

Dúdase que el derecho comun inglés (*common law*) conceda semejante crédito á los registros ó libros de los comerciantes. Sin embargo, parece resultar la afirmativa de un estatuto de Jacobo I (stat. 7, cap. XII) que admite esta clase de prueba respecto de los no comerciantes, limitándola á las transacciones del año corriente (1). En Escocia y en los Estados- Unidos, se admite sin dificultad los registros corroborados por el juramento supletorio del comerciante. La mayor parte de los Estados americanos han autorizado tambien esta facultad por medio de las disposiciones especiales de sus estatutos (M. Greenleaf, tom. I, pág. 158, nota 2.)

780. Despues de esta exposicion de las diversas opiniones sobre la materia, vamos á ocuparnos de la interpretacion del Código.

"Los registros de los mercaderes no prueban contra los no mercaderes la certeza de haber suministrado las cosas que allí están escritas, salvo siempre lo que se dirá acerca del juramento."

Esta reserva no podria entenderse del juramento decisorio que es de derecho: sino que supone forzosamente la admision del juramento supletorio. Pero, puesto que es constante que el juramento supletorio no está autorizado sino en los casos en que es admisible la prueba testimonial, sostienen muchos autores, que los libros de los comerciantes constituyen en su favor un principio de prueba por escrito. Hacen notar que el juramento supletorio es la prueba mas débil, y que, si es permitido referirse á la declaracion juramentada del demandante, debe serlo con mas razon, abrir una informacion, que ofrece indudablemente mas garantías. Finalmente invocan la autoridad de Pothier, que ha sido con tanta frecuencia la guía de los redactores del Código. Sin embargo, nos es imposible participar de este parecer. En primer lugar, la asimilacion del juramento supletorio á la prueba testimonial no resulta en manera alguna del texto de la ley. Todo lo que

1. La prescripcion anual del Código Napoleon [artículo 2274] vá á parar casi al mismo resultado.

dice esta (C. Nap., art. 1367) es, que puede deferirse el juramento de oficio, cuando no se halla enteramente destituida de pruebas la demanda. Pues bien; hemos admitido con la jurisprudencia (V. el núm. 440), que el juramento supletorio no puede deferirse ordinariamente sino cuando hay un principio de prueba por escrito; pero este no es un principio absoluto, y el legislador ha podido, por una reserva enteramente especial como parecen indicar los términos del artículo 1329, autorizar este juramento en una hipótesis en que no podrian ser oidos los testigos. ¿Hay en esto, como se pretende, contradiccion? Sí, suponiendo que el juramento se deferirá ordinariamente al demandante; mas entonces seria mejor abrir una informacion, que referirse pura y simplemente á su afirmacion. Pero esta suposicion es enteramente gratuita. Los mejores autores han reconocido siempre que es al demandado á quien se debe deferir preferentemente el juramento supletorio. Solamente en casos en extremo favorables es permitido deferirlo al demandante. Por el contrario, si se juzga admisible la prueba testimonial, parece que siempre que haya duda sobre esto, deberá oirse á los testigos, á fin de aclarar los hechos: y el comerciante tendrá toda la ventaja de la informacion, puesto que habrá podido preparar anticipadamente las declaraciones, de donde resultará del modo mas positivo, que tales suministros se han verificado en tal fecha, mientras que el particular, que no podia sospechar que se dirigia la demanda contra él, no habrá podido procurarse de la misma manera los medios de acreditar la negativa. Una cosa es la admision del juramento supletorio, que solo se deferirá al comerciante cuando tenga el juez una plena conviccion de su lealtad, y otra cosa es la práctica de la prueba testimonial, que haria siempre inclinar la balanza en su favor. En lo tocante al argumento sacado de Pothier, nos parece suficientemente refutado por la exposicion de motivos de M. Bigot Preameneu: "En cuanto á las personas que no están en el co-

"mercio, se ha debido conservar la regla, según la cual, nadie puede crearse un título á sí mismo, y el orden que los comerciantes están obligados á observar en sus libros, solo puede garantizar los sucesos que constan en ellos siendo reales. Sobre este punto no tienen mas derecho que exigir el juramento de las personas que negaran sus demandas."

Estas últimas espresiones llevan sin duda sobrado lejos: siendo general el texto de la ley, no creemos que pueda deferirse el juramento mas que al demandado. Pero, comparando estas palabras con la jurisprudencia del Chatelet, cuando se ve la exposicion de los motivos sentar el principio de que nadie puede crearse un título á sí mismo, es difícil creer que los redactores del Código hayan querido reproducir la doctrina de Pothier, según la cual (*Oblig.*, núm. 754) no pueden constituir una prueba y completar los libros ó registros (1). Añadamos que en tiempo de Pothier, como hemos hecho observar con frecuencia, no se hallaba bien determinada la naturaleza del principio de prueba por escrito, mientras que en el día, el art. 1347 del Código Napoleon quiere que emane del demandado (2). Esta regla sufre verdaderamente escepciones, pero es preciso por lo menos que se enuncien estas escepciones en la ley, y ¿cómo puede verse la admision de la prueba testimonial en una simple remision á la materia de juramento? ¿No era mas sencillo decir espresamente que servirian los libros ó registros de principio de prueba por escrito?

1. El informe dado al Tribunal por M. Jaubert, viene tambien en apoyo de la doctrina enunciada en la exposicion de los motivos: "Estos registros, dice, no pueden servir á lo mas, sino para determinar al juez á deferir el juramento." La intencion restrictiva no puede estar mas manifiesta.

2. La cuestion no se halla zanjada en manera alguna en jurisprudencia. Una sentencia del tribunal de Paris del 28 de Noviembre de 1836, que se cita como favorable á nuestra opinion, se limita á desechar en el caso en cuestion, ciertos registros como no constituyendo un principio de prueba por escrito. Por otra parte, en el caso de una sentencia denegatoria de 10 de Agosto de 1840 que admitió la prueba de testigos, habia, ademas de los libros, escritos que constituian un principio de prueba conforme á la letra del art. 1347.

En la adiccion inserta al tratar de la fuerza de los documentos privados, hemos sentido, que por nuestro derecho los libros de cuentas, registros ó asientos que uno lleva y conserva en su poder, hacen fé contra él mismo y no contra terceras personas, porque, como dice la ley 121, tít. 18, Partida 3ª, "seria cosa sin razon e contra derecho de haber ome poderio de fazer a otros sus deudores por sus escripturas cuando él se quisiese." Sin embargo, aunque dichos libros no hagan prueba completa á favor de su dueño, inducen presunciones de verosimilitud cuando están estendidos con formalidad, y se reunen otros adminículos que corroboran su contenido, según sienta Gregorio Lopez en su glosa á dicha ley de Partida y espone Escribano en su Diccionario. Respecto al derecho mercantil, ya hemos espuesto en la adiccion anterior lo que determinan los artículos del Código de Comercio y en especial el 53, aparte segundo, según el cual, harán prueba los libros de comercio en favor de sus dueños, cuando su adversario no presente asientos en contrario hechos en libros arreglados á derecho ú otra prueba plena y concluyente. Mas esta disposicion se refiere á terceras personas que sean comerciantes, pero no á particulares no comerciantes, si bien éstos pueden invocar dichos libros contra el comerciante, según dijimos en la nota inserta al pié de dicho art. 53, en nuestro *Código de Comercio extractado*, con la exposicion del fundamento de sus disposiciones y la solucion de las dificultades y cuestiones que presenta el testo, cuarta edicion.

Ya hemos indicado tambien, que en el proyecto de Código civil de 1851, se dispone, que los asientos de los tenderos y vendedores al por menor no prueban contra terceros, pero hacen fé contra ellos, siempre que el tercero se allane á admitirlos en la parte que le perjudiquen.

Véase la adiccion inserta á continuacion del núm. 776.—(N. de C.)

#### APÉNDICE.

##### PRUEBA DE PRUEBA LITERAL.

##### SUMARIO.

781. Division.

781. Un escrito puede referirse á otro escrito mas antiguo, ya reproduciéndose solamente su sustancia, pero manifestando la intencion de las partes de mantener los empeños consignados por el primero, y enton-

ces es un acto de reconocimiento; ya transcribiéndole literalmente, y entonces es una copia (1).

