

Notas para unos Prolegómenos a la Historia del Notariado Español

(Tiempos anteriores a la Reconquista)

Por Honorio GARCIA*

La Historia del Notariado, si bien se considera, no es sino una parte de la Historia del modo cómo la sociedad ha llenado la función instrumentifactora, eso es, la de proporcionar a sus miembros, las personas, instrumentos probatorios de las relaciones de derecho que existen entre ellos.

Desde la hita clavada en la linde de terrenos cultivados por tribus diferentes y la caña o palo partidos en la dirección de su eje para juntar las dos partes en ciertas ocasiones y en ambas hacer incisiones probatorias de entregas de cantidades —tomando estos ejemplos como los más primitivos de instrumentos probatorios— hasta el documento auténtico y la inscripción registral inatacable, propia de algunos sistemas inmobiliarios, la justicia de la cual no es propósito de estas líneas discutir, hay una serie progresiva de etapas, una de las cuales es la de crear un órgano social dedicado específicamente al desempeño de esta función, el notario, definido por los viejos tratadistas del Arte de la Notaría como **Persona privilegiada ad negotia hominum publice et authentice conscribenda** (1).

Por eso la Historia del Notariado no puede estudiarse independientemente de la historia de la instrumentación y el conocimiento de la manera cómo se llenó esta función anteriormente a la aparición en la sociedad de esa **privilegiata persona** a que antes aludimos, es prolegómeno indispensable para cuanto se haga en orden a la investigación y conocimiento de aquella disciplina. Y si las obras, como aconseja la experiencia, han de comenzarse por su principio, necesario es que

* Notario Archivero de Vich, Barcelona.

(1) Vicente Gilbert da esta definición del notario en su "Theorica artis Notariae" (Barcelona, 1772; pág. 2), pero arranca ya de lejos porque Carreras Candi en "La Institucion notarial a Catalunya en el segle XIII" inserta fragmentos de un ms. del siglo XV que es de su propiedad, titulado "Ars Notariae", en el que ya se contiene esta definición. Vide en las Memorias del I Congreso de Historia de la Corona de Aragón, Vol. I, pág. 753, nota 5.

para la obra del estudio histórico del Notariado español se comience por el estudio de la instrumentación en la sociedad española en sus primeros tiempos, para que al tratar de estudiar el nacimiento y progreso de la Institución notarial se conozca el clima social en que se produjo y lo que el mismo representa en el desarrollo de la función para cuyo ejercicio nació; de no hacerlo así nunca se comprenderá en toda su extensión, ni el hecho social de la aparición del notario, ni los primeros pasos de la Institución en su vida social, ni muchas de las características que tuvo en los primeros siglos de su vida, ni tampoco los esfuerzos que costó el moldearla y configurarla de forma más apta para el perfecto ejercicio de su función.

Quizá el no haber distinguido entre la función y el órgano cualificado que la desempeña haya sido la causa de la desorientación que se advierte en los autores que tratan de cuestiones históriconotariales y en cierta manera de la confusión en que incurren al no distinguir entre las funciones notariales y las que, sin serlo, se atribuyen al mismo órgano en determinada época, o al considerar como notarios a quienes en determinadas circunstancias históricas reciben este nombre sin desempeñar funciones notariales; confusión que desaparece si se tiene en cuenta la manera cómo la sociedad llenó la función instrumentadora —claro que de una forma menos perfecta, rudimentaria si se quiere—, aun antes de que existiera la **persona privilegiata** de que hablan los tratadistas clásicos.

En estos tiempos en que notarios beneméritos de la otra parte del Atlántico, de las naciones americanas que recibieron de España su cultura, su civilización, vuelven los ojos al viejo arsenal de las tradiciones patrias en busca de materiales con que saciar sus afanes de superación científica y profesional, nosotros, notarios que continuamos en el solar de la patria, no es justo que nos mostremos ajenos a sus inquietudes y dejemos de colaborar en aquellas ansias de perfeccionamiento; antes al contrario, es deber de honor y cortesía para con nuestros colegas americanos el contribuir a la obra de la configuración del Notariado latino, de rancias virtudes profesionales, para cuya obra es necesario el estudio, no sólo de la perfectibilidad de la institución, sino también de su pasado que nos ha de dar las características que deben adornarlo.

Como en orden a lo expuesto todo está por hacer, porque afortunadamente hasta hace poco hemos sufrido una saturación de romanismo en toda nuestra actividad científica y cuanto se ha hecho sobre la materia ha sido ir repitiendo, sistematizándolo si se quiere, lo ya dicho por antiguos autores, completándolo con alguna noticia suelta, sin sistema ni conexión con el tema principal, considero no será del todo mal recibido este ensayo sobre unos prolegómenos a la Historia del Notariado, no por lo que diga en sí, sino porque tal vez ponga a la vista lo mucho que hay que hacer y las posibilidades de estudio, sugiriendo tal vez en quien lo lea la idea y el deseo de espigar en este campo donde la mies es abundante y con posibilidades de rendimiento científico.

Si Eduardo Durando, al emprender el estudio del Notariado en la

época medieval, desesperaba de llevarlo a término porque se vio abandonado a sus propias fuerzas (2) y esto que tenía a su disposición los **Monumenta Ravenati**, el Cartulario Longobardo, el Edicto de Teodorico y las leyes de los pueblos bárbaros que ocuparon Italia, puede considerar el lector cuán cortas serán mis esperanzas de hacer ahora un estudio completo y definitivo, no contando con otras fuentes que el **Liber Iuditorium**, las Fórmulas Visigóticas, algún cartulario y documentos publicados en obras de carácter histórico, sin sistema ni orden adecuado al estudio del documento en sí, sino como medios de comprobación de las afirmaciones del autor, esto es, considerando el documento como medio y no como objeto de estudio. En cuanto a bibliografía bien podría repetir con el citado Durando que "no encontré libro que tratase competentemente sobre el asunto aunque fuera incidentalmente".

Pero como por algo se ha de empezar, pongo manos a mi cometido, con más atrevimiento que competencia, y si mis razones son discutidas —dudo que lo merezcan— y rectificadas, hasta llegar a conclusiones definitivas, no habrá sido del todo perdido el trabajo puesto en hilvanar estos escarceos sobre tema que encuentro muy sugestivo.

I

De los tiempos prerromanos y de los de romanización nada puede decirse por ahora. Los primitivos pobladores de España sólo nos son conocidos a través de los autores clásicos y de los pocos restos que han quedado de su civilización, entre los cuales no existen documentos y aunque los tuviéramos serían inaprovechables porque nos es desconocido su lenguaje.

Para dar estabilidad a sus relaciones de Derecho tal vez se valieran de las asambleas populares; quizá lo hicieran dando un convite a los que presenciaban el contrato para que por la asociación de ideas —el contrato y el ágape— se acordaran del primero al recordar el segundo (alboroque); quizá de la festuca u otro signo materia; acaso de golpear a los mozalbetes al celebrar el contrato, para que éstos, cuando fuesen hombres, recordasen el contrato al acordarse de los malos tratos recibidos por su causa, como no ha mucho tiempo se hacía aún en algunos pueblos. Pero todo esto no son sino suposiciones completamente gratuitas, ya que no puede decirse que sea fundamento para atribuir estos medios de prueba y de remembranza el que sucediera así en los tiempos de la alta Edad Media. Sin embargo, conviene notar que cualquiera de estos procedimientos primitivos que usaran, si los usaron, se funda siempre en el testimonio oral de otros hombres, en el dicho de testigos.

