

adquirido el hábito, dice Loyseau (Oficios, lib. II, cap. V, §. 50 y siguientes), de verificar nuestros contratos fuera de la presencia del juez; pero como quiera que sea, siempre es el juez quien habla en ellos, y el que se encabeza en ellos, así como en las sentencias, y en muchas provincias, el estilo de los contratos es el siguiente: *que las partes han comparecido ante el notario como en derecho ó en juicio* y aun en algunos lugares se lee: *que son juzgadas y condenadas por su consentimiento, á cumplir todo lo que se contiene en el contrato*; y esta es también la causa porque los contratos en Francia tienen aparejada ejecución, así como las sentencias.... Así he observado cuidadosamente que en todas las antiguas ordenanzas, hasta las de Luis XII, se llama comunmente á los escribanos *notarios* (1), y así mismo *tabeliones*. La autoridad cuasi judicial de las actas auténticas (V. también sobre este punto á Pothier, *Tratado del procedimiento civil*, part. IV, cap. II, art. 1), se explica, como se vé, históricamente, puesto que el notariado no era, en el origen, mas que una rama del poder judicial, y el ejercicio de la jurisdicción graciosa. Vuelven á encontrarse aun bajo Luis XIV, rastros muy marcados de este origen. Así, un edicto de marzo de 1675, creó cargos de *consejeros de su majestad, notarios de convenciones*, cargos que por un segundo edicto del mes de abril del mismo año, fueron reunidos al de los Notarios del Chatelet (2).

Mientras que los escribanos de los tribunales se transformaban poco á poco en notarios, los antiguos tabeliones continuaban subsistiendo. Pero el notariado propiamente dicho se refiere á la justicia real desde que Felipe el Largo declaró, por ordenanza de 1519, que los sellos y escrituras (*scribatus*) eran de su propio dominio. El tabelionage, por el contrario, llegó á ser una institución municipal. Así aparece claramente en las razones y artículos enviados por los regidores del distrito de San Dizier, á los de la villa de Ipres (V. este curioso documento en el segundo volumen de los *Olim*, de M. Bengnot, pág. 718.) Estos regidores se quejaban (art. 290) de que no se les dejase gozar y usar pacíficamente del tabelionage,

tarios de las partes y escribanos de los tribunales; en Rusia, redacta los actos relativos á los inmuebles un escribano (Fœlix, loc. cit.).

(1) Las ordenanzas de 1304 y de 1315 hablan, en efecto, de *notarios* establecidos por el rey, que sentaban las providencias en sus protocolos, y daban copia de ellas á las partes.

(2) Antiguo Tribunal de París.

porque muchas personas acostumbraban á *hacer pasar* sus cartas por ante dos notarios *reales*. Así, el tabelionage era la institución local, y el notariado la institución central, que concluye por absorber á la otra.

Por lo demás, aconteció, que el ejercicio de tabelion se desdobló ó desduplicó él mismo, si es permitido hablar así, y dió lugar á la creación de oficiales, que tomaron igualmente el título de *notarios*. Cuando se multiplicaron los negocios, cada tabelion algo acreditado, necesitó emplear escribientes ó pasantes, que redactaban la primera nota ó minuta de las actas ó escrituras que su patrono ponía en seguida en limpio, y de que libraba copias. «Finalmente, dice Loyseau (en el mismo cap. V, §. 64 y sigs.), y como acontece en todas condiciones, que los que mas trabajan adelantan de continuo, y aun suplen al fin á sus maestros que son negligentes, estos escribientes, que habian vivido bajo la dirección de sus maestros como domésticos, viendo que sus cargos merecian continuarse, cuando se casaban y se separaban de la habitación de sus maestros, se hacian substitutos de estos, tanto en presencia como en ausencia.» Estos escribientes obtuvieron, pues, el derecho de redactar las minutas, con el título de notarios, quedando reservado á los tabeliones el privilegio de estender en forma la acta ó escritura. Un edicto de Francisco I, de 1542, que estableció notarios donde no habia mas que tabeliones, y recíprocamente, sancionó este estado de cosas, prohibiendo respectivamente á los notarios estender á la larga las escrituras, y á los tabeliones redactar la minuta. Sin embargo, los notarios del Chatelet (1) de París (decl. de 6 de julio de 1545) que podian redactar ú otorgar instrumentos en todo el reino, continuaron ejerciendo en toda su plenitud la jurisdicción voluntaria que se les habia delegado desde tiempo inmemorial.

El interés de una buena disciplina y de una sabia repartición de poderes, hizo cesar en tiempo de Enrique II la confusión que se habia perpetuado hasta entonces entre las funciones del escribano y la del notario. Un edicto de 4 de octubre de 1554, renovando reglamentos anteriores mal ejecutados, prohibió á los jueces, lugartenientes y escribanos recibir en lo sucesivo ningun contrato voluntario (2). Al contrario, habia ventaja y economía en reunir las

(1) Antiguo tribunal de París.

(2) Háse juzgado, en su consecuencia, que una acta ó escritura de

funciones de notario y las de tabelion; reunion que se verificó en efecto por Enrique IV en 1597. El notario, nombre que prevaleció, escepto en ciertas poblaciones rurales, llegó á ser entonces, como la mayor parte de los demás cargos públicos, un oficio venal y hereditario.

