

HISTORIA Y PROTOCOLOS

FRANCISCO CUENCA ANAYA

Decano del Ilustre Colegio Notarial de Sevilla

No es frecuente la comparecencia de un Notario en una Cátedra de Geografía e Historia; sin embargo pienso que mi presencia en este lugar no es impropio, aunque tal vez sean necesarias unas palabras para justificarla.

Desde un primer punto de vista, muy general, invocáramos en su apoyo la posibilidad de que todas las Ciencias, las Naturales y las del Espíritu, sean integradas y puestas, armoniosamente, al servicio del Hombre, de su bienestar, de su dignidad.

Frente a una visión del mundo mecanicista, estática, que hunde sus raíces en los atomistas griegos, tiene su apoyo filosófico más próximo en Descartes y su formulación precisa en Newton, y que opone el mundo a su observador, la mente a la materia, las Ciencias Naturales a las del espíritu, es posible construir otro que resalte la unidad última del Universo, y la interdependencia de todas las ramas del saber humano. Incluso desde la física moderna se encuentra apoyo a esta concepción; Fritjof Capra, en un ensayo que tiene el curioso título de «Física budista» nos dirá que la teoría cuántica revela la unidad básica del Universo, y muestra «que no podemos dividir el mundo en pequeñas unidades de existencia independiente. Según penetramos en la materia, la naturaleza no pone ante nuestros ojos elementos constructivos independientes, sino complejas tramas de relaciones entre las diversas partes de un todo unificado»¹.

Ortega y Gasset, en su ensayo sobre «El sentido histórico de la teoría de Einstein» afirma: «La teoría de Einstein es una maravillosa justificación de la multiplicidad armónica de todos los puntos de vista. Amplíese esta idea a lo moral y a lo estético y se tendrá una nueva manera de sentir la historia y la vida»².

Heisenberg, premio nobel de Física, en su intento de encontrar una fórmula que pudiera describir toda la materia, utilizará, naturalmente conceptos físicos, pero al mismo tiempo hipótesis basadas en el Timeo de Platón. En 1970 dirá: «Yo iría hasta el extremo de afirmar que, a mi juicio, la brecha entre humanidades, ciencias y tecnología disminuirá. Existe una convergencia entre ellas y cabe la esperanza de que con el tiempo surja de todo esto un lenguaje común...

1. FRITJOF CAPRA: *Para Schumacher* (Barcelona, 1980), pág. 154.

2. JOSE ORTEGA Y GASSET. *El tema de nuestro tiempo*, n.º 11 de la Colec. Austral (Madrid, 1939), pág. 148.

la convergencia entre las ciencias y las humanidades acaso sea el primer paso para llegar a una nueva comprensión de las necesidades esenciales del hombre»³.

En tiempos en los que, de vez en cuando, disfrazadas de pretensiones científicas suenan voces que proponen el ostracismo de ramas tradicionales del saber humano —en lo jurídico citaríamos el intento de suprimir de los planes de estudio el Derecho Romano— conviene que otras, aunque sean tan insignificante como la mía, proclamen, de acuerdo con el verdadero sentido de la palabra Universidad el respeto hacia todas las ciencias y la necesidad de armonizarlas.

Los Protocolos notariales son ejemplo significativo de la convergencia de múltiples disciplinas:

— Interesa la redacción textual de sus documentos, su conformación, sus expresiones, su estilo. El estudio de estos aspectos corresponde a la Diplomática.

— Igualmente importa el hecho o negocio jurídico incorporado. El estudio correspondería a la Historia del Derecho.

— Pero también tienen un contenido material que interesa a la Historia del Arte, de la Literatura, a la Historia Social, de las Mentalidades, de las Costumbres. Los estudiosos de estas materias saben bien la importancia de nuestros archivos. Blanca Morell nos dice que «...constituyen fuentes indispensables para llegar a conocer la sociedad y cultura del pasado pues, pese a sus limitaciones, en ellos queda escrita buena parte de la vida económica, social, religiosa y artística de una colectividad»⁴.

Eiras Roel habla de que «la valoración de los documentos notariales como fuente esencial, prioritaria incluso, para determinados estudios, ha sido principalmente tarea de los historiadores modernistas de esta segunda mitad del siglo —con algunos egregios precursores aislados que se anteponen a su tiempo—, en íntima relación con el creciente interés por los contenidos sociales y por los aspectos cotidianos de la historia»⁵. Creo que Eiras Roel, al fehar en época tan próxima el interés por los Protocolos, está pensando en su utilización conforme a la metodología serial, cuantitativa, tan de moda en la Escuela Francesa —Labrousse, Jacquart, Goubert, Mousnier— y que

3. Citado por FUENTES BODELON, en la «Revista de Documentación Administrativa» (abril, 1981), pág. 127.

4. BLANCA MOREL PEGUERO: *Contribución Etnográfica del Archivo de Protocolos* (Sevilla, 1981), pág. 19.

5. EIRAS ROEL: *La Metodología de la Investigación Histórica sobre Documentación Notarial: para un estudio de la cuestión; Introducción General*, en «La documentación notarial y la Historia» (Universidad de Santiago y Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España», Tomo I, pág. 13).

él mismo postula. Pero el interés hacia los Protocolos, como fuente para el estudio de la pequeña historia de cada día, es más antiguo; en 1950, el Colegio Notarial de Madrid edita un libro con el significativo título «La vida privada española en el Protocolo Notarial». En su estudio preliminar el académico Agustín de Amezúa, con frases un tanto ampulosas decía: «¡Cuántas y cuántas particularidades y rarezas no se leen en estas largas escrituras, exhumando innumerables objetos perdidos o desusados hoy, reveladores de prácticas y costumbres castizas, testigos mudos, al parecer, pero elocuentes y expresivos como pocos de la condición social de sus dueños, del género de vida que llevaban, de su lujo, de sus necesidades, gustos y caprichos, como si las horas que pasaron hubieran quedado allí petrificadas, condensadas en símbolos y representaciones genuínas de millares y millares de existencias»... «...cuando nos enfrascamos en la lectura de los protocolos viejos, con su variedad de asuntos y riqueza de cosas y la vemos como una corriente caudalosa y fluente que viniese a desembocar en los oficios escribaniles, donde se capta, remansa y sedimenta en innumerables escrituras, para que pueda llegar hasta nosotros con sus formas originales, con sus matices valiosos, con todo su realismo típico, verdadero e interesante por demás. Asomarse, pues, a un protocolo cualquiera de aquellos tiempos es como otear desde un altozano todo el panorama de la vida española, departir con sus personajes, ora famosos, ora humildes, que confiados en el secreto profesional, nos descubrirán y confesarán sin empacho sus debilidades, sus trampas, lacras, ambiciones y lacerías, y a, veces también, ¿por qué no?, hermosas virtudes: la liberalidad, la hidalguía, el cariño y el amor. Todos los sentimientos y afectos del alma humana, desde sus grandezas hasta sus miserias, desde la opulencia hasta la pobreza, desde el amor que perdona hasta el odio que persigue desde la cuna hasta la sepultura, quedarán prendidos y presos en estos protocolos con los rasgos de la peñola escribanil»⁶.

