

que estaba averiguado que los abusos del notariado no se referían en manera alguna á la falta de esta presencia real. Pero, se dice, entonces sería mas sencillo y mas lógico hacer otorgar las actas por el notario solo. Esta idea ha sido rechazada con conocimiento de causa por el legislador. «Se ha considerado por una parte,» dice M. Felipe Dupin, en su informe á la Cámara de diputados (*Monitor* del 9 de marzo de 1845), «que la formalidad de la firma, despues del acto, del segundo notario ó de los testigos, no tenía inconveniente para las partes, y era fácil de cumplir para los notarios. Por otra parte, y aunque esto no sea una garantía poderosa, este uso tiene, no obstante, algunas ventajas. Así, el notario segundo sin penetrar directamente en los secretos de las actas, comprueba si se han observado las formalidades exteriores, si está en debida forma el protocolo, si las notas, llamadas y enunciaciones de las palabras nulas están exactamente rubricadas, si el acta no contiene blancos ni entrerenglonados de que pueda abusarse. La necesidad de imitar la firma del notario ó de los testigos haría la falsedad mas difícil, si intentara cometerla alguno, ó indicaría mas pronto las huellas del crimen. Finalmente, es un obstáculo á las supresiones ó intercalaciones que se quisiera hacer para lo sucesivo, en detrimento de las partes y del fisco. No se ha querido quitar sin motivo estas garantías, por débiles que pudieran parecer.»

Sin embargo, la ley de 1845 mantiene (art. 4.º) las reglas especiales del Código Napoleon sobre la forma de los testamentos (1). Además, exige (art. 2) la presencia del notario segundo, ó de dos testigos para las actas notariadas mas importantes, las que contienen donacion entre vivos, donacion entre cónyuges durante el matrimonio (2), revocacion de donacion ó de testamento, reconocimiento de hijos naturales y los poderes para consentir estos diversos actos. Esta presencia debe mencionarse bajo pena de nulidad (art. 2, cit.). Pero, aun respecto de estos actos colocados de esta suerte en una categoría especial, no exige la nueva ley que se asista á ellos,

(1) En los testamentos la mas ligera ausencia de un testigo basta para viciar el acto (Burdeos, 8 de mayo de 1860.)

(2) Se había propuesto aplicar la misma regla á las donaciones hechas por contrato de matrimonio y á los contratos de matrimonio en general. Pero se ha reconocido que había una garantía suficiente en la asistencia de las dos familias á estas estipulaciones solemnes, á cuyos pormenores, no usáramos que sea siempre conveniente mezclar terceras personas.

bien sea á las proposiciones preliminares, bien á la redaccion de la minuta. «La presencia del notario segundo, ó de los dos testigos,» dice el art. 2, «no se requiere sino en el momento de leerse las actas por el notario y de firmarse por las partes» (1). Véase, pues, que el espíritu de la ley es siempre garantizar, en cuanto es posible, el secreto de las convenciones, que es esencialmente propio á nuestras costumbres.

477. Una disposicion que se ha observado siempre con rigor, es la del art. 8 de la ley de Ventoso, renovacion del reglamento de 1550, que prohíbe á los notarios, parientes consanguíneos ó afines, hasta lo infinito en línea recta y hasta el tercer grado en línea colateral, concurrir al mismo acto; pero ninguna decision moderna reproduce la prohibicion hecha á los notarios por el Parlamento de París, el 10 de febrero de 1615, de reunirse en número de mas de dos para otorgar sus actas por temor de comprometer el secreto de las partes. Este abuso, por lo demás, si es que hay abuso en esto, es poco de temer, no estando dispuestos los oficiales públicos á asistir á operaciones de que no podrian sacar ningun emolumento. El tribunal de Reims ha declarado igualmente válida, el 7 de febrero de 1855, una acta de donacion otorgada como un testamento (Código Nap., art. 971), en presencia de dos notarios y de dos testigos.

478. En cuanto á las condiciones de capacidad que deben reunir los testigos, el art. 9 exige desde luego, que sean *ciudadanos franceses*. Para sostener que estas palabras, segun lo ha juzgado una sentencia denegatoria de 10 de junio de 1824, no deben tomarse á la letra, se invoca, ya la naturaleza de las funciones de testigo que nada tiene de política, ya el vocabulario acostumbrado en tiempo de la primera república francesa, que propendia á generali-

(1) Habiendo añadido la ley de 1843: «haráse mencion de ella bajo pena de nulidad» se ha preguntado, si es la presencia del segundo notario y de los testigos ó bien la lectura de la acta, como lo decide el Código (art. 972), respecto de los testamentos, lo que debe mencionarse. No hay duda que es mas prudente mencionar siempre la lectura de la presente acta por el notario en presencia del segundo notario y de los testigos, segun el formulario prescrito por una circular del colegio de los Notarios de París con fecha de 24 de junio de 1843. Pero creemos con una sentencia del Tribunal de Dijon, del 30 de junio de 1857, que el pronombre *ella* de que usa la ley de 1843, se refiere gramaticalmente á la presencia exigida y no á la lectura del acta, y que en su consecuencia, no es permitido suplir una nulidad que no pronuncia el texto (V. en sentido contrario M. Demoly, *Revista crítica*, tom. XIV, pág. 434.)

zar el sentido de la palabra *ciudadano* (1). (Sabido es, que las mujeres mismas se llamaban *ciudadanas*.) Pero no hay nada extraordinario en considerar como una especie de mision pública el ministerio del que es llamado á comprobar la gestion de un oficial público, con la facultad de atraer sobre su cabeza la pena contra la falsedad, en caso de prevaricacion.