463. La ley de 16 de octubre de 1791 suprimió la venalidad y la herencia, y ordenó que las plazas de los notarios se diesen por oposicion. Es dudoso que este modo de nominacion tan precioso, bajo tantos otros conceptos, fuese conveniente para empleos de esta naturaleza (1). Pero la ley de 25 ventoso, que nos rige en el día, ha incurrido en el esceso contrario, exigiendo solo condiciones de aptitud enteramente prácticas, es decir, cierto número de años de práctica con un notario (art. 37 y 38), sin requerir la justificacion de ningun conocimiento teórico. Esta latitud en la eleccion de candidatos, que podia concebirse en el año XI, cuando no se habian aun reorganizado las escuelas de derecho, ha llegado á ser una anomalía, hoy que el estudio de la ciencia del derecho se halla tan floreciente y tan estendido. La justificacion de un diploma seria tanto mas útil cuanto que la ley de 28 de abril de 1816 (art. 91) ha restablecido indirectamente la venalidad para los oficios de notarios, lo mismo que para otros muchos, lo cual á falta de toda condicion formal de capacidad, transforma frecuentemente en pura especulacion la adquisicion de estos oficios. Los vicios de la ley han producido los resultados que eran de esperar, y los desórdenes del notariado han hecho conocer demasiado la utilidad de su reforma. Una ordenanza de 4 de enero de 1843 ha dado un paso en esta vía, fortificando la accion disciplinal y prohibiendo á los notarios las especulaciones que han dado lugar á tantos escándalos. Pero cuando la crisis de 1848, vinieron á afligir nuevos desastres al notariado; para que la reforma sea completa y eficaz, es precisa una ley que aumente las garantías bajo el concepto de la capacidad.

464. Si la institucion del notariado, tal cual la concebimos en el día, no es muy antigua, no es tampoco universal en Europa. En Austria las atribuciones de los notarios están limitadas á las protes-

transaccion recibida en 1633 por dos *mayores* ó *alcaldes* (*maires*) no tenia carácter auténtico (sent. deneg. de 27 de enero de 1825).

(1) Se ha establecido, sin embargo, en Nápoles por el art. 55 de la ley del notariado.

tas de las letras de cambio, pues todos los demás actos de la vida civil son recibidos ó autorizados por jueces ó por funcionarios adscritos á los tribunales (Fœlix, núm. 228). En Inglaterra, los notarios no dán autenticidad á las actas, sino en cuanto se trata de hacer uso de ellas en el extranjero. En el interior, todas las actas por cualquier oficial que se hayan estendido, deben acreditarse en juicio por medio de testigos ó por el cotejo de escrituras. La atestacion del notario no tiene mas fuerza que la que tenia la del tabelion en los primeros tiempos. Continúan siendo, pues, actas privadas. Pero se echa mano habitualmente para redactar estas actas, sometidas en Inglaterra á formas muy complicadas, de hombres de ley propiamente dichos, los *attorneys*, que son al mismo tiempo procuradores, acumulacion de funciones que no carece de peligro para las partes, puesto que se dá la mision de prevenir los procesos á los mismos oficiales que se hallan encargados de dirigirlos. La falta de actas auténticas autorizadas por notarios, hace por otra parte recurrir á medios análogos á los que se empleaba en Roma y en la Edad media. «La seguridad de la posesion que se tiene de un acta pública, dice Blackstone (lib. II, cap. XXI), no depende solamente del acta misma, ni del consentimiento de las partes contratantes, sino tambien de la sancion de un tribunal de justicia, en cuyos registros se ha consignado el acta.» Actas de esta naturaleza son recibidas por el Parlamento, y registradas bajo el nombre de *actas privadas*, en oposicion á las que tienen un carácter político. La organizacion judicial de Inglaterra presenta bajo este respecto, la mayor analogía con la que existia en el Bajo Imperio.

465. Ciertos paises, por el contrario, han superado á la legislacion francesa, y dado mas valor aun á la autenticidad. Así, mientras que entre nosotros, la redaccion autorizada por notario, es en general puramente facultativa, en Prusia (V. Código Prusiano, part. I, tít. X, art. 6) y en el canton de Vaud (Código del canton de Vaud, artículo 1115), es preciso un acta auténtica para transmitir la propiedad inmueble. La legislacion que ha ido mas adelante en esta vía es el Código sardo de 1838 (art. 1412) que exige la redaccion por acta pública respecto de todas las convenciones de cualquiera importancia que sean, incluso los arrendamientos por mas de nueve años. Tal vez esta exigencia no tiene ningun inconveniente, atendidos los hábitos de la poblacion sarda. Pero entre nosotros, las partes se dirigen voluntariamente al notario en todas las ocasiones

graves, y las actas ó escrituras privadas no intervienen generalmente sino en los negocios de un interés módico, y entre personas capaces de espresar su voluntad sin recurrir al estilo, con frecuencia aun en el día sobradamente prolijo, del notariado. No ha pues lugar á hacer innovacion alguna en este sentido, como ni tampoco en el de la ley inglesa.

Además, los principios de la legislacion francesa sobre el notariado han sido adoptados en casi todos los Estados italianos, en Bélgica, y finalmente en los Países Bajos, donde se ha dado una ley especial sobre la materia el 9 de julio de 1842.