Pues bien, ante esa necesidad de estudiar los Protocolos desde múltiples puntos de vista, estoy aquí aportando el de un Notario; porque este es —antipo ideas que después desarrollé— el autor del documento. Entender su función es imprescindible para obtener una información correcta de los Protocolos.

Finalmente —y continúo intentando justificar mi presencia en esta Facultad—, estoy aquí porque hace unos meses formé parte del Tribunal calificador de una Memoria de Licenciatura, y en el coloquio subsiguiente con profesores y alumnos, hablé de la posible deformación, por múltiples circunstancias, de los datos contenidos en las escrituras. Contraje el compromiso de desarrollar esta idea, y vengo a cumplirlo; lo que hago con verdadera satisfacción; es la

6. AGUSTIN DE AMEZUA: Estudio preliminar a *La Vida privada española en el Protocolo Notarial* (Madrid, 1950), pág. 35.

de sentirme en casa, porque esta Universidad es la mía; incluso en ella cursaba mis estudios cuando fue inaugurado este edificio; por el entonces Ministro de Educación, y hoy Defensor del Pueblo, Joaquín Ruiz Jiménez.

Quisiera que esta presencia, que he tratado de justificar no se agotase el día de hoy. En mi propio nombre, y en el de la Institución que representó —el Colegio Notarial de Sevilla— manifiesto el deseo de encontrar formas estables de colaboración, que tengo la certeza absoluta de que serán fructíferas.

Entrando ya en el desarrollo del tema, procuraré seguir estos pasos:

Primero: situar al Notario en su función básica, la de ser órgano de seguridad jurídica preventiva; para ello considero útil comparar los sistemas anglosajón y latino.

Segundo: centrarme en el Notario español de hoy y ver qué clase de documentos autoriza y qué grado de certeza tienen los datos que en ellos se contienen.

Tercero: resaltar la deformación que con respecto a la realidad sufren nuestros documentos, por influencia de la simulación y de la presión del Fisco.

I. EL NOTARIO Y LA SEGURIDAD JURIDICA

Buena parte de nuestra doctrina, al intentar definir la función social del Notario, la centran en ser un órgano de seguridad jurídica. En la ponencia que en nombre del Notariado Español presenté en el XVII Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, decía: «Pues bien, si pretendemos buscar, y afirmar lo permanente de nuestra función encontraremos que lo que el Notario ha hecho siempre, hace y seguirá haciendo es dotar de seguridad a las relaciones jurídicas libremente constituidas.

Nos atrae situar al Notario en esta función, porque: si la aptencia de seguridad es común a toda forma de vida, y por lo tanto también al hombre; si la sociabilidad es inherente a la naturaleza humana; si el contrato, en sentido amplio, es manifestación de la sociabilidad, el Notario, al dotar de certeza al contrato armoniza esas dos dimensiones propias de todo hombre: Sociabilidad y Seguridad. Y con ello realiza una actividad que es, en su esencia, jurídica: porque la seguridad es, también finalidad esencial del Derecho»⁷.

José Luis Mezquita, en las primeras palabras de su «Introducción al Notariado», afirma: «La seguridad jurídica es una necesidad que el hombre experimenta desde que vive en una sociedad que haya superado el primitivo estadio

7. Véase mi ponencia *El Notariado y las perspectivas para responder a las necesidades individuales y colectivas*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España (Madrid, 1984), pág. 35.

tribal y comunitario. Una vez establecidas las nociones de propiedad, familia y herencia, el hombre liga la idea de seguridad jurídica a la de su propia seguridad personal y como extensión de esta; considerando esencial para fundar su espíritu de iniciativa personal, familiar y social, que exista un Ordenamiento que garantice la estabilidad y seguridad de sus adquisiciones materiales y la firmeza y eficacia de los vínculos que, a través de sus relaciones voluntarias, concierta con sus semejantes»⁸.

Siguiendo su exposición distinguiremos dos clases de seguridad: la estática, que supone la protección del «statu quo», y la dinámica que protege el tráfico. Dentro de esta última habría que distinguir entre los recursos estabilizadores, represivos, que actúan «ex post facto»; y los cautelares o preventivos, pensados precisamente para evitar que el acto o negocio nazca viciado. Podríamos hablar de medicina terapéutica y de higiene preventiva.

La fluidez del tráfico exige la existencia de mecanismos que lo garanticen sin necesidad de la lenta y costosa intervención judicial. Y en estos mecanismos de seguridad jurídica preventiva se inserta el Notario.

En el mundo Occidental podemos hablar de dos modos de entender la seguridad jurídica, que suponen también dos modos de entender el documento: el anglosajón y el europeo-continental o latino.

El Notario español pertenece al ámbito del notariado latino, caracterizado como luego veremos, por una especial presencia en el documento que autoriza.

Para perfilar sus rasgos esenciales, conviene situarlo dentro del sistema jurídico en el que ha nacido, el romano-continental, y para ello nos será útil contrastarlo con el sistema anglosajón. Resumiré, brevemente, los trabajos que mis compañeros Vicente Font y José Luis Mezquita han dedicado a la materia⁹.

A) *Sistema Anglosajón*

Frente a la Europa Continental, donde la justicia fue durante largos siglos potestad señorial, y los ciudadanos no pudieron encontrar en ella el vehículo de protección de sus derechos, en Inglaterra la época de justicia señorial fue mucho más breve y desde el siglo XI se organiza la Justicia Real, absorbiendo, poco a poco, los Tribunales Reales la competencia de los demás, e iniciándose la gran tarea jurisprudencial que construirá el cuerpo del Common Law.

Desde el siglo XIII surge otro cauce paralelo de Justicia, la Cancillería Real, cuya actuación dió lugar a la formación del segundo cuerpo jurídico inglés, la Equity.

8. JOSE LUIS MEZQUITA: *Introducción al Notariado y al Sistema Notarial Español*, (Barcelona, 1983), pág. 17.

9. VICENTE FONT BOIX: *El Notariado en los sistemas de Derecho Latino y anglosajón. El Notariado Latino en Inglaterra*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», Tomo XXII, págs. 57 y ss.; JOSE LUIS MEZQUITA: *Sistemas jurídicos y documentos*, en «Actas del XVI Congreso Internacional del Notariado Latino», Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España» (Madrid, 1982).

