

180
CIVIL
181

13

15613
~~6440~~

15809

23

246



BIBLIOTECA JURIDICA
DE LA
REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

TRATADO DE LAS PRUEBAS EN DERECHO CIVIL
Y EN DERECHO PENAL

TRATADO

DE LAS PROBAS EN DERECHO PENAL

DE LAS PROBAS EN DERECHO PENAL Y EN DERECHO CIVIL

EDUARDO BOHNER

TRATADO DE LAS PROBAS EN DERECHO PENAL

Tratado de castigos y sanciones con arreglo al sistema penal

DE LOS SISTEMAS DE CASTIGOS

QUINTA EDICION FRANCESA

TRATADO DE LAS PROBAS EN DERECHO PENAL Y CIVIL

DE LOS SISTEMAS DE CASTIGOS

TRATADO DE LAS PROBAS EN DERECHO PENAL Y CIVIL

TRATADO DE LAS PROBAS EN DERECHO PENAL

TRATADO
TEÓRICO Y PRÁCTICO
DE LAS PRUEBAS EN DERECHO CIVIL
Y EN DERECHO PENAL

POR
EDUARDO BONNIER,
CATEDRÁTICO DE LA UNIVERSIDAD DE PARÍS

Traducido al castellano y adicionado con arreglo al derecho español,

POR
D. JOSÉ VICENTE Y CARAVANTES,
DOCTOR EN JURISPRUDENCIA



QUINTA EDICIÓN FRANCESA
REVISADA Y PUESTA AL CORRIENTE CON LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA
POR
M. FERNANDO LARNAUDE,
Y SEGUNDA EDICIÓN ESPAÑOLA, ANOTADA CONFORME Á LA LEGISLACIÓN VIGENTE,
por la
Redacción de la Revista de Legislación



TOMO SEGUNDO



MADRID
IMPRESA DE LA REVISTA DE LEGISLACIÓN
á cargo de J. M. Sardá
Ronda de Atocha, núm. 15, centro.
1891

TRATADO DE LAS LEYES

EN DEFENSA DEL TIPO MEXICANO

LIBRO SEGUNDO

Penales Personales

ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE TEXAS

El presente tratado de las leyes penales personales, en virtud de la autoridad conferida al Poder Judicial por el artículo 10 de la Constitución de este Estado, se publica en virtud de la ley aprobada por el Poder Legislativo el día 15 de febrero de 1872, para que sirva de guía a los jueces y jurados en el conocimiento y aplicación de las mismas. Este tratado comprende las penas y procedimientos penales personales, y se divide en dos partes: la primera trata de las penas y procedimientos penales personales, y la segunda de los procedimientos penales personales.

El presente tratado de las leyes penales personales, en virtud de la autoridad conferida al Poder Judicial por el artículo 10 de la Constitución de este Estado, se publica en virtud de la ley aprobada por el Poder Legislativo el día 15 de febrero de 1872, para que sirva de guía a los jueces y jurados en el conocimiento y aplicación de las mismas. Este tratado comprende las penas y procedimientos penales personales, y se divide en dos partes: la primera trata de las penas y procedimientos penales personales, y la segunda de los procedimientos penales personales.

El presente tratado de las leyes penales personales, en virtud de la autoridad conferida al Poder Judicial por el artículo 10 de la Constitución de este Estado, se publica en virtud de la ley aprobada por el Poder Legislativo el día 15 de febrero de 1872, para que sirva de guía a los jueces y jurados en el conocimiento y aplicación de las mismas. Este tratado comprende las penas y procedimientos penales personales, y se divide en dos partes: la primera trata de las penas y procedimientos penales personales, y la segunda de los procedimientos penales personales.

TRATADO DE LAS PRUEBAS

EN DERECHO CIVIL Y EN DERECHO CRIMINAL

LIBRO SEGUNDO

Pruebas preconstituídas.

(GENERALMENTE ESCRITAS)

SUMARIO: 451. Utilidad de las pruebas preconstituídas.—452. Distinción de la prueba preconstituída y de la prueba literal.—453. Confusión que entrañan los diversos sentidos de las palabras *acta* ó escritura y *título*.—454. División de la materia: acta ó escritura auténtica; acta ó escritura privada, libros de comerciantes.—455. Prueba literal en segundo grado: copias, acta ó escritura de reconocimiento.

451. Hemos reconocido que se hace necesario, en un estado de civilización avanzada, establecer anticipadamente ciertas pruebas, que sea fácil conservar, que puedan encontrarse ulteriormente cuando sea necesario. ¿En qué base descansaría la fe de los contratos y la estabilidad de las propiedades (1) si, para acreditar los derechos más importantes, no hubiera otro recurso que los recuerdos de tercero ó las declaraciones de las partes interesadas? Ya hemos visto al tratar de la prueba de testigos, que cuanto más se complican las relaciones sociales, más se ha reconocido la utilidad de pruebas exentas de eventualidades de corrupción, de error ó de mortalidad, que hacen tan peligroso el uso de la prueba testimonial. Nadie ha negado la utilidad de las pruebas preconstituídas, respecto de las cuales sólo un punto puede dar lugar á controversia. ¿Debe continuar siendo *facultativo* el uso de estas pruebas, ó bien puede imponerse á las partes? Durante tres siglos se ha fijado la legislación francesa en este último sistema, movida especialmente por el deseo

(1) Fijamos principalmente nuestra atención en la propiedad de los inmuebles y la de los muebles incorporales, porque respecto de los muebles corporales (*Cod. civ.*, art. 2279) la fuerza atribuida á la posesión, hace mucho menos útil la presentación de un título.

de evitar los procesos (núm. 151). En el día, que se ha introducido en nuestras costumbres este sistema (1), es difícil que pueda haber lugar á sorpresas, si no es en casos excepcionales. Pero, ¿puede ponerse en comparación el peligro de fraudes accidentales con la ventaja general de impedir una multitud de discusiones, ó por lo menos de dar al juez una base fija para decidir, siempre que es posible?

Esta idea es, por lo demás, muy antigua, puesto que en Egipto, según testimonio de Diodoro de Sicilia (libro 1.º, § 79), una ley de Bocoris quería que el prestamista exigiera recibo por escrito de la suma prestada, y que de otra suerte, fuera creído por su juramento el pretendido deudor (2).

452. La prueba preconstituida se confunde por lo regular con la prueba literal. Esto consiste en que desde tiempo inmemorial se ha empleado la escritura para perpetuar el recuerdo de los sucesos jurídicos, así como de todos los demás hechos cuyas huellas se desea conservar por interés público y privado. Pero puede haber también prueba preconstituida sin que conste por escrito, con tal que se use de signos que expresen con claridad una idea, porque el significado que se da á los caracteres escritos no es, en último resultado, más que efecto de un convenio, y nada impide, en la naturaleza de las cosas, que adoptemos otros signos para expresar nuestras ideas. Sin hablar de los jeroglíficos, que parece haber sido la infancia de la escritura, se sabe que los peruanos empleaban, para consignar los hechos más importantes, *quipos*, cordones de diferentes colores, que ataban de diversas maneras. Cada color, cada nudo tenía un valor particular. Esta era evidentemente una prueba preconstituida. Las *tarjas*, que se autorizan todavía por el Código civil, son un procedimiento enteramente análogo, pues no siendo en el fondo la escritura más que la expresión de nuestras ideas por medio de ciertos signos, puede comprenderse este procedimiento en la expresión general de escritura. Pero fuera de esta concesión que se hace á antiguos usos, nuestras leyes exigen el empleo de la escritura propiamente dicha, siempre que se quiera asegurar una prueba anticipadamente; y en este sentido, es verdad en general

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

(2) * Véanse sobre el derecho egipcio los interesantes trabajos de M. Eugenio Rivillont, y especialmente su obra sobre las *obligaciones en derecho egipcio*. *

entre nosotros, lo mismo que en todos los pueblos civilizados, que la prueba preconstituida se confunde con la prueba literal. Mas entiéndase, sin embargo, que no todo escrito constituye una prueba literal en el sentido legal de esta palabra. Para que tenga esta autoridad, es necesario que reúna ciertos caracteres, á falta de los cuales degenera en una simple nota, que puede á lo más constituir una presunción contra su autor, pero que jamás tiene contra él la fuerza de una prueba regular. Entonces hay lo que llama Bentham *una prueba por escrito casual*, en vez de una prueba *preconstituida*. Por eso las cartas misivas, suponiendo que se presenten en juicio con el consentimiento del tercero á quien se han dirigido, constituyen solamente un elemento de convicción, que el juez tiene el poder discrecional de admitir ó rechazar, según las circunstancias, como se verá cuando tratemos especialmente de los escritos privados.

453. No hay, desgraciadamente, en nuestra lengua expresión especial para designar los escritos revestidos con ciertas formas que sirven para consignar tal ó cual convención ó contrato, tal ó cual hecho. La palabra latina *instrumentum*, que expresaba felizmente esta idea, no se encuentra entre nosotros sino en el verbo *instrumenter* (actuar), que se refiere á las funciones de los notarios, y en el adjetivo *instrumentario*, aplicado á los testigos que les asisten. Es verdad que Boileau (sátira 10) emplea la palabra *instrumento* en el sentido de la latina *instrumentum*:

Y ya el notario, con valiente estilo,
El instrumento auténtico de tu yugo emborrona.

Pero la palabra es demasiado anticuada en el día en esta acepción para que sea posible emplearla, viéndonos obligados á valer nos con la ley de las expresiones usadas igualmente en otro sentido. Así la palabra *acte* (1) designa á un tiempo mismo lo que ha pasado, *quod actum est*, y el escrito redactado para consignar lo que ha acontecido. La misma palabra *título* (2) designa á la vez la causa en virtud de la cual poseo una cosa, tal como una venta ó una do-

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

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

nación, y el escrito destinado á consignar la existencia de esta causa. De aquí el ocurrir frecuentes equívocos. Porque en derecho, lo mismo que en metafísica, muchas controversias versan solamente sobre disputas de palabras. Estos equívocos no tienen lugar solamente en las escuelas, en que no pueden tener graves consecuencias, sino que se reproducen en la práctica judicial, y hasta en la redacción de las leyes.

Un notario había extendido el *acta* que consignaba en favor de una persona intermediaria, la cesión de un crédito, cuyo verdadero cesionario era él mismo. Provocóse contra él la aplicación del artículo 175 del Código penal, el cual impone penas bastantes graves contra el funcionario público que se interesa en los *actos*, empresas, subastas, cuya administración ó cuidado tuviera al tiempo de otorgarse el *acta*, en todo ó en parte. Pues bien: la acción del Ministerio público, según decidió después de un largo procedimiento el Tribunal de Casación, el 18 de Abril de 1817, no se apoyó evidentemente sino en un equívoco. El *acta* cuya administración y cuidado tenía el notario era el *acta* escrita, el *instrumentum*; el *acto* en que había tomado interés el notario, era *id quod actum erat*, la cesión cuyo cuidado no tenía en manera alguna, puesto que el cedente era él mismo y estaba presente para velar por sus intereses. Había, pues, en este caso dos operaciones muy distintas, aunque simultáneas; la una, la cesión misma hecha en beneficio del notario, perfectamente lícita, desde que no era litigioso el derecho (1); la otra, la redacción del *acta* que consignaba la cesión, redacción que no había podido hacer por sí mismo el notario interesado en la cesión sin cometer una nulidad (ley de 25 de Ventoso, año XI, artículos 8.º y 68). Pero esta nulidad del *acta*, que debía servir de prueba de la cesión, no podía hacerla ilícita en último resultado, ni sobre todo hacer que fueran aplicables al funcionario público disposiciones penales, destinadas á castigar prevaricaciones mucho más graves que una simple contravención disciplinaria. Véase, pues, que la persecución de estos hechos iba á dar completamente en falso (2).

(1) Aun cuando hubiera sido litigioso, lo cual no parece haberse alegado en el caso en cuestión, hubiera sido nula la cesión si el derecho hubiera sido de la competencia del Tribunal en cuyo distrito ejercía sus funciones el notario (*Cod. civ.*, art. 1497); pero el procedimiento contra él no hubiera sido por esto más fundado, puesto que el Código penal no impone pena alguna por la cesión ilícita de los créditos litigiosos.

(2) El art. 213 del código penal napolitano, al imponer penas análogas contra un oficial público, en la misma hipótesis, ha hecho cesar el equívoco con la su-

Esta deplorable confusión entre el hecho y la prueba del derecho se encuentra en la ley misma. «Las servidumbres continuas y aparentes, dice el art. 690 del Código civil, se adquieren por *título* ó por la posesión de treinta años.» Si por título debiera entenderse en este artículo el modo de adquirir la servidumbre, en el fondo la prescripción sería un título, como lo es una donación ó una venta, puesto que es igualmente un modo de adquirir. Oponiendo el título á la prescripción, el Código ha tenido presente el acta escrita, que sirve habitualmente para consignar la enajenación voluntaria de la servidumbre, en oposición á la posesión de treinta años, base de la prescripción que se prueba por testigos. Pero entonces la redacción es tan viciosa como inexacta; viciosa, puesto que no se adquiere por medio del título, *instrumentum*, sino por medio de la constitución que prueba este título; inexacta, en cuanto que las actas escritas no son el único medio de acreditar la existencia de la servidumbre, la cual puede probarse por confesión, por juramento y por la prueba testimonial misma, si su valor no excede de ciento cincuenta francos, ó si existe un principio de prueba por escrito. (Den. 16 de Diciembre de 1863; * Cas. 2 de Julio de 1879. *) Todo esto proviene de una confusión frecuente en la práctica, pero que no debería volver á encontrarse en la ley, entre el modo de constitución que sirve de *título* en el fondo á la servidumbre, y el *título* escrito destinado á perpetuar la memoria de esta constitución (2). Lo mismo sucede con la palabra *acte*, que en el art. 778 del mismo Código, referente al que toma la cualidad de heredero en un *acta* ó que hace *acto* de heredero, significa sucesivamente el *instrumentum* y *id quod actum est*. Las sabias observaciones de la escuela de Condillac (cuyas tendencias sensualistas repudiamos por otra parte), sobre la utilidad de un lenguaje exacto en las ciencias, reciben aquí perfecta aplicación. Desgraciadamente no nos es dado reformar el lenguaje del derecho, por lo que nos valdremos, con la ley, de las palabras que están en uso, poniéndonos solamente en guardia contra los equívocos de la clase que acabamos de señalar.

454. Las pruebas preconstituidas no son más que la expresión del testimonio del hombre, revestido de ciertas formas. Ya hemos

presión de la palabra *acte*; mencionando especialmente las operaciones (*aggiudicazioni, appalti ó amministrazioni*), cuya dirección ó custodia tenía el oficial público.

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

visto que el testimonio puede emanar de terceros extraños al litigio, del demandado ó del mismo demandante. La circunstancia de que el testimonio intervenga aquí en el momento de la operación legal que atestigua, en vez de ser provocado después del hecho, no impide que no emane siempre de una de estas tres fuentes. La división de este libro será, pues, la misma que la del libro precedente. En la acta ó escritura auténtica encontraremos el testimonio preconstituido de terceros desinteresados; en el acta privada, á que referiremos las tarjetas, el testimonio preconstituido del demandado; finalmente, el del demandante mismo, en los libros de los comerciantes. La fuerza de estos tres medios de prueba sigue una progresión decreciente. El testimonio de terceros, consignado en un acta auténtica, muy lejos de ser sospechoso, como el testimonio oral propiamente dicho, es la prueba legal por excelencia, en razón á la confianza que provoca el carácter del oficial público de quien emana. Viene después la confesión consignada en el acta privada, que revestida de menos garantías, se coloca en un grado inferior. Finalmente, las declaraciones que hacen los comerciantes en su favor, en sus libros, no tienen necesariamente más que una fe relativa y limitada.

455. En último lugar, nos ocuparemos de las copias y actas ó escrituras de reconocimiento, es decir, de la prueba literal en segundo grado. En cuanto á las actas de *confirmación*, el legislador con poca oportunidad, pero inducido por una semejanza engañosa entre estas actas y las de reconocimiento, ha tratado igualmente de las primeras bajo el título de la prueba. A la verdad, estas dos clases de actas tienen de común que propenden á dar fuerza á un derecho anterior; y en este sentido es en el que los intérpretes llaman al acta de reconocimiento mismo *confirmatio*. Pero la confirmación que se halla en el acta de reconocimiento propende solamente á conservar la prueba de un derecho cuya validez no se ha negado; mientras que la confirmación propiamente dicha, la de que se trata en los artículos 1338 (1), 1339 y 1340 del Código civil propende á dar validez en el fondo á una operación afectada de nulidad. El lugar natural de este artículo hubiera, pues, sido la

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

Sección 7.^a del capítulo precedente; Sección en que se trata de la acción de nulidad ó de rescisión, y no en el de la prueba literal. El legislador se ha engañado aquí también por el doble sentido de la palabra (*acte*) *acto* ó *acta*. El *acta* confirmativa de que habla el Código es la confirmación en el fondo, *id quod actum est*, cuando no debería tratarse sino del *acta* escrita, *instrumentum*, destinada á probar el derecho. Pothier no ha incurrido en esta confusión. Las *actas* de reconocimiento son las únicas que refiere á la prueba literal. Seguiremos su ejemplo, absteniéndonos de invadir el campo de la teoría de las nulidades y de las rescisiones, que es enteramente extraño á la materia de las pruebas.

*. En el derecho español no ha lugar á las dudas y equívocos que indica M. Bonnier como ocurriendo en el derecho francés, por no tener para expresar los documentos públicos en que las partes consignan sus obligaciones más que la palabra *acte*, *acto*, que se aplica tanto á los actos, hechos ú obligaciones de que se trató por las partes, como al documento ó escritura en que se consignaron estos actos ú obligaciones. En nuestro derecho se conocen para expresar estos documentos las palabras *escriptos*, *escripturas*, *cartas*, y asimismo la derivada del latín, *instrumento*, la cual se encuentra desde muy antiguo adoptada en nuestros códigos para designar el documento ó escrito en que consta lo convenido entre dos ó más personas ante escribano, notario ó persona autorizada para ello. Cierto es que en el Fuero Juzgo no se hace uso para designar las escrituras públicas de la palabra *instrumentum*, sino de la de *escriptura* en el texto latino y de la de *escriptos* en el romanceado (véanse la rúbrica del tit. 5.^o, libro 2.^o, y las leyes 1.^a y siguientes de dicho título), y si bien en el libro 1.^o se pone por rúbrica *De instrumentis legalibus*, se usa aquí la palabra *instrumento* para designar la forma ó manera de hacer las leyes, como indica la traducción en romance de dicha rúbrica: *del favoreedor de la ley e de las leyes*. Si bien es cierto asimismo que en el texto de las leyes del Fuero Real, publicado en 1255, se encuentra la palabra *escriptos* para designar aquellos documentos, se halla la palabra *instrumento* en los epígrafes de las leyes 3.^a, 4.^a y 5.^a, tit. 9.^o, libro 2.^o, leyéndose en el de la ley 3.^a «qué cosa debe haber el instrumento público para que valga»; y en el de la ley 5.^a, «cómo las escrituras ó instrumentos públicos el juez las debe mandar renovar con razón ó causa derecha». Pero en las leyes de las Siete Partidas se encuentra en el mismo texto legal la palabra *instrumento público* para designar «el que es fecho por mano de escribano público del Consejo», si bien se emplea la palabra *escritura* para denotar «toda carta que sea fecha por mano de escribano público del Consejo, ó sellada con sello del Rey ó de otra persona auténtica» (alias *honrada*, como glosa Gregorio López); y asimismo se encuentra usada la palabra *carta*, para indicar las escrituras públicas en general, y especialmente las comprensivas de poderes (véanse las leyes 1.^a, 54 y 112, tit. 18, Partida 3.^a, y la ley 14, tit. 15 de la misma Partida). Más adelante se usa ya, por lo común, en el mismo texto de las leyes de la palabra *instrumento*, según puede verse en la publicada por Felipe IV en 15 de Diciembre de 1636, que forma la ley 1.^a, tit. 24, libro 10, Nov. Rec., que principia: «Habiendo reconocido los grandes daños que padecen el bien público y particular de mis vasallos con el uso de los instrumentos y escrituras falsas...»

En la ley del Notariado de 20 de Junio de 1862 se usa de la palabra *instrumento* como sinónimo de escritura pública, puesto que en la rúbrica del tit. 3.^o se lee: «Del protocolo y copias del mismo que constituyen instrumento público», y asimismo se deduce del contexto de los artículos 19, 21, 23, 24, 27, 29 y otros varios.

Hállase usada también en nuestras disposiciones legales la palabra *acta*, mas no en el sentido de escritura formal y pública, sino en el de relación por escrito,

comprehensiva de las deliberaciones ó acuerdos de cada una de las sesiones de cualquiera junta ó corporación; y con relación á los documentos públicos otorgados por ante escribano, se ha entendido por acta notarial el escrito en que el notario refiere haber dado testimonio por exhibición, ó de los hechos ó circunstancias para que eran requeridos por los interesados y que convenia á éstos acreditar. Estas mismas prescripciones se hallan consignadas en la nueva ley y Reglamento del Notariado de 1832, en la cual se faculta á los notarios para autorizar traslados y copias de documentos no protocolados, testimoniar por exhibición, certificar de existencia, y en general aplicar su ministerio fiscal á los hechos y circunstancias que presencien y les consten, con arreglo á las leyes y prácticas vigentes, levantando de todo las oportunas actas, que autorizarán con su firma y redactarán en papel del sello 9.º, coleccionándolas en tomos encuadernados cuando por su volumen lo creyesen oportuno, y sujetándose en todo lo demás á lo prescrito respecto á los protocolos (véase el art. 101 del Reglamento).

También se hallan admitidas entre nosotros, como prueba preconstituída, las *tarjas* que menciona M. Bouhier en el núm. 454, asimilándose esta prueba, como en el derecho francés, al documento privado, según sienta Escriche en su *Diccionario*.

En cuanto á los instrumentos de *reconocimiento* y *confirmación*, se hallan mencionados en nuestras leyes al hacerse cargo de los efectos que producen las escrituras que contienen las cláusulas en que se consignan aquellas obligaciones (véase la adición inserta al fin del núm. 455).—(N. del T.)

Como en la antigua ley de Enjuiciamiento civil, con relación á los medios de prueba, entiendo la vigente por *documento* (art. 578) y el Código civil (artículos 1215 y siguientes) designa con este mismo nombre y el de *instrumento* todo escrito invocado para demostración de los extremos que contiene y comprensivo de una disposición, de un acuerdo de partes sobre cosa determinada ó simplemente de un hecho, expresados en aquella forma. A la vez que sinónimo de *causa* del contrato, lo es de aquel calificativo el de *título*, bien que, como el de *instrumento* en el Reglamento del Notariado de 9 de Noviembre de 1874 y en la Instrucción de igual fecha, se aplica más especialmente en la ley Hipotecaria y otras á los documentos públicos.

Estos y los privados, á cuya categoría pertenecen por la ley procesal (artículo 578) la correspondencia particular y los libros de los comerciantes, forman los dos términos de la clasificación que dicha ley y el Código civil (artículos 1216 y 1225) hacen de la prueba documental.

Para que ésta merezca tal nombre han de llenar, según su clase, los documentos que la componen los requisitos extrínsecos para su admisión, é intrínsecos y de ritualidad para su eficacia en juicio, que se detallan en las notas de las secciones sucesivas, dependiendo del cumplimiento de todos la respectiva fuerza probatoria de los documentos públicos y de los privados. Por el momento basta recordar que, según la ley de Enjuiciamiento civil (artículos 597, 604 y 605), los primeros llevan en sí la presunción de su validez y, no demostrándose lo contrario, surten la prueba propia de su clase; y para producirla los segundos, ha de acreditarse la legitimidad de los mismos. A este propósito declara el Código civil en sus artículos 1218 y 1225 que los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, y también contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto á las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros, y que los documentos privados reconocidos legalmente tendrán el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen escrito y sus causahabientes.

El uso de la prueba documental es, por regla general, potestativo en España, sin perjuicio de lo que en la división del tomo 1.º de la presente obra, que lleva por título *Exclusión de la prueba por testigos en materia de*

convenciones ó contratos, se advierte acerca de la consignación de algunos de éstos en escritura ó documento público.

Respecto á los documentos de reconocimiento y confirmación, entran con los de su respectiva clase, por razón de su forma, en la división de la prueba documental. Para más detalles véanse, en cuanto á los documentos públicos otorgados con el primero de aquellos objetos, la ley Hipotecaria (art. 2.º, reconocimiento de derechos reales), la Instrucción de 9 de Noviembre de 1874, sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro (art. 14 íd. íd.), y el Código civil (artículos 131; íd. de los hijos naturales, 234; íd. de actos y contratos, 1647; íd. de censo enfiteútico). De la confirmación como medio de extinguir la acción de nulidad de los contratos, hablan los artículos 1309 y siguientes del mencionado Código; y éste (art. 1219) y la ley Hipotecaria (artículos 2.º, 38 y 40), de los documentos públicos otorgados para la modificación ó revocación de actos y contratos.—(N. de la R.)

PRIMER MEDIO DE PRUEBA PRECONSTITUIDA

Testimonio de tercero.—Acta ó escritura auténtica.

SUMARIO: 456. Qué se entiende por *autenticidad*.—457. Doble base en que descansa la presunción de autenticidad.—458. División.

456. La prueba preconstituida que debe inspirar más confianza es la que es obra de oficiales públicos, encargados especialmente de recibir las declaraciones de las partes. Las actas redactadas por estos oficiales se llaman *auténticas*, á causa de la presunción de veracidad que se les atribuye. La palabra *auténtica*, que en su sentido más lato designa todo escrito público ó privado cuyo verdadero origen se halla bien probado, como cuando se pregunta si tal libro atribuido á tal autor es auténtico, tiene en nuestra práctica judicial un sentido más limitado. Según el art. 1317 del Código civil, «el acta ó escritura auténtica es la que se otorga ante oficiales públicos que tienen derecho de actuar en el lugar donde se celebró el acta con las solemnidades requeridas».

457. La inmensa utilidad de esta prueba ha inclinado á los redactores del Código, preocupados con la práctica más que con el rigor de la teoría, á colocarla en primera línea entre las pruebas autorizadas por la ley. Y no obstante, el acta auténtica está lejos de presentar la demostración directa de los hechos que tiende á establecer. La fe que se la da, se apoya en dos suposiciones: 1.ª, que el papel que se produce en juicio es obra del oficial cuya

firma aparente lleva; 2.^a, que el testimonio dado por este oficial en el ejercicio de sus funciones es verídico ó sincero. La primer suposición se funda en la dificultad de imitar las actas auténticas, revestidas de tan numerosos requisitos, y en la mayor severidad del Código penal (artículos 147 y 150), que castiga con trabajos forzados temporales la falsedad cometida en escritura pública, y con la reclusión solamente la falsedad de escritura privada. La segunda suposición se apoya en las garantías que presentan el carácter y la posición del oficial público, y en la penalidad rigurosa que es la de cadena perpetua (Ibid., artículos 145 y 146), en que incurre en caso de prevaricación. Esta última suposición entra en las reglas ordinarias de la fe debida al testimonio. Pero la primera no es más que una presunción de hecho, una probabilidad que las exigencias de la práctica han transformado en presunción legal. Esta fe que se presta, no solamente al acta auténtica, sino á la apariencia misma de esta acta, *acta probant se ipsa*, según la expresión de Dumoulin, es el carácter más notable que la distingue del acta privada, la cual no tiene fuerza sino en cuanto es reconocida ó debidamente comprobada.

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

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

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

Atendiendo al espíritu y aun á letra de nuestra leyes de Partida, y en especial á la 1.^a, tit. 18, Partida 3.^a, dividian los autores los documentos solemnes en auténticos y públicos. Por auténticos entendían los enunciados en las leyes 1.^a y 114, tit. 18, Partida 3.^a, esto es, los corroborados con el sello del Rey, príncipe, arzobispo, obispo, cabildo, consejo, duque, conde y demás personas constituidas en dignidad con sello, ó como dice la ley 1.^a citada de Partida, por persona auténtica; leyes 1.^a y 114, tit. 18, Partida 3.^a Además, Gregorio López en la glosa 2.^a á dicha ley 1.^a, enumeraba como auténticos los documentos hechos ó expedidos por algún oficial ó funcionario en las cosas pertenecientes al oficio que ejercer con autoridad pública; las escrituras, documentos, libros de actas, de estatutos, matriculas y registros ó catastros de bienes que se conservan en los archivos públicos y las copias que de ellos sacan los archiveros por mandato del Rey, juez ó persona que tenga autoridad para ello, los documentos que están comprobados ó corroborados por la autoridad de muchas personas ó por la observancia de largo tiempo, ó por la costum-

bre del lugar. Por instrumento público entiende Gregorio López, conforme con los autores, los documentos ó escrituras otorgadas con las solemnidades legales por ante escribano público, y en que se consigna un convenio ó un testamento ú otra disposición analoga.

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

De todos modos, y como á pesar de lo arriba expuesto se da expresamente el nombre de auténticos á las escrituras públicas por el derecho canónico, y lo mismo se deduce del espíritu de algunas leyes de derecho romano (véanse los caps. 1.º y 2.º, tit. 22, lib. 2.º de las *Decretales*, y las leyes 2.ª Digesto *De fide instrumentorum*, y última Digesto *Quemad. test. aper.*), en lo que convienen también los autores citados; como los documentos auténticos se expiden por personas con autoridad oficial, y como, según todos los intérpretes, ambas clases de documentos convienen en la estabilidad que tienen y en el crédito ó fe que merecen y se les debe dar, la ley de Enjuiciamiento civil de 1855 ha comprendido en la denominación de documentos públicos y solemnes los expedidos por autoridades públicas, que clasificaban los intérpretes entre los auténticos, á la manera que el Código penal, al clasificar en su capítulo 4.º, tit. 4.º, libro 2.º, sobre falsificaciones, los documentos en públicos y oficiales, comprende en estos últimos los auténticos.—(N. del T.)

* * La nueva ley de Enjuiciamiento civil (art. 596) menciona, como la antigua, bajo el dictado de documentos públicos, los notariales y los expedidos por funcionarios públicos autorizados para ello, en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones, comprendiendo en el propio concepto los libros de actas y demás documentos de los archivos que expresaba la segunda de dichas leyes; las partidas ó certificaciones de nacimiento, de matrimonio y de defunción, dadas, con arreglo á los libros, por los párrocos ó por los que tengan á su cargo el Registro civil; las ejecutorias y actuaciones judiciales de toda especie y por disposición de la ley vigente, que no contenía la anterior; las ordenanzas, estatutos y reglamentos de sociedades, comunidades ó asociaciones, siempre que estuvieren aprobados por Autoridad pública; las copias sacadas y autorizadas por mandato de la

Autoridad competente, y «las certificaciones expedidas por los Agentes de Bolsas y Corredores de Comercio con referencia al libro registro de sus respectivas operaciones, en los términos y con las solemnidades que prescriben el art. 64 del Código de Comercio y leyes especiales».

En lo que se refiere á la primera de estas dos adiciones de la nueva ley procesal, véanse los artículos 16, 17 y 119 del Código de Comercio vigente, la ley de Asociaciones de 30 de Junio de 1887 y los artículos 35, 36, 37 y 1670 del Código civil.

Respecto á las certificaciones de los Agentes de Bolsa y Corredores de Comercio, nótese que el precepto de la ley de Enjuiciamiento civil, que les atribuye el concepto de documentos públicos (núm. 2.º del art. 596), concuerda con el art. 64 del Código mercantil de 1829, que aquélla aceptó por consecuencia de la supresión de los tribunales y procedimientos especiales en asuntos de comercio, y ha de entenderse al presente en relación con el nuevo Código mercantil de 22 de Agosto de 1885, que rige desde 1.º de Enero de 1886. Este, en sus artículos 88, 89, 93 y 95, menciona como Agentes mediadores del comercio los Agentes de Cambio y Bolsa, los Corredores de Comercio y los corredores-intérpretes de buques; previene que de ellos sólo tendrán fe pública los colegiados, á quienes inviste del carácter de notarios en cuanto se refiera á la contratación de efectos públicos, valores industriales y mercantiles, mercaderías y demás actos de comercio comprendidos en su oficio, en la plaza respectiva; declara que sus libros y pólizas harán fe en juicio y les impone la obligación de expedir, á costa de los interesados que la pidieren, certificación de los asientos de sus contratos.

El Código civil en su art. 1216, reproduciendo sustancialmente el concepto de la ley de Enjuiciamiento civil, y como ésta, sin diferenciar los documentos públicos de los auténticos, confunde unos y otros en la definición de que son documentos públicos los autorizados por un notario ó empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley.—(N. de la Redacción.)

SECCIÓN PRIMERA

Acta ó escritura auténtica en materia civil.

