

sujetos á inscripci6n, conforme á la referida ley Hipotecaria; artículos 396 y 389 al 410.

Los documentos sujetos á inscripci6n segun el art. 2.º de la misma ley, son los siguientes: 1.º Los títulos translativos del dominio de los inmuebles ó de los derechos reales impuestos sobre los mismos: 2.º Los títulos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen ó estingan derechos de usufructo, uso, habitaci6n, enfiteúsis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales: 3.º Los actos ó contratos en cuya virtud se adjudiquen á alguno bienes inmuebles ó derechos reales, aunque sea con la obligaci6n de transmitirlos á otro ó de invertir su importe en objetos determinados: 4.º Las ejecutorias en que se declara la incapacidad legal para administrar ó la presunci6n de muerte de personas, ó se imponga la pena de interdicci6n ó cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas, en cuanto á la libre disposici6n de sus bienes: 5.º Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que exceda de 6 años: 6.º Los contratos de arrendamientos de bienes inmuebles en que se hayan anticipado las rentas de dos ó mas años. Para que puedan ser inscritos los títulos espresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria ó documentos auténticos expedidos por el gobierno ó sus agentes en la forma que prescriben los reglamentos; art. 3.º de la ley Hipotecaria.

Segun nuestro derecho es necesario tambien para que hagan fé las escrituras autorizadas por notario fuera de la provincia en que reside, que se legalice la firma de dicho notario autorizante por otros dos notarios del mismo partido judicial, ó por el visto bueno del juez de primera instancia, que pondrá el sello del juzgado; art. 30 de la ley del notariado de 20 de junio de 1862. Para el cumplimiento de este artículo, se entiende por provincia el territorio jurisdiccional de la Audiencia, ó lo que es lo mismo, el territorio de cada colegio notarial, donde son conocidos el signo, firma y rúbrica del notario anteriormente; art. 94 del reglamento general del notariado de 20 de diciembre de 1863.

Respecto de los requisitos y circunstancias necesarias para la validez y la fuerza en el reino de los documentos extranjeros, deben tenerse presentes las siguientes disposiciones.

Segun el real decreto de 17 de octubre de 1851, son válidos y causan ante los tribunales españoles, los efectos que procedan en justicia, todos los contratos y demás actos públicos notariados en Francia y en cualquiera otro país extranjero, siempre que concurren en ellos las siguientes circunstancias: 1.ª Que el asunto, materia del acto ó contrato sea lícito y permitido por las leyes de España: 2.ª Que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse con arreglo á las de su país: 3.ª Que en el otorgamiento se hayan observado las formas establecidas en el país donde se hayan verificado los actos ó contratos: 4.ª Que cuando éstos contengan hipotecas de fincas radicadas en España, se haya tomado razon en los respectivos registros del pueblo donde estén situadas las fincas, dentro del término de tres meses, si los contratos se hubieran celebrado en los Estados de Europa; de nueve, si lo hubieran sido en los de Africa, y de un año, si en los de Asia: 5.ª Que en el país del otorgamiento se conceda igual eficacia y validez á los actos y contratos celebrados en el territorio de los dominios españoles.

Por el real decreto de 17 de noviembre de 1852 sobre extranjería, se han establecido disposiciones análogas. Segun su art. 53, son válidos y causan ante los tribunales españoles los efectos que procedan en justicia, los

contratos y demás actos públicos celebrados fuera del reino, cuando concurren las circunstancias que espresa el real decreto de 17 de octubre de 1851.

La nueva ley de Enjuiciamiento civil de 1855 previene, que los documentos otorgados en otras naciones tendrán igual fuerza que los que lo sean en España, si reúnen todas las circunstancias exigidas en aquellos, y las que además requieran las leyes españolas para su autenticidad: artículo 282. Conviniendo los litigantes sobre su inteligencia, se estará y pasará por la que le dieren: art. 283. No habiendo conformidad, se remitirán por el juez á la oficina de la interpretaci6n de lenguas para su traducci6n, sin que esta pueda hacerse en ninguna otra forma: art. 284.

Por el art. 5.º de la ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1862 se ha dispuesto asimismo, que se inscriban en el registro de la propiedad los documentos ó títulos espresados en el art. 2.º de la misma, arriba espuesto, otorgados en país extranjero que tengan fuerza en España con arreglo á las leyes, y las ejecutorias de la clase indicada en el número 4.º del mismo artículo, pronunciadas por tribunales extranjeros á que deba darse cumplimiento en el reino, con arreglo á la ley de Enjuiciamiento civil.

Requíerese tambien respecto de los documentos extranjeros la legalizaci6n para que conste la autenticidad de la firma y del carácter público del funcionario que la autorizó, segun las siguientes disposiciones.

En 4 de junio de 1842 se ordenó por la Regencia del reino (con motivo de haberse negado el c6nsul español en L6ndres á legalizar poderes que tenian renglones en blanco, por no considerarlos legales, y haber algunos notarios ingleses hecho que fuera legalizada su firma por tres comerciantes), que no se admitieran en los tribunales documentos procedentes del extranjero que no estuviesen otorgados ó legalizados por los c6nsules ó agentes consulares españoles acreditados en el país de que procedian aquellos.

La legalizaci6n se efectúa, atestiguando el c6nsul ó agente consular en España la veracidad de la firma de la autoridad ó funcionario que libró el documento, poniendo cada uno su firma y sello. Si el documento se despachó en la capital del reino, el ministro que entiende de los negocios extranjeros, pone la última legalizaci6n de las autoridades de su país, y la firma del ministro es tambien legalizada por el embajador ó agente diplomático de España que allí reside.