466. Vamos á presentar un sucinto análisis de las principales formas á que se han sometido las actas autorizadas por notario; despues nos preguntaremos cuál es la fé de estas actas, y en general de las actas auténticas.

En España se celebraban antiguamente los contratos, segun sienta el Sr. Escriche en su *Diccionario*, ante algun sacerdote ó monje ó religioso, con asistencia de varios testigos de todas clases; el sacerdote redactaba la escritura y la firmaban todos los testigos, ó los que sabian por los que no sabian, estampando además el sello de sus armas ó blasones los que le usaban, y aun algunas veces se hacia todo á presencia de la justicia. Esta costumbre duró hasta los tiempos del rey D. Alonso el Sábio, quien con acuerdo de los tres estados ó brazos del reino, creó los escribanos públicos y dispuso que en cada pueblo, cabeza de jurisdiccion, se estableciese cierto número de ellos para autorizar las escrituras ó instrumentos, con asistencia de dos ó tres testigos, señalándoles ciertos derechos por su trabajo. Llamáronse tambien notarios por las notas ó minutas que toman de lo que las partes tratan á su presencia, á fin de ordenar luego y estender con la solemnidad y cláusulas del estilo los instrumentos.

Los escribanos entre nosotros se han clasificado en escribanos reales, en escribanos numerarios de cámara, de tribunales privilegiados, de guerra, marina, de rentas y de comercio, y notarios eclesiásticos.

Los escribanos reales ejercen, segun nuestras leyes recopiladas, su profesion en todo el reino, no habiendo numerarios, escepto en la córte y en las capitales de la residencia de las antiguas chancillerías, como son Valladolid y Granada: leyes 7 y 8, tít. 28, libro 10, Nov. Recop. Estos escribanos se llaman tambien notarios de reinos. Los escribanos públicos numerarios, llamados así por ser fijo y determinado el número de los que hay en cada pueblo, solo actúan, segun las citadas leyes, en el pueblo cuya escribanía desempeñan, y esclusivamente en lo escriturario con la limitacion espuesta respecto á los escribanos reales. Los de cámara, que son como los secretarios de las tribunales supremos y superiores, autorizan los actos judiciales de estos cuerpos, y actúan solo en los negocios que ante los mismos tribunales se siguen. Lo mismo sucede con los escribanos de guerra, de marina, de comercio y de rentas. Los notarios eclesiásticos, ya mayores, ya ordinarios, son los que actúan en los tribunales eclesiásticos

y desempeñan las comisiones que éstos les dán. (Adviértase, que por decreto de 20 de junio de 1868, se han refundido los fueros especiales en el ordinario.)

Mas segun la nueva ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, el notario es el funcionario público autorizado para dar fé conforme á las leyes, de los contratos y demás actos estrajudiciales, segun se declara en el artículo 1.º de la citada ley, prescribiendo, asimismo, que en todo el reino haya una sola clase de estos funcionarios. Por esta disposicion se ha separado de las funciones del notario la facultad que tenia anteriormente de autorizar con tal carácter las diligencias judiciales, porque como se dijo por un ministro de la corona, al discutirse esta ley: «no era conveniente que el notario tomase una nociva y perjudicial participacion en ciertos actos, en el ejercicio de ciertas facultades legales que dán ocasion á rencillas, reyertas, disgustos y sinsabores, cuando ha de intervenir á veces como conciliador y como pacificador. Asimismo, en el art. 48 se declaran derogadas las leyes, disposiciones y costumbres generales ó locales contrarias al tenor de dicha ley.

Respecto á la idea que emite M. Bonnier en los núms. 464 y 465, sobre si es ó no facultativo de las partes interesadas el otorgar sus escrituras privadamente ó por ante notario, en España se ha adoptado en general y hasta el día, el sistema de la libertad de las partes sobre este punto, á semejanza de la legislacion francesa, si bien atemperando esta libertad en ciertos casos y cuando se trata de contratos de importancia y en que se halla hasta cierto punto interesado el bien público y los derechos del fisco, como sucede cuando se trata de contratos sobre trasmision de bienes inmuebles, los cuales se requiere por nuestras leyes que se reduzcan á escritura pública, y asimismo respecto de otros contratos, segun se ha espuesto mas circunstanciadamente en la adiccion inserta á continuacion del núm. 152 del tomo 1.º de esta obra.—(A. del T.)

## PUNTO PRIMERO.

### *Forma de las actas ó escrituras otorgadas por ante notarios.*

#### SUMARIO.

467. Distincion de las solemnidades intrínsecas y estrínsecas.  
468. Division.

467. No es nuestra intencion recorrer aquí en detalle las numerosas formalidades prescritas á los notarios por la ley de 25 Ventoso del año XI. Dejarémos aparte las prescripciones reglamentarias, cuya inobservancia dá lugar á penas disciplinarias contra el contraventor, para fijarnos en las disposiciones sustanciales.

