

E. Durán

TRATADO DE LAS PRUEBAS
EN DERECHO CIVIL Y PENAL.

LIBRO SEGUNDO.

PRUEBAS PRECONSTITUIDAS

(Generalmente escritas.)

SUMARIO.

- 451. Utilidad de las pruebas preconstituidas.
- 452. Distincion de la prueba preconstituida y de la prueba literal.
- 453. Confusion de los diversos sentidos de las palabras *acta* ó *escritura* y *título*.
- 454. Division de la materia: *acta* ó *escritura auténtica*: *acta* ó *escritura privada*, libros de comerciantes.
- 455. Prueba literal en segundo grado: copias, *acta* ó *escritura de reconocimiento*.

451. Hemos reconocido que llega á ser necesario en un estado de civilizacion avanzada: establecer anticipadamente ciertas pruebas, que sea fácil conservar, que puedan encontrarse ulteriormente, cuando sea necesario. ¿En qué base descansaría la fe de los contratos y la estabilidad de las propiedades (1) si, para acreditar los derechos mas importantes, no hubiera otro recurso que los recuerdos de tercero ó las declaraciones de la partes interesadas? Ya hemos visto al tratar de la prueba de testigos que cuando mas se complican los derechos sociales, mas se ha reconocido la utilidad de las

(1) Tenemos á la vista, sobre todo, la propiedad de los inmuebles y la de los muebles incorporales, porque respecto de los muebles corporales (C. Nap., art. 2279) la fuerza atribuida á la posesion hace mucho menos útil la produccion de un título.

TRATADO

LIBRO SEGUNDO

DE LAS PRUEBAS EN DERECHO CIVIL Y PENAL

M. EDUARDO BONIFER

CONSEJO DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS

DE LA FACULTAD DE DERECHO

CON D. JOSE VICENTE Y CARAVANTES

Publicado en la imprenta



FONDO ACERVO JURIDICO
210910

167237

33083

pruebas exentas de eventualidades de corrupcion, de error ó de mortalidad, que hacen tan peligroso el uso de la prueba testimonial. Nadie ha negado la utilidad de las pruebas preconstituidas, respecto de las cuales solo un punto puede dar lugar á controversia. ¿Debe continuar siendo facultativo el uso de estas pruebas, ó bien puede imponerse á las partes? Durante tres siglos se ha fijado la legislacion francesa en este último sistema, movida especialmente por el deseo de evitar los procesos (núm. 451). En el dia, que se ha introducido en nuestras costumbres este sistema (1), es difícil que pueda haber lugar á sorpresas, sino es en casos escepcionales. Pero, ¿puede ponerse en balanza el peligro de fraudes accidentales con la ventaja general de impedir una multitud de contestaciones, ó por lo menos de dar al juez una base fija para decidir, siempre que es posible?

Esta idea es, por lo demás, muy antigua, puesto que en Egipto, segun testimonio de Diodoro de Sicilia (lib. I, §. 79), una ley de Bocoris queria que el prestamista exigiera recibo por escrito de la suma prestada, y que de otra suerte, fuera creido por su juramento el pretendido deudor.

452. La prueba preconstituida se confunde por lo regular con la prueba literal. Esto consiste en que desde tiempo inmemorial se ha empleado la escritura para perpetuar el recuerdo de los sucesos jurídicos, así como de todos los demás hechos cuyos rastros se desea conservar por interés público y privado. Pero, puede haber tambien prueba preconstituida sin que conste por escrito, con tal que se use de signos que espresen con claridad una idea, porque el significado que se dá á los caracteres escritos no es, en último resultado, mas que efecto de un convenio, y nada impide, en la naturaleza de las cosas, que adoptemos otros signos para espresar nuestras ideas. Sin hablar de los geroglíficos, que parece haber sido la infancia de la escritura, se sabe que los Peruvianos empleaban, para consignar los hechos mas importantes, *quipos*, cordones, de diferentes colores, que ataban de diversas maneras. Cada color, cada nudo tenia un valor particular. Esta era evidentemente una

(1) En la discusion que tuvo lugar en la Asamblea legislativa en 1851 sobre la abrogacion del art. 1781 del Código civil (núm. 436), se hicieron algunas objeciones contra el sistema de nuestras leyes sobre la prueba testimonial; pero no parece haber hecho impresion sobre la gran mayoría de los ánimos (*Monitor* del 10 de mayo de 1851.)