SUMARIO: 459. Tipo del acta ó escritura auténtica, acta autorizada por notario.

459. Las actas auténticas por excelencia, aquellas á que se refieren sobre todo las disposiciones del Código civil, son las actas autorizadas por notario, de que vamos á tratar en primer lugar. La explanación que haremos sobre estas actas nos dispensará de entrar en detalles poco interesantes sobre las actas auténticas recibidas ú otorgadas ante otros oficiales públicos, actas que se rigen en el fondo por los mismos principios. Pero examinaremos aparte las delicadas cuestiones que promueve la fe debida á las actas del estado civil.

DIVISIÓN PRIMERA

ACTAS Ó ESCRITURAS AUTORIZADAS POR NOTARIOS

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

460. La institución de oficiales especiales que tengan carácter para dar autenticidad á las actas que consignan las convenciones entre las partes, se halla tan arraigada en nuestras costumbres judiciales, que nos parece deber existir en todos los pueblos civilizados. *Periret omnis judiciorum vis*, dice Chassané (Catal. *glorie mundi*, libro 4.º, consid. 19), *nisi essent notarii, qui acta conscriberent; periret ipsa veritas et fides in contractibus et commerciis*. Y no obstante, el notariado, tal como se halla constituido entre nosotros, no existía en Roma, y hoy todavía no lo encontramos en todas partes (1). Esta fe excesiva dada á las actas notariales, que no permite puedan ser atacadas más que por la vía costosa y peligrosa de falsedad, produce con frecuencia en la práctica resultados inicuos. Así vemos que la Audiencia de Amiens (28 de Abril de 1859) reconoce que al hacer una venta como heredero por acta auténtica, el contrayente no había tenido de ningún modo el ánimo de aceptar una sucesión onerosa, y sin embargo decidió que por la fuerza del acta ó escritura, la calidad de heredero le pertenecía hasta la redargución de falsedad.

461. Había, por cierto, en Roma tabeliones que, establecidos en el *forum*, redactaban, á petición de las partes, escritos, consignando sus convenciones ó contratos. Pero estos escritos, aun en el último estado del derecho, cuando había adquirido grande impor-

(1) * En Prusia, los notarios no tienen más que una pequeña parte de las atribuciones que entre nosotros se les reconocen. La mayor parte de sus actos importantes tienen lugar ante los tribunales. Algunos no pueden hacerse más que allí para que tengan validez, como, por ejemplo, las promesas de donación. A otros se les puede dar indiferentemente, bien la forma notarial, bien la forma judicial. Sucede lo propio con los contratos de sociedades por acciones, con el contrato de arrendamiento de una propiedad rústica cuando su importe anual excede de 600 marcos, etc. (V. en el *Holtendorff's Rechts lexikon* los artículos de MM. Meves y P. Hinschins, en las palabras *Urkunden, Urkundenbeweis, Notariado*; véase también Dubarle, *Código de organización judicial alemana, passim*). No existe por lo demás en Alemania una organización uniforme del notariado. *

tancia la escritura, no tenían la autoridad que se atribuye á nuestras actas ó escrituras autorizadas por notarios. Era preciso que el tabelión acudiera por sí mismo á reconocer la escritura y á afirmar bajo juramento su veracidad; si había fallecido, se llamaba á los testigos que habían asistido al acto, y se procedía á comprobar la escritura (V. nov. 44 y nov. 73, cap. 7.º). Véase, pues, que las actas de los tabeliones, *scripturæ forenses*, no ofrecían á las partes más que una garantía sumamente imperfecta. Esto no era, en último resultado, más que la prueba testimonial aplicada á la confección del acta, cuyo escribano y testigos acudían á declarar, como si hubieran declarado sobre cualquier otro hecho. En cuanto á los *notarii*, no eran oficiales con la misión de recibir los convenios de las partes, eran simples escribas, por lo común esclavos públicos, que escribían en abreviatura (*notis*, de donde les provino su nombre) actas ó escrituras de toda clase. Los había también agregados á los tabeliones y también á los magistrados, los cuales redactaban el borrador, que ponía después el tabelión en limpio, *in mundum* (V. Just., l. 17, Cód. *De fid. instrum.*). De estos *notarii* es de quienes habla Paulo en la ley 40, pr. D. *De test. mil. Lucius Titius miles, testamentum scribendum notis dictavit, et antequam litteris præscriberetur, vita defunctus est*. Este empleo no tenía más importancia que la que tiene en el día el del taquígrafo.

En el último estado de la legislación romana se imaginó un medio de suplir la autenticidad que los tabeliones no tenían la misión de conferir. Tal fué la *insinuación*, que consistía en depositar en poder del *magister census* en Roma, y en Constantinopla en poder de los magistrados municipales de las provincias, los *instrumentos* cuya veracidad se quería poner al abrigo de toda controversia. Este depósito que hacían del escrito original las partes interesadas dispensaba de toda comprobación ulterior. No era preciso entonces ni tabelión ni testigos; la intervención de la autoridad pública aseguraba por sí sola la fe del acta que se le había confiado. *Superfluum est*, dice Zenón (l. 31, Cód. *De donat.*), *privatum testimonium, quum publica monumenta sufficient*. La utilidad de esta *scripturæ publicæ* (1) se hizo tan necesaria en los últimos tiempos, que Justiniano mandó

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

la creación de archivos en todas las poblaciones donde aún no los había (Nov. 15, cap. 5.º, § 2.º).

462. En la Edad Media se distinguía también, en el mismo sentido que en el Bajo Imperio (V. Mabillon, *De re diplom.*, libro 3.º, cap. 4.º), las *notitie private* y las *notitie publicae*. Las escrituras privadas eran las que se extendían en presencia de testigos, ó también del tabelión, que, entre nosotros, en un principio, no era, como en Roma, más que un testigo que gozaba de un poco más de crédito. Hállanse pocas actas redactadas ante un tabelión antes del siglo XI. Las escrituras públicas eran, ó bien actas privadas insinuadas en los archivos, como en el Bajo Imperio, ó bien actas redactadas en presencia del juez ó del obispo.

De esta última institución fué de la que sacó su origen el carácter enteramente particular que ha revestido el notariado en los tiempos modernos. En la Edad Media, cuando no eran complicadas las transacciones sociales, los mismos *notarii* que ponían en minutas las actas de los funcionarios seculares ó eclesiásticos, adquirieron la costumbre de redactar igualmente las convenciones de las partes, lo que no era en un principio más que el ejercicio mismo de su oficio, puesto que el dignatario á que estaban adscritos recibía ó autorizaba actas de jurisdicción graciosa, lo hicieron después, aun fuera de la presencia de este funcionario (1). «Hemos adquirido el hábito, dice Loyseau (*Oficios*, libro 2.º, cap. 5.º, § 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 por que 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* (2), y así mismo tabeliones.» La autoridad cuasi judicial de las actas autén-

(1) Todavía actualmente en España, los *escribanos* son á la vez notarios de las partes y escribanos de los tribunales; en Rusia redacta los actos relativos á los inmuebles un escribano (Felix, loc. cit.)—(N. del T.)

(2) Las Ordenanzas de 1304 y de 1315 hablan, en efecto, de *notarios* establecidos por el rey, que contenían las sentencias en sus protocolos, y daban copia de ellas á las partes.

ticas (V. también sobre este punto á Pothier, *Tratado del procedimiento civil*, parte 4.^a, cap. 2.^o, secc. 2.^a, art. 1.^o), se explica, como se ve, históricamente, puesto que el notariado no era en su origen más 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 1673, creó empleos de *consejeros de su majestad, escribanos de convenciones*, cargos que por un segundo edicto del mes de Abril del mismo año fueron reunidos al de los notarios del Chatelet (1).

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 refería á la justicia real desde que Felipe el Largo declaró, por ordenanza de 1319, que los sellos y escrituras (*scribalus*) eran de su propio dominio. El tabelionaje, por el contrario, llegó á ser una institución municipal. Así aparece claramente en las *razones y artículos* enviados en 1470 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 *tabelionaje*, porque muchos burgueses acostumbraban á *hacer pasar* sus cartas por ante dos notarios *reales*. Así, el tabelionaje era la institución local, y el notariado la institución central, que concluyó por absorber á la otra.

Por lo demás, aconteció que el ejercicio de tabelión 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 tabelión algo acreditado necesitó emplear escribientes ó pasantes, que redactaban la primera nota ó minuta de las actas ó escrituras que su patrono ponía después en limpio, y de qué libraba copias. «Finalmente, dice Loyseau (en el mismo cap. 5.^o, § 64 y siguientes), y como acontece en todas condiciones, que los que más 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 hacían sustitutos de éstos, tanto en presencia como en ausencia.» Estos pasantes obtuvieron, pues, el de-

(1) Antiguo Tribunal de Paris.

recho de redactar por sí solos las minutas, con el título de notarios, quedando reservado á los tabeliones el privilegio de extender de letra grande la acta ó escritura. Un edicto de Francisco I, de 1542, que estableció notarios donde no había más que tabeliones, y recíprocamente, sancionó este estado de cosas, prohibiendo respectivamente á los notarios extender con letra grande las escrituras, y á los tabeliones redactar la minuta. Sin embargo, los notarios del Chatelet de Paris (decl. de 6 de Julio de 1543), que podían redactar ú otorgar instrumentos en todo el reino, continuaron ejerciendo en toda su plenitud la jurisdicción voluntaria que se les había 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 había perpetuado hasta entonces entre las funciones del escribano y las del notario. Un edicto de 4 de Octubre de 1554, renovando reglamentos anteriores mal ejecutados, prohibió á los jueces, lugar-tenientes y escribanos recibir en lo sucesivo ningún contrato voluntario (1). Al contrario, había ventaja y economía en reunir las funciones de notario y las de tabelión; reunión que se verificó en efecto por Enrique IV en 1597. El notario, nombre que prevaleció, excepto en ciertas poblaciones rurales, llegó á ser entonces, como la mayor parte de los demás cargos públicos, un oficio susceptible de venta y hereditario.

463. La ley de 16 de Octubre de 1791 suprimió la venta y la herencia, y ordenó que las plazas de los notarios se diesen por oposición. Es dudoso que este modo de nombramiento, tan conveniente bajo otros muchos conceptos, fuese para empleos de esta naturaleza (2). Pero la ley de 25 de Ventoso, año XI, que nos rige

(1) Háse juzgado, en su consecuencia, que un acta ó escritura de transacción recibida en 1633 por dos *mayores* ó alcaldes (*maires*) no tenía carácter auténtico (Sent. den. de 27 de Enero de 1825.)

(2) Se ha establecido, sin embargo, en Nápoles por el art. 55 de la ley del Notariado. * La ley de 17 de Septiembre de 1875, que ha codificado y unificado las leyes acerca del notariado en Italia, ha establecido también el principio la oposición; pero allí se trata de una oposición referente á los documentos y títulos presentados por los opositores en que se tiene en cuenta especialmente la manera con que se ha sufrido el examen de aptitud. (Véanse los artículos 10 y 11 de la traducción de M. Fernando Dreyfus en el *Anuario de legislación extranjera*, 1876, p. 571 y siguientes. Sobre el notariado en sus diferentes países, consúltese *Le rapport*, publicado en nombre de la Sociedad de legislación comparada por la comisión encargada de estudiar las diversas legislaciones acerca del notariado. Añádase, *Noticia* de M. Amiaud sobre la organización del notariado en Rusia y en España, en el *Boletín de la Sociedad de legislación comparada*, 1873, p. 409 y siguientes.) *

en el día, ha incurrido en el exceso contrario, exigiendo sólo condiciones de aptitud enteramente prácticas, es decir, cierto número de años de práctica con un notario (arts. 37 y 38), sin requerir la justificación de ningún conocimiento teórico. Esta latitud en la elección de candidatos, que podía concebirse en el año XI, cuando no se habían 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 extendido. La justificación de un diploma sería tanto más útil, cuanto que la ley de 28 de Abril de 1816 (art. 91) ha restablecido indirectamente la venta de los oficios de notarios, lo mismo que para otros muchos, lo cual á falta de toda condición formal de capacidad, transforma frecuentemente en pura especulación la adquisición 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 acción 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 institución del notariado, tal cual la concebimos en el día, no es muy antigua, no es tampoco universal en Europa. En Inglaterra, los notarios, encargados sobre todo, de la redacción de los contratos de seguros y de los protestos de letras, no dan 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 extendido deben acreditarse en juicio por medio de testigos ó por el cotejo de escrituras. La atestación del notario no tiene más fuerza que la que tenía la del tabelión 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, acumulación de funciones que no carece de peligro para las partes, puesto que se da la misión 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 empleaban en Roma y en la Edad Media. «La seguridad de la posesión que se tiene de un acta

pública, dice Blackstone (lib. 2.º, cap. 21), no depende solamente del acta misma, ni del consentimiento de las partes contratantes, sino también de la sanción 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 oposición á las que tienen un carácter político. La organización judicial de Inglaterra presenta, bajo este respecto, la mayor analogía con la que existía en el Bajo Imperio. El sistema inglés está en vigor en la América del Norte. En Dinamarca la autenticidad es desconocida igualmente, debiéndose probar toda convención por el testimonio de dos personas (1).

465. Ciertos países, por el contrario, han superado á la legislación francesa, y dado más valor aun á la autenticidad. Así, mientras que entre nosotros, la redacción autorizada por notario es en general puramente facultativa, en Prusia (2) (V. Código prusiano, part. 1.ª, tít. 10, art. 6.º) y en el cantón de Vaud (Código del cantón de Vaud, art. 1113), es preciso un acta auténtica para transmitir la propiedad inmueble. La legislación que ha ido más adelante en esta vía es el Código italiano (art. 1314), que exige la redacción por acta pública respecto de todas las convenciones de cualquiera importancia que sean, incluso los arrendamientos por más de nueve años. Tal vez esta exigencia no tiene ningún inconveniente, atendidos los hábitos de la población italiana. 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 expresar su voluntad sin recurrir al estilo, con frecuencia aun en el día sobradamente prolijo, del notariado. No ha, pues, lugar á hacer innovación alguna en este sentido, como ni tampoco en el de la ley inglesa. (Véase el *Informe* ya citado de la comisión encargada por la Sociedad de legislación comparada de estudiar las diversas legislaciones acerca del notariado.)

Además, los principios de la legislación francesa sobre el notariado han sido adoptados en varios Estados, especialmente en Bélgica y en los Países Bajos, donde se ha dado una ley sobre la mate-

(1) * Véase acerca de la complicada legislación de Inglaterra en materia de actas escritas, Glasson, *Historia del derecho y de las instituciones de Inglaterra*, t. 6.º, el *Derecho actual*, p. 642 y siguientes. *

(2) * Respecto de la legislación prusiana en materia de actas auténticas, véanse los artículos ya citados de MM. Meves y P. Hinschius en el *Rechts lexikon* de N. Holtzendorff. *

ria el 9 de Julio de 1842, en Baviera, y recientemente en Austria.

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

. En España se celebraban antiguamente los contratos, según sienta el señor Escriche en su *Diccionario*, ante algún 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 sabían por los que no sabían, 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 Sabio, quien con acuerdo de los tres estados ó brazos del reino, creó los escribanos públicos y dispuso que en cada pueblo, cabeza de jurisdicción, 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 también notarios por las notas ó minutas que toman de lo que las partes tratan á su presencia, á fin de ordenar luego y extender 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, según nuestras leyes recopiladas, su profesión en todo el reino, no habiendo numerarios, excepto en la corte y en las capitales de la residencia de las antiguas chancillerías, como son Valladolid y Granada; leyes 7.^a y 8.^a, tit. 28, libro 10, Nov. Recop. Estos escribanos se llaman también 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, según las citadas leyes, en el pueblo cuya escribanía desempeñan, y exclusivamente en lo escriturario con la limitación expuesta respecto á los escribanos reales. Los de cámara, que son como los secretarios de los tribunales Supremos y superiores, autorizan los actos judiciales de estos cuerpos, y actúan sólo 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 dan. (Adviértase que, por decreto de 20 de Junio de 1868, se han refundido los fueros especiales en el ordinario.)

Mas según la nueva ley del Notariado de 23 de Mayo de 1862, el notario es el funcionario público autorizado para dar fe conforme á las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales, según se declara en el art. 1.^o de la citada ley, prescribiendo asimismo que en todo el reino haya una sola clase de estos funcionarios. Por esta disposición 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 participación en ciertos actos, en el ejercicio de ciertas facultades legales que dan ocasión 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 números 461 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 legislación 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 transmisión de bienes inmuebles, los cuales se requiere por nuestras leyes que se reduzcan á escritura pública, y asimismo respecto de otros contratos, según se ha expuesto más circunstanciadamente en la adición inserta á continuación del número 152 del tomo 1.º de esta obra.—(N. del T.)

En punto á organización notarial, véanse el Reglamento de 9 de Noviembre de 1874, y el Real decreto de 20 de Enero de 1881.

Acercas de los actos y contratos que, según el Código civil vigente han de constar por documento público, véanse nuestras notas del tomo 1.º—(N. de la R.)

PUNTO PRIMERO

Forma de las actas ó escrituras notariales.

SUMARIO: 467. Distinción de las solemnidades intrínsecas y extrínsecas.
468. División.

467. No es nuestra intención recorrer aquí en detalle las numerosas formalidades prescritas á los notarios por la ley de 25 de Ventoso del año XI. Dejaremos aparte las prescripciones reglamentarias, cuya inobservancia da 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 intrínsecas, necesarias para la fe del acta ó escritura, *solemnia probantia*; las otras son extrínsecas necesarias solamente para su ejecución, *solemnia completoria*. Cómprndese bien cuánto importa distinguir estas dos clases de solemnidades: pues una cosa es, en efecto, la falta de fe de un acta, y otra cosa la falta de fuerza ejecutoria. Así, pues, las *solemnidades requeridas* (Cód. civil, art. 1317) para que el acta otorgada ó autorizada por un notario ó por cualquier otro oficial público haga fe en juicio, son tan sólo 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 distinción fundamental han negado ciertos autores la autenticidad al acta de conciliación extendida 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 *obligación privada*; pero si se inquiere el objeto que se ha propuesto el legislador añadiendo esta restricción, se reconocerá fácilmente que no ha querido rehusar al acta ó proceso verbal del juez de paz, la fe que se da á las declara-

ciones recibidas en forma debida por un funcionario público, sino solamente impedir que no se hiciera ejecutiva, lo cual hubiera atacado la prerrogativa 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 ejecución forzosa, lo cual es lo que se ha querido decir al emplear estas expresiones vagas é inexactas: *fuerza de obligación privada* (2).

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 sólo se encuentra en los países que han reproducido el sistema de la legislación francesa, tales como Bélgica, la Prusia rhiniana, el cantón de Ginebra, y el reino de Grecia. En los países que no dan la misma importancia al notariado (núm. 464), tales como la Inglaterra y la mayor parte de los países alemanes, las actas notariales no son ejecutivas por sí mismas. Solamente, en la práctica de dichos países, y especialmente en Sajonia y en Dinamarca, se dirigen los interesados á los tribunales que hacen ejecutorias de una manera más expedita las convenciones consignadas en actas públicas. Esto es lo que se llama proceso de ejecución (*executive process*) (3).

468. Vamos á examinar primeramente cuáles son las condiciones á falta de las que es nula un acta autorizada por notario, al menos como acta notarial; después nos preguntaremos lo que acontece cuando se anula el acta á falta de alguna de estas condiciones; y finalmente, hablaremos de las formalidades puramente extrínsecas.

* * Según la vigente ley de Enjuiciamiento civil, lo convenido por las partes en acto de conciliación se llevará á efecto por el mismo Juez municipal por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias dictadas en juicio verbal, cuando su interés no exceda de 250 pesetas. Si excediere, tendrá aquel acto el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne. Contra lo convenido en acto de conciliación.

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

(2) El Código de procedimiento italiano en 1865 (art. 7.º) atribuye fuerza ejecutoria al proceso verbal incoado por el conciliador, siempre que el valor no exceda de treinta liras.

(3) * En Alemania, pueden los notarios, cuando el deudor lo consiente, insertar la cláusula de ejecución forzosa en las actas que extienden para hacer constar una deuda constituida sobre una determinada cantidad de cosas fungibles (Véase *Rechts lexikon* de Holtendorff el artículo de M. P. Hinschius, palabra *Zwangsvolle treckung*.*

liación podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos. La demanda que al efecto se ejercite deberá interponerse ante el Juez de primera instancia del partido, dentro de los ocho días siguientes á la celebración del acto. La eficacia propia de éste se concreta al plazo de los dos años siguientes á su fecha (artículos 476, 477 y 478).

Con arreglo al art. 1429 de la misma ley, es título ejecutivo la escritura pública, con tal que sea primera copia, ó si es segunda, que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona á quien deba perjudicar ó de su causante. —(N. de la R.)

§ 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 faltase totalmente 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 cuáles 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 consanguinidad 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. Entrerreglados, adiciones y enmiendas.—488. Uso de la lengua francesa.

469. Al frente de todas las condiciones exigidas para la validez del acta ó escritura, se encuentra la capacidad legal del oficial que la redacta. «El acta ó escritura auténtica, dice el art. 1317 del Código civil, es aquélla que se otorga por ante oficiales públicos que tienen derecho de actuar en el lugar donde se redactó el acta.» 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 más grave, pero el más 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 aún 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 regular del notariado en la Argelia, se instituyó en Bona

un notario por un subintendente 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 seguridad que la gravedad y la urgencia de las circunstancias pueden hacer indispensables, su autoridad no puede extenderse 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.

471. Lo que acontecerá con más frecuencia será, que se dé un nombramiento en forma debida, aunque se conceda á una persona incapaz, por hallarse 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 decisión de Ulpiano, citada con tanta frecuencia (l. 3.º, D. *De off. præf.*): *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? An 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, esse et si scisset servum esse, liberum effecisset; quod jus multo magis in imperatore observandum est.*

¿Es preciso admitir esta decisión, recibida generalmente en nuestra antigua jurisprudencia, ó decir, al contrario, que estamos en el caso de la *incapacidad* prevista por el art. 1318, y que el acta ó escritura puede á lo más valer como escritura privada? No puede negarse que la misma necesidad práctica que dictó en Roma la ley

(1) Véase, pues, que el Tribunal de Casación relaciona fácilmente las dos ideas de autenticidad y de fuerza ejecutiva (núm. 467).

Barbarius Philippus, no exista aún en el día. Los que tratan con un oficial público no pueden hacer una información sobre su edad, sobre sus antecedentes, etc.; sino que deben tener confianza en la autoridad que le ha dado la investidura de sus funciones. Á atenerse tan sólo al Código civil, podría suscitarse alguna duda, puesto que el art. 1318, que no concede más que efecto restringido al acta, habla de la *incapacidad* en general. Pero si nos referimos á la ley de 25 de 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 expresamente las disposiciones cuya inobservancia ocasiona nulidad, no atiende ni al art. 35, relativo á las condiciones de capacidad que se requieren, ni al art. 7.º, relativo á la incompatibilidad de las funciones de notario con ciertas otras funciones. Á la administración es á la que conviene dirigirse entonces, á fin de obtener que retire la comisión (l. De Vent., artículos 45 y 46) entregada al menosprecio de la ley; pero mientras esta comisión no se retire, se debe prestar fe al título que aparece. Hasta aquí, debe decirse con Tácito (*Annal.*, libro 6.º, § 8.º): *Non est nostrum aestimare quem supra ceteros, et quibus de causis extollas. Tibi summum rerum iudicium Dii dedere; nobis obsequi gloria relicta est.* Así es como los publicistas enseñan que los actos y sentencias pasadas bajo el imperio de la autoridad más 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 pretexto de su inconstitucionalidad (Cas. 11 de Mayo de 1883): de otra suerte, el poder judicial absorbería todos los demás (2).

(1) Suponemos una ley votada en forma regular por los poderes competentes. La cuestión es mucho más delicada cuando ha habido usurpación del poder legislativo, y se ha insertado el acto irregular en el *Boletín de las leyes*, sin reclamación, como ha acontecido respecto de un gran número de decretos imperiales. Aun en esta hipótesis, el Tribunal de Casación 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 (véase 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*, tomo 1.º, cap. 6.º) explica esta atribución tan importante de la magistratura americana, por esta consideración, que estando admitida en América la revisión de las Constituciones, si hay conflicto entre la Constitución y la ley, es siempre posible revisar la Constitución. Pero no vamos que en Francia, bajo las diversas Constituciones que han autorizado la revisión del pacto fundamental (Const. de 1791, de 1793, del año 8.º de 1843 y de 1852), se haya permitido á los Tribunales determinar sobre la constitucionalidad de las leyes. Es, pues, preciso explicar la legislación americana por un motivo más grave, la necesidad de

472. La incapacidad á que alude el art. 1318, única que puede viciar el acta, es aquella de que han podido ser informadas las partes, la cual resulta, no de un vicio latente, sino de una declaración oficial de la autoridad. En efecto, el art. 52 de la ley sobre el notariado, al cual se refiere esta vez expresamente el art. 68 relativo á las nulidades, se halla concebido en estos términos: «Todo notario suspendido, destituido ó sustituido, deberá inmediatamente, después de la notificación que se le haya hecho de su suspensión, destitución ó sustitución, cesar en el ejercicio de su profesión.» Es de advertir que este artículo, aunque de acuerdo con la teoría que acabamos de exponer, admite que hasta la notificación de la decisión tomada por la autoridad superior, continúe el ejercicio de las funciones; por lo tanto, todo lo que se ha hecho anteriormente á esta notificación permanece siendo válido. Así se ha decidido (Sent. den. de 25 de Noviembre de 1813) respecto de una citación hecha por un alguacil, cuya interdicción se había pronunciado, sin estar aún notificada. Pero una vez habiendo tenido lugar esta notificación, el oficial pierde todo su carácter; es una falta, sobre todo en un país donde las decisiones de la autoridad se hacen públicas por medio de la prensa, el ignorar la destitución ó la suspensión debidamente notificada.

473. La segunda condición que se exige al oficial para que se confiera autenticidad al acta, condición 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 día. Se prescribía entonces estrictamente, según lo que nos refiere Boiceau (*Prueba por testigos*, libro 2.º, cap. 4.º), que el notario no autorizase instrumentos fuera de su territorio, *cum tabelliones, extra territorium, omnino privati censeantur, sicut et judices*. Pero en el último estado del derecho antiguo, independientemente de la prerrogativa de que gozaban ciertos notarios, especialmente los de los antiguos tribunales (*Chatelets*) de París, Orleans y Montpellier, que podían autorizar instrumentos en todo

templar, con el auxilio de esta intervención 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 Parlamentos era un medio irregular, pero á veces eficaz de templar la omnipotencia de la monarquía (véase sobre este punto el interesante capítulo de los comentarios de M. Story acerca de la Constitución de los Estados Unidos, libro 3.º, cap. 4.º: *Who is final judge or interpreter in constitutional controversies?*) Es en el mismo espíritu cuando en recientes discusiones (1873) se ha propuesto á nuestra Asamblea nacional el sistema americano para contrabalancear el poder de una asamblea única.

el reino, la regla de que cada notario debía ejercer en su territorio, no se consideraba como prescrita bajo pena de nulidad, y no tenía por sanción más que una multa (1). (V. la ley de 16 de Octubre de 1791, tit. 1.º, sec. 1.ª, art. 5.º; Sent. den. de 5 de Abril de 1836.) Las leyes modernas han vuelto rigurosamente al principio que quiere que un funcionario, fuera del territorio que le está asignado, no sea más que un simple particular, y en su consecuencia, ha debido pronunciarse la nulidad de las actas otorgadas fuera de este territorio (ley de Vent., artículos 6.º y 68). Por esto se exige la mención del lugar donde se otorgó el acta ó escritura (Ibid., artículo 12), mención que será útil, pero no sustancial, en las actas ó escrituras privadas, que pueden extenderse en todas partes. Exigiendo esta mención, obliga la ley al notario que autorizare instrumentos fuera de su territorio, ó bien hacer un acta evidentemente nula, si se abstiene de insertar en ella la enunciación falsa, ó bien, en el caso contrario, á cometer una falsedad, disimulando la nulidad, y á exponerse de esta suerte á penas más graves (2).

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.º) 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 expresar el final del art. 8.º, que añade: *ó que contuvieran algunas disposiciones en su favor*, expresiones que gramaticalmente podrían referirse á los parientes de los notarios, igualmente que á los notarios mismos, pero en buena interpretación, no pueden aplicarse más que á estos últimos, puesto que de otra suerte no contendrían más que una redundancia inútil. Nada más 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 casación, fecha 15 de Junio de

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

(2) Esto mismo ha decidido el Tribunal de Casación muchas veces, especialmente el 16 de Noviembre de 1832.—MM. Chaveau y Helie (*Teoría del Código penal*, tomo 2.º, cap. 22, § 1.º), quieren para que haya falsedad en este caso, conforme á una sentencia del mismo Tribunal de 4 de Marzo de 1825, que hubiera habido intención de perjudicar al interés de las partes. Esta doctrina nos parece muy laxa. Debe responderse con la sentencia de 1832, «que teniendo esta falsa enunciación por objeto engañar y eludir la previsión 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 intención criminal del delito de falsedad».

1853. (V. también la sent. deneg. de 16 de Diciembre de 1836; * Cas. 27 de Noviembre de 1876.) * (1). Sin embargo, hemos visto (núm. 453) que se quiso indebidamente y á consecuencia de una verdadera confusión de lenguaje, aplicar el art. 175 del Código penal á un notario que había tomado interés en el crédito consignado por un *acta* que había recibido ú otorgado él mismo. Hay en esto una nulidad y una infracción disciplinal, pero de ningún modo un delito caracterizado, delito que no puede existir sino cuando el notario hubiere tenido la vigilancia del mismo crédito, en el cual tomó interés, y no el *acta* destinada á consignarlo.

475. Suponiendo que el oficial sea capaz y competente, es necesario también que se otorgue el *acta* con las *solemnidades requeridas* (Cód. civil., 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 art. 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 común en que se extienda el *acta*.» Esta disposición, cuyo principio se remonta á una ordenanza de Felipe el Hermoso de 1304, es necesaria para dar á las partes garantías contra la prevaricación de los oficiales públicos. El acuerdo de dos Notarios para falsificar los contratos de las partes, es infinitamente menos probable que la malversación de uno solo. La presencia de los testigos, que se han llamado *instrumentales* por razón 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 prescripción de la Ordenanza de 1304, bien que renovada en 1437, había caído en desuso en el derecho antiguo, excepto, respecto de ciertos actos de alta importancia, tales como los testamentos. El art. 14 de los estatutos y reglamentos del Colegio de los Notarios del Chatelet de Paris, autorizados por una sentencia del Parlamento de 13 de Mayo de 1861, decía 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 había convertido en ley por los edictos de 1691 y de 1706. Desde la promulgación de la ley de Ventoso, no

(1) * Un notario podrá, sin embargo, otorgar documentos para una Sociedad comercial en la que él posea acciones (Douai, 3 de Febrero de 1876). *

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 después á los testigos instrumentales. Esto era, persistimos en creerlo, una violación manifiesta de la ley; violación tolerada por largo tiempo por la jurisprudencia, que se fundaba en un singular motivo, la pretendida abrogación por desuso de la disposición de la ley de Ventoso; pero al fin fué condenada por sentencia de casación de 25 de Enero de 1841. Esta sentencia, seguida de otra decisión 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 1843.

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 más exactos, no podía 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 desde la promulgación de la ley de 25 de Ventoso, año XI, por la razón de que el notario segundo ó los dos testigos instrumentales no habian estado presentes á la recepción de dichas actas». Esto es lo que ha hecho el art. 1.º de la nueva ley, contra el cual no pueden suscitarse objeciones formales.

Respecto del porvenir, aunque el legislador pretende no hacer más que explicar la ley de Ventoso (ley de 1843, art. 3.º), la ha modificado realmente, puesto que ha dado la razón á la práctica, dispensando generalmente á las partes de la asistencia del segundo notario y de los testigos (Ibid., artículos 1.º y 3.º). Mas tanto durante la discusión de la ley de 1843, como desde aquella época, se ha acusado al Poder legislativo de haber carecido de energía, y de no haber sabido siquiera ser consecuente dentro de un sistema vicioso. Estas censuras no nos parecen fundadas.

(1) No habria invasión 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 Convención anuló, á petición de las partes, una sentencia del Tribunal de Casación en materia de competencia). En cuanto á la facultad de interpretar la ley de un modo general, aun respecto de lo pasado, no puede pertenecer más que al poder legislativo; y las necesidades sociales exigen á veces, como ha acontecido en 1813 respecto de las actas autorizadas por notarios, que se haga uso de esta facultad.