Tampoco ha quedado diploma alguno de tiempos de la domina-

(2) Eduardo Durando: "Il Tabellionato o Notariato nelle leggi romane, nelle leggi medioevali italiane e nelle leggi posteriori". Torino. Fratelli Bocca, editori, 1897. Prefación

ción romana. Los monumentos jurídicos que nos han llegado son de carácter epigráfico y no transcriben documentos probatorios de actos o contratos, sino que son meramente conmemorativos. Tan sólo el llamado bronce de Bonanza nos transmite una **mancipatio fiduciae causa**, bien real, bien en fórmula, que sobre ello aún no se han puesto de acuerdo los autores y no falta quien la supone traída a la Bética desde Roma; pero una sola fórmula no es suficiente para deducir de ella todo un sistema de instrumentación.

Si no existen fuentes referentes a España, la instrumentación en los tiempos del Imperio Romano ha sido estudiada y hoy es generalmente conocida, quizá mejor aún que la de tiempos más próximos a nosotros, porque precisamente del Derecho Romano tomó su fundamento toda la doctrina de los tratadistas clásicos de la **Ars Notariae** que han sido los configuradores de la institución.

Sería repetir y hacerlo desafortunadamente, lo tantas veces dicho, detenerse ahora a exponer la evolución de las formas romanas de contratación y el desarrollo de las formas de los instrumentos, porque sobre ello la literatura referente a la sociedad romana es abundante y parece haberse llegado ya a conclusiones definitivas (3). Sin embargo, es conveniente detenerse a considerar si aquella forma de la instrumentación se extendió a España, si es cierto lo que tantas veces hemos leído en reseñas históricas del Notariado español de que el precedente del notario, en nuestra patria, es el **tabellio** romano.

Conviene anticipar y asentar como precedente previo para el examen de esta cuestión que la supuesta romanización de la Península está hoy en crisis; va ganando terreno cada vez más la creencia —que parece más cierta— de que la romanización fue más aparente que real: “la vida interna de España fue por lo tanto durante el dominio de Roma —dice Giménez Soler (4)— una continuación de la vida de los tiempos ibéricos”. No será pues temeridad científica suponer que el pueblo español siguió durante la dominación romana con sus mismas costumbres y sus mismas prácticas en las relaciones de Derecho, al igual que antes, y que la vida refinada, culta, de los conquistadores no lograría ir más allá de los muros de las grandes ciudades, ni sería vivida sino por los **optimates** que adoptaron maneras y modo de vivir a la romana.

En lo que a nuestro propósito se refiere basta tener en consideración tres conclusiones sentadas por Durando en su magnífico estudio sobre la Historia del Notariado en Italia para deducir consecuencias con referencia a lo que ocurriera aquí en España. Son estas conclusiones:

1ª Que en ninguna ley anterior a Constantino (siglo IV) se menciona a los **tabelliones** ni se regulan sus obras, de lo que deduce el citado autor que antes de este tiempo, para la redacción de los instru-

(3) Vid. Durando, op cit., 1ª parte.

(4) “La Edad Media en la Corona de Aragón”. Editorial Labor. Barcelona, pág. 16.

mentos se recurría a ciertos ciudadanos, aunque la ley no imponía la necesidad de valerse de ellos (5).

2^a Que en tiempos de Justiniano los tabeliones sólo existían en Constantinopla, Roma y otras ciudades capitales de vastas provincias (6).

3^a Que fue Justiniano el primero que dio normas claras y concretas sobre el modo de extender los documentos (7).

Relacionando la primera de dichas afirmaciones con la segunda, hemos de convenir que en España no llegaron a actuar los tabeliones. Si un siglo antes de la invasión de los bárbaros en nuestra patria, comienzan estos funcionarios a ser citados por las leyes y en el siglo VI que reinaba Justiniano en Oriente aún no se habían difundido por todos los ámbitos del Imperio, sino que sólo existían en las grandes ciudades, cómo se ha de admitir que en España, situada en la periferia del mundo romano, llegasen a estar difundidos los tabeliones ya a principios del siglo V, cuando en el VI aún sólo estaban generalizados en las grandes ciudades y solamente en ellas? De haber existido y actuado los tabeliones en España únicamente sería en contadas ciudades, las más populosas, pero nunca en todo el territorio sometido a la dicción del Imperio.

Y si fue Justiniano el primero que dio normas claras y concretas sobre el modo de extender los documentos, estas normas no llegaron a observarse en España, desarrollándose aquí la actividad instrumentifactora de una manera espontánea, sin sujeción a otras normas que las exclusivamente consuetudinarias, nacidas de la práctica de quienes redactasen los instrumentos; ni las normas del **Corpus Iuris** referentes a la forma y efectos de los instrumentos, ni la constitución de León el Filósofo de la que tanto se ocupan los tratadistas españoles, nunca tuvieron vigor en España de una manera directa, aunque indirectamente influyesen y muy intensamente en tiempos de la recepción medieval del Derecho Romano en la configuración del Notariado español, a través de los juristas y tratadistas de la **Ars Notariae** de la Escuela de Bolonia, ya en el siglo XIII, de modo que fue ya tardía la observación de estos preceptos en España. Si los textos romanos influyen en la instrumentifacción en España es ya después de aparecer el notario en la sociedad medieval, tomando esta creación de los tiempos medios para moldearla y configurarla conforme a las teorías que los juristas iban construyendo conforme dichos textos. Y aquella figura híbrida entre el **tabellio** romano, tal como lo entendían los glosadores, y el notario medieval, mejor dicho, de la alta Edad Media, es la que se desarrolla en el bajo medievo y durante la Edad Moderna, hasta la organización del Notariado conforme a los principios que hoy animan la institución.

Por eso, porque los tratadistas, hijos del Renacimiento, se inspiraron en el Derecho Romano, procuraron dar al notario un entronque

(5) Op. cit., 1^a parte, párr. 11.

(6) Ibidem, 1^a parte, párr. 17.

(7) Ibidem, 1^a parte, párr. 18.

clásico, —más con el laudable propósito de ennoblecer la profesión y la función notarial limpiándola de toda contaminación con lo bárbaro que procurando estudiar su verdadero desarrollo histórico—, es por lo que hasta recientemente se ha seguido arrastrando el lastre romanístico y, estudiando la historia de la institución, se da el enorme salto del tabelionato romano a Rolandino y sus precursores en Italia, prescindiendo, por lo que a España se refiere, de los cinco siglos que representan la dominación visigoda y los hoy en exploración tiempos de la alta Edad Media. Con lo cual queda sin explicación histórica el carácter de oficios enajenados, el por qué de la unión entre la fe pública judicial y la extrajudicial y otros caracteres que durante siglos tuvo el Notariado, sin decirnos cómo se adjudicaron al *tabellio* romano que, según se afirma, le ha dado origen.