prueba preconstituida. Las *tarjas*, que se autorizan todavía por el Código Napoleon, son un procedimiento enteramente análogo, pues no siendo en el fondo la escritura mas que la espresion de nuestras ideas por medio de ciertos signos, puede comprenderse este procedimiento en la espresion general de escritura. Pero fuera de esta concesion que se hace á antiguos usos, nuestras leyes exigen el uso de la escritura propiamente dicha, siempre que se quiere asegurar una prueba anticipadamente; y en este sentido, es verdad en general entre nosotros, lo mismo que en todos los pueblos civilizados, que la prueba preconstituida se confunde con la prueba literal. Mas entiéndase, sin embargo, que no todo escrito constituye una prueba literal en el sentido legal de esta palabra. Para que tenga esta autoridad, es necesario que reúna ciertos caracteres, á falta de los cuales degenera en una simple nota, que puede á lo mas constituir una presuncion contra su autor, pero que jamás tiene contra él la fuerza de una prueba legal. Entonces hay lo que llama Bentham una *prueba por escrito casual* en vez de una prueba *preconstituida*. Por eso las cartas misivas, suponiendo que se presenten en juicio con el consentimiento del tercero á quien se han dirigido, constituyen solamente un elemento de conviccion, que el juez tiene el poder discrecional de admitir ó rechazar, segun las circunstancias, como se verá cuando tratemos especialmente de los escritos privados.

453. No hay desgraciadamente en nuestra lengua espresion especial para designar los escritos revestidos con ciertas formas que sirven para consignar tal ó cual convencion ó contrato, tal ó cual hecho. La palabra *instrumentum*, que espresaba felizmente esta idea, no se encuentra entre nosotros (1), sino en el verbo *instrumenter* (actuar), que se refiere á las funciones de los notarios, y en el adjetivo *instrumentario*, aplicado á los testigos que les asisten. Es verdad que Boileau (sátira X) emplea la palabra *instrumento* en el sentido de la latina *instrumentum*:

Y ya el notario, con valiente estilo,
El instrumento auténtico emborriona.

(1) La espresion de *título* se aplica mas especialmente á las actas auténticas. Por eso el Código Napoleon intitula los dos primeros párrafos de la seccion de la prueba literal: *Del título ó instrumento auténtico* y *De la acta ó escritura privada*.

Pero la palabra ha envejecido demasiado en el día en esta acepción para que sea posible hacer uso de ella, viéndonos obligados á emplear con la ley espresiones usadas igualmente en otro sentido. Así la palabra *acte* (1) designa á un tiempo mismo lo que ha pasado, *quod actum est*, y el escrito redactado para consignar lo que ha acontecido. La palabra *título* (2) designa á la vez la causa en virtud de la cual poseo una cosa, tal como una venta ó una donacion, y el escrito destinado á consignar la existencia de esta causa. De aquí el ocurrir frecuentes equívocos. Porque en derecho, lo mismo que en metafísica, muchas controversias versan solamente sobre disputas de palabras. Estos equívocos no tienen lugar solamente en las escuelas, en que no podrian tener graves consecuencias, sino que se reproducen en la práctica judicial, y hasta en la redaccion de las leyes.

Un notario habia estendido el *acta* que consignaba en favor de una persona interpuesta, la cesion de un crédito, cuyo verdadero cesionario era él mismo. Provocóse contra él la aplicacion del art. 175 del Código penal, el cual impone penas bastante graves contra el oficial público que se interesa en los *actos*, empresas, adjudicaciones, cuya administracion ó cuidado tuviera en el tiempo de otorgarse el *acta*, en todo ó en parte. Pues bien, la accion del ministerio público, segun decidió despues de un largo procedimiento el tribunal de casacion, el 18 de abril de 1817, no se apoyó evidentemente sino en un equívoco. El *acta* cuya administracion y cuidado tenia el notario, era el *acta* escrita, el *instrumentum*; el *acto* en que habia tomado interés el notario, era *id quod actum erat*, la cesion cuyo cuidado no tenia en manera alguna, puesto que el cedente era él mismo, y estaba presente para velar por sus intereses. Habia, pues, en este caso, dos operaciones muy distintas, aunque simultáneas; la una, la cesion misma hecha en beneficio del notario, perfectamente

(1) Debe advertirse que la palabra *acte* francesa, no solamente ocasiona el equívoco de designar, tanto los actos ó convenios efectuados, como el título ó escritura que los consigna, sino que no espresando dicha palabra el femenino *acta*, como entre nosotros, la confusion que origina es mucho mayor, por no poder distinguirse por este medio esta última significacion (N. del T.)

(2) La espresion de *título* se aplica mas especialmente á las actas auténticas. Por eso el Código Napoleon intitula los dos primeros párrafos de la prueba literal: *Del título ó instrumento auténtico y de la acta ó escritura privada*.

licita, desde que no era litigioso el derecho (1); la otra, la redaccion del *acta* que consignaba la cesion, redaccion que no habia podido hacer por sí mismo el notario interesado en la cesion sin cometer una nulidad (ley de 23 Ventoso, año XI, arts. 8 y 68). Pero esta nulidad del *acta* que debia servir de prueba de la cesion, no podia hacerla ilícita en último resultado, ni sobre todo hacer que fueran aplicables al oficial público disposiciones penales, destinadas á castigar prevaricaciones mucho mas graves que una simple contravencion disciplinal. Véase, pues, que la persecucion de estos hechos, iba á dar completamente en vago (2).