En cuanto á los c6nsules españoles establecidos en el extranjero, se ha mandado espresamente por el art. 22 de 29 de setiembre de 1848 que los cancilleres de los consulados, mientras lo son, se reputan notarios con fé pública en lo judicial y escriturario dentro del distrito de aquellos, y que los documentos que autoricen hagan fé en juicio y fuera de él en la demarcaci6n del consulado, legalizados por el c6nsul en todo el reino. Estos documentos se consideran como españoles.

Respecto de las formalidades estrínsecas de las ejecutorias y á su encabezamiento y pié á que se refiere M. Bonnier en el núm. 500 y siguientes, por las leyes y práctica de España, se estienden las reales provisiones ó ejecutorias con el siguiente encabezamiento: «Doña Isabel II, por la gracia de Dios, y la Constituci6n de la Monarquía Española, Reina de las Españas, A vos, el juez de primera instancia de tal parte (ó á todos los jueces de todas las ciudades, villas y lugares de estos nuestros reinos, á quien tocara la observancia y cumplimiento de lo que en esta nuestra carta ejecutoria se hace expresi6n), Salud y gracia; Sabed: Que en las Salas, etc., (ó ante tal Tribunal) se ha seguido ó ha pendido ó litigado tal pleito, etc. (se

inserta lo necesario de dicho pleito y se termina con este pie). Y para que lo determinado tenga cumplido efecto, acordó la Sala *tal* expedir esta nuestra carta real provision, cometida á vos el juez de primera instancia de tal distrito etc., por la cual os mandamos que luego que la recibais, dispongais la ejecucion y cumplimiento de las sentencias y providencias en ella insertas, segun y como en la misma se contiene, sin contravenirlo ni permitir se contraveenga en manera alguna, pena de procederse contra el moroso é inobediente, á lo que haya lugar con arreglo á las leyes (ó bien esta formula mas antigua: Y para su debida observancia y cumplimiento fué acordado expedir esta nuestra carta ejecutoria, por la cual os mandamos á todos y cada uno de vos, en vuestros distritos y jurisdicciones, que siendo con ella requeridos, ó con su traslado signado y firmado de escribano público sacado con autoridad de justicia en pública forma y manera que haga fé, veais la sentencia dada por *tal* tribunal con *tal* fecha, que vá inserta, y la guardéis y hagais guardar, cumplir y ejecutar en todo y por todo y como en ella se contiene, sin contradecirlo, permitir ni dar lugar á su contravencion con ningun pretexto en modo alguno, pena de *tal*). Antes iban firmadas y rubricadas las ejecutorias por los magistrados que habian dictado la sentencia ejecutoria, y por el secretario del rey y escribano de cámara: el canciller las registraba y ponía la nota de registro y el sello y la nota de estar corregidas por dicho secretario. Segun las ordenanzas de las Audiencias, los reales despachos, ejecutorias ó provisiones, que espidan los mismos, deben ir siempre firmadas por el regente, por el semanero y por otros dos ministros. Los escribanos de cámara refrendan las reales provisiones, cartas ó despachos, debiendo corregirlas por sí mismos, poniendo la expresion de *corregida*, y rubricarla: arts. 22, 135 y 136 de las Ordenanzas de las Audiencias de 19 de diciembre de 1835. El canciller registrador las registra y las sella: art. 149.

Las sentencias, cuando versan sobre restitution de bienes inmuebles ó declaracion de derechos reales, se ponen en ejecucion desde luego, dando la posesion ó cuasi posesion al demandado, si ha salido vencedor en el juicio; en las sentencias que han sido dadas sobre demanda entablada por accion personal, se procede contra el deudor condenado que no satisface lo debido, por embargo y venta de bienes; segun se determina en los artículos 891 al 921 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Respecto de la fuerza y casos en que deben ejecutarse en España las sentencias pronunciadas en países extranjeros, se hallan determinadas en la ley de Enjuiciamiento civil, art. 922 y siguientes.

Pero, aunque estas ejecutorias extranjeras, deban tener fuerza en España, en conformidad á lo dispuesto en dichos artículos, no puede procederse á su cumplimiento, sin que les dé el *exequatur* el Tribunal Supremo de Justicia, el cual lo comunica por real provision á la Audiencia respectiva, para que ésta dé la orden correspondiente al Juez de primera instancia del partido en que deban ejecutarse. Dicho *exequatur* no se otorga sino despues de oida la parte contra quien se dirige y al ministerio fiscal, y prévia la traduccion de la ejecutoria hecha con arreglo á derecho, segun se previene en los artículos 926 al 929 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Por último, debe tenerse presente que lo espuesto sobre las formas y legalizaciones con que han de estar revestidos los actos ó contratos notariados en el extranjero, ó las sentencias pronunciadas en el mismo, para que tengan fuerza y puedan ejecutarse en España, se ha modificado respecto de algunos Estados por tratados especiales, tales como el celebrado entre España y Cerdeña en 2 de mayo de 1856, sobre las facultades de los cónsu-

los respectivos, relativamente á la recepcion de los actos notariados y convencionales entre uno ó más de sus compatriotas y otras personas del país en que residan, y en cuanto á la fuerza de los testimonios ó certificados que de dichos actos debidamente legalizados den los cónsules ó vice-cónsules, y asimismo el convenio celebrado entre dichos países en 30 de junio de 1851 para el cumplimiento recíproco de las sentencias y acuerdos de los tribunales de ambos países. Puede consultarse sobre esta materia nuestro *Tratado histórico, crítico, filosófico* sobre procedimientos judiciales en materia civil segun la ley de Enjuiciamiento, libro 2, núms. 788 al 800, y lib. 3.º, núms. 1866 al 1910.—(A. del T.)

