documentos tabeliónicos o *publice confecta*. Por el contrario, no se requieren ni en los documentos privados *scriptu sensu*, ni en los documentos públicos. A efectos de prueba en juicio, la prevalencia de la prueba testifical, prioritaria hasta entonces, comienza a cuestionarse en la época postclásica, cuando Constantino introduce el documento constitutivo o dispositivo y se establece que tanto vale la fe de los instrumentos como las declaraciones de testigos⁴, así como que no debe prevalecer el testimonio no escrito sobre el testimonio escrito⁵, si bien ya Calistrato, reaccionaba en cierto modo frente al uso cada vez más extendido de

² D. 22, 3, 5, 2 (*Modestinus, libro octavo regularum*).

³ D. 22, 3, 5, 31 (*Calistratus, libro quarto de cognitionibus*).

⁴ C.J. 4, 21, 20 (Constantino, 317): «*In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium*».

⁵ C.J. 4, 20, 1: «*Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium haud proferetur*».

documentar en las actuaciones negociales, al afirmar que no porque de un hecho no exista constancia escrita vale menos, si puede probarse de igual forma el acto como verdadero⁶.

A la no obligatoriedad de la presencia de los testigos en los documentos públicos se refieren diferentes textos, así en una constitución de Zenón se dispone que los documentos públicos no necesitan testigos⁷. Igualmente a lo largo de toda la historia de la legislación romana no se exigió la presencia de testigos en los documentos privados⁸, si bien se consideró que su presencia reforzaba el valor probatorio del documento, lo que lleva a Justiniano a recomendar de forma expresa la presencia de tres testigos en la contratación privada⁹.

La tradicional consideración preferente de la prueba testifical se manifiesta de igual modo, en el aspecto específico referido a la disposición justiniana conforme a la cual en los supuestos de discrepancia entre los testigos y la *comparatio litterarum*, se dará preferencia a la prueba testimonial, dado que «lo dicho de viva voz y con juramento merece más crédito que la escritura por sí sola»¹⁰.

⁶ D. 22, 4, 5 (*Calistratus, libro secundo quaestionum*): «*Si res gesta sine litterarum quoque consignatione scriptate factum suum praebeat, non ideo minus valebit, quod iumentum sullum de ea intercesit*».

⁷ C. 20,15,6 (Zenón, a. 486): «*...quodsi tale sit instrumentum, quod por omnibus sufficiat (frotase enim monumentum erat publicum), tunc tertibus opus non habemus*». A propósito del mayor valor probatorio de los documentos públicos respecto de los testigos, las fuentes no ofrecen duda, así en D. 22, 3, 10 (*Marcellus, libro tertio digestorum*): «*Census et monumenta publica potiora testibus esse senatus censuit*».

⁸ C.J. 8,17,11 (León, 486): «*Scripturas quae saepe assolent a quiburdam secrete fieri, intervenientibus amicis, nea ne, tranzsigendi vel paciscendi sen foenendi vel societatis coundae gratia, sen de aliis quibuscumque causis vel contractibus conficiuntur, quae idiochira graeque appellantur, sive tota series earum manu contrahentium vel notarii aut alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant suscripciones, sive testibus adhibitis sive non...*».

⁹ En la Novela 73 Justiniano admite la presencia de testigos no suscribientes en el documento (73,2), incluso el documento sin testigos (73, 4), si bien considera aconsejable la firma de tres testigos en los documentos privados. Novela 73, 1: «*Si quis igitur vult caute depone, non soli credat accipientis scripturae..., sed is, qui depositum dat, advocet etiam testes ut possibile est honestos et FIDE dignos, et non minus tribus, ut non in sola scriptura, et eius examinatione pendeamus, sed sit iudicantibus etiam testium solatium...*».

¹⁰ Nov. 73, 3: «*Si vero tale aliquid contigerit, quale in Armenia factum est, et aliud quidem faciebat collatio litterarum, aliud vero testimonia, tunc nos quidem existimavimus ea, quae a viva dicuntur voce et cum iureinando, hac digniora fide, quam scripturm ipsam secundum se subsistere...*».

La obligatoria presencia de testigos en los *instrumenta quasi publice confecta*¹¹, y en los *instrumenta tabellionicos publice confecta*¹², resulta también acreditada en diferentes textos y si bien, en derecho justiniano, como analizaremos a continuación, el documento tabeliónico llega a considerarse de mayor valor que el *quasi publice confectum*, por el contrario se mantiene la necesidad de la intervención de testigos en la confección del documento tabeliónico, a lo largo de toda la experiencia jurídica romana¹³.

En relación a la distinta consideración existente en relación con el papel y la posición de los testigos como instrumento para la búsqueda de la verdad, ha escrito recientemente VICENTI que existen dos modelos, que creados y puestos en práctica ambos en la experiencia jurídica romana, han llegado al derecho actual: el régimen de los juicios ordinarios conformado por la exigencia de libertad de las partes para determinar sus testimonios, del juez para valorar las declaraciones testificales y de los testigos para rechazar o aceptar su comparencia, y el régimen de las *cognitiones* caracterizado por las exigencias de reglamentación y control, respecto de las partes, al atribuir al juez la facultad de citar o de excluir a los testigos, respecto del juez, al introducir criterios legales de valoración, y en relación con los testigos, al establecer la obligación legal de comparecer en el caso de ser citados¹⁴.

Es por ello que, en este punto, cabe considerar la Nov. 73 de Justiniano, el punto final de una lenta pero constante evolución precedente, caracterizada por el progresivo valor concedido a la prueba documental, que sólo con muchas vacilaciones consigue emanciparse y no del todo –salvo en el documento público–

Cabe señalar, no obstante, que el propio Justiniano manifiesta, en otras ocasiones un acusado recelo hacia la prueba testifical, y considera que lo más consecuente es que se proceda a la *comparatio litterarum* y a la prueba testifical conjuntamente. Así se dispone en C.J. 4, 20, 18: «*Testicum facilitatem, per quos multa veritati contraria perpetrantur, prout possibile est, resercantes omnibus praedisimus, qui in scriptis a se debita retulerint, quod non facile audiantur...*».

¹¹ C.J. 4,29,23,2 (Justiniano, a. 530): «*Ne autem mulieres perperam sese pro aliis interponant, sancimus, non aliter eas in tali contractu posse pro aliis se obligare, nisi instrumento publice confecto et a tribus tertibus subsignato accipiant homines a muliere pro aliis confessionem...*».

¹² Novela 73,5: «*Sed se it instrumenta publice confecta sunt, licet tabellionum habeant supplementum, adiiciatur et eis, autequam compleantur, sicut dictum est, testium ex scripto praesentia*».

¹³ A propósito de la equiparación entre el tabelio y los testigos, así como sobre la consideración final del tabelio como una especie de testigo privilegiado, vid., en RODRIGUEZ ADRADOS, *La persistencia...* cit., pp. 196 ss.

¹⁴ VICENTI, *Duo genera sunt tertium*, Padova 1989, pp. 223-227.

de la testifical, especialmente en el marco del reconocimiento del valor probatorio, la credibilidad, en último extremo, del documento tabeliónico, en atención al testimonio juramentado del notario, con independencia del cotejo de letras y de los testigos, conforme a la consideración de testimonio privilegiado que se reconoce a estos profesionales del derecho, en aras de la seguridad jurídica que su intervención producía en la praxis, en la gran mayoría de los casos. Seguridad jurídica que, por otra parte, Justiniano procura reforzar y controlar mediante la regulación establecida en diversas constituciones, y especialmente en la correspondiente a las Novelas 44, y 47, junto con la 73¹⁵. El contenido de estas constituciones, configura, desde entonces hasta el momento actual, en buena medida, lo que se considera dogmática y práctica en la actividad notarial.

La legislación justiniana ha sido, por tanto, considerada en esta materia, un punto de llegada, en las antípodas del punto de partida, en expresión acuñada por TALAMANCA¹⁶, y el último período de tiempo en el cual existe una cierta unidad, que reglamenta la documentación, en gran parte del antiguo territorio del Imperio.