Esta deplorable confusion, entre el hecho y la prueba del derecho, se encuentra en la ley misma. «Las servidumbres continuas y aparentes,» dice el art. 690 del Código Napoleon, «se adquieren por título ó por la posesion de treinta años.» Si por título debiera entenderse en este artículo, el modo de adquirir la servidumbre en el fondo, la prescripcion seria un título, como lo es una donacion ó una venta, puesto que es igualmente un modo de adquirir. Oponiendo el título á la prescripcion, el Código ha tenido presente el *acta* escrita, que sirve habitualmente para consignar la enajenacion voluntaria de la servidumbre, en oposicion á la posesion de treinta años, base de la prescripcion que se prueba por testigos. Pero entonces la redaccion es tan viciosa como inexacta; viciosa, puesto que no se adquiere por medio del título, *instrumentum*, sino por medio de la constitucion que prueba este título; inexacta, en cuanto que las actas escritas no son el único medio de acreditar la existencia de la servidumbre, la cual puede probarse por confesion, por juramento y por la prueba testimonial misma, si su valor no escede de ciento cincuenta francos. Todo esto proviene de una confusion frecuente en la práctica, pero que no deberia volver á encontrarse

(1) Aun cuando hubiera sido litigioso, lo cual no parece haberse alegado en el caso en cuestion, hubiera sido nula la cesion, si el derecho hubiera sido de la competencia del tribunal, en cuyo distrito ejercia sus funciones el notario (C. Nap., art. 1497); pero el procedimiento contra él no hubiera sido por esto mas fundado, puesto que el Código penal no impone pena alguna á la cesion ilícita de los créditos litigiosos.

(2) El art. 213 del Código penal napolitano al imponer penas análogas contra un oficial público, en la misma hipótesis, ha hecho cesar el equívoco con la supresion de la palabra *acte*; mencionando especialmente las operaciones (*aggiudazioni, appalti ó amministrazioni*), cuya direccion ó custodia tenia el oficial público.

en la ley, entre el modo de constitucion que sirve de *título* en el fondo á la servidumbre, y el *título* escrito destinado á perpetuar la memoria de esta constitucion (1). Lo mismo sucede con la palabra *acte*, que en el art. 778 del mismo Código significa sucesivamente el *instrumentum* y *id quod actum est*. Las sábias observaciones de la escuela de Coadillac (cuyas tendencias sensualistas repudiamos por otra parte), sobre la utilidad de un lenguaje exacto en las ciencias, reciben aquí perfectamente su aplicacion. Desgraciadamente no nos es dado reformar el lenguaje del derecho, por lo que nos valdremos, con la ley, de las palabras que están en uso, poniéndonos solamente en guardia contra los equívocos de la clase que acabamos de señalar.

454. Las pruebas preconstituidas no son mas que la expresion del testimonio del hombre, revestido de ciertas formas. Ya hemos visto que el testimonio puede emanar de terceros estraños al litigio, del demandado ó del mismo demandante. La circunstancia de que el testimonio intervenga aquí en el momento de la operacion legal que atestigua, en vez de ser provocado despues del hecho, no impide que no emane siempre de una de estas tres fuentes. La division de este libro, será pues la misma que la del libro precedente. En la acta ó escritura auténtica, encontraremos el testimonio preconstituido de terceros desinteresados; en el acta privada, á que referirémos las tarjas, el testimonio preconstituido del demandado; finalmente, el del demandante mismo, en los libros de los comerciantes. La fuerza de estos tres medios de prueba sigue una progresion decreciente. El testimonio de terceros, consignado en una acta auténtica, como el testimonio oral propiamente dicho, es la prueba legal por excelencia, en razon á la confianza que provoca el carácter del oficial público de quien emana. Viene en seguida la confesion consignada en el acta privada, que revestida de menos garantías, se coloca en un grado inferior. Finalmente, las declaraciones que hacen los comerciantes en su favor, en sus libros, no tienen necesariamente mas que una fé relativa y limitada.