Adoptada por una sentencia de Rouen del 13 de mayo de 1839, esta doctrina, se halla por otra parte en armonía con la que hemos admitido respecto del juicio pericial (núm. 114). Los arts. 34 y 42 del Código penal, colocan, en efecto, en la misma línea la incapacidad de ser perito y la de ser empleado como testigo en las escrituras. En cuanto al sentido mismo de la palabra *ciudadano*, no deben trasportarse las denominaciones y las ideas que tenían curso en tiempo de la Convencion, á la época del Consulado, bajo el cual las ideas republicanas se hallaban singularmente eclipsadas. ¡No es, por otra parte, el artículo 7 del Código civil, promulgado el 27 Ventoso, año XI, es decir, casi al mismo tiempo que la ley sobre el notariado, quien ha declarado el ejercicio de los derechos civiles independientes de la cualidad de ciudadanos? Así, pues, el art. 980 del mismo Código no ha exigido con conocimiento de causa á los testigos de los testamentos mas que la cualidad de *republicol*as, reemplazada en las redacciones posteriores por las de *súbditos del emperador*, y despues, *del rey*. El proyecto del Código (título de las donaciones y testamentos, art. 73), exigia el *ejercicio de los derechos políticos*, lo cual se suprimió por el Consejo de Estado. El informe de M. Jaubert en el Tribunado sobre el título de las donaciones, hace resaltar el derecho comun y la escepcion en esta materia. «Algunas observaciones sobre los testigos testamentarios,» dice el orador: «basta que gocen de los derechos civiles, mientras que para las actas ó escrituras públicas ordinarias, en que á la verdad no se necesitan mas que dos testigos, es indispensable que gocen de los derechos políticos.» Si nuestra antigua legislacion no exigia en todos los casos mas que la cualidad de *regnicóla*, es porque no habia entonces lugar á ocuparse de los derechos políticos, puesto que no se convocaban los estados generales sino una vez por siglo.

(1) Consúltese sobre la historia de la palabra *ciudadano* al distinguido publicista cuya pérdida prematura deplora la ciencia, M. Laferriere, *Curso del derecho público y administrativo*, lib. I, cap. I, secc. IV.

Por lo demás, consideramos como ciudadano francés á todo el que ha cumplido veintiun años y que no esté incapacitado. Tal es nuestra opinion bajo el imperio de la carta de 1830, y hay menos duda sobre este particular, hoy que la condicion que exige la constitucion del año VII (art. 2) de inscribirse en los registros cívicos, en el plazo de un año, contado desde la mayoría, se ha abolido formalmente por la Constitucion de 1848, que ha conferido el derecho electoral á todos los franceses de edad de veintiun años y que gozaran de sus derechos civiles y políticos; principio consagrado de nuevo por el decreto de 2 de febrero de 1852, que rige en el dia la materia (art. 12). En su consecuencia, han desaparecido las restricciones anteriores en cuanto al ejercicio de los derechos de ciudadano, especialmente las que resultaban de los artículos 4 y 5 de la Constitucion del año VII (1). La cualidad de ciudadano francés pertenece, pues, en el dia á todos aquellos que no han perdido de un modo general su capacidad política, á consecuencia, bien de una condenacion á pena que lleve consigo la degradacion civil, bien á una interdiccion judicial. En cuanto á las condiciones especiales de aptitud para el electorado y la elegibilidad, regulados en el dia por los títulos II y III del decreto de 2 de febrero de 1852, no podrian requerirse para las funciones públicas, y especialmente para el simple ministerio de los testigos instrumentales. Por eso, segun los términos de la Constitucion de 1848 (art. 27), la ley electoral debia determinar las causas que pueden privar á un *ciudadano francés* del derecho de elegir y ser elegido. Se puede, pues, permanecer siendo ciudadano francés cesando de ser elector (2). No hay, pues, que preocuparse en lo concerniente á los testigos instrumentales, de las restricciones especiales, mas ó menos graves, establecidas por las leyes electorales (decreto de 2 de febrero, tít. II y III).

(1) Debe observarse sobre todo, la que se imponia á los servidores asalariados, los cuales han recobrado desde 1848 la plenitud de sus derechos políticos.

(2) No hay duda sobre esto en cuanto á la elegibilidad, puesto que no existe sino á los 25 años, y que la cualidad de ciudadano se adquiere á los 21 años (decreto de 2 de febrero de 1852, arts. 12 y 26). Observamos además que el derecho de formar parte de la guardia nacional, considerado por el Código penal (arts. 34 y 50) como una especie de derecho cívico, no puede ejercerse actualmente sino á los 25 años, segun los términos del decreto de 16 de enero de 1852.