Si nos remontamos al período arcaico, hay que señalar que la oralidad constituye la característica común de las actividades negociales y procesales: *mancipatio, stipulatio, testamentum, in iure cessio y legis acciones*. Ahora bien, como observa AMELOTTI¹⁷, no obstante el mantenimiento durante siglos de la oralidad en este ámbito, muy pronto, en la República, comienzan a utilizarse textos escritos, documentos procesales y negociales, básicamente en tablillas de madera, *tabulae ceratae*, en número de dos, tres o más láminas, y de ahí la denominación de dípticos, trípticos y polípticos, extraídas a ser posible de un mismo madero, para evitar falsificaciones¹⁸ y unidas unas a otras, por cordones de cuero atados por agujeros o ranuras. El texto redactado en las tablillas, expuesto generalmente en forma objetiva, se denominaba *testatio* y consistía en la exposición de los hechos en tercera persona. En los supuestos

¹⁵. Vid. El análisis del contenido de estas Novelas, en AMELOTTI-COSTAMAGNA, *Alle origine del notariato italiano*, Roma 1975, pp.33 ss., y la bibliografía allí citada.

¹⁶. Vid. En TALAMANCA, *Documento y Documentazione*, Enciclopedia del Diritto, XIII, 1964, pp. 548 ss.

¹⁷. AMELOTTI, *Genesi del documento e prassi negociali*, Scritti giuridici, Torino 1996, pp. 162 ss; RODRÍGUEZ ADRADOS, A., *La persistencia de la oralidad en la escritura pública*. Madrid, 1996.

¹⁸. Vid. Sobre las *tabulae ceratae* en BOVE, *Documenti processuali dalle Tabulae Pompeianae di Murecini*, Napoli, 1984 pp. 1189-1200 y F. COSTABILE (a cura di). *Polis ed Olympieion a Levi Epizefiri*. Costituzione economica e finanze di una città della Magna Grecia. Editio altera delle tabelle locresi. Soveria Manelli 1992.

en que se utiliza la forma subjetiva, el texto escrito recibía la denominación de *quiographum*, el emitente, o una persona de su confianza, redacta el documento en primera persona¹⁹, y se refiere a un hecho ya acaecido. Para designar el escrito o *documentum* se utilizan diversos términos como *instrumentum*, *documentum*, *cautio*, *testatio*, *quiographum*, *epistola*, *scriptura*, etc.

El documento objetivo, *testatio*, resulta predominante en la actividad negocial romana hasta fines de la época clásica y su valor probatorio radicaba, ante todo, en los sellos de los siete testigos que, junto con el nombre, *adscriptio*, se hacían constar en la parte interior del documento²⁰. La fuerza probatoria del documento subjetivo, *quiographum*, derivaría de la autografía y sello del emitente²¹. Tanto la *testatio*, como el *quiographum*, constaban de una doble escritura: la interior, sellada y oculta, para evitar el acceso a su contenido de forma indiscriminada y las falsificaciones y, la exterior, accesible y, cada vez con mayor frecuencia, consistente en un extracto simplificado del contenido de la escritura interior. Las tablillas testamentarias, lógicamente, sólo tenían *scriptura* interior. La *testatio* como forma documental, serviría para acoger todo tipo de manifestaciones de la práctica negocial (*stipulationes*, *mancipationes*, etc.), lo que contrastaría con el carácter más restringido del *quiographum*²² utilizado de forma espe-

¹⁹. ANKUM, *Les tabellions romains ancêtres directs des notaires modernes*, Atlas du Notariat. Le Notariat dans le monde, Kluwer-Deventer, 1989, pp. 10 ss., a propósito de la *scriptura* exterior e interior del documento. AMELOTTI, *Osservazioni sulla duplice scrittura rei documenti*, Iura, 36, 1988, pp. 1 ss.; WOLFF, *Zur Geschichte der Sechszengendoppelurkunde*, en Akte del XIII. Intern. Papyrologenkongresses, München 1974, pp. 469-479; Id. *Das Rect. Der griechischen Papyri Aegyptus in der Zeit der Ptolemäer und des Prinzipats, II*, München 1978, pp. 57 ss.

²⁰. En el documento romano figuraba sólo el nombre del emitente del documento, así como los nombres de los siete testigos, *adscriptio*, los sellos del interviniente y de los testigos, y los acuerdos de las partes. La *subscriptio*, era característica de los documentos griegos, y no consistía en una firma en sentido moderno, sino en una declaración escrita que tenía alguna relación con el acto realizado por el emitente del documento, como por ejemplo la determinación del nombre del heredero. Vid. En este sentido, en TALAMANCA, *Documento...cit.*, pp. 548 ss. Justiniano introdujo la firma de los testigos en los documentos negociales.

En el C.J. 4.21.17, del 528, como etapa final, se contiene la denominada *lex contractus*, y se dispone que si las partes optan por el contrato escrito, deben proceder a realizar una *subscriptio* al pie del documento (*ad pedem litteris*).

²¹. Vid. Con carácter general, en KASER, *Das römische Privatrecht, I2*, München 1971, pp. 231 ss.

²². Se utilizaban en ocasiones documentos mixtos, *testaciones cum chirographo coniunctae*, en los que la *scriptura* interior revestía la forma de la *testatio* y la *scriptura* exterior la de un *chirographum*. Vid. AMELOTTI, *Testatio, chirographum. Osservazione in tema di tipologia documentali*, Scritti cit. pp. 130 ss.

cial para dar expresión por escrito a las declaraciones negociales. En todo caso, el documento, en la época clásica, basaba su fuerza probatoria en juicio esencialmente en las declaraciones de los testigos que habían intervenido en el mismo.

La frecuencia y la relevancia de la documentación es mayor a medida que avanzan los siglos de la República²³, y ahí están para probarlo, como observa AMELOTI, entre otros documentos las tablillas de Ercolano y Pompeya o los documentos notariales que probablemente constituyen la *Formula Baetica*, el *testamentum per aes et libram* o la fórmula de la *Fiducia cum creditore*. Las propias fórmulas, en cuanto texto escrito del procedimiento formulario, constituyen una manifestación del auge de la escritura, lo que sucede asimismo con posterioridad, con los contratos literales²⁴.

Y en este punto, nos encontramos por primera vez con los notarios²⁵, uno de los temas objeto de investigación en forma singular por AMELOTI. La plenitud del significado de una institución como el notariado sólo la puede dar la historia, ha escrito AMELOTI, y no conoce intervalos desde Roma, hasta la regulación actual²⁶.

Conviene, a mi juicio, reiterar como punto de partida, que las palabras no tienen a lo largo de la historia el mismo significado. Se produce, en ocasiones,

²³. En opinión de RICCOBONO, *Lineamenti della storia della fonte e del diritto romano. Compendio dei casi di storia e d'esegesi del diritto romano*, Milán 1949, pp. 161 ss., y Id. *La giurisprudenza classica como fattore di evoluzione del diritto del Diritto Romano*, en Scritti Ferrini, pp. 17-80, fruto de la evolución interna del propio ordenamiento jurídico romano, a finales de la República se inicia una evolución en la práctica legal y negocial romana en sentido contrario al formalismo de los primeros siglos, lo que se manifiesta, por ejemplo, en las propias acciones de la ley, el testamento oral *per aes et libram*, y la *stipulatio*.

Para otros autores, habría sido, en esencia, la influencia de la práctica jurídica de las provincias orientales la que en mayor medida habría condicionado la evolución producida en las disposiciones legales y en el tráfico jurídico de la época clásica. Vid. en GUZMAN, *El desarrollo de la idea de fijación del derecho en Roma*, Semanas de estudios romanos I, Valparaíso 1977 pp. 99 ss.

²⁴. AMELOTI, *Alle origine... cit.*, pp. 5 ss.

²⁵. A fines de la República, probablemente en relación con la importancia que se comienza a conceder a la escritura, aparecen las categorías de *notarii*, *actuarii*, *librarii*, *amanuenses*, *exceptores*, *scribae*, *chartularii*, *cancelarii*, *censuales*, *epistolares*, etc. En las XII Tablas, sin embargo, no se encuentra ninguna alusión a la escritura y Tito Livio, *Ab urbe condita*, VII, 3, nos dice que en el año 360 a.C. «*rarae per ea tempora litterae erant*».

En Derecho Romano, los primitivos documentos recogían únicamente los acuerdos o la voluntad de las partes, a las que se añadía un sello y los nombres de los intervinientes. Con posterioridad, junto a sus nombres, se agrega un resumen del contenido del acto.