SEGUNDO PUNTO.

Fuerza ó fé de las actas ó escrituras otorgadas por ante notario y de las actas ó escrituras auténticas en general.

SUMARIO.

- 503. Principios sobre la fé de la acta auténtica.
- 504. Separacion de las formalidades estrínsecas.
- 505. Division.

503. Suponiendo al acta revestida de todas las formalidades intrínsecas sustanciales, veamos la fé que le es inherente. Los principios que vamos á establecer no se aplicarán tan solo á las actas ó escrituras autorizadas por notario, sino á toda acta auténtica, al menos en materia civil (1); porque ya veremos que en materia criminal, no se atribuye la misma fé á las declaraciones de todos los oficiales públicos.

504. Dejarémos al presente á un lado lo concerniente á las formalidades estrínsecas. Aquí solo tenemos que ocuparnos de los casos en que la ejecucion del acta puede detenerse por causas que no atacan su autoridad en el fondo; á investigar, por ejemplo, si la facultad de conceder plazos á un deudor desgraciado (C. Nap., art. 1244) puede ejercitarse, aun cuando el acreedor sea portador

(1) Debemos llamar la atencion sobre las actas que tienen un carácter enteramente especial, las de los cadís en Argel; estas actas son auténticas verdaderamente, segun el edicto de 9 de setiembre de 1830, en el sentido de que hacen fé de los hechos relatados en ellas; pero esta fé no existe sino hasta prueba en contrario, habiendo permanecido fieles los musulmanes al principio que les hace considerar la prueba testimonial como la prueba por excelencia (sent. deneg. de 23 de noviembre de 1858).

de un título ejecutivo. Estas dificultades se refieren al ejercicio del derecho, y de ningún modo á su prueba. Si debemos hablar mas adelante, cuando tratemos del modo de redargüir de falsa una escritura, de la suspension de la ejecucion (*ibid.*, art. 1519), es porque entonces la contestacion versa sobre la fé del acta, y no simplemente sobre el mayor ó menor rigor que debe presidir á la ejecucion de una acta que se supone válida.

505. Nuestras esplanaciones sobre la fé del acta auténtica se referirán á dos cuestiones muy distintas: 1.^a ¿Cuál es, en general, la fé de una acta de esta naturaleza? 2.^a ¿Qué fé pueden merecer las actas secretas destinadas á modificar una acta ostensible ordinariamente auténtica, es decir, las contra-escrituras?

§. 1. Qué prueban las actas ó escrituras auténticas.

SUMARIO.

- 506. No se cotejan estas escrituras.
- 507. De qué hechos debe hacer fé el acta.
- 508. Fé respecto á terceros.
- 509. Fé de las enunciaciones entre las partes.
- 510. No producen fé respecto de terceros. Máxima: *In antiquis enunciata probant.*
- 511. Máxima: *In antiquis omnia præsumuntur solemniter acta.*

506. Recordemos desde luego una distincion fundamental entre las actas auténticas y las actas privadas; distincion que hemos indicado al tratar de la materia (núm. 457). Las actas ó escrituras privadas necesitan comprobarse en juicio. Por el contrario, la apariencia del acta ó escritura auténtica basta para hacer presumir la autenticidad, salvo la facultad de redargüirla de falsa. En su consecuencia, en primer lugar, el acta se prueba á sí misma, *acta probant se ipsa*, segun la espresion de Dumoulin; en otros términos, el escrito producido en forma auténtica hace fé, en el sentido de que se presume ser realmente obra del oficial cuya firma lleva. Suponiendo, pues, este último punto comprobado, veamos la fé que se adhiere al testimonio del oficial redactor del acta.

507. El funcionario que recibe una acta á la cual tiene mision de dar autenticidad, es un testigo revestido de un carácter oficial, al efecto de consignar lo que pasa en su presencia. Esta mision tie-

ne una alta importancia, pero es enteramente especial, porque aque puede atestiguar, en último resultado, todo lo que ha visto y oido en el ejercicio de sus funciones. Dumoulin, al cual es preciso á veces remontarse para apreciar en su origen (1) la doctrina que pasó posteriormente con mas ó menos exageracion á los escritos de Pothier y al Código de Napoleon, se espresa en estos términos en su comentario sobre la costumbre de Paris (tit. 1.^o, §. 8, núm. 9): «*Quod ego intelligo et limito esse verum, ad limites et substantiam facti, tempore instrumenti gesti, et in ejus tenore contenti et affirmati: secus quoad facta vel circumstantias, quæ tunc nec fiunt, nec disponuntur, sed tantum recitantur.*» La autenticidad no se refiere á la consiguacion de los hechos de que ha sido personalmente testigo el oficial en el ejercicio de sus funciones: *quorum notitiam et scientiam habet, propriis sensibus, visus et auditus*, segun las espresiones tan frecuentemente citadas de Dumoulin (2) (*ibid.*, §. 64). Esta doctrina se ha convertido en ley por el art. 1416 del Código sardo, segun cuya letra, el acta pública solo hace fé de los hechos que han tenido lugar en presencia del oficial. Volverémos sobre esto, al tratar de las actas del estado civil, respecto de las cuales suscita su aplicacion grandes dificultades.