Desde luego, no había motivos suficientes para ensañarse contra las dificultades prácticas que ofrecía la presencia real del segundo notario y de los testigos, puesto 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 más sencillo y más lógico hacer redactar 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 1843), que el requisito de la firma, después del acta, 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 indirectamente 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 entrerreglonados de que pueda abusarse. La necesidad de imitar la firma del notario ó de los testigos haría la falsedad más difícil, si intentara cometerla alguno, ó indicaría más pronto las huellas del delito. Finalmente, es un obstáculo á las supresiones ó intercalaciones de notas que se quisieran hacer para lo sucesivo, en detrimento de las partes y del fisco. No se han querido quitar sin motivo estas garantías por débiles que pudieran parecer.»

Sin embargo, la ley de 1843 mantiene (art. 4.º) las reglas especiales del Código civil acerca de la forma de los testamentos (1). Además, exige (art. 2.º) la presencia del notario segundo ó de dos testigos para las actas notariales más importantes, las que contienen donación entre vivos, donación entre cónyuges durante el matrimonio (2), revocación de donación ó de testamento, reconocimiento de hijos naturales y los poderes para consentir estos diversos actos. Esta presencia debe mencionarse bajo pena de nulidad (artículo citado). Pero, aun respecto de estas actas, colocadas de esta suerte en una categoría especial, no exige la nueva ley que se asista á

(1) En los testamentos la más 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 juzgamos que sea siempre conveniente inmiscuir terceras personas.

ellas, bien sea á las proposiciones preliminares, bien á la redacción de la minuta. «La presencia del notario segundo ó de los dos testigos, dice el art. 2.º, 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 de nuestras costumbres.

477. Una disposición que se ha observado siempre con rigor, es la del art. 8.º de la ley de Ventoso, renovación 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 decisión moderna reproduce la prohibición hecha á los notarios por el Parlamento de París, el 10 de Febrero de 1615, de reunirse en número de más de dos para otorgar sus actas por temor de comprometer el secreto de las partes. Este abuso, por lo demás, si es que hubo abuso en esto, es poco de temer, no estando dispuestos los oficiales públicos á asistir á operaciones de que no podrían sacar ningún emolumento. El Tribunal de Reims ha declarado igualmente válida, el 7 de Febrero de 1855, un acta de donación otorgada como un testamento (Código civil, art. 871), 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.º exige desde luego, que sean *ciudadanos franceses*. Para sostener que estas palabras, según 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 propendía á generalizar el sentido de la palabra *ciudadano* (2). (Sabido es que las mu-

(1) Habiendo añadido la ley de 1843: «Hafáse mención de *ella* bajo pena de nulidad», se ha preguntado, si es la presencia del segundo notario y de los testigos ó bien la lectura del acta, como lo decide el Código (art. 972), respecto de los testamentos, lo que debe mencionarse. No hay duda que es más prudente mencionar siempre *la lectura de la presente acta por el notario en presencia del segundo notario y de los testigos*, según 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. 14, pág. 434.)

(2) Consúltese sobre la historia de la palabra *ciudadano* al distinguido publi-

jeros mismas se llamaban *ciudadanas*.) Pero no hay nada extraordinario en considerar como una especie de misión pública el ministerio del que es llamado á comprobar la gestión de un oficial público, con la facultad de atraer sobre su cabeza la pena contra la falsedad, en caso de prevaricación.

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 artículos 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 transportarse las denominaciones y las ideas que tenían curso en tiempo de la Convención, á la época del Consulado, bajo el cual las ideas republicanas se hallaban singularmente eclipsadas. ¿No es, por otra parte, el art. 7.º del Código civil, promulgado el 27 de 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 más que la cualidad de *republicanos*, reemplazada en las redacciones posteriores por las de *súbditos del emperador*, y después, *del rey*. El proyecto del Código (título de las donaciones y testamentos, art. 73), exigía *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 común y la excepción 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 más que dos testigos, es indispensable que gocen de los derechos políticos.» Si nuestra antigua legislación no exigía en todos los casos más que la cualidad de *regnicola*, es porque no había entonces lugar á ocuparse de los derechos políticos, puesto que no se convocaban los estados generales ni siquiera una vez por siglo.

Por lo demás, consideramos como ciudadano francés á todo el que ha cumplido veintiún años y que no esté incapacitado. Tal es nuestra opinión bajo el imperio de la carta de 1830, y hay menos duda sobre este particular, hoy que la condición que exige la Cons-

cista cuya pérdida prematura deplora la ciencia, M. Laferriera, *Curso del derecho público y administrativo*, lib. 1.º, cap. 1.º, secc. 4.ª

titudin del año VIII (art. 2.º) de inscribirse en los registros civiles, en el plazo de un año, contado desde la mayoría, se ha abolido formalmente por la Constitución de 1848, que ha conferido el derecho electoral á todos los franceses de edad de veintiún 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 día 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.º y 5.º de la Constitución del año VIII (1). La cualidad de ciudadano francés pertenece, pues, en el día á todos aquellos que no han perdido de un modo general su capacidad política, á consecuencia, bien de una condenación á pena que lleve consigo la degradación civil, bien á una interdicción judicial. En cuanto á las condiciones especiales de aptitud para el electorado y la elegibilidad, no pueden requerirse para las funciones públicas, y especialmente para el simple ministerio de los testigos instrumentales. Por eso, según los términos de la Constitución de 1848 (art. 27), la ley electoral debía 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. No hay, pues, que preocuparse, en lo concerniente á los testigos instrumentales, de las restricciones especiales, más ó menos graves, establecidas por las leyes electorales.

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 relación, el error de las partes, siendo invencible, no debería ocasionar la nulidad del acta. El Tribunal de Casación se ha pronunciado en este sentido (28 de Julio de 1831 y 24 de Julio de 1839; Cpr. y Douai, 26 de Marzo de 1876). Pero el tribunal de Aix ha avanzado demasiado al decidir, el 30 de Julio de 1838, que el error común bastaba para dar validez al acta que habia firmado como testigo un zapatero con patente de edad menor de veintiún 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 comprobación para un notario, el referirse

(1) Es preciso hacer notar, sobre todo, la que se referia á los servidores asalariados, que han recobrado desde el año 1848 la plenitud de derechos políticos, sin poder sin embargo ser llamados á ejercer las funciones de jurado. (Ley de 21 de Noviembre de 1872, art. 4.º)

al rumor público sobre la existencia de una cualidad que podía averiguarse con tanta facilidad. Sólo en el caso de presentarse un acta de nacimiento falsa, es cuando sería posible hacer desaparecer favorablemente la nulidad. Es necesario reconocer, no obstante, que la cuestión de si hubo error invencible induce una apreciación de puro hecho, que no es susceptible de ser revisada por el Tribunal de Casación (Sents. dens. de 24 de Julio de 1839 y de 4 de Febrero de 1850).

480. La segunda condición de capacidad que se exige á los testigos, sobre la cual no puede haber equívoco, porque es enteramente de hecho, es la que consiste en que sepan firmar. La ordenanza de Blois de 1579 (art. 166) quería 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 más divulgado en el día 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 mayor número de testigos. El artículo 974 del Código civil se contenta con la firma de la mitad de los testigos en el campo. En el día, lo mismo que en otro tiempo, los tribunales tienen un poder discrecional para apreciar, según la importancia del pueblo, si debe ó no considerarse como perteneciente á la zona rural. (Sents. dens. de 10 de Junio de 1817 y 10 de Marzo de 1829; Cpr. Cas. de 1.º de Julio de 1874).

481. En tercer lugar, deben estar domiciliados los testigos en el distrito comunal donde se autorizó el acta, porque las gentes del país son también más á propósito para reconocer la veracidad de las declaraciones hechas por las partes, y es asimismo más 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.º). Pero no hay ningún motivo formal para prohibir á dos parientes que presten testimonio juntos. *Nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.* (V. *Inst.*, § 8.º, *De test. ordin.*)

Los testigos no deben tampoco (art. 8.º cit.) ser pasantes ó servidores del notario. Pero el simple hecho de haber extendido una persona copias para un notario, cuando no forme parte de sus ha-

bituales dependientes, no es bastante para que se le considere como escribiente de éste (Sents. dens. de 5 de Febrero de 1829 y de 10 de Abril de 1855). De otra suerte sería, si las relaciones entre uno y otro fuesen permanentes (1), todo según la apreciación de los jueces del hecho, aunque no se hubiesen inscrito los pasantes (Sent. den. de 25 Enero de 1858).

Hémos terminado lo concerniente á las personas cuyo ministerio da 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 día donde se autorizó; lo cual se llama la fecha, de la palabra *datum*, que se usa en el estilo latino de la cancillería de la Santa Sede para indicar que la pieza ó documento se ha emitido en aquella época. No se habla del mes, que, no obstante, no es posible omitir en el fondo, quizá para impedir que se anule un acta fechada con relación á una festividad cuya fecha fuera fácil comprobar, por ejemplo, la *víspera de Todos los Santos*. La ordenanza de Blois quería además (art. 167) que se indicase si se había otorgado el acta antes ó después del medio día. Esta mención, que no se exige ya, tenía 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 día puede ser útil para establecer la preferencia entre dos compradores que hubieran comprado el mismo inmueble en el mismo día, de la misma persona, sin que ni uno ni otro hubiera hecho verificar la inscripción; ó entre dos compradores de efectos muebles, ninguno de los cuales hubiera sido puesto en posesión 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 loci*. 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 mención del *locus loci* no es

(1) * En cuanto á los testamentos, el art. 975 del Código civil encierra una teoría completa de la capacidad exigida á los testigos. La ley del 25 Ventoso, año XI, se encuentra, pues, sin aplicación en este caso (véase Grenoble, 12 de Julio de 1878). *

indispensable, pero puede ser útil para el caso en que se atacase el acta ó escritura, redarguyéndola de falsedad.

484. Requiérese asimismo la mención de los nombres y morada de los testigos (Ibid.); porque es preciso que pueda encontrarseles en caso necesario. Por otra parte, esta es la mejor garantía dé que el notario recurrirá á testigos domiciliados, puesto que de otra suerte se vería en la alternativa de hacer un acta nula, ó de cometer una falsedad. Es verdad que se ha pretendido que las prescripciones de la ley de Ventoso sobre la mención 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 inserción 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 sería de hecho insuficiente como prueba. Pero no tiene importancia la indicación de su residencia, puesto que la competencia del escribano no es personal, sino territorial. Finalmente, la regla que prescribe el 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 ningún 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 firmar, por lo que no se cuidaron de tal particular. La decisión de Carlos IX fué promovida por el número de falsificaciones que había ocasionado en el siglo XVI la gran latitud que se dejó á los notarios. De la legislación de aquella época, en la que, á inspiración del canciller L'Hopital, se verificaron tan importantes reformas, fué de donde nos provino la

(1) Puede verse por cartas patentes de Mayo de 1358, que en aquella 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.

obligación (ley de Vent., art. 14) de hacer firmar á las partes, si sabían hacerlo, y de hacer mención de sus firmas, ó por lo menos, si no podían firmar, de hacer mención de esta imposibilidad. Ya hemos hecho observar cuán conveniente es la necesidad de esta mención, agravando la responsabilidad del oficial que contraviñera á la ley. Además, en materia de testamentos, es tan importante la firma, que se exige, cuando falta, mención expresa, no solamente de la declaración de que el testador no puede firmar, sino también de la causa que le impida hacerlo (*Cód. civ.*, 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 y escribanos. No se exige la firma de las partes respecto á ellos, sino es excepcionalmente, por ejemplo, para el acta de oposición á un matrimonio (*Cód. civ.*, art. 66), y para la inscripción en la escribanía del Tribunal de la recusación de un oficial auxiliar de la justicia. (*Cód. de proc.*, art. 353).

En cuanto á los testigos, es siempre preciso que firmen, salvo la excepción que hemos indicado respecto de los testamentos (número 480), y que se mencione su firma, ó bien, en caso de excepción, la imposibilidad en que se hallan de firmar (ley de Ventoso, art. 14). Una sentencia de casación del 16 de Julio de 1833 ha decidido, que aun por el antiguo derecho, se prescribía bajo pena de nulidad, la mención 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 le hace responsable, dando al escrito el 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 un acta ó escritura á la que falta esta formalidad esencial, no se halla siquiera sujeta 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 (números 461 y 462), las partes ponían en éstas sus sellos y no había atestación de la presencia del redactor que no tenía carácter oficial (1); pero los

(1) *Infinita pene vidi antiqua instrumenta, dice Boiceau (Prefacio, § 3.º), quæ nullo tabellionie signo, sed sola eujusdam antiqui sigilli apprehensione munita erant.*

plebeyos que no tenían sellos debían otorgar sus actas ante un oficial público (Beaumanoir, cap. 35, § 22), y desde entonces llegó á ser muy útil dar carácter de oficial público al redactor de un acta. Los notarios tuvieron, pues, un sello que debió ponerse en las escrituras, según la Ordenanza de Julio de 1304. 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 después 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 día cada notario debe tener también su sello particular (ley de Vent., art. 27); pero ya veremos que la fijación de este sello no es tampoco necesaria como formalidad extrínseca.

La letra del art. 14 de la ley del año xi prescribía también la mención de la firma del notario; pero el Consejo de Estado reconoció (dictamen de 20 de Junio de 1810) que esta mención era enteramente innecesaria. Si la firma del notario es verdadera, la mención de esta firma es enteramente inútil; si no es verdadera, hay en este mero hecho falsedad caracterizada, y la segunda falsedad, que contendría la mención falaz, no agravaría 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 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 obligación de conservar minuta ú original y de no entregar á las partes más que copias. Pero ¿qué debe entenderse por esta obligación, y á qué actos ó escrituras es aplicable?

Si se tomara á la letra la expresión de *conservar* minuta que usa la ley sobre el notariado, se creería que el notario, no solamente debe extender, 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 había extraviado momentáneamente una minuta del contrato de matrimonio, que se volvió á encontrar después. Semejante doctrina sería sumamente peligrosa para los interesados, cuyos derechos estuvieran expuestos á perderse sin falta alguna imputable á los mismos, por negligencia del oficial público. Afortunadamente, la ley de Ventoso no tiene tan extremada trascendencia. Debe distinguirse la obligación de *conservar mi-*

minuta, es decir, de redactar una minuta destinada á quedarse en poder del notario, prescrita en efecto bajo pena de nulidad, por los artículos 20 y 68 combinados, y la obligación de no *desapoderarse de la minuta*, establecida por el art. 22, que no es más que una prescripción disciplinaria. Así, la sentencia del Tribunal de Bastia fué anulada el 6 de Diciembre de 1852.

La prescripción misma de la redacción por medio de minuta no se introdujo sino lentamente en la antigua jurisprudencia, y tan sólo para ciertas actas ó escrituras de más importancia. Bajo la ley de Ventoso (art. 20), llegó á ser regla la obligación de conservar minuta, exceptuándose únicamente (art. cit.) «los certificados de vida, poderes, 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 interpretación, tan peligrosa como errónea, ha sido proscrita con razón por un dictamen del Consejo de Estado de 7 de Abril de 1821 (1).

487. Una nulidad postrera, que sólo es parcial, afecta á las palabras enmendadas en la escritura ó interlineadas ó añadidas (Ibid., art. 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 (2) (Sent. den. 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 extensión no obliga á trasladarlas al fin de la escritura, deben inscribirse al margen con la firma ó rúbrica de los notarios y de los demás signatarios (Ibid., art. 15). También debe consignarse al margen ó al final del acta el número de borrados, salvándolos (Ibid., art. 16) según la antigua práctica, atestiguada en los siguientes términos por Mascardo (concl. 1261, número 16): *Si notarius erravit in scriptura, debet, ad evitandam suspicionem, in fine scripturae ac chirographi continuando 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 (art. 15). Respecto

(1) * Se hace generalmente dimanar del art. 2148 del Código civil la posibilidad de conferir la hipoteca de un modo valedero por medio de un acta ante notario entregada en extracto. *

(2) Pero el acta no fechada en debida forma tendrá, por lo menos, la fecha del día del registro (Sent. den. de 6 de Marzo de 1827).

de los borrados, desde luego la ley sobre el notariado no reproduce un reglamento mucho más riguroso que el de 1683 que declaraba la nulidad del acta á causa de contener raspaduras ó borrados. Si un 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 (1): *Si ratura non sit in loco substantiali et suspecto, non facit falsum instrumentum* (Mascardo, *Ibid.*, núm. 9). Más aún; los mismos borrados, salvo la multa que se impone al notario (el mismo art. 16), 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, que fuera accidentalmente detentador de la minuta, para destruir la prueba de los derechos más importantes. Sería, 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 (art. 13). 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 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. den. 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 (artículos 10

(1) M. Greenleaf consigna (tomo 1.º, pág. 697, nota 1.ª) la conformidad del derecho común inglés con la doctrina de Mascardo, que cualifica bastante inoportunamente de *roman civil law*.

y 11) que quiere que todas las actas se extiendan *en lengua materna francesa*, está aún en pleno vigor. Muchas decisiones del Gobierno francés, tanto antiguo como moderno, han mantenido imperiosamente esta regla, en perfecta armonía con nuestra propensión á la centralización y á la regularidad administrativa. La ley de 2 de Termidor, año II (art. 3.^o), 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 extendiera 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 1683 para la Flandes, y por una providencia del Consejo de 30 de Enero de 1685 para la Alsacia. Es verdad que la nulidad no se impuso formalmente, ni por la Ordenanza de 1539, ni por sentencia del 24 Praderal d 1 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 esta sanción. Pero, más recientemente otra sentencia de 4 de Agosto de 1859 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. 1030 del Código de procedimiento, sino de un principio esencial y de derecho público que afecta hasta cierto grado á la buena administración de justicia, y garantiza el uso de la lengua nacional» (2).

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

(2) * Desde la sentencia denegatoria de 4 de Agosto de 1859, el Tribunal de Casación ha tenido que resolver de nuevo sobre la cuestión de la redacción de las actas ó escrituras públicas en lengua extranjera. Por un fallo reciente de 22 de Enero de 1879 ha decidido, que el uso de la lengua francesa no estaba ordenado bajo pena de nulidad, y ha declarado la validez de un contrato de matrimonio redactado en Córcega en lengua italiana en una época (en 1827), y en una localidad donde esta lengua era la única entendida por las partes, por los testigos, y por el notario mismo. Las razones de derecho aducidas en la sentencia de 1879 dicen, en primer lugar, que ni la Ordenanza de 1539, como tampoco el decreto del 2 Termidor, año II, ni el fallo del 21 Praderal, año XI, no imponen nulidad á la infracción de la regla que prescriben. Por otra parte, el decreto del 2 Termidor, año II, no solamente no pronuncia la nulidad, sino que impone penas especiales contra los funcionarios ú oficiales públicos que hubieran contravenido sus disposiciones. Esto parece por cierto excluir la sanción más enérgica de la nulidad. Es verdad que la nulidad ha sido pronunciada por el edicto de 1683, por el fallo del Consejo de 30

El decreto del Gobierno de 24 Praderal, año XI, reproduciendo esta regla con respecto á los países reunidos, ha prescrito á los oficiales públicos, que pongan, á medio margen del original francés, la traducción en idioma del país, cuando fueren requeridos para ello por las partes: prescripción aún aplicable en el día, ya respecto de los extranjeros, ya de los puntos de la Francia donde no es el francés la lengua popular. Pero esta prescripción 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, según 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 convendría 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 puede imponérsele ninguna condición 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 sabedor (*sapítteur*) en un juicio pericial (V. núm. 114).

En cuanto á los testigos instrumentales, el Tribunal de Casación ha juzgado (Sent. den. de 14 de Julio de 1818), conforme con las numerosas sentencias de los tribunales de apelación, que corresponde al juez 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 obstante, es difícil que sea formal el ministerio de semejantes testigos, puesto que reciben todas sus noticias del funcionario mis-

de Enero de 1685 para Flandes, y por la declaración de 24 de Marzo de 1754 para el Rosellón. Pero éstos, según dice el Tribunal de Casación, son Reglamentos puramente locales que se quedan sin aplicación á Córcega.

En las observaciones presentadas por M. Almerás-Latour acerca del litigio con motivo del que ha sido dictado el fallo de 1879, el sabio relator distingue entre las actas judiciales y las actas notariales, y es así como descarta la autoridad del fallo de 4 de Agosto de 1859, dictado á propósito de un expediente de aplazamiento redactado en Córcega en lengua italiana. Esta distinción permite también no hallar contradicción entre el fallo de 1879 y el de 15 de Enero de 1875, resolviendo que el parte de un guardia rural debe ser, bajo pena de nulidad, redactado en lengua francesa.

La nueva ley italiana sobre el Notariado permite en ciertos casos á los notarios redactar sus actas en lengua extranjera. (Véanse los artículos 45 y 46 de la ley de 17 de Septiembre de 1875 sobre el Notariado, traducción y notas de M. Fernando Dreyfus, en el *Anuario de legislación extranjera*, 1886, págs. 571 y siguientes.) *

mo á quien tienen misión de vigilar. Por otra parte, exigir de un modo absoluto que los testigos sepan la lengua de que se sirven las partes, sería pedir frecuentemente lo imposible. Debe, pues, confesarse que la legislación deja algo que desear sobre este punto. Tal vez convendría distinguir, atendiendo á la población, y exigir, por ejemplo, que los testigos entiendan el italiano en Niza si el testador no sabe otro idioma que el italiano; mientras que, respecto de las otras partes de la Francia, en que, salvo algunas grandes ciudades, el conocimiento del italiano es poco común, se debería ser menos riguroso.

*. Por derecho español carece también de autenticidad el instrumento que autorizare un notario que no tuviere capacidad para ello, como si estuviera suspendido de sus funciones, mientras dure la suspensión, 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 suspensión, destitución de sus funciones ó excomuni6n, de suerte que los instrumentos que hubiere autorizado durante la causa formada contra él y antes de la notificaci6n de la sentencia serán v6lidos, como auténticos, aunque la sentencia estuviere ya pronunciada. Gregorio L6pez, en las glosas 6.^a y 7.^a, ley 16, tit. 19, Part. 3.^a Sin embargo, los instrumentos que dejan de ser auténticos por falta de capacidad serán v6lidos como instrumentos privados, seg6n expondremos en la adici6n inserta á continuaci6n del n6m. 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 espa6ol, del estado seglar, ni hubiere cumplido los 25 a6os que requiere la ley (V. el art. 10 de la ley del Notariado de 28 de Mayo de 1863, y Bonnier n6m. 471) no carecerán los instrumentos que autorice de la fuerza y autenticidad de los instrumentos p6blicos, sino que deberán considerarse como v6lidos 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 p6blico hecho por la autoridad á quien compete asegurarse de sus calidades, no deben ser v6ctimas de un error, nacido del error, enga6o ó culpa de la autoridad. Así se deduce de la ley 115, t6tulo 18, Part. 3.^a, que dice lo siguiente: «Aducan las partes muchas veces en juicio ante juez cartas p6blicas para probar sus intenciones; ó la parte contra quien usan de la carta, dice contra ella, que non debe ser creyda porque aquel que la fiz6 ó cuyo nombre está escripto en la carta, non es Escribano p6blico. 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 la fiz6, era escribano p6blico, ó que en el lugar do fué fecha estaba por escribano p6blico ó era fano entre los omes de aquel lugar que lo era é usaba de aquel menester*. E probando alguna destas razones, debe ser creyda la carta en juicio, mas si alguna dellas non pudiere probar, non debe valer nin ser creyda en juicio». Inférese, pues, de esta ley, que será v6lido dicho instrumento, cuando el error fuere com6n, y no lo será cuando pudieron informarse fácilmente las partes de la incapacidad del escribano, que es la doctrina que expone M. Bonnier en los n6meros 471 y 472.

Respecto de incompetencia del notario ó de los límites del territorio en que

no puede actuar (V. los artículos 3.º al 8.º de la ley del Notariado de 23 de Mayo de 1862 que marcan esta competencia), ocasiona también la nulidad, y por esto se expresa 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, razón en que se funda también M. Bonnier para sentar esta doctrina en el núm. 473.

La ley del notariado de 1862 consigna también las prohibiciones que indica M. Bonnier en el núm. 474; en el art. 23 previene que ningún notario podrá autorizar contratos que contengan disposición 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 disposición á favor del notario que los autorice. El art. 28 dispone también, que no producirán efecto las disposiciones á favor de parientes dentro del grado anteriormente prohibido del que autorizó el instrumento en que se hicieron.

Acercas de la concurrencia de dos escribanos al otorgamiento de los instrumentos públicos ó de dos testigos que sepan firmar, que requería 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, tit. 18, Part. 3.ª, 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 nombres en ella; o si por aventura tantos escribanos públicos non pudieren haber en el lugar, tomen por testigos tres omes buenos que escriban y (allí) sus nombres». En el día 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 disposición de la citada ley 54 de Partida, se deducía, que los testigos debían firmar el instrumento; sin embargo, disponiendo la ley 111 del mismo título que concurrirían dos testigos «que sean hi escritos de manos mesmas o de mano del escribano público que fizo la carta», no se consideraba necesaria la firma. Las nuevas disposiciones sobre el notariado han consagrado esta opinión, 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 art. 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 expresará 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, si no 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 más que obligaciones propias, puede también ser otorgante con la antefirma: *por mí y ante mí*, y en igual caso autorizar las obligaciones de sus parientes; art. 85 del reglamento.

Acercas de la prohibición indicada por M. Bonnier en el núm. 477, contiene una análoga el art. 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 este haya cuatro ó más de cuatro notarias servidas por notarios no parientes.

En cuanto á la capacidad de los testigos, la ley 9.ª, tit. 16, Partida 3.ª, exige que tengan catorce años cumplidos. Deben ser también varones, y según opinión 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 disposición tiene por ob-

jeto, según la interpretación más general, que se pueda averiguar el paradero de los testigos para tomarles declaración en caso de ocurrir alguna duda, y para saber si eran idóneos, según advierte Febrero, y se dispone, en cuanto á los testigos de conocimiento por la ley 2.^a, tít. 23, lib. 10 de la Nov. Recop.

Respecto de las prohibiciones para ser testigos que expone M. Bonnier en los números 482 y siguientes, la nueva ley del Notariado prescribe en su art. 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 art. 27, núm. 2.^o, 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 á los parientes, escribientes ó criados del mismo notario, debiendo entenderse los impedimentos que para ser testigos establecen los artículos 21 y 27 de la ley, como refiriéndose tan sólo á los escribientes ó amanuenses, estén ó no retribuidos, y á los criados, no á los pasantes y alumnos que concurran al estudio del notario, con tal que no estén retribuidos, según declara el art. 79 del reglamento de la ley.

Acerca de los requisitos que expone M. Bonnier en los números 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 día del otorgamiento; art. 24. Según el art. 17, deberá firmarse la escritura original por los otorgantes, por los testigos instrumentales ó de conocimiento en su caso, y también 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 expedirles los títulos. Véase también lo prescrito, sobre este punto de las firmas, por el art. 73 del reglamento para la ejecución de dicha ley, arriba expuesto.

Los notarios darán fe en los instrumentos públicos de que conocen á las partes ó de haberse asegurado de su conocimiento por el dicho de los testigos instrumentales, ó de otros dos que las conozcan, y que se llamarán, por tanto, testigos de conocimiento. También darán fe de la vecindad y profesión de los otorgantes. En los casos graves y extraordinarios en que no sea posible consignar por completo estas circunstancias, expresarán cuanto sobre ello les conste de propia ciencia y manifiesten los testigos instrumentales y de conocimiento; art. 23 de la ley. En los casos en que á un notario le sea imposible dar fe del conocimiento de los otorgantes, ni puedan éstos presentar testigos de conocimiento, lo expresará así, designando los documentos que le presentaren como prueba de su nombre, estado, vecindad y procedencia, refiriendo además el motivo del caso grave ó extraordinario á que se refiere el artículo de la ley; art. 78 del reglamento. La fe del conocimiento de la profesión y vecindad de los otorgantes que el notario ha de dar, con arreglo al párrafo 2.^o del art. 23 de la ley, bastará que sea con relación al dicho de los mismos otorgantes; art. 81 del reglamento. Serán nulos los instrumentos en que el notario no dé fe del conocimiento de los otorgantes, ó no supla esta diligencia en la forma establecida en el art. 23 de la ley, ó en que no aparezcan las firmas de las partes y testigos, cuando deban hacerlo, y la firma, rúbrica y signo del notario; art. 27 de la ley, párrafo 3.^o

Acerca de la necesidad que indica M. Bonnier en el núm. 486, de que se guarde por el escribano la escritura original que se otorgó ante él, según nuestras leyes de Partida y recopiladas, están obligados los notarios públicos á conservar en su poder la escritura original firmada por los otorgantes y el escribano, con las solemnidades que prescribe el derecho, la cual se llama *matris* porque es la fuente y origen de donde se sacan las copias, *protocolo* y *registro*, porque es la primera y principal, y porque queda en el libro llamado así, que cada año forma el notario para extender los documentos que ha de autorizar durante el mismo, y para que con ella puedan cotejarse en caso de duda las copias. (V. las leyes 8.^a y 9.^a, tít. 19, Part. 3.^a, y 1.^o, tít. 23, libro 10, Nov. Recop.). De esta escritura ma-

triz, protocolo ó registro, están obligados los notarios á entregar á los interesados copia literal y solemne sacada por los mismos, la cual se llama *primordial* y también original, aunque impropriamente, porque en rigor original es sólo la escritura matriz. También deben dar, cuando sea necesario, *segunda ó más copias* sacadas del protocolo, y asimismo *traslados ó testimonios*, sacados, no del registro ó protocolo, sino de la primera ó segunda copia del instrumento, los que pueden darse en relación, ó literalmente. Pueden, sin embargo, darse testimonios de los mismos protocolos en referencia ó extracto, cuando así lo pretendan los otorgantes, como sucede comunmente con los poderes para litigar y otros instrumentos de poca importancia. Entre nosotros se llama *minutario* el cuadernillo de papel común en que el escribano ó notario pone las minutas ó borradores de las escrituras que se otorgan ante él, firmando las partes, ó á su ruego uno de los testigos y el notario. Llámase *minutario* porque en él se ponen las cosas sin la explicación con que se extienden después en el protocolo. Como esta minuta se extiende en presencia de los interesados en los términos que éstos quieren, ha aparecido natural, según dice el Sr. Escribano en su *Diccionario*, que se le diera fe, y á veces más que el protocolo, en caso de discordancia entre los dos; mas, sin embargo, el *minutario* ha sido poco atendido y respetado por las enmiendas y correcciones en él contenidas sin salvarse, y no se le ha considerado como auténtico.

Según la nueva ley del Notariado de 20 de Junio de 1862, el notario redactará escrituras matrices, expedirá copias y formará protocolos.

Es escritura matriz la original que el notario ha de redactar sobre el contrato sometido á su autorización, firmada por los otorgantes, por los testigos instrumentales ó de conocimiento en su caso, y firmada y signada por el mismo notario. Es primera copia el traslado de la escritura matriz que tiene derecho á obtener por primera vez cada uno de los otorgantes. Se entiende por protocolo la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año, y se formará en uno ó más tomos encuadernados y foliados, en letra y con los demás requisitos que se determinen en las instrucciones del caso: art. 17.

Ne podrán expedirse segundas ó posteriores copias de la escritura matriz, sino en virtud de mandato judicial y con citación de los interesados ó del promotor fiscal, cuando se ignoren éstos ó estén ausentes del pueblo en que esté la notaria. Será innecesaria dicha citación en los actos unilaterales, y aun en los demás cuando pidan la copia todos los interesados: art. 18.

Sólo el notario, á cuyo cargo esté legalmente el protocolo, podrá dar copias de él: art. 31.

Ni la escritura matriz ni el libro del protocolo podrán ser extraídos del edificio en que se custodien, ni aun por decreto judicial ú orden superior, salvo para su traslación al archivo correspondiente y en los casos de fuerza mayor. Podrá, sin embargo, ser desglosada del protocolo la escritura matriz contra la cual aparezcan indicios ó méritos bastantes para considerarla cuerpo de un delito, precediendo al efecto providencia del juzgado que conozca de él y dejando en todo caso testimonio literal de aquélla con intervención del Ministerio fiscal. Los notarios no permitirán tampoco sacar de su archivo ningún documento que se halle bajo su custodia, por razón de su oficio, ni dejarán de examinarlo en todo ni en parte, como ni tampoco el protocolo, no precediendo decreto judicial sino á las partes interesadas con derecho adquirido y sus herederos ó causahabientes. En los casos, sin embargo, determinados por las leyes y en virtud de mandamiento judicial, pondrán de manifiesto en sus archivos el protocolo ó protocolos, á fin de extender en su virtud las diligencias que se hallen acordadas: art. 32 de la ley (véanse también el art. 33 y los 34 y 35 sobre los libros ó protocolos reservados que deberán llevar los notarios sobre disposiciones testamentarias y sobre las escrituras matrices de reconocimiento de hijos naturales, cuando no quieran los interesados que consten en el registro general).