455. En último lugar, nos ocuparemos de las copias y actas ó

(1) Incurriendo en la misma confusion, exigen ciertos autores un escrito para acreditar el *justo título*, en apoyo de la prescripcion de diez ó veinte años, como si debiera entenderse por *justo título* otra cosa que una justa causa de posesion, salvo probar por las vías ordinarias, la existencia de esta causa.

escrituras de reconocimiento, es decir, de la prueba literal en segundo grado. En cuanto á las actas de *confirmacion*, el legislador inducido por una semejanza engañosa entre estas actas y las de reconocimiento, ha tratado inoportunamente de las primeras en el título bajo la rúbrica de la prueba. A la verdad, estas dos clases de actas tienen de comun que propenden á dar fuerza á un derecho anterior; y en este sentido es en el que los intérpretes llaman al acta de reconocimiento mismo, *confirmatio*. Pero la confirmacion que se halla en el acta de reconocimiento, propende solamente á conservar la prueba de un derecho cuya validez no se ha negado; mientras que la confirmacion propiamente dicha, la de que se trata en los artículos 1338 (1), 1339 y 1340 del Código Napoleon, propende á validar en el fondo una operacion afectada de nulidad. El lugar natural de este artículo hubiera, pues, sido la seccion VII del capítulo precedente, seccion en que se trata de la accion de nulidad ó de rescision, y no en el de la prueba literal. El legislador se ha engañado aquí tambien por el doble sentido de la palabra (*acte*) *acto* ó *acta*. El *acta* confirmativa de que habla el Código, es la confirmacion en el fondo, *id quod actum est*; cuando no deberia tratarse sino del acta escrita, *instrumentum*, destinada á probar el derecho. Pothier no ha incurrido en esta confusion. Las actas de reconocimiento son las únicas que refiere á la prueba literal. Seguiremos su ejemplo, absteniéndonos de invadir en la teoria de las nulidades y de las rescisiones, que es enteramente estraña á la materia de las pruebas.

(1) Puede decirse, no obstante, que la primera línea ó párrafo del artículo 1338, que exige diversas menciones para la validez del acta confirmativa, forma la materia de las pruebas en cuanto son necesarias estas menciones para probar un consentimiento formal. Pero esta es la parte menos importante del asunto. Las cuestiones delicadas, por ejemplo, el efecto de la confirmacion respecto de terceros, son todas de fondo y en su consecuencia, complemento estraño á nuestra materia.

En el derecho español, no ha lugar á las dudas y equívocos que indica M. Bonnier, como ocurriendo en el derecho francés, por no tener para expresar los documentos públicos en que las partes consignan sus obligaciones mas que la palabra *acte*, acto, que se aplica tanto á los actos, hechos ú obligaciones de que se trató por las partes, como al documento ó escritura en que se consignaron estos actos ú obligaciones. En nuestro derecho se conocen para expresar estos documentos las palabras *escriptos*, *escripturas*, *cartas* y asimismo la derivada del latin, *instrumento*, la cual se encuentra desde muy antiguo adoptada en nuestros códigos para designar el documento ó escrito en que consta lo convenido entre dos ó mas personas ante escribano, notario ó persona autorizada para ello. Cierta es que en el Fuero Juzgo, no se hace uso para designar las escrituras públicas de la palabra *instrumentum*, sino de la de *scriptura* en el texto latino, y de la de *escriptos* en el romanceado (V. la rúbrica del tít. 3, lib. 2 y las leyes 1.^a y siguientes de dicho título), y si bien en el libro 1.^o se pone por rúbrica: *De instrumentis legalibus*, se usa aquí la palabra instrumento para designar la forma ó manera de hacer las leyes, como indica la traducción en romance de dicha rúbrica: *del facedor de la ley é de las leyes*. Si bien es cierto asimismo, que en el texto de las leyes del Fuero real, publicado en 1235, se encuentra la palabra *escriptos* para designar aquellos documentos, se halla la palabra instrumento en los epígrafes de las leyes 3, 4 y 5, tít. 9, lib. 2, leyéndose en el de la ley 3, «qué cosa debe haber el instrumento público para que valga» y en el de la ley 5; «como las escrituras ó instrumentos públicos el juez las debe mandar renovar con razon ó causa derecha.» Pero en las leyes de las Siete Partidas se encuentra en el mismo texto legal, la palabra *instrumento público* para designar «el que es fecho por mano de escribano público del Consejo» si bien se emplea la palabra escritura para denotar, «toda carta que sea fecha por mano de escribano público del Consejo, ó sellada con sello del rey ó de otra persona auténtica (alias *honrada*, como glosa Gregorio Lopez),» y asimismo se encuentra usada la palabra *carta*, para indicar las escrituras públicas en general y especialmente las comprensivas de poderes (V. las leyes 1, 54 y 112, tít. 18, Partida 3, y la ley 14, tít. 15 de la misma Partida.). Mas adelante, se usa ya por lo comun en el mismo texto de las leyes de la palabra instrumento, segun puede verse en la publicada por Felipe IV en 15 de diciembre de 1636, que forma la ley 1, tít. 24, lib. 10, Novísima Recopilacion, que principia: «Habiendo reconocido los grandes daños que padecen el bien público y particular de mis vasallos con el uso de los instrumentos y escrituras falsas.....»