Las solemnidades que deben encontrarse en el acta otorgada por notario, para que pueda producir todos los efectos de que es susceptible, son de dos clases: las unas son intrínsecas, necesarias para

la fé del acta ó escritura, *solemnia probantia*; las otras son estrínsecas, necesarias solamente para su ejecucion, *solemnia completoria*. Compréndese bien cuántó importa distinguir estas dos clases de solemnidades: pues una cosa es, en efecto, la falta de fé de una acta, y otra cosa la falta de fuerza ejecutoria. Así pues, las solemnidades requeridas (Código Napoleon, art. 1317) para que la acta otorgada ó autorizada por un notario ó por cualquier otro oficial público, haga fé en juicio, son tan solo de la primera clase, porque hay actas que no están destinadas á ejecutarse y que no por eso son menos auténticas, aunque revestidas solamente de formas intrínsecas, por ejemplo, los certificados de vida.

Por no haber hecho esta distincion fundamental han negado ciertos autores la autenticidad al acta de conciliacion estendida por el juez de paz. Es verdad que el art. 54 del Código de procedimiento dice que las convenciones de las partes insertas en el acta ó proceso verbal, tienen fuerza de *obligacion privada*; pero si se inquiere el objeto que se ha propuesto al legislador añadiendo esta restriccion, se reconocerá fácilmente que no ha querido rehusar al acta ó proceso verbal del juez de paz la fé que se dá á las declaraciones recibidas en forma debida por un funcionario público, sino solamente impedir que no se hiciera ejecutiva, lo cual hubiera atacado la prerogativa de los notarios (1). Así, se admite generalmente en el día, que esta acta ó proceso verbal constituye una verdadera prueba auténtica, pero que no es susceptible de ejecucion forzosa, lo cual es lo que se ha querido decir al emplear estas espresiones vagas é inexactas: *fuerza de obligacion privada*.

Esta fuerza ejecutoria que estamos habituados á referir en cierto modo á la autenticidad, como siendo su corolario obligado, está lejos de atribuirse en todas partes á las actas autorizadas por notario (Fœlix, núm. 474); pues solo se encuentra en los paises que han reproducido el sistema de la legislacion francesa, tales como Bélgica, la Prusia riniana, el canton de Ginebra, el reino de Grecia. En los paises que no dán la misma importancia al notariado (núm. 464), tales como la Inglaterra y la mayor parte de los paises alemanes, las actas notariadas no son ejecutivas por sí mismas.

(1) Si reproducimos esta razon es sin que se entienda de ningun modo que lo aprobamos. Léjos de nosotros la idea de que las leyes deben hacerse para los oficiales públicos, y no los oficiales públicos para las leyes.

Solamente en la Prusia antigua, en Austria, en Baviera, en Sajonia, en Dinamarca, se dirige á los tribunales que hacen ejecutorias de una manera mas espedita las convenciones consignadas por actas públicas. Esto es lo que se llama proceso de ejecucion (*executif process.*).

468. Vamos á examinar primeramente cuáles son las condiciones á falta de las cuales es nula una acta autorizada por notario, al ménos como acta notariada; despues, nos preguntaremos lo que acontece, cuando se anule el acta á falta de alguna de estas condiciones; y finalmente hablaremos de las formalidades puramente intrínsecas.

Por derecho español, lo convenido por las partes en el acto de conciliacion es una transaccion ó contrato solemne que adquiere fuerza ejecutiva por la circunstancia de celebrarse ante el juez de paz, sin que se dé contra él el recurso de apelacion que tiene lugar contra las providencias de los juicios, porque el acto conciliatorio no es un juicio, sino el resultado y efecto de la voluntad de las partes consignada solemnemente ante la autoridad del juez. Mas como para que tenga validez cualquier contrato es necesario que concurran en él las circunstancias que exige el derecho, pudiéndose, de lo contrario, reclamar su nulidad en juicio ordinario, era consiguiente permitir, que se pudiese reclamar la nulidad de lo convenido en la conciliacion, aun antes de llevarlo á efecto por la vía ejecutiva, á la manera que permiten las leyes oponer escepciones análogas en esta vía, cuando se procede á ella por los demás títulos que traen aparejada ejecucion, para evitar los perjuicios é inconvenientes que se seguirian á las partes, si despues de la ejecucion se anulase. Por eso, pues, se dispone en el art. 216 de la ley de Enjuiciamiento civil, que contra lo convenido en el acto de conciliacion, solo se admitirá la demanda de nulidad, y que ésta procederá únicamente por las causas que dan lugar á la nulidad de los contratos. Fuera de este caso, desde el momento en que convienen las partes en el acto de conciliacion sobre el modo de arreglar sus diferencias, debe llevarse á efecto lo convenido, sin que baste para separarse de ello, ni para promover un litigio, la indecision de algun punto incidental que pueda resolverse al ejecutarse lo pactado en el acto conciliatorio: sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 30 de junio de 1854.

Así, pues, segun se previene en el art. 218 de la ley de Enjuiciamiento civil, lo convenido en el acto de conciliacion se llevará á efecto por el juez de paz, sino escediese de la cantidad prefijada para los juicios verbales, esto es, de 600 rs. vn. Si escediere de esta cantidad, por el juez de primera instancia de la manera y en la forma prevenidas para la ejecucion de las sentencias. Y el artículo 219 previene, que en los casos en que con arreglo al artículo anterior corresponda al juez de paz la ejecucion de lo convenido, éste suspenderá las actuaciones y las remitirá al juez de primera instancia, siempre que por un tercero se suscite alguna cuestion de derecho.