En lo relativo especialmente á las actas ó escrituras autorizadas por notario, la jurisprudencia ha tenido ocasion de aplicar la teoría de Dumoulin. Y desde luego, cuando el notario consigna hechos, para lo cual no tiene cualidad, especialmente cuando afirma, en la redaccion de un testamento, que el testador se halla en su sano juicio (3) (sent. deneg. de 27 de febrero de 1821), no tiene ningun carácter oficial su atestacion. Por el contrario, seria preciso recurrir á redargüirlo de falso, si contra la asercion del acta ó escritura autorizada por notario, que manifiesta

(1) No queremos decir que sea Dumoulin personalmente quien creó toda la teoría relativa á la fé de las actas ó escrituras, pero fué el primero que reunió y fundió las nociones que se encuentran esparcidas y confusas en los escritos de los antiguos autores.

(2) Este autor añade que seria lo mismo respecto del testimonio de los demás sentidos, del tacto, del gusto y del olfato. Así es que las cataduras efectuadas por los peritos conocedores en vinos (decreto de 25 de diciembre de 1813) tienen un carácter auténtico.

(3) El notario debe negarse á firmar el testamento, cuando se ha reconocido que el testador no goza de la integridad de sus facultades (Burdos 3 de agosto de 1841.).

que el testador dictó por sí mismo el testamento, se quisiera sostener, que apenas podía articular palabras que pudieran oírse (casación de 19 de diciembre de 1810; sent. deneg. de 10 de diciembre de 1851). Por otra parte, la redargucion de falsedad es inútil cuando se quiere negar, no el hecho de la declaracion, sino la sinceridad de esta declaracion. Así, se admite la prueba por testigos de que el contrato de matrimonio ha sido verificado despues de la celebracion del matrimonio, aun cuando no se haya mencionado la hora en el acta, y el notario ha recibido solamente la declaracion de que los contrayentes tenian la cualidad de *futuros esposos* (sentencia deneg. de 28 de agosto de 1840). La misma decision se ha dado (sent. deneg. de 23 de diciembre de 1835; y 26 de noviembre de 1858) en el caso en que se queria probar, especialmente en materia de préstamos usurarios, que la numeracion de especies ante el oficial público no habia sido mas que una fórmula. En general, por otra parte, siempre que se articulan hechos fraudulentos, se admite la prueba testimonial de *plano* contra toda especie de actas (sentencia deneg. de 12 de marzo de 1859), segun hemos reconocido al tratar de la admisibilidad de la prueba testimonial (núm. 141). El tribunal de Poitiers ha llegado tambien á decidir, que en semejante hipótesis, no solamente no es necesaria la redargucion de falsedad, sino que no es ni aun admisible (sent. de 13 de febrero de 1835): lo cual nos parece equitativo, puesto que no debe introducirse un largo y costoso procedimiento donde no es indispensable.

Observemos ademas, que aun en los casos en que la declaracion del oficial no hace fé sino hasta que se redarguye de falsa, no es siempre permitido probar por testigos lo contrario de lo que se enuncia en el acta ó escritura. Esta prueba será sin duda admisible, cuando se trate de un punto completamente fuera del ministerio del redactor del acta, tal como el estado moral del testador. Pero cuando se trata de circunstancias de que el oficial, si no ha sido personalmente testigo, ha debido asegurarse por la regularidad del acta, se recae bajo el imperio de la regla que prohíbe probar por testigos contra y fuera del contenido de las actas ó escrituras (Cód. Nap., artículo 1241). Así lo ha juzgado una sentencia de casacion del 5 de julio de 1858, en lo relativo al domicilio de los testigos instrumentales.

508. Pero ¿respecto de quién hace fé el acta ó escritura auténtica? Si nos referimos al texto del art. 1519 del Código Napoleón, parece que su fé se limitaria á las partes contratantes, y á sus here-

deros ó causa-habientes. Aquí es verdad, que la palabra *causa-habientes*, comprende, por confesion de todos, los causa-habientes aun á título singular, tales como un comprador, el cual se halla incontestablemente ligado por toda operacion traslativa de propiedad, que emane de su autor, desde que se encuentra auténticamente consignada. Pero ¿debemos atenernos á esto, y admitir que no existe la fé de la autenticidad respecto de terceros que no son causa-habientes de los contratantes; que especialmente, el adquirente, invocando la prescripcion de diez ó de veinte años, no podrá para acreditar la fecha de la venta, oponer un acta ó escritura auténtica al antiguo propietario, que no obstante no es en manera alguna el causa-habiente de las partes contratantes? Semejante proposicion seria insostenible. Una de las mayores ventajas del carácter público de que se hallan revestidos ciertos oficiales, es que su testimonio tiene autoridad respecto de todos, y no solamente respecto de la partes contratantes ó de sus causa-habientes. No es posible, pues, atenderse á las palabras del art. 1519.