En la ley de Enjuiciamiento civil, se comprenden toda clase de escrituras públicas bajo la denominacion de documentos públicos y solemnes; y por último en la ley del notariado de 20 de junio de 1862, se usa de la palabra instrumento, como sinónimo de escritura pública, puesto que en la rúbrica del título 3 se lee: «Del protocolo y copias del mismo que constituyen instrumento público,» y asimismo se deduce del contexto de los artículos 19, 21, 23, 24, 27, 29 y otros varios. En el proyecto del Código civil de 1851, se entiende por *instrumento público*, el que se halla autorizado por un oficial ó empleado público competente con las solemnidades requeridas por la ley, y por escritura pública, el instrumento en que se consignan las obligaciones de los contrayentes y su descargo, otorgado ante escribano competente en la forma prescrita por la ley (V. los artículos 1199 y 1200.).

Hállase, sin embargo, usada tambien en nuestras disposiciones legales la palabra *acta*, mas no en el sentido de escritura formal y pública, sino en

el de relacion por escrito, comprensiva de las deliberaciones ó acuerdos de cada una de las sesiones de cualquiera junta ó corporacion, y con relacion á los documentos públicos otorgados por ante escribano, se ha entendido por acta notarial el escrito en que el notario refiere haber dado testimonio por exhibicion, ó de los hechos ó circunstancias para que eran requeridos por los interesados y que convenia á estos acreditar. Estas mismas prescripciones se hallan consignadas en la nueva ley y reglamento del Notariado de 1862, en la cual se faculta á los notarios para autorizar traslados y copias de documentos no protocolados, testimoniar por exhibicion, certificar de existencia, y en general aplicar su ministerio oficial á los hechos y circunstancias que presencien y les consten, con arreglo á las leyes y prácticas vigentes, levantando de todo las oportunas actas que autorizarán con su firma y redactarán en papel de sello 9.^o, coleccionándolas en tomos encuadernados cuando por su volumen lo creyesen oportuno, y sujetándose en todo lo demás á lo prescrito respecto á los protocolos (V. el art. 101 del reglamento).

Tambien se hallan admitidas entre nosotros, como prueba preconstituida las *tarjas*, que menciona M. Bonnier en el núm. 454, asimilándose esta prueba, como en el derecho francés, al documento privado, segun sienta Escherich en su *Diccionario*.

En cuanto á los instrumentos de *reconocimiento* y *confirmacion*, se hallan mencionados en nuestras leyes al hacerse cargo de los efectos que producen las escrituras que contienen las cláusulas en que se consignan aquellas obligaciones. El proyecto del Código civil de 1851 les dedica, mencionándolos espresamente, el párrafo 5.^o, de la seccion II, cap. VII del título 5.^o (V. la adición inserta al fin del núm. 458.)—(A. del T.)

PRIMER MEDIO DE PRUEBA PRECONSTITUIDA.

TESTIMONIO DE TERCERO.—ACTA Ó ESCRITURA AUTÉNTICA.

SUMARIO.

- 456. Qué se entiende por autenticidad.
- 457. Doble base en que descansa la presuncion de autenticidad.
- 458. Division.

456. La prueba preconstituida que debe inspirar mas confianza, es la que es obra de oficiales públicos, encargados especialmente de recibir las declaraciones de las partes. Las actas otorgadas por estos oficiales, se llaman *auténticas* á causa de la presuncion de veracidad que se les atribuye. La palabra auténtica, que en su sentido mas lato designa todo escrito público ó privado cuyo verdadero origen se halla bien probado, como cuando se pregunta si tal libro atribuido á tal autor, es bien auténtico, tiene en nuestra práctica judicial un sentido mas limitado. Segun el art. 1517 del Códici-

go Napoleon, «el acta ó escritura auténtica es la que se otorga por ante oficiales públicos que tienen derecho de actuar en el lugar donde se celebró el acta con las solemnidades requeridas.»

437. La inmensa utilidad de esta prueba, ha inclinado á los redactores del Código, preocupados con la práctica mas que con el rigor de la teoría á colocarla en primera línea entre las pruebas autorizadas por la ley. Y no obstante, el acta auténtica está lejos de presentar la demostracion directa de los hechos que se dirige á establecer. La fé que se le dá, se apoya en dos suposiciones: 1.ª que el papel que se produce en juicio es obra del oficial cuya firma aparente lleva: 2.ª que el testimonio dado por este oficial en el ejercicio de sus funciones, es verídico ó sincero. La primer suposicion se funda en la dificultad de imitar las actas auténticas, revestidas de tan numerosas formalidades, y en la mayor severidad del Código penal (arts. 147 y 150), que castiga con trabajos forzosos temporales la falsedad cometida en escritura pública, y con la reclusion solamente, la falsedad de escritura privada. La segunda suposicion se apoya en las garantías que presentan el carácter y la posicion del oficial público, y en la penalidad rigurosa de trabajos forzosos perpétuamente (*ibid.*, art. 143 y 146), en que incurre en caso de prevaricacion. Esta última suposicion entra en las reglas ordinarias de la fé debida al testimonio. Pero la primera no es mas que una presuncion de hecho, una probabilidad que las exigencias de la práctica han transformado en presuncion legal. Esta fé que se presta, no solamente al acta auténtica, sino á la apariencia misma de esta acta, es el carácter mas notable que la distingue del acta privada, la cual no tiene fuerza sino en cuanto es reconocida ó debidamente comprobada.