479. Lo que hemos dicho de la capacidad putativa del notario, debe aplicarse igualmente á la capacidad putativa de los testigos. Así, cuando hayan incurrido en una condena ignorada de todos aquellos con quienes se hallaban en relacion, el error de las partes siendo invencible, no deberia ocasionar la nulidad del acta. El tribunal de casacion se ha pronunciado en este sentido (28 de julio de 1831 y 24 de julio de 1839). Pero el tribunal de Aix ha avanzado demasiado al decidir, el 30 de julio de 1838, que el error comun bastaba para validar el acta que habia firmado como testigo un zapatero con patente de edad menor de 21 años, que pasaba en el país por mayor. Es fácil hacerse presentar un extracto de los registros del estado civil, y era un medio singular de comprobacion para un notario el referirse al rumor público sobre la existencia de una cualidad que podia averiguarse con tanta facilidad. Es necesario reconocer, no obstante, que la cuestion de si hubo error invencible induce una apreciacion de puro hecho, que no es susceptible de revisarse por el tribunal de casacion (sent. den. de 24 de julio de 1839 y de 4 de febrero de 1830).

480. La segunda condicion de capacidad que se requiere á los testigos, sobre la cual no puede haber equivocacion porque es enteramente de hecho, es la que consiste en que sepan firmar. La ordenanza de Blois de 1579 (art. 166) queria que en las ciudades y pueblos grandes concurriese un testigo que supiese firmar, pero solamente en los casos en que las partes no firmasen por sí mismas. Hallándose mucho mas divulgado en el dia entre nosotros el uso de la escritura, la ley de Ventoso quiso que en todos los casos fuesen capaces de firmar dos testigos, pero existe una tolerancia análoga á la de la ordenanza de Blois en cuanto á los testamentos auténticos, para los cuales se exige gran número de testigos. El artículo 974 del Código Napoleon se contenta con la firma de la mitad de los testigos en el campo. En el dia, lo mismo que en otro tiempo, los tribunales tienen un poder discrecional para apreciar, segun la importancia de la poblacion, si debe ó no considerarse como perteneciente al campo (sent. den. de 10 de junio de 1847 y 10 de marzo de 1829).

481. En tercer lugar, deben estar domiciliados los testigos en el distrito comunal donde se autorizó el acta, porque las gentes del país son tambien mas á propósito para reconocer la veracidad de las declaraciones hechas por las partes, y es asimismo mas fácil volver á

encontrar á dichas gentes cuando se necesite invocar su testimonio.

482. El mismo grado de parentesco de consanguinidad ó de afinidad que no debe existir entre las partes y el notario, no debe existir tampoco entre el notario y los testigos, ni entre éstos y una de las partes contratantes (ley de Vent., art. 8). Pero no hay ningun motivo formal para prohibir á dos parientes que presten testimonio juntos. «Nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.» (V. Inst., §. 8 *De test. ordin.*)

Los testigos no deben tampoco (art. 8 cit.) ser escribientes ó servidores del notario. Pero el simple hecho de haber estendido una persona copias para un notario, cuando no está adscrita á su servicio habitual, no es bastante para que se le considere como escribiente de éste (sent. deneg. de 5 de febrero de 1829 y de 10 de abril de 1835). De otra suerte seria, si las relaciones entre uno y otro fuesen permanentes, todo segun la apreciacion de los jueces del hecho (sent. deneg. de 25 de enero de 1838).

Hemos terminado lo concerniente á las personas cuyo ministerio dá la autenticidad al acta otorgada por ante notario. Hablemos ahora de las formalidades materiales que se requieren para la validez intrínseca de esta acta.

483. En ella debe enumerarse (ley de Ventoso, art. 12) el lugar, el año y el dia donde se autorizó; lo cual se llama la data, de la palabra *datum*, que se usa en el estilo latino de la cancilleria de la Santa Sede para indicar que la pieza ó documento se ha emitido á tal época. No se habla del mes, que no obstante, no es posible omitir en el fondo, quizá para impedir que se anule una acta datada con relacion á una festividad cuya fecha fuera fácil comprobar, por ejemplo, la *vispera de Todos Santos*. La ordenanza de Blois queria además (art. 167) que se indicase si se habia otorgado el acta antes ó despues del medio día. Esta mencion, que no se exige ya, tenia entonces una gran importancia, puesto que era esencial consignar exactamente la fecha de las actas autorizadas por notario que constituían hipoteca, contando desde esta fecha. En el dia puede ser útil para establecer la preferencia entre dos compradores que hubieran comprado el mismo inmueble en el mismo dia, de la misma persona, sin que ni uno ni otro hubiera hecho verificar la inscripcion; ó entre dos compradores de efectos muebles, ninguno de los cuales hubiera sido puesto en posesion efectiva de los objetos vendidos.

La misma ordenanza exigía (art. cit.) que se mencionara la casa en que se autorizó el acta, esto es, lo que Dumoulin llama el *locus rei*. La ley de Ventoso habla simplemente del lugar, por el cual se entiende de ordinario el distrito donde actúa el notario. Se ha querido solamente consignar, como ya hemos advertido, que actuó dentro de los límites de su distrito. Así, el tribunal de Riom ha decidido el 18 de mayo de 1841, conforme con muchas sentencias anteriores de diversos tribunales, que la mencion del *locus rei* no es indispensable, pero puede ser útil para el caso en que se atacase el acta ó escritura, redarguyéndola de falsa.