La nueva ley sobre el Notariado declara en su art. 26, relativamente á lo contenido en los números 487 y 488, de la obra de M. Bonnier, que serán nulas las

adiciones, apostillas, entrerrenglonaduras, raspaduras y testados en las escrituras matrices, siempre que no se salven al fin de éstas con aprobación expresa de las partes y firmas de los que deban suscribir el instrumento. Y en el art. 25 dispone, que los instrumentos públicos se redactarán en lengua castellana, y se escribirán con letra clara, sin abreviaturas y sin blancos; tampoco podrán usarse en ellos guarismos en la expresión de fechas ó cantidades. En el art. 71 del Reglamento para la ejecución de esta ley se previene que las escrituras matrices se redactarán con arreglo al art. 25 de la ley, usando de estilo claro, puro, preciso, sin frases ó término alguno oscuro ni susceptible de ambigüedad. Cuando se hubiere de insertar documento, párrafo, frase ó palabra de otro idioma ó dialecto, se extenderá inmediatamente su traducción, ó se explicará lo que el otorgante ú otorgantes entienden por la frase, palabra ó nombre exótico. En el caso del párrafo 3.º del art. 25 de la ley, los notarios explicarán en su dialecto particular á los otorgantes y testigos la escritura extendida en castellano, si hubiere alguno que no entendiere este idioma. Las abreviaturas y blancos de que trata el art. 25 de la ley no se refieren á las iniciales, abreviaturas ó frases reconocidas comunmente para tratamientos, títulos de honor, expresiones de cortesía, de respeto ó de buena memoria, ni se reputarán blancos los espacios que resultasen al fin de una línea, cuando la siguiente empiece formando cláusula; pero en este último caso, deberá cubrirse el blanco con una raya, de la misma tinta que se use para extender el documento.

Lo dispuesto en los artículos precedentes (hasta el 28 inclusive de la ley) relativamente á la forma de los instrumentos, al número y cualidades de los testigos, y á la capacidad de adquirir lo dejado ó mandado por el testador, no es aplicable á los testamentos y demás disposiciones *mortis causa*, en las cuales regirá la ley ó leyes especiales del caso: art. 29 de la ley.—(N. del T.)

* En la actualidad continúa vigente la ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862, pero al Reglamento de la misma fecha ha sustituido el vigente de 9 de Noviembre de 1874. He aquí, en extracto, las correspondencias de éste con los artículos del anterior, 73, 75, 79, 71 y 84, citados en la precedente adición:

«Art. 64. Para la firma de las escrituras matrices se observará lo dispuesto en los artículos 17 y 20 de la ley; pero si los otorgantes ó alguno de ellos no supiere ó no pudiere firmar, lo expresará así el notario, y firmará por el que no lo haga un testigo, sin necesidad de que escriba en la antefirma que lo hace por sí como testigo y por el otorgante ú otorgantes, porque el notario cuidará de expresar estos conceptos en el mismo instrumento.

»Art. 66. Por regla general, todos los testigos deberán firmar; si alguno de los instrumentales no supiere ó no pudiere, firmará el otro por sí y en nombre de aquél; si ninguno de estos testigos supiere ó pudiere firmar, bastará la firma de los otorgantes y la autorización del notario, expresando éste que los testigos no firman por no poder ó no saber. Cuando concurren testigos de conocimiento, uno cuando menos deberá saber firmar y lo hará por sí y por el que no sepa.

»Art. 70. Para los efectos de los artículos 21 y 27 de la ley, se entiende por escribiente ó amanuense, dependiente ó criado, por analogía con lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento civil, el que presta sus servicios mediante un salario ó retribución y vive en la casa del notario.

»Art. 62. Están fuera de la prescripción del art. 71 del antiguo Reglamento, extractado en la adición del traductor, las palabras latinas *ad bona*, *ad litem* ó *ad lites*, *à priori*, *à posteriori*, *intervivos* y otras, que así en el foro, como en el lenguaje común, son usuales y de conocida significación.

»También podrán los notarios testimoniar por exhibición documentos en latín ó en cualquiera otra lengua; pero en este caso se entenderá que la fe se refiere solamente á la exactitud de la copia material de las palabras

y no acerca de su contenido. Explicarán á los otorgantes y testigos en su dialecto particular la escritura extendida en castellano, si hubiere alguno que no entendiere este idioma. Cuando contraten extranjeros que no sepan el castellano, otorgarán la escritura con asistencia de intérprete, á menos que el notario conozca su idioma, haciéndolo constar en ambos casos en el documento.

»Art. 74. La fe del conocimiento, de la profesión, edad, estado y vecindad de los otorgantes se entiende siempre dada con relación á lo que resulta de la cédula personal de los interesados.»

Los artículos 72, 75, 81 y 69 del nuevo Reglamento copian ó reproducen sustancialmente las disposiciones de sus correlativos del anterior, señalados con los números 81, 85, 50 y 78.

Como advierte el art. 29 de la ley, los preceptos de ésta, relativos á la forma de los instrumentos y al número y cualidades de los testigos, no es aplicable á los testamentos y demás disposiciones *mortis causa*. A este propósito expresa el art. 65 del Reglamento, que se entiende por instrumento público *inter vivos* todo el que se otorgue sin consideración ni relación á la muerte del otorgante. Véase la instrucción de 9 de Noviembre de 1874, sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro. —(N. de la R.)

§ II.—Efecto de la falta de condiciones esenciales para la validez de las actas ó escrituras autorizadas por notario.

SUMARIO: 489. Origen de la doctrina que atribuye á las escrituras notariales nulas el valor subsidiario de escrituras privadas.—490. Necesidad de que las firmen las partes.—491. ¿La escritura debe reunir las condiciones exigidas por los artículos 1325 y 1326?—492. Casos en que la escritura no tiene siquiera apariencia de autenticidad.—493. Casos en que el notario tiene un interés personal.—494. Resumen.

489. La falta de alguna de las condiciones necesarias para que haya autenticidad basta para quitar todo efecto á la escritura, cuando el contrato, á causa de su naturaleza especial, como, por ejemplo, una donación ó un contrato de matrimonio, debia estar revestido de formas auténticas bajo pena de nulidad, según lo ha decidido el tribunal de Bourges el 27 de Marzo de 1859, relativamente á un contrato de matrimonio al cual faltaba la firma del notario segundo (1). Pero cuando la autenticidad no se requiere, como sucede de ordinario, sino por vía de prueba, el efecto de la nulidad no es ya absoluto necesariamente. Entonces debe verse si la voluntad de las partes ha sido subordinar su consentimiento á la existencia de una escritura autorizada por notario, ó bien si han entendido tratar á todo evento. En el primer caso, es como si nada

(1) El Tribunal hace notar que, según un abuso no previsto por la ley y que no carece de ejemplo en la práctica, el segundo notario hubiera podido en rigor firmar después de extendida el acta; por desgracia, desde 1834, fecha del contrato, habia dejado de ejercer sus funciones.

se hubiera hecho. En el segundo, por el contrario, no solamente existe la convención y puede probarse por todos los medios legales, independientemente de la escritura, sino que puede invocarse la escritura misma, si se encuentra en ella el elemento esencial para que pueda valer al menos como escritura privada, á saber, la firma de las partes. «La escritura que no es auténtica, dice el artículo 1318 del Código civil, que no hace más que reproducir el artículo 68 de la ley de Ventoso, por la incompetencia ó la incapacidad del oficial, ó por falta de formalidad, vale como escritura privada, si se firmó por las partes.» Ya hemos explicado más arriba (núm. 471) que no es necesario entender aquí por *incapacidad* la que se refiera á un vicio que no hubieran podido sospechar las partes, y que en este caso debe la escritura conservar toda su fuerza.

Esta doctrina tan racional, que no quiere que la falta de ciertas formalidades pueda invalidar la convención, cuando las partes no han considerado estas formas sino como una precaución complementaria, es muy antigua en jurisprudencia. Los jurisconsultos romanos habían ya resuelto por la afirmativa (l. 8.º D. *De acceptil.*) la cuestión de saber *an inutilis acceptilatio utile habeat pactum*, pero siempre suponiendo que había en esto acuerdo de voluntades para pagar la deuda á todo evento. En el siglo XVI se aplicaba ya esta doctrina á las actas ó escrituras autorizadas por notario afectadas de alguna nulidad, como nos lo refiere Boiceau (*Prueba por testigos*, lib. 2.º, cap. 4.º). *Numquid ex tali scripto*, dice, *tanquam ex chirografo privatorum, creditor, uti poterit, in debitorem, hoc modo: Peto á Titio, ut signum suum agnoscat, tali instrumento appositum, quo fassus est, se mihi debere centum, eique hoc nomine subscripsit, ut agnitione facta solvere compellatur? Puto quod hæc actio inepta non esset, non quidem virtute et auctoritate notariorum sed virtute solius subscriptionis factæ per debitorem quam denegare viro probo indignum erit.*

Y esta teoría había sido formulada de esta suerte por Dumoulin (1.ª leg., § 2.º, D. *De verb. oblig.*, núm. 34): *Si actus non valeat ut agitur, valeat ut valere potest, concurrente voluntate.*

490. Para que el acta pueda tener de esta suerte subsidiariamente el valor de un escrito privado, es preciso que se firme por las partes, y aun según el art. 68 de la ley de Ventoso, *por todas las partes contratantes*. No quiere decir esto que el acta que consigna un contrato unilateral, tal como un préstamo, debe haberse firmado por el acreedor, así como por el deudor. Se trata aquí, según dice Boiceau, de la *subscriptio facta per debitorem*. Si la ley sobre el notariado habla de todas las partes, es porque tiene á la

vista los contratos sinalagmáticos, para cuya prueba conviene que haya firmado cada una de las partes, puesto que los compromisos de ambas son causa uno de otro. Más duda se ofrece en el caso en que obligándose solidariamente muchas personas por una misma acta, haya firmado tan sólo una de ellas. Graves autores creen que el acreedor puede apoderarse de esta firma aislada, sosteniendo que la aceción de los codeudores solidarios no se exigía sino en beneficio suyo, beneficio al cual puede renunciar. Pero la posición del codeudor que se encuentra comprometido él sólo, y privado del recurso con que debía contar respecto de los codeudores que han desaparecido, ¿no se agrava singularmente? Debe, pues, decidirse con una sentencia denegatoria de 26 de Julio de 1832, que, salvo la prueba en contrario que resulta de las circunstancias, y especialmente de la de que los codeudores, cuyas firmas faltan, no serían más que cauciones, la falta de firma de parte de uno de los codeudores desnaturaliza enteramente la convención, y por consiguiente hace nula el acta ó escritura.

491. Antes que la jurisprudencia del último siglo hubiera introducido la teoría de los duplicados y la necesidad del *visto bueno* ó *aprobado* para la prueba de ciertos compromisos ú obligaciones, decidir que el acta ó escritura auténtica firmada por las partes valía como escritura privada, era sencillamente decir que, salvo el caso en que las partes no hubieran tenido intención de tratar sino en forma auténtica, quedaba siempre un acta que tenía las condiciones requeridas para valer como escrito privado: *Ex tali scripto, tanquam ex chirographo privato*, dice Boiceau (loc. cit.), *creditor uti poterit in debitorem*. Pero desde que se han exigido condiciones especiales, según veremos (*Cód. civ.*, arts. 1325 y 1326), para la prueba de los contratos sinalagmáticos y de ciertos contratos unilaterales, pregúntase si es preciso que estas condiciones especiales se encuentren en el acta que carece de autenticidad.

Exigir siempre la observancia de estas condiciones, sería quitar con una mano lo que se concede con la otra; porque es evidente que las partes que se han dirigido á un notario para consignar sus convenciones, no han podido sujetarse á formas que no se requieren en las actas públicas. No hay dificultad grave en lo relativo al *visto bueno* ó *aprobado*; la presencia de un oficial público, á pesar de la regularidad del acta, es una garantía suficiente contra las sorpresas, en vista de las cuales se ha introducido esta formalidad. En cuanto á la redacción por duplicado, Tronchet dijo en el Consejo de Estado (sesión de 2 de Frimario, año XIII): «Cuando el acta ó

escritura se halla detenida en un depósito público, no hay razón para exigir que esté duplicada, puesto que ya no se halla á disposición de una sola de las partes.» Adhiriéndose á esta idea, que es muy justa, se llegaría á decidir que el acta auténtica irregular, si consigna convenciones sinalagmáticas, no está dispensada de la redacción por duplicado, sino en cuanto ha quedado en minuta. Pero la ley sobre el Notariado, á la cual se hizo referencia en la discusión en el Consejo de Estado (1), menciona precisamente (artículos 20 y 68) los casos en que se hubiera expedido á manera de privilegio un acta que hubiera debido redactarse en minuta, entre aquellos en que el acta revestida de la firma de las partes vale como escritura privada. Y puesto que en las demás hipótesis, el acta se halla dispensada de la observancia de las formalidades particulares á las actas ó escrituras privadas, creemos en definitiva que no es permitido introducir en el texto una distinción en que no pensó el legislador.

492. Mas para decidir de esta suerte, debe suponerse que el acta se halla revestida, por lo menos, con las apariencias de autenticidad. Pues bien: la incapacidad del oficial puede ser tal, que las partes no puedan ignorarla sin incurrir en un error craso, como si, por ejemplo, encargaran á un hombre extraño al notariado, á un escribano de actuaciones, que extendiera una escritura pública. No hay duda que el acta otorgada por ante este escribano de actuaciones puede valer como escrito privado, en el sentido de que me hallaría autorizado para prevalerme de ella, si el que trató conmigo tuvo intención de obligarse independientemente de las formalidades de las escrituras públicas ó autorizadas por notario. Pero como el oficial á quien se han dirigido los contratantes, no ofrece las garantías que podían dispensar de la observancia de las reglas sobre las escrituras privadas, será preciso volver á estas reglas y exigir que se extienda el escrito por duplicado, cuando lo exija la ley, así como también deberá comprobarse la firma de los contratantes. Debería decirse lo mismo en el caso de faltar la firma del notario. No hay nada que se asimile á la autenticidad, á falta de esta formalidad esencial, que es la única que prueba la presencia del oficial público y que le hace responsable. Así, pues, según ha juzgado el tribunal de Reims, el 13 de Junio de 1855, la excepción que hace la ley de Ventoso y el Código á los principios generales, no

(1) M. Regnaud de Saint Jean d'Angely dice (sesión citada): «que la cuestión se halla decidida por el art. 68 de la ley de 25 de Ventoso, año XI, sobre el notariado.»

puede proteger el acta, cuando no se ha firmado por notario, que hubiera podido, sin duda, ser incompetente ó incapaz para autorizarla, pero cuya firma no dejaría de presentar la garantía de un hombre público, confidente de las partes y testigo de sus compromisos respectivos.

La cuestión es mucho más delicada, si se supone, lo que ha ocurrido más de una vez en la práctica, que el acta ha sido recibida por el pasante del notario, firmada por el mismo notario y puesta después entre sus minutas. El Tribunal de Casación había desde luego juzgado (Den. 16 de Abril de 1845) que las partes se habían dirigido á un individuo sin carácter legal, y no era posible atribuir al acta otros efectos que el de un acta privada. Mas esta decisión, perfectamente exacta cuando el acta no ha sido firmada por el notario, nos parece contraria á la utilidad práctica, cuando el notario se ha apropiado el acta al firmarla y colocarla entre sus minutas. Entonces, si no tiene autenticidad, hay al menos la conservación del acta en un depósito público, que permite á cada una de las partes de usar y de recurrir al mismo según sus intereses. La teoría de los duplicados cesa desde entonces de recibir su aplicación, así como lo ha decidido en definitiva el tribunal regulador, por un fallo de casación de 24 de Noviembre de 1869 (1).

493. Finalmente, ¿no debe considerarse como radicalmente nula, al menos en lo concerniente al oficial público, el acta ó escritura en que éste tiene un interés personal, y que, en su consecuencia, ésta afecta de nulidad (núm. 474) según la interpretación generalmente admitida por el art. 8.º de la ley sobre el Notariado? Háse declarado la negativa por sentencia de la Audiencia de Orleans, de 10 de Febrero de 1851, que creyó deber aplicar á esta hipótesis, como á cualquier otra, las disposiciones de los artículos 8.º y 68 combinados, y validar en su consecuencia, como acta ó escritura privada, la que estuviera revestida con las firmas de todas las partes, salvo tener en consideración el interés personal del notario, si llega á impugnarse el acta por causa de dolo ó de fraude. Pero el Tribunal de Casación ha consagrado la doctrina contraria por dos sentencias de casación, ambas del 15 de Junio de 1853, fundándose en esta grave consideración, que si «el acta pública, nula por la incompetencia ó la incapacidad del oficial público, vale como es-

(1) Véase, sin embargo, la notable disertación que en sentido opuesto ha escrito M. Vangois, profesor en la Facultad de Derecho de Nancy: *Du sort des actes sous seing privé non conformes aux prescriptions du Code*. Nancy, 1873.

critura privada, si está firmada por las partes contratantes, estas disposiciones, establecidas en favor de las partes que no deben ser víctimas de la falta del notario, no pueden invocarse sino por ellas y nunca por el notario, cuya ley, violada por él, no ha podido querer amparar los intereses creados por el acta misma en que ha tenido lugar esta violación.» Es, pues, necesario reconocer que el acta autorizada por notario que consigna una convención en la cual tiene interés el oficial público, es sospechosa de fraude, y en su consecuencia, no puede valer ni aun como escritura privada (1). * (Cpr. Cas. den. 20 de Enero de 1874.) *

494. Pueden distinguirse cuatro hipótesis muy diferentes:

1.^a La escritura es autorizada por un oficial capaz y competente y se halla revestida con todas las formalidades intrínsecas que requiere la ley; en cuyo caso hace plena fe ó merece entero crédito.

2.^a Se halla firmada por las partes, pero ha sido autorizada por un notario destituido ó incompetente, ó bien carece de una formalidad importante, pero no constitutiva de la autenticidad, tal como la inserción de los nombres de los testigos; y entonces necesita comprobarse, pero como tiene la apariencia de la autenticidad, se halla dispensada de las reglas especiales á los escritos privados, y especialmente de las garantías del duplicado.

3.^a Háse firmado el acta por las partes, pero ha sido autorizada por un oficial radicalmente incompetente, ó bien carece de la firma del notario; y entonces, no teniendo ni aun la apariencia de autenticidad, no puede valer sino como escrito puramente privado, sometido á todas las reglas aplicables á esta clase de escritos.

4.^a El acta viciosa no está ni aun firmada por las partes; y entonces no puede valer evidentemente ni como acta ó escritura pública, ni como acta privada, salvo acreditar, si es posible, por otras vías la existencia de la convención. Lo mismo debe decidirse, al menos respecto del oficial, cuando se trata de un acta en que éste tiene interés personal.

. Respecto de la cuestión que examina aquí M. Bonnier, sobre si el documento ó escritura que no tiene validez como instrumento público puede valer como escritura privada, es adaptable al espíritu y aun á la letra de nuestras le-

(1) Según una de las sentencias dadas el 25 de Junio de 1853 por la Sala civil, el acta seria de tal suerte nula que no podría ni aun servir de principio de prueba por escrito. Pero nos parece que esta es una exageración, puesto que el legislador de Ventoso no anula la convención entre el notario y su cliente, y los términos del acta pueden ser de naturaleza propia para hacerla verosímil.

yes patrias, la doctrina que sienta en general por la afirmativa, y asimismo las excepciones que indica. La ley 7.^a, tit. 23, libro 10 de la Novísima Recopilación, después de establecer que no hagan fe ni prueba completa las escrituras hechas por escribanos, que no sean numerarios, permite, sin embargo, que su contenido se pueda justificar por otra clase de prueba, aunque bien permitimos que se puedan probar por otro género de probanza. Y como entre los medios de probanza, debe comprenderse la misma escritura del escribano, considerada como instrumento privado, deducen nuestros intérpretes que los instrumentos que dejan de ser auténticos, especialmente por razón de la incompetencia ó incapacidad del escribano, pueden valer como instrumentos privados, si se hallan firmados por los otorgantes y los actos ó negocios que en ellos se tratan no exigen precisamente autorización de escribano público; porque siendo indiferente en los documentos de esta especie la persona que los escribe, cuando llevan la firma de las partes, importa poco en este caso que el escribano que los extiende se halle privado de su carácter de funcionario.

En cuanto á la doctrina que sienta M. Bonnier en el núm. 493, sobre que no deba ser válida como escritura privada la que es nula como pública, cuando ésta contiene alguna disposición á favor del escribano (V. el art. 27, núm. 1.^o de la ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862), es también adaptable á nuestro derecho, puesto que milita respecto de la escritura privada la razón que tiene la ley para declarar nula en este caso la escritura pública, á saber, como se deducía de la ley 9.^a, tit. 19, Part. 3.^a, que «siendo los escribanos como testigos públicos en los pleitos, en las posturas que los omes facen entre sí», no deben ni pueden asistir con este carácter á los actos ó negocios en que puedan tener interés; y además la de que podrían con su influencia en la redacción y autorización de la escritura influir en el ánimo de las partes y coartar su libertad V. Escriche *Diccionario*.—(N. del T.)

* * A propósito de la nulidad de un testamento por haberse otorgado ante un escribano numerario fuera de su demarcación, tiene declarado el Tribunal Supremo que, aunque la ley 7.^a, tit. 23, libro 10 de la Novísima Recopilación, al mismo tiempo que dispone que los contratos entre partes y las obligaciones y testamentos se otorguen sólo ante los escribanos públicos del número, y que si le otorgaren ante otros no hagan fe ni prueba las tales escrituras, permite no obstante se puedan probar *por otro género de probanzas*, es indudable que esta prueba, además de ser distinta é independiente de la que hubiera ofrecido la escritura en el caso de que fuese válida y eficaz, debe ser asimismo la que por derecho se requiere para cada uno de los actos que sean objeto de ella, y dirigirse á justificar, no sólo la existencia del acto, sino también que se han observado en su celebración todos los requisitos y solemnidades que para su validez prescriben las leyes (sentencia de 31 de Octubre de 1863).—(N. de la R.)

§ III.—Formalidades extrínsecas de las actas ó escrituras otorgadas ante notario.

SUMARIO: 495. Formalidades necesarias para la ejecución.—496. Firma del notario en toda copia.—497. Formas especiales para las copias ejecutivas.—498. Origen de la *ejecución aparejada*.—499. Sello, su importancia en otro tiempo.—500. Fórmula ejecutoria. Variaciones de la legislación sobre este punto.—La observancia de los decretos de 1852 y de 1870 ¿está prescrita bajo pena de nulidad?—501. Legislación.—502. Registro.

495. Las formalidades de que nos resta que hablar tienen mucha menos importancia, puesto que no se refieren á la fuerza ó fe del acta

en sí misma, sino solamente á su fuerza externa. Las formalidades intrínsecas bastan, en efecto, para la validez de la minuta, que es el original al que se debe recurrir en caso de controversia. Solamente cuando se quiera proceder á ejecutar, es necesario hacerse librar una copia revestida con ciertas formalidades adicionales, quedando la minuta en poder del escribano. Esta regla es común, por otra parte, á las sentencias, las cuales no se ejecutan por el original, sino en virtud de una copia literal librada por el escribano. El texto del Código de procedimientos (art. 811) no exceptúa de esta regla sino las ordenanzas de información, cuya ejecución por la minuta puede autorizar el juez en caso de absoluta necesidad. Muchas decisiones de la jurisprudencia (Den. de 1.º de Enero de 1814; Nimes, 1.º de Abril de 1838) autorizan á las jurisdicciones ordinarias á proceder de esta suerte, en caso de urgencia manifiesta, y debe confesarse que la negativa á acelerar de esta suerte la acción de la justicia, cuando la necesidad lo requiere, sería sacrificar el fondo á la forma. Pero esta decisión no debe extenderse á las actas autorizadas por notario cuya ejecución es por su naturaleza difícil que exija celeridad. No se ejecutan estas actas sino en virtud de la copia (*la grosse*), llamada así en oposición á la *minuta* ú original, porque se escribe en caracteres gruesos (1).

496. Una formalidad esencial á toda copia, hállese ó no destinada á ejecutarse, es la firma del notario, sin la cual no habría nada que acreditase que el escrito emana del depositario legal del original.

497. Veamos cuáles son las formas que se exigen especialmente para las copias ejecutivas.

498. Las escrituras que traen *aparejada ejecución*, expresiones que provienen, según Loyseau, de las que emplea el Digesto (ley 40, pr., D. *De minorib.*): *Pacta ex causa judicati persecutio*, que se han convertido por corrupción en las de *persecutio* ó *executio parata*, no se referian en un principio más que á las sentencias. Siendo primitivamente los escribanos, según ya hemos visto, delegados de la autoridad judicial, se imaginó hacerse condenar anticipadamente por ellos, confesando la deuda, lo cual daba al acta voluntaria la autoridad de una sentencia. Al suprimir la Ordenanza de 1539 (art. 65) estos rodeos inútiles, dispuso que las letras

(1) Primitivamente los escribanos estaban obligados á extender sus actas de letra gruesa; sólo por letras patentes de 1.º de Septiembre de 1531 fueron autorizados para valerse de escribientes.

obligatorias autorizadas con el sello real se ejecutasen en todos los bienes muebles é inmuebles de los obligados (V. Loyseau, *De la garantía de las rentas*, cap. 12). Sin embargo, aun cuando las escrituras autorizadas por notario dejaron de tener un carácter judicial, se dejó subsistir el título primitivo, que llegó á ser común á las sentencias y á las escrituras. Además, la Ordenanza de 1539 no se ejecutaba en toda Francia. Había distritos en que sólo podían ejecutarse las escrituras hechas ante notario, en virtud de las letras de Cancillería ó de delegaciones del juez, expedidas por la escribanía del Tribunal. Solamente la ley de 6 de Octubre de 1791 (libro 2.º, secc. 2.ª, artículos 13 y 15) fué la que hizo ejecutivas en toda la extensión del territorio nacional las escrituras revestidas con la misma fórmula que las sentencias y las leyes (1).

499. Según la Ordenanza de 1539, el sello que en un principio era la mas importante de las solemnidades intrínsecas, puesto que reemplazaba, según hemos visto (núm. 485), la firma del escribano, había llegado á ser una formalidad puramente extrínseca, pero necesaria para la ejecución. En lo sucesivo, no se consideró ya la necesidad del sello sino como una exigencia puramente fiscal, limitándose todo al pago de ciertos derechos. «No se usa ya en el día, dice Porthier (*Tratado del procedimiento civil*, part. 4.ª, capítulo 2.º, secc. 2.ª, art. 1.º, § 4.º), poner ningún sello á las sentencias ó actas autorizadas por notario, bastando para poder ejecutar, en virtud de estas actas, que se haya pagado el derecho del sello, y que se haya hecho mención de él en la expedición ó copia del acta en virtud de la cual se procede á la ejecución.» Los derechos del sello se han abolido por la ley de 19 de Diciembre de 1790. El sello de que habla la ley de Ventoso (art. 27) no es actualmente más que un signo de reconocimiento ó examen, útil en verdad para dificultar más la falsificación (2), pero cuya falta no puede poner obstáculo á la ejecución de un acta ó escritura no sospechosa. Por eso, la Audiencia de Lyon ha declarado válido el 7 Mayo de 1825 una detención efectuada en vista de la expedición ó copia de una sentencia que no estaba revestida del sello del tribunal. Solamente, respecto de las actas del gobierno, tiene impor-

(1) La ley de *hessoisie* de 31 de Diciembre de 1829, y el nuevo Código del país de Vaud (art. 450) permiten que se hagan ejecutorias las actas privadas.

(2) Ofrece importancia, sobre todo en las relaciones internacionales, donde la comprobación del sello de un tribunal ó de un notario extranjero, acredita *prima facie* la sinceridad del acta (M. Greenleaf, tomo I, pág. 7.ª).

tancia el sello como marca de la autoridad pública (1), y por eso se castiga la falsificación del sello del Estado con trabajos forzados perpetuos (*Cód. pen.*, art. 139).

500. Por el contrario, el encabezamiento que lleva el nombre del soberano con que principia el acta, y el mandamiento á los oficiales de justicia que la termina, se exigen bajo pena de nulidad de la ejecución, por el Código de procedimiento civil. «Ninguna sentencia ni acta, dice el art. 545 de este Código, podrán ponerse en ejecución, si no llevan el mismo encabezamiento que las leyes, y no se terminan con su mandamiento á los oficiales de justicia.» La ley de 16 de Octubre de 1791 (tít. 1.º, secc. 2.ª, art. 14) había establecido una fórmula ejecutoria, enteramente análoga á la que está en vigor en el día. Pero esta fórmula no sobrevivió á la abolición de la monarquía, pronunciada por la ley de 22 de Septiembre de 1793, y en el intervalo que transcurrió entre esta ley y la de 25 de Ventoso, año XI, que prescribió de nuevo el uso de la fórmula ejecutiva (art. 25), pudo procederse válidamente á la ejecución (Cas. 25 de Mayo de 1807 y 8 de Agosto de 1808) á falta del encabezamiento y del mandamiento. En el día, esta fórmula es, por decirlo así, el sello de la autoridad pública, y la falta de toda fórmula ejecutiva sería un obstáculo para la fuerza extrínseca del acta. Según los términos del decreto de 16 de Septiembre de 1870, la forma que se requiere actualmente principia con esta cabeza: «La República francesa, en nombre del pueblo francés», y concluye así: «en su consecuencia, la República manda y ordena, etc.»

La fórmula ejecutiva se ha modificado necesariamente, cada vez que se ha cambiado la forma de gobierno. Pero, ¿era preciso rectificar, después de hechas, las copias libradas bajo otro régimen, para introducir en ellas otro encabezamiento en armonía con el nuevo régimen? Una Ordenanza de 30 de Agosto de 1815, contraria á un dictamen del Consejo de Estado de 2 de Frimario, año XIII, á la cual se ha conformado la práctica anterior, prescribió la rectificación de las copias libradas en nombre de autoridades que se consideraban entonces como usurpadoras, y no permitió su ejecución sino en cuanto se restableciera el encabezamiento en nombre del soberano actual. Cuando la revolución de Julio, aunque se estable-

(1) Aun se debe reconocer que el sello del Estado no se pone para todas las actas de la autoridad, que por otra parte sería difícil imitar aun cuando se falsificase el sello. La severidad del Código penal, es una tradición de la antigua jurisprudencia que castigaba semejante delito con la pena de muerte, como si fuera de *lesa majestad en segundo grado*.

ció por Ordenanza de 16 de Agosto de 1830 una nueva fórmula ejecutiva, se volvió por una circular del guardasellos de 20 de Diciembre de 1830 á la primera práctica, mucho más equitativa, que respetaba el carácter de los hechos consumados, dejando subsistir la fórmula ejecutiva con que se hallaban revestidas las copias que se libraban anteriormente. Pero los gobiernos posteriores, aunque fundándose en el principio de la voluntad nacional, y no en el de la legitimidad, no se han mostrado menos exclusivos que el de la restauración. Una resolución de 13 de Marzo de 1848, reproducida por el decreto de 2 de Diciembre de 1852 (artículos 3.º y 4.º), y por el de 6 de Septiembre de 1870, prescribe á los portadores de copias y minutas libradas antes del nuevo régimen, que las presenten, antes de hacerlas poner en ejecución, á los escribanos y notarios, los cuales, añaden, sin gastos, la fórmula nueva á la de que se hallaba revestida el acta anteriormente (1). Debe notarse, sin embargo, que á diferencia de la Ordenanza de 1815, el acuerdo de 1848, y en el día los decretos de 1852 y de 1870, no declaran dictar estas disposiciones bajo pena de nulidad. ¿Debe suplirse esta nulidad? La Audiencia de París ha juzgado una vez afirmativamente, el 20 de Enero de 1849, fundándose en que la fórmula ejecutiva da solamente potestad legal a los oficiales ministeriales. Pero es fácil responder que el uso de tal ó cual fórmula no equivale en manera alguna á la falta de toda fórmula. Creemos, pues, que el tribunal de París ha vuelto á entrar en los verdaderos principios, al decidir, al contrario, el 3 de Enero de 1852, que no existiendo penalidad, se debe considerar la falta de renovación de la fórmula como una simple infracción disciplinal, que no puede viciar las actas de ejecución.