Pero si no se organizó en España el tabelionato es indudable que en los tiempos de la dominación romana existían personas que se dedicaban a reducir a escrito las convenciones de las partes, aunque fuera extraoficialmente como diríamos hoy. Así parece indicarlo la semejanza que se observa, no obstante la profunda diferencia, entre la forma del instrumento romano y la del español de tiempos posteriores, los visigóticos, a juzgar por las Fórmulas Visigóticas a las que más adelante se ha de dedicar la atención. La forma quirografaria del instrumento que es la que predomina en Roma desde el siglo III (8) es la que predomina en los instrumentos españoles de los tiempos posteriores, la distribución semejante de materias, la cláusula penal que según Durando contenían los instrumentos romanos (9), la invocación a la ley Aquilia para dar fuerza a los instrumentos, que se hace en las fórmulas visigóticas y tantas y tantas analogías como se observan entre los instrumentos romanos y los que nos transmiten las fórmulas citadas, demuestran que los visigodos siguieron en la forma de redactar los instrumentos una tradición romanizante, aunque la redacción sea más simple y menos complicada que la romana.

II

Será petulancia imperdonable detenerse a consignar los pormenores de la cesación del dominio romano en España, de las invasiones de los bárbaros y del arraigo que tomaron los visigodos, como también el exponer cómo los hispano-romanos, más cultos que los bárbaros, al fin les asimilaron a su cultura, a su lengua, a su religión y en cierta manera hasta a su Derecho, porque demostradas están las influencias romanas en el *Liber Iuditorum*. Lo que si conviene tener presente y por ello se menciona aquí, son las interferencias que se debieron producir entre el Derecho de los conquistadores, el científico de los hispanos romanos y el popular que se practicaba porque este último, menos

(8) Vide Beneyto y Pérez: "Fuentes del Derecho Histórico Español". Barcelona, 1931; pág. 84.

(9) Op. cit., pág. 83, nota 1.

cohibido que lo estaba en los tiempos del Imperio, comenzó a romper débiles trabas con que quedó sujeto y a desarrollarse con las influencias que debió sufrir durante cinco siglos de romanismo. Igualmente se ha de tener en cuenta que el Derecho que conocemos de aquellos tiempos es el de los eruditos, el de las personas cultas, más atento a teorías científicas que a prácticas populares y que nos es completamente desconocida la manera cómo el pueblo desarrollaba su actividad jurídica, como asimismo hasta qué punto era observado lo dispuesto en las leyes del **Liber Iuditorum**.

En lo atañente a nuestro propósito tenemos dos cuentas para el conocimiento de los instrumentos en aquellos tiempos, las disposiciones referentes a ellos que contiene el **Liber Iuditorum** y las Fórmulas Visigóticas; aquéllas, de tiempos diversos, nos dan a conocer cómo quería el legislador que fuesen los instrumentos; éstas nos dicen cómo eran en la realidad. No obstante, ni por unas ni por otras venimos en conocimiento del uso y aplicación, que fuera de los casos de contacto de la actividad de los particulares con la del Estado, hacía de unas y otras el pueblo; ni distinguimos lo que en realidad hacían y decían los otorgantes de los instrumentos, de lo que les hacía decir y hacer, conforme a las reglas del Arte, el que los redactaba.

1

Disposiciones del Liber Iuditorum respecto a los instrumentos.

Si admitimos con el común sentir de los historiadores del Derecho que los germanos no utilizaban la escritura en los contratos, hemos de reconocer que las disposiciones del **Liber Iuditorum** referentes a los instrumentos han de ser de recepción romanística adaptación legal de usos practicados por el pueblo hispano-romano o de usos recibidos por los mismos visigodos en el contacto que tuvieron con la civilización romana. Ya de antiguo, si hemos de creer la calificación de **Antiqua** que lleva la ley PACTA DEL PLACITA (3, tit. V, lib. II) (10), tenían admitida los visigodos la forma instrumental para los contratos, porque esta ley ordena que los pactos y convenciones (11) que consten en la escritura hecha justa y legítimamente, de modo que en ella conste el día y el año, no pueden ser infringidos; y la también **Antiqua MARITUS SI UXORI** (7, tit. II, lib. V) exige para que las donaciones entre marido y mujer sean válidas que consten en escritura suscrita o signada por el donador y por dos o tres testigos ingenuos. De modo que ya en tiempos de la Monarquía de Tolosa los visigodos habían adoptado el sistema de la carta para las pruebas de los contratos; escuetamente con el día y el año para los contratos en general, añadiendo la suscripción o signo del **conditor** y de dos o tres testigos ingenuos

(10) Las citas del "Liber Iuditorum" se hacen según la edición de la Real Academia Española. Madrid, 1815.

(11) "Pacta vel placita", que la traducción romanceada traduce por "Los pleytos e las abenencias".

para las donaciones entre marido y mujer, si hemos de atenernos a las palabras de la ley.

Sin embargo, a juzgar por las fórmulas visigóticas, como más abajo hemos de ver, antes de que Chindasvinto exigiese los signos o suscripciones de otorgantes y testigos en todos los documentos, ya se usa de esta formalidad, de lo que puede decirse que la intervención de testigos era general en todos los instrumentos y que cuando Chindasvinto los exigió en la ley que veremos inmediatamente no hizo sino dar estado legal a una costumbre ya practicada y a una solemnidad exigida por el comercio jurídico. El mismo Chindasvinto en su ley QUOTIENS ALIUD (3, tit. IV, lib. II) parece indicar que aun antes de que él exigiese la intervención de los testigos de una manera expresa y categórica, como veremos inmediatamente, ya era exigida esta intervención, porque hace referencia a "los dos testigos idóneos que exigía la primitiva ley" (12), explicando que la idoneidad consiste en que sean indudablemente ingenuos, de lo que parece venir en conocimiento que al trasladar la ley PACTA VEL PLACITA al *Liber Iuditorum* desde los *Statuta Legum*, sufrió una mutilación que la deja incompleta y que la práctica que se siguió era adecuada a las leyes euricianas.

De todas formas, sea que las citadas leyes de Eurico tal como las trasmite el *Liber Iuditorum* no reflejan todas las solemnidades que en su tiempo observaran los instrumentos, sea que andando el tiempo se introdujesen otras solemnidades además de las expresadas, en la forma que de las mismas nos da el citado Código, es lo cierto que los monarcas toledanos desarrollaron el principio ya admitido por Eurico y regularon en sus constituciones las formas que debían revestir los instrumentos.

Chindasvinto, en la ley SCRIPTURAE, QUAE DIEM (1, título C, lib. II) no se da por satisfecho con la escueta solemnidad de que conste en las escrituras el día y el año, sino que exige algo más, que sean escritas según el orden de la ley y firmadas o signadas por el conditor o testigos, añadiendo que si aquél no sabe firmar valen también las que firman éstos a sus ruegos, con lo que viene a reconocer una práctica seguida ya anteriormente, según se desprende de las fórmulas visigóticas. Egica desenvuelve este precepto y ordena en la ley QUARUMLIBET SCRIPTURARUM (2, tit. V, lib. II) que los testigos antes de firmar lean u oigan leer el documento, privando de valor a las escrituras en que así no sea observado.