Al presente, ¿es mas exacto decir con Pothier (Oblig., número 739) lo que se ha repetido todos los dias, que la escritura prueba solamente contra un tercero, *rem ipsam*, es decir, que ha intervenido la convencion que en ella se contiene? Pero la escritura no prueba otra cosa contra las partes mismas. Lo que hay respecto de las partes, además que respecto de los terceros, es que han quedado obligadas. Sin embargo, no lo son sino en virtud de una convencion cuya prueba es la escritura; y de esta convencion es de la que se dice con exactitud, que no puede perjudicar á terceros. Esto es lo que ha querido espresar el art. 1519, que confunde la prueba con el fondo del derecho, y que repite inútilmente lo que habia dicho el art. 1165 mucho mas oportunamente, al hablar del efecto de las convenciones, que no tienen efecto sino entre las partes contratantes, que perjudican á los terceros y no les aprovechan en general. Es, pues, inexacto sostener, bien sea que el acta auténtica no prueba nada respecto de los terceros, bien sea que prueba menos respecto de ellos que de los contratantes. La escritura prueba, respecto de todos lo que el escribano tiene la mision de consignar, y nada mas. «Acta vel quæcumque scripta publica probant seipsa, id est, rei taliter gestæ fidem faciunt inter quoscumque.» Tales son las espresiones de Dumoulin (loc. cit. §. 8), que ha traducido Pothier con suma inexactitud, cuando ha dicho, que el acta probaba *rem*

ipsam, respecto de los terceros; porque Dumoulin atribuye respecto de todos esta fuerza al acta ó escritura, en tanto cuanto trata de la prueba, *quoad veritatem seu probationem rei gestæ*. Si al presente, continúa este lógico contundente (*ibid.*, §. 10), se examina en el fondo los efectos del acta, es decir, de la convencion, *quoad jus et effectum actus gesti*, entonces es evidente que no puede perjudicar ni aprovechar mas que á las partes contratantes, *quia res inter alios acta non nocet, nec obligat, nec facit jus inter alios*. Pero demuestra perfectamente que esto es solo una cuestion de prueba. «Et ita exponenda sunt dicta doctorum, ubicumque perfunctorie et crasse »(ut plerumque solent) loquendo, dicunt instrumentum publicum »inter extraneos non probare, quia ibi verbum probare per catachresin, sive improprie, pro jus efficere, sive præjudicare accipitur; »cæterum vere et proprie loquendo, publicum instrumentum erga »omnes est æque publicum et probans.» Es de lamentar, que este tosco lenguaje, tan justamente criticado desde el siglo XVI, se vuelva á encontrar en el Código Napoleon donde dá lugar á lamentables confusiones; por lo demás, la jurisprudencia admite, y no podia dejar de admitir, que la escritura auténtica hace fé respecto de todos, como lo admitió el tribunal de Burdeos el 23 de agosto de 1810, reservando solamente la prueba del fraude.

509. Segun este principio, está probado respecto de todos, en una acta ó escritura auténtica, que tales declaraciones han tenido lugar ante un oficial público: *Actus plene probat*, dice Dumoulin, (*loc. cit.*, §. 10), *etiam in enuntiativis*. Poco importa que estas declaraciones hayan sido concebidas en términos puramente enunciativos, pues no por esto dejan de estar consignadas oficialmente, y los terceros pueden sacar de esto el partido que sea de razon, por ejemplo, tomar acta de la circunstancia de que uno de los contratantes ha adquirido la cualidad de heredero, aun haciendo un acto puramente conservatorio. La forma de la escritura autorizada por escribano en todo lo que enuncia es tal, que hace fé hasta respecto á la *puntuacion* de las frases que encierra (Limoges 14 de agosto de 1810).

No sucede lo mismo, en lo tocante á la verdad de los hechos enunciados. Esta verdad, que el oficial público no tiene cualidad para atestiguar, no se establece nunca sino respecto de las partes que han suscrito el acta ó escritura y en razon misma de su confesion. Pero esta confesion debe ser formal, y no el resultado de una sor-

presa, de un error. De aquí la regla que es comun á las actas públicas y á las actas privadas, y que se aplicaria igualmente á las declaraciones verbales, consignadas en forma debida, porque se refiere únicamente á la intencion de las partes, regla que quiere que se distinga, en cuanto á la fé de las simples enunciaciones, si tienen ó no relacion directa con la disposicion (C. Nap., art. 1520), es decir, con el objeto que tenian á la vista los contratantes (1). Si existe esta relacion, la fé de la enunciacion es la misma que la de la disposicion principal. «Si alguno,» dice Pothier (*Oblig.*, núm. 737), reconoce por una acta, una renta en estos términos: «reconoce que tal casa »poseida por él, está gravada á favor de Robert presente, con tanta »renta anual, cuyos vencimientos ó atrasos se han pagado hasta el »día, y en su consecuencia, se obliga á continuar pagándose los, estos »términos, cuyos vencimientos han sido pagados, aunque solo sean »enunciativos y no se espere que Robert reconocia haberlos recibido, hacen no obstante fé del pago contra Robert, que es parte en »el acta, porque tienen cabida en lo dispositivo del acta, y porque »debía tratarse en ella de lo que se debía efectivamente de los »vencimientos de esta renta.» Si, por el contrario, no existe esta relacion; si, por ejemplo, en el acta que consigna la venta de una heredad, ha enunciado el vendedor que provenia de tal sucesion, esta enunciacion no tiene ya la fuerza que la concerniente á los vencimientos en el caso precedente, porque la atencion del comprador no se ha dirigido sobre una circunstancia que no tenia mas que una relacion indirecta con la convencion principal. No se podria, pues, mas adelante, al reclamar este inmueble como formando parte de la sucesion indicada, prevalerse contra el comprador del hecho de haber suscrito el acta en que se hallaba esta enunciacion incidental (Pothier, *ibid.*, núm. 758.). Esta doctrina se remonta á Dumoulin: «Actus plene probat, dice (*loc. cit.*, §. 10), nedum in tenore et dispositivis instrumenti, sed etiam in enuntiativis.... in quantum »tamen respicit vires et effectum actus principaliter gesti, secus, »si de enuntiativis et præsumptionibus instrumenti, seorum á »principali actu, disputaretur: tunc enim tale instrumentum non »facit plenam fidem, sed solum præsumptionem.» El Código (ar-