501. Como en otro tiempo había tantas autoridades supremas judiciales distintas cuantos Parlamentos, cuando se quería ejecutar un acta fuera del distrito jurisdiccional en que se había autorizado, era necesario obtener una carta auxiliatoria (*pareatis*) del gran guardasellos de la cancillería real, ó por lo menos una carta auxiliatoria especial de la cancillería del Parlamento en cuya jurisdicción se quería ejecutar. Si esta ejecución debía limitarse á cierta localidad, bastaba el *visto bueno* del juez del lugar, puesto al pie de la instancia ó petición. La Asamblea constituyente, estableciendo la unidad judicial, lo mismo que la unidad administrativa, debía suprimir

(1) La misma medida se ha prescrito para los países italianos incorporados á Francia por el decreto de 12 de Junio de 1860 (art. 3.º).

estos últimos vestigios de autoridad suprema judicial local, y declaró por la ley de 16 de Octubre de 1791 (tit. 1.º, secc. 2.ª, artículos 13 y 15) que las actas ó escrituras de los notarios serian ejecutivas en todo el reino sin ningún *visto bueno* ni sello, lo cual repitió formalmente el art. 547 del Código de procedimiento.

Sin embargo, según esta misma ley de 1791 (Ibid., art. 18), y según el art. 28 de la ley actual del Notariado, la legalización (1), es decir, la atestación por el presidente del tribunal del distrito ó por el juez de paz del cantón (2) donde se libró la copia, de que la firma del escribano es realmente la suya propia, es necesaria siempre que se quiere usar de la escritura más allá de ciertos límites. Estos límites son la jurisdicción del tribunal de apelación respecto de los notarios establecidos en la capital donde reside dicho tribunal de partido, y la extensión del departamento respecto de todos los demás notarios. No debe confundirse la legalización con el *pareatis*, puesto que existía ya en otro tiempo, independiente de esta formalidad que no podía sustituirlo. En efecto, la legalización se daba como en el día, por el juez del lugar donde se había otorgado el acta, mientras que el *pareatis* se libraba por el poder central ó por el magistrado del lugar de la ejecución. El *pareatis* no se exigía sino para las copias. La legalización que se refiere á la veracidad del acta era y es aún requerida para toda copia, aunque no fuese ejecutiva, de que se quiere hacer uso más allá de los límites determinados por la ley. Finalmente, en cuanto á estos límites, no se exige la legalización (ley de Vent., art. 28), aun en lo relativo á los notarios de distrito y de cantón, sino en cuanto se trata de hacer uso del acta, fuera, no ya del distrito ó del cantón, sino del departamento; prueba evidente de que se trata en esta institución de la mayor ó menor notoriedad de la firma del notario, y de ninguna manera de la fuerza ejecutiva. Así, la falta de legalización no puede poner obstáculo á la ejecución, sino cuando la parte demandada suscita dudas sobre la firma y exige una copia legalizada. Pero una vez verificado, por ejemplo,

(1) Formalidad muy antigua, puesto que se encuentra en el *Tesoro de las cartas* una copia de los estatutos de los sastres de Montpellier, con fecha de 1323, firmada por dos notarios reales, cuyas firmas están legalizadas por un juez real y por un oficial (juez eclesiástico).

(2) Según la ley de 20 de Abril de 1861, puede darse la legalización, no ya solamente por el presidente del Tribunal civil, sino por el juez de paz; esta innovación no hace por otra parte más que volver á poner en vigor la antigua práctica que autorizaba la legalización por los oficiales municipales del lugar (Merlin, *Repert.*, véase *Legalización*, núm. 1.º).

el embargo, sin reclamación, no se puede anular por razón de este vicio de forma. Con fundamento, pues, no se ha considerado, por sentencia de 10 de Julio de 1817, el obstáculo que resulta de este vicio, sino como puramente prohibitivo.

En cuanto á las actas autorizadas por oficiales extranjeros, aunque legalizadas debidamente, según las formas del país y revestidas con la firma del agente diplomático francés, no puede tener lugar su ejecución en Francia sin que la autorice una sentencia (*Cod. de proc.*, art. 547). Entonces se aplica de nación á nación lo que se aplicaba en otro tiempo de provincia á provincia.

Ha sido juzgado, sin embargo, por la Audiencia de Aix, el 8 de Julio de 1840, que un apoderamiento recibido ante un oficial extranjero, que no encerraba obligación alguna, no tenía necesidad de ser declarado ejecutorio. La Audiencia de Dijon ha fallado de una manera más general (3 Abril 1869), «que, sin duda, un acta notarial extendida en país extranjero y presentada en Francia, no es susceptible de ejecución forzosa, pero que, en cuanto á la prueba de los hechos, que está destinada á consignar, goza en Francia de la misma fuerza probatoria que las actas recibidas por un notario francés: que este principio es la garantía de relaciones internacionales» (1).

502. Finalmente, hay una formalidad postrera, completamente extrínseca, que ya no tiene en el día la importancia que en otro tiempo. La comprobación que correspondía á nuestro registro, establecido para las escrituras ó actas autorizadas por notario desde 1581, tenía entonces por objeto asegurar la fecha. Así, era incontestable que no se podía ejecutar en virtud de una copia no comprobada. La ley de 19 de Diciembre de 1790, creando el registro, había hecho de él una condición de validez *intrínseca*, á falta de la cual (art. 9.º) «el acta otorgada por ante notario no podía valer sino como acta privada.» Pero esta regla estaba poco en armonía con la fe de que gozan los notarios, fe que no puede subordinarse fundamentalmente al cumplimiento posterior de una formalidad fiscal. Así la ley de 22 de Frimario, año VII, no reprodujo este ri-

(1) * La Audiencia de Dijón parece haber ido demasiado lejos en su asimilación, bajo el punto de vista de la fuerza probatoria de las actas notariales extranjeras á las actas notariales francesas. Si el acta ha sido redactada en un país que admite, como la legislación alemana (*Código de procedimiento civil de 1877*) la prueba contra el acta auténtica, podrá admitirse en Francia esta prueba fuera de las restricciones formuladas por nuestra legislación, art. 1319. Es preciso referirse á la legislación bajo cuyo imperio ha sido redactada el acta, para determinar el grado de fuerza probatoria que se concede á la misma. *

gor. Resulta, pues, de la combinación de los artículos 33 y 34 de esta ley, que la falta de registro de un acta autorizada por notario no puede ocasionar más que la imposición de una multa (Sents. dens. de 23 de Enero de 1810; Bastia, 26 de Diciembre de 1849), mientras sucede otra cosa con las notificaciones de los escribanos.

*. Según la legislación española, traen aparejada ejecución, ó son ejecutivas, las escrituras públicas que sean primeras copias, sin más solemnidades externas que las requeridas por las leyes para su autenticidad y fuerza como tales escrituras y que hemos expuesto en la adición inserta á continuación del núm. 483 de esta obra. Solamente es necesario respecto de las segundas copias, para que sean ejecutivas, que se hayan dado en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona á quien deban perjudicar ó de su causahabiente, lo cual deberá constar en dichas copias. Antiguamente era necesario para que el instrumento público trajera aparejada ejecución, que contuviera cláusula *guarentigia*, esto es, cláusula en que los contrayentes daban facultad á los jueces para que hicieran ejecución en fuerza de la escritura contra el que no la cumplía, como si así se hubiera pactado, juzgado y transigido; pero esta cláusula es inútil en el día por ser ejecutivo sin este requisito, como decía ya Hévia Bolaños en su *Curia Filipica*, 2.^a parte, § 7.^o, núm. 1.^o, con estas expresiones: «Por derecho real del reyno, en el día trae aparejada ejecución (la escritura) sin ella (sin dicha cláusula) como consta de una ley Enriqueña y otra Toledana de la Nueva Recopilación (1.^a y 2.^a, tit. 21, lib. 4.^o Recopilación, que son las 3.^a y 1.^a, tit. 28, lib. 11 de la Novísima), sin que obste que otra ley Carola de ella, dé á entender que ha de ser *guarentigia*, pues la duda que podía causar está quitada por otra ley Filipica de la Nueva Recopilación (ley 19, tit. 21, lib. 4.^o, Recop., que es la 12, tit. 28 de la Nov.).

Respecto al signo que debe poner el escribano en las escrituras, está mandado por nuestras leyes que el escribano haga su signo en todas las copias primordiales, segundas y demás que por él se dieren, por ser este el sello y carácter público que las reviste de autenticidad y fuerza. Así lo prescriben las leyes 1.^a y 6.^a, título 23, lib. 10 Nov. Recop., y el art. 19 de la nueva ley sobre el notariado, según el cual, los notarios autorizarán todos los instrumentos públicos con su firma y con la rúbrica y signo que propongan, y se les dé al expedirles los títulos de ejercicio; siendo nulos los instrumentos públicos en que aquéllos aparecieren, según se dispone en el art. 27, párrafo 9.^o de dicha ley.

Debe tenerse presente también, respecto á las solemnidades externas que han de concurrir en los documentos públicos y solemnes, para que puedan producir efecto en juicio, lo prevenido en el art. 231 de la ley de Enjuiciamiento civil de 5 de Octubre de 1855, inserto al tratar de los medios de prueba en juicio ordinario, esto es: 1.^o Que los que hayan venido al pleito sin citación se cotejen con los originales previa dicha citación, á no ser que la persona á quien perjudiquen haya prestado á ellos asentimiento expreso: 2.^o Que los que hubieren de traer de nuevo vengan en virtud de mandamiento compulsorio, que se expida al efecto, previa citación de la parte á quien hayan de perjudicar: 3.^o Que si el testimonio que se pida fuere de parte de un documento solamente, se adicione á él lo que el colitigante señale, si lo cree conveniente: 4.^o Que los testimonios ó certificaciones sean dados por el encargado del archivo, oficina ó registro en que se hallen los documentos, por el escribano en cuyo oficio radiquen los autos ó por el del pleito. Estos testimonios y certificaciones se expedirán bajo la responsabilidad de los funcionarios encargados de la custodia de los originales, y la intervención de los interesados se limitará á señalar lo que haya de testimoniarse ó certificarse.

Además de las solemnidades y circunstancias que llevamos expuestas como debiendo concurrir en los instrumentos públicos, es necesario para que éstos sean admitidos, tanto en los juzgados y tribunales ordinarios y especiales, como en los consejos y oficinas del Gobierno, que se tome razón en el Registro de la propia

dad de los documentos ó escrituras otorgadas con posterioridad á la publicación de la ley Hipotecaria (que lo fué en 8 de Febrero de 1861), y de los que habiéndolo sido anteriormente, no se hubiere tomado razón en el oficio de hipotecas, cuando por ellos se constituyeren, transmitieren, reconocieren, modificaren ó adquirieren derechos sujetos á inscripción, conforme á la referida ley Hipotecaria; artículos 396 y 399 al 410.

Los documentos sujetos á inscripción, según el art. 2.º de la misma ley, son los siguientes: 1.º Los títulos traslativos 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 extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, 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 obligación 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 presunción de muerte de personas, ó se imponga la pena de interdicción ó cualquiera otra por la que se modifique la incapacidad civil de las personas, en cuanto á la libre disposición de sus bienes; 5.º Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que exceda de seis años; 6.º Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles en que se hayan anticipado las rentas de dos ó más años. Para que puedan ser inscritos los títulos expresados 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.

Según nuestro derecho, es necesario también para que hagan fe 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.

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:

Según 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 del 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 razón en los respectivos registros del pueblo donde estén situadas las fincas, dentro del término de tres meses, si los contratos se hubieren 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. Según 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 expresa el Real decreto de 17 de Octubre de 1851.

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 expresados en el art. 2.º de la misma, arriba expuesto, otorgados en país extranjero que tengan fuerza en España con arreglo á las leyes, y las ejecutorias de la clase indicada en el núm. 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.

Requírese también respecto de los documentos extranjeros la legalización para que conste la autenticidad de la firma y del carácter público del funcionario que la autorizó, según las siguientes disposiciones.

En 4 de Junio de 1842 se ordenó por la Regencia del reino (con motivo de haberse negado el cónsul español en Lóndres á legalizar poderes que tenían 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 cónsules ó agentes consulares españoles acreditados en el país de que procedían aquéllos.

La legalización se efectúa, atestiguando el cónsul 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 legalización de las autoridades de su país, y la firma del ministro es también legalizada por el embajador ó agente diplomático de España que allí reside.

En cuanto á los cónsules españoles establecidos en el extranjero se ha mandado expresamente por el art. 23 de 29 de Septiembre de 1848 que los canceleros de los consulados, mientras lo son, se reputan notarios con fe pública en lo judicial y escriturario dentro del distrito de aquéllos, y que los documentos que autoricen hagan fe en juicio y fuera de él en la demarcación del consulado, legalizados por el cónsul en todo el reino. Estos documentos se consideran como españoles.

Respecto de las formalidades extrínsecas de las ejecutorias y á su encabezamiento y pie á que se refiere M. Bonnier en el núm. 500 y siguientes, por las leyes y práctica de España, se extienden las reales provisiones ó ejecutorias con el siguiente encabezamiento: «Doña Isabel II, por la gracia de Dios y la Constitución 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 éstos nuestros reinos, á quien tocare la observancia y cumplimiento de lo que en ésta nuestra carta ejecutoria se hace expresión), 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 ésta nuestra carta real provisión, cometida á vos el juez de primera instancia de tal distrito, etc., por la cual os mandamos que luego que la recibais, dispongais la ejecución y cumplimiento de las sentencias y providencias en ella insertas, según y como en la misma se contiene, sin contravenirlo ni permitir se contravenga en manera alguna, pena de procederse contra el moroso ó inobediente, á lo que haya lugar con arreglo á las leyes» (ó bien esta fórmula más 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 fe, veáis la sentencia dada por tal Tribunal con tal fecha, que va inserta, y la guardéis y hagáis guardar, cumplir y ejecutar en todo y por todo y como en ella se contiene, sin contradecirlo, permitir ni dar lugar á su contravención con ningún pretexto en modo alguno, pena de tal.» Antes iban firmadas y rubricadas las ejecutorias por los magistrados que habían dictado la sentencia ejecutoria, y por el secretario del rey y escribano de cámara: el canceller las registraba y ponía la nota de registro y el sello y la nota de estar corregidas por dicho secretario. Según las ordenanzas de las Audiencias, los reales despachos, ejecutorias ó provisiones, que expidan 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, po-

niendo la expresión de *corregida*, y rubricarla: artículos 22, 195 y 136 de las Ordenanzas de las Audiencias de 19 de Diciembre de 1855. El canceller registrador las registra y las sella: art. 149.

Por último, debe tenerse presente que lo expuesto 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 cónsules respectivos, relativamente á la recepción 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 vicecónsules, 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 según la ley de Enjuiciamiento, libro 2.º, núms. 788 al 800, y lib. 3.º, núms. 1866 al 1910.—(N. del T.)

* * Las disposiciones del art. 281 de la antigua ley de Enjuiciamiento civil mencionadas en la precedente adición, concuerdan con las del art. 597 de la ley vigente, salvo que, según ésta, los documentos que hayan venido al pleito sin citación contraria se cotejarán con los originales, previa dicha citación, si hubiere sido impugnada expresamente su autenticidad ó exactitud por la parte á quien perjudiquen. En otro caso se tendrán por legítimas y eficaces sin necesidad de cotejo.

El art. 598 previene que serán eficaces en juicio sin necesidad de cotejo, salvo la prueba en contrario ó cuando se ponga en duda la autenticidad de un documento público que carezca de matriz y no pueda ser reconocido por el funcionario que lo hubiere expedido: 1.º, las ejecutorias y certificaciones ó testimonios de sentencias firmes, expedidas en legal forma por el Tribunal que las hubiere dictado; 2.º, las escrituras públicas antiguas que carezcan de protocolo y todas aquellas cuyo protocolo ó matriz hubiere desaparecido; 3.º, cualquiera otro documento público y solemne que por su índole carezca de original ó registro con el que pueda comprobarse.

Con arreglo al art. 600, los documentos otorgados en otras naciones tendrán el mismo valor en juicio que los autorizados en España, si reúnen los requisitos siguientes: 1.º, que el asunto ó materia del acto ó contrato sea lícito y permitido por las leyes de España; 2.º, que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse con arreglo á las leyes de su país; 3.º, que en el otorgamiento se hayan observado las formalidades y solemnidades establecidas en el país donde se han verificado los actos ó contratos; 4.º, que el documento contenga la legalización y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

Según el art. 374, las ejecutorias se encabezarán en nombre del Rey. En ellas se insertarán las sentencias firmes y las anteriores, sólo cuando por referirse las firmes á ellas, sean su complemento. Cuando se expidan á instancia de parte para la guarda de sus derechos, se insertarán además los documentos, escritos y actuaciones que la misma designe, y á su costa.

Las sentencias firmes pronunciadas en países extranjeros tendrán en España la fuerza que establezcan los tratados respectivos. Si no hubiere tratados especiales con la nación en que se hayan pronunciado, tendrán la misma fuerza que en ella se diere á las ejecutorias dictadas en España. Si la ejecutoria procediere de una nación en que por jurisprudencia no se dé cumplimiento á las dictadas por los Tribunales españoles, no tendrán fuerza en España. Fuera de estos tres casos, las ejecutorias tendrán

fuerza en España, si reúnen las circunstancias siguientes: 1.^a, que haya sido dictada á consecuencia del ejercicio de una acción personal; 2.^a, que no haya sido dictada en rebeldía; 3.^a, que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España; 4.^a, que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España. (Arts. 951, 952, 953 y 954.)

La ejecución de las sentencias pronunciadas en naciones extranjeras se pedirá ante el Tribunal Supremo. Se exceptúa el caso en que según los tratados, corresponda su conocimiento á otros Tribunales.

Conforme al art. 11 del Código civil, las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos se rigen por las leyes del país en que se otorguen. Cuando los actos referidos sean autorizados por funcionarios diplomáticos ó consulares de España en el extranjero, se observarán en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las leyes españolas.—(N. de la R.)

SEGUNDO PUNTO

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

SUMARIO: 503. Principios sobre la fe del acta auténtica.—504. Separación de las formalidades extrínsecas.—505. División.

503. Suponiendo al acta revestida de todas las formalidades intrínsecas sustanciales, veamos la fe que le es inherente. Los principios que vamos á tratar de establecer no se aplicarán tan sólo 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 fe á las declaraciones de todos los oficiales públicos.

504. Dejaremos al presente á un lado lo concerniente á las formalidades extrínsecas. Aquí sólo tenemos que ocuparnos de los casos en que la ejecución 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 (*Cód. civil*, artículo 1244) puede ejercitarse, aun cuando el acreedor sea portador de un título ejecutivo. Estas dificultades se refieren al ejercicio del derecho, y de ningún modo á su prueba. Si debemos hablar más

(1) Debemos llamar la atención sobre las actas que tienen un carácter enteramente especial, las de los cadis en Argelia; estas actas son auténticas verdaderamente según el edicto de 9 de Septiembre de 1830, en el sentido de que hacen fe de los hechos relatados en ellas; pero esta fe no existe sino mientras no exista prueba en contrario, habiendo permanecido fieles los musulmanes al principio antiguo que les hace considerar la prueba testimonial como la prueba por excelencia. (Sent. den. de 23 de Noviembre de 1858.)

adelante, cuando tratemos del modo de redargüir de falsa una escritura, de la suspensión de la ejecución (Ibid., art. 1319), es porque entonces la controversia versa sobre la fe del acta, y no simplemente sobre el mayor ó menor rigor que debe presidir á la ejecución de un acta que se supone válida.

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

§ I.—Qué prueban las actas ó escrituras auténticas.

SUMARIO: 506. No se cotejan estas escrituras.—507. De qué hechos debe hacer fe el acta.—508. Fe respecto á terceros.—508 duplicado. Fe de los títulos que establecen la propiedad.—509. Fe de las enunciaciões entre las partes.—510 No producen fe respecto de terceros. Máxima: *In antiquis enunciativa probant.*—511. Máxima: *In antiquis omnia præsuntur solemniter acta.*

506. Recordemos desde luego una distinción fundamental entre las actas auténticas y las actas privadas; distinción 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*, según la expresión de Dumoulin; en otros términos, el escrito producido en forma auténtica hace fe, en el sentido de que se presume ser realmente obra del oficial cuya firma aparente lleva. Suponiendo, pues, este último punto comprobado, veamos la fe que se debe dar al testimonio del oficial redactor del acta.

507. El funcionario que recibe un acta para la cual tiene competencia, á fin de darla autenticidad, es un testigo revestido de un carácter oficial, al efecto de consignar lo que pasa en su presencia. Esta misión tiene una alta importancia, pero es enteramente especial, porque aquél puede atestiguar, en último resultado, todo lo que ha visto y oído 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 más ó menos

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

alteración á los escritos de Pothier y al Código civil, se expresa en estos términos en su comentario sobre la costumbre de París (título 1.º, § 8.º, núm. 9.º): *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, que tunc nec fiunt, nec disponuntur, sed tantum recitantur.* La autenticidad no se refiere á la consignación 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,* según las expresiones tan frecuentemente citadas de Dumoulin (1) (Ibid., § 64). Esta doctrina se ha convertido en ley por el art. 1317 del Código italiano, según cuya letra el acta pública sólo hace fe de los hechos que han tenido lugar en presencia del oficial. Volveremos sobre esto al tratar de las actas del estado civil, respecto de las cuales suscita su aplicación grandes dificultades.

En lo relativo especialmente á las actas ó escrituras autorizadas por notario, la jurisprudencia ha tenido con frecuencia ocasión 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 redacción de un testamento que el testador se halla en su sano juicio (2) (Sent. den. de 27 de Febrero de 1821), no tiene ningún carácter oficial su atestación. Por el contrario, sería preciso recurrir á redargüirlo de falso, si contra el aserto del acta ó escritura autorizada por notario, que manifiesta que el testador dictó por sí mismo el testamento, se quisiera sostener, que apenas podía articular palabras que pudieran oírse (Cas. de 19 de Diciembre de 1810; Sent. den. de 1.º de Diciembre de 1851). Por otra parte, la redargución de falsedad es inútil cuando se quiere negar, no el hecho de la declaración, sino la sinceridad de esta declaración. Así, se admite la prueba por testigos de que el contrato de matrimonio ha sido verificado después de la celebración del matrimonio, aun cuando no se haya mencionado la hora en el acta, y que el notario había recibido solamente la declaración de que los contrayentes tenían la cualidad de *futuros esposos* (Sent. den. de 18 de Agosto de 1840). La misma decisión se ha dado (Sents. dens. de 23 de Di-

(1) Este autor añade que sería 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 concedores en vinos (decreto de 25 de Diciembre de 1813) tienen un carácter auténtico.

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

ciembre de 1853 y 26 de Noviembre de 1858) en el caso en que se quería probar, especialmente en materia de préstamos usurarios, que la numeración de especies ante el oficial público no había sido más que una ficción. * «Si si debe dar fe á una acta auténtica hasta que se redarguya de falsedad, dice el Tribunal Supremo (Den. de 22 de Noviembre de 1869), es sólo respecto de los hechos que están consignados por el oficial público y que ha presenciado; pero la sinceridad ó verdad de las declaraciones de las partes puede discutirse siempre por la prueba contraria, pudiendo ésta resultar de sencillas presunciones cuando se trata de consignar un fraude respecto de las personas ó de la ley.» (Cpr. Cas. de 12 de Julio de 1874). *

En general, siempre que se articulan hechos fraudulentos, se admite la prueba testimonial de *plano* contra toda especie de actas (Sent. den. de 12 de Marzo de 1839), según hemos reconocido al tratar de la admisibilidad de la prueba testimonial (núm. 141). El tribunal de Poitiers ha llegado también á decidir que en semejante hipótesis, no solamente no es necesaria la redargución de falsedad, sino que no es ni aun admisible (Sent. de 13 de Febrero de 1855): lo cual nos parece equitativo, puesto que no debe introducirse un largo y costoso procedimiento donde no es indispensable.

Observemos, además, que aun en los casos en que la declaración del oficial no hace fe 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. civ.*, art. 1341). Así lo ha juzgado una sentencia de casación del 3 de Julio de 1838, en lo relativo al domicilio de los testigos instrumentales.

508. Pero ¿respecto de quién hace fe el acta ó escritura auténtica? Si nos referimos al texto del art. 1319 del Código civil, parece que su fe se limitaría á las partes contratantes, y á sus herederos ó causahabientes. Aquí es verdad que la palabra *causahabientes* comprende, por confesión de todos, los causahabientes, aun á título singular, tales como un comprador, el cual se halla incontestablemente ligado por toda operación 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 fe de la autenticidad respecto de terceros que no son causahabientes de los contratantes; que especialmente el adquirente, invocando la prescripción 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 causahabiente de las partes contratantes? Semejante proposición sería 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 las partes contratantes ó de sus causahabientes. No es posible, pues, atenerse á las palabras del art. 1319.

Al presente, ¿es más exacto decir con Pothier (*Oblig.*, núm. 739) lo que se ha repetido todos los días, que la escritura prueba solamente contra un tercero *rem ipsam*, es decir, que ha intervenido la convención 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 convención cuya prueba es la escritura, y de esta convención es de la que se dice con exactitud que no puede perjudicar á terceros. Esto es lo que ha querido expresar el art. 1319, que confunde la prueba con el fondo del derecho, y que repite inútilmente lo que había dicho el art. 1165 mucho más oportunamente, al hablar del efecto de las convenciones, que no tienen efecto sino entre las partes contratantes, que no 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 misión de consignar, y nada más. *Acta vel quaecumque scripta publica probant seipsa, id est rei taliter gestæ fidem faciunt inter quoscumque.* Tales son las expresiones de Dumoulin (loc. cit., § 8.^o), 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, *quod veritatem seu probationem rei gestæ.* Si ahora, continúa este lógico contundente (Ibid., § 10), se examinan en su fondo los efectos del acta, es decir, de la convención, *quoad jus et effectum actus gestæ*, entonces es evidente que no puede perjudicar ni

aprovechar más que á las partes contratantes, *quia res inter alios acta non nocet, nec obligat, nec facit jus inter alios*. Pero demuestra perfectamente que esta no es cuestión 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 toscó lenguaje, tan justamente criticado desde el siglo XVI, se vuelva á encontrar en el Código civil, donde da lugar á lamentables confusiones; por lo demás, la jurisprudencia admite, y no podía dejar de admitir, que la escritura auténtica hace fe respecto de todos, como lo admitió el tribunal de Burdeos el 25 de Agosto de 1810, reservando solamente la prueba del fraude, pero no la del error. (Burdeos, 25 de Agosto de 1810; Amiens, 28 de Abril de 1869; * Cas., 28 de Mayo de 1879. *)

508 duplicado. ¿No se debe ir más allá y reconocer que en lo referente *al establecimiento de la propiedad*, según el estilo de los notarios, el acta tiene toda la fuerza necesaria, aun respecto de los terceros? En la práctica se ha presentado esta duda relativa á un acta de partición, de donde el demandante deducía el origen de su derecho á una propiedad que reivindicaba. El demandado oponía el art. 1165, que requiere que los convenios produzcan efecto sólo entre las partes contrayentes. Conformándose con la doctrina de Pothier (*Derecho de propiedad*, parte 2.^a, cap. 1.^o, art. 3.^o), se ha fallado constantemente (Cas. 22 de Junio de 1864; Rion 4 de Julio de 1857; Rouen 1.^o de Febrero de 1865; Burdeos 18 de Diciembre de 1879), que el art. 1165 no se puede oponer al demandante, sino cuando se trata de consignar una obligación á cargo de los terceros por virtud de un acta á la que fuese extraño. Pero cuando el demandante se limita á justificar por medio de un título en regla la transmisión de la propiedad á su favor, el demandado no puede ser admitido para *recusar de plano* la autoridad de dicho título; sólo puede combatirlo oponiéndole, bien otro título, bien la prescripción. «El derecho de propiedad, dice el Tribunal de Casación, estaría siempre dudoso, si los contratos que deben consignarle tuviesen sólo valor respecto de las personas que hubiesen tomado parte en ellos, puesto que siendo imposible que los terceros tomen parte en escrituras que no les conciernen, resultaría que no se podrían obtener títulos protectores de la propiedad contra terceros.» Ya vimos (núm. 37 triplicado) que idénticos principios han sido consa-

grados por el Tribunal Supremo respecto de la autoridad de la cosa juzgada (1).

* La doctrina del Tribunal Supremo acerca de la prueba que debe suministrarse en materia de reivindicación, ha sido impugnada recientemente por M. Laurent. (*Principios de derecho civil*, tomo 6.º, núms. 159 y siguientes), y por M. E. Naquet. (Nota en Aix, 29 de Febrero y 15 de Marzo de 1872 en Sirey, 1873, 1, p. 49.) Dicha doctrina abraza, como lo hace notar M. Bonnier, la autoridad de las actas, y á un tiempo la de las sentencias para con los terceros en lo que se refiere á la prueba de la propiedad. En su argumentación muy concluyente, M. Naquet llama la atención sobre el art. 1166 del Código civil, y hace notar con razón, que la mayor parte de las sentencias dejan ese artículo en el olvido, sin dar ningún motivo para ello. (V. Cas. 22 de Junio de 1864, y 27 de Diciembre de 1865; Aix, 29 de Febrero y 15 de Marzo de 1872.) La Audiencia de Burdeos tuvo que resolver más recientemente acerca de la misma cuestión, y los considerandos de ambos fallos del 18 de Diciembre de 1879 y del 6 de Abril de 1883, contienen una nueva justificación de la doctrina de la jurisprudencia. Si en el caso que nos ocupa fuese inaplicable el art. 1155, sería á causa de la misma naturaleza del derecho que dimana del contrato. Cuando es un derecho real, como que este derecho es absoluto por su propia naturaleza, y se puede oponer á todo el mundo, es evidente que no se trata aquí de la aplicación del art. 1165. Dicho artículo tiene á la vista sólo las obligaciones y los derechos personales. La gran ventaja del sistema de la jurisprudencia es, que facilita y aumenta en alto grado la seguridad de las transacciones que se relacionan con los inmuebles. Por más que diga la Audiencia de Burdeos, es difícil hacerlo concordar con el art. 1165. Con efecto, no se trata de saber cuál es el efecto del derecho originado por el convenio, pero sí cuál es el efecto del mismo convenio. La naturaleza del derecho no puede reaccionar sobre los efectos del convenio de donde dimana este derecho. Claro está que el derecho de propiedad es absoluto, que se puede oponer á todos, pero es con la condición que se ha creado y establecido de un modo valedero. Aquí no se trata de los atributos del derecho de propiedad, pero sí de su origen. Cuanto más fuerte y absoluto es este derecho, tanto

(1) La Sala de admisión había dado en sentido contrario un fallo estimando la apelación (2 de Julio de 1872); pero la Sala de lo civil la denegó definitivamente el 17 de Marzo de 1873.

más debe respetarse la regla protectora de los derechos de los terceros establecida por el art. 1165 del Código civil. *

509. En cualquier caso queda probado respecto de todos, en un acta ó escritura auténtica, que tales declaraciones han tenido lugar ante un oficial público: *Actus plene probat*, dice Dumoulin, (loc. cit., § 19), *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 el partido que sea de razón, 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 fuerza de la escritura autorizada por escribano en todo lo que enuncia es tal, que hace fe hasta respecto á la *puntuación* 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 la confesión de las partes que han suscrito el acta ó escritura, y en razón misma de su confesión. Pero esta confesión debe ser formal, y no el resultado de una sorpresa, de un error. De aquí la regla que es común á las actas públicas y á las actas privadas, y que se aplicaría igualmente á las declaraciones verbales, consignadas en forma debida, porque se refiere únicamente á la intención de las partes, regla que quiere que se distinga, en cuanto á la fe de las simples enunciaciones, si tienen ó no relación directa con la disposición (*Cód. civil*, artículo 1320), es decir, con el objeto que tenían á la vista los contratantes (1). Si existe esta relación, la fe de la enunciación es la misma que la de la disposición principal. «Si alguno, dice Pothier (*Oblig.*, núm. 737), reconoce por un acta una renta en estos términos: *reconoce que tal casa poseída 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 sólo sean enunciativos, y no se exprese que Robert reconocía haberlos recibido, hacen, no obstante, fe del pago contra Robert, que es parte en el acta, porque tienen relación con lo dispuesto en el 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

(1) A los jueces del hecho es á quienes pertenece apreciar si existe ó no esta relación directa en el caso en cuestión (Sent. den. de 4 de Marzo de 1834).

relación; si, por ejemplo, en el acta que consigna la venta de una heredad, ha manifestado el vendedor que provenía de tal sucesión, esta declaración no tiene ya la fuerza que la concerniente á los vencimientos en el caso precedente, porque la atención del comprador no se ha dirigido sobre una circunstancia que no tenía más que una relación indirecta con la convención principal. No se podría, pues, más adelante, al reclamar este inmueble como formando parte de la sucesión indicada, prevaleerse contra el comprador del hecho de haber suscrito el acta en que se hallaba esta declaración incidental (Pothier, *Ibid.*, núm. 738). Esta doctrina se remonta todavía á Dumoulin: *Actus plene probat*, dice (loc. cit., § 10), *ne dum 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, seorsum à principali actu, disputaretur: tunc enim tale instrumentum non facit plenam fidem, sed solum præsumptionem*. El Código (artículo citado 1320) dice en el mismo sentido: «Las declaraciones extrañas á la disposición 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 justificación del hecho enunciado, con el auxilio de la prueba testimonial. Esta mención se encuentra efectivamente en un 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 cuestión de la mayor ó menor fe de la declaración contenida en un acta auténtica, no es de tal naturaleza que aumente la responsabilidad del oficial público. El escrito por él extendido prueba, hasta que se redarguya de falso, que ha tenido lugar tal declaración; al juez es á quien toca reconocer, según las circunstancias (Sent. den. de 18 de Agosto de 1840), si se refiere ó no á la disposición principal, y aun suponiéndola incidental, si podrá servir de principio de prueba; porque la mención podrá ser poco precisa y tan vaga, que se deba rehusársele hasta esta fuerza subsidiaria.