484. Requiérese asimismo la mencion de los nombres y morada de los testigos (*ibid.*); porque es preciso que pueda encontrárseles en caso necesario. Por otra parte, esta es la mejor garantía de que el notario recurrirá á testigos domiciliados, puesto que de otra suerte se vería en la alternativa de hacer una acta nula, ó de cometer una falsedad. Es verdad que se ha pretendido que las prescripciones de la ley de Ventoso sobre la mencion de la morada de los testigos han sido virtualmente abrogadas por la ley interpretativa de 1843 (núm. 476), que no exige ya la presencia efectiva de los testigos; pero aun cuando esta nulidad fuese contraria al espíritu de la ley de 1843, hubiera sido necesario que esta ley hubiese contenido una disposición terminante para abolir una disposición formal de la legislación sobre el notariado (Nimes, 22 de abril de 1857.).

Respecto del notario, dándole á conocer suficientemente su firma, no es sustancial la insercion de sus nombres y el lugar de su residencia, en el cuerpo del acta. En cuanto á las partes, deben ser designadas claramente; de lo contrario, el escrito seria de hecho insuficiente como prueba. Pero no tiene importancia la indicacion de su residencia, puesto que la competencia del escribano no es personal, sino territorial. Finalmente, la regla que prescribe al notario (*ibid.*, art. 11), cuando no conoce á las partes, que haga atestiguar sus nombres, estado y residencia por dos ciudadanos que tengan las cualidades requeridas para los testigos instrumentales, se refiere á la responsabilidad del notario en cuanto á la identidad de las partes, pero de ningun modo en cuanto á la validez del acta en sí misma.

485. Hasta la ordenanza de 1560 (art. 84) no se exigía la firma de las partes, aun cuando supiesen firmar. Estando poco divulgado

en la Edad media el conocimiento de la escritura (1), era raro el caso de que las partes supieran escribir, por lo que no se cuidaron de tal caso. La decision de Carlos IX fué provocada por el número de falsificaciones que habia ocasionado en el siglo XVI esta gran latitud que se dejó á los notarios. De la legislación de esta época, de la que, á inspiracion del canceller L'Hopital, se verificaron tan importantes reformas, fué de donde nos provino la obligacion (ley de Vent., art. XIV) de hacer firmar á las partes, si sabian hacerlo, y de hacer mencion de sus firmas, ó por lo menos, si no podian firmar, de hacer mencion de esta imposibilidad. Ya hemos hecho observar cuán conveniente es la necesidad de esta mencion, agravando la responsabilidad del oficial que contraviniera á la ley. Además, en materia de testamentos, es tan importante la firma, que se exige cuando falta mencion espresa, no solamente de la declaracion de que el testador no puede firmar, sino tambien de la causa que le impida hacerlo (C. Nap., art. 973.)

La regla de que las partes deben firmar no es, por lo demás, aplicable á todas las actas auténticas. Cuando el legislador autoriza pura y simplemente á un oficial para hacer un acto de su ministerio, se presume que tiene poder de sus clientes, mientras no se pruebe lo contrario. Tal es la práctica constante relativamente á los procuradores. No se exige la firma de las partes respecto á ellos sino es escepcionalmente, por ejemplo, para el acta de impedimento á un matrimonio (C. Nap., art. 66.).

En cuanto á los testigos, es siempre preciso que firmen, salvo la escepcion que hemos indicado respecto de los testamentos (número 480), y que se mencione su firma, ó bien, en caso de escepcion, la imposibilidad en que se hallan de firmar (ley de Ventoso, art. 14.). Una sentencia de casacion del 16 de julio de 1833 ha decidido, que aun por el antiguo derecho, se prescribia bajo pena de nulidad, la mencion de la firma, tanto de las partes, como de los testigos.

Por último, es evidentemente esencial la firma del notario mismo, pues es la que empeña su responsabilidad, dando al escrito el

(1) Véase por cartas patentes de mayo de 1338, que en esta época, no sabiendo firmar muchos miembros del Consejo mismo del rey, bastaba que firmasen tres personas presentes, contentándose los demás con poner sus sellos en las actas del Consejo.

carácter de autenticidad que es inherente á la notoriedad de esta firma. Por sentencia denegatoria de 12 de noviembre de 1807, se ha decidido, en su consecuencia, que una acta ó escritura á la que falta esta formalidad esencial, no es acreedora al derecho de registro. La necesidad de la firma del notario no se ha establecido sino en los tiempos modernos. No siendo en su origen estos oficiales mas que los redactores de las actas (núm. 461 y 462), las partes ponian en éstas sus sellos, y no habia atestacion de la presencia del redactor que no tenia carácter oficial (1), pero los pecheros, que no tenian sellos, debian otorgar sus actas ante un oficial público (Beaumanoir, cap. XXXI, §. 22), y desde entonces llegó á ser muy útil dar carácter de oficial público al redactor de una acta. Los notarios tuvieron, pues, un sello, que debió ponerse en las escrituras, según la Ordenanza de julio de 1504. Finalmente, se fué introduciendo poco á poco la firma del notario en la práctica, pero no llegó á ser obligatoria sino desde la Ordenanza de 1535; ni aun se observó generalmente esta regla hasta despues de haberse reproducido por la Ordenanza de 1560, siendo hasta entonces el sello entre nosotros, como juzgó el tribunal de Tolosa, el 10 de mayo de 1838, lo que fué antiguamente en Roma, una garantía de la veracidad del acta ó escritura. En el dia, cada notario debe tener tambien su sello particular (ley de Vent., art. 27); pero ya veremos que la fijacion de este sello no es tampoco necesaria como formalidad estrínseca.