(1) A los jueces del hecho es á quienes pertenece apreciar si existe ó no esta relacion directa en el caso en cuestion (Sent. deneg. de 4 de marzo de 1834).

ticulo citado 1320) dice en el mismo sentido: «Las enunciaciones estrañas á la disposicion, no pueden servir sino de un principio de prueba.» No bastan, pues, por sí solas; pero pueden servir de adminículo, á fin de permitir la justificacion del hecho enunciado, con el auxilio de la prueba testimonial. Esta mencion se encuentra efectivamente en una acta á la cual ha concurrido la parte contra quien se invoca, y hace ordinariamente verosímil el hecho alegado (*ibid.*, art. 1347), puesto que el hombre es naturalmente inclinado á decir la verdad, sobre todo, si nada prueba que tuviera interés en disfrazarla. Por lo demás, lo repetimos, la cuestion de la mayor ó menor fé de la enunciacion contenida en una acta auténtica, no es de tal naturaleza que aumente la responsabilidad del oficial público. El escrito estendido por él prueba, hasta que se redarguya de falso, que ha tenido lugar tal enunciacion; al juez es á quien toca reconocer, segun las circunstancias (sent. deneg. de 8 de agosto de 1840), si se refiere ó no á la disposicion principal, y aun suponiéndola incidental, si podrá servir de principio de prueba; porque la mencion podrá ser poco precisa y tan vaga, que debiera rehusársele hasta esta fuerza subsidiaria.

310. Respecto de los terceros, ya hemos reconocido que el acta auténtica prueba de una manera invencible, que tales declaraciones han tenido lugar ante tal oficial, pero estas declaraciones no pueden ligar á las partes de quienes emanan. En este mismo sentido, el artículo 1320 limita á las partes la fé de las enunciaciones, aunque tuvieran una relacion directa con lo dispositivo del acta. Háse probado respecto de los terceros, que han tenido lugar estas enunciaciones; pero no pueden perjudicar á los terceros á quienes son enteramente estrañas (sent. deneg. de 21 de enero de 1857). Esta consecuencia de los principios que hemos establecido, es tan evidente, que apenas mereceria ser recordada, si la antigua jurisprudencia no se hubiera apartado de ella, adoptando la máxima: *In antiquis enuntiativa probant*, máxima que segun Toullier (tomo XVIII, núm. 64 y sigs.) estaba aun en vigor bajo el imperio del Código Napoleon.

Dumoulin enseña, en efecto, que las enunciaciones aun incidentales, hacen fé en las actas antiguas, y aun en perjuicio de terceros. «*In antiquis,*» dice (*loc. cit.* núm. 76), «*verba enunciativa plene probant, etiam contra alios, et in præjudicium tertii.... etiam si essent incidenter et propter aliud prolata, ut enunciatio confi-*

»nium.» Esta doctrina no se admitia sin contradiccion (Mascardo, concl. 106, *in fine*). Para conciliar las opiniones opuestas sobre este punto, Cravetto (*de long. temp.*, part. I, cap. IV, núm. 8) distingue, si se trataba, respecto de los terceros, de un perjuicio grave, ó de un perjuicio ligero. En el primer caso, la enunciacion no hacia mas que una semi-plena prueba respecto de los terceros. Sin esplicarse sobre esta distincion algun tanto arbitraria, Pothier (*Oblig.*, núm. 740) reproduce sobre otro punto la doctrina de Cravetto (*de long. temp.*, *ibid.*, núm. 20), y admite la plena fé de las enunciaciones, cuando estas enunciaciones, si se trata de un derecho real, se hallan sostenidas por una larga posesion (1). Así, en tiempo de Pothier, la enunciacion de un derecho ó servidumbre de vistas en una escritura ó acta antigua, aunque esta acta fuera enteramente estraña al propietario del fundo que se pretendia cargado con esta servidumbre, podia acreditar la existencia de este derecho, si habia larga posesion, aun bajo el imperio de costumbres que, como la de Paris, consideraban el derecho de vista como imprescriptible. ¿Cómo concebir esta doctrina por parte de un entendimiento tan recto como el de Pothier, y de un lógico tan contundente como Dumoulin, que tiene el cuidado de decirnos él mismo (*ibid.*, núm. 76): «*Non potest antiquitas de novo inducere in totum probationem, quæ nulla est, sed eam demum, quæ aliqua est, coadjuvare?*»

Puede comprenderse, ya que no la teoría de Dumoulin (2), al menos la opinion de Cravetto y de Pothier, si nos adherimos á la idea de que las enunciaciones que emanan de terceros no estaban en la antigua jurisprudencia, tan faltas de efecto, como lo están en el dia. Ya hemos visto (núm. 163) que podian servir de principio de prueba por escrito, porque no se contentaban antiguamente con un adminículo cualquiera para autorizar la prueba testimonial. Pues

(1) El lapso de tiempo exigido para esta antigüedad, para esta larga posesion, no era una de las menores dificultades de la materia. Habia una estraña divergencia en las opiniones sobre este punto, desde la que se contentaba con diez años, hasta la que exigia un siglo (V. Dumoulin, *ibid.*, núms. 81 y sigs.) El Código Napoleon cuando se refiere á la antigüedad (arts. 1335, 20 y 1337) se ha fijado en el límite de treinta años.