510. 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 fe de las declaraciones, aunque tuvieran una relación directa con lo dispositivo del acta. No pueden

los terceros negar la existencia de esas manifestaciones, esto es; la declaración del pago de los atrasos, en el caso que cita Pothier; así es que los acreedores quirografarios del acreedor, aunque bajo ciertos conceptos se les considere como terceros (núm. 517), no pueden discutir la manifestación, y se encuentran ligados por ella si no les es posible hacer constar el fraude. Aquí, en efecto, la fecha se halla consignada, diferenciándose en eso de las manifestaciones de un acta privada.

Hay más; según la doctrina que prevaleció ante el Tribunal Supremo, en cuanto á la parte dispositiva del acta auténtica (número 508 duplicado), las manifestaciones que contenga un acta de esta naturaleza prueban, *prima facie*, el origen de la propiedad. Hemos citado el fallo del mismo tribunal que en contra de su jurisprudencia anterior (Den. 21 de Enero de 1857), admite el derecho de consignar por un acta de partición el origen de la propiedad aun en perjuicio de los terceros (Cas. 22 de Junio de 1864). Se sobreentiende por supuesto, que semejantes declaraciones no tienen fe, sino hasta la prueba en contrario (V. núm. 508 duplicado).

Lo que es incuestionable es, que las disposiciones enunciativas, lo mismo que las principales, no pueden fundar directamente un cargo con perjuicio de un tercero. Se la admitía, sin embargo, en la antigua jurisprudencia, al menos cuando la declaración iba afirmada por la posesión, según los términos de la máxima: *In antiquis enuntiativa probant*, máxima que, según Toullier (t. 8.º, números 64 y sigs.), estaba aún en vigor bajo el imperio del Código civil. Dumoulin enseña, en efecto, que las enunciaciones aun incidentales, hacen fe en las actas antiguas, y aun en perjuicio de terceros. *In antiquis*, dice (loc. cit., núm. 76), *verba enuntiativa plene probant, etiam contra alios, et in præjudicium tertii... etiam si essent incidenter et propter aliud protata, ut enuntiatio confinium*. Esta doctrina no se admitía sin contradicción (Mascardo, concl. 106, *in fine*). Para conciliar las opiniones opuestas sobre este punto, Cravetto *De long. temp.*, par. 1.ª, cap. 4.º, núm. 8.º) distinguía, si se trataba, respecto de los terceros, de un perjuicio grave, ó de un perjuicio ligero. En el primer caso, la enunciación no hacía más que una semi-plena prueba respecto de los terceros. Sin explicarse sobre esta distinción algún tanto arbitraria, Pothier (*Oblig.*, núm. 740) reproduce sobre otro punto la doctrina de Cravetto (*De long. temp.*, *Ibid.*, número 20), y admite la plena fe de las enunciaciones, cuando estas enunciaciones, si se trata de un derecho real, se hallan sostenidas

por una larga posesión (1). Así, en tiempo de Pothier, la enunciación de un derecho ó servidumbre de vistas en una escritura ó acta antigua, aunque esta acta fuera enteramente extraña al propietario del fundó que se pretendía cargado con esta servidumbre, podía acreditar la existencia de este derecho, si había larga posesión, aun bajo el imperio de costumbres que, como la de París, 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 que nulla est, sed eam demum, quæ aliqua est, coadjuvare?*

Puede comprenderse, ya que nó la teoría de Dumoulin (2), al menos la opinión de Cravetto y de Pothier, si nos adherimos á la idea de que las enunciaciones que emanan de terceros nó estaban en la antigua jurisprudencia, tan faltas de efecto, como lo están en el día. Ya hemos visto (núm. 165) que podían servir de principio de prueba por escrito, porque no se contentaban antiguamente con un adminículo cualquiera para autorizar la prueba testimonial. Pues bien: la presunción fundada en la larga posesión se admitía, 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 día, la opinión de los autores que querían que el principio de prueba por escrito emanase de la parte contraria, se ha convertido en ley (*Cód. civil*, art. 1347). En su consecuencia, las enunciaciones, cualesquiera que sean, son completamente nulas respecto de los terceros. Dumoulin y Pothier decidirían, pues, en el día, que semejante mención, privada de todo efecto relativamente á los que nó la suscribieron, nó podría adquirir con el tiempo la fuerza que le falta. *Non potest antiquitas de novo inducere in totum probationem, que nulla est.*

(1) El lapso de tiempo exigido para esta antigüedad, para esta larga posesión, nó era una de las menores dificultades de la materia. Había una extraña divergencia en las opiniones sobre este punto, desde la que se contentaba con diez años hasta la que exigía un siglo (V. Dumoulin, *ibid.*, números 81 y sigs.). El Código, cuando se refiere á la antigüedad (artículos 1335, § 2.º y 1337), se ha fijado en el límite de treinta años.

(2) La teoría de Dumoulin nó es tan absoluta como se podría creer, aislando el párrafo que hemos citado: *In antiquis verba enuntiativa plene probant*. Este jurisculto dice igualmente (núm. cit. 76): *In quantum autem antiquitas coadjuvet, totum id in arbitrio iudicis situm est*, lo cual se comprende en la facultad más amplia de apreciación que pertenecía ón otro tiempo al juez.

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 (*Cód. civil*, art. 691), no podría acreditarse su existencia ni aun por la posesión de treinta años, combinada con una declaración contenida en un título antiguo, si esta declaración era extraña al propietario del fundo que se pretendía sirviente. Toullier no ha llegado hasta aquí, aunque cree todavía 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 formalizadas entre terceros. Si quería decir solamente con esto, que, cuando los jueces pueden determinarse por presunciones, estas menciones deben tener fuerza, y que pueden de hecho tenerla, tanto más, cuanto se encuentran en actas más antiguas, que se prestan menos al fraude, su aserción no tendría nada que no fuera plausible. Pero cuando llega hasta á decir (tomo 8.º, núm. 166) que tal enunciación, que se consideraría como no verificada en un acta reciente, podría servir para probar el estado de las personas, si se comprendiera en un acta antigua, lo cual induciría á reconocer que la filiación, aun la natural, podría resultar de indicios tomados de un acta de esta naturaleza, trasladada á nuestra legislación ideas que no se hallan ya en armonía con el derecho moderno (1). Si, como veremos al tratar de la prueba literal en segundo grado, el Código civil (artículos 1335, § 2.º y 1337), ha dado algunas veces más fuerza á escritos antiguos; el cuidado que ha tomado de especializar los casos en que se adhiere así á la antigüedad, demuestra bien claro que no quiere establecer de una manera general que las actas adquieran nueva fuerza probatoria anticuándose, como los vinos. Si esto fuera cierto, por otra parte, sería preciso como antiguamente decidir lo mismo en toda clase de materias, mientras que Toullier establece una distinción enteramente falta de razón 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 íntimamente al primero, quiere que se presuma hallarse revestidas las actas antiguas de todas las solemnidades requeridas: *In antiquis omnia presumuntur solemniter acta* (Dumoulin, *Ibid.*, números 75 y 79). Este adagio

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

no se entendía por lo demás en el sentido de que la antigüedad del acta pudiera hacer que se considerase como no habiendo ocurrido las nulidades que aparecían evidentemente en las actas, sino en el sentido solamente de que, en caso de duda, debía hacer suponer la observancia de todas las formalidades requeridas: *Facit præsumi*, dice Dumoulin, *solemnitatem requisitam intervenire, quamvis non appareat*. Así se ha entendido en la jurisprudencia inglesa y americana, donde se halla aun en vigor. (M. Greenleaf, tom. 1.º, páginas 25 y sigs.) Cuando una escritura privada tiene treinta años de fecha, se presume que fallecieron los testigos que la suscribieron, según veremos más adelante y conforme al uso del país, y en su consecuencia, aunque vivieran todos ó alguno de ellos, no había lugar á hacer que se les oyera en apoyo del acta ó escritura, la cual se reputa otorgada en forma debida (1). Asimismo, cuando han recibido oficiales públicos la misión 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 pueden tener lugar en nuestro derecho; 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, que se mencionen en las escrituras públicas las formalidades importantes, y evidentemente no es permitido considerar como equivalente á esta mención el sólo 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 mención de las formalidades que se refieren á formalidades anteriores, hace naturalmente presumir que existen estos últimos requisitos, sin que sea necesario justificarlos 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*, de las Instituciones de Justiniano, se supone que un escrito menciona que se han reunido tales partes y que ha intervenido una promesa; la mención de la promesa hace suponer la interrogación precedente, necesaria para la validez de la estipulación: *Si scriptum in instrumento fuerit promisisse aliquem, perinde*

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

habetur atque si interrogatione præcedente responsum sit. Como observa con razón M. Greenleaf (loc. cit.), esto no es más que la aplicación de esta justa máxima: *Probatís extremis præsumuntur media.* Y esta presunción existe igualmente entre nosotros respecto de las formalidades, cuya mención 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 presunción. Este término es enteramen extraño al derecho romano, y no habiéndose reproducido en nuestra legislación moderna, es inadmisibile.

Vése, pues, que según nuestra práctica, la máxima *In antiquis omnia præsumuntur solemniter acta* sería sobrado más rigurosa, si se tratara de formalidades cuya mención no se exige y cuya observancia debe suponerse, cualquiera que sea la fecha del acta ó escritura; y sería sobrado más laxa, por el contrario, en los casos en que se prescriben ciertas menciones bajo pena de nulidad. Aquí comete Toullier (tomo 8.º núm. 163) un grave error, cuando dice que esta máxima, que parece merecer su aprobación en principio, no puede casi ser aplicable actualmente que se prescribe por diez años la acción de nulidad (*Cód. civil*, art. 1304). La restricción á diez años de la acción de nulidad sólo 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 debían mencionarse, será radicalmente nula el acta, cualquiera que sea su antigüedad, sin que se admita nunca la reclamación de su ejecución. Solamente, si se ejecutó de hecho, no se admitirá que se reclame sobre la ejecución pasados treinta años; no porque con el lapso de este tiempo haya cubierto el acta el vicio de forma, sino porque la acción de repetición 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 acogerse á la prescripción de diez años, enteramente extraña al asunto que nos ocupa; sino que debe atacarse de frente la máxima *In antiquis omnia præsumuntur solemniter acta*, y reconocer que no puede tratarse de ella en nuestro derecho, donde no ha dejado vestigio alguno, como la máxima precedente.

*. Los instrumentos públicos, y en especial las escrituras primordiales ó de primera saca, cuando se otorgan y expiden con las solemnidades y en la forma que requiere el derecho y que ya hemos expuesto en la adición anterior, y cuando se presentan en juicio con los requisitos que previene la ley de Enjuiciamiento civil, expuestos también en la adición al núm. 458, mientras no son justamente redar-

güidas de falsas, hacen plena fe y prueba completa acerca de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, confesiones y demás que en ellas se contienen, así como de la realidad del carácter que se les atribuye y de las condiciones referentes á aquellos actos (V. las leyes 1.^a y 114, tit. 18, Part. 3.^a).

Hacen fe también respecto de los actos jurídicos anteriores, que se refieren en ellos en términos enunciativos, con tal que tengan relación directa con la esencia del acto; de suerte, que si en una escritura de reconocimiento de censo se confiesa haber recibido sus réditos hasta tal fecha, hallándose presente el censalista, esta cláusula enunciativa se tiene por verdadera.

Pero los instrumentos sólo hacen fe respecto de los hechos materiales que el escribano anuncia, como habiéndolos ejecutado él mismo ó que han pasado á su presencia, tales como la fecha del acto, ó que los otorgantes se hallaban presentes, ó que hicieron las declaraciones ó enunciaciones en él consignadas, ó que se numeró á su vista una cantidad de dinero, ó que se hizo entrega en ciertas especies, pero no hacen prueba respecto de los hechos puramente morales en él consignados, esto es, de aquellos hechos de que el escribano no ha podido convenirse por el testimonio de sus sentidos, y que sólo le ha sido posible enunciar como opinión individual suya; tal sería, el de que los otorgantes se hallaban en su sano juicio, si bien induciría presunción de verdad esta aserción, mientras no se probara lo contrario.

La prueba mencionada produce efecto, no sólo entre los otorgantes y sus herederos, sino también con respecto á terceras personas, no para constituir acerca de ellas obligación alguna, pues que los contratos únicamente obligan á los que los celebran y á sus herederos, sino para acreditar la disposición ó convenio.

Respecto á la fe y autoridad que constituye el protocolo ó escritura matriz, convienen todos los intérpretes en que hace plena fe en cuanto al efecto para que se introdujo de sacar de él las copias que necesiten los interesados, y comprobar y confrontar las que se hubiesen sacado, en caso de dársele de la verdad ó exactitud de su contenido, como expresa la ley 8.^a, tit. 19, Part. 3.^a; pero acerca de si puede ó no presentarse y hacer fe en juicio, no hay conformidad de opiniones. Hevia Bolaños, Febrero y otros intérpretes sientan, que presentado en juicio el protocolo, no hace fe ni tiene uso ni fuerza, ni hace prueba, fundándose, en que no se estableció para este uso, en que debe obrar siempre en poder del escribano, en que cada escritura carece del signo del mismo que la vigorice y en que se halla prohibida su presentación en los tribunales. Mas otros intérpretes, entre ellos, los Sres. Escriche, Laserna y Montalván opinan, que en circunstancias particulares en que los tribunales crean indispensable para fallar con acierto su inspección ocular y provean la presentación de la matriz, con el libro de protocolos de que hace parte, usando de las debidas precauciones y llevándola tal vez el mismo escribano, si la encuentran en regla, hace plena fe y prueba completa en el juicio; y para ello se fundan en que produciendo esta prueba las copias que se sacan de ella, debe producir la mayormente la matriz, que es la verdadera escritura original y la que sirve de comprobante de aquéllas; en que, si bien no lleva el signo del escribano en su pie cada escritura, lo lleva al fin del libro del protocolo donde va inserta, y este signo final da vigor y autenticidad á todas las escrituras matrices en él contenidas, y en que la prohibición de la ley sobre la presentación en juicio del protocolo sólo se refiere á casos comunes para evitar el peligro que podría correr de extravío ó alteración durante su transporte, en perjuicio de las personas responsables ó de los interesados, mas no á su presentación en casos extraordinarios y con las debidas precauciones. V. nuestro *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva ley de Enjuiciamiento*, lib. 2.^o, números 813 y 814, y asimismo los números 783 al 787 en que se expone los documentos que deben entenderse comprendidos en el art. 280 de la ley de Enjuiciamiento civil (que hemos insertado en la adición á continuación del núm. 458 de esta obra) y las circunstancias que deben concurrir respecto de ellos para que hagan fe. Deben tenerse presentes también, sobre esta materia,

las declaraciones de las sentencias pronunciadas en recursos de casación por el Tribunal Supremo de Justicia, insertas á continuación del núm. 147 del tomo 1.º de esta obra. Véase asimismo la adición que insertamos más adelante á continuación del núm. 806 sobre la fuerza de las copias de escrituras.

No es admisible la opinión de Pothier que expone M. Bonnier en el número 510, sobre las enunciativas de los contratos antiguos sobre servidumbre de vistas, pues abriría la puerta para eludir indirectamente las leyes que rechazan la simple prescripción en ciertos casos y se admitiría la prueba acumulada, prueba equívoca y anómala que no puede ni debe admitirse sin una disposición especial y expresa de la ley. Debe advertirse también, que por derecho español las servidumbres rústicas continuas se prescriben por tiempo inmemorial y las discontinuas por veinte años, sin diferencia entre presentes y ausentes: ley 15, tit. 31, Part. 3.ª

Respecto á la doctrina que expone M. Bonnier en los números 510 y siguientes sobre la fuerza que se atribuye á los documentos por razón de su antigüedad, nuestro derecho contiene también disposiciones notables.

Desde luego ya hemos visto la importancia que da á la escritura antigua la ley 115, tit. 18, Partida 3.ª, inserta á continuación del núm. 147 del tomo 1.º de esta obra. Según Gregorio López, en la glosa 5.ª á dicha ley, si el instrumento es muy antiguo, que pase de cien años hace fe, aunque no esté comprobado ó legalizado, ni conste que fué escribano el que lo autorizó, lo cual funda en la dificultad de hallar testigos con quienes se pueda acreditar. Asimismo, según sienta el Sr. Tapia en su *Febrero Novísimo*, el traslado antiguo, aunque sea sacado por un escribano, sin decreto del juez ni citación de parte, se considera digno de fe cuando en virtud y á consecuencia de él se dió posesión del derecho pretendido al que lo presenta ó á su causante, bastando el transcurso de treinta años, doctrina que exponen también Covarrubias en sus *Cuestiones prácticas*, y Escriche en su *Diccionario*.—(N. del T.)

* * Según el art. 597 de la ley de Enjuiciamiento civil, es condición precisa para que los documentos públicos y solemnes sean eficaces en juicio que los que hayan venido al pleito sin citación contraria se cotejen con los originales, previa dicha citación, si hubiere sido impugnada expresamente su autenticidad ó exactitud por la parte á quien perjudiquen. En otro caso se tendrán por legítimos y eficaces sin necesidad de cotejo.

Son excepción de esta regla (art. 598), por las formalidades que acompañan á su expedición, las ejecutorias y las certificaciones ó testimonios de sentencias firmes, expedidas en legal forma por el tribunal que los hubiere citado; y, por imposibilidad de verificar el cotejo, las escrituras públicas antiguas que carezcan de protocolo y las demás cuyo protocolo ó matriz hubiere desaparecido, y los documentos públicos y solemnes que por su índole carezcan de original ó registro con el que puedan compararse.

A este último propósito dispone el art. 1221 del Código civil que, cuando hayan desaparecido la escritura matriz, el protocolo ó los expedientes originales, harán fe:

- 1.º Las primeras copias, sacadas por el funcionario público que las autorizara.
- 2.º Las copias ulteriores, libradas por mandato judicial con citación de los interesados.
- 3.º Las que, sin mandato judicial, se hubiesen sacado en presencia de los interesados y con su conformidad.

A falta de las copias mencionadas, harán fe cualesquiera otras que tengan la antigüedad de treinta ó más años, siempre que hubiesen sido tomadas del original por el funcionario que lo autorizó ú otro encargado de su custodia.

Las copias de menor antigüedad, ó que estuvieren autorizadas por fun-

cionario público en quien no concurren las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, sólo servirán como un principio de prueba por escrito.

La fuerza probatoria de las copias de copia será apreciada por los Tribunales según las circunstancias.

En cuanto á cotejo de letras, previene el art. 606 de la ley de Enjuiciamiento civil que podrá pedirse siempre que se niegue por la parte á quien perjudique ó se ponga duda la autenticidad de un documento privado ó la de un documento público que carezca de matriz y no pueda ser reconocido por el funcionario que lo hubiese expedido. La parte que pida el cotejo (art. 607) designará el documento ó documentos indubitados con que deba hacerse. Si no los hubiere, se tendrá por eficaz el documento público, y apreciará el juez el valor que el privado merezca, en combinación con las demás pruebas.

Conforme á los artículos 1218 y 1225 del Código civil, los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste; y contra los contratantes y sus causahabientes en cuanto á las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros. Los privados reconocidos legalmente tendrán el mismo valor que la escritura pública entre los que los hubiesen suscrito y sus causahabientes.—(N. de la R.)

§ II.—Fe que se debe á las contraescrituras (1).

SUMARIO: 512. Fe del acta ó escritura ostensible, secretamente revocada.—513. Qué se entiende por contraescritura.—514. Efecto de las contraescrituras entre las partes.—515. No pueden perjudicar á terceros.—516. Qué debe entenderse aquí por terceros.—517. Derechos de los acreedores quirografarios.—518. Discusión de la doctrina sobre las contraescrituras y del principio de la publicidad.—519. Facultad respecto de los terceros de invocar la contraescritura.—520. Efecto respecto de la administración del registro de una contraescritura que contiene aumento de precio.—521. Casos en que se estipula una disminución.—522. Contraescrituras en materia de convenciones matrimoniales.—523. En materia de cesión de oficio.—524. Declaración de sustitución de persona ó delegación (*command*).—525. Término de 24 horas con respecto á la administración del registro para las contraescrituras que contienen sustitución de persona.—526. La explicación de una convención anterior no es una contraescritura.

512. No solamente las actas ó escrituras debidamente redactadas tienen fuerza probatoria con respecto á todos; cuando estas actas son la expresión sincera de la voluntad de las partes el legislador va más adelante, pues quiere que bajo ciertos conceptos, las disposiciones ostensibles de estas actas, aunque secretamente revocadas, conserven toda su validez. De esta suerte hace prevalecer, en beneficio del orden y de la seguridad social, la apariencia sobre la realidad.

(1) Puede consultarse el *Tratado de las contraescrituras* de M. Plassman, 2.^a edición (1839), resumen concienzudo de los documentos sobre esta materia, pero en que el autor procede con sobrada frecuencia, por cuestiones separadas, sin fundir y coordinar suficientemente su doctrina,

513. La palabra *contraescritura*, en su acepción primitiva, conforme á la etimología, designaba toda acta que modifica otra anterior, bien sea porque las partes no hayan tenido intención formal de atenerse á las cláusulas modificadas, bien sea porque las partes renuncien á ellas posteriormente. Por eso Domat (lib. 3.º, tit. 6.º, sección 2.ª, § 14) califica de contraescritura, la convención por la cual declara un comprador hacer remisión á su vendedor de la obligación de garantía. Actualmente, salvo la excepción que ya señalaremos, la ley entiende por contraescritura un escrito destinado á permanecer secreto, que anula ó modifica las cláusulas de un acta ó escritura ostensible. El acta que las partes revocan ó reforman por medio de la contraescritura es frecuentemente un acta auténtica, y por esto se ha referido esta materia á la de la autenticidad. Pero podría tratarse también de un acta privada que tuviese fecha fija y cierta y que fuera susceptible en su consecuencia de producir efecto respecto de otras personas distintas que los firmantes (ley de 22 de Frimario, año VII, art. 40). Tampoco ha lugar á examinar, como en otro tiempo, si la contraescritura misma es un acta ó escritura auténtica ó privada para atribuir efecto á la que se redactase en la primera forma. Una escritura autorizada por notario es también tan secreta como un acta privada, y puesto que se quería proteger á los terceros, debería desecharse toda distinción (1). La consecuencia de lo que antecede es que una contraescritura extendida por medio de un acta privada, no tendría más valor porque llevase una fecha cierta. Por eso mismo una sentencia del Tribunal Supremo que había admitido una contraescritura de esta índole, porque le había señalado una fecha cierta el fallecimiento del firmante (2) fué casada el 20 de Abril de 1863, diciendo: «Considerando que las contraescrituras no producen su efecto contra las partes contrayentes sino con respecto á los terceros, es decir, con respecto á los que no las han suscrito, no pueden prevalecer sobre las actas, ora auténticas, ora privadas, que derogan; que no importa nada con relación á dichos terceros que tengan una fecha cierta, puesto que esta fecha no puede como las mismas contraescrituras producir ningún efecto, excepto contra las personas de quienes emanan ó sus causahabientes.» Poco importa, por otra

(1) El art. 1319 del Código italiano limita el efecto de las contraescrituras sólo cuando se han extendido por medio de acta privada.

(2) De ese modo había considerado las contraescrituras el art. 2267 del código de Parma y de Plasencia.

parte, que esté suscrita la contraescritura, como acontece de ordinario, al mismo tiempo que el acta ostensible, ó solamente después de cierto intervalo de tiempo. Los jueces son los que deben apreciar, según las circunstancias, si era la intención de las partes que las dos actas (es decir, aquí las dos convenciones) fuesen destinadas á confundirse. ó si se había efectuado un cambio posteriormente de buena fe.

514. «Las contraescrituras sólo pueden tener efecto, dice el art. 1321 del Código civil, entre las partes contratantes.»

No hay duda que, á los ojos de una moral rígida, debe reprobarse completamente todo género de simulación. Plinio el Jovenos dice (lib. 5.º, carta 1.ª), hablando de un arreglo de esta naturaleza, que se le había propuesto: *Respondebam, non convenire moribus meis, aliud palam, aliud agere secreto*. Y es sobrado cierto, que frecuentemente las contraescrituras están destinadas á ocultar fraudes, y especialmente fraudes á los derechos del Fisco. Sin embargo, puede haber circunstancias en que no sea en nada censurable el uso de tales medios. Puede un padre querer mejorar á un hijo suyo sin excederse de la cuota disponible, pero disimulando su liberalidad para evitar las reyertas que podría suscitar respecto de los interesados el conocimiento de esta mejora. En tal circunstancia, como en cualquiera otra semejante, es licita una contraescritura entre las partes; doctrina en perfecta armonía con la que sostiene las liberalidades disfrazadas ó paliadas hasta la concurrencia de la cuota disponible, y que se admite generalmente en el día bajo el imperio del Código civil (art. 911), por controvertible que sea en legislación.

El Tribunal de Casación (Sent. den. de 20 de Diciembre de 1852) ha aplicado esta doctrina á las contraescrituras que modifican las condiciones, fijadas por acta notarial, de una sociedad de comercio, á pesar de los principios especiales del derecho comercial (número 185), que pronuncian la nulidad de las convenciones no publicadas, aun en las relaciones de los asociados. Que si se tratara de un acta completamente irrevocable, como, por ejemplo, la adopción (Den. 14 de Junio de 1869), las *contracartas* no podrían tener efecto ni siquiera entre las partes.

515. No hallándose todavía fijo de una manera explícita en el antiguo derecho el sentido de la palabra *contraescritura*, y pudiendo, por consiguiente, comprender convenciones ó contratos no sospechosos, no se había declarado de un modo general la nulidad de semejantes actas respecto de terceros, como parece suponerlo una

sentencia del tribunal de Tréveris del 22 de Febrero de 1806. Más exacto es decir con Merlin (*Repert.*, V. *Contrelettre*, núm. 3.º), que la justicia las miraba desfavorablemente. Hállase tan sólo el germen del principio consagrado por el Código en un acta de notoriedad, certificada por las gentes del rey del Parlamento de Aix, con fecha del 2 de Julio de 1698, y concebida en estos términos: «Las contraescrituras ó declaraciones volantes, secretas y clandestinas que no están extendidas é insinuadas en los registros de los escribanos, aunque recibidas por estos oficiales, no tienen efecto ni fecha sino desde el día en que se registraron, respecto de terceros, y no tienen hipoteca sino desde el día en que fueron registradas.» El art. 1321 del Código decide de una manera más general que las contraescrituras, *no tienen efecto contra terceros*.

516. ¿Qué debe, pues, entenderse por *terceros*? Esta expresión, ¿tiene aquí el mismo significado que le hemos dado, cuando decíamos en el párrafo precedente que las convenciones consignadas por un acta, aunque fuese auténtica, sujetan á los contratantes, pero no á los terceros? Entonces entendíamos por terceros los que son *penitus extranei*, como el vecino sobre cuyo fondo declarase yo tener una servidumbre. Pero los sucesores, aun por título particular, tales como los terceros adquirentes, se hallan incontestablemente ligados por las convenciones de su autor, con tal que estén legalmente consignadas. No son, pues, terceros, sino causahabientes, en el sentido del art. 1319 del Código civil; lo que se halla auténticamente probado respecto del vendedor, lo está igualmente respecto del comprador. No es este el sentido de la palabra tercero en materia de contraescrituras. No se trata ya entonces de personas completamente extrañas á los contratantes, personas á quienes ni la escritura aparente ni la contraescritura podrían perjudicar, por la sencilla razón de que no nos es permitido disponer del derecho de otro. Aquí se trata de los causahabientes de las partes contratantes, los cuales debieron contar con la existencia del acta modificada secretamente por la contraescritura. Así, los terceros adquirentes, aun cuando se les obligue, lo mismo que se verificaba en materia de inmuebles, en el sistema del Código, á respetar el acta auténtica suscrita por su vendedor anteriormente á la escritura en que se apoyan, pueden, por el contrario, hacer declarar no haber tenido lugar respecto á ellos el recibo oculto que éste hubiera suscrito á favor de su propio vendedor, para consignar ó probar que la venta era solamente ficticia. Y precisamente porque son los causahabientes de la persona que hubiera así anulado por me-

dio de una contraescritura su propio título de adquisición, tienen interés en criticar esta contraescritura, de que no tendrían en manera alguna que ocuparse los terceros *penitus extranei*. Este derecho pertenece incontestablemente á todos los causahabientes por título particular, á los acreedores hipotecarios, lo mismo que á los terceros adquirentes (Sents. dens. de 25 de Abril de 1826; Douai, 10 de Marzo de 1849). No es menos cierto, que se debe rehusar á los sucesores por título universal, que continuando la persona del difunto, no pueden declinar ninguna de las obligaciones consentidas por él (1). Lo mismo sucede con el mandante respecto del mandatario (Burdeos, 25 de Julio de 1826). Habiendo seguido completamente su voluntad, se halla identificado con él, por decirlo así, y debe en su consecuencia ejecutar todos los actos públicos ó secretos que ha suscrito antes de la revocación del mandato.

517. Más duda se presenta en cuanto á los acreedores quirografarios de una de las partes. ¿Quedan sujetos por la contraescritura de su autor cuando vienen á ejercer sus derechos? ¿Podrá el vendedor oponer, por ejemplo, á los acreedores del comprador que reclaman el inmueble en nombre de su deudor, un acta secreta que tenga aumento de precio ostensible? En favor de la afirmativa, se invoca el principio general que los acreedores no tienen más derechos que su deudor, cuya fe ó crédito se considera que siguen. Esto es efectivamente lo que conviene decidir, cuando se pregunta respecto de quien se exigen ciertas formas de publicidad para la transmisión de la propiedad, la tradición respecto de los muebles, bajo el Código civil, la transcripción respecto de los inmuebles, en el sistema de las leyes de 11 de Brumario, año VII, y el 23 de Marzo de 1866. La pregunta no es dudosa en lo concerniente á los muebles, pues es constante que el comprador de un mueble corporal (2), es propietario por efecto de la convención respecto de los acreedores quirografarios, y que la posesión de buena fe sólo puede invocarse por los terceros que adquirieron un derecho especial sobre el objeto vendido (*Cod. civil*, artículos 1141 y 2279). En cuanto á los inmuebles, podía suscitarse alguna duda

(1) En vez de hablar de terceros, el código italiano, que es más claro (artículo 1319), limita el efecto de las contraescrituras á las partes contrayentes y á sus sucesores por título universal.

(2) En lo tocante á la transmisión de los créditos, se entiende generalmente por terceros, en el art. 1690, según la antigua práctica, hasta los acreedores del cedente que hubiera verificado el embargo anteriormente á la notificación hecha por el cesionario; pero esta es una doctrina particular que se dirige á facilitar los fraudes en materia de cesión de créditos.

bajo el imperio de la ley de 11 de Brumario, año VII, según cuyos términos (art. 26) podían oponerse las actas no transcritas á los terceros que habían *contratado con el vendedor*. Creemos, no obstante, que el legislador de Brumario no tuvo en cuenta más que á los terceros adquirentes y á los acreedores hipotecarios, puesto que añadía, y *que se hubieran conformado con las disposiciones de la presente*, es decir, que hubieran hecho conocer su derecho siguiendo las formas establecidas para la traslación de la propiedad y para la inscripción de las hipotecas. Pero no puede subsistir duda alguna bajo el imperio de la ley de 23 de Marzo de 1855, cuya redacción, modificada de propósito para excluir á los acreedores quirografarios, no tolera que se prevalgan de la falta de transcripción más que á los que tienen *derechos sobre el inmueble* (1). En su consecuencia, y como ha juzgado el tribunal de Nancy el 8 de Diciembre de 1856, la prioridad, aun de la transcripción del embargo (*Cod. de proc.*, art. 686) no impediría al adquirente reivindicar el inmueble, respectó de los acreedores quirografarios, con tal que la venta tuviese fecha cierta anterior á esta transcripción (art. cit. 686).