De las providencias que dicte el juez de paz en la ejecucion de lo convenido, habrá apelacion al juzgado de primera instancia sin ulterior re-

curso, y de las que dicte éste en los negocios de la competencia, á la Audiencia del territorio: art. 220.

Respecto á la autoridad y fuerza de las actas ó escrituras públicas ó otorgadas por ante Notario, la legislación les dá fuerza ejecutiva cuando concurren en ellas ciertas circunstancias. Así, según se previene en el artículo 941 de la ley de Enjuiciamiento civil, trae aparejada ejecución la escritura pública, con tal que sea primera copia, ó si es segunda, con tal que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona á quien deba perjudicar, ó de su causante. Presentada, pues, ante los jueces con la correspondiente demanda, dá lugar al juicio ejecutivo en que se llega en forma sumaria á la sentencia de remate desde donde comienza la ejecución de lo juzgado. La ley de Enjuiciamiento mercantil dá también fuerza ejecutiva, en su art. 306 á la escritura pública original ó de primera saca, y á las copias estraídas posteriormente del registro, en virtud de decreto judicial y con citación del deudor.—(A. del T.)

§. I. Condiciones esenciales para la validez intrínseca de las actas ó escrituras otorgadas por ante notarios.

SUMARIO.

469. Condiciones esenciales para esta validez.  
 470. Casos en que faltara enteramente la cualidad de notario.  
 471. Casos en que hubiera sido instituido un incapaz.  
 472. Casos en que un notario hubiera cesado en sus funciones.  
 473. Límites del distrito en que puede actuar el notario.  
 474. Personas respecto de las cuales está prohibido su ministerio.  
 475. Solemnidades requeridas.  
 476. Asistencia del segundo notario ó de testigos: ley de 21 de junio de 1843.  
 477. Notarios que pueden concurrir al acto.  
 478. Necesidad de que los testigos sean ciudadanos franceses.  
 479. Capacidad putativa de los testigos.  
 480. Necesidad de que sepan firmar.  
 481. Domicilio.  
 482. Parentesco de consaguinidad ó afinidad.  
 483. Fecha.  
 484. Mención de las partes y de los testigos.  
 485. Firmas de las partes, de los testigos y del notario.  
 486. Necesidad de conservar minuta.  
 487. Entrerenglonados, adiciones y enmiendas.  
 488. Uso de la lengua francesa.  
 469. A la cabeza de todas las condiciones exigidas para la validez del acta ó escritura, se encuentra la capacidad legal del oficial

que la estiende. «El acta ó escritura auténtica, dice el art. 1317 del Código Napoleon, es aquella que se otorgó por ante oficiales públicos que tienen derecho de actuar en el lugar donde se celebró la acta con las solemnidades prevenidas.» Es pues preciso para tener aptitud de consignar las convenciones de las partes: 1.º, ser notario, 2.º, actuar en los límites de la demarcación determinada por la ley.

470. La cualidad de notario puede faltar al que otorga el acta en diversas hipótesis.

Apartemos desde luego el caso mas grave, pero el mas difícil de suponer en la práctica, aquel en que un hombre completamente extraño al notariado hubiera usurpado sus funciones. Entonces el error de las partes, que hubieran tomado por notario, por su simple dicho, á quien no tenía aun el carácter oficial aparente, sería tan craso, que no merecería indulgencia alguna.

Lo menos extraordinario y que se ha presentado, en efecto, en la práctica, es que las partes concedan su confianza á un oficial que no hubiera sido debidamente instituido. Por eso, antes de la organización debida del notariado en Argel, se instituyó en Bona un notario por un superintendente militar, que no le había sujetado ni aun á la prestación de juramento. Una sentencia del tribunal superior de Argel que declaró válidas las actas de este oficial, fué anulada el 9 de mayo de 1842: «Considerando, que si la necesidad de prevenir los desórdenes en los primeros momentos de la ocupación de un país conquistado, puede autorizar á los agentes militares á tomar las medidas de policía y de seguridad que la gravedad y la urgencia de las circunstancias pueden hacer indispensables, su autoridad no puede estenderse hasta crear sin delegación, oficiales públicos, cuyo carácter propio es revestir de autenticidad las convenciones de las partes, y dar á las actas que otorgan la fuerza necesaria para traer aparejada ejecución (1); que por otra parte, ningún acontecimiento, por extraordinario que pueda ser, podría autorizar á un notario á ejercer sus funciones, sin haber prestado el juramento prescrito por la ley.» Es de creer que si hubiera habido prestación de juramento, hubiera sido menos severo el tribunal de casación.

(1) Véase, pues, que el tribunal de casación unió las dos ideas de autenticidad y de fuerza ejecutiva (núm. 467.)