(2) La teoría de Dumoulin no es tan absoluta como se podria creer, aislando el pasaje que hemos citado: *In antiquis verba enuntiativa plene probant*. Este jurisculto dice igualmente (núm. cit. 70): *In quantum autem antiquitas coadjuvet, totum id in arbitrio judicis situm est*, lo cual se comprende en la facultad mas amplia de apreciacion que pertenece en otro tiempo al juez.

bien, la presuncion fundada en la larga posesion, se admitia, como se admite aun, en los casos en que era admisible la prueba de testigos, y aun llegaba á ser, en materia de servidumbres, un correctivo de la regla *consuetudinaria: No hay servidumbre sin título*. Pero en el dia, la opinion de los autores que querian que el principio de prueba por escrito emanase de la parte contraria, se ha convertido en ley (Cód. Nap., art. 1347). En su consecuencia, las enumeraciones, cualesquiera que sean, son completamente nulas respecto de los terceros. Dumoulin y Pothier, decidirian, pues, en el dia, que semejante mencion, privada de todo efecto relativamente á los que no la suscribieron, no podria adquirir con el tiempo la fuerza que le falta. *Non potest antiquitas de novo inducere in totum probationem, quæ nulla est*.

Es preciso, pues, reconocer en el derecho actual, que estando declaradas por la ley imprescriptibles las servidumbres que no son á la vez continuas y aparentes (C. Nap., art. 619), no podria acreditarse su existencia ni aun por la posesion de treinta años, combinada con una declaracion contenida en un título antiguo, si esta declaracion era estraña al propietario del fundo que se pretendia sirviente. Toullier no ha llegado hasta aquí, aunque crea todavia en vigor la máxima: *In antiquis enuntiativa probant*. Pero la aplica á las enunciaciones sobre la edad, sobre el parentesco, que se encuentran en actas antiguas pasadas entre terceros. Si queria decir solamente con esto, que cuando los jueces pueden determinarse por presunciones, estas menciones deben tener fuerza, y que pueden de hecho tenerla, tanto mas, cuanto se encuentran en actas mas antiguas, que se prestan menos al fraude, su asercion no tendria nada que no fuera plausible. Pero cuando llega hasta á decir (tomo VIII, núm. 166) que tal enunciacion, que se consideraria como no verificada en una acta reciente, podria servir para probar el estado de las personas, si se comprendiera en una acta antigua, lo cual induciria á reconocer que la filiacion, aun la natural, podria resultar de indicios tomados de una acta de esta naturaleza, transporta á nuestra legislacion ideas que no se hallan en armonia con el derecho moderno (1). Si, como veremos al tratar de la prueba literal

(1) No es ya posible decir en el dia con Mascardo (con. al 103, número 12): *In factis antiquis non requiri exactam et plenam probationem, ut in novis et recentibus exigitur, sed leviores probationes sufficere*.

en segundo grado, el Código Napoleon (arts. 1333, 20 y art. 1337), ha dado algunas veces mas fuerza á escritos antiguos, el cuidado que ha tomado de especializar los casos en que se adhiere asi á la antigüedad, demuestra bien claro, que no quiere establecer de una manera general, que las actas adquieran nueva fuerza probatoria anticuándose. Si esto fuera cierto, por otra parte, seria preciso como antiguamente, decidir lo mismo en toda clase de materias, mientras que Toullier establece una distincion enteramente falta de razon, entre lo concerniente á los derechos reales y lo relativo al estado de las personas. Es, pues, condenar por sí mismo una doctrina retroceder de esta suerte ante las consecuencias que de ella se derivan forzosamente.

511. Otro antiguo adagio, que se refiere intimamente al primero, quiere que se presuma hallarse revestidas las actas antiguas de todas las solemnidades requeridas: «*In antiquis omnia præsumuntur solemniter acta*» (Dumoulin, *ibid.*, núms. 73 y 79). Este adagio no se entendia por lo demás en el sentido de que la antigüedad del acta pudiera hacer que se considerase cómo no habiendo ocurrido las nulidades que aparecian evidentemente en las actas, sino en el sentido solamente de que, en caso de duda, debia hacer suponer la observancia de todas las formalidades requeridas: *Facit præsumi, dice Dumoulin, solemnitatem requisitam intervenire, quamvis non appareat*. Asi se ha entendido en la jurisprudencia inglesa y americana, donde se halla aun en vigor (M. Greenleaf, tom. 1, pág. 23 y sigs.). Cuando una escritura privada tiene treinta años de fecha, se presume que fallecieron los testigos que la suscribieron, segun veremos mas adelante y conforme al uso del país, y en su consecuencia, aunque vivieran todos ó algunos de ellos, no habia lugar á hacer que se les oyera en apoyo del acta ó escritura, la cual se reputa otorgada en forma debida (1). Asi mismo, cuando han recibido oficiales públicos la mision de vender bienes, observando ciertas formalidades, que entre los ingleses no necesitan consignarse en el acta ó escritura, al cabo de treinta años no es ya necesario justificar la observancia de estas formalidades. Estas dos aplicaciones de la antigua máxima no podrian tener lugar en nuestro dere-

(1) Sin embargo, esta presuncion es menos absoluta en la doctrina inglesa que lo era entre nuestros antiguos autores; y necesita corroborarse con algunos adminículos.

cho; la primera, porque no se usa entre nosotros llamar testigos para las escrituras privadas; la segunda, porque el derecho francés prescribe, bajo pena de nulidad, en las escrituras públicas, que se mencionen las formalidades importantes, y evidentemente no es permitido considerar como equivalente á esta mencion el mero hecho de que la escritura se hubiera hecho antigua.