Esta exigencia de los testigos la recoge también Recesvinto al regular las formas de los testamentos. Exige la intervención de testigos, aunque no la escritura, pero caso de mediar esta exige que sea firmado por el testador y los testigos o por los testigos, con otro que con ellos signe o firme por el testador en caso de que éste no lo haga (13).

(12) "In duobus autem idoneis testibus, quos prisca legum recipiendos sanxit auctoritas..."

(13) Nótese como distingue la ley entre la suscripción y el signo, refiriéndose a este sólo en caso de que se carezca de letras. Parece desprenderse que los que supieran escribir habían de suscribir el instrumento y los que no supiesen, estampar el

En todas estas disposiciones siempre en contratos como coautorizantes al **conditor** y a los testigos, o a éstos exclusivamente, aunque en mayor número, caso de que el conditor no sepa o no pueda firmar: nunca se encuentra la **privilegiata persona** de que hablábamos al principio. De los textos legales, pues, no se deduce la existencia de persona alguna con privilegio para la redacción ni para la autorización de los instrumentos; cualquiera, con tal de que fuese ingenuo, podía juntamente con otro, en caso de que el **conditor** firmase, o con otros dos de su misma condición en caso de que aquél no supiera o no pudiera firmar, podía autorizar el instrumento.

Algún autor ha deducido del hecho de que la ley **QUORUMDAM INCLITAE** (9, tit. II, lib. VII) nombre a los notarios y más concretamente a los notarios públicos, que entre los visigodos existía ya el Notariado. Si examinamos detenidamente dicha ley en su forma latina, prescindiendo de la forma romanceada que se hizo en el siglo XIII, veremos que esta deducción obedece a haber tenido en cuenta solamente las palabras notario público, pero no la idea que hoy encierra (14). Contiene dicha ley cuatro partes: la primera es una consideración filosófica sobre la necesidad de la ley para corregir a los que obran ilícitamente; la segunda contiene una relación de corruptelas observadas por el legislador y de los males que de ellas se derivan; la tercera contiene una prohibición encaminada a corregir estas corruptelas, y la cuarta impone una sanción a los contraventores de esta prohibición. A nuestro propósito interesa la segunda parte en cuanto explica la prohibición y contiene la prohibición misma. Según ella, el rey llegó a saber que muchos (**plerosque cognovimus**) escribían mandatos regios, los dictaban y exhibían escrituras —donde los dichos mandatos constaban— a los notarios para que adquiriese valor y, al hacerlo, añadían capítulos que no habían sido ordenados por el Rey, con lo cual se seguían molestias, daños, expolios y fatigas a los pueblos. Parece deducirse de este párrafo que el rey daba órdenes y mandatos, bien de palabra, bien por escrito, y que en este último caso los entregaba a los mismos interesados o a personas encargadas por ellos para que los presentasen a la Cancillería Real a recibir la sanción, esto es, para que los presentasen a los notarios que eran los regentes de dicha oficina y que quienes tal hacían, al presentar los mandatos regios y al dictarlos, cuando eran de palabra, para que los notarios los redujesen a escrito, añadían capítulos que no habían sido dictados por el rey y de este modo, subrepticamente, obtenían provisiones que les favorecían sin haber sido dictadas por el monarca.

Hemos dicho que el Oficio de la Cancillería era desempeñado por los notarios y para ello nos fundamos en la misma ley. Porque al dar valor (**roborandas**) a los mandatos reales no es propio de los que hoy

signo que debió ser la señal que los letrados elegían en lugar del nombre escrito que era la forma de suscribir.

(14) Todavía en la Alta Edad Media se llamaba notario al **scriptor** que extendía los documentos de las personas constituidas en dignidad o autoridad, como reyes, príncipes, prelados, abades, magnates...:

llamamos notarios, sino de quienes en nuestro tiempo llamaríamos cancilleres o secretarios, que eran quienes entonces recibían el nombre de notarios. Se confirma esta opinión por el hecho de que en tiempos más avanzados aún se usa la denominación de notarios aplicándola al que escribía preceptos y provisiones de personas constituidas en autoridad, reyes, condes, señores, preladados, abades, nunca a los que reducían a escrito las convenciones de los particulares.

En vista de los inconvenientes que se siguen de la corruptela recogida por la ley, se prohíbe que ninguno de los notarios de cualquiera (*mullus ex notariis quorumlibet*), esto es, ninguno de los cancilleres de otros señores, ni hombre de cualquier género u origen, fuera de los notarios públicos o de la propia excelsa majestad, ni esclavos, ni aquellos que los dichos notarios instituyen al efecto, ninguna de estas personas entregue escrito alguno al notario para darle fuerza, sino que esto sólo pueden hacerlo los notarios públicos y propios del rey. Indudablemente la ley establece una distinción entre los notarios, los públicos y los propios del rey, pero de aquí no se sigue la necesidad de que la autorización para escribir los preceptos reales se conceda a los mismos encargados de reducir a escrito las convenciones de los particulares —que son los denominados más tarde notarios públicos— a la vez que a los secretarios reales que sean los llamados notarios propios del rey; a lo sumo autoriza pensar que cerca del rey, en su Cancillería, ejercían sus funciones dos clases de notarios, unos y otros con la misión de escribir los preceptos reales, función que no es precisamente la notarial tal como hoy la entendemos. La acepción que damos hoy a lo notarial no aparece por ninguna parte en esta ley.

Diga lo que diga el texto romanceado de la citada ley, esto y nada más que esto es lo que se deduce de la letra del texto latino y a él nos hemos de atener, porque el otro, el romanceado, está redactado en el siglo XIII, cuando el procedimiento de instrumentación había sufrido ya la evolución que le dieron el feudalismo y la recepción romanística. El fijarse solamente en el texto romanceado ha hecho creer que los notarios estaban ya en funciones en los tiempos de Eurico y, ciertamente no sin fundamento, porque según el texto docentista se concede facultad para redactar los preceptos reales al "escribano comunal de pueblos", al "escribano del pueblo", y teniendo por tales a los "escribanos públicos", que según las Partidas (lib. 1, tit. XIX, Partida tercera) son "los que escriben las cartas... coincide este concepto de las Partidas con el que hoy se tiene del notario. Pero bien se ve a las claras que referir esta conclusión al tiempo de los godos no es legítimo, ni la permite el texto latino de la tan cuestionada ley.

La ley 1ª, tit. V, lib. II del *Liber Iuditorum* ordena que las escrituras en que conste expresamente el día y el año, sean hechas según el orden de la Ley y se hallen autorizadas con los signos o suscripciones de los otorgantes y testigos —obsérvese que para nada se menciona un fedatario— *habeant stabilem firmitatem*. Ahora bien: cuál es esta *firmitas*? En primer lugar se nota que según la ley 21, tit. I del libro II del citado *Liber Iuditorum* en relación con la 3ª, tit. IV, lib.