§. 1.—ACTAS DE RECONOCIMIENTO.

SUMARIO.

782. Fé de estas actas segun razon.  
 783. Doctrina rigurosa admitida por los autores antiguos.  
 784. Qué es lo que tiene de exagerada.  
 785. Qué deba entenderse por relatar el tenor ó contenido.  
 786. Excepcion á la regla.  
 787. Casos en que comprende mas el título primordial.  
 788. Casos en que contiene menos.  
 789. Código sardo.  
 790. La regla no tiene aplicacion en materia mercantil.  
 791. ¿Quid en materia de servidumbres?

782. La confesion escrita, así como la confesion oral (art. 1456) debe hacer plena fé contra su autor. Si, pues, solo se consultara la razon sobre el valor de las actas de reconocimiento, no se vacilaria en decidir que, con tal que se vea en ellas claramente enunciada la intencion de mantener la fuerza de una declaracion preexistente, deben tener la misma fé que el título primordial. Y no obstante, el Código autoriza la doctrina de antiguos intérpretes, segun la cual, no equivale un solo reconocimiento al título primordial.

783. Esta doctrina se ha fundado, como sucedia antiguamente con frecuencia, en una decision particular del derecho romano que ha llegado á generalizarse. Justiniano habia decidido, en favor de la libertad, que no bastaba un solo reconocimiento para acreditar la cualidad de siervo de la gleba: *Sancimus* (l. 22, Cód. pr. de agric. et censit.) *solam confessionem vel aliam quamcumque scripturam ad hoc minime sufficere, nec adscriptitiam conditionem cuiquam inferre, sed debere hujus modi scripturam aliquod advenire adiutorium; quatenus, vel ex publici census adjectione, vel aliis legitimis modis talis scriptura adjuvetur.* Autores de gran

1. En la misma parte de su *Comentario sobre la costumbre de París* tit. 1º, §. 8] dá Dumoulin sus esplicaciones mas estensas sobre las actas de reconocimiento y sobre las copias.

crédito, especialmente Bartolo, han deducido de este texto, que una simple acta de reconocimiento no constituye prueba suficiente. Es verdad que los romanistas mas exactos, tales como el presidente Favre, hicieron observar que la constitucion de Justiniano no era aplicable sino al estado de las personas, y que, de derecho comun, la confesion es la mejor de las pruebas: *Intelligo de homagio personali; nam si de rei conditione ageretur, unica recognitio sufficeret* (Feber ad Cod., lib. VII, tit. XI, def. 19.) *Domino pœdii licet et sua confessione et emanatione probationem adversario præbere; nulla enim fortior probatio est, quam quæ fit per confessionem partis* (ibid., lib. IV, tit. XVI, def. 10.) Los canonistas, con el objeto, á lo que parece, de revocar indirectamente las concesiones hechas demasiado fácilmente por los superiores eclesiásticos (1), introdujeron una distincion entre la confirmacion simple, *in forma communi*, á la cual se aplicaba la constitucion de Justiniano, y la confirmacion *in forma speciali*, que equivalia al título primordial. Hacíase el reconocimiento *in forma speciali*, cuando declaraba el firmante obrar con pleno conocimiento de causa, *ex certa scientia*. Y tambien se terminaba exigiendo, por temor de que estas últimas espresiones llegaran á ser ellas mismas de estilo, que todo el tenor del acta precedente se hallase inserto en el acta de confirmacion, de modo que no quedase duda alguna. Dumoulin era un talento sobrado juicioso para no reconocer el verdadero carácter de las actas de reconocimiento. El título nuevo no debe, sin duda alguna, agravar la obligacion, y en este sentido, es siempre verdadero decir: *Confirmatio nihil dat novi*; pero tiene fuerza probatoria. Por eso, suponiendo Dumoulin una acta de reconocimiento otorgada por ante notario, dice positivamente: *Simplex titulus novus non est dispositivus, sed declaratorius seu probatorius...* *nee aliquid de novo, inducit circa substantiam obligationis, sed bene circa quædam extrinseca et accidentalia, videlicet*

1. Puede consultarse sobre este punto el informe 26 de D'Aguesseau.

“circa probationem et vim executivam; et “sich hujusmodi titulus duo tantum operatur; “primo confessionem et probationem re- “cognoscentis, secundo vim guarentigiam.” (Com. sobre la cost. de París, tit. I, §. 18, núm. 19.) Tambien reproduce, relativamente á las concesiones feudales (ibid., §. 8, núm. 87), la distincion entre la confirmacion simple y la confirmacion *in forma speciali*. Y en esta materia, debe reconocerse, que la distincion estaba bastante conforme con el espíritu de la constitucion de Justiniano. ¿Pero hasta qué punto este jurisconsulto, cuya claridad está lejos de igualar á su profundidad, ha generalizado esta doctrina? Esto es lo difícil de decidir; porque por una parte, se halla en su *Comentario sobre la costumbre de París*, y en su tratado *Contractuum et usurarum* (núm. 210), numerosos pasages en que atribuye al reconocimiento la forma de la confesion, sin hacer reserva alguna; por otra parte, remite, en este mismo tratado (núm. 210) á la doctrina anteriormente espuesta sobre la costumbre de París. Desgraciadamente Pothier (*Oblig.*, núm. 778) comprendió á Dumoulin (1) en el sentido mas restrictivo, y su opinion ha pasado al Código.

Antes de haberse autorizado por el art. 1337 del Código Napoleon esta opinion, ¿habia ya prevalecido en la antigua jurisprudencia? El tribunal de París ha dado sobre este punto dos sentencias en sentido inverso, la una el 30 de Enero, y la otra el 14 de Agosto de 1818. Si consultamos á los autores antiguos, vemos que están lejos de reproducir la doctrina atribuida á Dumoulin. “Es la opinion mas comun entre los intérpretes,” dice Henrys (lib. III, cap. II, cuestion 1ª) “que basta un solo reconocimiento, si está asistido por algunos admi- “nículos, ó si está seguido de la posesion.” (V. tambien Rousseaud de Lacombe, *Jurisprudencia civil*, vº *Reconnaissance*.)

Como quiera que sea, el art. 1337 del Código, dice: “Las actas de reconocien-

1. Toullier, que ha elucidado perfectamente esta materia (tomo X, núm. 315 y sigs.) piensa que Dumoulin ha distinguido siempre entre las confirmaciones de investiduras y los reconocimientos propiamente dichos; pero esta distincion no nos ha parecido resaltar con claridad de las esplicaciones de este sábio jurisconsulto.

to no dispensan de la presentacion del título primordial, á menos que no se relate “especialmente su tenor.”

784. Para justificar esta proposicion, el relator del Tribunado ha dicho, que “las actas de reconocimiento no se han hecho con la intencion de contratar, puesto que su objeto no era otro que recordar una obligacion ya existente.” Todo lo que es permitido deducir de aquí, es, que el acta ó escritura de reconocimiento, como una copia, debe presumirse que reproduce el título ó documento primitivo; y que si hay alguna diferencia entre ambas, debe presumirse que proviene de error. Mas ¿por qué no admitir en todos los casos, las actas de reconocimiento, como las copias en forma, para reemplazar el título original, cuando se ha perdido? En último resultado, el reconocimiento debe racionalmente hacer fé de una obligacion preexistente, mientras no aparezca lo contrario. Este no es mas que una forma de la confesion, ¿y por qué habia de tener menos fuerza la confesion escrita que una confesion verbal, respecto de la existencia del título primordial? En vano se dirá, con un jurisconsulto siempre dispuesto á tomar la defensa de los redactores de nuestros Códigos (M. Demante, Programa. tom. III, núm. 819), que puede haberse sorprendido á la ignorancia ó arrancado á la debilidad un simple reconocimiento sin la esplicacion de las causas que han producido la deuda, y que tal vez tambien la misma deuda reconocida, ha debido extinguirse sin que se haya pensado en hacer suprimir todos los reconocimientos. El primero de estos motivos, propenderia á hacer relatar la sustancia de la obligacion consignada por el título primitivo, como lo exige la ley respecto de las actas de confirmacion (Cód. Nap., art. 1338), pero de ningun modo á hacer reproducir este título por completo. En cuanto á la suposicion de que se hubiera descuidado retirar los reconocimientos despues de la liberacion del deudor, nos parece muy gratuito, porque siendo necesariamente esta liberacion mas reciente que la constitucion de la deuda, la

pérdida del título primordial es mucho mas probable que la del título consignando la liberacion. En suma, hubiéramos comprendido, que se hubiera exigido ciertas condiciones para que el acta de reconocimiento pudiera reemplazar al título primordial, y en este sentido, el sistema de confirmacion, tal como lo enseñaba Dumoulin, podía concebirse. Pero es avanzar demasiado exigir la presentacion, y si no puede obtenerse, la reproduccion del título primordial. Sin embargo, la ley es positiva, la simple acta de reconocimiento en el sistema del Código, no tiene ya utilidad sino para interrumpir la prescripcion (*ibid.*, art. 2263).