La letra del artículo 14 de la ley del año XI prescribia tambien la mencion de la firma del notario; pero el Consejo de Estado reconoció (dictámen de 20 de junio de 1810) que esta mencion es enteramente superabundante. Si la firma del notario es verdadera, la mencion de esta firma es enteramente inútil; si no es verdadera, hay en este mero hecho falsedad caracterizada, y la segunda falsedad, que contendria la mencion falaz, no agravaria en nada la penalidad en que se hubiera incurrido por el solo hecho de ser la firma falsa.

486. Para que las actas ó escrituras otorgadas por el notario

(1) Infinita pene vidi antiqua instrumenta, dice Boiceau (Prefacio, §. 3), «que nullo tabellionis signo, sed sola cujusdam antiqui sigilli appensione munita erant.»

tengan el carácter de estabilidad que las distingue especialmente de las actas ó escrituras privadas, es preciso que el notario sea su depositario. De aquí la obligacion de conservar minuta ú original y de no entregar á las partes mas que copias. Pero ¿qué debe entenderse por esta obligacion, y á qué actos ó escrituras es aplicable?

Si se tomara á la letra la espresion de *conservar minuta* que usa la ley sobre el notariado, se creeria que el notario, no solamente debe estender, sino conservar en su estudio, bajo pena de nulidad, el original mismo del acta. Así lo decidió el tribunal de Bastia, en un caso en que se habia extraviado momentáneamente una minuta del contrato de matrimonio, que se volvió á encontrar despues. Semejante doctrina seria sumamente peligrosa para los interesados, cuyos derechos estuvieron espuestos á perderse sin falta alguna imputable á los mismos, por negligencia del oficial público. Afortunadamente, la ley de Ventoso no tiene tan estremada trascendencia. Debe distinguirse la obligacion de *conservar minuta*, es decir, de redactar una minuta destinada á permanecer en posesion del notario, prescrita en efecto bajo pena de nulidad, por los artículos 20 y 68 combinados, y la obligacion de no *desapoderarse de la minuta*, establecida por el artículo 22, que no es mas que una prescripcion disciplinaria. Así, la sentencia del Tribunal de Bastia fué anulada el 6 de diciembre de 1832.

La prescripcion misma de la redaccion en minuta, no se introdujo sino lentamente en la antigua jurisprudencia, y tan solo para ciertas actas ó escrituras de mas importancia. Bajo la ley de Ventoso (art. 20), llegó á ser regla la obligacion de conservar minuta, exceptuándose únicamente (art. cit.) los certificados de vida, procuraciones, actas de notoriedad, finiquitos de arriendos, alquileres, salarios, atrasos de pensiones y rentas, y otras actas simples que, según las leyes, pueden ser entregadas en extracto. «Pero por *actas simples* debe entenderse aquí las que tienen un interés escaso y pasajero, y no como se ha pretendido, las que emanan de una sola voluntad, tales como los testamentos. Esta interpretacion tan peligrosa como errónea, ha sido proscrita con razon por un dictámen del Consejo de Estado de 7 de abril de 1821.

487. Una nulidad postrera, que solo es parcial, afecta á las palabras enmendadas en la escritura ó interlineadas ó añadidas (*ibid.*, artículo 16). Esta nulidad puede afectar á toda el acta ó escritura, si son esenciales las palabras viciosas, por ejemplo, si se refieren á

la fecha (1) (sent. deneg. de 27 de marzo de 1812). El notario debe abstenerse de efectuar adición alguna en el cuerpo del acta ó escritura; las notas, si su estension no obliga á trasladarlas al fin de la escritura, deben inscribirse al márgen con la firma ó rúbrica de los notarios y de los demás signatarios (*ibid.*, art. 15). También debe consignarse al márgen ó al final del acta el número de borrados, salvándolos (*ibid.*, art. 16) según la antigua práctica, atestiguada en los siguientes términos por Mascardo (con el 1261, número 16): *Si notarius erravit in scriptura, debet, ad evitandam suspicionem, in fine scripturæ ac chirographi contunando facere mentionem, qualiter ipse abrasit tale verbum, in tali linea, vel fecit talem lineam in margine*. Pero debe distinguirse entre las adiciones y los borrados. Las adiciones que no están aprobadas son nulas (artículo 15). Respecto de los borrados, desde luego la ley sobre el notariado no reproduce un reglamento mucho más riguroso que el de 1863 que declaraba la nulidad del acta á causa de contener raspaduras ó borrados. Si una acta llena de borrados no salvados, debe desecharse como sospechosa, no sucede lo mismo en el caso de que no contenga más que algunos borrados sin importancia, conforme á la antigua doctrina (2): *Si ratura non sit in loco substantiali et suspecto, non facit falsum instrumentum* (Mascardo, *ibid.*, núm. 9). Mas aun; los mismos borrados, salvo la multa que se impone al notario, se consideran como no existentes, por el solo hecho de no haberse aprobado. Puede resultar, en efecto, con evidencia, de las palabras de la escritura, que se hayan hecho al redactarla, *cum verba antecedentia et sequentia demonstrant, ita esse legendum, ut in ratura scripturæ reperitur*. (Mascardo, *ibid.*, núm. 19). Si los borrados se han hecho con posterioridad á la redacción de la escritura, deben considerarse como no existentes. Pero ¿qué deberá presumirse en caso de duda? Que el notario se conformó con las prescripciones de la ley, y que en su consecuencia, no se han hecho por consentimiento de las partes más borrados que los que han sido aprobados por éstas. De otra suerte, bastaría la malquerencia de un tercero, para que fuera accidentalmente detentador de la mi-

(1) Pero el acta no fechada en debida forma, tendrá por lo menos la fecha del día del registro (sent. deneg. de 6 de marzo de 1827.)