II del mismo, el instrumento hecho con los requisitos exigidos por la ley primeramente citada no llevan inherente su autenticidad, antes al contrario necesitan ser reconocidos como auténticos ante el Juez, bien de una manera expresa si los otorgantes o testigos fueren muertos (L. 14, tit. V, lib. II), bien tácitamente no impugnándolo en el juicio si los otorgantes y testigos son vivos (L. 5ª, tit. citado); por otra parte, en las donaciones de cosas cuya entrega manual no se hace por estar lejos la cosa donada, la entrega de la carta equivale a la tradición (L. 6, tit. II, lib. V) y en la venta su reducción a escrito implica la perfección del contrato, lo que no sucede con la venta verbal que para ser perfecta necesita el pago del precio ante testigos (L. 3ª, tit. IV, lib. V); finalmente, el préstamo hecho por escrito debe valer aunque no contenga pena para el infractor del contrato, debiendo ser pagada la dicha pena, cuando se pacta, por aquel de los contratantes que se niegue a cumplir el contrato, sin que por ello quede libre de las obligaciones principales que hubiere contraído (L. 5ª, tit. V, lib. II). Dedúcese de todo ello: que el instrumento aun confeccionado con todos los requisitos exigidos.

a) No lleva inherente su autenticidad puesto que no se presume verdadero salvo prueba en contrario, sino que aquel de los litigantes que sostenga su autenticidad ha de probarla. Las leyes citadas señalan el procedimiento y los medios para la demostración de esta autenticidad.

b) Una vez demostrada dicha autenticidad, el documento produce entre las partes la obligación de cumplir lo prometido según el mismo sin que se puedan contravenir sus disposiciones porque quien así lo hiciera habrá de cumplir las obligaciones contraídas y además la pena señalada en el mismo para caso de incumplimiento.

c) En las donaciones el instrumento adquiere una mayor sustantividad, puesto que representa la carta a la misma cosa donada; en cierta manera tiene los caracteres que Brunner asigna a la *charta germanica* cuya entrega produce los mismos efectos que la tradición (15).

d) En los demás contratos el instrumento no es constitutivo de la obligación, sino probatorio de la misma; no se confecciona *ad solemnitatem* (sino *ad probationem*), puesto que según la Ley 21, tit. I, libro II, son admitidos como medios de prueba en general, juntamente con el juramento y los testigos.

e) En la compraventa el instrumento tiene un carácter *sui generis*, viene a suplir la falta del pago del precio que es necesario para la perfección del contrato.

Esta es la instrumentación tal como nos la ofrece el *Liber Iudiciorum*. Pero además del texto legal tenemos la colección de Fórmulas que por su importancia en el aspecto notarial y por ser, al menos que yo sepa, materia no estudiada aún bajo este aspecto, bien merece que les dediquemos nuestra atención.

(15) Vide Núñez Lagos: "Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial". Madrid, 1945; pág. 41.

Las Fórmulas visigóticas

De la manera cómo las disposiciones del *Liber Iuditorum* tomaron realidad en la vida práctica y mejor aún, de la manera cómo esta práctica influyó en la legislación, desde las leyes antiguas hasta las chindasvindianas y egicanas, nos puede dar alguna idea, a falta de diplomas reales (y con este calificativo no queremos designar los dados por los reyes sino los que son verdaderos y no fingidos) la colección conocida por los autores con el nombre de "Fórmulas visigóticas" hallada por Ambrosio de Morales en la Catedral de Oviedo, única fuente de aplicación del Derecho que nos ha quedado de aquellos tiempos.

Antes de entrar en el estudio de la colección y sin pretender dogmatizar sobre la cuestión, creo conveniente exponer mi opinión —de escasa solvencia científica desde luego, pero opinión al fin y al cabo como cualquier otra—, acerca de la naturaleza de estas fórmulas cuyos fragmentos nos han llegado. Prescindiendo de los que niegan su autenticidad, que parece estar suficientemente demostrada, dos son las opiniones que se han dado sobre la cuestión: la de los que opinan que se trata de una colección de documentos reales y verdaderos copiados con supresión de los nombres de los que en ellos figuran (16) y la de los que la consideran como una obra de carácter práctico, una colección de modelos para la mayor facilidad en la redacción de los instrumentos (17). El prestigio científico de sus sostenedores, Marichalar y Manrique e Hinojosa, respectivamente, las avalan y dan solidez. Sin embargo, la presencia en la colección de una fórmula (la XX) escrita en versos hexámetros no se concilia con estas opiniones porque ni es posible que en la realidad se redactasen instrumentos en verso, ni podría reportar utilidad práctica alguna al "Notario" de Córdoba a quien se atribuye la paternidad y uso de la colección un modelo concebido en hexámetros. Pero esta fórmula métrica debió cumplir una finalidad, máxime cuando es la más completa de todas las que nos han llegado de la colección, porque las demás son fragmentos en su gran mayoría, como más abajo se ha de ver.

A mi entender esta fórmula métrica pone de manifiesto la finalidad pedagógica de la colección. En efecto, en las escuelas, formando parte de la Retórica y dentro del *trivium* por consiguiente, se enseñaba el *ars dictandi* o arte de la redacción —junto con el *ars dicendi* o

(16) Notese que con la expresión "reales" se designa los diplomas que hayan tenido realidad, no los emanados de los reyes. Marichalar y Manrique en "Historia de la Legislación". (Madrid, 1861; Tomo II, pág. 40), suponen que el Obispo Pelayo de Oviedo al hacer la colección "recojese de antiguos documentos las que pudiera proporcionarse sin poner de su cosecha la menor frase, omitiendo solamente los nombres de los otorgantes o contrayentes y las cosas sobre que versaban".

(17) Vide Beneyto. Op. cit., pág. 106. Galo Sánchez dice únicamente que son "modelos de escrituras" ("Curso de Historia del Derecho Español"; Madrid, 1942, pág. 61).

arte de la expresión por la palabra hablada— en el que se comprendían los documentos y escritos de uso más corriente en la vida social: escritos judiciales, instrumentos probatorios y epístolas que, bien como verdaderas cartas, bien con el carácter de solicitudes, habían de dirigirse a las personas de calidad. Para la enseñanza de estas disciplinas los maestros formaban colecciones de modelos de las distintas clases de escritos a fin de que los discípulos aprendieran y se instruyeran en el arte de la redacción, colecciones en las que se comprendían modelos de documentos de las distintas clases. Pues bien, la colección que nos ocupa no es sino un conjunto fragmentario de alguna de estas colecciones, tal vez hecha por el supuesto “notario” cordobés a quien se atribuye su paternidad —más propio fuera decir un escriba— o bien debida a alguno de los maestros de Retórica de Córdoba la patricia, pues sabido es que allí hubo famosa escuela en tiempo de los reyes visigodos.