785. ¿Qué debe entenderse por esta exigencia de la ley, que el tenor del título primordial sea especialmente relatado? Segun la opinion comun, deberia reproducirse casi literalmente el texto del acta primitiva, y esto es lo que parece resultar de un pasaje de Dumoulin (*Cost. de Paris*, tít. II, §. 8, núm. 89), en que se supone una reproduccion completa: *enarratio toto tenore confirmati*. Este pasaje es tambien al que Pothier se ha atendido esclusivamente. Pero si se estudia en su conjunto las esplanaciones de Dumoulin, se vé que está lejos de exigir la completa reproduccion del acta primitiva, lo cual seria muy poco puesto en razon. Basta que el reconocimiento contenga la sustancia del acta primitiva: *contineat et specificet saltem substantialia actus* (*ibid.*, núm. 921 . . .) *si renovatio esset indeterminata, nihil operaretur* (*ibid.*, núm. 93). Este gran jurisconsulto nos dá él mismo un ejemplo de un reconocimiento *in forma speciali*, en estos términos: *Sicut prædecessor noster . . . prædecessori tuo concessit talem rem in ffundum, ita et nos concedimus*. Hay mucha distancia de esto á una reproduccion literal de la primera concesion. Solamente es necesario, que el reconocimiento sea *certa et specifica* (*ibid.*), lo cual no es otra cosa que la aplicacion de los principios generales sobre la confesion.

El texto del Código, ¿es bastante preciso para escluir la aplicacion á nuestro derecho de esta doctrina tan racional? *Relatar* el te-

nor, no es reproducirlo. Y la relacion especial parece tambien una traduccion del reconocimiento *certa et specifica* de que habla Dumoulin. En último resultado, las actas de reconocimiento no son copias, y el relator del Tribunal dice con razon que estas actas, "sin volver á trazar entera ó idénticamente todo lo que se hallaba contenido "en una acta precedente, recuerdan, no obstante, esta acta." Es, pues, conformarse con el espíritu del legislador, entender por el tenor del acta las condiciones constitutivas de la convencion, clara y distintamente articuladas. ¿Qué se ha querido en definitiva, exigiendo esta mencion? Prevenir el peligro de que se hicieran confirmaciones sin conocimiento de causa, de antiguas concesiones. Pues, bien, este peligro no existe, en cuanto se hallan reproducidas las disposiciones sustanciales del acta primordial. El tribunal de casacion (sent. deneg. de 11 de Junio de 1833), ha entrado en esta vía, considerando como un título de reconocimiento suficiente la providencia de un consejo providencial que recordaba la disposicion de un antiguo título ó documento, haciendo concesion de derechos sobre un bosque, pero sin comprender la copia textual. Finalmente, pueden los tribunales decidir siempre de hecho como el tribunal de Pau por sentencia de 14 de Agosto de 1828, sostenida en casacion el 29 de Enero de 1829, que el acta intitulada de reconocimiento tenia menos por objeto reconocer que sustituir el primer título, cuya presentacion no podría en su consecuencia exigirse, puesto que no hay mas que aplicar aquí los principios de la novacion.

786. El Código Napoleon, despues de haber tomado á Pothier la regla, le toma una escepcion, sacada igualmente de la antigua doctrina sobre las confirmaciones de las investiduras.

Sin embargo, añade el art. 1337, "Si hubiera muchos reconocimientos conformes, "sostenidos por la posesion, y uno de los "cuales tuviera once años de fecha, el acreedor podría quedar dispensado de presentar el título primordial."

Segun esta disposicion, el acreedor podría solamente quedar dispensado de presentar el título primordial, y era efectivamente preciso, segun Pothier (Oblig. núm. 778), que fuesen las circunstancias favorables, y especialmente, que fuera muy antiguo el título primordial. Esta condicion no se menciona por Dumoulin (*ibid.*, núm. 90), y en el dia, no se vacilara jamás en pronunciarse en favor del acreedor, que tiene á favor suyo muchos reconocimientos sostenidos con una larga posesion, puesto que es evidente que es ya demasiado restringir á esta hipótesis la fé del título de reconocimiento.

787. La segunda parte de la doctrina de Dumoulin y de Pothier sobre las actas de reconocimiento es mucho mas racional, habiéndola reproducido el art. 1337 en estos términos:

"Lo que contienen de mas, que el título primordial, ó lo que hay diferente de éste en él, no tiene ningun efecto."

Efectivamente, no teniendo el acta de reconocimiento por objeto crear una nueva obligacion, sino consignar una obligacion existente (*non dispositivus, sed declaratorius*), por el mero hecho de representar el título primitivo, lo que contiene de mas ó diferente el título de reconocimiento, se reputa que proviene de un error (Pothier, Oblig., núm. 779), á menos que se demuestre la intencion de la novacion. En virtud de este mismo principio, pasa el vicio del título primordial al título de reconocimiento, segun lo ha juzgado el tribunal de casacion, el 20 de Octubre de 1808.

Sin embargo, no deberá considerarse como una estension de la obligacion, que se deba atribuir á un error, la estipulacion de garantías accesorias, tales como la solidaridad. Esta estipulacion entra en la naturaleza de las actas de reconocimiento, que, segun la doctrina de Dumoulin, pueden, sin cambiar de carácter, innovar *circa quedam extrinseca et accidentalia*, y especialmente añadir garantías, *vim quarentigiam* (*ibid.*, §. 18, núm. 19). Es, pues, permitido estipular la solidaridad, y se puede

igualmente hacer ejecutorio el título de reconocimiento, aunque no sea susceptible el título primordial de ejecucion forzosa (Tolosa, 5 de Abril de 1838).

788. Es de notar que el texto no rehusa dar efecto sino á lo que contiene de mas el nuevo título. Si el nuevo título enuncia, por el contrario, un crédito menor, se supondrá fácilmente en favor de la liberacion (C. Nap., art. 1162), que esta enunciacion se dirige á reemplazar el primer título, conforme á la voluntad de las partes, y producirá inmediatamente efecto. Si no ha habido intencion de novar el título primordial, conserva toda su fuerza, y la mencion de una deuda menor es puramente errónea; solamente la prescripcion de treinta años puede reducir la deuda á las proporciones fijadas en el acta de reconocimiento, mientras que la prescripcion no haria adquirir al acreedor un excedente de crédito, no reconocido por el acta primordial. Pothier (*ibid.*, núm. 780), al permitir al deudor invocar la prescripcion en el caso en cuestion, somete esta prescripcion á condiciones arbitrarias, que podrían exigirse cuando invocara el acreedor un suplemento de crédito, pero que no podrían serlo aquí puesto que la prescripcion se dirige, por el contrario, á disminuir el derecho del acreedor. Pothier añade, en efecto (núm. 780), despues de haber renunciado la proposicion, que puede ser de otra suerte, si hay menos en el reconocimiento que en el primer título.

"Si hay muchos reconocimientos conformes, y que se remontan á treinta años, el acreedor, produciendo el título primordial, no podrá pretender mas de lo que se contiene en los reconocimientos porque se prescribió el exceso."