(2) M. Greenleaf consigua (tomo I, pág. 697, nota 1) la conformidad del derecho comun inglés con la doctrina de Mascardo que cualifica bastante inoportunamente de *roman civil law*.

nuta, para destruir la prueba de los derechos más importantes. Seria, pues, preciso en general, y salvo el apreciar las circunstancias, conservar las palabras rayadas sin aprobación, mientras no se acredite que el rayado ó borrado tuvo lugar cuando se confeccionó el acta ó escritura.

El mero hecho de dejar blancos en una escritura autorizada por notario, no lleva consigo nulidad. Pero, pudiendo estos claros prestarse fácilmente á intercalaciones, se hallan prohibidos los blancos, claros, ó espacios con pena de multa por la ley de Ventoso (artículo 15). Es uso en la práctica de los notarios, cuando se han dejado blancos anticipadamente, tirar barras ó líneas para llenarlos; pero en tal caso, debe el oficial para evitar toda arbitrariedad, hacer aprobar estas barras por las partes, bajo pena de incurrir en la misma multa que se le impondría por causa de los blancos ó claros (sent. deneg. de 21 de julio de 1852).

488. Fuera de las prescripciones de la ley de Ventoso, parece constante que la disposición de la Ordenanza de 1539 (arts. 10 y 11) que quiere que todas las actas se extiendan *en lingua materna francesca*, está aun en pleno vigor. Muchas decisiones del gobierno francés, tanto antiguo como moderno, han mantenido imperiosamente esta regla en perfecta armonía con nuestra propension á la centralización y á la regularidad administrativa. La ley de 2 de Termidor, año II (art. 3), ha venido á darle una nueva sanción, imponiendo la pena de seis meses de prisión y la destitución contra todo funcionario ú oficial público que estendiera cualquier clase de escritura en otra lengua que la francesa. Pero, además de esta sanción especial ¿se debe considerar la redacción en lengua francesa como prescrita bajo pena de nulidad? La nulidad se impuso en otro tiempo por un edicto de diciembre de 1863 para la Flandes, y por una providencia del Consejo de 30 de enero de 1863, para la Alsacia. Es verdad que la nulidad no se impuso formalmente, ni por la Ordenanza de 1539, ni por sentencia del 24 Praderal del año XI, que prescribía su ejecución en los países reunidos. Así una sentencia denegatoria del 1.º de marzo de 1830, dada, es verdad, en circunstancias particulares (1) había desechado

(1) Tratábase de conceder el *exequatur* á una sentencia arbitral escrita en lengua extranjera, á la cual se había unido una traducción hecha por un intérprete jurado. Puede decirse, en apoyo de la doctrina de la

esta sancion. Pero, mas recientemente otra sentencia de 4 de agosto de 1839 se pronunció en el sentido de la nulidad, reconociendo «que no se trata de una de esas formas secundarias y de esas nulidades de procedimiento á las cuales se aplica el art. 1503 del Código de procedimiento, sino de un principio esencial y de derecho público que afecta hasta cierto grado á la buena administracion de justicia, y garantiza el uso de la lengua nacional.»

El decreto del gobierno de 24 de Praderal del año XI, reproduciendo esta regla con respecto á los paises reunidos, ha prescrito á los oficiales públicos, que pongan, á medio márgen del original francés, la traduccion en idioma del país, cuando fueren requeridos para ello por las partes: prescripcion aun aplicable en el dia, ya respecto de los extranjeros, ya de los puntos de la Francia donde no es el francés la lengua popular. Pero esta prescripcion que concilia las necesidades de la práctica con las exigencias legales, supone que el notario entiende la lengua de su cliente, que no sabe el francés. Si fuera de otra suerte, debe tomar un intérprete, y entonces, segun ciertos autores, el intérprete debe reunir las condiciones de capacidad exigidas para los testigos instrumentales. Pero esto es, en nuestro juicio, hacer la ley y no interpretarla. No hay duda que convendria tomar, si se puede, el intérprete entre los mismos testigos instrumentales. En caso contrario, el tercero llamado presta un servicio que no tiene carácter ninguno oficial, y no podria imponérsele ninguna condicion de capacidad, sin incurrir en arbitrariedad. Muchas veces los extranjeros serán los que llenarán mejor este oficio; y en su consecuencia, ¿cómo exigir la calidad de ciudadano francés? Nos parece que el intérprete hace aquí pura y simplemente el papel de *sapiteur* en un juicio pericial (V. núm. 114).