471. Lo que acontecerá con mas frecuencia será, que se nombre en forma debida, pero á una persona incapaz, privada por ejemplo de la cualidad de francés. Así es como en Roma consiguió un esclavo hacerse nombrar pretor, lo cual dió lugar á esta decision de Ulpiano, citada con tanta frecuencia (l. 3 D. *de off. prætor.*): «Barbarius Philippus, quum servus fugitivus esset, Romæ præturam petiit, et prætor designatus est; sed nihil ei servitutem obstitisse, ait Pomponius, quasi prætor non fuerit. Atquin verum est, prætura eum functum, et tamen videamus si servus, quamdiu latuit, dignitate prætoris functus sit, quid dicemus? quæ edixit, quæ decrevit, nullius fore momenti? Au fore, propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt vel lege, vel quo alio jure? Et verum puto; nihil eorum reprobari. Hoc enim humanius est, quum etiam potuit populus romanus servo decernere hanc potestatem, sed et si scisset servum esse, liberum effecisset; quod jus multo magis in imperatore observandum est.»

¿Es preciso admitir esta decision, recibida generalmente en nuestra antigua jurisprudencia, ó decir, al contrario, que estamos en el caso de la *incapacidad* prevista por el artículo 1318, y que el acta ó escritura puede á lo mas valer como escritura privada? No puede negarse que la misma necesidad práctica que dictó en Roma la ley *Barbarius Philippus*, no exista aun en el dia. Los que tratan con un oficial público, no pueden hacer una informacion sobre su edad, sobre sus antecedentes etc.; sino que deben referirse á la autoridad que le ha dado la investidura de sus funciones. A atenerse tan solo al Código Napoleon, podria suscitarse alguna duda, puesto que el art. 1318, que no concede mas que efecto retroactivo á la acta, habla de la *incapacidad* en general. Pero si nos referimos á la ley de 25 Ventoso, año XI, que es la que trata de la materia y la cual es poco verosímil que se haya querido derogar, vemos en ella, que el art. 68 que enumera espresamente las disposiciones cuya inobservancia ocasiona nulidad, no atiende ni al artículo 35, relativo á las condiciones de capacidad que se requieren, ni al artículo 7, relativo á la incompatibilidad de las funciones de notario con ciertas otras funciones. A la administracion es á la que conviene dirigirse entonces, á fin de obtener que retire la comision (l. de Vent. arts. 45 y 46) entregada al desprecio de la ley; pero mientras esta comision no se retire, se debe prestar fé al título que aparece. Hasta aquí, debe decirse con Tácito (Anal. lib. VI, 88): «*Non est*

*nostrum æstimare quem supra cæteros, et quibus de causis extollas. Tibi summum rerum iudicium Die dedere; nobis obsequi gloria relicta est.*» Así es como los publicistas enseñan que los actos y sentencias pasadas bajo el imperio de la autoridad mas legítima, deben sostenerse; y nosotros creemos, siempre en virtud de la misma teoría, que no incumbe á los tribunales negarse á ejecutar una ley (1), bajo pretesto de su inconstitucionalidad (cas. 11 de mayo de 1833); de otra suerte, el poder judicial absorbería todos los demás (2).

472. La incapacidad á que alude el art. 1318, única que puede viciar el acta, es aquella de que han podido ser informadas las

(1) Suponemos una ley votada en forma regular por los poderes competentes. La cuestion es mucho mas delicada, cuando ha habido usurpacion del poder legislativo, y se ha insertado el acto irregular en el *Boletín de las leyes*, sin reclamacion, como ha acontecido respecto de un gran número de decretos imperiales. Aun en esta hipótesis, el tribunal de casacion no ha podido admitir, que el acto inconstitucional fuese nulo *ipso facto*, y no ha rechazado su autoridad, cuando se trataba de aplicar la pena de muerte (V. el Senado-consulta de 3 de abril de 1814), sino fundándose en la incompatibilidad del decreto de 10 de mayo de 1812, con los principios consagrados por la carta (cas. 21 de mayo de 1847).

(2) Admitese no obstante, en los Estados- Unidos, que el poder judicial puede negarse á aplicar una ley que juzga ser inconstitucional. M. de Tocqueville (*De la Democracia en América*, tom. I, cap. VI.) esplica esta atribucion tan importante de la magistratura americana, por esta consideracion, que estando admitida en América la revision de las Constituciones, si hay conflicto entre la Constitucion y la ley, es siempre posible revisar la Constitucion. Pero no vemos que en Francia, bajo las diversas Constituciones que han autorizado la revision del pacto fundamental (Const. de 1791, de 1793, del año II de 1848 y de 1852) se haya permitido á los tribunales determinar sobre la constitucionalidad de las leyes. Es pues preciso esplicar la legislacion americana por un motivo mas grave, la necesidad de templar, con el auxilio de esta intervencion de la magistratura, la omnipotencia de la democracia, así como en otro tiempo, entre nosotros, la negativa de registrar las ordenanzas por parte de los departamentos, era un medio irregular, pero á veces eficaz de templar la omnipotencia de la monarquía (V. sobre este punto el interesante capítulo de los comentarios de M. Story, sobre la Constitucion de los Estados- Unidos (lib. 3, cap. 4): *Who is final judge or interpreter in Constitutional controversies?* Además, la Constitucion actual, á imitacion de la del año VIII, confia al Senado la mision de oponerse á la promulgacion de las leyes que fueran contrarias ó que atentasen á la Constitucion (Const. de 1852, art. 26). Pero no hay cuerpo especial encargado, como en otro tiempo el Tribunalado, de provocar el ejercicio de este derecho; solo pueden hacerlo los particulares por vía de peticion (*ibid.* art. 45). Esta facultad no obstante ha adquirido mas importancia, desde que el decreto de 24 de noviembre de 1860, ha permitido publicar el extracto de las sesiones del Senado.