Este sistema judicial dió buenos resultados, y por ello, el ciudadano inglés no sintió la necesidad de institucionalizar ningún estamento extrajudicial que protegiera su libertad civil. Y si los particulares querían reforzar la seguridad jurídica preventiva, cautelar, de sus contratos, acudían también a los Tribunales, a través de la figura del juicio ficticio.

Otra causa diferenciadora del sistema continental y del inglés radica en su diversa concepción de las fuentes del Derecho. En el Continente, fue fundamental para su historia jurídica la recepción del Derecho Romano; este se recibe a través de las compilaciones justineanas, institucionalizando, expresado en cuerpos normativos; y por ello surgió la idea de que el Derecho estaba constituido por normas que el Juez debería de interpretar y aplicar. En Inglaterra por el contrario, se conservaba un concepto del Derecho radicalmente distinto; el que allí aplicó Roma, en los períodos clásico y medieval no fue el de las compilaciones justinianas y estaba inspirado en la idea de que el Derecho es algo vivo que se forma y transforma constantemente, revelado en la costumbre y aplicado por la jurisprudencia, verdaderamente creadora, fuente del Derecho, frente a la cual las leyes llenaban una función secundaria. Pese a la identidad terminológica, el Common Law fue todo lo contrario que el *Ius Comme europeo*.

Finalmente, la falta, en Inglaterra, de una distinción dogmática entre el Derecho público y el Derecho privado permitió a los jueces aplicar, en hipótesis de mala fe contractual, criterios sancionadores que, según la mentalidad europea, serían exclusivamente de Derecho Penal; ello dió lugar a un clima de temor ante las graves consecuencias del incumplimiento que produjo efectos semejantes a los conseguidos con el sistema documental del continente.

Por ello —cito literalmente a Mezquita— «...era ontológicamente imposible que en el sistema inglés llegaran a desarrollarse unas instituciones como las del “instrumento auténtico” o la “función notarial”. Es obvio que una estructura judicial que constituye un instrumento de garantía del poder político del pueblo y que además tiene encomendada a través de sus resoluciones no la mera “aplicación”, sino la “creación” misma del Ordenamiento jurídico, de las reglas del Derecho, en modo alguno podría admitir la más mínima restricción al principio de libertad absoluta en la formación de su criterio juzgador, y por consiguiente en la apreciación de las pruebas. El concepto de “prueba legal”, plano al que pertenece el origen institucional del “instrumento auténtico” es sencillamente impensable en tal sistema. Consecuentemente, tampoco tenía razón de ser la institución notarial como defensa preventiva de los derechos de los particulares»¹⁰.

Con la mayoría de los notarialistas latinos que se ocupan de esta cuestión, podríamos aceptar estas conclusiones:

— El sistema documental anglosajón desconoce el documento público notarial.

10. *Ibidem*, pág. 31.

— El Notario no es un profesional del Derecho y su intervención en el documento sólo sirve para legitimar o autenticar las firmas puestas en el mismo.

Digo «la mayoría de los notarialistas» porque al menos uno de ellos, el que más intensamente ha estudiado esta cuestión —Vicente Font— matiza, en términos que no podemos exponer aquí, las afirmaciones anteriores, sobre todo en cuanto al sistema vigente en Inglaterra.

Retengamos la idea de que el Notario anglosajón, y sobre todo el de Estados Unidos no interviene en la redacción del Documento.

B) *Sistema Latino*

En su génesis, resulta fundamental la convergencia de los conceptos de «autenticidad» y «publicidad».

En principio, el documento nace como medio de facilitar las decisiones judiciales en los casos en que no eran posibles la confesión y el testimonio; es ajena a su origen la idea de que tuviera un valor probatorio superior. La noción de documento auténtico, es decir, con valor decisorio sin la necesidad de ser judicialmente confirmado, sólo fue admitida en el Derecho Romano con relación a los documentos expedidos en el ejercicio de sus competencias por funcionarios públicos investidos de «auctoritas». Fuera de esta excepción, perteneciente exclusivamente a la esfera del Derecho público ningún documento tenía por sí fuerza probatoria especial.

En cuanto a la noción de publicidad documental, en principio tenía una finalidad divulgadora, ajena al plano probatorio y a la noción de autenticidad. Se realiza inicialmente en los juzgados y consiste en una lectura solemne ante los testigos concurrentes, que representaban al pueblo.

Más adelante se le equipara la «insinuatio in actis» ante el «praeses provinciae», o la «apud gesta municipalia» ante los funcionarios curiales municipales» (ante los funcionarios curiales municipales), revestidos del «ius auctorum conficiendorum» lo cual implica una primera aproximación de las nociones de «publicidad» y «autenticidad».

Poco a poco, se van reforzando los efectos que produce la publicación y al primario, el informar a todos, aunque fuese una información ficticia, de que se había establecido la relación de una persona sobre una cosa, que tendría eficacia «erga omnes», se agregan otros, como la agravación de las condenas cuando se negaba falsamente la autoría de un documento publicado; el servir de fecha cierta para determinar la preferencia en los casos de prenda o hipoteca; o el muy importante, reconocido en una Constitución de León I —año 472— de verdadero valor probatorio preferente.

Más tarde, bajo el impulso de la nueva corriente científica del Derecho civil y del canónico, representada por la Glosa y las Decretales, el proceso de convergencia que se había producido en la esfera pública, se extendió al ámbito privado y extrajudicial, remodelando la institución del Notariado y elaborando

la figura del Documento Notarial, público, y dotado de una autenticidad reforzada, superior a la mera legitimación procesal, dado que se requería para neutralizar su eficacia la declaración de su nulidad o falsedad.

La cristalización del Notariado, hasta adquirir sus rasgos diferenciadores, que hoy conserva, necesitó el aporte de otro factor esencial, el concepto de fé pública. Fue elaborado desde bases romanas por el Derecho canónico.

Frente a lo que antes veíamos para Inglaterra, en el Continente la Justicia real tarda tiempo en organizarse, y entre tanto, los particulares que deseaban para sus actos y contratos una constatación rodeada de ciertas garantías, hubieron de acudir a una institución extrajudicial, la de los notarios de Derecho Canónico, investidos de fé, noción tomada de la «fides» romana, pero reforzada por el Derecho de la Iglesia; de esta manera la función interna de los notarios eclesiásticos se exteriorizó y acabó siendo un servicio civil.

Organizada la Justicia Real, y prohibido por el Derecho canónico el ejercicio civil de la profesión documentadora por parte de los clérigos, los nuevos escribanos seglares continuaron entroncados con las tradiciones canónicas y recibiendo de ellas su influencia; en un principio, sus actuaciones no estaban investidas de fé; pero de una parte la confianza que inspiraban en los particulares y el hecho de que los jueces resolvían frecuentemente algunos tipos de procedimientos sobre la base de sus testimonios; y de otra la doctrina de los Glosadores y las nuevas Decretales, acabaron por consagrar la fehaciencia pública de los documentos autorizados por Notario, que así quedó convertido en «Notario Público». Después, sobre la base de considerar el Rey o el Emperador que la fehaciencia es una prerrogativa de su soberanía, acostumbra a delegarla por concesión. Gusta a nuestros historiadores resaltar este hecho: la función notarial y su rasgo más sobresaliente, la «fides», la confianza que en el Notario se deposita, no han sido una creación del poder público; este ha reconocido y aprovechado lo que ya había establecido la conciencia popular.