En cuanto á los testigos instrumentales, el tribunal de casacion ha juzgado (sent. deneg. de 14 de julio de 1818) conforme con las numerosas sentencias de los tribunales de apelacion, que al juez es á quien corresponde examinar de hecho si, no obstante ignorar la lengua de que se sirven las partes, han sido suficientemente instruidos por el notario de lo que se efectuaba en su presencia. Y no

---

sentencia, que la sentencia arbitral no recibe carácter oficial sino por la ordenanza de *exequatur*, la cual no se entrega sino en vista de la traduccion.

obstante, es difícil que sea formal el ministerio de semejantes testigos, puesto que reciben todas sus noticias del funcionario mismo á quien tienen mision de vigilar. Por otra parte, exigir de un modo absoluto que los testigos sepan la lengua de que se sirven las partes, seria pedir frecuentemente lo imposible. Debe, pues, confesarse que la legislacion deja algo que dese ar sobre este punto. Tal vez convendria distinguir, atendiendo á la poblacion, y exigir, por ejemplo, que los testigos entiendan el alemán en Alsacia, si el testador no sabe otro idioma que el alemán; mientras que, respecto de las otras partes de la Francia, en que, salvo algunas grandes ciudades, el conocimiento del alemán es bastante raro, se deberia ser menos riguroso.

Por derecho español carece tambien de autenticidad el instrumento que autorizare un notario que no tuviere capacidad para ello, como si estuviere suspendido de sus funciones, mientras dure la suspension, ó si fuese privado de oficio, ó como dice la ley 177 del Estilo, si se hallare públicamente excomulgado; así es que en tales casos no tendrá fuerza el instrumento que trató de autorizar tal escribano ó notario, supieran ó no los otorgantes su incapacidad, sin perjuicio de ser castigado dicho escribano como falsario y haber de responder de los daños y perjuicios que á las partes se siguieren. La incapacidad del escribano no empieza sino desde que se le notificare la sentencia de suspension, destitucion de sus funciones ó excomunion, de suerte, que los instrumentos que hubiere autorizado durante la causa formada contra él y antes de la notificacion de la sentencia serán válidos, como auténticos, aunque la sentencia estuviere ya pronunciada. Gregorio Lopez, en las glosas 6 y 7, ley 16, tít. 19, Part. 3.<sup>a</sup> Sin embargo, los instrumentos que dejan de ser auténticos por falta de capacidad, serán válidos como instrumentos privados, segun espondremos en la adición inserta á continuacion del núm. 494.

En los casos en que hubiera sido instituida ó nombrada notario una persona que no reúne las circunstancias que la ley exige para ejercer las funciones de tal, como si por ejemplo, no fuere español, del estado seglar, ni hubiere cumplido los 25 años que requiere la ley (V. el art. 10 de la ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, y Bonnier núm. 471) no carecerán los instrumentos que autorice de la fuerza y autenticidad de los instrumentos públicos, sino que deberán considerarse como válidos y auténticos, á no ser que sean nulos por otra causa, lo cual se funda en que no estando en mano de los particulares examinar y comprobar la legalidad del nombramiento de un funcionario público hecho por la autoridad á quien compete asegurarse de sus calidades, no deben ser víctimas de un error, nacido del error, engaño ó culpa de la autoridad. Así se deduce de la ley 115, tít. 18, Part. 3.<sup>a</sup>, que dice lo siguiente: «Aducen las partes muchas veces en juicio antel juez cartas públicas para probar sus intenciones; é la parte contra quien usan de la carta, dice contra ella, que non debe ser creyda porque aquel que la hizo é cuyo nombre está escrito en la carta, non es Escribano público. E quando á tal contienda acaesciere, decimos que el juzgador debe mandar que aquel que muestra la carta en

juicio, si se quiere ayudar della, que lo averigüe probando que *aquel ome que dice en la carta que lo hizo, era escribano público, ó que en el lugar do fué fecha estaba por escribano público ó era fama entre los omes de aquel lugar que lo era é usaba de aquel menester.* E probando alguna destas razones, debe ser creida la carta en juicio, mas si alguna dellas non pudiere probar, non debe valer nin ser creyda en juicio. Infiérese, pues, de esta ley, que será válido dicho instrumento, cuando el error fuere comun, y no lo será cuando pudieron informarse fácilmente las partes de la incapacidad del escribano, que es la doctrina que espone M. Bonnier en los núms. 471 y 472.

Respecto de la incompetencia del notario ó de los límites del territorio en que no puede actuar (V. los artículos 3 al 8 de la ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 que marcan esta competencia), ocasiona tambien la nulidad, y por esto se espresa sin duda en el art. 24 de la ley del notariado, que en todo instrumento público se consigne por el notario el lugar del otorgamiento, razon en que se funda tambien M. Bonnier para sentar esta doctrina en el núm. 473.

La ley del notariado de 1862, consigna tambien las prohibiciones que indica M. Bonnier en el núm. 474; en el art. 22 previene, que ningun notario podrá autorizar contratos que contengan disposicion en su favor ó en que alguno de los otorgantes sea pariente suyo dentro del cuarto grado civil de consanguinidad, ó segundo de afinidad, y en el art. 27 declara nulos los instrumentos públicos que contengan alguna disposicion á favor del notario que los autorice. El art. 28 dispone tambien, que no producirán efecto las disposiciones á favor de parientes dentro del grado anteriormente prohibido del que autorizó el instrumento en que se hicieron.