438. La autenticidad se encuentra en todas las actas que emanan de la autoridad pública, en las leyes, en los actos administrativos. Aquí solo tenemos que ocuparnos de la autenticidad judicial, en materia civil y en materia criminal.

Vamos á examinar cuáles son las formas y cuál la autoridad de las actas auténticas, primeramente en lo civil y despues en lo criminal. En seguida trataremos del procedimiento por medio del cual queda sin efecto la fé que se dá á la autenticidad; es decir, del modo de redargüir de falsa una escritura (*de la inscription de faux*).

Los intérpretes del derecho español contienen largamente sobre los documentos que deben considerarse como auténticos y los que como públicos.

Atendiendo al espíritu y aun á la letra de nuestras leyes de Partida, y en especial á la 1.ª, lít. 18, Partida 3.ª, dividian los autores los documentos solemnnes en auténticos y públicos. Por auténticos entendian los enunciados en las leyes 1.ª y 114, lít. 18, Partida 3.ª, esto es, los corroborados con el sello del rey, príncipe, arzobispo, obispo, cabildo, consejo, duque, conde y demás personas constituidas en dignidad con sello, ó como dice la ley 1.ª citada de Partida, por persona auténtica; leyes 1.ª y 114, lít. 18, Partida 3.ª. Además, Gregorio Lopez en la glosa 2.ª á dicha ley 1.ª, enumeraba como auténticos los documentos hechos ó espedidos por algun oficial ó funcionario en las cosas pertenecientes al oficio que ejerce con autoridad pública; las escrituras, documentos, libros de actas, de estatutos, matrículas y registros ó catastros de bienes que se conservan en los archivos públicos y las copias que de ellos sacan los archiveros por mandato del rey, juez ó persona que tenga autoridad para ello; los documentos que están comprobados ó corroborados por la autoridad de muchas personas ó por la observancia de largo tiempo, ó por la costumbre del lugar. Por instrumento público entiende Gregorio Lopez, conforme con los autores, los documentos ó escrituras otorgadas con las solemnidades legales por ante escribano público, y en que se consigna un convenio ó un testamento ú otra disposicion análoga.

El mismo Gregorio Lopez, Febrero, Paz, Jordan y otros autores, distinguen el instrumento público y el auténtico, en que el primero para que haga fé es necesario que se halle otorgado ante escribano y con las solemnidades de testigos y demás que prescribe el derecho, y en que versa sobre hechos agenos, y el segundo se autoriza por el mismo que lo hizo y contiene hecho suyo privativo y no ageno, y aunque no se otorga ante escribano ni testigos, ni con solemnidad alguna, hace prueba por sí, sin tener que sujetarse á otro, si bien solo la hace en contra del que lo otorgó y no á su favor, como dice la ley 114 de Partida citada, respecto de los documentos dados y sellados por rey, prelado, conde, condejo ó ricos-homes. Escriche sienta, que la doctrina que acabamos de esponer de Febrero sobre los documentos auténticos, solo es aplicable á los dados por rey, prelado, duque y demás personas constituidas en dignidad, obligándose ellas mismas, que son á las que se refiere la ley 114 de Partida citada. El mismo Sr. Escriche opina, que son y se reputan instrumentos auténticos y públicos, y como tales hacen fé acerca de los hechos y asuntos principales de su conteso, y en cuanto respectivamente se manda ó se dispone, ó se conviene ú otorga en los mismos, todos los instrumentos autorizados en debida forma por personas públicas en los negocios correspondientes á su cargo ó empleo, como los diplomas, decretos, mandatos, edictos de cualesquiera jefes civiles, eclesiásticos, militares, de Hacienda ú otros; las provisiones, requisitorias, exhortos ú otros despachos de autoridad competente; las certificaciones ó testimonios de una actuacion ó procedimiento gubernativo ó judicial librados por el jefe ó por el secretario ó escribano respectivo con decreto del jefe; los escritos en que se consignan hechos practicados ó convenios otorgados por ante escribano público con arreglo á la ley; los asientos de los libros de administradores, contadores, interventores ú otros oficiales de Hacienda pública, así como los de los corredores ó agentes de cambios y otras personas autorizadas por la ley, estando arreglados á lo prevenido por sus respectivas instrucciones y reglamentos.