El espíritu de la ley en materia de contraescrituras nos conduce á adoptar un sistema muy diferente. Trátase de un acta ostensible de naturaleza propia para inducir en error á los acreedores quirografarios, lo mismo que á los causahabientes por título particular. Pues bien: el vendedor ha participado de la reticencia de que hoy quiere prevalerse; es su propio hecho el que ha dado origen á los derechos que pretende en el día destruir. Si los acreedores son representados por su deudor, no es cuando se trata precisamente de convenciones que, propendiendo á sustraerles una parte del patrimonio de este deudor, son sospechosas de fraude respecto á ellos (2). No es exacto, por otra parte, comparar los principios sobre

(1) El proyecto decía simplemente de los *derechos*. «Se ha querido, dice el informante M. de Belleyme, descartar la pretensión de los acreedores quirografarios que hubieran querido oponer la falta de transcripción. Este derecho se les niega por el proyecto de la ley.» No hablamos de las donaciones respecto de las cuales se suscita una dificultad enteramente especial (*Cod. civ.*, art. 941; ley de 1855, artículo 11). Se consultará con fruto sobre el sistema general de las leyes del año 7.º y de 1855 el trabajo de nuestro colega y amigo M. Duverger (*Revista práctica*, tom. 10, páginas 161 y siguientes).

(2) Pero si los acreedores ejercitasen sólo los derechos de su deudor (art. 1166, *Cod. civ.*) y especialmente si invocasen un convenio hecho en pro del mismo, cuando se hubiese fijado en un contra-recibo la importancia de este convenio, en ese caso se les podría oponer dicho contra-recibo (Den. 28 de Mayo de 1870). * Acerca de este punto de jurisprudencia respecto de la distinción que hay que establecer entre los acreedores que ejercitan los derechos de su deudor, es decir, que se apro-

las contraescrituras con los que rigen la transmisión de la propiedad para con los acreedores. Si el tercer detentador, aun en el sistema de la publicidad de los derechos reales, es preferido á los acreedores quirografarios, es porque no tiene que censurarse el haber usado de simulación respecto de éstos; mientras que, en el caso de que tratamos, se puede echar en cara al vendedor haberles dejado creer voluntariamente que su autor no era deudor mas que de un precio inferior al precio real. Tal es, en efecto, la doctrina de la jurisprudencia (Cas., 23 de Febrero de 1835), que sienta como principio que en materia de contraescrituras, los terceros son los que no han suscrito estas actas, aun cuando no hubieran tratado especialmente, en vista del derecho aparente (Cas., 16 de Diciembre de 1840); y asimilando, por lo demás, á los que firmaron el acta secreta á aquellos que tienen obligación de cumplir sus compromisos, como los herederos y el mandante (1) (V. en el mismo sentido Paris, 29 de Abril de 1837)

Semejante doctrina recibe, no obstante una atenuación, en lo que concierne á la parte principal de la quiebra. Es cierto que se asimila esa parte á un sucesor *in universum jus*, en cuanto no puede desvirtuar los pagarés del quebrado que no tuviesen una fecha cierta (V. núm. 697); pero no se les puede oponer los contra-recibos, sino en el caso en que se hubiesen extendido con sinceridad y buena fe entre el deudor *in bonis* y aquel que los invoca (Competencia den., 10 de Marzo de 1847, y Dijon, 13 de Junio de 1864.)

518. Este hecho de disimulo personal que se invoca aquí contra el que quiere prevalerse de la contraescritura, puede servir de respuesta á la objeción que se presenta á veces contra esta doctrina, cuando se hace observar que se halla en contradicción con la falta de publicidad que existía en el sistema del Código respecto de los actos más importantes. El disfavor de las contraescrituras comenzó en la antigua jurisprudencia, cuando, salvas las reglas particulares á las costumbres, de dejar prendas ó garantías, se preocupaban poco

vechan de la acción oblicua del art. 1196, y los otros acreedores que se valen de la acción directa obrando en su propio nombre y que no son ya, por consiguiente, causahabientes, sino terceros (véanse los fallos siguientes: Caen, 17 de Mayo de 1873; Cas. 18 de Agosto de 1874, 20 de Diciembre de 1876, 3 de Julio de 1882 y 3 de Enero de 1883. *

(1) Una situación que se parece mucho á la del que posee un título nominal del que le ha despojado un contra-recibo, es la del testafarro. No se debe confundir con el mandatario ordinario al testafarro, con el cual los terceros tienen el derecho de tratar con toda seguridad, bien lo ignoren, bien lo conozcan. (Den. 25 de Enero de 1864 y 28 de Julio de 1869).

de la publicidad para la transmisión de la propiedad: no hay, pues, punto de contacto necesario entre el art. 1321 y el sistema de la ley de 11 de Brumario del año VII, sobre el cual no se habían fijado los redactores del Código, cuando se redactó este artículo, y al cual no se volvió hasta 1855. Por otra parte, la venta de un mismo inmueble hecha á dos compradores sucesivos es un fraude grosero, poco frecuente por fortuna en la práctica, mientras que las contraescrituras se han usado siempre para cubrir las convenciones que las partes tenían interés en disimular, por lo que han debido despertar la solicitud del legislador. Ha hecho, pues, bien de proscribir respecto de los terceros, independientemente del sistema que adoptase ulteriormente sobre la transmisión de la propiedad, reservas cuyos graves abusos ha dado á conocer la experiencia.

519. No debe creerse, sin embargo, que las contraescrituras sean, respecto de los causahabientes cuyos derechos acabamos de consignar, actos completamente extraños, como lo son las convenciones de las partes, respecto de los terceros *penitus extranei*, á los cuales no pueden perjudicar ni aprovechar (*Cód civil*, art. 1165). En principio, teniendo efecto las contraescrituras respecto de las partes contratantes, pueden tenerlo respecto de sus causahabientes. Si pueden hacerlas considerar como no presentadas en lo relativo á su interés, no ha lugar á volver contra ellos esta facultad, que sólo se ha introducido en su favor. Es únicamente *contra los terceros*, respecto de los que las contraescrituras no producen efecto (*Ibid.*, artículo 1321). Si en vez de combatir las, las invocan; si, por ejemplo, los acreedores del vendedor exigen del comprador un suplemento de precio expresado en un acta secreta, éste no puede negar el pago, así como no lo podría respecto del vendedor mismo, según se ha juzgado por sentencia del Tribunal de París de 2 de Germinal del año XIII. Igualmente la Administración del registro tiene fundamento para prevalerse de una contraescritura que declara que una venta anterior no es formal, para exigir sobre la contraescritura misma un derecho proporcional de retrocesión (*Sent.* de 20 de Julio de 1859).

Pero si el contra-recibo fuere inherente en cierto modo al propio título, tendría el mismo carácter y se debería aplicar entonces el principio que, en donde no se descubre ningún fraude, la Hacienda considera el acta *prout sonat* (V. núm. 140 duplicado).

De este modo es como el Tribunal del Sena (1.º de Agosto de 1868) se ha negado á autorizar la cobranza del derecho de traslación, después de un fallecimiento, sobre valores al portador cuyo tenedor

reconocía por medio de un contra-recibo que pertenecían á un tercero, cuyo contra-recibo se hallaba confirmado por lo escrito en el sobre que contenía los mencionados valores.

520. En las diversas soluciones que hemos adoptado hasta aquí, hemos supuesto que una contraescritura que contuviera aumento del precio estipulado en una venta produce efecto entre las partes contratantes. Esta proposición no sería, no obstante, verdadera, sino distinguiendo, si fuera necesario adherirse al art. 40 de la ley de 22 de Frimario, año VII, concebido en estos términos: «Toda contraescritura hecha privadamente, que tenga por objeto un aumento de precio estipulado en un acta ó escritura pública, ó en un acta ó escritura privada precedentemente registrada, es declarada nula y de ningún efecto.» Las contraescrituras, teniendo habitualmente lugar en la práctica para defraudar los derechos del Fisco, el legislador del año VII quiso reprimirlas, rehusando toda acción al vendedor y al arrendador ó locador (porque el texto habla de *precio* en general) á fin de obtener las prestaciones supletorias en que se hubieran secretamente convenido. Esta nulidad no existía, sin embargo, sino con dos condiciones: 1.^a, que la contraescritura lo fuera *con firma privada*; pues las contraescrituras autorizadas por notario no ofrecen ningún peligro respecto del fisco, puesto que deben ser registradas en un breve plazo, mientras que no se registran las otras contraescrituras, sino cuando es necesario producir las en juicio; 2.^a, que el precio se hubiera estipulado desde luego por un acta pública ó por un acta con firma privada *precedentemente registrada*, y por consiguiente, destinada á servir de base para la percepción de los derechos; si los derechos no hubiesen sido realizados desde luego bajo un pie inferior al precio real, no estarían de ningún modo comprometidos los intereses del fisco.

Merlín enseña (*Cuestiones de derecho*, V. *Contraescritura*, § 3.^o), y el Tribunal de Casación había desde luego juzgado que este artículo 40, perteneciente á una legislación especial, no estaba abrogado por el art. 1321 del Código civil. Por otra parte, se añade, las expresiones mismas del artículo: «Las contraescrituras no *pueden* tener su efecto sino entre las partes contratantes», no implican su validez en todo caso, sino solamente la posibilidad de esta validez. Es verdad que estas expresiones, si no se supiese con qué intención se han empleado por el legislador, no serían por sí mismas bastante precisas para derogar el texto de una ley especial. Pero lo que explica bien su sentido es la discusión que tuvo lugar en el Consejo de Estado, y á consecuencia de la cual se redactó el

artículo 1321, que no existía en el proyecto. M. Duchatel, director general del registro, pidió en la sesión del 2 de Brumario, año XII, que se proscribiera el uso de las contraescrituras, pero él fué el único de este parecer. «Las contraescrituras, dice Berlier, tienen lugar frecuentemente para eludir ó disminuir los derechos que se deben al tesoro público; pero esta especie de fraude no debe ser castigada con la pena de nulidad, sino por medio de multas, y en ningún caso puede el legislador hacer intervenir su voluntad en lugar de la de las partes, para acrecentar ó aminorar las obligaciones respectivas que éstas se han impuesto.» El cónsul Cambaceres recordó entonces, criticándolo, el art. 40 de la ley de Frimario, y Tronchet dijo: «Debe distinguirse; una contraescritura debe ser válida entre las partes, y nula contra los terceros; pues bien: la administración del registro es un tercero con relación al acta ó escritura.» La redacción que se hizo después por la sección de la legislación no fué evidentemente más que la reproducción de esta doctrina de Tronchet. Y se acusa inoportunamente nuestra interpretación de querer que invada el Código civil los límites de las leyes especiales, cuando, al contrario, en el caso de que se trataba, era la ley fiscal la que quería invadir el derecho común, apelando á la mala fe en apoyo de sus combinaciones. Tal ha sido el sentido en que se há pronunciado un fallo el 30 de Enero de 1819. Muchos tribunales, especialmente el de Dijon, el 9 de Julio de 1828, y el de Aix, el 21 de Febrero de 1832, se adhirieron á esta doctrina. Y lo notable es que la sentencia del tribunal de Dijon dió lugar á un recurso de casación, pero sólo sobre otro punto, no habiéndose considerado como sostenible el fundamento sacado del pretendido mantenimiento del art. 40 de la ley de Frimario.

Cuando se presentó el proyecto que ha llegado á ser la ley del 23 de Agosto de 1871 sobre registro, se hizo una nueva tentativa para conseguir, en interés de la Hacienda, la nulidad de las contralettras que contenían aumento, bien sea del precio de una venta, bien sea del pago de un cambio ó de una partición. Según los términos del art. 12 de este proyecto, el vendedor de bienes inmuebles y el que permutaba la mayor parte de ellos, no podían entablar ninguna acción judicial para el pago de lo que se hubiese estipulado, superior al precio de la venta ó del pago consignado en el acta. Podía reclamarse cualquiera cantidad que se hubiese satisfecho por consecuencia de estipulaciones de esta índole. La Asamblea nacional hizo caso omiso de esas disposiciones, porque presentaban un aliciente á la mala fe. Se limitó á sustituir á la multa

triple del derecho sobre los valores ocultos, que imponía la segunda parte del art. 40 de la ley de Frimario, una multa igual á la cuarta parte de la suma oculta en el remanente del pago. (Ley de 23 de Agosto de 1871, art. 12.)

521. Si se tratase, en sentido inverso, de una disminución de precio contenida en una contraescritura, no habría dificultad, pues el Fisco tendría, así como como cualquier otro interesado, el derecho de hacerla considerar como no efectuada.

522. Hay un caso en que el Código civil mismo (art. 1396) pronuncia la nulidad de las contraescrituras entre las partes contratantes, y es cuando se trata de cambios ó alteraciones ó de contraescrituras que se hubieran hecho después de la redacción del contrato de matrimonio, sin la autenticidad requerida, ó bien sin el consentimiento de todos aquellos que eran partes en este contrato. Esto consiste en que entonces la palabra *contraescritura* recobra el sentido general que tenía en la antigua jurisprudencia, y designa simplemente un acta posterior á una primera acta, que la modifica de cualquier manera. Y en efecto, aun cuando se tratase de un cambio efectuado posteriormente á las convenciones matrimoniales, sin que hubiera habido intención alguna de disimulo entre las partes, lo cual no entraría de ningún modo en la hipótesis del artículo 1321 del Código, sería preciso decidir también, que hay nulidad con respecto á las partes mismas si no se hubieran observado las condiciones que requiere la ley. No es el disimulo solamente, sino el cambio no revestido de ciertas formas, lo que se ha querido proscribir en esta materia. Es, pues, inexacto presentar, como se hacía en la redacción propuesta por el tribunado sobre el artículo 1321, las reglas sobre las contraescrituras en los contratos de matrimonio, como constituyendo excepción al principio general de este artículo. El art. 1396 es una disposición especial que restringe la capacidad de las partes, y es evidente que el art. 1321, al pronunciar respecto á ellas la validez de las contraescrituras, las ha supuesto con capacidad legal. El art. 1321 proscribe las contraescrituras, como un disimulo con relación á los terceros solamente; el art. 1396 prohíbe aun respecto de las partes, á falta de ciertas condiciones, los cambios que se hacen en el contrato, cambios de que no son más que una especie las contraescrituras propiamente dichas. Por el contrario, la palabra *contraescritura* vuelve á adquirir su significación propia en la disposición siguiente (art. 1397), que declara sin efecto, con respecto á terceros, las alteraciones y las contraescrituras, aun en forma debida respecto de las partes contra-

tantes, si no se han redactado á continuación de la minuta ú original del contrato de matrimonio.

523. Finalmente, una jurisprudencia constante (V. especialmente (Cas. 28 de Mayo de 1851, 2 de Marzo de 1864 y * 13 de Julio de 1885 *), anula, aun con respecto á las partes contratantes, las contraescrituras que tienen por objeto sustituir otro precio al precio ostensible contenido en el tratado ó convenio que los contratantes han sometido á la cancellería para la cesión de un oficio. Este cambio, hecho en fraude de la ley, no tiene ni aun el efecto de una obligación natural, según lo ha juzgado el Tribunal Supremo varias veces, especialmente por sentencia de casación de 4 de Enero de 1846. Debe advertirse que antiguamente se proscribió el mismo abuso con la misma severidad, y que el Parlamento de Paris (acuerdo de reglamento de 7 de Diciembre de 1691 y de 8 de Agosto de 1714) declaró nula asimismo toda contraescritura relativa á la adquisición de oficios de procurader, notario ú otros semejantes.

524. No debe confundirse con las contraescrituras, las reservas hechas expresamente en el acta, en beneficio de un tercero, tales como la declaración de sustitución ó novación de persona (*command*) ó delegación, por la cual el comprador se reserva elegir, en cierto plazo, una persona que tome el negocio por su cuenta propia; pues en esto no hay modificación secreta de un acta ostensible, puesto que el acta misma anuncia la reserva. La declaración de sustitución (*command*) produce, pues, efecto con relación á todos, pero es necesario, si se quiere evitar el doble derecho de sustitución, notificarla en el término de veinticuatro horas, á la administración del registro (ley de 22 de Frimario, año VII, art. 68, §§ 1.º-24.

525. Á este mismo término de veinticuatro horas hay que atenerse cuando se trata de una contraescritura que se dirige á hacer considerar la sustitución como no efectuada. Las partes no pueden evitar el pago del doble derecho proporcional, sino en cuanto han desistido de sus convenciones por acta auténtica, autorizada en las veinticuatro horas contadas desde la rescisión de la escritura (Ibid., 40). Concluído este plazo, se podría, en materia civil, examinar si ha habido contraescritura ó retrocesión, pero en materia fiscal se presume la retrocesión. De otra suerte, siempre que un comprador revendiera á su vendedor el inmueble que le compró, se eludirían fácilmente los derechos de sustitución ó traspaso, presentando la escritura ó acta nueva como una contraescritura. Quedaría, sin duda alguna, la facultad de acreditar el fraude; pero en cuanto á la

percepción de derechos, importa partir de reglas fijas é inmutables. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Casación el 7 de Agosto de 1807 y el 25 de Octubre de 1808 (V. en un caso análogo la sentencia de casación dada, reunidas las secciones, el 29 de Diciembre de 1821).

526. Además de las cesiones ó retrocesiones hechas sin fraude, es preciso considerar igualmente como válida, aun respecto de terceros, la declaración por la cual arreglan las partes los efectos de una convención anterior. Así lo ha decidido el Tribunal de Dijon el 1.º de Marzo de 1851, con respecto al acta por la que uno de los coherederos solidarios declaraba que la obligación no concernía más que á él sólo: el tribunal se fundó en el motivo de que la contraescritura en nuestro derecho es «un acta, por la cual las partes contratantes consignan que una convención inserta en otra acta no es sincera y real, y restituyen á esta convención el verdadero carácter que le pertenece.» Pues bien: no hay nada parecido á esto en el caso en cuestión, puesto que la deuda solidaria no tiene nada de ficticio, y la declaración hecha con posterioridad no es más que la aplicación del art. 1216 del Código civil, que supone formalmente que la deuda solidaria puede no referirse más que á uno de los deudores.

* * * Las contraescrituras, dice el Sr. Escribano en su *Diccionario*, que suelen ser un papel secreto ó reservado por el que se deroga en todo ó en parte lo expresado en una escritura ostensible, sólo tienen efecto entre los contrayentes, mas no contra terceras personas; de manera que si dos contratantes declaran en una escritura que la venta que otorgaron no es real y verdadera, y el comprador vende después el objeto de dicha venta á otra persona, será válida esta segunda venta, sin que pueda oponerse al segundo comprador la contraescritura.—(N. del T.)

* * * Relativamente á los documentos públicos, ordena el art. 1219 del Código civil que las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados, sólo producirán efecto contra terceros cuando el contenido de aquéllas hubiese sido anotado en el registro público competente ó al margen de la escritura matriz y del traslado ó copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero.

Respecto á los documentos privados, dispone el art. 1230 que los hechos para alterar lo pactado en escritura pública no producen efecto contra tercero.—(N. de la R.)

SEGUNDA DIVISIÓN

DE LAS ACTAS DEL ESTADO CIVIL Y ESPECIALMENTE DE LA FE
QUE SE REFIERE Á ESTAS ACTAS

SUMARIO: 527. No debe estarse estrictamente á las formas en esta materia.—528. Aplicación de la teoría de Dumoulin sobre la fe que se debe al oficial.—529.—Confusión entre el falso testimonio y la falsedad.—530. Falsedad según el Código penal de 1811.—531. Sistema del Código penal sobre las declaraciones falsas.—532. Noción extensiva de lo falso, autorizada por la jurisprudencia.—533. En qué límites se aplica esta jurisprudencia á las actas del estado civil.—534. Omisión de la ley respecto de las declaraciones falsas, hechas extrajudicialmente.—535. Simulación.—536. Prueba de la identidad del portador del acta.—537. División.

527. No tratamos de entregarnos aquí al estudio minucioso de las formas que traza la ley para la redacción de las actas del estado civil (1). Este estudio ofrecería poco interés, en cuanto al objeto que nos proponemos en esta obra, puesto que no se prescribe ninguna de estas formas bajo pena de nulidad y que en su consecuencia, es posible prevalerse siempre de las menciones que contiene el acta, salvo el rectificarla, si ha lugar á ello. Los derechos de las partes interesadas, extrañas la mayor parte del tiempo á la redacción de estos preciosos documentos, no pueden depender de la negligencia ó de la ignorancia de los oficiales, quienes sobre todo, en el campo, ofrecen menos garantías que los escribanos; así resulta

(1) Puede consultarse sobre la historia de esta materia, ya indicada más arriba (núm. 189), las *Investigaciones sobre la legislación y el modo de llevar las actas del estado civil*, por Berriat de Saint Prix (1842). De este trabajo resulta que los registros más antiguos, consignando los nacimientos, matrimonios y defunciones, son los de la parroquia de San Juan de Greve, en Paris, pues datan de 1515. La memoria de M. Loir ya citada, sobre el *Estado religioso y civil de los católicos en Francia antes de 1792* (*Revista del derecho francés y extranjero*, tomo 6.º, págs. 701 y sigs.), contiene documentos aún más completos. * Agregar E. Egger, *Observaciones históricas acerca de la institución que entre los atenienses correspondía á nuestro estado civil*, en la *Revista arqueológica*, nueva serie, segundo año, tomo 4.º, págs. 169 y siguientes, así como un artículo de M. Harold de Fontenay, en la *Biblioteca de la escuela de cartas*, sexta serie, tomo 5.º Indagaciones y trabajos posteriores á los que menciona M. Bonnier han probado que los registros del estado civil en nuestro país tienen origen más antiguo. Para los registros de casamiento y de defunción se encuentra dicho origen en los libros de cuentas, en los que anotaban los párrocos los derechos pecuniarios que no se habían satisfecho en el acto y que se les quedaba en deber. En lo que concierne á los registros de bautismos, los destinaba la oficina de las genealogías á impedir, que parientes de grados prohibidos por la Iglesia pudieran casarse por ignorar cualquiera su grado de parentesco. Cpr. sobre la historia y el desarrollo de dicha institución del estado civil, P. Viollet, *Compendio de la historia del derecho francés*, tomo 1.º, págs. 383 y siguientes. *

de la discusión en el Consejo de Estado (sesión de 6 de Fructidor, año XI), y de lo que han juzgado expresamente el Tribunal de Casación (Sents. dens. de 13 de Fructidor, año X, y 21 de Junio de 1814), el de Bruselas (1) (el 4 de Julio de 1811), y el de Angers (el 25 de Mayo de 1822). Es verdad que el tribunal de Caen, el 13 de Junio de 1819, ha anulado un matrimonio en que figuraron tres mujeres en el número de los testigos, pero fué porque el tribunal vió en esta circunstancia, unida á la falta de firma del cuarto testigo, un indicio de falta de publicidad. Si este principio fundamental de la materia no es apenas disputado en tesis general, se inclinan á desconocerlo en su aplicación ciertas teorías, según tendremos ocasión de advertir.

Conforme á la opinión que ya hemos tenido ocasión de enunciar, en lo relativo á la prueba del matrimonio (núm. 200), creemos que no se deben desechar, como faltas de fe, las actas escritas en hojas volantes, según ha juzgado el tribunal de Metz, el 19 de Agosto de 1824, relativamente á un reconocimiento de un hijo natural. Por otra parte, debe notarse la poca gravedad de la pena con que se castiga esta contravención por el art. 192 del Código penal, que no impone más que prisión de uno á tres meses, y multa de dieciséis á doscientos francos. Las expresiones de la exposición de motivos sobre este artículo vienen aun en apoyo de nuestra opinión. «En este caso, dice Berlier, los oficiales comprometen el estado civil de las personas; se hacen culpables por lo menos de negligencia, y la necesidad de regularizar un punto tan importante justificará fácilmente las penas de policía correccional que se les imponen.» ¿Cómo había de haber querido el legislador justificar en este caso la aplicación de penas correccionales, si la inscripción en una hoja volante bastara para quitar al acta toda fuerza probatoria, lo cual es muy distinto de la irregularidad de que habla Berlier?

Por nuestra parte, creemos con Merlin (*Repert.*, V. *Etat civil*, § 5.^o, núm. 8.^o), que no habría nulidad, en el caso de que el oficial civil extendiese el acta del nacimiento, del matrimonio ó de la defunción de sus parientes más próximos, ó bien el acta que acreditase el parto de su mujer, aunque conviene abstenerse en some-

(1) En el caso juzgado por el tribunal de Bruselas, se trataba de un acta de nacimiento en que no se habia hecho mención ni de la edad del padre y de la madre, ni de la de los testigos, ni de la presentación del niño al oficial del estado civil, ni aun del lugar del nacimiento.

jante hipótesis, como lo prescribe una carta del guardasellos de 21 de Julio de 1818. El único límite que pone la naturaleza misma de las cosas á su competencia, bajo esté respectó, es que no podría sin duda alguna ejercer sus funciones, relativamente á su propio matrimonio, como han hecho ciertos ministros del culto protestante, pues sería material y moralmente imposible que figurase en la misma acta como interrogador y como interrogado á un mismo tiempo.

528. Dejaremos, pues, aparte las formas, para ocuparnos únicamente de la fe que se debe á las actas del estado civil. Y desde luego nos preguntaremos, en general, qué confianza puede merecer el oficial civil en el ejercicio de su ministerio.

Es evidente que este oficial, así como el escribano, atestigua solamente aquello de que ha sido testigo, es decir, que se ha verificado tal declaración, que han pasado á su presencia tales hechos. Pero en cuanto á la realidad de los hechos, que se le han declarado solamente, *que non fiunt, nec disponuntur, sed tantum recitantur*, como dice Dumoulin, no puede garantizarse. En su consecuencia, no puede fundarse persecución alguna de falsedad, al menos contra el oficial civil, en la inexactitud de las aserciones consignadas en el acta, con tal que estas aserciones mismas se hayan reproducido fielmente. Parece en su consecuencia, según se ha juzgado por sentencias denegatorias de 12 de Junio de 1823 y de 16 de Marzo de 1841, que lo que está consignado hasta que se pruebe su falsedad, es que tales personas han declarado la existencia de tales ó tales hechos al funcionario redactor, pero de ningún modo que estas declaraciones sean conformes á la verdad; pues este último punto sólo se entiende acreditado mientras no haya prueba en contrario.

529. Según el fallo de 1823, cuya doctrina se ha reproducido por el tribunal de Nimes el 13 de Junio de 1860, «la falsedad de la declaración de los testigos no es más que una falsedad que no altera la sustancia del acta.» Pero una doctrina admitida por muchos autores, y que prevalece en el día en la jurisprudencia, ve, por el contrario, en las declaraciones falsas de esta naturaleza una falsedad caracterizada. El origen de esta extensión tan amplia de la idea de falsedad, remonta al derecho romano, del cual se sabe que han tomado mucho nuestros antiguos criminalistas. No es esto decir que la ley Cornelia *De falsis* hubiera considerado como falsedad la simple manifestación falsa, sin falsificación alguna de escritura. *Quid sit falsum queritur*, dice Paulo (l. 23, D. *De lege Corn.*, *De fals.*), *et videtur id esse, si quis alienum chirografum imite-*

tur, aut libellum, vel rationes intercidat, vel describat: non qui alias in computatione, vel ratione mentiuntur. Pero más adelante se vió por extensión una especie de falsedad, *quasi falsum*, en el falso testimonio (Modest., l. 27, pr., *ibid.*), en la simple exposición de hechos falsos contenida en una memoria (Modest., l. 29, *ibid.*), y finalmente, hasta en el hecho de vender con pesos ó medidas falsas (Modest., l. 32, § 1.º, *ibid.*). Esta extensión se transmitió á las leyes bárbaras (1). *Falsum est*, dice la ley danesa, *si terminum finesve quis moverit, monetam nisi venia vel mandato regio cusserit, nummisve reprobis dolo malo emat vendatque, vel argento adulterino* (Ancher, *Lex Cimbrica*, lib. 3.º, cap. 65).

Nuestra antigua jurisprudencia, adhiriéndose á estos errores (V. Muyart de Vouglans, *Tratado de los crímenes*, tit. 7.º), confundió, bajo la denominación de falsedad, todo hecho fraudulento que propendiera á alterar la verdad con el fin de engañar á otro: *Actus dolosus animo, corrumpendæ veritatis ad decipiendum alterum adhibitus*. Entonces no era el falso testimonio más que una rama de la falsedad. Esta expresión se conservó incontestablemente por el mero hecho de no estar abolida, hasta la promulgación del Código penal de 1810; porque el Código penal de 1791 (2.ª parte, título 2.º, secc. 2.ª, artículos 41 y siguientes) castigaba la falsedad sin definirla, imponiendo solamente penas especiales contra la venta con pesos ó medidas falsas. En cuanto al Código de 3 de Brumario, año IV, se ocupó del procedimiento sobre la falsedad, sin explicarse más en cuanto á la definición de este crimen. No hay, pues, lugar á admirarse de que la jurisprudencia anterior al Código penal de 1810, haya considerado como constituyendo falsedad, las declaraciones falsas destinadas á insertarse en un acta pública, por ejemplo, las falsas declaraciones sobre filiación en un acta de nacimiento (V. las sentencias citadas en el *Repertorio* de Merlin, palabras *Faux* y *Maternité*).

530. Pero el Código penal de 1810 tuvo cuidado de definir la falsedad, la cual dejó desde entonces de tener el carácter vago é indeterminado que había conservado rigiendo las legislaciones anteriores. Este Código dedica una sección entera á la falsedad (libro 3.º, tit. 1.º, cap. 3.º, secc. 1.ª), que comprende también, en la

(1) El crimen *falsi*, que lleva consigo la incapacidad de testificar, según la ley inglesa, no se entiende de un modo tan lato; pero comprende también el falso testimonio, y los intérpretes (Greenleaf, tomo 1.º, págs. 492 y siguientes) se ven apurados para caracterizarlo con exactitud.

acepción más lata de la palabra (1), los crímenes relativos á la moneda falsa, á la falsificación de sellos del Estado, de billetes de Banco, etc. Pero la falsedad propiamente dicha no es más que la falsedad *en las escrituras*. Ninguna alusión á la falsedad cometida por medio de la palabra, de que se ocupaban nuestros antiguos criminalistas (V. Muyart de Vouglans, *loc. cit.*). El falso testimonio y la calumnia, considerados en otro tiempo como verdaderas falsedades, son remitidos á otra parte del Código penal (artículos 361 y siguientes). No obstante, en lo relativo á los funcionarios públicos, la falsedad *material* y la falsedad *intelectual* han sido especialmente previstas y castigadas igualmente con trabajos forzados perpetuos. El art. 145 habla de la primera, que consiste en firmas falsas, en la alteración de escrituras, etc. El art. 146 habla de la segunda, que supone que un oficial público, al redactar actas de su ministerio, ha desnaturalizado fraudulentamente su sustancia ó sus circunstancias. Después viene el art. 147, que es el punto de la dificultad, puesto que es el relativo á las falsedades cometidas por simples particulares.

«Serán castigadas con trabajos forzados temporales, dice este artículo, todas las personas que hayan cometido una falsedad en escritura auténtica y pública, ó en escritura de comercio ó de banco.» He aquí cuál es la proposición principal del artículo. Pues bien: por falsedad en escritura se ha entendido siempre la falsedad cometida, bien sea por el falso redactor, que desnaturaliza el escrito al confeccionarlo ó que lo altera después, ya por el falsario propiamente dicho, que hace un escrito enteramente supuesto. En cuanto á las declaraciones falsas, jamás han constituido una falsedad en escritura, sino una falsedad cometida por palabras, falsedad que no se halla prevista como tal por el Código penal de 1810. Si, pues, el art. 147 se hubiera atendido á esta proposición general que castiga la falsedad de escritura pública, no podría suscitarse ninguna duda formal sobre el sentido de la ley. Pero, por desgracia, entra después en las explanaciones siguientes sobre la manera como puede cometerse la falsedad: «Sea por falsificación ó alteración de las escrituras ó de las firmas; sea por formar convenciones, disposiciones, obligaciones ó liberaciones, ó por insertarlas posterior-

(1) Esta asimilación no es puramente teórica. Según los términos de los artículos 164 y 165 del Código penal, el falsario, *lato sensu*, es castigado con una multa que puede elevarse á la cuarta parte del beneficio ilícito que se ha procurado; y antes del decreto de 12 de Abril de 1848, si era condenado á trabajos forzados temporales ó á reclusión, debía siempre sufrir la vergüenza pública.

mente en estas actas; sea por medio de adiciones ó alteraciones de cláusulas, de declaraciones de hechos, que estas actas tenían por objeto consignar.» Hánse apoderado de estas últimas expresiones para sostener que las declaraciones falsas, especialmente en las actas del estado civil, constituyen en el día una falsedad caracterizada. Pero ¿es verosímil que el legislador, queriendo definir la falsedad en escritura cometida por particulares, haya presentado, como ejemplo, casos en que el pretendido falsario no ha hecho más que una declaración verbal? Toda esta explanación ¿no se halla dominada por la proposición principal que sólo habla de escritura? Si el último aparte del art. 147, que habla de una *alteración de declaraciones*, parece aludir á una falsedad oral, es fácil contestar que el aparte precedente habla también de la *formación de obligaciones*; pero que lo que sigue, donde se trata de *inserción posterior en las actas*, da bien á entender que por *obligaciones* entiende aquí el legislador, en el estilo de la práctica, la escritura que prueba las obligaciones. La misma confusión ha podido cometerse también respecto de las declaraciones, y la *alteración de estas declaraciones* parece significar sencillamente la alteración del acta que es su prueba. Véase, pues, que este equívoco lamentable, sobre un punto tan esencial, consiste en el abuso del lenguaje, tomado por el Código penal á los prácticos, que se inclina á confundir la prueba del hecho con el hecho mismo (1). Pero el sentido general del art. 147 resulta claramente de la exposición de motivos, que, después de haber distinguido, respecto de los oficiales públicos, la falsedad material y la intelectual, añade que la pena no es temporal sino respecto del simple particular, *falsificador de escrituras auténticas*. Trátase, pues, de una falsificación, de una falsedad material, y no de un simple engaño.