partes, la cual resulta, no de un vicio latente, sino de una declaracion oficial de la autoridad. En efecto, el art. 52 de la ley sobre el notariado, al cual se refiere esta vez espresamente el art. 68 relativo á las nulidades, se halla concebido en estos términos: «Todo notario suspendido, destituido ó sustituido, deberá inmediatamente despues de la notificacion que se le haya hecho de su suspension, de su destitucion ó de su sustitucion, cesar en en el ejercicio de su estado.» Es de advertir que este artículo, de acuerdo con la teoría que acabamos de esponer, admite que hasta la notificacion de la decision tomada por la autoridad superior, contiúe el ejercicio de las funciones; por lo tanto, todo lo que se ha hecho anteriormente á esta notificacion, permanece siendo válido. Así se ha decidido (sent. den. de 25 de noviembre de 1815) respecto de una citacion hecha por un alguacil, cuya interdiccion se habia pronunciado, sin estar aun notificada. Pero una vez habiendo tenido lugar esta notificacion, el oficial pierde todo su carácter; porque hay falta, sobre todo en un pais donde las decisiones de la autoridad se hacen públicas por la vía de la prensa, en ignorar la destitucion ó la suspension debidamente notificada.

473. La segunda condicion que se exige al oficial para que se confiera autenticidad á la acta, condicion consagrada por un edicto de noviembre de 1542, es que actúe ó autorice instrumentos en los límites de su territorio. Esta regla se observaba en el siglo XVI, como lo es en el dia. Se prescribia entonces estrictamente según lo que nos refiere Boiceau (*Prueba por testigos*, lib. II, cap. IV), que el notario no autorizase instrumentos fuera de su territorio, *cum tabelliones, extra territorium, omnino privati censeantur, sicut et iudices*. Pero en el último estado del derecho antiguo, independientemente de la prerogativa de que gozaban ciertos notarios, especialmente los de los antiguos tribunales (*Chatelets*) de París, Orleans y Montpellier, que podían autorizar instrumentos en todo el reino, la regla de que cada notario debia ejercer en su territorio, no se consideraba como prescrita bajo pena de nulidad, y no tenia por sancion más que una multa (1). (V. la ley de 16 de octubre, de 1791, tít. 1, sec. I, art. 5, sent. den. de 5 de abril de 1836). Las leyes modernas han vuelto rigurosamente al principio que quiere

(1) Pothier atestigua (Oblig. núm. 792), que los reglamentos prohibitivos respecto de esto, no eran considerados sino como *leyes bursales*.

que un funcionario, fuera del territorio que le está asignado, no sea mas que un simple particular, y en su consecuencia, ha debido pronunciarse la nulidad de las actas otorgadas fuera de este territorio (ley de Vent., art. 6 y 68). Por esto se exige la mencion del lugar donde se otorgó el acta ó escritura (*ibid.*, art. 12), mencion que será útil, pero no sustancial, en las actas ó escrituras privadas, que pueden estenderse en todas partes. Exigiendo esta mencion, obliga la ley al notario que autorizare instrumentos fuera de su territorio, ó bien á hacer una acta evidentemente nula si se abstiene de insertar en ella la enunciacion falsa, ó bien en el caso contrario, á cometer una falsedad, disimulando la nulidad, y á esponerse de esta suerte á las penas mas graves (1).

474. En el territorio mismo correspondiente á los notarios, no pueden ejercer su ministerio respecto de toda clase de personas. Les está prohibido (*ibid.*, art. 8) autorizar escrituras en las que sean partes sus parientes consanguíneos ó afines en línea recta, en todo grado, y en la colateral hasta el grado de tío ó de sobrino inclusive; además no pueden autorizar actas ó escrituras en que tengan interés ellos mismos. Esto es lo que ha querido espresar el final del artículo 8, que añade: *ó que contuvieran algunas disposiciones en su favor*; espresiones que gramaticalmente podrian referirse á los parientes de los notarios, igualmente que á los notarios mismos, pero en buena interpretacion, no pueden aplicarse mas que á estos últimos, puesto que de otra suerte, no contendrian mas que una redundancia inútil. Nada mas justo, por otra parte, que prohibir al notario la facultad de dar testimonio en su propio interés. Así se ha juzgado por dos sentencias de casacion, fecha 15 de junio de 1853. (V. tambien la sent. den. de 16 de nov. de 1856). Sin embargo, hemos visto (núm. 455) que se quiso indebidamente y á consecuencia de una verdadera confusion de lenguaje, aplicar el art. 175 del Cód-

(1) Esto mismo ha decidido el tribunal de casacion muchas veces, especialmente el 16 de nov. de 1832.—M. M. Chaveau y Helie (*Teoria del Código penal*, tom. II, cap. 22, §. 2), quieren para que, haya falsedad en este caso, conforme á una sentencia del mismo tribunal de 4 de marzo de 1825, que hubiera habido intencion de perjudicar al interés de las partes. Esta doctrina nos parece muy laxa. Debe responderse con la sentencia de 1832, «que teniendo esta falsa enunciacion por objeto engañar y eludir la prevision y la voluntad del legislador, y siendo por otra parte perjudicial á otro (puesto que el acta es nula), lleva consigo, por esto solo, la intencion criminal del crimen de falsedad.»

go penal á un notario que habia tomado interés en el crédito consignado por una *acta* que habia recibido ú otorgado él mismo. Hay en esto una nulidad y una infraccion disciplinal, pero de ningun modo un delito caracterizado, delito que no podria existir sino cuando el notario hubiera tenido á su cargo el crédito mismo, en el cual tomó interés y no el *acta* destinada á consignarlo.