De todos modos, y como á pesar de lo arriba espuesto, se dá espresamente el nombre de auténticos á las escrituras públicas por el derecho canónico, y lo mismo se deduce del espíritu de algunas leyes de derecho romano (V. los capítulos 1 y 2, tit. 22, lib. 2 de las Decretales, y las leyes 2, Digesto de *fide instrumentorum*, y última Digesto, *quemad, test. aper.*) en lo que convienen tambien los autores citados; como los documentos auténticos se espiden por personas con autoridad oficial, y como, segun todos los intérpretes, ambas clases de documentos convienen en la estabilidad que tienen y en el crédito ó fé que merecen, y se les debe dar; la nueva ley de Enjuiciamiento civil de 1855, ha comprendido en la denominacion de documentos públicos y solemnes los espeditos por autoridades públicas, que clasificaban los intérpretes entre los auténticos, á la manera que el Código penal, al clasificar en su capítulo 4, tit. 4, lib. 2.º sobre falsificaciones, los documentos en públicos y oficiales, comprende en estos últimos los auténticos.

Dicha ley de Enjuiciamiento civil comprende, pues, en su art. 280, bajo la denominacion de documentos públicos y solemnes: 1.º Las escrituras públicas, otorgadas con arreglo á derecho: 2.º Los documentos espeditos por los funcionarios que ejerzan un cargo por autoridad pública, en lo que se refiera al ejercicio de sus funciones: 3.º Los documentos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos ó dependientes del estado, de las provincias ó pueblos, y las copias sacadas y autorizadas por los secretarios y archiveros por mandado de la autoridad competente: 4.º Las partidas de bautismo, de matrimonio y defunciones dadas con arreglo á los libros por los párrocos, ó por los que tengan á su cargo el registro civil: 5.º Las actuaciones judiciales. Los documentos enumerados en los cuatro últimos párrafos son los mismos que los autores calificaban de documentos auténticos: los espresados en el número primero, ó las escrituras públicas, eran los comprendidos por las leyes y los autores entre los documentos públicos.

En el proyecto del Código civil de 1851 se declaraba (art. 1199) que son títulos auténticos, y como tales hacen plena fé, todos los documentos públicos, entendiéndose por éstos, los que se hallan autorizados por un oficial ó empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley. El Sr. García Goyena, en sus comentarios á estos artículos, se remitia á la ley del Notariado, que estaba en proyecto, como la ley á que correspondia especificar qué clase de documentos debian entenderse por auténticos, y cuáles por públicos; pero la ley del Notariado de 20 de junio de 1862, no contiene declaracion alguna sobre este punto, limitándose á tratar en su título 3.º del protocolo y copias del mismo que constituyen instrumento publico, por lo que deberá estarse sobre esta materia á la doctrina que llevamos espuesta y á lo declarado en el art. 280 de la ley de Enjuiciamiento civil.—(A. del T.)

SECCION PRIMERA.

ACTA Ó ESCRITURA AUTÉNTICA EN MATERIA CIVIL.

SUMARIO.

459. Tipo del acta ó escritura auténtica, acta autorizada por notario.
459. Las actas auténticas por escelencia, aquellas á que se refieren sobre todo las disposiciones del Código Napoleon, son las actas autorizadas por notario, de que vamos á tratar en primer lugar. La esplanacion que harémos sobre estas actas, nos dispensará de entrar en detalles poco interesantes sobre las actas auténticas recibidas ú otorgadas por ante otros oficiales públicos, actas que se rigen en el fondo por los mismos principios. Pero examinaremos á parte las delicadas cuestiones que promueve la fé debida á las actas del estado civil.

DIVISION PRIMERA.

ACTAS Ó ESCRITURAS AUTORIZADAS POR NOTARIOS.

SUMARIO.

460. Carácter especial del notariado francés.
461. Tabeliones en Roma, insinuacion.
462. *Tabeliones y notarios* en nuestro antiguo derecho.
463. Constitucion actual del notariado.
464. Países en que el notariado tiene menos importancia que en Francia.
465. Países en que se exige frecuentemente el recurrir á un oficial público.
466. Division.

460. La institucion de oficiales especiales que tienen carácter para dar autenticidad á las actas que consignan las convenciones entre las partes, se halla tan arraigada en nuestras costumbres judiciales, que nos parece deber existir en todos los pueblos civilizados. «*Periret omnis judiciorum vis,*» dice Chassanée (*Catal. gloriae mundi*, lib. IV, consid. 19), «*nisi essent notarii, qui acta conscriberent; periret ipsa veritas et fides in contractibus et commerciis.*»

Y no obstante, el notario, tal como se halla constituido entre nosotros, no existía en Roma, y aun en el día, no lo encontramos en Inglaterra y en Austria (1).