Bajo este supuesto la presencia de la fórmula métrica, de donación esponsalicia en la colección ya ofrece una utilidad que no se la encuentra en un formulario —a menos que sea considerada como un alarde de habilidad sin fin práctico alguno— porque sabida es la importancia que se daba al verso como recurso mnemotécnico: aún no se hallan tan lejos de nosotros los tiempos en que a los alumnos de Retórica se les hacía aprender de memoria la Epístola a los Pisones, de Horacio. Y así, algún **magister** de Retórica, diestro en el arte de escandir versos clásicos, como hubo tantos en tiempo de los visigodos, a fin de que sus alumnos grabasen tenazmente en la memoria la fórmula del contrato matrimonial, que sería el más frecuente, tuvo la idea de redactarlo en hexámetros para que fuera más fácilmente retenido en su memoria por los escolares.

El procedimiento tendría éxito, produciría los resultados pedagógicos apetecidos y por ello se incluye en la colección de fórmulas que, hecha en Córdoba, debió ir a parar a Oviedo en el éxodo que produjo la invasión musulmana hacia las regiones del norte, o sería llevado a la capital asturiana desde la ciudad de los califas por alguno de aquellos peregrinos de la cultura —que tanto abundaron en la alta Edad Media— en alguna visita hecha a los muzárabes cordobeses.

Estas colecciones de fórmulas eran utilizadas por los escolares cuando dejaban de serlo para hacer aplicación de los conocimientos adquiridos en las escuelas a las necesidades de la realidad de la vida social y el núcleo primitivo sacado de la escuela iba siendo adicionado por cada uno de los que hacían uso de él con las fórmulas que consideraba de mayor utilidad, adiciones que hacía no solamente el que sacó la colección de la escuela, sino todos los que sucesivamente se servían después del mismo ejemplo para sus estudios, por eso no nos ha de extrañar que los críticos encuentren en las fórmulas visigóticas modelos correspondientes a distintas épocas.

Sea de todo esto lo que fuere, puesto que hoy por hoy no puede hacerse sobre este asunto otra cosa que fantasear con más o menos fundamento y con más o menos verosimilitud por no tener medios su-

ficientes de crítica para hacer afirmaciones categóricas, lo cierto es que tenemos esa colección de fórmulas y que a falta de diplomas verdaderos a ella nos hemos de atener para saber cómo eran los instrumentos probatorios en la sociedad del tiempo de los reyes visigodos.

Pasando ya al estudio de las fórmulas, en primer lugar encontramos en ellas que las comprensivas de negocios jurídicos se hallan todas incompletas, a excepción de la VI, que es una manumisión hecha por un obispo, y la XX, que es la concebida en versos hexámetros a la que tantas veces se ha hecho referencia. No obstante, como el truncado de las mismas se halla en unas al principio, en otras al fin y todas contienen lo necesario para saber el negocio jurídico que encierran, bien puede reconstruirse supliendo lo que falta en unas por el contenido de las otras hasta llegar a completarlas y aun sin realizar este trabajo —más de erudición que de verdadero interés histórico-jurídico— pueden sacarse conclusiones de interés para la historia de la instrumentifacción de nuestra patria (18).

En el estudio analítico de ellas, se encuentra que todas revisten forma epistolar, iniciándose con el nombre del que fictamente escribe el documento, esto es, del *conditor*, y el de la persona a quien se dirige con una expresión de respeto o benevolencia (19), a diferencia de los documentos coetáneos italianos que según Durando comienzan por la fecha (20). Los *scriptores* hispanogodos, o quizá mejor hispano-romanos, seguían, por lo tanto, tradición distinta a los italianos que continúan la misma tradición romana de comenzar los instrumentos con la fecha; posiblemente los escribas hispano-romanos adoptaron formas

(18) Por vía de ejemplo se consigna aquí la reconstrucción que hago de la fórmula XXXVIII, elegida expresamente porque, habiendo de insistir más abajo sobre ella, servirá de ilustración a lo que allí se diga. Lo que se añade a la fórmula va entre comillas, indicando al pie de la nota de donde se toma. Véase:

Domino et fratri illi, ille. Profiteor me per hanc cautionem meam cabere et cabeo tibi, domine et frater ille, propter auri solidi numero tot, quos pro necessitate mea, imperante tibi Domino, prestare iussisti. Quos solidos, si Deo dictum placuerit, tibi ad diem calendas illas istius anni proximi, in futuras cum gratiarum actione me spondeo esse redditurum, et in beneficio solidorum ipsorum daturum me tibi spondeo hoc et illud. Qui si minime facero et diem huius meae cautionis excessero, juratus dico per (hoc et illud, dice la fórmula) "per divina omnia et regni gloriosissimi domini nostri illius regis" (a) quia liceat tibi cautionem meam cui tu ipse volueris tradere et ad libito mihi executare supra dicta pecunia una cum beneficio suo duplicata cogar exolvere. In qua cautione praesens praesentibus stipulatus sum et sponendi, "subter manu mea suscripsi, et testibus a me rogatis pro firmitate tradidi roborandam. Aquiliam quippe commemorans leger, qui omnium scripturarum suo vigore iugiter corroboret actus. Facta cartula cautionis in civitate illa, sub die calendis illis, anno illo illius regnantis, era illa. Ego ille hanc cartulam cautionis et suprascripsi. sunt dies et annos et era quae supra. Ille rogatus a domino, et fratre illo in hanc cartulam cautionis ab ipso facta testamentum suprascritum die, anno et era qua supra" (b).

(a) De la fórmula XXXVI. (b) Lo que sigue está tomado de la fórmula I, cambiando la palabra "libertatis" por la de "cautionis" por ser aquella fórmula de manumisión.

(19) "Domino semper meo illi, ille". (Fórmula XXXVI). "Dulcissimo filio meo illi, ille". (Fórmula XXXIV).

(20) Op. cit.

de redacción derivadas de costumbres españolas que no nos es dado conocer por no conservar, como ya se ha dicho, diploma alguno hispano-romano, entendiendo por tales los procedentes de los tiempos de la dominación romana en España.

Esta forma de comenzar los instrumentos parece indicar que aquí comenzaron revistiendo la forma de cartas (epistolas) dirigidas por el concedente o el obligado a aquel en cuyo favor se obligaba o hacia la concesión, manifestándoles su voluntad de contraer aquella o hacerles ésta y en tal caso serían expresión de negocios jurídicos abstractos; tal vez fuera adoptada esta forma a imitación de las manumisiones **per epistolam** que se generalizaron durante el Bajo Imperio, porque entonces serían las manumisiones los actos jurídicos en que con más frecuencia se utilizaría el instrumento para que el liberto pudiera acreditar con más facilidad la libertad que se le había concedido: de las manumisiones debió extenderse la prueba documental a los demás actos del comercio jurídico revistiendo la misma forma los documentos en que éstos se hacían constar.

Tras esta salutación, como se le puede llamar, y que no falta ni en los actos de última voluntad en los cuales el testador se dirige a sus herederos (21), siguen algunas consideraciones de indole religiosa (22), moral (23) o jurídica (24), muy del gusto de la época si hemos de juzgar por las leyes del **Liber Iuditorum**, sobre los motivos que impulsaban al conditor a realizar el acto expresado en el documento; estas consideraciones en algunas fórmulas se convierten en un alarde de erudición, como en la XVIII y nada se diga de la XX donde el **scriptor** poeta hace destilar por sus hexámetros buen número de los matrimonios enumerados en el Antiguo Testamento.