La recepción del Derecho Romano, como antes decíamos creó en la Europa Continental la idea de que el Derecho estaba constituido fundamentalmente por «Normas e Instituciones» que el Juez debía de interpretar y aplicar al caso concreto; en esta mentalidad la conformación del documento que recogiese los actos o contratos exigía un cuidado especial, porque había de adaptarse al Derecho escrito; luego era presupuesto necesario que quién redactase el documento fuera jurista, conocedor de los textos justineanos y de su reelaboración por las escuelas jurídicas.

Quedó así configurado el Notario latino, investido de esos dos rasgos fundamentales: fé pública y profesionalidad jurídica. Desde el siglo XIII, hasta nuestros días, su esencia permanece inalterable. Así el primer congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires el año 1948, define al Notario como «el profesional del Derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de estos y expedir copia que den fé de su contenido. En su función está comprendida la autenticidad de hechos».

Tal vez influenciado porque hablo en una Facultad de Historia me haya extendido más de la cuenta al deslindar estos dos sistemas anglosajón y latino. Vamos a retener una idea que nos será fundamental:

— En el sistema sajón —especialmente en su variedad Norteamericana— el Notario es ajeno a la redacción del documento.

— En el sistema latino, el Notario es autor del documento.

Me permito insistir, porque de esta afirmación deduciremos consecuencias importantes: el Notario es autor del documento.

II. SER Y HACER DEL NOTARIO ESPAÑOL DE HOY

A) *Ser*

Y paso a definir al Notario español de hoy. Podemos hacerlo con los textos legales; el artículo 1.º de la Ley del Notariado dice que «es el funcionario público autorizado para dar fé, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales». El artículo primero del Reglamento describe su función diciendo que «Los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar.

Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el Notario ve, oye y percibe por sus sentidos.

b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes».

Aparece pues, desde el primer momento, el concepto de fé pública; tan unido al de Notario, que sin ella este no sería imaginable. Su examen exigiría un tiempo que no podemos dedicarle. Pero tampoco podemos pasar de largo. Encuentro una salida fácil para el dilema; remitirme a un concepto conocido de todos ustedes: la fé notarial no es más que la fé clásica, el «credere quod non vidimus propter testimonium dicentis».

Presenta tres aspectos que no son distintos sino íntimamente unidos:

- 1.º) La fé, la confianza que tienen los particulares en el Notario.
- 2.º) La fé, que en todos sus documentos, da el Notario.

3.º) La fé de la que por ministerio de la Ley, está investido el documento que autoriza el Notario.

El primer sentido es, desde el punto de vista histórico el que primero ha surgido, y el que hoy después de diez siglos subsiste. La fé pública —dice Rodríguez Adrados— «no es una creación arbitraria del legislador, sino la consagración legal de una realidad que los Notarios han ido conquistando y tienen que seguir conquistando día a día»¹¹.

Las personas que acuden al Notario, con frecuencia depositan en él su fé, confían ciegamente y entregan a su decisión cuestiones que pueden afectar a su persona o a su patrimonio. Los compañeros que me escuchan saben bien de lo que estoy hablando; a ustedes, los que no lo son, y aunque legalmente no esté investido de «fé» en este momento, les pido que me crean sin más explicaciones.

Llegado a este punto, presiento que alguien pueda estimar contradictorias estas dos proposiciones:

— Una, la afirmación legal y reglamentaria de que el Notario da fé, y de que hacen fé sus documentos.

— Otra, que constituye la médula de mi exposición, las posibles inexactitudes de los documentos que forman los protocolos.

Aunque lo parezca, no hay contradicción alguna. La fé pública, en la esfera de los hechos, sí cubre lo que el Notario percibe por sus sentidos; pero si se trata de negocios jurídicos, no ampara la veracidad íntegra de las declaraciones de voluntad que son su presupuestos; estas pueden ser falsas o simuladas o inexactas en alguna de sus partes.

Fé y Verdad, son dos mundos diferentes; pero esta diferencia conceptual no supone que se contradigan u opongan; más bien, por lo que a la Historia del Notariado se refiere, ocurre lo contrario; no se explicaría el nacimiento de la «fides» y el ser mantenida tanto tiempo si el instrumento público no reflejase también un alto grado de verdad material sustantiva. Pero el Notario, no lo olvidemos es un jurista práctico que se mueve en la realidad de cada día, en un mundo de hombres de carne y hueso, y de hombres con intereses contrapuestos; y no tiene el poder traumatúrgico de transformar en verdad las declaraciones de voluntad que le llegan.

Al resaltar los rasgos del Notario de hoy, es hora ya de preocuparnos de algo que he afirmado antes, prometiendo desarrollarlo; me refiero a su protagonismo en la confección del documento; en ella debe ajustar la voluntad de los otorgantes al Ordenamiento Jurídico, y en esta función no es convidado de piedra, o mero testigo. Son frecuentes, a nivel popular o periodístico, expresiones como «limitarse a hacer de Notario» o «función meramente notarial» que-

11. RODRIGUEZ ADRADOS: *El Notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad*, en «Revista de Derecho Notarial» (Enero-Marzo, 1980), pág. 378.

riendo significar con ello la pasividad, la no intervención en algo. La idea es parcialmente exacta en el sentido de resaltar la imparcialidad; pero si quiere significar asepsia, pasividad, es radicalmente falsa. Esto es algo que tiene claro la doctrina notarialista; citemos algunos ejemplos¹²:

— Vocino: «La verdad es que la obra del Notario no es aquella de atestiguar simplemente las declaraciones de las partes, de reproducirlas en un documento tales como son».

— Curti-Pasini: «El Notario es muy superior y muy distinto del testigo, que ningún efecto jurídico de forma o de sustancia atribuye al evento».

— Joaquín Costa: «El Notario interviene activamente, de un modo positivo en los instrumentos que auotrizas».

— Figa Faura: «La idea de que la gente sabe lo que quiere y que sólo ignora los procedimientos técnicos jurídicos más adecuados para conseguirlo es radicalmente falsa. En nuestros despachos hemos presenciado centenares de veces cómo quien se presentaba con una voluntad claramente formada y manifestada, a las pocas preguntas empezaba a dudar y terminaba por cambiar totalmente de intenciones»... «lo que caracteriza a todo profesional —y no sólo al Notario— es su capacidad para y su obligación de ayudar, asesorar a los particulares en la formulación de fines; la obligación de completar sus puntos de vista, integrar sus plurales aspiraciones, poner de relieve las contradicciones ocultas, sacar a la vista todos los factores que pueden servir para decidir rectamente, y una vez hecho esto dejar la decisión al interesado»¹³.