Se ha hecho observar con razon, que Pothier exige arbitrariamente esta vez muchos reconocimientos conformes. El lapso de treinta años basta para operar la prescripcion, aun cuando no hubiese mas que un solo reconocimiento, digamos mejor, aun cuando no hubiera reconocimiento alguno, si deudor justificaba, reproduciendo car-

tas de pago, que habia pagado durante treinta años una suma inferior á lo que se habia estipulado en su origen.

789. El Código sardo, ilustrado por las críticas de que ha sido objeto nuestro Código sobre este punto, ha vuelto al único sistema que reconoce la razon. "El acta de reconocimiento," dice el artículo 1450 de este Código, "hace prueba contra el deudor, sus herederos y causa-habientes, á menos que éstos, por la representacion del título primordial, prueban que ha habido en el acta de reconocimiento error ó aumento de la deuda primitiva."

790. La sutil regla sentada por el art. 1337 del Código Napoleon repugna á la interpretacion amplia y equitativa que requiere la sencillez de las operaciones mercantiles. Hállase en armonía por otra parte con un sistema de legislacion fundado casi esclusivamente en la prueba escrita. En los casos en que se admite la prueba testimonial indefinidamente, no puede tener aplicacion semejante regla; de donde la consecuencia, autorizada por una sentencia de 27 de Diciembre de 1835, que en materia de comercio los jueces tienen un poder discrecional para decidir si ha habido reconocimiento válido de una deuda anterior.

791. Por otra parte, el deseo de restringir la trascendencia de una disposicion verdaderamente exorbitante, ha hecho imaginar una distincion, mas especiosa que sólida, entre el reconocimiento de una deuda y la de un derecho real. Diciendo el art. 695 del Código Napoleon sencillamente, que el título constitutivo de una servidumbre puede reemplazarse por un título de reconocimiento de la servidumbre emanada del propietario del fundo sirviente, segun una opinion acreditada por la doctrina, y seguida tambien por la jurisprudencia del tribunal de casacion (sent. de 16 de Noviembre de 1829 y de 2 de Marzo de 1836), no habria lugar á exigir, para el título de reconocimiento de la servidumbre, las condiciones especiales del art. 1337. Esta opinion nos parece refutada por una conside-

racion muy sencilla, y es, que las reglas del Código Napoleon sobre la prueba, aunque colocadas en el título de los *contratos*, rigen incontestablemente la materia de los derechos reales. Hacer un examen de estas reglas para no aplicar á los derechos reales mas que las que parecieran razonables, es incurrir inevitablemente en la arbitrariedad. ¿Cómo habia de tener efecto la simple mencion de un título de reconocimiento para derogar anticipadamente los principios establecidos anteriormente sobre lo que constituye un título de reconocimiento válido? Admitiendo una escepcion para las servidumbres, no se podria, sin consultar la ley, estender esta derogacion á los demás derechos, y por otra parte, rehusarse á esta estension es incurrir en una verdadera contradiccion de principios. Añadamos, finalmente, que la confirmacion *in forma speciali*, habiendo sido precisamente imaginada para las concesiones de derechos reales (núm. 783), es bastante singular querer, por el contrario, limitar á los créditos la aplicacion de esta regla especial.

La doctrina espuesta por M. Bonnier en este §. es análoga al espíritu de nuestras disposiciones legales sobre las escrituras de reconocimiento, las cuales suelen ser mas frecuentes y mas útiles en materia de censos y prestaciones ánuas ú otros derechos perpétuos de cualquiera especie, puesto que remontándose los títulos primordiales, por lo comun á épocas muy lejanas, están espuestos á desaparecer por mil accidentes, y que para evitar este inconveniente, se recurre á las escrituras de reconocimiento.

En el proyecto de Código civil de 1851 se contienen sobre esta materia las siguientes disposiciones: "Para que una escritura de reconocimiento dispense de la presentacion del título primordial, debe contener sustancialmente el tenor de este último. Lo que contenga de más ó que sea diferente del título; no surte efecto, á no ser que conste claramente que ha sido otra la voluntad de las partes. El acreedor podrá ser dispensado de la obligacion de presentar el título primordial, si hubiera varios reconocimientos de hecho conformes y soste-

nidos por la posesion que basta para adquirir por prescripcion:" art. 1218.

La intencion de las partes, dice el Sr. García Goyena, al otorgar estas escrituras, no ha sido la de contraer una nueva obligacion, sino de reconocer la ya existente á virtud de un título primordial; en este, pues, se ha de buscar la verdadera voluntad de las partes y la fuerza y efectos de la obligacion. Por lo mismo, es de cargo del acreedor presentar de nuevo el título primordial, si el deudor lo pide, á menos que se haya insertado testualmente en la escritura de reconocimiento, porque entonces equivale esta al título primordial, y nada importaria su pérdida.

Se dice que no surtirá efecto lo que contenga de más, porque puesto que en la escritura de reconocimiento no se contrae una nueva obligacion, y solo se recuerda la que ya existia por el título primordial, es consiguiente caso, ha habido error, que aparecerá por el cotejo con el título primordial; y el error es una de las causas de nulidad aunque hayan mediado diversos reconocimientos. Esta disposicion favorece no solo al deudor, sino tambien al acreedor: la equidad y la justicia son las mismas en ambos. En el caso de la escepcion que se establece en el artículo citado, dispensando al acreedor de la obligacion de presentar nuevamente el título primordial, si lo pide el deudor, se trata de escrituras de simple reconocimiento, y en las que no se haya insertado testualmente el título primordial. La multiplicidad de ellas, su conformidad, la antigüedad de la fecha y tan larga posesion, hacen de esta escepcion un dictado de justicia y equidad. El artículo dice "podrá," porque no queda dispersado *ipso jure*, como en el caso anterior, sino que se deja al prudente arbitrario del juez el dispensarle ó no, atendida la gravedad y certeza de las diversas circunstancias.

En el art. 1212 de dicho proyecto se establece tambien, que no es válido el instrumento en que se confirma ó ratifica una obligacion nula sujeta á rescision, si no contiene: 1.º La sustancia de esta obligacion. 2.º La expresion del vicio que dá lugar á la nulidad ó rescision, y la intencion de repararlo. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de tercero.—(N. de C.)

## §. II. COPIAS.

### SUMARIO.

792. Qué copias pueden tener autoridad.  
793. Fé esclusiva del título original.

794. *Secus* respecto de las actas del estado civil.  
795. Respecto de los *exploits d'huissier* [1]  
796. Fé de creciento de las copias.  
797. Primeras copias.  
798. Copias que se les asimilan.  
799. Copias cuya fé depende de su antigüedad.  
800. Copias que no sirven mas que de principio de prueba.  
801. Copias de copias.  
802. Como deben sacarse las copias.  
803. *Compulsorio*.  
804. Casos en que se puede invocar la transcripcion.  
805. ¿*Quid* respecto del registro?  
806. ¿Debe darse mas fé á las actas del escribano de actuaciones? [*huissier*].

792. La necesidad de poner á disposicion de cada una de las partes un título que le permita hacer valer sus derechos, dejando el original en manos del oficial publico, así como la ventaja de multiplicar los medios de prueba, á fin de no poner á merced de un accidente los intereses mas importantes, han hecho introducir hace largo tiempo en nuestro derecho reglas especiales sobre las copias de las actas auténticas. En cuanto á los escritos privados, el original solo puede hacer fé, y las copias que de él se libren, aun por notarios, no tendrán autoridad alguna. Nadie tiene cualidad oficial para transcribir estos escritos. Por otra parte, la reproduccion de una acta auténtica por un simple particular, no tendria fé alguna. No tenemos, pues, que ocuparnos sino de las copias de actas auténticas libradas por oficiales públicos, tales como los notarios y escribanos.

793. El legislador aplica desde luego á la prueba literal esta verdad que reconocen la razon y la esperiencia, que el testimonio directo debe ser siempre preferirse al testimonio indirecto.