Acerca de la concurrencia de dos escribanos al otorgamiento de los instrumentos públicos ó de dos testigos que sepan firmar, que requeria la ley francesa de 9 de Ventoso y que inserta M. Bonnier en el núm. 476 se encuentra una analogía en el derecho español, en la ley 54, tít. 18, Part. 3, la cual dice lo siguiente: «abonda en toda carta pública que sean dos escribanos públicos por testigos, sin aquel que hace la carta, que escriban sus nomes en ella; e si por aventura tantos escribanos públicos non pudieren haber en el lugar, tomen por testigos tres omes buenos que escriban y (allí) sus nomes.» En el dia por la ley del notariado de 1862, se requiere la presencia del escribano y de dos testigos por lo menos (V. el art. 20). De la última disposicion de la citada ley 54 de Partida, se deducia, que los testigos debian firmar el instrumento; sin embargo, disponiendo la ley 111 del mismo título que concurrieran dos testigos «que sean hi escriptos de manos mesmas o de mano del escribano público que hizo la carta,» no se consideraba necesaria la firma. Las nuevas disposiciones sobre el notariado han consagrado esta opinion, puesto que el art. 73 del reglamento para el cumplimiento de la ley del notariado de 1862, se dice, que se firmarán las escrituras matrices con arreglo al párrafo 2.º del artículo 17 de la ley y con la presencia del número de testigos que señala el art. 20 (dos testigos por lo menos); pero si los otorgantes ó alguno de ellos no supiere ó no pudiere firmar, lo espresará así el notario, debiendo firmar uno de los testigos, escribiendo de su puño en antefirma que lo hace por sí como testigo y á nombre del otorgante ó *testigo que no sepa ó no pueda verificarlo.* Además en el art. 75 del citado reglamento se previene terminantemente, que *uno cuando menos de los testigos necesarios para los instrumentos públicos inter vivos* deberá saber leer y escribir, sino supieran los otorgantes. Si los otorgantes supieran firmar, no será necesario que firmen los testigos, ni

que haya uno que sepa hacerlo: cuando concurrieren además testigos de conocimiento, con arreglo al art. 23 de la ley, uno cuando menos deberá saber firmar. La presencia de los testigos se requiere para la lectura, consentimiento y firma que tendrán lugar en un solo acto: art. 81 del reglamento. El notario cuando no establezca mas que obligaciones propias puede tambien ser otorgante con la antefirma: *por mi y ante mi*, y en igual caso autorizar las obligaciones de sus parientes: art. 85 del reglamento.

Acerca de la prohibicion indicada por M. Bonnier en el núm. 477, contiene una análoga el artículo 50 del reglamento citado: tal es la de que los parientes de un notario, dentro del cuarto grado civil de consanguinidad ó segundo de afinidad, no podrán aspirar á ser nombrados notarios del mismo punto, á no ser que en éste haya cuatro ó mas de cuatro notarias servidas por notarios no parientes.

En cuanto á la capacidad de los testigos, la ley 9, tít. 16, Part. 3.ª, exige que tengan 14 años cumplidos. Deben ser tambien varones, y segun opinion de algunos autores, vecinos del pueblo en que se hace el otorgamiento, aunque no hay ley que así lo establezca, pues si bien se determina que se consigne por el notario en el instrumento el nombre y *vecindad* de los testigos, tanto por nuestras antiguas leyes, como por la del notariado de 1862, esta disposicion tiene por objeto, segun la interpretacion mas general, que se pueda averiguar el paradero de los testigos para tomarles declaracion en caso de ocurrir alguna duda, y para saber si eran idóneos, segun advierte Febrero, y se dispone, en cuanto á los testigos de conocimiento por la ley 2, tit. 23, lib. 40 de la Nov. Recop.

Respecto de las prohibiciones para ser testigos que espone M. Bonnier en los núms. 482 y siguientes, la nueva ley del notariado, prescribe en su artículo 21, que no podrán ser testigos en los instrumentos públicos, los parientes, escribientes ó criados del notario autorizante. Tampoco podrán serlo los parientes de las partes interesadas en los instrumentos, ni los del notario, unos y otros dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad; y el artículo 27, núm. 2, declara, que serán nulos los instrumentos públicos en que sean testigos los parientes de las partes en ellos interesadas en el grado de que queda hecho mérito ó los parientes, escribientes ó criados del mismo notario, debiendo entenderse los impedimentos que para ser testigos establecen los arts. 21 y 27 de la ley, como refiriéndose tan solo á los escribientes ó amanuenses, estén ó no retribuidos, y á los criados, no á los pasantes y alumnos que concurren al estudio del notario, con tal que no estén retribuidos, segun declara el art. 79 del reglamento de la ley.

Acerca de los requisitos que espone M. Bonnier en los núms. 483 al 485, prescribe la nueva ley española sobre el notariado, que en todo instrumento público consigne el notario su nombre y vecindad, los nombres y vecindad de los testigos, y el lugar, año y dia del otorgamiento; artículo 24. Segun el art. 17, deberá firmarse la escritura original por los otorgantes, por los testigos instrumentales ó de conocimiento, en su caso, y tambien firmarse y signarse por el mismo notario, y el art. 19 dispone que los notarios autorizarán todos los instrumentos públicos con su firma y con la rúbrica y signo que propongan y se les dé al espedirlos los títulos. Véase tambien lo prescrito, sobre este punto de las firmas, por el art. 73 del reglamento para la ejecucion de dicha ley, arriba espuesto.

Los notarios darán fé en los instrumentos públicos de que conocen á las partes ó de haberse asegurado de su conocimiento por el dicho de los

167237

146280