— Yo mismo he dicho: «el Notario, con frecuencia, llega más lejos; no sólo descubre o contribuye a formar la voluntad, sino que la crea: es su voluntad asumida por el otorgante la que incorpora al documento. Y esto no es imposición arbitraria del Notario, sino la respuesta lógica a la confianza que en él se tiene. Es cierto que a veces, el particular que nos busca quiere una información detallada para tomar su decisión, manifestar su voluntad en uno u otro sentido. Pero otras, las cosas no ocurren de esa manera; quien nos busca lo hace para que decidamos nosotros, que para eso, dice somos Notarios y sabemos mejor que ellos lo que debe de hacerse. En este caso la decisión está tomada antes de que nos dirijan una sólo palabra: hacer lo que diga el Notario. La decisión del otorgante es un acto de fé, no de conocimiento»¹⁴.

12. *Ibidem*, pág. 382, de donde tomo esta cita y las dos siguientes.

13. FIGA FAURA: *La función asesora*, Ponencia en las VI Jornadas de Poblet. Colegio Notarial de Barcelona, pág. 295.

14. Ponencia citada en la nota 7, pág. 55.

El Notario no es, ni ha sido nunca un testigo, aunque a veces se le haya querido reducir a esto; el caso extremo podría ser una Constitución de Maximiliano I, al decir: «Cuiden los Notarios, para la mayor exactitud del relato, de no anotar en su protocolo ni expresar luego en el documento nada más ni menos que lo que haya ocurrido ante ellos y los testigos llamados expresamente, previo requerimiento y no hechos acaecidos antes o algún tiempo después; y que además lo hayan percibido con sus sentidos corporales, pues su oficio o autoridad no se extiende a otras cosas».

Voy a exponer, en apoyo de lo que estoy diciendo, un ejemplo que me parece significativo. Es muy frecuente, cuando un matrimonio pretende otorgar testamento, que cada uno de los cónyuges quiera que sus bienes pasen al otro, y después a los hijos comunes. El Notario debe advertirle que esto no es posible, porque el Código Civil considera legitimarios a los hijos, y estos, conjuntamente, tienen derecho a los dos tercios del caudal hereditario. Ante esta información, dirán al Notario: «quiero dejar a mi mujer —o a mi marido— lo más que la Ley permita; arregle usted así el testamento».

Aparece ya en toda su intensidad, la fe en el Notario. Pero ese «lo más que la Ley permita» puede ser entendido de diversa manera por los distintos notarios; uno puede entender que el conyuge sobreviviente queda mejor protegido recibiendo el usufructo universal; y otro que es mejor dejarle el tercio de libre disposición en pleno dominio y el usufructo de otro tercio. Y por ello puede ocurrir, y ocurre, que en los protocolos de una localidad hasta cierta fecha aparezca en casi todos los testamentos la fórmula del usufructo universal, y desde esa fecha el tercio en pleno dominio. Me imagino el desconcierto que este hecho puede ocasionar al investigador del año 3.000 —vamos a ser optimistas y pensar que habrá año 3.000 y que para entonces quedarán investigadores— si se trata de buscar explicaciones tales como el «cambio de mentalidad» de los habitantes del pueblo o del «contexto socio-económico»: lo único que ha cambiado es el Notario.

B) *Hacer*

Si nos fijamos en el hacer del Notario, éste, hoy autoriza tres clases de documentos: escrituras, actas y testimonios.

Son escrituras los documentos cuyo contenido propio lo constituyen las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de toda clase.

Su tipología es muy variada; siguiendo la clasificación que recoge el Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado, las escrituras pueden referirse a:

- Actos referentes al estado civil.
- Actos de última voluntad.
- Contratos por razón de matrimonio.
- Contratos en general.
- Manifestaciones y particiones de herencia.
- Constitución, modificación y disolución de Sociedades civiles y mercantiles.
- Cartas de pago y extinción de obligaciones.
- Poderes de todas clases.

Dentro del epígrafe «contratos en general», caben todas las clases de estos previstas en la Ley, y también los atípicos, no previstos, y que pueden construirse al amparo de la libertad de pactos que establece el artículo 1.255 de nuestro Código. Precisamente algunas de las figuras contractuales hoy tipificadas y reguladas por el Código Civil, o por leyes especiales, antes de tener su refrendo legislativo, han nacido en nuestros protocolos; las sociedades de responsabilidad limitada o la propiedad horizontal serían dos de las más significativas. Con frecuencia, el uso, la práctica social, preceden a la norma jurídica. El principio de autonomía de la voluntad, consagrado ya en el Ordenamiento de Alcalá, junto al hecho de que el Notario actúa siempre sobre la realidad viva, han determinado que a través de los siglos la práctica notarial haya sido fuente y cauce para el nacimiento de la norma jurídica.

Si comparamos la tipología actual con la antigua, encontraremos:

- a) Documentos del mismo nombre —poderes, compraventas— y con frecuencia, de semejante contenido.
- b) Otros, que hoy existen y no en tiempos pasados. Así, las divisiones horizontales.
- c) Y otros, frecuentes antes y que hoy no existen, unas veces porque la institución a que se referían ha desaparecido —así al abolirse la esclavitud se terminan también las cartas de libertad de esclavos—; otras, porque aunque subsista la institución no se refleja en documentos; citaríamos las cartas de perdón de lesiones o las llamativas de perdón de cuernos; sospecho que estos no han caído en desuso, aunque sí, claro está, la práctica de documentar ante Notario el perdón a la adúltera o a su cómplice.

Si la comparación la establecemos en cuanto al contenido de contratos semejantes —por ejemplo la compraventa—, nos llama la atención la costumbre, en siglos pasados, de otorgar escrituras cuyo objeto es de valor insignificante; así por ejemplo unas varas de tela; Miguel de Cervantes compra cinco varas y media de raja de mezcla, necesitando la fianza de su amigo Tomás Gutierrez, y todo esto se documenta ante el escribano.

El otro documento básico en los protocolos de hoy son las actas. En su aspecto de fondo, reflejan hechos o circunstancias que el Notario presencia o le constan y que por su naturaleza no son materia de contrato. Y en su forma se caracterizan por una simplificación de las formalidades; así no es necesario que contengan juicio sobre la capacidad de los requirentes, y no requieren unidad de acto ni de contexto, pudiendo contener diligencias sucesivas, referidas a hechos y lugares diferentes.

En cuanto a los testimonios son documentos en los que se reproducen otros, o se certifica la existencia de una persona, o la correspondencia de una fotocopia o de una fotografía con su original, o se legitiman firmas, o se acredita la legislación vigente en España, para surtir efectos en el extranjero.