²⁶. AMELOTI, *Negocio, documento y notario en la evolución del derecho romano*. cit., pp. 135-145, y *Alle origine... cit.*, pp. 20-33. Sobre las analogías y diferencias entre el tabelionato justinianeo y el notariado actual, vid., en ANKUM, *Les tabellions romains... cit.*, pp. 43 ss.

una traslación semántica y ello, en buena medida, ha ocurrido con el término de *notarius*, que deriva de nota, signo y que haría referencia a personas que ejercían la profesión de copistas, escribientes, que de forma abreviada o taquígráfica, recogerían la voluntad de quienes se lo requiriesen o bien porque no sabían escribir, o bien por el deseo de que quedase constancia escrita de su discurso en el foro, como retóricos, en la asamblea como oradores políticos, o de las obras literarias de juristas, escritores dramáticos o historiadores²⁷. He señalado que sólo en buena medida se produce una traslación semántica entre el *notarius* de la época romana y el notario medieval y moderno, porque si bien es cierto que en Roma son los tabeliones quienes sin duda constituyen el antecedente inmediato de los notarios medievales, por ser estos profesionales quienes son titulares y desarrollan la función notarial en sentido moderno, cabría afirmar que también los tabeliones clásicos, los profesionales a los cuales se refiere Ulpiano por primera vez en un texto recogido en el Digesto, habrían tenido su antecedente en los *notarii*²⁸, y que probablemente muchos de estos *notarii*, ya especializados en la técnica instrumental y en la confección de documentos²⁹ de contenido jurídico, habrían pasado a desarrollar su actividad en el ámbito profesional del tabelionato³⁰, y continuarían utilizando en el ejerci-

²⁷. Sobre el arte de argumentar y convencer en juicio y el papel de los testigos, en relación con el tratado *De Testibus* de Quintiliano, vid., en DE CHIARA, *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna, con Cerami y Miceli*. Torino 2003, pp. 158-202. En relación con la experiencia forense de Cicerón vid. PUGLIESE, *Proceso penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa 1996.

²⁸. Con carácter general, sobre las acepciones del vocablo *notarius*, y la conformación de la profesión de los *notarii*, vid., en MARTÍNEZ SARRIÓN, *El notario en la baja romanizada*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, XXII, I, pp. 28 ss.

²⁹. Con posterioridad a las tablillas de madera enceradas o bloqueadas, en las que se habrían recogido los testamentos como primitiva manifestación de acto escrito, comienza a utilizarse como material en el que se recoge la escritura papiros, y pergaminos, al tiempo que se produce una relegación en el uso de las *tabulae ceratae*. La hoja de la planta del papiro, se cultivaría, utilizaría y exportaría como material para la escritura, especialmente en Egipto. Los rollos de papiro serían el resultado de pegar varias hojas de esta planta. La prohibición de exportar hojas de Papiro de Egipto, especialmente a partir del siglo II a. d.C., habría potenciado el uso, como material de escritura, de un curtido de cuero de la piel de terneros, corderos, ciervos, etc., de utilización frecuente en Pérgamo, y de ahí el nombre de Pergamino. Enrolladas las pieles darían lugar a los volúmenes y cosidas a los códigos, denominación ésta que se utilizaría asimismo para designar el conjunto de tablillas de madera unidas.

³⁰. 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, en AMELOTI, *Alle origine... cit.*, pp. 15 ss.

cio de su función las mismas cláusulas de estilo, así como fórmulas de comparecencia, otorgamiento o autorización.

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*³¹. En la Edad Media, la palabra *notarii* sustituye, con carácter general, a la de *tabelliones*³².

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 sus facultades autenticadotes en relación con la *fides publica*³³.

No cabe olvidar, por otra parte, que los antiguos *notarii* republicanos, originales copistas, escribientes o estenógrafos habrían continuado desarrollando su labor como profesionales liberales, a lo largo de toda la historia de la experiencia jurídica romana, al propio tiempo que una parte de éstos, primero

³¹. C.J., 8.17.11, Const. Emperador León del 472: «*Scripturas, quae saepe adsolent a quibusdam secreta fieri, intervenientibus amicis nec ne, transigendi vel paciscendi seu fenerandi vel societatis coeundae gratia seu de alliis quibuscumque causis vel contractibus conficiuntur, quae idiocira Graeque appellantur, sive tota series forum manu contrahentium vel notarii aut alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscripciones, sive testibus adhibitis sive non licet conditionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non, quasi publice scriptas...*».

³². Cf. Sobre este punto, CALASSO, F., *Medo Evo del diritto*, I, Milán 1954, p. 243; BONO, J., *Historia del Derecho notarial español*, op., cit., I, p. 47, nota 8; NEVE, *Von ius commune naar ius particulare. Het 'europees' notariato p weg naar een 'national' statu ut*, en Et. Ankum, 1995, pp. 379 ss.

³³. Vid. sobre los *tabularii*, SACHERS, *Tabularius*, Re. IVA2, Stuttgart, 1932, col. 1969-1984; LUZZATTO, *Tabularius*, NNDI, XVIII, Torino, 1971, pp. 1012 y AMELOTTI-COSTAMAGNA, *Alle origini..* cit., pp. 15 ss.

En ocasiones, en cuanto escribiente no profesional en cuestiones de técnica jurídica, actuaba el *tabularius* como testigo cualificado en el testamento del ciego, así en C.J. 6.22.8. En otros supuestos se denomina *tabularius* a la persona ante quien se consigna una cantidad de dinero en el supuesto de venta, así en C.J. 7.72.10.2.

como secretarios contratados por abogados, escritores o políticos, con posterioridad como secretarios permanentes y finalmente como funcionarios públicos, habrían desarrollado una labor reconocida y prestigiada en la cancillería imperial en la época postclásica.

De aquellos viejos notarios que, nos dice AMELOTI, no tendrían más que levantar los ojos y redactar el documento conforme a la tablilla, clavada en su local de negocio, en la que se encontrarían las formulas del *testamentum per aes et libram*, o de la *fiducia cum creditote*, como parece deducirse de la *Formula Baetica*, rellenando los espacios en blanco, con los nombres y circunstancias de los intervinientes en el negocio, se habría pasado a los notarios encargados de la corrección formal y del contenido de la documentación emanada de la cancillería imperial³⁴.

Por otra parte, alguno de estos notarios republicanos se habría especializado en la confección de testamentos, y de ahí el nombre de *testamentarii*, como aparece atestiguado en la obra de Cicerón³⁵ y en los formularios catonianos y varronianos, así como en numerosos fragmentos contenidos en el Digesto y en fuentes epigráficas³⁶, con lo que ello supone también de conexión con el Notariado latino y la relevancia de su especialización en materia testamentaria³⁷.

Al notario, como autor material del documento, con su propia técnica, de estenógrafo o taquígrafo o con grafía ordinaria se hace ya referencia, aunque la realidad es mucho más antigua, en la obra de Cicerón, Séneca, Plinio el Joven, Quintiliano Marcial, Suetonio o Manilius³⁸.

La integración de una parte de los *notarii* en la burocracia imperial, primero como secretarios de los príncipes y, con posterioridad, como funcionarios de especial relevancia en la Cancillería, es fruto igualmente de un proceso

³⁴. AMELOTI, *Alle origini del notariato italiano*, cit., pp. 10 ss.; Id. *Negocio, documento y notario en la evolución del derecho romano*, cit., pp. 135 ss.

³⁵. CICERÓN, *Pro Sestio*, 17, 39; *De officiis*, 3, 18, 73; *De oratore* 1, 57.

³⁶. D. 28,5,9,3 y 6; D. 29,6,1,pr.; D. 36,1,3,5; D 48,10,15,6; D 48,10,22,10; y en CIL II 1734.

³⁷. A propósito de la influencia del tabelionato romano en el moderno notariado vid. en LEVY, *L'autorité des instrumenta publicae confecta*, en *Annales de la Faculte de Droit d'Aix, en Provence*, 43, 1950, pp. 173-191; ANKUM, *Les tabellions romains ancêtres directs des notaires modernes*, cit., pp. 37 ss.