Esto no es mas que una aplicacion del principio mas general, sobre el cual insisten

1. En Francia se dá el nombre de *huissier* al oficial público encargado principalmente de notificar los actos de justicia, de ejecutar los juicios, etc. y muchos de los cuales, hacen el servicio en las vistas del tribunal á que pertenecen. En su consecuencia, los *exploits d'huissier* no son mas que actos de procedimiento libelados en forma legal, escritos en papel sellado, y entregados por ellos á la parte citada, hablando á su persona ó á uno de los suyos. El *huissier* viene pues á equivaler á nuestro escribano de actuaciones, y sus *exploits* á los escritos en que se consignan las diligencias de notificaciones, citaciones, embargos, ejecuciones y demás á que ha lugar. Nos valdremos pues, de la palabra *exploits*, en la presente traduccion, por referirse á todos estos escritos.—[N. de C.]

con razon los juriscultos ingleses, que es preciso siempre haber recurrido al mejor medio de prueba de que es susceptible un asunto (V. tomo I, pág. 308, nota 1.)

"Las copias, dice el art. 1334, cuando subsiste el título original, no hacen fé sino de lo que se contiene en el título, cuya representacion puede siempre exigirse."

Desde que la parte á quien se opone la copia, aun la mas en forma, pide, á fin de que se verifique su comprobacion, la presentacion del original, no pueden los jueces dispensarse de mandarla, pues no podría autorizar la negativa el temor de retardar el curso de la justicia: *Semper oportet ostendi originale*, dice Dumoulin (Cort. de París, tít. 6, pág. 8, núm. 32): así lo ha juzgado una sentencia de casacion de 15 de Julio de 1829. Pero el acta se considera perdida legalmente por el solo hecho de no encontrarse el título original en el sitio en que debia depositarse. El que produce la copia, no está obligado á producir la prueba del acontecimiento que ha ocasionado la pérdida del original (Sent. deneg. de 10 de Noviembre de 1830).

794. Los extractos de los registros del estado civil tienen mas autoridad. La fé que se les atribuye, cuando se han librado conforme á los registros (C. Nap., art. 45) se entiende generalmente en el sentido, no de que sea preciso justificar su conformidad con los registros, lo cual obligaria á la traslacion perpétua de estos preciosos documentos, sino en el sentido de que, cuando se declare que se han entregado conformes, segun la fórmula usada, debe presumirse la conformidad. La parte contraria puede pretender que no existe esta conformidad, pero á ella corresponde hacer su prueba presentando un nuevo extracto, lo cual dará lugar á ordenar la produccion de los registros si hay desacuerdo entre los diversos extractos presentados (Bourges, 17 de Febrero de 1841). La opinion contraria profesada por nuestros autores, tendria inconvenientes sensibles en la práctica, en que tienen una aplicacion tan usual las actas del estado civil.

795. Conviene tambien observar, que la distincion del original y de la copia no es aplicable á los *exploits d'huissier*. La copia de semejante acta hace las veces de original respecto de quien la recibe, y, debiendo verificarse con respecto á la copia, bajo pena de nulidad, todas las formalidades requeridas para la validez intrínseca del *exploit*, seria inútil exigir la presentacion del original.

796. El legislador aplica en seguida á las copias otro principio, que la prueba se debilita á medida que se aleja de su fuente. En su consecuencia establece, en cuanto á la fé de las copias, para el caso de pérdida del original, una progresion decreciente, cuyo primer término es la primera copia, que es casi contemporánea de la original, y el último término, la simple copia de copias. Es de advertir, que las copias del primer grado tienen una fuerza que no pertenece menos al testimonio de oídas. "El declarante, dice Bentham (lib. IV, cap. 9), puede haber tomado al vuelo el discurso que llegó á su oído, y haberse equivocado sobre su sentido. El copista tiene siempre un original delante, y puede volver á consultarle para asegurarse de su exactitud."

797. Las primeras copias, dice el art. 1335, hacen la misma fé que el original.

Sabido es, que estas copias se libran en forma ejecutoria; pero las primeras copias en que no se encuentra esta fórmula, cuando se trata de un acto que no está destinado á ser ejecutado, como el que consigna el reconocimiento de una servidumbre, en favor de un vecino, se colocan por la ley en la misma línea que dichas copias, y tienen efectivamente la misma fuerza probatoria (sent. deneg. de 17 Medidor, año X). La importancia de estas copias, que deben servir de títulos á los contratantes, y el poco tiempo que separa habitualmente la confeccion del original de la expedicion de la primera copia, garantizan suficientemente la exactitud de la reproduccion del título original. *In effectu et virtuti probandi*. Dice Dumoulin (*ibid.*, núm. 42), *est verum originale*. El oficial público no puede en-

tregar mas que una primera copia á cada una de las partes (ley de 25 de Ventoso, año XI, art. 26), bajo pena de destitucion. El motivo de esta prescripcion, que es muy antigua, se comprende fácilmente. La entrega de una segunda copia al acreedor, sin intervencion del deudor, podría permitirle hacer revivir un crédito estinguido. Así se ha establecido por el art. 178 de la Ordenanza de 1559. "Propter præjudicium, dice perfectamente Dumoulin (*ibid.* §. 46), quod posset fieri alteri parti; que forte satisfecit, prout apparere posset per cancellationem vel apocham scriptam in dorso prioris instrumenti." En cuanto á las copias no ejecutorias, es permitido, sin duda, entregar muchas, pero solo la primera hace plena fé en caso de perderse el original.

798. "Lo mismo acontece, añade el art. 1335, 1º, respecto de las copias que han sido sacadas por autoridad de magistrado, estando presentes las partes ó siendo debidamente llamadas, ó respecto de las que se han sacado en presencia de las partes y de su consentimiento recíproco."

Dumoulin, cuya doctrina sobre las copias ha sido reproducida por Pothier, dice que es preciso restringir á las partes y á sus sucesores la fé de la copia así sacada con su consentimiento; ó debidamente llamada, y que de otra suerte es respecto de los terceros: "Hanc conclusionem limito, dice (*ibid.*, núm. 37) ut procedat contra eum, cum quo vel quo vocato solemniter facta est exemplatio, contra quem plenè probat, sicut originale, et retrotrahitur ad datam originalis. Secus contra alium, quia non faceret fidem." ¿Cuáles son los terceros de que se trata? Si se trata de un coobligado, de una caucion, de un codeudor solidario, etc., es claro que no se podría obligarle á reconocer como conforme al original una copia cuya confeccion no hubiera sido llamado á comprobar. En esto la doctrina de Dumoulin es de una exactitud incontestable. Bajo este respecto, las copias de que hablamos tienen menos fuerza que las primeras copias, que puede emplear el acreedor contra todos los coobligados, aunque

él las haya sacado sin hacerse dar ninguna autorizacion. Pero es más difícil admitir con este jurisculto, que sea imposible invocar contra los terceros las copias de que nos ocupamos, no para obligarles personalmente, sino para forzarles á reconocer la existencia del acta reproducida en la copia, si se trata, por ejemplo, de oponerles la prescripcion de diez ó veinte años. Y no obstante, la fecha de este original ¿no es un hecho de que el notario ha podido convencerse *propriis sensibus visus et auditus*, como dice este mismo autor? Habia una razon mas plausible de dudar, en tiempo de Dumoulin, como hace observar Merlin perfectamente (*Questiones de derecho*, vº *Triage*, §. 1), porque antes del edicto de Mayo de 1597, no estaban encargados los notarios de guardar los originales de las escrituras que habian autorizado (núm. 462), y en su consecuencia no podian, al dar la copia, atestiguar la verdad del original. Pero desde que los mismos oficiales ó funcionarios libran las escrituras y guardan el original, tienen calidad para certificar la sinceridad del original de que son depositarios. ¿No es, en su consecuencia, un escrúpulo exagerado, no admitir la fecha del original, cuando la copia que la relata ofrece todas las garantías apetecibles? Las partes que tienen derecho de recurrir á esta operacion son, pues, las cointeresadas, cuyos derechos se hallan directamente en juego, pero no los terceros desconocidos, sobre cuyos intereses no produce efecto el acta sino de rechazo.

799. "Las copias que sin decreto judicial ó sin el consentimiento de los interesados, y despues de haberse dado las primeras, se hayan sacado por el protocolo del acta ó escritura por el notario ante quien se otorgó, ó por uno de sus sucesores en el oficio, ó por los oficiales públicos que en calidad de tales son depositarios de los protocolos, pueden, siendo antiguos, hacer fé en caso de pérdida de los originales."