El rasgo a destacar de los testimonios, es que no se incorporan al protocolo, salvo en los supuestos en que complementen a otros documentos que deban protocolizarse. Sí debe dejarse una breve reseña de alguno de ellos en el libro llamado indicador, que de alguna manera recuerda al de notas de los Notarios medievales.

En los Protocolos antiguos no encontramos esta distinción, hoy fundamental entre escrituras y actas, porque es muy reciente en la Historia del Derecho; ni siquiera, en su primera redacción la recoge la Ley del Notario de 28 de Mayo de 1862; las menciona en el artículo 23, después de su reforma por la Ley de 18 de diciembre de 1946; antes habían sido reguladas por el Reglamento de 8 de Agosto de 1935, y el vigente hoy, les dedica 24 artículos.

Afirmado que no existe, sino desde tiempo reciente, la distinción documental entre escrituras y actas, y por ello no encontraremos en los fondos antiguos documentos que sean calificados como actas, debemos hacer notar que sí están presentes algunos que hoy llamaríamos de esta manera; así los protestos de letra de cambio, los requerimientos o las informaciones; pensemos en las informaciones sobre limpieza de sangre, que hoy serían actas de notoriedad o actas de referencia.

Voy a citar un ejemplo, el de la información de la limpieza de Miguel de Cervantes; es de 22 de Diciembre de 1569, y se solicita ante el escribano público de Madrid Rodrigo de Vera¹⁵. Su composición es idéntica a la que seguiríamos hoy en la redacción de un acta; en efecto, encontramos:

Un requerimiento de Rodrigo de Cervantes, marido de Doña Leonor de Cortinas, para probar que su hijo, Miguel de Cervantes es hijo legítimo de él y de su citada mujer y que «Ni yo, ni la dicha mi muger, ni mis padres ni aguelos, ni los de la dicha mi muger hayan sido ni semos moros, judíos, conversos ni reconciliados por el Santo Oficio de la Inquisición ni por ninguna otra justi-

15. Documento transcrito en el libro reseñado en la nota 6, pág. 22.

cia de caso de infamia, antes han sido e somos muy buenos cristianos viejos, limpios de toda raíz». Y luego recogerá las manifestaciones de los testigos; el primero, Alonso Getino de Guzmán manifestará que «conoce al dicho Rodrigo de Cerbantes e a su hijo de tiempo de 8 años a esta parte e más tiempo, e sabe este testigo que el susodicho es casado e velado con Doña Leonor de Cortinas, su muger, e como tales marido e muger son habidos e tenidos los susodichos, que saben que dicho Rodrigo de Cerbantes es hombre de buena vida e persona tal que ante todos los que le conocen ha sido habido e tenido por persona limpia que no ha sido sanbytado ni penitenciado ni por el Santo Oficio castigado, e por tal es habido e tenido ante todas las personas que le conocen, ni a la dicha su muger, e sabe que los dichos sus hijos son habidos e tenidos por sus hijos legítimos entre el dicho Rodrigo de Cerbantes e su muger Doña Leonor de Cortinas e por tales son habidos e tenidos, e sabe quel dicho Miguel de Cerbantes es su hijo legítimo e por tal este testigo lo tiene e ha tenido de todo el tiempo que ha que los conoce, e sabe que son habidos por buenos hidalgos e por tales este testigo los tiene e por limpios de toda raíz, y esto es lo que sabe e la verdad por el juramento que hizo e lo firmó».

Los otros testigos, Pirro Boqui y Francisco Musaqüi, se pronuncan en términos parecidos agregando que «ni es de casta de moros ni de judfos ni tiene raça ni ninguna de ellos».

Me permitirán ustedes una breve observación, dirigida principalmente a los compañeros que tienen la amabilidad de acompañarme; me refiero a la técnica impecable de este documento, que suscribiría hoy el Notario más escrupuloso; especialmente llama la atención la objetividad del escribano al recoger las manifestaciones del testigo Pirro Boqui en orden a como ha llegado al convencimiento sobre la filiación de Miguel de Cerbantes; son pocas líneas y vale la pena transcribirlas: «...este testigo conoce a los susodichos de tiempo de ocho años, poco más o menos, e que desde tiempo a esta parte este testigo ha visto al dicho Miguel de Cerbantes en casa del dicho Rodrigo de Cerbantes e Doña Leonor de Cortinas, el dicho Rodrigo de Cerbantes llamándolo por hijo o él al dicho Rodrigo de Cerbantes por padre e a la dicha Leonor de Cortinas llamándola madre, a ella a él hijo, e por tal su hijo legítimo este testigo lo tiene».

Y dirigiéndome ahora no a mis compañeros, sino todo lo contrario, excluyéndoles, me van a permitir que adopte cierto aire de magisterio y diga que es frecuente en los trabajos que se publican tomando como base los protocolos, que se hable al referirse a los documentos que los integran a «actas notariales»; la expresión es incorrecta y probablemente, tiene su origen en una mala traducción de la palabra francesa «acte». Y aprovecho la ocasión para sugerirles que tampoco usen la palabra minuta; técnicamente, minuta es el borrador que puede entregarse al Notario como texto del futuro documento. Así pues, ni «actas» ni «minutas» notariales; simplemente escrituras, documentos o instrumentos.

III. DISCORDANCIA ENTRE REALIDAD Y DOCUMENTO

Veamos ahora el grado de exactitud de los datos contenidos en los documentos que hoy autorizamos. Para ello, y reconociendo que el tema tiene una riqueza de matices que no es posible analizar ahora, tomaré como base uno de los documentos más frecuentes, la escritura de compraventa.

En su estructura podemos distinguir estas partes:

A) *Comparecencia*

En ella constará:

- Población en que se otorga el documento.
- Día, mes y año.
- Nombre, apellidos, residencia y Colegio del Notario autorizante.
- Nombre, apellidos, edad, estado civil, profesión, oficio y domicilio de los otorgantes.
- La fé de conocimiento —que también puede consignarse al final—.
- El juicio del Notario sobre la capacidad de los otorgantes.
- La calificación del acto o contrato; en nuestro caso, compraventa.

Prescindiendo de examinar lo que cubre y lo que no cubre la fé pública en la comparecencia, nuestro futuro investigador va a tener suerte, porque todos los datos, prácticamente, será exactos; puede haber algún caso de suplantación de personalidad, o de juicio equivocado sobre la capacidad de los otorgantes, o —esto será más frecuente—, error en el domicilio. Pero el volumen de estas inexactitudes será insignificante. Y digo que nuestro amigo tendrá suerte, porque, además va a recibir toda ésta información condensada en pocas líneas; lo que no es el caso de quienes investigan hoy en nuestros viejos protocolos.