³⁸. SENECA, *Apocolocyntosis*, 9,2; QUINTILIANO, *Institutio oratoria* 7,2,24; PLINIO EL JOVEN, *Epistulae* 3,05,15; 9,20,2; 9,36,2; SUETONIO, *Titus* 3; MARCIAL, *Epigrammata*, 5,51,2; MANILIUS, *Astronomia*, 4,197.

de burocratización paulatino aunque progresivo. En el marco de sus competencias, y organizados en *scholae*, levantarían actas de las sesiones del *Consistorium*, sin olvidar, como indica AMELOTI, los encargos especiales que el emperador les confiriese³⁹. Los *notarii* acaban siendo considerados funcionarios de rango elevado. En ocasiones se les denominaba *refrendarii* y se da el nombre de *Primicerius notariorum*, al jefe del personal encargado de la redacción de constituciones imperiales. Y es en esta consideración de funcionario público del notario imperial romano, donde se produce otro elemento de coincidencia con el actual notario latino, al que se reconoce una función certificante y autorizante, en el ejercicio de un oficio público⁴⁰, lo que supone el reconocimiento de la fe pública respecto de las escrituras y actas en las que interviene, en el ejercicio de las atribuciones que le son reconocidas por la ley⁴¹.

Ahora bien, salvo estos puntos de coincidencia entre el notario romano y el moderno, es evidente que la función notarial, tal y como se entiende esta actividad desde la Edad Media, la cumple en Roma el profesional que con el nombre de *tabellio*, en la época clásica, en recuerdo del material sobre el que durante muchos siglos se recogió la escritura, redacta y autoriza el documento de temática jurídica, en materia negocial, procesal, administrativa o financiera, en la comunidad política romana⁴².

Situados ya en la época clásica, la praxis provincial de las provincias de Oriente, produce lo que AMELOTI⁴³ llama la confluencia de dos mundos: el

³⁹. Vid al respecto en AMELOTI, *Alle origini del notariato italiano*, cit., pp. 20 ss.; C.T. 6, 35, 7 (Valentiniano, a. 367): *Omnes, qui intra consistorii secreta veneranda notario sum funguntur officio...*

⁴⁰. Vid al respecto en, RODRIGUEZ ADRADOS, A., *Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial*, Revista de Derecho Notarial, XLI-XLII, 1963, pp. 71-183; Id. *Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho Internacional Privado*, Revista Derecho Notarial, 1977, pp. 109-308.

⁴¹. AMELOTI, *Alle origini...*, cit., pp. 20 ss.

⁴². Vid. con carácter general sobre el tabelionato, en AMELOTI, *Alle origini del Notariato italiano*, cit., pp. 5 ss., y la bibliografía allí citada.

⁴³. Opina en *Il documento nel diritto giustiniano*, cit., pp. 127 ss., en relación con la eficacia atribuida al documento, que explicar la antítesis en términos documento constitutivo –documento probatorio, parece demasiado rígido, si bien parece cierto que los provinciales de oriente dan al documento un valor por sí, al que los romanos contraponen la *veritas rei*; Vid., asimismo al respecto en ARCHI, *Studi sulla stipulatio I. La querella non numeratae pecuniae*, Milano 1938 y en *Scritti di diritto romano*, I, Milano 1981, pp. 521 ss.

mundo de Occidente del rito oral⁴⁴ y el documento probatorio⁴⁵ y el mundo de Oriente, de Egipto, de Grecia, caracterizado por la escritura constitutiva, el registro público y los documentos al portador⁴⁶. La confluencia indicada produce, en cierta medida, una legislación contradictoria, en materia de prioridad entre la escritura *ad substantiam* del mundo oriental y el principio de la *veritas rei* del occidente romano⁴⁷, y en materia de carga de la prueba, con oscilaciones entre constituciones que atribuyen en óptica orientalista, la carga de la prueba al que impugna el documento como falso⁴⁸, y otras disposiciones imperiales que establecen que el que presenta la escritura debe probar su autenticidad⁴⁹, sin que ello suponga, en ningún caso, la limitación de la libre valoración de la prueba por el juez⁵⁰.

Un punto de encuentro entre ambas concepciones viene dado por el especial valor probatorio del documento, *documentum*, término que en la etapa postclásica se generaliza en su uso, frente al más antiguo de *instrumentum* que caracteriza en mayor medida los siglos anteriores.

En opinión de VOCI, la reacción de Diocleciano no se dirige contra el documento en sí, ni contra su valor dispositivo, sino contra la falta de tradición

⁴⁴. Sobre la oralidad en la negociación vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, A., *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura*, Madrid 1996, y la bibliografía allí citada.

⁴⁵. El documento romano, en expresión de JÖRS-KUNKEL, "no tuvo carácter dispositivo, lo que quiere decir que no corporificaba el negocio jurídico mismo, sino que sólo atestiguaba un acto negocial externo a él, oral, formalista o libre de forma, era en una palabra, simple documento probatorio". *Romisches Privatrecht*, 2ª ed., Berlín 1935, trad. Española de Pietro Castro, Barcelona 1937, pp. 141 ss.

⁴⁶. AMELOTTI, *Negocio, documento y notario en la evolución del derecho romano*. cit. pp 135-145.

⁴⁷. Vid. al respecto en C.J. 4, 50, 6, 2. *Diocletianus et Maximianus* (a. 293): *res gesta potior, quam scriptura habetur. Si vero ab initio negotium uxoris gerens comparaste nomine ipsius empti actionem nec tibi quaesisti, dum tibi non vis, nec illi potes. Quare in dominio quaestione ille potior habetur, cui possessio a domino tradita est.*

C.J. 4, 21, 10 *Diocletianus et Maximianus* (a. 291): «*Quum instrumentis etiam non intervenientibus venditio facta rata mancat, consequenter amissis etiam, quae intercesserant, non tolli substantiam veritatis placuit*».

D. 8, 48, 2 *Diocletianus et Maximianus* (a. 291): «*In emancipationibus liberorum, nec non donationibus, non tam scriptura, quam veritas considerari solet*».

⁴⁸. C.T. 11, 39, 6 (Const. De Valentiniano y Valente del 369), conforme a la cual cuando se presenta una escritura, debe o bien acatarla o bien impugnarla por falsedad.

⁴⁹. C.T. 11.39.7.: (Const. de Valentiniano, Valente y Graciano, del 378), conforme a la cual quienes presenten escrituras sospechosas deben probar su autenticidad, so pena de ser considerados reos de delito.

⁵⁰. Como señala Cicerón en *De Republica* I, 38,59 «*Apud bonum iudicem argumenta plus quam testes volout*».

material de la cosa y contra la consideración del documento como prueba irrefutable⁵¹ pero con la consideración de que la genuidad o autenticidad del instrumento exhibido debe ser reforzada, *imponere fidem*, mediante otros elementos, como la *comparatio litterarum*, los testigos, la intervención del tabelio en la confección del documento, o la *insinuatio*. Es decir, que era esencial proceder a la verificación o autenticación del documento presentado a juicio, *imponere fidem*, por medio de alguna de las fórmulas establecidas⁵².

Consistía la *comparatio litterarum*, en la comparación entre los escritos presuntamente pertenecientes a la misma persona, a los efectos de determinar si la letra utilizada en los distintos documentos correspondía a la misma persona⁵³. La prueba testifical continua siendo considerada prioritaria⁵⁴. De los originarios sellos de los testigos en las *tabulae ceratae* se pasa en la época clásica a las subcripciones de éstas en papiros y pergaminos⁵⁵. Su número es reducido de cinco a tres por Zenón, si se presentasen en *instrumenta ad probationem* idónea⁵⁶. Asimismo el emperador Zenón considera la declaración juramentada del tabelio como un medio de *imponere fidem*⁵⁷. Ahora bien, permanecía expedita, en todo caso, la posibilidad de impugnar la falsedad del documento, como ha señalado ARCHI, por parte de la persona contra la que se había alegado el documento y verificado a través del *imponere fidem*⁵⁸.

En relación con la *insinuatio*, como ha escrito AMELOTTI⁵⁹, cabe indicar que consistiría en la lectura del documento o desarrollo oral del negocio ante la curia municipal, verificada la cual, el funcionario competente encargado de la curia levantaría un acta, de la que entregaría a las partes copia auténtica, que tendría la

⁵¹. VOICI, *Tradizione, donazione, vendita da Constantino a Giustiniano*, Iura, 38, 1987 pp. 289 ss.