En las legislaciones, como las de Roma y de Inglaterra, en que se ha recurrido á la prueba de testigos para acreditar la observancia de las formas, la mencion de las formalidades que se refieren á formalidades anteriores, hace naturalmente presumir que existan estas últimas formalidades, sin que sea necesario justificarlas por medio de testigos. Así, en los textos en que han apoyado nuestros antiguos intérpretes su adagio, y especialmente en el §. 17 de *Inutilibus stipulationibus*, en las Instituciones de Justiniano, se supone que menciona un escrito que se han reunido tales partes y que ha intervenido una promesa; la mencion de la promesa hace suponer la interrogacion precedente, necesaria para la validez de la estipulacion: «*Si scriptum in instrumento fuerit promisisse aliquem, per inde habetur atque si interrogatione precedente responsum sit.*» Como observa con razon M. Greenleaf (*loc. cit.*), esto no es mas que la aplicacion de esta justa máxima: *Probalis extremis presumuntur media.* Y esta presuncion existe igualmente entre nosotros respecto de las formalidades, cuya mencion no exige la ley. Lo que han añadido nuestros antiguos autores, á quienes ha seguido la práctica inglesa, es el fijar un término, al fin del cual se halla protegida el acta por esta presuncion. Este término es enteramente extraño al derecho romano, y no habiéndose reproducido en nuestra legislacion moderna, es inadmisibile.

Véase, pues, que segun nuestra práctica, la máxima *In antiquis omnia presumuntur solemniter acta*, seria sobrado mas rigurosa, si se tratara de formalidades cuya mencion no se exige y cuya observancia debe suponerse, cualquiera que sea la fecha del acta ó escritura; y seria sobrado mas laxa, por el contrario, en los casos en que se prescriben ciertas menciones bajo pena de nulidad. Aquí comete Toullier (tomo VIII, núm. 163) un grave error, cuando dice, que esta máxima, que parece merecer su aprobacion en principio, no puede casi ser aplicable actualmente que se prescribe por diez años la accion de nulidad (C. Napoleon, art. 1304.). La restriccion á diez años de la accion de nulidad solo concierne á los vicios del

consentimiento en el fondo, el error, la violencia, el dolo, la incapacidad, mas sin referirse en manera alguna á la falta de las formas prescritas para la validez del acta ó escritura. Siempre que no se mencionen formas de esta clase, como debian mencionarse, será radicalmente nula el acta, cualquiera que sea su antigüedad, sin que se admita nunca la reclamacion de su ejecucion. Solamente, si se ejecutó de hecho, no se admitirá que se reclame sobre la ejecucion pasados treinta años; no porque con el lapso de este tiempo haya cubierto el acta el vicio de forma, sino porque la accion de repeticion de lo indebido es por sí prescriptible, como lo sería en el caso de que no hubiera habido apariencia de acta ó escritura alguna. No hay, pues, que acojerse á la prescripcion de diez años, enteramente extraña al asunto que nos ocupa; sino que debe atacarse de frente la máxima *In antiquis omnia presumuntur solemniter acta*, y reconocer, que no puede tratarse de ella en nuestro derecho, donde no ha dejado vestigio alguno, como la máxima precedente.

Segun la legislacion española, tiene lugar el cotejo de letras, tanto respecto de un instrumento público, como de un documento privado, cuando se niega su autenticidad, segun se previene en el art. 287 de la ley de Enjuiciamiento civil. No existe, pues, en nuestro derecho sobre este punto la diferencia que marca M. Bonnier en el núm. 506, sobre que el cotejo solo se admite respecto de los documentos privados por la legislacion francesa, no habiendo lugar respecto de los públicos mas que al procedimiento especial establecido por esta legislacion con el nombre de *inscription de faux*, redargucion de falsedad. La diferencia que existe bajo este concepto por nuestro derecho entre un instrumento auténtico ó público y un instrumento privado, consiste, como observa el Sr. Escriche en su Diccionario, en que el que presenta un documento público no está obligado á justificar la verdad del mismo, sino la parte que pretende que es falso, y al contrario, el que presenta un documento privado; lo cual se funda en que estando autorizado el documento auténtico por un funcionario público, se presume verdadero y merece entera fé, mientras no se demuestre que es falso, mas en cuanto al documento privado, no habiendo motivo para dar mas fé á la parte que lo presenta como verdadero que á la que lo niega, se tiene que recurrir al principio general que impone al demandado la obligacion de probar su accion.

Los instrumentos públicos, y en especial las escrituras primordiales ó de primera saca, cuando se otorgan y espiden con las solemnidades y en la forma que requiere el derecho y que ya hemos espuesto en la adiccion anterior, y cuando se presentan en juicio con los requisitos que previene el artículo 281 de la ley de Enjuiciamiento civil, espuesto tambien en la adiccion al número 458, mientras no son justamente redarguidas de falsas, hacen plena fé y prueba completa acerca de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, confesiones y demás que en ellas se contienen, así