B) *Exposición*

En ella encontraremos:

a) Descripción del inmueble, y en ésta:

- Si la finca vendida es rústica o urbana.
- Medida superficial.
- Situación y linderos.

— Si se trata de finca rústica, se hará constar si es de secano o de regadío; además, aunque no sea circunstancia necesaria, se suele hacer constar la clase de cultivo a que se dedica: olivar, viña, tierra calma, etc.

¿Cuál es el grado de exactitud de estos datos físicos? Habría que distinguir entre fincas urbanas y rústicas:

— Si se trata de urbanas la regla general será la concordancia entre la realidad y el documento.

— Si se trata de rústicas, no podemos ser tan optimistas; hay un preocupante grado de inexactitud en cuanto a superficie, linderos, y clase de cultivo. Con frecuencia, los datos procedentes del Registro de la Propiedad, del Catastro y del título no coinciden; con lo que puede ocurrir que en un documento impecablemente construido falle nada menos que la realidad física del bien vendido. Se trata de un viejo problema, presente siempre en la doctrina, a veces en las leyes, pero muy lejos todavía de una solución definitiva.

b) Títulos de adquisición del vendedor. Si se reseña como es habitual, teniendo el Notario a la vista los documentos auténticos, la fidelidad de lo consignado será prácticamente absoluta; si se hace, como está permitido reglamentariamente, por las meras manifestaciones de los interesados, tal fidelidad, no puede garantizarse en la misma medida.

c) Cargas o gravámenes. De acreditarse el estado de cargas mediante una certificación registral inmediata, en el tiempo, a la compraventa, existirá la casi certeza de que esa es la situación real. Si no existe la certificación, será más probable que la inexactitud se produzca.

C) *Estipulaciones*

En esta parte del documento se hará constar entre otras cosas el precio de la venta; este precio es con frecuencia, inexacto. Pronto veremos por qué sucede esto.

Junto a la inexactitud en el contenido del documento, puede darse otra distinta, la que tiene lugar entre el negocio querido realmente y el que aparece documentado; se produce por el cauce, ya extensamente explorado por la doctrina civilista, de los negocios jurídicos indirectos, simulados, múltiples, conexos, etc. Sería impertinente que en este lugar expusiese un concepto, por breve que fuera, de estos tipos negociales; es nota común a ellos, y es precisamente lo que sí procede resaltar aquí, una divergencia entre la apariencia y la realidad, de modo que una escritura pública puede no recoger lo realmente querido

por sus otorgantes, y el verdadero resultado pretendido habrá que buscarlo en un pacto verbal, en un documento privado, en otras escrituras, o bien combinando varias de estas.

Creo de utilidad algunos ejemplos significativos:

1) Escritura de compraventa, que encubre una donación, que es el negocio realmente querido, y que no se documenta ni pública ni privadamente.

2) Escritura que se desvirtúa por un documento privado. Así, la venta de A a B formalizada ante Notario, y la venta del mismo bien por B a A, acordada privadamente. No olvidemos que ambas ventas pueden ser válidas, puesto que en nuestro Derecho no se exige, por regla general, la forma pública con valor constitutivo.

3) Dos escrituras que adquieren su verdadero sentido combinando sus efectos. Podríamos citar la constitución de una sociedad a la que se aporta por un socio un bien inmueble y la disolución posterior de la misma sociedad adjudicando a otro socio el inmueble aportado. Lo realmente querido y conseguido es vender una finca, operación que nada tiene que ver con la constitución o la disolución de una sociedad.

4) Una escritura que complementa a un documento privado, que es el realmente importante; me refiero a los poderes que pretenden suplir a las compraventas. No quiero descender a lo anecdótico, después contaré, si tenemos tiempo, un caso que prueba los desastrosos efectos que se producen con este tipo de apoderamientos.

Aunque no he indicado las causas que motivan esa divergencia entre realidad y escritura, la principal, aunque no la única es la presión del Fisco¹⁶. La postura del Notario, asesor de los otorgantes, destinatario de su confianza, pero también controlador de la plena legalidad del documento, por lo que se refiere a la fiscalidad de los actos y negocios documentados, es particularmente compleja; la línea que separa el lícito deseo de los otorgantes de buscar un resultado al menor coste posible, y la conducta defraudatoria, es imprecisa, y ello hace especialmente delicada la función del Notario. El tema nos preocupa; tanto, que ha sido debatido en uno de los Congresos —el VIII— de la Unión Internacional del Notariado Latino; aquí no vamos a tratarlo, ni entraremos en calificaciones morales del Notario o de sus clientes; el hecho que nos interesa es la deformación que el sistema impositivo provoca en la clase o en el contenido del documento¹⁷.

16. La posibilidad del ejercicio de un retracto legal por el copropietario, arrendatario o colindante, puede también deformar el precio de la venta, constando en el documento uno superior al real, y ello para disuadir al posible retrayente.

17. PORPETA CLERIGO: *Las exigencias fiscales en relación con los efectos del acto jurídico*,

Un sólo ejemplo de cada uno de los dos supuestos:

- a) En el documento aparece una compraventa, cuando lo realmente querido es una donación; razón, que por ésta se paga un mayor impuesto.
- b) En el documento aparece un precio menor del real; porque en principio, y sin perjuicio de la facultad de la Administración para comprobar valores, se paga menos.

Digamos, aunque no pueda explicarlo detenidamente, que la evolución jurídica, en esta materia, camina aceleradamente hacia la concordancia entre realidad y documento, porque la complejidad del sistema impositivo actual hace que vendedor y comprador, con frecuencia, tengan intereses contrapuestos, por lo que la consignación del precio real se impone.

Como ya he dicho, al exponer lo que hoy es y lo que hoy hace un Notario, pretendo ayudarles a comprender lo que antes era y lo que antes hacía. He afirmado la identidad sustancial con nuestros antepasados. Y se preguntarán ustedes: ¿También se deformaban en otros tiempos por la simulación, por la presión fiscal, los documentos?

La respuesta deben darla los historiadores y yo, como decía, no lo soy; no se dá en mí la feliz coincidencia que concurre en mí compañero José Bono, y que ha posibilitado la extraordinaria calida de toda su obra. Pero me atreveré a algunas consideraciones, más intuitivas que científicas.

Primera. La deformación del documento por la presión fiscal ha debido de existir en todos los tiempos; de no ser así no tendrían sentido disposiciones como la contenida en la Ordenanza de los Reyes Católicos sobre los escribanos de Sevilla, a los que se les ordena que «ciertas vezes en cada año sea tenido de dar e de fe a los nuestros arrendadores de las Heredades e bienes rayzes de todas e qualesquier compras e ventas e troques e cambios que se fizieren en las çibdades e villas e logares donde ellos exerçen sus officios»¹⁸.