475. Suponiendo que el oficial sea capaz y competente, es necesario tambien que se otorgue el *acta* con las *solemnidades requeridas* (C. Nap., art. 1317). Estas solemnidades se refieren, ya á la cualidad de las personas que la otorgan, ya á las reglas que deben seguirse en su otorgamiento.

476. «Las *actas*, dice el artículo 9.º de la ley de Ventoso, se recibirán por dos notarios ó por un notario asistido de dos testigos, ciudadanos franceses, que sepan firmar y domiciliados en el distrito del comun en que se estienda el *acta*.» Esta disposicion, cuyo principio se remonta á una ordenanza de Felipe el Hermoso de 1504, es necesaria para dar á las partes garantías contra la prevaricacion de los oficiales públicos. El acuerdo de dos notarios para falsificar los contratos de las partes es infinitamente menos probable que la malversacion de uno solo. La presencia de los testigos que se han llamado *instrumentales* por razon de su concurrencia al *acta* (*instrumentum*), se justifica por el mismo motivo.

Pero es muchas veces difícil, en la práctica, obtener la asistencia de dos notarios; así la prescripcion de la ordenanza de 1504, bien que renovada en 1437, habia caido en desuso en el derecho antiguo, escepto, respecto de ciertos actos de alta importancia, tales como los testamentos. El artículo 14 de los estatutos y reglamentos del colegio de los notarios del Chatelet de París, homologados por una sentencia del Parlamento de 13 de mayo de 1681, decia, que los notarios estarían obligados á firmar uno por otro las *actas* y contratos que no fueran contrarios á las ordenanzas y buenas costumbres, para que fuesen requeridos, sin poder negarse á ello, y esta jurisprudencia se habia convertido en ley por los edictos de 1691 y de 1706. Despues de haberse promulgado la ley de Ventoso, no se han conservado en la práctica los mismos hábitos, en cuanto al notario segundo, y repugnando nuestras costumbres á veces, confiar á testigos el secreto de nuestros asuntos, se ha introducido igualmente el uso de hacer firmar el *acta* despues á los testigos instrumentales. Esto era, persistimos en creerlo, una violacion ma-

nifiesta de la ley; violacion tolerada por largo tiempo por la jurisprudencia, que se fundaba en un singular motivo, la pretendida abrogacion por desuso de la disposicion de la ley de Ventoso; pero al fin fué condenada por sentencia de casacion de 25 de enero de 1841. Esta sentencia seguida de otra decision conforme (16 de noviembre de 1841), puso al legislador en la necesidad de custodiar los intereses comprometidos por este cambio de jurisprudencia, y de resolver para lo futuro: tal ha sido el objeto de la ley de 21 de junio de 1845.

En cuanto al primer punto, es verdad que ciertos autores han disputado al legislador la facultad de hacer verdaderas leyes interpretativas, que rijan para lo pasado (1). Pero esta teoría, contraria por otra parte, á la de los autores mas exactos, no podia prevalecer contra el deseo legítimo de asegurar la estabilidad de los contratos y la paz de las familias, prohibiendo, «anular las *actas* otorgadas por notario despues de la promulgacion de la ley de 25 Ventoso año XI, por la razon de que el notario segundo, ó los dos testigos instrumentales no habian estado presentes á la recepcion de dichas *actas*.» Esto es lo que ha hecho el art. 1.º de la nueva ley, contra el cual no podrian suscitarse objeciones formales.

Respecto del porvenir, aunque el legislador pretenda no hacer mas que explicar la ley de Ventoso (ley de 1845, art. 3.º), la ha modificado realmente, puesto que ha dado la razon á la práctica, dispensando generalmente á las partes de la asistencia del segundo notario y de los testigos (*ibid.*, arts. 1.º y 3.º). Mas tanto durante la discusion de la ley de 1845, como despues de esta época, se ha acusado al poder legislativo de haber carecido de energia, y de no haber sabido ser consecuente en un sistema vicioso. Estas censuras no nos parecen fundadas. Desde luego, no habia motivos suficientes para ensañarse contra las dificultades prácticas que ofrecia la presencia real del segundo notario y de los testigos, puesto

(1) No habia invasion sobre el poder judicial, sino en cuanto interviniera el poder legislativo en las causas particulares para interpretar la ley (V. especialmente el decreto de 19 Lluvioso, año II, por el cual la Convencion anuló, á peticion de las partes, una sentencia del tribunal de casacion, en materia de competencia). En cuanto á la facultad de interpretar la ley de un modo general, aun respecto de lo pasado, no podria pertenecer mas que al poder legislativo; y las necesidades sociales exigen á veces, como ha acontecido en 1843, respecto de las *actas* autorizadas por notarios, que se haga uso de esta facultad.