"Se consideran antiguos cuando su fecha tenga más de treinta años."

"Si tienen menos de treinta años, solo pueden servir como principio de prueba instrumental."

Dos circunstancias impiden á estas copias poder ordinariamente hacer plena fé: el no ser sacados en una época próxima al contrato, y el no haberse dado con el consentimiento de la parte contraria, ó por decreto judicial. Así, es menos segura su exactitud, y es mas de temer la colusión. Sin embargo, este último peligro, era el mas grave, por la exposicion de incurrir en error de poca importancia en el fondo, cuando la copia es cotejada con la original ó registro por un oficial en cuyas funciones entra especialmente la entrega de tales copias. No podemos, pues, admitir el motivo que dá Dumoulin (*ibid.*, núm. 65) repetido con frecuencia: "Tempore exemplationis non fit instrumentum originale, nec geritur actus ni eo contentus, nec possunt tabelliones esse rogati de veritate facte in neo contenti, nec illius habere notitiam propriis sensibus, et hoc est impossibile quum actus transierit, et sic non est possibile exemplum esse instrumentum authenticum de veritati facti vel actus in originali contenti." Esto podia ser verdadero, como acabamos de ver, en tiempo de Dumoulin, cuando el oficial que llevaba la copia no era el mismo que el redactor del original. Pero en el día, es difícil sostener, que el notario, á un tiempo mismo redactor y espedidor, no tenga calidad para certificar la conformidad de su copia con el original. El oficial que verifica el cotejo, atestigua hechos de que tiene conocimiento *propriis sensibus*, y sobre los cuales le dá su profesion luces especiales. El verdadero motivo se encuentra en la posibilidad de una colusión, cuando no ha sido llamada la otra parte, y por esto acontece que haciendo la antigüedad esta conformidad fraudulenta poco verosímil, las copias, al cabo de treinta años, hacen plena fé, cuando son libradas por el depositario legal del original ó registro. Si por el contrario, dominara la presuncion de inexactitud, seria fuera de razon transformar al

cabo de treinta años el error en verdad. "Non potest antiquitas" dice Dumoulin (*ibid.*, núm. 76), "de novo inducere in totum probationem que nulla est, sed eam demum quæ aliqua est, adjuvare."

Cuando el acta ó escritura tiene menos de treinta años (1), el legislador la considera como un principio de prueba por escrito, porque si es posible el fraude, está lejos de ser cierto, y la prueba testimonial puede permitir llegar á la verdad. Esta es una de las escepciones sobre esta materia, de que el principio de prueba debe emanar de la parte contraria. La presuncion de la exactitud de una copia librada por un oficial público, aunque en ausencia de la parte contraria, iguala á la fuerza de los indicios que puede ofrecer una causa que emane de esta parte. Además, las presunciones serán admisibles, por el solo hecho de ser admisible la prueba de testigos, presunciones á las que se habrá recurrido para la prueba, cuando el acta, aun teniendo menos de treinta años sea bastante antigua para que no pueda presentar la informacion ninguna utilidad formal.

800. "Cuando las copias sacadas por el protocolo de una acta, no lo hayan sido por el notario, por ante quien se otorgó, ó por uno de sus sucesores en el oficio, ó por los oficiales públicos, que bajo esta calidad son depositarios de los protocolos, solo podrán servir, como principio de prueba instrumental."

Concíbese que un oficial público, que no es depositario legal del protocolo, no tenga calidad para librar una copia que puede hacer fé, en caso de perderse el original; y en efecto, cuando coteja la copia, puede atestiguar de la conformidad que existe entre los dos escritos, pero nada le asegura que el pretendido protocolo que se le presenta, es un verdadero original, y sin dolo alguno por parte suya, puede llegar á ser fácilmente instrumento de un fraude (2).

1 No es necesario que la copia tenga fecha, puesto que esta puede acreditarse por las circunstancias de la causa (sent. deneg. de 10 de Noviembre de 1830).

2 Esto no es mas, segun las expresiones de los prácticos, que un simple indicio, al cual ciertos autores citados por Delapois y Freminville, en su *Libro universal*

Háse pues, decidido, que un documento de esta naturaleza no puede servir nunca, á lo menos, sino como principio de prueba por escrito. "Non audeo simpliciter dicere," dice Dumoulin (*ibid.*, núm. 75), quod nullam pæsumptionem nullum "indicium faciat."

Esta decision tenia frecuentes aplicaciones en el siglo XVI cuando no estaba garantizada la conservacion de las actas por la prohibicion impuesta á los notarios de desprenderse de los protocolos bajo pretesto alguno (art. 22). En esta época, las actas mas importantes eran entregadas por oficio, y las partes se dirigian en seguida á cualquier notario para hacerle entregar una copia. En el día, que los protocolos permanecen en el oficio del notario, no acontecerá sino en casos escepcionales, por consecuencia de la violacion de la ley ó de algun accidente, que se espida una copia por otra persona que por el notario depositario del protocolo ó por su sucesor, pues que en el caso en que el escribano se halle momentáneamente investido del poder de entregar copias de actas depositadas en la escribanía, es su depositario legal, y sus copias tienen entonces tanta autoridad como las de un notario (Cód. de proc. art. 245).

801. Finalmente, "las copias de copias podrán (*ibid.*, 4º) considerarse segun las circunstancias que tengan, como simples noticias ó indicios."

Dumoulin (*ibid.*, núm. 33) compara las copias de copias al testimonio de segundo grado: "Exemplum exempli nullo modo probat, sicut nec testimonium de auditu auditus, vel de auditu alieno." En el día, que no se halla sometido el exámen de testigos á reglas preconcebidas, hemos visto que el testimonio del segundo, del tercer grado, etc., debe ser acogido con desconfianza, pero no puede ser rechazado de plano. Estando, por el contrario, la fé de los escritos sometida á reglas fijas, el Código, siempre fiel á la doctrina de Dumoulin, no vé ni un principio de prueba en la copia de

copia, que suponemos, no obstante, espedida siempre por un oficial público. Seria mas exacto decir con Pothier (*Oblig.*, núm. 776) que semejante copia tendrá á lo mas la fé de la copia de que se ha sacado, y que podrá tenerla menor segun las circunstancias. La antigua jurisprudencia, por lo demás, estaba lejos de ser rigurosa respecto de las copias de copias, puesto que se cita una sentencia del Parlamento de París de 22 de Julio de 1763, que sostuvo á la princesa de Nasau en los derechos que la concedia una copia de 24 de Junio de 1329, aunque no constaba la existencia de esta carta sino por una tercera copia, sacada esta tambien el 6 de Febrero de 1746 de otra segunda copia, sacada asimismo el 6 de Abril de 1486 de otra primera copia, sacada del original ó protocolo el 12 de Diciembre de 1429.

Poco importa, añade Dumoulin, que la copia de que se saca otra nueva ofrezca todas las garantías apetecibles. "Etiam si esset sumptum de exemplo solemnissime exemplato cum vero, et publico, et indubitato originali, et iudice authore, etiam partibus presentibus et expresse consentientibus." Hay exajeracion en esta regla absoluta. Si la copia de copia ha sido estendida por el oficial depositario del protocolo en una época próxima á la de la confeccion de este protocolo, que se perdió despues accidentalmente, de una copia original ó primera, cuya fé se confunde con la del protocolo, se hubiera podido autorizar al juez para ver, segun las circunstancias, en esta copia de segundo grado, un principio de prueba por escrito. Lo que por lo menos se puede negar hoy difícilmente es, que no pueda el consentimiento de las partes elevar á un grado superior la autoridad de la copia de copia. El tribunal de casacion ha decidido con razon (sent. deneg. de 17 de Diciembre de 1838) que pueden hacer fé copias de copias cuando se han recibido en el proceso sin contradiccion. ¿Por qué no habia de ser lo mismo respecto de aquellas que se han sacado por consentimiento recíproco de las partes?

de los Terratenientes, tom. 3.º, rehusaban absolutamente toda autoridad.