⁵². Mientras que Diocleciano pone trabas a la práctica de la documentación, respecto a la tradicional prueba testifical, a efectos de valor probatorio en juicio, Constantino equipara a efectos de prueba testigos con escritura, conforme se dispone en C.J. 4, 25,15, con lo que se inicia el proceso de reforzamiento del valor probatorio del documento.

⁵³. Vid. sobre la institución en AMELOTTI, *Giustiniano e la comperatio litterarum*, Scritti, Giuridici, pp. 215 ss.

⁵⁴. VICENTI, «*Duo genera sunt testium*». *Contributo allo studio della proba testimoniale nel processo romano*. Padova 1989.

⁵⁵. Vid. con carácter general, PUGLIESE, *La prova nel processo romano classico*, Ius, 11, 1960, pp. 405 ss.; DE ROBERTIS, *Sulla «funcionalita» della proba per testimoni*, en Scritti varii di diritto, 1, Bari 1987, pp. 405 ss.; ZILLETI, *Sul valore probatorio*.

⁵⁶. C.J. 4,20,15,1 in fine.

⁵⁷. C.J. 4,21,6.

⁵⁸. ARCHI, *Civilliter vel criminaliter agere in tema de falso documentale* (Contributo storico-dogmatico al problema della efficacia della scrittura). Scritti III, pp. 1589-1668.

⁵⁹. AMELOTTI, *Il documento...*, cit. P. 130.

consideración de documento público⁶⁰. Por otra parte, mientras que en un primer momento sólo podían y debían ser objeto de *insinuatio* ante el Funcionario encargado del Registro Público determinados actos negociales como las donaciones que superaban una determinada cantidad, con posterioridad se establece y Justiniano confirma en la Novela 73,7,3, que puede ser objeto de *insinuatio* cualquier negocio⁶¹. La *insinuatio apud acta*, de los documentos en los Archivos Públicos⁶²,

⁶⁰. A los requisitos o condiciones exigidas para la insinuación se hace referencia, por ejemplo, en Nov., 73, 7, 3: «*si vera nihil aliud inveniatur pi aeter collationem instrumentorum, quod hactenus valuit fiat, ut qui proferit 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 circo eam egit aut machinatus est, quod posit forte veritatem abscondere. De quibus licebit sese liberare contrayentes, si consenserint utrique ad hoc venire ut insinuent instrumento et profiteantur ea sub gestis monumentorum ipsi contrayentes, quatenus priventur nequitia et corruptione et falsitatibus et quaquecumque alia mala corrigentes praesentem promulgamos legem*». pp. 53.

⁶¹. Cf., al respecto, C.J., 1, 57, 1: «*Iubemus apud Alexandrinae dumtaxat clarissimae civitatis iuridicum, limitum et concessum esse, singulis quibusunque volentibus donationes conscriptae solemniter instrumenta reseccare, eisdenque robur aduciet 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 conventii*»; C.J., VIII, 54,30: «*In hac sacratissima urbe conscriptae donationes ubicumque positarum rerum apud magistrum censos insinuentur. In alias vera 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 mauerit, publicare...*».

Los documentos depositados en los Registros públicos producían *fides publica*. En una constitución de Honorio y Teodosio II del 414 (C.J. 7, 52, 6), se afirma que tales instrumenta tienen *publica fides* y *perpetua firmitas*.

Al carácter voluntario, como norma general, de la *insinuatio donationis*, se hace referencia, asimismo 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 monumento sufficiant. Verum et illas donationis quas gestis non est necessarium alligari, si forti per tabellionem vel alium scribantur et sine testium subnotatione valere praecipimus: ita nomen si ipse donator vel alias voluntatem eius secundum solitam observationem subscripserit...*».

⁶². 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 monumento habere volumus perpetuam firmitatem. Neque enim morte cognitoris perire debet publica fides*». Cod. J. L., 56, 2: «*Magistratus confendorum actorum habeant potestatem*». C. J., 11, 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*

confería plena credibilidad a los documentos y les otorgaba la naturaleza de públicos⁶³. Por otra parte cualquiera que fuere el magistrado que procediese a la insinuación debía ser necesariamente auxiliado por un escribano y tres miembros de la curia, como se dispone en el C.T. 12, 1, 51: «*Municipalia gesta non aliter fieri volumus quam trium curialim praesentia, excepto magistrato et exceptore publico*». La ausencia de contención en estos supuestos y por tanto de proceso, en cuanto que, en principio, no existía una parte contraria que se opusiese a la *insinuatio*,

publico semperque hic numerus in eadem actorum testificatione servetur: Sic enim et fraudi non patebit occasio et veritati maior crescit auctoritas».

A propósito del fundamento de la creación de los Archivos Públicos, sus clases 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*, París 1883, 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*, t. 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 subsecuta, sancimus, ne usufructus exceptio protraditione posit intelligi. Qui enim post liberalitatem redonata perfrui concupiscit, hoc sibi suo voluerit modo, consignara videlicet possessione, deber praecipuum custodire e 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 provincias vera apud provinciarum rectores; Vel si praesto non fuerint apud magistratus municipales; vel si civitas ea vel oppidum in quo donatio celebratur, non habeat magistratus, apud defensorem plebis in qualibet civitate fuerit reperi-tus: curatores enim concidat vilitate: sed iam allegatas apud curatores donationes et gesta confecta calere necesse est...*».

⁶³. A la nota de autenticidad conferida al documento por la insinuación, se refieren numerosos textos, *cfr.*, C. J., 8. 54. 30: «... Et hae donationes, quo in diversis provinciis et civitatibus apud quemlibet expraedictis fuerint publicatae, optineant inconcusae ac perpetuam firmitatem»; C.J., 7. 52. 6: «*Gesta, quae sunt 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...*».

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

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

aproxima la *insinuatio* a la categoría de actos que Marciano denomina de *iurisdic-tio voluntaria*⁶⁴.

Frente a las vacilaciones e indiferentismo de las disposiciones dioclecia-neas sobre la oralidad y escritura, es Constantino el primer emperador en reco-nocer la conveniencia y dispone el carácter constitutivo *ad substantiam* de la es-critura en la legislación. Se trata de supuestos en los que se considera que el negocio no es perfecto hasta que la escritura no se perfecciona. Se produce lo que se ha denominado la corporeización del derecho, en atención a la incorpora-ción del derecho al documento. En palabras de TALAMANCA, mientras que en el documento probatorio, el negocio tiene existencia con independencia del docu-mento, en los supuestos de documento constitutivo o dispositivo, el negocio no tiene existencia con independencia del documento, por lo que sólo a partir de su confección se pueden ejercer los derechos derivados de su existencia⁶⁵.

Subraya A. D'ORS que en los supuestos en los que el Pretor prescindiendo de la solemnidad libral, consideró que el testamento eran las mismas *tabulae*, y ofrecía la *honorum possessio secundum tabulas* (sucesión testamentaria del or-den pretorio) a quien apareciera instituido en unas tablillas selladas con los se-llos íntegros de siete testigos, se puede hablar de un testamento pretorio, escrito, con siete testigos, frente al testamento civil, oral, de cinco testigos, y que en la historia del documento romano este testamento es el primer documento que apa-rece con un valor constitutivo, aunque sea tan sólo a efectos pretorios⁶⁶.

Se establece, en todo caso, en la regulación constantiniana la obligato-riedad de la forma escrita en las donaciones relevantes⁶⁷ y en la venta de in-muebles⁶⁸, disposiciones que serían atenuadas en sus requisitos, en constitu-

⁶⁴ En C.J. VII, 6, 1, 10, se afirma que la insinuación tiene lugar *quasi in iudicio figura*, lo que supone no un acto contradictorio, en el que existe demandante y demandado y, por tan-to, *vera iudicia figura*, pero sí un acto de carácter jurisdiccional, próximo a la figura del jui-cio, Vid. sobre esta cuestión, en ROGIER, *Etude sur les tabellions*, cit., pp. 63 ss. Vid. FER-NÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, 3ª ed. Madrid 1999.

La expresión *iurisdic-tio voluntaria* aparece recogida en un texto de Marciano contenido en D. 1, 16, 2, pr.

⁶⁵ TALAMANCA, *Documento e documentazione*, cit., pp.549 ss.

⁶⁶ D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, Pamplona 1997, p.273.

⁶⁷ Fr. Vat. 249. Del 329 mejor que del 316, según AMELOTTI, *Il documento...*, cit., p. 128. Las donaciones relevantes requerirían ser documentadas por escrito, la *traditio solemne advocata vicinitate*, y la *allegatio* en los *gesta municipalia*.