Tras esta "exposición de motivos" se consigna el acto o contrato, mejor dicho, la obligación que se contrae o el beneficio que se concede, expresados con todas sus particularidades y muy especialmente concretando las obligaciones que el **conditor** se impone para el presente o para lo futuro. En los actos de última voluntad es aquí donde se consignan las disposiciones testamentarias (25) y en los translativos de dominio se añade a la transmisión la fórmula posesoria (26).

(21) "...quem etiam tibi, fili ille, scribendam mandabi, ita ut post transitum meum die legitimo hanc voluntatis meae epistolam..." (Fórmula XXI).

(22) Cum in principio Dominus noster concta generaliter ordinasset, disposito perfecto que omnium elementorum opus, hominem suae imaginis similen plasmare dignatus; inde dilectio conigum, inde dulce gratia liberorum... (Fórmula XVI).

(23) Fidelium famulorum servitia immaculata mentis obedientia ministranda condigna merito libertatis beneficia consequuntur... (Fórmula IV).

(24) Licet in contractibus empti et venditi, que bona fide definiuntur, venditionis instrumenta superflue requirantur, tamen ad securitatem comparatoris adiungitur, si definitio ipsa scripture soliditate firmatur... (Fórmula XIII).

(25) Ac per hoc bona electione alterutrum convenit, ut tibi hoc et illud juris mei causa commutationis dare deberem, quod et dedisse me manifestum est. Pro quod igitur a contrario titulus commutationis a vobis accepimus hoc et illud... (Fórmula XXVII).

(26) ...quod ex hac die habendi, tenendi et possidendi faciendique ex inde quod voveritis liberam in Dei habeatis potestatem... (Fórmula XXIX).

A ésta que se puede llamar parte sustantiva sigue la parte adjetiva integrada por las garantías que se dan para la efectividad del instrumento, que son unas de orden sobrenatural y otras de orden natural. Las primeras son el juramento y la imprecación, que suelen consignarse por este orden. El juramento (27) se hace por el nombre de Dios, por la salud del Rey, y por la de su pueblo (28). La imprecación es la invocación de toda clase de males que hacen fórmulas para que recaigan sobre el infractor del instrumento: se invoca sobre todo su eterna condenación, su excomunión o apartamiento de la comunicación de los fieles y la participación en la suerte de Judas Iscariote y en la de Datan y Abiron de quienes nos dice el Antiguo Testamento que fueron tragados vivos por la tierra (29).

Las garantías de orden natural son la imposición de una pena al contraventor del instrumento (30) y la invocación de una ley determinada para dar validez y eficacia al mismo, corrientemente las **Aquila y Julia**, nunca preceptos de **Liber Iuditorum** (31).

Termina el instrumento con la parte formal que comprende la expresión de que el **conditor** da el instrumento a los testigos ad **roborandum** (32) y la datación consignando el lugar, día, mes y año, contados éstos por los del reinado del príncipe reinante y por los de la era (33). Entendida de este modo la robración hace dudar si en realidad es una publicidad que se da al instrumento como se viene diciendo o una solemnidad del mismo (34).

La autorización la hace el **conditor** suscribiéndolo después de hacer constar que lo ha leído y entendido, o si no sabe escribir suscribiéndolo otro a su ruego, en cuyo caso signa el **conditor** y detrás de la suscripción o signo del **conditor** las suscripciones de los testigos (35).

(27) Recuérdesse la importancia que tuvo el juramento en la sociedad goda.

(28) Quod etiam iuratione confirmamus pro divini nominis maiestatem futurumque resurrectionis tremendi diem atque regnum gloriosissimi domini nostri illius regis gentique suae salutem. . . (Fórmula XXIV).

(29) Quod si forte, quod fieri non credo, contra hanc libertatem aut ego aut quicumque venire temptaverit, primitus iudicium Dei incurrit et a sacrosancto altario officiarum extrahetur, et sicut Datan et Abiron vivi; in infernum descendat, et cum Iudas Scarioth participium sumat (Fórmula V).

(30) Nam si quis sane, quod fieri non reor, aliquis contra hunc factum meum venire conaverti, tot libras auri fisci viribus pro futuras cogatur exsolvere. . . Formula XXIV).

(31) Aquiliam quippe commorans legem qui omnium scripturarum suo vigore iugiter corroborat actos. . . (Fórmula I).

(32) Cui rei, vi doloque secluso, praesens praesentibus stipulatus st sponendi, et subter manu mea suscripsi et testibus a me rogitis per firmitate tradidi roborandam. . . (Fórmula XXIV).

(33) Vide final de la fórmula reconstruida en la nota 18.

(34) Vide nota citada.

(35) La Fórmula XX, la más extensa, demuestra mejor que ninguna lo que era el conjunto del instrumento, por lo cual, a fin de que el lector pueda darse cuenta del conjunto, se inserta a continuación de este trabajo.

III

Conclusiones

Pocas son, en verdad, las fuentes históricas que nos quedan del tiempo en que los visigodos dominaron en España, con relación a la instrumentación, pero así y todo, del examen de ellas que se hecho cabe deducir lo siguiente:

I. Los **scriptores** de aquel tiempo siguieron usando fórmulas ya tradicionales, tomadas probablemente de los escribas hispano-romanos, que no son los que siguieron los tabeliones romanos sino otras mucho más sencillas; no obstante hay que suponer que la introducción del juramento y la imprecación es obra de los **scriptores** españoles a juzgar por la eficacia que después de la invasión de los bárbaros se dio a esta formalidad cívica-religiosa, o bien influencia de las costumbres germánicas o debida al ardor de una fe recién abrazada. No creo sea necesario insistir sobre esta intervención del juramento, pues tanto se ha escrito ya sobre ello y se viene escribiendo aún.

II. Ni de los textos legales ni de las fórmulas se deduce la existencia de personas que redacten los instrumentos con privilegio para ello, antes al contrario, la personalidad del **scriptor** se oculta eclipsada por la del **conditor** que es el único que aparece como autor del instrumento. La misma ley chindasvindiana **Scripturas quae diem** (1^a, tít. C., lib. II) exige tan solamente para la validez de la escritura que exprese el día y el año, que sea escrita según las disposiciones de la ley, que sea signada o suscrita por el **conditor** y los **testigos**, sin que exija la intervención de otra persona alguna, y debió ser bien aceptada esta ley por el cuerpo social porque Carlomagno en el siglo IX aún la repite, casi a la letra, en su **capitular De scribiis et notariis** dada en 805 (36).

Esto no quiere decir que los ciudadanos se redactasen por sí los instrumentos, pues ni era corriente entonces el arte de la escritura ni la redacción era conocimiento que estuviese al alcance de todos, porque las escrituras habían de ser **secundum legis ordinem conscriptae**, lo cual requería para ello conocimientos especiales; indudablemente existían personas que hacían profesión de la redacción de instrumentos, peritas en el **ars dictandi**, al que se dedicaban, como se deduce de la misma existencia de las Fórmulas.