Pero ¿qué quiere decir la ley cuando dice que estas copias podrán servir de *simples noticias* ó indicios? Las actas ó escrituras mas informes no serian noticias, en el sentido de que pudiera consultarlas el juez, á fin de ponerse en camino de pruebas mas fuertes? El principal efecto que Dumoulin (*ibid.*, núm. 35) atribuye á las copias de copias, es permitir al que las invoca hacer suyos sus beneficios; ventaja que no podria resultar de un documento informe, como una copia que fuese obra de un particular. Nada impide admitir en el dia esta solucion. Se ha propuesto igualmente autorizar al juez para fundarse en noticias de esta naturaleza para deferir el juramento supletorio. No carece de ejemplo, en último resultado, que un escrito permita deferir el juramento, sin autorizar por esto la práctica de la prueba testimonial, puesto que hemos reconocido (número 780) que tal es el sistema de la ley en cuanto á la fé de los libros de los comerciantes respecto de los particulares. Esta facultad de conceder de esta suerte cierto valor judicial á las copias de copias, templá la parte sobrada absoluta de la proposicion general del legislador.

No debe confundirse, por lo demás, con las copias, los traslados sacados de las copias figuradas para que está autorizado el notario, cuando se halla retenido el protocolo en la escribanía, á consecuencia de un procedimiento (ley de Vent., art. 22; Cód. de proc., art. 203). Estas copias figuradas se colocan en la clase de los protocolos, y en su consecuencia, los traslados que de ellas se sacan son copias de primer grado.

802. Todas las copias de que hemos hablado, salvo las primeras, cuya expedicion se refiere al ministerio del notario que redacta el registro ó protocolo, deben sacarse por dos notarios, ó por uno asistido de dos testigos. De otra suerte, debe decirse con Dumoulin y Pothier (*Oblig.*, núm. 775), que son completamente informes: "Persona publica, agens contra officium personæ publicæ, non est digna spectari ut persona publica."

803. El Código de procedimientos (art. 899 y sigs.) ha determinado el curso que debe seguirse para obtener la copia de una acta ó escritura, cuando se rehusa por el oficial depositario del protocolo. Este procedimiento, conocido con el nombre de *compulsorio*, no ofrece en sus pormenores ninguna particularidad interesante sobre la que debamos detenernos.

804. Independientemente de estas copias, que pueden espedir los notarios ó escribanos de las actas de que son depositarios, estas actas se transmiten frecuentemente á la oficina del conservador de las hipotecas; operacion ya muy en uso antes que la legislación de 1855 la hubiera hecho nuevamente necesaria para la traslacion de la propiedad con respecto á terceros. El conservador de las hipotecas no hace en realidad mas que una copia de copia, puesto que no se le presenta el protocolo, sino un traslado, y á atenerse al rigor de los principios sentados, no podria servir la transcripcion sino de simple noticia. Pero esta reproduccion, que se hace ordinariamente sobre la primera copia en una época muy próxima á la confeccion de la escritura, por un oficial encargado especialmente de esta funcion, ha parecido que podia merecer mas confianza que las demás copias de copias. La ley permite ver en ella un principio de prueba por escrito (art. 1336), á condicion:

1º Que conste haberse perdido todos los protocolos de aquel escribano, correspondientes al año en que parece haberse celebrado aquella escritura, ó que se pruebe que por un accidente particular se perdió el protocolo de esta escritura.

2º Que exista un índice ó repertorio ordenado de aquel notario que acredite haberse verificado la escritura en una misma fecha.

Estas dos condiciones, á falta de las cuales se puede dudar que jamás ha existido un original, se exigian ya en tiempo de Pothier, en cuanto á la fé que podia merecer en su tiempo el registro de las insinuaciones. El Código Napoleon añade otra precaucion, que no es menos razonable.

"Cuando por medio del concurso de estas dos circunstancias se admite la prueba de testigos, será necesario que sean oídos los que han sido testigos de la escritura."

805. Lo que se ha dicho de la transcripcion ¿puede aplicarse al registro, cuando se hallen reunidas todas las circunstancias que acabamos de indicar? Muchos autores lo creen así, fundándose en que, de hecho, la existencia del escrito es bastante verosímil para que se pueda decidir que hay principio de prueba por escrito. En este sentido se ha pronunciado una sentencia de 16 de Febrero de 1837, pero en un caso muy favorable; tratábase de un simple poder, y el registro relatava la fecha, el nombre de las partes y el objeto del mandato. Debe confesarse que es poco verosímil en sí, que cuando el repertorio del notario, está conforme con los registros de la administracion, se haya practicado un doble fraude. Seria, pues, quizá de desear, que fuese tal la decision de la ley. Pero no debe perderse de vista el principio de que debe emanar de aquel contra quien se formó la demanda el principio de prueba por escrito. La ley exceptúa de este principio lo relativo á la transcripcion; pero no existe la misma razon respecto del registro, mucho menos seguro, puesto que no presenta mas que un extracto de la escritura, en vez de reproducir literalmente su tenor. En su consecuencia, nos parece que no se puede ver un principio de prueba en un registro, sin contravenir á las reglas severas pero positivas, que restringen entre nosotros la admision de la prueba testimonial y de las presunciones.

806. Segun una sentencia del tribunal de Burdeos del 9 de Mayo de 1848, no deberia haber tanta severidad respecto de las actas del escribano de actuaciones (*exploits d'huissier*), cuyo original puede fácilmente estraviarse, y restringiendo á las actas autorizadas por notario la aplicacion del art. 1336, se podria justificar la existencia de dichas actas por medio del extracto de los libros del registro combinado con el repertorio del escribano. Pero esta opinion, que

no se ha seguido por el tribunal de casacion (sent. deneg. de 1º de Agosto de 1810), no nos parece apoyarse en ninguna base sólida. Es enteramente arbitrario *suplir el tenor* de dichas actas (*exploits*), así que ha habido que reducirse á hacerlo en el caso juzgado por el tribunal de Burdeos, no pudiendo la simple mencion ser equivalente al texto, tan importante en las actas del escribano de actuaciones.

Segun nuestras leyes de Partida y recopiladas, la copia original ó primordial, que es la que se saca de la misma matriz, hace plena fé y trae aparejada ejecucion, estando sacada por el mismo escribano que asistió al otorgamiento y autorizó la matriz; mas si el facilitarla causa perjuicio á tercero, no puede dar dicha copia el escribano, sin que preceda el auto llamado *mandamiento compulsorio* y citacion de los interesados. Si dicha copia se saca por otro escribano, aunque fuere el sucesor en el oficio, y no se haya estraído otra copia del protocolo, no hace fé ni prueba en juicio, á no haberse sacado con autoridad judicial y citacion contraria, ó á no comprobarse con la matriz, prévia la misma citacion; bien que si no se redarguye de falsa, no es necesario cotejarla, pues es visto que la parte la prueba; leyes 10, tít. 19 y 55, tít. 18, Part. 3 y 2, tít. 16, 5 y 11, tít. 23, lib. 10 de la Nov. Recop.

El traslado, trasunto, ó ejemplar, que es la copia que por exhibicion se saca, no de la matriz, sino de la original ó de la que tiene carácter de tal, no hace fé sino contra quien lo produce, á no ser que se hubiese dado con autoridad judicial y citacion de la parte contraria, en cuyo caso hace tambien fé contra ésta, segun la ley 114, título 48, Part. 3; si bien cuando se dió por el mismo escribano que autorizó la matriz y la copia original, siendo de aquellas de que se puede dar cuantas copias se pidan (por no ser de las escrituras en cuya virtud se puede pedir la deuda cuantas veces se presente la escritura), quieren los autores, que aun sin haber mediado autoridad de juez ni citacion de parte, haga entera fé, por militar entonces la misma razon para darle fé que si se sacara del protocolo, aunque no traera aparejada ejecucion como el original. (V. Hevia Bolaños en la Curia Filipica, 1ª pte., §. 17, núm. 31 y Febrero, Nov. lib. 1, tít. 6, cap. 2, núm. 10). Segun este mismo autor y otros varios,

tambien el traslado antiguo sacado por cualquier escribano, aun sin decreto del juez ni citacion de parte, se considera digno de fé cuando en virtud y á consecuencia de él se dió posesion del derecho pretendido al que lo presenta, ó á su causante, bastando el trascurso de treinta años. (V. Escribano, Diccionario.)