⁶⁸ Fr. Vat. 35. del 337 mejor que del 313, en opinión de AMELOTTI, *Il documento...* cit., pp. 129. la venta de inmuebles, o al menos la de fincas rústicas exigía la documentación escri-ta, la *inspectio censualis* y la solemne realización del negocio ante vecinos.

ciones posteriores, al concretarse, por ejemplo, el importe de la venta en 200, 300 ó 500 monedas de oro, *solidi*⁶⁹ así como en relación con las *donationes* entre cónyuges y entre padres e hijos⁷⁰, o los testamentos solemnes⁷¹.

Las disposiciones de Constantino, enmarcadas en la exigencia, propia de la época postclásica, de la certeza del derecho⁷² suponen, como ha observado AMELOTTI, el nacimiento del *instrumentum publicum*⁷³.

Junto al documento constitutivo, se produce en época postclásica una sustitución de las *tabulae ceratae* por papiros y pergaminos, así como una prevalencia absoluta de los *quirographa* griegos como forma documental. Por otra parte, la desaparición en esta etapa de la figura del jurista, del jurista cautelar republicano y del jurista clásico, junto con la ausencia de un cuerpo de expertos, en la redacción técnica de escrituras jurídicas, que no había logrado llenar la actividad de los *notarii*, en atención a su desconocimiento en general de las instituciones jurídicas, supuso el auge del documento –al que el jurista clásico había prestado escasa atención por la conexión con su prevalente significación de prueba en juicio– y de la clase profesional de los *tabelliones*, como expertos profesionales en

⁶⁹. C. J., VIII., 54. 36. 3: «*Ceteris etiam donationibus, quae gestis intervenientibus minime sunt insinuatæ, sine aliqua distinctione quingentos usque ad solidas valituris. Hoc etenim tantummodo ad augendas huius modo donationes addendum esse ex praesenti lege decernimus; ametræ tempore nostra lege praecedente moderando, quousque trecentos solidos facta donationes et sine insinuatione firmitatem optinere iussae sunt*».

⁷⁰. C. J., 5, 16. 25: «*Donationes quas parentes in liberos cuiuscunque 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 persilentium donatoris vel donatricis sancimus si usque ad quantitatem legitiman, vel eam excedentes actis fuerint intimatae*».

⁷¹. Vid., 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*».

⁷². Sobre el valor de la prueba instrumental o documental en relación con la tradición inmobiliaria y, en general, respecto a la transferencia de bienes en época de Diocleciano vid. SOZA RIED, *Valor de los documentos relativos a transferencias en tiempos de Diocleciano*, Anuario Facultad de Derecho La Coruña, 4, 2000, pp. 535 ss. Para esta autora, en la época postclásica, el documento en ocasiones da por realizada la transferencia, la entrega de la cosa, aunque no se haya realizado, ni se vaya a realizar en el futuro, lo que da lugar a una serie de rescriptos de Diocleciano, en los que se observa la reacción del derecho romano ante la introducción de estas prácticas, que han ido minando la seguridad de las adquisiciones de propiedad.

⁷³. AMELOTTI, *Il documento... cit.*, p. 128.

la técnica documental y en la materia jurídica que, a cambio de honorarios, ponían sus conocimientos al servicio de los particulares que se lo requerían⁷⁴.

La primera mención a los *tabelliones* la hace Ulpiano en un texto contenido en D. 48,19,94, en el que realiza una nítida separación entre profesiones jurídicas, al distinguir entre *iuris studiosi*, *advocatis*, *tabelliones* y *pragmatici*, si bien este último vocablo quizás sea una alteración del texto ulpiniano. Hace asimismo mención Ulpiano, de las funciones que como profesionales desarrollan los *tabelliones*: redactar documentos (*instrumenta formare*), escribir instancias (*libellos concipere*), sellar testimonios (*testationes consignare*) y otorgar testamentos, escribirlos o sellarlos (*testamenta ordinare, vel scribere, vel signare*). Asimismo señala el jurista los lugares públicos en los que el *tabellio*, al igual que sucede con sus antecesores griegos, ejercen su actividad: en el foro y en los archivos públicos. A veces incluso, en disposiciones posteriores, a los *tabelliones* se les denomina forenses⁷⁵.

En los documentos tabeliónicos se recogían las diversas manifestaciones de la actividad negocial, entre las que cabe señalar las compraventas, constitución de derechos reales y confección de testamentos con carácter prevalente, como nos atestiguan las fuentes y los documentos tabeliónicos conservados, básicamente en papiros de Rávena y los Bizantinos de los siglos VI y VII⁷⁶. Los tabeliones redactaban sus documentos en primera persona en relación con su intervención, conforme al estilo subjetivo de la *testatio* y procedían a la des-

⁷⁴. Sobre el tabelionato vid., con carácter general, en AMELOTTI-COSTAMAGNA, *Alle origine...cit.*, pp. 19-68 y la bibliografía allí citada.

⁷⁵. D. 48, 19, 9, 4-5 (ULPIANUS, libro decimo de officio proconsulis) 4: «*Nonnumquam non advocacionibus cui interdicitur, sed foro. Plus est autem foro quam advocacionibus interdiceret: si quidem huic omnino negonis 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*»; «*Solent et sic: Ne eo loci sedeant quo in publico instrumenta deponuntur, archivo forte vel grammatophylacio*». La tardía irrupción del tabelionato en Derecho Romano, es explicada por ANKUM, *Les tabellions romains....*, cit., pp. 12 ss.

Hay, por tanto, que esperar a finales de la época clásica, aunque en realidad debió de ser más antigua, para que el término aparezca utilizado por primera vez por Ulpiano en el año 215 d.C. La tardanza en aparecer, en todo caso, de esta profesión, en comparación con la relevancia de los profesionales que en Grecia cumplía la función pública, debe ponerse asimismo en relación con el carácter verbal de la primitiva negociación, que tenía en el testamento, la *mancipatio* y la *stipulatio* sus principales referencias.

⁷⁶. Vid. en AMELOTTI, *I documenti privati greci di Bari bizantina*, S. in onore de C. San Filippo, pp. 3-9; y AMELOTTI, *Reichsrecht, Volksrecht, Provinzialrecht, vecchi problema e nuovi documenti*, y MIGLIARDI, *Diritto romano e Diritti locali nei documenti del vicino oriente*, SDHI, 1999, pp. 211-231.

cripción del contenido del negocio en estilo objetivo, en correspondencia con la formulación propia del *quirographum*⁷⁷.

A lo largo de la época postclásica se produce un proceso evolutivo de ampliación de competencias y de reconocimiento social y jurídico de la profesión de tabelio, que encuentra su culminación en los textos legales de Justiniano y en la época bizantina, con el reconocimiento a los *tabelliones* de una elevada posición en el organigrama de la cancillería imperial, al situar a los *tabelliones* 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 como eficaces colaboradores de su actuación legislativa⁷⁸.

La relevancia social de la actividad del tabelio se manifiesta, entre otros aspectos, en el notable incremento en el cobro de aranceles por el ejercicio de su actividad, si se comparan las tarifas establecidas al respecto en el Edicto de Precios de Diocleciano, con las muy superiores fijadas en el Libro del Prefecto León el Sabio⁷⁹.

⁷⁷. Vid. por todos en TALAMANCA, *Documento...cit.*, pp. 548-561.

⁷⁸. Nov. 66, 1 pr: «...sancimus, si scripta fuerint huismodi lex, hanc post duos menses dati ei temporis valere et in republica tractori, sive in hac felicissima civitate, sive in provinciis, post insinuationem suficiente, hoc tempore omnibus manifestam eam constituere et tabellionibus eius cognoscentibus virtutem...».

⁷⁹. En relación con la evolución de la posición del tabelio, vid. en A. D'Ors, *Documentos y notarios en el derecho romano Postclásico*, en *Centenario de la Ley del Notariado I*, p.89. En opinión de este autor, quizá el punto final de ésta 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 52-161; cf. Asimismo, el conjunto de documentos tabeliónicos comentados por A. D'Ors, *Documentos y notarios en el Derecho romano postclásico*, cit. 95 y ss; así como la aportación de textos y el comentario de M. AMELOTTI en *Alle origini del Notariado* cit, p.22 especialmente el realizado a propósito de la intervención del notariado eclesiástico en la *manumissio in ecclesia*.