461. Había, sin duda, en Roma tabeliones que, establecidos en el *forum*, redactaban, á petición de las partes, escritos, consignando sus convenciones ó contratos. Pero estos escritos, aun en el último estado del derecho, cuando había adquirido grande importancia la escritura, no tenían la autoridad que se atribuye á nuestras actas ó escrituras autorizadas por notarios. Era preciso que el tabelion acudiera por sí mismo á reconocer la escritura y á afirmar bajo juramento su veracidad; si había fallecido, se llamaba á los testigos que habían asistido al acto, y se procedía á comprobar la escritura (V. nov. 44 y nov. 75, cap. 7.^o). Véase, pues, que las actas de los tabeliones, *scripturæ forenses*, no ofrecían á las partes mas que una garantía sumamente imperfecta. Esto no era, en último resultado, mas que la prueba testimonial aplicada á la confección del acta, cuyo escribano y testigos acudían á declarar, como si hubieran declarado de cualquier otro hecho. En cuanto á los *notarii*, no eran oficiales con la misión de recibir los convenios de las partes, eran simples escribas, por lo comun esclavos públicos, que escribían en abreviatura (*notis*, de donde les provino su nombre) actas ó escrituras de toda clase. Los había tambien agregados á los tabeliones y tambien á los magistrados, los cuales redactaban el borrador, que ponía despues el tabelion en limpio, *in mundum* (V. Just., l. 17, Cód. de *fid. instrum.*). De estos *notarii* es de quienes habla Paulo, en la ley 40, pr. D. de *test. mil.* «Lucius Titius miles, testamentum scribendum notis dictavit, et antequam litteris præscriberetur, vita defunctus est.» Este empleo no tenía mas importancia que la que tiene en el día la del estenógrafo.

En el último estado de la legislación romana, se imaginó un medio de suplir la autenticidad que los tabeliones no tenían la misión de conferir. Tal fué la *insinuacion*, que consistía en depositar en poder del *magister census* en Roma, y en Constantinopla, en po-

(1) En Prusia, conforme al derecho comun alemán, las actas recibidas por los notarios ó por otros oficiales no tienen la misma fuerza que nuestras actas notariadas; no hacen fé sino hasta prueba en contrario. No hay verdaderas actas auténticas mas que las recibidas ó otorgadas por ante los miembros de los Tribunales (Fœlix, *Derecho internacional privado*, número 228, 3.^a edic.).

der de los magistrados municipales de las provincias, los *instrumentos* cuya veracidad se queria poner al abrigo de toda controversia. Este depósito que hacían del escrito original las partes interesadas, dispensaba de toda comprobacion ulterior. No era preciso entonces ni tabelion ni testigos; la intervencion de la autoridad pública aseguraba por sí sola la fé del acta que se le había confiado. «Superfluum est, dice Zenon (l. 31, Cód. de *donat.*), *privatum testimonium, quum publica monumenta sufficiant.*» La utilidad de esta *scripturæ publicæ* (1) se conoció tan perfectamente en los últimos tiempos, que Justiniano mandó la creación de archivos en todas las poblaciones donde no los había (nov. 13, cap. V, §. 2.).

462. En la edad media se distinguía tambien, en el mismo sentido que en el Bajo Imperio (V. Mabillon, *de re diplom.* lib. III, capítulo IV), las *notitiæ privatae* y las *notitiæ publicæ*. Las escrituras privadas eran las que se estendían en presencia de testigos, ó tambien del tabelion, que entre nosotros, en un principio, no era, como en Roma, mas que un testigo que gozaba de un poco mas crédito. Hallanse pocas actas redactadas ante un tabelion antes del siglo XI. Las escrituras públicas eran, ó bien actas privadas insinuadas en los archivos, como en el Bajo Imperio, ó bien actas otorgadas en presencia del Juez ó del obispo.

De esta última institucion fué de la que sacó su origen el carácter enteramente particular que ha revestido al notariado en los tiempos modernos. En la Edad media, cuando no eran complicadas las transacciones sociales, los mismos *notarii* que ponían en minutos las actas de los funcionarios seculares ó eclesiásticos, adquirieron la costumbre de estender igualmente las convenciones de las partes, lo cual no era en un principio mas que el ejercicio mismo de su oficio, puesto que el dignatario, á que estaban adscritos, recibía ó autorizaba actos de jurisdiccion graciosa, pero que hicieron despues, aun fuera de la presencia de este funcionario (2). «Hemos

(1) Justiniano (l. 20, Cód. de *fid. instr.*) llama tambien *publice confecta* las actas de los tabeliones. Pero toma entonces la palabra *publice* en un sentido material, para designar las redacciones hechas en el *forum*. Esta palabra, en su sentido técnico, quiere decir, en nombre de la autoridad pública. Asi es, como ciertos jurisconsultos tenían el derecho de responder *publice* (§. 8, Inst. de *jur. natur. gent. et civ.*), es decir, oficialmente. Los actos insinuados son los únicos que eran *públicos* en este último sentido.

(2) Todavía actualmente en España, los *escribanos* son á la vez no-