III. Los instrumentos no hacían fe por sí mismos sino que su credulidad se apoyaba en la fe de los testigos que los suscribían, de tal manera que para producir fe en juicio el juez debía examinar los testigos sobre la exactitud de la carta que se aducía en la lite; sin embargo, parece que en el comercio jurídico extrajudicial eran admitidas y aceptadas las cartas sin necesidad de confirmación en cada caso. Una vez demostrada la autenticidad de la carta producía entre las partes la obligación de cumplirse su contenido, pues en caso de contra-

(36) Apud Durando. Op. cit., Parte 1^a, párr. 16.

vencción, además de haberse de dar cumplimiento a lo prometido en el instrumento, había que pagar la pena señalada para este caso.

IV. El instrumento no tiene sustantividad propia sino que la toma del negocio jurídico que contiene; no se confecciona *ad solemnitatem* sino *ad probationem*. Clarísimas son a este respecto las fórmulas XII, XIII, XXVII y XXXIII; por excepción en las donaciones adquiere mayor sustantividad puesto que en cierto modo representa a la misma cosa donada, tiene los caracteres que Brunner asigna a la *charta germanica* cuya entrega según este autor producía los efectos de la tradición (37) y en la compraventa tiene a suplir la falta de pago del todo o parte del precio necesaria para la perfección del contrato, según se ha visto al examinar las leyes del *Liber Iuditorum*.

V. En cuanto a la ejecutoriedad que encierran las cartas, la fórmula XXXVIII merece que nos fijemos en ella. De *cautione* la califica el *scriptor* que puso las rúbricas a las distintas fórmulas y contiene el modelo para un reconocimiento de crédito, un verdadero querógrafo tal como entendieron esta palabra los romanistas medievales.

Según ella, el deudor, después de dirigirse a su hermano y señor el acreedor, confesará haber recibido de éste tantos sueldos de oro que le prestó para una necesidad y prometerá devolverlos a tales calendæ del año primero futuro con acción de gracias y ha de prometer esto y aquello como beneficio de aquellos sueldos; y si el día señalado no cumpliese, dirá, jurando por esto y por aquello, que le sea lícito al acreedor entregar el documento a quien quiera entregarlo y a su arbitrio ejecutar al deudor compeliéndole a pagar dicho dinero doblado juntamente con el beneficio. *Et ad libito mihi executare supra dicta pecunia*... son palabras textuales.

Si a la frase *et ad libito mihi executare* damos el sentido que se deduce del contenido literal de las palabras, se faculta al acreedor para que sin necesidad de otra declaración previa ejecute al deudor; y como los instrumentos según hemos visto anteriormente no tienen en sí autenticidad ni interviene en ellos persona alguna constituida en autoridad de ninguna especie, ni tienen la consideración de público porque no interviene representación alguna del poder público, nos encontramos con el caso de un documento privado con fuerza ejecutiva. De ser esto así —y parece que lo es— habrá que llamar a revisión la construcción —por cierto muy artística— de los *iudices chartularii* de que nos hablan los autores, al menos en España, porque si se da fuerza ejecutiva a simples documentos privados, ¿qué necesidad hay de su intervención?; tanto más cuanto que tales *iudices* no aparecen por ningún documento español. Bien podría ocurrir que los *iudices charturii*, por lo que a nuestra patria se refiere, no hayan existido más que en la fantasía de los tratadistas y juristas del Renacimiento, quienes al hacer alarde de erudición en sus estudios, empiezan por el Génesis y los demás libros del Antiguo Testamento, pasan a los textos romanos,

~~~~~  
(37) Vide Núñez Lagos. Op. cit., pág. 41.

—justinianeos y prejustinianeos— y de ellos a los glosadores y doctores boloneses, dando por sucedido en todo el universo lo que han encontrado en aquellos textos; y, sin preocuparse de la laguna histórica que dejan desde los tiempos en que elementos no romanos vienen a influir en la vida de la sociedad hasta que la recepción romanística medieval se generaliza por toda Europa, trazan una evolución histórica de instituciones y hechos jurídicos, sin preocuparse de lo que haya podido ocurrir en los tiempos de los bárbaros y en la Alta Edad Media. Por eso se han originado construcciones histórico jurídicas deficientes que se han difundido y han corrido por el mundo como moneda de buena ley, cuando no tienen otro apoyo que el prestigioso nombre que las presenta al mundo científico, sin que nadie se preocupe de comprobar la base crítica que les sirve de fundamento.

No se crea por eso que hayamos de rechazar por falsas e inaprovechables todas estas construcciones, no; pueden hacer un servicio como base de ulteriores investigaciones. Lo que se ha de hacer es no aceptarlas a pie juntillas por la autoridad de quien las hizo, como no se aceptan hoy los cuentos del P. Mariana o del Maestro Florián de Ocampo —pongo por ejemplo de autores del Renacimiento— sometién-dolos a revisión y crítica para separar lo que hay de verdadero en ellos de lo que tienen de fantástico, y fundar las construcciones jurídicas en hechos comprobados por una parte y por otra en las elucubraciones de la ciencia jurídica, aceptando los primeros tal como se hayan producido en la realidad de la vida.

Otra sugerencia que produce la frase de la fórmula que estamos comentando es la de cómo se habría de hacer la ejecución. ¿La haría el acreedor por su propia autoridad? ¿La hacía el *iudex*? ¿el *mallum*? Allá se decida cada cual por lo que más le agrade, porque para todos los gustos hay teorías en lo referente a la administración de justicia entre los visigodos españoles, desde los que por todas partes quieren ver costumbres germánicas en aquellos siglos de nuestra historia hasta los que suponen a los visigodos escasos en número y poco civilizados e incapaces de imponer sus maneras de vivir, por lo que, afirman, fueron asimilados por la civilización hispano-romana.

Con esto hago punto en lo referente a la instrumentación en la época visigótica. Seguramente el lector encontrará este capítulo reducido en dimensiones y escaso en afirmaciones. Posiblemente tendrá razón; pero tenga en cuenta que estas líneas no son sino un simple ensayo, único que permite el estado actual de este género de estudios, en los que no es dado otra cosa que poner de manifiesto lo mucho que falta por hacer; y tenga en cuenta también que al respecto de los estudios históricos notariales, previamente a la labor positiva, se ha de hacer otra negativa de destrucción de prejuicios, porque, aunque sea algo dura la expresión, hemos de reconocer que aún no hemos dado entrada en ellos a la crítica histórica ni hemos salido todavía de los métodos y procedimientos de los antiguos tratadistas de la Sublime Arte de la Notaría, preocupados más por acumular nobleza sobre ella que

de estudiar la realidad de la función notarial. La actuación de estos tratadistas en el campo de la ciencia notarial ha sido meritisima y no les hemos de quitar ni regatear méritos indiscutibles, pero también los tuvieron otros hombres de ciencia de su tiempo, aun cuando al ponerse a construir la genealogía del noble que fuera su Mecenaz, le hacen emparentar con Julio César, con Carlomagno, o a lo mejor con alguno de los Reyes Magos.