Entre los diversos aspectos que el Libro del Prefecto de León el Sabio regula respecto de la corporación notarial, cabe señalar los siguientes: el prefecto de Constantinopla era 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 provisión del cargo por un sistema en el que se tienen 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.

No dejan de ser, en ningún momento, los tabeliones, desde su aparición en época clásica, profesionales privados, si bien en el Imperio absoluto, fueron sometidos a un estricto control y subordinación al poder político, en consonancia con la burocratización de la época, que les aproxima a la consideración de funcionarios públicos en diversos aspectos, entre los que cabe señalar: a) el alejamiento de la consideración originaria del documento tabeliónico como documento privado, y b) el especial reforzamiento del valor probatorio en juicio del documento confeccionado por el tabelio.

En relación con ambos aspectos, conexos entre sí, cabe señalar que, al no ser considerados en ningún momento como funcionarios públicos, no se les atribuye en sentido estricto plena *fides publica* a los documentos confeccionados por los tabeliones, 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 gubernativas⁸⁰.

Se ha considerado que el texto de la Constitución del Emperador León del año 472, en el que por primera vez, que se conozca, se utiliza la expresión *ius publice confectum* para referirse al documento tabeliónico, supone asimismo la primera ocasión en que se produce una contraposición a efectos probatorios de los distintos tipos de documentos⁸¹. Se establece en este texto que en el supuesto de contraposición entre escrituras privadas y escrituras *publice confecta*, estas últimas serán preferentes, aunque sean de fecha posterior a las primeras. Ahora bien, la prioridad del documento tabeliónico no se mantiene

⁸⁰. 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. En relación con el documento público, vid, con carácter general en TALAMANCA, *Documento...* cit pp.548-552.

⁸¹. C.J. 8,17, 11, 1: "...si 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". En opinión de ARCHI la referencia a los *instrumenta publice confecta* en el texto de la Constitución de León constituye una modernización justiniana del Codex. Es éste el único texto en el que se emplea el término *notarius*, por influencia de la praxis oriental, con el significado clásico de *tabellio*: "...sive tota series earum manu contrahentium, vel notarii aut alterius cuiuslibet scripta fuerit ...".

respecto de los *instrumenta quasi publice confecta*, que son aquellos documentos privados suscritos por tres o más testigos de buena e íntegra reputación “*integra opiniones trium vel amplius virorum subscriptiones*”.

En sus orígenes, el documento tabeliónico se enmarca en su regulación y en sus efectos, más en la órbita del documento privado que en la del documento público, en una evolución lenta y llena de cautelas, sobre todo en relación con el *instrumentum quasi publice confectum* que no deja de producirse hasta la etapa final de la legislación justiniana. La propia denominación con la que la Constitución de León configura al documento tabeliónico como *instrumentum publice confectum* resalta su vertiente pública al aludir al desarrollo de la actividad del tabelio en sus locales de negocio, *stationes*, abiertos al público o en el foro⁸².

En el ejercicio de su labor profesional el tabelio redactaba documentos con arreglo a la técnica y a la dogmática jurídica del momento y asesoraba a las partes intervinientes, cuando así se lo requiriesen, en la conformación de la voluntad negocial⁸³. Como expertos en materia contractual y sucesoria, confeccionan testamentos, documentan ventas y derechos reales, pero también donaciones, divorcios, pactos matrimoniales, cauciones estipulatorias, préstamos, transacciones etc.

En la etapa postclásica son, sin embargo, varias las constituciones en las que no se distingue a efectos probatorios entre documento privado y documento tabeliónico, o simplemente se equiparan los testigos al tabelio a estos efectos. Así en una Constitución de Zenón se rebaja a tres el número de testigos en los *instrumenta quasi publice confecta* y en los *instrumenta publice confecta*, al tiempo que se dispone el número de cinco testigos para los documentos privados⁸⁴. En otra Constitución de Zenón se prevé la intervención del tabelio para atestiguar la verdad, no distinguiéndose a efectos probatorios entre testigo y tabelio⁸⁵.

⁸². Nov. 73, 7, 1: “*In his vero, quae conficiuntur publice documentis, si tabellio venerit...*”

⁸³. Se refiere AMELOTI, *Dell'epoca postclásica all'età giustiniana*, 1984 *Scritti giuridici*, 1996, pp.215 ss, 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 hace referencia a la forma en la que el negocio se proyecta al exterior, es decir, la escritura.

⁸⁴. C.J.4.20.15.1 (Zenón a.486): “*... opus autem est in probationem testibus quinque, si desint instrumenta ad probationem idonea; si vero adsint instrumenta, contenti sumus tribus testibus...*”.

⁸⁵. C.J.4.21,16,1: “*...si vero ex productione tabellionis aut testium...*”.

En la etapa final de la evolución sobre la fuerza probatoria de los documentos en juicio⁸⁶ de menor a mayor valor habría que referirse primero a los documentos privados que no daban fe más que cuando era reconocidos como verdaderos por la persona contra la cual se oponían o por el juez, en cuyo caso probaban lo mismo que un documento público. La prueba ante el juez de un documento privado no reconocido cabría hacerla o por la *comparatio litterarum*, o por juramento decisorio o por testigos. En segundo lugar se encontrarían los *instrumenta quasi publice confecta*, cuya fuerza probatoria derivaría de los tres testigos de buena e íntegra reputación que los habrían suscrito. En tercer lugar se encontraban los documentos tabeliónicos o *instrumenta publice confecta* que precisaban para producir plena *fides publica* o ser corroborados por la prueba testifical o la verificación de escrituras o la insinuación o depósito de tales documentos en los Archivos Públicos o el testimonio juramentado del tabelio que hubiera confeccionado el documento. Así en una Constitución de Justiniano se dispone que si en los *instrumenta publice confecta*, los tres testigos suscribientes no pueden venir o no se hicieron presentes, excepcionalmente bastará el testimonio juramentado del tabelio para probar la autenticidad del documento⁸⁷.

Finalmente, en la Novela 73, reguladora de la fuerza probatoria de los documentos en los procesos civiles, se establece en el capítulo VII que la credibilidad del documento notarial puede basarse en el testimonio juramentado del tabelio al que ha de añadirse el del escribiente, en su caso, del documento y el del contador, pero se añade “si no se tomó contador, y el mismo notario escribió por sí todo el instrumento y lo perfeccionó, o también si no está presente el que lo escribió, o por otra causa no puede él comparecer, atestigüe el notario bajo juramento su propia intervención, de suerte que no haya lugar al cotejo y sean así fidedignos los documentos...”⁸⁸.

Hay pues que esperar a la legislación justiniana para que el *tabellio* pase a ser considerado una especie de testigo privilegiado para acreditar la veracidad —*imponere fidem*— del documento, por lo que cabría señalar con RODRÍGUEZ ADRADOS, que si bien en estos casos no cabría hablar de fe pública objetiva, ligada al documento que prueba por sí, si cabría hacerlo de fe pública subjetiva, ligada a la propia intervención del *tabellio*⁸⁹.

⁸⁶. En relación con la eficacia probatoria del *instrumentum ARCHI*, *Civiliter vel criminaliter agere*, *In tema di falso documentale* Scritti III, pp.1855-1881; *La prova nel diritto del Basso Impero*, Scritti III, pp.1589-1668; A. D'ORS, *Documentos y notarios en el Derecho romano Postclásico*, cit. pp.110 y ss.

⁸⁷. C.J. 4.21.20, a.530.

⁸⁸. Nov, 73,7.1.

⁸⁹. RODRIGUEZ ADRADOS, A. *La persistencia histórica...* cit. pp.122 ss.

Una manifestación del superior valor probatorio del documento tabeliónico respecto de los *instrumenta quasi publice confecta* se contiene en la disposición justiniana conforme a la cual la garantía de la mujer respecto a otra persona exige para su validez que conste en un documento tabeliónico suscrito por tres testigos⁹⁰. La asimilación de los documentos tabeliónicos a los documentos públicos se lleva quizá a sus últimas consecuencias en una constitución de Justiniano 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*⁹¹.

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 tabelio, lo cual contrastaría con el autoritarismo imperial y, en todo caso, supondría la transformación de los tabeliones en funcionarios públicos.