Segunda. La simulación o los negocios múltiples, han existido también. Así:

- 1) La prohibición de los intereses en los préstamos fomentó las ventas a carta de gracia, u otros procedimientos que en realidad encubrían préstamos.
- 2) Los poderes —procuratio in rem suam— frecuentemente disfrazaban un negocio distinto.

en «Ponencias presentadas por el Notariado Español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino», Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Tomo II, pág. 510 y ss.; RODRIGUEZ ADRADAOS: *La influencia de la Ley Fiscal sobre los contratos*, en «Ponencias presentadas por el Notariado...», O.c.

18. JOSE BONO: *Los Protocolos Sevillanos de la época del Descubrimiento*, Junta de Decanos y Colegio Notarial de Sevilla (Sevilla, 1986), pág. 53.

Tercera. A veces se recurría a varios documentos relacionados entre sí para conseguir un fin no previsto en ninguno de ellos. Bono analiza uno de estos procedimientos, cuyo resultado final es conseguir un arrendamiento con título ejecutivo para el cobro de la renta impagada, y ello mediante tres documentos distintos, que carecerían de sentido aisladamente considerados¹⁹.

Cuarta. En otras ocasiones la explicación del otorgante sobre las causas que le inducen a un acto, quedan desvirtuadas por otro documento posterior, que aclara los motivos reales. Así Gonzalo López de Bonilla, en 1504, concede la libertad a su esclava Inés López, dice: «porque sois cristiana, por reverencia y acatamiento de la Pasión de Nuestro Señor Jesucristo, y por muchos y buenos y leales servicios que me habéis hecho y haceis de cada día, tantos y tales que son dignos de mucha remuneración, de los cuales dichos servicios yo soy contento y pagado a toda mi voluntad».

Pero poco después, ante el mismo escribano, un criado negro, Juan de Castilla, concierta servir por cuatro años al mismo Gonzalo López de Bonilla «en todas las cosas que me digéredes y mandaredes hacer, así de noche como de día»; y esto lo hace por haber sido concedida la libertad de Inés, esclava que valía 12.000 maravedís. Parece que Don Gonzalo, pese a su aparente generosidad del primer documento y a la invocación a la Pasión de Nuestro Señor Jesucristo, lo que hace es cambiar a Inés López —que tenía 50 años— por otro criado, probablemente en mejores condiciones— para el servicio²⁰.

El ejemplo anterior nos pone en contacto con una cuestión de actualidad, el estudio de la llamada Historia de las Mentalidades hecho a través de los documentos notariales, especialmente en su variedad del sentimiento religioso, de la actitud ante la muerte. Algunos historiadores franceses —Vogler, Ariés, Chaunu, Vovelle—; y otros españoles —Barreiro, Villar García, Molas Ribalta, González Lopo, Soledad Gómez—, intentan deducir la mentalidad colectiva ante la muerte de nuestros protocolos. Pero que los testamentos sirvan para esto, o en que medida sirvan, es algo aún muy controvertido. Hay opiniones positivas, como la de Eiras Roel; afirma: «En sus recargadas cláusulas, los testamentos entregan al historiador la íntima actitud del hombre ante sus postrimerías; y esto lo mismo si se trata de invocaciones personales de los testamentos ológrafos y de otros fácilmente reconocibles por su redacción individualizada, como si se trata de los estereotipos de los notarios impuestos a éstos por su propia mentalidad de época y por la de su clientela habitual. La información masiva de centenares y millares de testamentos ha permitido apreciar y datar las variaciones de sensibilidad y gusto en las formas religiosas externas; en el sentido religioso y aún teológico de las invocaciones; en el paso de la barroca y recargada religiosidad contrarreformista a la austera y medida religiosidad jansenista, y de esta a la sutil evaporación cristiana en las formas vagamente deístas de la religiosidad ilustrada»²¹.

19. Idem.: *Los archivos notariales*, Junta de Andalucía (Sevilla, 1985), pág. 53.

20. BLANCA MORELL PEGUERO: *Contribución etnográfica...*, o.c., pág. 28.

21. EIRAS ROEL: *La documentación de Protocolos Notariales en la reciente Historiografía*

Otras son más cautelosas; así la de García Cárcel, quien manifiesta compartir algunas de las críticas formuladas por Aries a la mitificación de los testamentos como fuente de la que deducir el índice de religiosidad²².

Por mi parte, me atrevo a opinar que los testamentos, para conocer el sentimiento religioso del otorgante, deben ser mirados con gran cautela; y ello, tanto por la parte de sí mismo que el Notario incorpora al documento como por la rigidez de formularios estereotipados. Si de los testamentos de hoy tuviéramos que deducir la actitud del hombre ante la muerte, creo que obtendríamos pobres resultados, tal vez ninguno. Hoy, el testamento no es un ponerse a bien con Dios ante la proximidad de la muerte; carece de toda referencia a la religiosidad del otorgante o contiene fórmulas muy escuetas. Ni siquiera podría deducirse de esto una pérdida en la colectividad de los valores religiosos; sucede que la Religión se entiende de otra manera, más íntima, menos litúrgica, lejos de ser expresada o cuantificada con declaraciones piadosas.

Y ya quiero terminar. Dejo en el tintero —no hay tiempo para más— muchas cosas; entre ellas el estudio de un fenómeno que no es el de la deformación de los documentos, sino la brusca aparición y desaparición, o su expansión y desuso. Así, en el Colegio Notarial de Sevilla, en el año 1976, se autorizaron 176 contratos por razón de matrimonio; en 1986, seis veces más, concretamente 1.077. ¿Por qué ocurre esto? El tema sería interesante para lo que suele llamarse Historia de la Coyuntura²³.

Dejemos para otro día la respuesta. Por hoy sólo resta agradecerles la amabilidad de acompañarme y escucharme.

Modernista, en «Estudi historics i documents dels Arxius de Protocols» (Barcelona, 1980), págs. 18-19.

22. RICARDO GARCÍA CARCEL: *La muerte en la Barcelona del Antiguo Régimen*, en «La Documentación Notarial y la Historia», Tomo II, pág. 115.

23. En fenómenos de este tipo concurren múltiples causas. Ello debe alertar al historiador frente a interpretaciones simplistas. En la espectacular expansión de las capitulaciones matrimoniales han confluído causas diversas. Entre ellas:

1) La conveniencia —a veces inspirada por intenciones defraudatorias— de que ciertos bienes queden fuera de la responsabilidad derivada de la actividad empresarial de uno de los cónyuges, de modo que en la liquidación se adjudican los bienes inmuebles al cónyuge no empresario.

2) El favorable tratamiento fiscal de las adjudicaciones que reciban los cónyuges al disolverse la sociedad de gananciales, puesto que están exentas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.

3) La reforma del Código Civil, que en la actualidad permite las capitulaciones otorgadas después de la celebración del matrimonio.