Mas la nueva ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862, previene, en su art. 31, que solo el notario á cuyo cargo esté legalmente el protocolo podrá dar copias de él; en el art. 18, que no podrán expedirse segundas ó posteriores copias de la escritura matriz, sino en virtud de mandato judicial y con citacion de los interesados, ó del promotor fiscal, cuando se ignoren éstos ó estén ausentes del pueblo en que esté la notaría, y que será innecesaria la citacion en los actos unilaterales, y aun en los demás, cuando pidan la copia todos los interesados; y por último, en el art. 30 se declara, que las escrituras autorizadas por notario hacen fé en la provincia en que resida, y en las demás, debidamente legalizadas.

Además, para que los documentos públicos y solemnes sean eficaces en juicio, deben observarse las reglas que prescribe la nueva ley de Enjuiciamiento en su artículo 281, y que hemos espuesto en la adición inserta á continuacion del núm. 502, entre las que se prescribe, que los que se hayan traído al pleito sin citacion, sean cotejados con sus originales, á no ser que la persona á quien perjudiquen haya prestado á ellos asentimiento espreso; habiéndose declarado sobre este particular por el Tribunal Supremo de Justicia, en sentencias de casacion de 21 de Mayo de 1860 y de 26 de Febrero de 1867, que si bien la eficacia de los documentos públicos y solemnes presentados en juicio sin citacion, depende del cotejo con sus originales, este precepto de la ley supone racionalmente la existencia ó conservacion de los mismos; porque en el caso de haberse perdido ó destruido los protocolos, es doctrina legal admitida por la jurisprudencia, que debe darse valor y plena fé á la primera copia de un documento público sacada del original por el escribano que lo autorizó, cuando no se prueba la falsedad ni otro defecto que la falta de comprobacion ó cotejo.

Tambien se ha declarado por sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Mayo de 1860, que un documento puede ser auténtico y tener por consiguiente bastante fuerza probatoria, y no considerarse suficiente para probar un hecho concreto y determinado.

En el proyecto de Código civil de 1851, se previene, que las copias en debida forma sacadas de la matriz, hacen plena fé; pero puede exigirse siempre su comprobacion con la matriz. Si resultare alguna variante entre ésta y la copia, se estará á lo que contenga la matriz: art. 1215. Cuando la matriz no existe, hacen fé: 1º Las primeras copias sacadas de la matriz por el escribano que la autorizó. 2º Las copias ulteriores, sacadas por mandato judicial, con citacion de las partes. 3º Las copias ulteriores, sacadas en presencia de las partes y con su mútuo consentimiento y conformidad. A falta de las copias mencionadas, hacen fé las segundas ó ulteriores copias que tengan la antigüedad de treinta ó mas años, si han sido sacadas de la matriz por el escribano que autorizó ésta, ó por otro escribano que haya sucedido en su oficio, ó sea depositario de la matriz. Si son menos antiguas, ó el escribano que las ha sacado no reúne alguna de dichas circunstancias, no pueden servir sino de principios de prueba por escrito. Las copias de copias servirán de principio de prueba por escrito, ó únicamente de meros indicios, segun las circunstancias: art. 1216.

“La inscripcion de un instrumento público en el oficio de hipotecas, ó en otro registro oficial, servirá á falta de matriz y de toda copia fehaciente, de principio de prueba por escrito, y aun para eso será necesario: 1º Que conste la pérdida de todas las minutas del mismo escribano, correspondientes al año en que aparece otorgado aquel instrumento, ó que en otro caso, se pruebe la pérdida de la matriz de este instrumento por accidente especial. 2º Que se conserve en debida forma el índice ó repertorio del mismo escribano, correspondiente al año en que aparece otorgado aquel instrumento, ó que en otro caso, se pruebe la pérdida de la matriz de este instrumento por accidente especial. 3º Que se conserve en debida forma el índice ó repertorio del escribano, y conste en él, que el instrumento fué otorgado en la fecha del que se presenta registrado, ó que en su defecto conste esto mismo en los repertorios ó índices existentes en los archivos públicos. Cuando por concurrir estas circunstancias sea admisible la prueba testimonial, deberán ser examinados indispensablemente los testigos instrumentales que existan: art. 1217.—(N. de C.)

## PARTE TERCERA.

## PRESUNCIONES.

## SUMARIO.

807. Distincion de las pruebas propiamente dichas y de las presunciones.

808. Inducciones que se confunden con la evidencia.

809. Comparacion de las presunciones y del testimonio directo.

810. Presunciones legales.

811. Division.

812. Punto de procedimiento especial para las presunciones.

807. Ya hemos agotado lo concerniente á las pruebas propiamente dichas, es decir, á las que se apoyan en el testimonio del hombre. Llegamos á las presunciones, esto es, á las pruebas que se fundan simplemente en la relacion que puede existir entre ciertos hechos consignados en la instruccion ó procedimiento, y otros hechos que se trata de acreditar; pruebas que Bentham llama *circunstanciales*. Aquí obra por sí sola la inteligencia del juez; ella es la que sin el auxilio de testimonio alguno *saca la consecuencia del hecho conocido al hecho desconocido* (C. Nap., art. 1349). La induccion es siempre, en el fondo, el procedimiento empleado, segun hemos reconocido (núm. 29), en las pruebas propiamente dichas, lo mismo que en las presunciones. Pero ya hemos hecho notar, que teniendo precisamente por objeto el testimonio acreditar los hechos litigiosos, la induccion que conduce del testimonio á la verdad de estos hechos es tan rápida que pasa desapercibida. Debe, pues, examinarse con cuidado el testimonio mismo, para asegurarse de que no hay en él nada sospechoso; pero una vez admitido el testimonio, la operacion intelectual que conduce del testimonio al hecho, es en cierto modo instantánea; así Pothier (Oblig., núm. 840), colocándose en el punto de vista práctico, considera un finiquito ó una declaracion de testigos, como haciendo fé directamente del pago. “Nuestro procedimiento intelectual es tan rápido,” dice M. Wills en su notable tratado sobre este punto (*Circunstancial evidence*, cap. 2, sec. 1), “que es muchas veces difi-

“cil y aun imposible percibir el lazo que une el juicio al raciocinio de que es el resultado; pues ambos parecen sucederse instantáneamente por una especie de necesidad, como sigue el trueno al relámpago.” No sucede lo mismo en las presunciones. Entonces no solo debe acreditarse claramente ante todo la existencia del hecho en que se apoya la induccion sino que esta misma induccion no se apoya mas que en una probabilidad, cuya fuerza puede variar hasta lo infinito. El lazo que une al hecho conocido con el hecho desconocido, es puramente conjetural, y es conveniente acreditar con cuidado la exactitud, á veces mas sólida que aparente, del raciocinio que conduce del uno al otro (núms. 16 y 29). Así, se ha llamado á la prueba que se funda en presunciones *artificial*, no porque sea puramente arbitraria, sino porque es siempre mas ó menos obra de la razon del hombre.

808. No consideramos, sin embargo, como presunciones las inducciones que se fundan en leyes constantes de la naturaleza. Así, no se permitiría á una mujer que hubiera quedado embarazada durante la ausencia de su marido, sostener, para defenderse de la acusacion de adulterio que su embarazo ha sido espontáneo; porque no se admiten en la práctica judicial los hechos milagrosos. Inducciones tan concluyentes tienen mas fuerza que el testimonio mismo, y se confunden en la práctica con la evidencia inmediata. La presuncion supone que hay duda, que no es cierta la relacion de ciertos efectos á ciertas causas, sino mas ó menos probable. Por eso Quintiliano distingue (Instit. orat. lib. V, cap. IX), lo que llama *signa* en dos clases: “*Alia sunt quæ necessaria sunt, quæ Græci vocant, alia non necessaria, quæ Priora illa sunt quæ aliter haberè se non possunt, quæ mihi vix pertinere ad præcepta artis videntur. Nam ubi est signum insolubile, né ibi lis quidem est. . . . Alia sunt signa non necessaria, quæ etiamsi ad tollendam dubitationem sola non sufficiunt, tamen adjuncta cæteris plurimum valent.*”