Ciertamente, la atribución de pena *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 burocratización⁹².

El único documento que prueba por sí mismo su autenticidad es el documento público. Se trata de documentos que tienen una fuerza probatoria plena, por lo que eran inatacables en juicio⁹³ hasta la inscripción de falsedad, por lo que el documento era considerado "absoluto"⁹⁴.

Por otra parte, la reglamentación y organización de la actividad de los tabeliones se pone de manifiesto en las siguientes particularidades:

⁹⁰. C.J. 4, 29, 23, 2, a.530.

⁹¹. C.J. 4, 21, 20. a.530 "... *ex forenses vel publicis instrumentis* ...".

⁹². Vid en AMELOTTI, *Dell'epoca postclásica all'età giustiniana* 1984, en *Scritti giuridici* 1996 pp.215 ss; id. *Notariar und Urkundenwesen zur Zeit des Prinzipat* 1980, en *Scritti giuridici*, 1996, pp.137 ss; LUZZATTO, *Tabelliones*, NNDI, XVIII, 1971, 1971, pp.1014-1015; por el contrario, en opinión de ROTA, *Tabellionato*, NDI, XII, Torino, 1942, p.1242, la intervención del tabelión da autenticidad al acto.

⁹³. D.22,3,10 : "*causis et monumenta publice potiora testibus esse senatus censuit*".

⁹⁴. C.J.8, 53, 51: "...*superfluum est privatum testimonium, cura publica monumento sufficientiant*.." C.J. VI, 23, 19: "*Omnium testamentorum solemnitate superare videtur, quod insertum mera fide precibus inter tot nobilis probatas personas etiam conscientiam principis tentet. Sicut ergo securus erit, cui adtis: cuiscumque iudicis, aut municipium, aut auribus privatorum mentis suae postremum publicavit iudicium: ita nec de eius usquam successione tractabitur cui nobis mediis et toto iure (quod in nostris esi scriniis constitutum) teste succedir*".

- la penalización de los tabeliones que se exceden en el ejercicio de sus atribuciones, conforme se establece por ejemplo en una constitución del Emperador León en la que se dispone que “de ningún modo sean transferidos al dominio de cualquiera de los hombres del pueblo romano, *eunucos cives romani*, sancionándose con la más grave pena a quien se hubiera atrevido a perpetrar esto, y debiendo ser sometido a la misma pena, a saber, el notario que hubiere extendido las escrituras de semejante compra o de cualquier otra enajenación...”⁹⁵.
- La obligación de redactar los documentos conforme a las disposiciones legales, prohibiéndose documentar a sabiendas negocios ilícitos, así por ejemplo se castiga con la pena de destierro a los notarios que se hubieran atrevido a extender las escrituras de contratos referidos a la venta de bienes eclesiásticos, conforme a una Constitución de los Emperadores León y Antemio⁹⁶.
- La prohibición de que, en determinados supuestos, conforme se recoge en un texto de Ulpiano, intervenga el tabelio en ningún asunto forense o relacionado con los archivos públicos, ni proceda a confeccionar testamentos o sellarlos⁹⁷.
- La obligación de velar por el cumplimiento de los requisitos formales del acto o negocio en el que interviene el tabelio, así por ejemplo en una Constitución de Justiniano se establece que «el testador debe poner junto a su firma o en cualquier parte del testamento el nombre del heredero o de los herederos, a fin de que sea manifiesto que la herencia es transmitida conforme a su voluntad. Mas si de ningún modo hubiere podido hacer esto, acaso por la gravedad de la enfermedad o por no saber de letras, díganse por él, presentes los testigos del testamento, el nombre o los nombres del heredero o de los herederos, para que de todos modos lo sepan los testigos.... mandamos que en lo sucesivo los testamentos se otorguen con esta formalidad, debiendo saber así los notarios como los que procuran que se hagan los testamentos que, si se hubieren atrevido a obrar de otra manera, no se libran de la pena de falsedad, como si hubieran procedido con dolo en materia tan necesaria»⁹⁸.

⁹⁵. C. J. IV, 42,2, Emperador León a. 457.

⁹⁶. C. J. 1.2.14.3 Emperadores León y Antemio a. 470.

⁹⁷. D. 48.19.9.4-8 Ulpiano libro décimo *de officio proconsulis*.

⁹⁸. C. J. 6.22.29 Emperador Justiniano a. 531.

- La prohibición de documentar negocios con la finalidad de defraudar al fisco, como así se establece por ejemplo en una Constitución de los Emperadores León y Antemio en la que se dispone que «...si alguien se hubiera acogido al patrocinio ajeno en defraudación y perjuicio de la tributación pública, no tenga validez alguna lo que por virtud de ésta se hace so pretexto de donación o de venta o de arrendamiento, o de cualquier otro contrato, debiendo ser castigados con la confiscación de sus bienes, los notarios que se atrevieron a hacer tales instrumentos...»⁹⁹.
- La obligación de los notarios de insinuar aquellos documentos en los supuestos en que la ley así lo dispusiese, conminándoles con multas si no se atuvieron al cumplimiento de lo establecido. Así por ejemplo se afirma en una Constitución del Emperador Anastasio que las donaciones debe ser insinuadas conforme se establece en una Constitución de León, determinándose que los notarios que hubieren prestado su testimonio en un lugar o tribunal no competente sean castigados con una multa de veinte libras de oro y con otra gravísima pena¹⁰⁰. Parece, en definitiva, atribuírsele al tabelio, un cierto poder-deber de control sobre la negociación originaria.
- La prohibición a los decuriones de tomar el oficio de tabelio, conforme a una constitución de Constantino del año 316, lo que prueba la regulación de un oficio, respecto del que ya se establece incompatibilidades a principios del siglo IV¹⁰¹.

⁹⁹. C.J.11.53.1 pr Emperador León y Antemio, a 468. Sobre la responsabilidad del tabelio por su colaboración en los negocios prohibidos o contrarios a la Ley vid, en BONO, *Historia del Derecho Notarial Español*, Madrid 1976, pp. 19-56.

¹⁰⁰. C.J. 8, 54, 32 Emperador Anastasio a.496.

¹⁰¹. C.TH. 3 De Decurionibus, XII, 1, 3: *Universos decuriones volumus a tabellionum officiis 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 officiis voluit submovere, ad decurionatum tabelliones vocari non prohibet*"; y C. TH 9,19,1: *"Si quis decurio testamentum vel codicillos aut aliquam deficientis scriberit voluntatem vel conscribendis publicis privatisque instrumentis praebuerit officium, si falsi quaesto moveatur, decurionatos honore deposito questioni, si ita poposcerit causa, subdatur. Sed non statim desinit esse decurio, qui in huiusmodi facto fuerit deprehensus. Quantum enim ad minicipales pertinet necessitates, decurio permanet, quantum ad rem gestam et veritatem reserandam, uti decurionatus honore non poterit. Nec vero ist, qui ante fuerit cabelle, ad eludendam quaestionem. super his, quae ante conscripsit, factus decurio defendi hac poterit dignitate, quoniam scripturae veritas, si res poposcerit, per ipsum deber probari auctorem* » Vid sobre estatuto de los decuriones MUYENS, *Le statut obligatoire des decurions dans le droit de Constantin*, Lovaina 1964.

- La pérdida de la condición de tabelio, si éste no está presente en la redacción del documento y en la *completio*, conforme se establece en la Novela 44¹⁰².

La regulación contenida en la Novela 44 supone, por tanto, el punto de llegada en la evolución de la profesión de notario, cuya actividad se encuentra regulada desde su inicio, al exigirse la previa autorización del Estado, y controlada durante el periodo que se desarrolla el ejercicio de la función como tabelio. Todo ello hace que pueda afirmarse con AMELOTTI que ya desde la época postclásica no son ya los tabeliones profesionales privados *strictu sensu* sin que, sin embargo, lleguen a ser considerados funcionarios públicos en sentido técnico¹⁰³ y que mientras el documento tabeliónico resulta finalmente el más utilizado en Oriente, en Occidente prevalece el documento público, ligado a Rávena y a los últimos esplendores de la vida municipal¹⁰⁴.

¹⁰² Nov. 44, I, pr 1.

¹⁰³ Vid. al respecto en AMELOTTI, *Alle origini...* cit. pp.20 ss.

¹⁰⁴ AMELOTTI, *IL documento...* cit. p.128.