531. El examen de la economía general del Código penal viene también á confirmar la opinión que resulta de un análisis exacto del art. 147. En efecto, el género de declaración falsa que ofrece más peligro á la sociedad, la *suposición de parto*, sólo se castiga con la reclusión por el art. 345, mientras se impone contra la falsedad la pena de trabajos forzados temporales. ¿Cómo concebir, si hubiere realmente falsedad en la suposición de parto, que se hubiera impuesto una pena más leve contra la falsedad de esta naturaleza que ofrecía más gravedad? Sería injuriar al legislador suponer en él

(1) Esto prueba el grave peligro, aun bajo el punto de vista práctico, de la introducción de expresiones inexactas en el texto de las leyes (véase el núm. 453).

semejante contradicción. Nada igual se encuentra en la jurisprudencia romana, la cual, después de haber hecho entrar la suposición de parto en la calificación de falsedad, tomada en sentido lato (*lato sensu*), (Núm. 529; V. Dig. y Cód. *passim*, *Ad leg. Corn., De fals.*), no se contentaba para la suposición de parto con la pena ordinaria de falsedad, es decir, con la deportación (Marc., l. 1.º, § 13, *D. h. t.*), sino que imponía la pena capital: *Obstetricem quæ partum alienum attulit, ut suponi possit, summo supplicio affici placuit*, dice Paulo (Sent., lib. 2.º, tit. 24, § 9.º). Asimismo, el Código penal de 1791 (lib. 2.º, tit. 2.º, secc. 1.ª, art. 32) imponía doce años de cadena al que hubiera destruido la prueba del estado civil de una persona, al paso que no castigaba la falsedad (Ibid., secc. 2.ª, artículo 44) más que con ocho años de cadena. ¡Y se quiere que el de 1810 haya establecido la clasificación de los crímenes en un sentido diametralmente opuesto! La reclusión era por lo demás, antes de la revisión de 1863, la pena del falso testimonio en materia civil (*Cód. pen.* antiguo, art. 363). La suposición de parto se halla, pues, asimilada al falso testimonio y no á la falsedad. En su consecuencia, las demás declaraciones falaces, menos graves por lo común por sus consecuencias que la suposición de parto, no pueden tampoco constituir una falsedad.

532. Pero esta opinión no ha prevalecido en la práctica, que se ha adherido á una interpretación literal de las expresiones del artículo 147: *alteración de declaraciones que las actas tenían por objeto recibir y consignar*. La sentencia denegatoria de 12 de Junio de 1823, que no consideraba como probados hasta la redargución de falsedad, más que los hechos atestiguados por el oficial público de *visu et auditu*, no ha constituido desgraciadamente jurisprudencia. Por nuestra parte no conocemos, en el sentido de esta doctrina, más que la sentencia de Nimes del 13 de Junio de 1860, citada más arriba, y una sentencia del tribunal de París del 30 de Enero de 1839, que rehusó ver una falsedad por *suposición de persona* en el hecho de haberse constituido en la cárcel una persona por otra, por no haber *concurrido* el pretendido falsario á la redacción de la nota ó registro de presos que se argüía de falso. El Tribunal de Casación sostuvo en todo su vigor el principio fundado en una interpretación errónea del Código penal, que considera como falsedad la declaración falsa destinada á consignarse en un acta pública; de esta suerte ha vuelto también á la extensión que daban á la noción de falsedad (núm. 529) nuestros antiguos criminalistas. Así, ha visto (Cas. 10 de Febrero de 1827) una falsedad caracteri-

zada en el hecho de haberse hecho anotar en el registro de presos por otro (1). Más severa de lo que lo fué antes de la promulgación del Código de 1810 (Cas. 27 de Julio de 1809) consiera en el día como falsario (Cas. 2 de Septiembre de 1831, 7 de Marzo de 1835 y 10 de Julio de 1851) al que hace una declaración falsa en materia de reclutamiento, aunque no hubiera escrito ni firmado nada, por el mero hecho de que la declaración debía ser *recibida y consignada en un acta*. El tribunal de Grenoble (Sent. de 19 de Febrero de 1831) ha hecho aplicación de esta jurisprudencia, considerando como falsario al donante que, para verificar una pretendida revocación por sobrevenirle hijos, había declarado al oficial civil, falsamente, que su mujer había parido (2). Pero esta aplicación pone en claro todo lo extraño del sistema, puesto que, según acabamos de ver, la suposición de un hijo respecto de una mujer que no hubiera parido, se halla literalmente prevista y castigada tan sólo con la reclusión por el art. 345 del Código penal (3). Finalmente, una sentencia denegatoria de 28 de Mayo de 1857 considera como falsario al que hace declaraciones falsas al oficial civil relativamente al domicilio de los futuros esposos y á la defunción de sus ascendientes, aun cuando estas declaraciones no se refirieran más que á las actas de publicación del matrimonio.

533. Sin embargo, aun adoptando la interpretación que se fija en la letra del art. 147, no es exacto decir que toda declaración falsa constituye una falsedad. No debe tomarse, pues, á la letra las expresiones de una sentencia denegatoria de 18 de Julio de 1835 que, para caracterizar los elementos de la falsedad prevista y castigada por la ley, reproduce la definición de la antigua jurisprudencia (núm. 529), traduciéndola en estos términos: *la alteración de la verdad con intención criminal, que ha causado ó podido causar perjuicio á otro*. Conviene distinguir, y esta distinción por lo demás se había ya hecho, aun antes de la promulgación del Código

(1) Se ha combatido lo decidido por el Tribunal de Casación en el caso en cuestión bajo otro punto de vista. Se ha dicho que, si el reemplazamiento hubiera sido gratuito, no supondría dolo, sino generosidad. Esta crítica no nos parece fundada, puesto que es siempre fraudulento bajo el punto de vista de la ley, cualquiera que haya sido el móvil del agente, un acto dirigido contra el orden público.

(2) Sin embargo, el Tribunal de Grenoble ha juzgado con acierto, negándose á suspender el procedimiento criminal hasta el juicio de la cuestión de estado por los tribunales civiles (*Cód. civ.*, art. 327), puesto que era imposible toda reclamación de estado en el caso en cuestión, porque el nacimiento era imaginario.

(3) En el derecho antiguo la suposición de parto era como en Roma una especie de falsedad (Muyart de Vouglans, *Leyes criminales*, libro 3.º, tit. 5.º, cap. 3.º).

de 1810, si el acta *tenía ó no por objeto consignar* lo que se ha declarado contrario á la verdad. Por eso había ya juzgado en este sentido el Tribunal de Casación el 30 de Julio de 1809, que no hay falsedad en la aserción contenida en el acta de nacimiento sobre que los hijos son legítimos, puesto que el acta de nacimiento no está destinada á probar la legitimidad. Con más fundamento se ha dado, rigiendo el actual Código penal, una decisión semejante (Cas. 30 de Abril de 1841), relativamente á una mujer que había tomado la cualidad de esposa en un acta que no estaba destinada á constituir prueba de matrimonio (V. también Cas. 24 de Mayo de 1845). Aun cuando las declaraciones se refieran al acta recibida por el oficial, si no versan sobre su sustancia, como la mención de la filiación de uno de los esposos cuando se celebró el matrimonio no hacen fe hasta que se redarguyan de falsas (Sentencia den. de 22 de Febrero de 1841). Aun en el caso en que se destinara el acta á consignar el hecho, debe suponerse de naturaleza propia para hacer prueba legalmente (1). Así, el Tribunal de Casación ha decidido (Cas. 13 de Octubre de 1809) que no hay falsedad en forjar un acta, consignando que dió un sacerdote la bendición nupcial, después que dejaron de confiarse los registros del estado civil á los eclesiásticos. De otra suerte sería, si se hubiere forjado el extracto de un acta de matrimonio, que llevara la firma del alcalde y la mención de un distrito, cuando no existe alcalde ni distrito de este nombre; no es necesario que haya imitación de una firma determinada cuando el escrito argüido de falso presenta los caracteres exteriores de un acta pública (Sent. den. de 5 de Junio de 1818). No es tampoco indispensable que el acta forjada, suponiéndola verdadera, sea de naturaleza propia para constituir prueba completa; lo cual se ha decidido por sentencias de casación del 16 de Noviembre de 1850 y del 8 de Agosto de 1851, relativamente á documentos no firmados, intercalados en los archivos de Angers, cuyo extracto se había hecho entregar el falsario por el archivero, á fin de invocarlo en un proceso relativo á derechos antiguos. Igual decisión en cuanto á los libros mercantiles llevados con irregularidad, se ha dado por el Tribunal Supremo en pleno, el 22 de Julio de 1862.

* Relativamente á los caracteres constitutivos de la falsificación,

(1) Por eso, en materia de actas privadas, un vale suscrito con una cruz, no pudiendo formar un compromiso la formación de tal vale, no podría constituir una falsedad (Cas. 1.º de Junio de 1827).

la jurisprudencia se atiende al principio según el cual, las declaraciones falsas consignadas en un acta ó escritura auténtica son castigadas por el art. 147, sólo en el caso en que forman parte sustancial del contenido de la misma, y cuando su admisión y consignación constituyen el objeto principal de dicha escritura. Así es que el Tribunal Supremo ha sentenciado que no existía falsedad en la declaración prestada por un padre, respecto de la fe de bautismo de un hijo, diciendo que la madre era su mujer legítima, no siendo esta más que su concubina (Cas. 24 de Febrero de 1870), como tampoco en el hecho consignado por un individuo casado, de tomar falsamente la calidad de viudo, al extender el contrato de su matrimonio, como igualmente en las amonestaciones para dicho casamiento. (Cas. 27 de Septiembre de 1877.)*

Una segunda limitación que no permite ya dar á la noción de falsedad toda la extensión que recibía en otro tiempo, es, que la falsedad debe tener lugar *en escritura*, en el sentido al menos, de que la declaración falsa debe haberse consignado en un acta; así lo ha juzgado el Tribunal de Casación (Sent. den. de 17 de Diciembre de 1831), en el caso en que habiéndose afiliado un hermano como soldado por otro hermano suyo, esta sustitución no había dado lugar á ninguna rectificación en las actas, porque ambos llevaban el mismo nombre. Pero si hubiera habido firma, el firmante alegaría en vano que no había hecho más que firmar con su verdadero nombre, presentándose como un homónimo; pues habría falsedad caracterizada, según la doctrina del Tribunal de Casación (Cas. 30 de Julio de 1836; Besançon, 13 de Octubre de 1855). Finalmente, si no se tratase de una verdadera escritura, aun cuando hubiese una alteración, en la cual hubiera tenido directamente parte el acusado, el principio que rechaza toda interpretación extensiva en materia penal no permitiría aplicar la pena de falsedad. Así, el tribunal de París ha juzgado el 3 de Marzo de 1854, que no hay falsedad en el hecho de un panadero que altera fraudulentamente la tarja y la muestra. Aunque las tarjas se asimilen, como veremos más adelante, á las escrituras privadas en cuanto á la prueba, es imposible considerar como *falsedad en escritura* la confección de tarjas en que se han hecho señales en mayor número del correspondiente á lo que se ha suministrado.

534. Se puede no obstante censurar nuestra opinión por dejar, por el contrario, impunes, á no ser en el caso de suposición de parto, falsedades que pueden acarrear las más funestas consecuencias á la sociedad. A fin de evitar este inconveniente, hemos pen-

sado desde luego (1.^a edición, núm. 414) que se podía aplicar la pena del testimonio falso en materia civil, esto es, la de la reclusión, sustituida desde la ley de 13 de Mayo de 1863 (*Cód. penal* nuevo, art. 363), por penas correccionales, á toda persona que atestiguando ciertos hechos, no solamente en los debates judiciales, sino ante cualquier funcionario, altera á sabiendas la verdad.

Así lo había juzgado también el Tribunal de Casación, aplicando la pena de reclusión en casos en que no había habido persecución de falsedad; en el caso de declaración falsa, bien sea de defunción, ante un juez de paz, á fin de facilitar un segundo matrimonio (Sent. den. de 6 de Noviembre de 1806), bien sea sobre las circunstancias del naufragio de una nave, ante el Juez á quien hiciera el capitán su informe de naufragio (1) (Cas. 17 de Septiembre de 1836). Pero no persistimos en esta doctrina, que el Tribunal Supremo ha rechazado por sentencia de 7 de Diciembre de 1838, diciendo: «que no se puede considerar como testigos en materia civil más que á los individuos llamados judicialmente por la parte á declarar y atestiguar los hechos bajo la fe del juramento.» Aunque fundada en los más graves motivos de la legislación, esta extensión del testimonio falso repugna á los principios constantes sobre la interpretación de las leyes penales, y al pensamiento de los redactores del Código de 1810, que se nos ha revelado con estas palabras del orador del Cuerpo legislativo: «El testimonio falso no puede tener lugar sino de parte de los que son interpelados en juicio, ó en virtud de sus Ordenanzas.» Además, aun siguiendo la primera jurisprudencia del Tribunal de Casación, la ley penal no puede alcanzar á las declaraciones falsas de naturaleza más peligrosa, las que se refieren á las actas del estado civil, sin tener la gravedad de una falsedad. Y en efecto, éstas declaraciones no tienen lugar bajo la fe del juramento, y es opinión general y constante que no hay falso testimonio donde no se ha prestado juramento (núm. 330). Es, pues, preciso reconocer que hay un vacío sensible en la ley, que no castiga las declaraciones falsas hechas extrajudicialmente, sino en el caso de suposición de parto, pero no es al intérprete á quien corresponde llenar este vacío.

535. Lo indudable, en legislación lo mismo que en derecho positivo, es que la simulación no debe confundirse con la false-

(1) En este último caso se hubiera podido, según la jurisprudencia del Tribunal, ver una falsedad en la declaración falsa, puesto que debería consignarse ante el juez que tiene especialmente cualidad para recibir el informe, lo cual no tenía lugar en el caso de la sentencia de 1806.

dad. Es verdad que esta confusión se ha verificado por Farinacio, que decía (*Quæst. 162*, núm. 12): *Pæna simulationis videtur esse pæna falsi*. Pero esta opinión, combatida por Dumoulin, que decía con más razón (sobre el art. 3.º, cap. 31 de la Cost. del Nivernesado): *Aliud merum falsum, aliud simulatio*, no ha prevalecido en nuestra antigua práctica. La falsedad supone la alteración de disposiciones que se convinieron entre las partes: la simulación es, por el contrario, la declaración de disposiciones que, no por ser fraudulentas ó falsas, dejan de ser la voluntad de los contratantes. En su consecuencia, según Muyart de Vouglans (*Tratado de los crímenes*, tít. 6.º, cap. 2.º), mientras que la falsedad era castigada con penas rigurosas; la pena de la simulación era la de «la admonición, reprensión ó destierro contra el notario, y la de daños y perjuicios contra las partes.» Entre nosotros, no diciendo nada la ley sobre este punto, aparte de la antefecha en las órdenes, especie de simulación castigada con las penas aplicadas á la falsedad (*Cod. de Com.*, artículo 189) por razón de sus graves consecuencias en materia mercantil (1), la simulación no es castigada con ninguna pena. En su consecuencia, el reconocimiento simulado de una deuda, aun cuando puede perjudicar á un tercero, constituye un acto reprehensible, pero no es una falsedad (Sent. den. de 12 de Floreal, año XIII). Y para volver á nuestra materia especial, no hay falsedad en un matrimonio simulado, tal como aquel sobre el cual ha resuelto bajo otro punto de vista (núm. 142) la sentencia del tribunal de Lyon, el 10 de Abril de 1856, contraído el 4 de Floreal, año III, entre un joven de 23 años y una mujer de 68, para librarse de las leyes de quintas. No ha habido en esto, efectivamente, ninguna alteración de convenciones, ninguna falsedad material ó intelectual, sino únicamente que las partes, al declarar contraer matrimonio ante el oficial civil, no tenían intención alguna formal sobre este punto. Con mayor razón es preciso reconocer, según se verá al hablar de la fecha de las actas privadas, que la antefecha de un testamento ológrafo no puede ser asimilada á una falsificación (núm. 702 duplicado), y que, por consiguiente, los interesados no tienen necesidad de acudir á la prueba de falsedad para destruir la fecha en un testamento de esta clase.

(1) Siendo exagerada la disposición anterior, se admite sin dificultad en la práctica (Pardessus, *Derecho comercial*, tomo 1.º, núm. 333) que no debe tener importancia en cuanto á la prueba de la antefecha, y que dicha prueba, por lo tanto, constituyendo un fraude, puede ser admitida de plano por todos los medios posibles.

536. Una observación común á todos los documentos presentados en juicio, pero que se hace sobre todo, á propósito de las actas del estado civil, á causa de la facultad que tiene toda persona de hacerse entregar extractos de ellas (Compárese el *Cod. civ.*, artículo 45, y la ley de 25 de Ventoso, año XI, art. 23), es, que la identidad del portador del extracto y del verdadero habiente-derecho debe acreditarse previamente. Siendo esta prueba de un simple hecho, no puede hacerse sino por medio de testigos. Algunos, imaginándose que la prueba testimonial no es admisible *de plano*, han considerado el extracto producido como un principio de prueba por escrito (Burdeos, 18 de Febrero de 1846). Pero esta es una evidente petición de principio, porque se trata de demostrar que existe un lazo entre la persona y el acta que ella invoca. Y en su consecuencia, mientras no se haya establecido este lazo, pudiendo relacionarse el documento con cualquiera otra persona diferente de la detentadora, carece absolutamente de efecto bajo el concepto de la prueba (V. en este sentido otra sentencia perfectamente motivada del tribunal de Burdeos, fecha 19 de Febrero de 1846, y una sentencia de casación del 28 de Mayo de 1810).

537. Entremos ahora en la explicación de las reglas especiales sobre la fe de las principales actas del estado civil. Para conformarnos con el orden ya seguido al tratar de la prueba testimonial del estado, vamos á examinar la aplicación que recibe la prueba literal, desde luego con relación á los simples hechos del orden de la naturaleza, al nacimiento y á la defunción; después á los que constituyen relaciones sociales, al matrimonio y á la filiación.

*. * Véanse las notas de los números 190 y 274.—(N. de la R.)

§ I.—Nacimiento y defunción.

SUMARIO: 538. Fe de las enunciaciones.—539. Cualidad de los declarantes.—540. Término prescrito por el Código. Qué debe hacerse cuando se ha traspasado este término.—541. Término prescrito para las inhumaciones.—542. Traslación del oficial en caso de defunción.—543.—Fe de la fecha de las actas de defunción.—544. Consignación simultánea del nacimiento y de la defunción.

538. Según la doctrina que acabamos de exponer sobre la falsedad, el acta de nacimiento prueba, hasta que se redarguye de falsa, que tal niño ha sido presentado al oficial civil; que tales declaraciones se han hecho sobre la época del nacimiento; que se le han dado tales nombres; finalmente, que es de tal sexo; porque el oficial tiene misión de acreditar esta última circunstancia, si bien

se abstiene de hacerlo frecuentemente en la práctica. En cuanto á las declaraciones mismas, no hacen fe sino hasta prueba en contrario (Nimes, 13 de Junio de 1860), y solamente respecto de lo que debe declararse al oficial civil. No debiendo encontrarse en todas las actas de nacimiento la mención de la filiación, no hay esencial en estas actas más que la indicación del nombre, del sexo y de la edad. La Ordenanza de 1539 (art. 5.º) no habla tampoco sino *del tiempo y de la hora del nacimiento*. Solamente la de 1667 prescribió manifestaciones más circunstanciadas (V. núm. 189). Y hasta el modo de llevar los registros ó libros se hallaba tan poco reglamentado que, aun después de 1667, se hacían prevalecer con frecuencia los registros ó libros domésticos sobre los de la parroquia, para acreditar la fecha del nacimiento. (Rodier, sobre el tit. 20, art. 9.º de la Ord.)

539. La obligación de hacer las declaraciones de nacimiento se impone á personas determinadas por la ley, que deben generalmente haber asistido al parto (1) (*Cód. civ.*, art. 56); pero ¿cómo asegurarse de que el declarante ha asistido realmente al parto, según lo afirma? El oficial civil no está en la misma posición que el notario, que debe conocer á las partes interesadas en las actas que recibe, ó al menos hacer que se le atestigüe su identidad. La ley no le encarga en manera alguna, lo cual, por otra parte, sería impracticable en los distritos populosos, que acredite la cualidad de los declarantes. La afirmación sobre su cualidad debe, pues, como sus demás aserciones, ser creída hasta prueba en contrario. Así, es imposible impedir que pueda el primer advenedizo acudir á la oficina del estado civil á dar este importante testimonio. Este es un motivo más para no creer sino hasta que se pruebe ser falsos, la verdad de los hechos así declarados. Basta con que deba admitírseles hasta prueba en contrario.

540. El Código civil fija en tres días, contados desde el parto, el término en el cual deben hacerse las declaraciones de nacimiento. Los motivos de esta prescripción son fáciles de apreciar. Es ver-

(1) Según los términos del Código civil, cuando la madre pare fuera de su domicilio, debe hacerse la declaración por la *declaración en cuya casa parió*. En su consecuencia, por sentencia de 7 de Noviembre de 1823 se ha decidido que esta persona era penable con las penas impuestas por el Código penal á falta de declaración, con exclusión del cirujano que hubiera asistido á la madre. Esta decisión ha sido criticada como contraria al art. 346 del Código penal, que dice: *Toda persona que hubiese asistido al parto*; pero esta crítica nos parece mal fundada: este art. 346, refiriéndose formalmente al art. 56 del Código civil, no debe presumirse que lo deroga.

dad que el acta de nacimiento no hace fe respecto de la edad hasta que se arguye de falsa; pero debiendo presentarse al niño en un breve plazo, puede el oficial asegurarse por sí mismo de si ha nacido recientemente. En su consecuencia, no es posible, al menos hasta algunos días después, considerar como exacta la edad indicada. No hay duda que, en principio, sería admisible la prueba en contrario; pero, no obstante, más allá de ciertos límites supondría en este oficial un error tan craso, que difícilmente se conseguiría en la práctica sostener que el niño es verdaderamente de más edad que la que dice su título. Es, pues, esencial no dejar pasar el término de tres días. Sin embargo, esta obligación legal no tenía sanción penal cuando se promulgó el Código civil, por haberse temido alejar de la madre los socorros que reclamaba su posición, amenazando eventualmente con una pena á los que hubieran asistido á un parto sin hacerlo conocer prontamente á la autoridad. Pero los disimulos que tuvieron lugar bajo el imperio, según lo consigna la exposición de motivos del Código penal para sustraer á los rigores de las quintas á aquellos cuyo nacimiento se ocultaba (porque no es solamente en materia de matrimonios (V. núm. 142), en la que se efectuaron numerosos fraudes en aquella época), obligaron á los redactores del Código penal de 1810 (art. 346) á imponer de nuevo, respecto de esta omisión, penas correccionales como había hecho la ley de 19 de Diciembre de 1792. (Sec. 1.^a, art. 1.^o)

Existía, no obstante, interés, aun antes de 1810, en que no se retardara la inscripción del niño. Habíase comprendido que la misma presunción de verdad, que va afecta á la declaración de hechos enteramente recientes, no puede invocarse, cuando se había dejado correr un largo intervalo de tiempo antes de darlos á conocer. Y si era permitido también presentarse después de los tres días, lo mismo que durante este plazo, ¿en qué límites había que detenerse? Así, pues, decidióse sabiamente por un acuerdo del Consejo de Estado de 12 de Brumario, año XI, que una vez terminado el plazo, no debía verificarse la inscripción sino en virtud de una sentencia (1), y no obstante ser este acuerdo anterior al Código, es completamente aplicable en el día (Colmar, 25 de Julio de 1828). Algunos autores han deducido de aquí, que si la inscripción había tenido lugar de hecho, sin autorización judicial después de

(1) También sería necesario dirigirse á la autoridad judicial, si el oficial civil se negara á verificar la inscripción en el plazo legal, de lo cual ha habido ya un ejemplo (París 16 de Marzo de 1853).

los tres días, no debería reputarse nacido el niño sino en el día de la inscripción; ficción intolerable que propendería á considerar una persona mayor de veinte años como acalando de nacer, si no se le inscribía en el registro sino veinte años después de su nacimiento. Lo que ha dado lugar á este error, es que se haya tomado á la letra una decisión dictada por el tribunal de París el 9 de Agosto de 1813. Tratábase, en el caso en cuestión, de un niño que habiendo sido desconocido por el marido dentro del mes que para ello le da la ley, contado desde el nacimiento del niño (*Cód. civil*, artículo 316), no había sido inscrito hasta cinco años después de su nacimiento. El tribunal decidió que un nacimiento declarado tan tardíamente se presumía que había estado oculto, y no había podido, en su consecuencia, correr la acción para el desconocimiento. Pero todo lo que resulta de aquí, es que una declaración tardía no puede hacer fe de la fecha del nacimiento, respecto de los terceros interesados. En cuanto á la edad del niño, considerada en sí misma, no es posible fijarla arbitrariamente en la época de la inscripción; debe dejarse á los tribunales la apreciación de los hechos (Caen, 3 de Marzo de 1836), salvo admitir más fácilmente en este caso la prueba de la falsedad de una declaración, siempre sospechosa cuando se ha diferido (1). Además, la inscripción tardía del nacimiento de un niño, si no tuvo lugar con un objeto fraudulento, no constituye falsedad, aun por parte del oficial civil (Cas. 2 de Mesidor, año XII), porque éste no es *actus dolosus animo corrumpende veritatis adhibitus* (núm. 529).

En principio, quien debe determinar es el tribunal del lugar del nacimiento, cuando es necesario suplir de esta suerte la omisión de un acta de nacimiento. Pero, ¿qué decidir, si es desconocido el lugar del nacimiento, como ha acontecido en el curioso caso de María Lambert? El tribunal de Fontainebleau, lugar de la residencia de la requirente, se declaró incompetente para fijar la época de su nacimiento, lo cual equivalía para ella á una denegación de justicia; porque estaba interesada en hacer acreditar su edad para el matrimonio, para la mayoría, etc. La sentencia del tribunal de París, que confirmó esta decisión, fué anulada el 14 de Junio de 1858, y el asunto enviado ante el tribunal de Rouen. Este tribunal declaró el 8 de Diciembre de 1858, que constaba el hecho del nacimiento

(1) En el caso en cuestión, el tribunal reservó la prueba por testigos de la fecha del nacimiento, conforme á los usos de Holanda, donde habian ocurrido los hechos.

de Maria Lambert, *puesto que esta persona existía*, y autorizaba á su tutor á presentar todos los documentos propios para acreditar la fecha verosímil.

541. No pueden suscitarse las mismas dificultades en cuanto á la defunción, respecto de la cual no ha prescrito el Código término alguno, como lo hizo la ley de 20 de Septiembre de 1792 (tit. 5.º, artículo 1.º) No es esto decir que no se pueda tener frecuentemente interés en ocultar una defunción, lo mismo que en disimular un nacimiento; pero el legislador llega al mismo objeto por otro medio. La inhumación no puede verificarse sin autorización del oficial del estado civil (*Cód. civ.*, art. 77), y penas correccionales (*Cód. pen.*, art. 358) han sancionado este mandato que conduce directamente hacer constar las defunciones.

542. En cuanto á las personas que tienen cualidad para hacer la declaración, es evidente que hay asimismo obligación, respecto del fallecimiento, de tener confianza en los que afirman ser parientes del difunto ó haberlo hospedado en su casa. Sin embargo, para cerciorarse bien de la realidad del fallecimiento, y si es posible, de la identidad de la persona que falleció, el oficial civil debe, según los términos de la ley (*Cód. civ.*, art. 77), trasladarse el mismo cerca del cadáver. Pero esta penosa obligación ha caído en desuso en la práctica; pues no podría fundadamente imponerse tan triste cargo á funcionarios cuyo empleo es gratuito. Así, pues, es uso delegar el cuidado de consignar la defunción á un ayudante de médico, á quien ha debido, en último resultado, llamarse para proceder á la comprobación, por lo común tan delicada, del hecho de la defunción.

543. La única cuestión grave que se puede suscitar, en cuanto á la fuerza probatoria de las actas de defunción, consiste en saber si el legislador no ha señalado de propósito, entre las menciones que deben contener estas actas, la fecha de la defunción (*Ibid.*, artículo 79). El silencio guardado sobre un punto tan importante ha parecido sobrado significativo á muchos autores, para no hacer presumir que se había querido dejar toda latitud al juez, dándole la misión de acreditar más adelante esta fecha con el auxilio de los documentos más exactos. Estos autores hacen notar cuán útil es no encadenar su independencia, cuando una diferencia de días ó aun de horas puede ejercer una influencia decisiva sobre los derechos de los interesados (1). Pero debe confesarse que las actas des-

(1) Un solo momento de supervivencia cambia el orden de las sucesiones, difi-

tinadas á consignar la defunción, que no contuvieran la fecha, ofrecerían una extraña anomalía (1). Cuanto más importante es la fecha del acontecimiento, más conveniente es consignarla, en una época cercana al momento en que aquel ha tenido lugar. Tal era la idea de las antiguas Ordenanzas, que designaban el acta de defunción precisamente indicando esta mención sustancial. La Ordenanza de 1667 (tit. 20, art. 7.º) estaba concebida en estos términos: «Las pruebas de la edad, del matrimonio, y *del tiempo del fallecimiento* se recibirán por registros en forma debida que harán fe y prueba en juicio.» Descartar la fecha, hubiera sido hacer una innovación completamente radical, suprimiendo precisamente lo que era ya de antiguo sustancial. Nada revela que haya existido tal propósito. Vemos á Tronchet indicar, por el contrario, en el Consejo de Estado (sesión de 6 de Fructidor, año ix) la fecha, como una de las partes más esenciales del acta de defunción y del acta de nacimiento.

El art. 79, que contiene la omisión que sirve de pretexto, fué votado sin discusión. Sólo puede deducirse, pues, un argumento sumamente débil de su redacción, comparada con la del art. 57, que prescribe se mencione la fecha del nacimiento. Tal vez hay algún inconveniente, convenimos en ello, en dar fuerza probatoria á la mención del fallecimiento, según la opinión de los que quieren que la declaración del fallecimiento haga fe respecto de los hechos declarados hasta que se redarguya de falsedad. Mas este peligro no existe entre nosotros, que no consideramos los hechos declarados ante el oficial, pero no comprobados por él, sino como acreditados mientras no haya prueba en contrario. Por lo demás, los formularios entregados á los oficiales del estado civil prescriben esta mención, la cual tiene siempre lugar en la práctica, aun cuando la ley de 1792 guarde el mismo silencio que el Código sobre la fecha del fallecimiento.

544. Finalmente, puede haber que consignar á un tiempo mismo un nacimiento y una defunción, cuando un niño llegue á morir antes que se haya registrado su nacimiento. Pero el niño presentado sin vida al oficial del estado civil ¿había realmente nacido vivo? Esta es una cuestión muy importante, por razón de los

riendo su apertura, mientras que un niño nacido algunas horas más tarde ó más temprano no es menos hábil para suceder, puesto que sucede antes de nacer, por el solo hecho de haber sido concebido (*Cód. civ.*, art. 725).

(1) El Código italiano (art. 387) dispone que se anote el lugar, día y hora del fallecimiento.

derechos que pueden haberse adquirido y transmitirse por este niño, si realmente vivió. Un decreto de 4 de Julio de 1806 ha determinado sobre esta hipótesis. El oficial debe expresar, no que el niño ha muerto, sino que se le ha presentado sin vida. El oficial recibe solamente respecto del nacimiento la designación del año, día y hora en que salió el niño del seno maternal, inscribiendo el acta en los libros de fallecimientos, sin que por esto se prejuzgue en manera alguna la cuestión de si el niño nació vivo ó no (Comp. Cód. ital., art. 374). La obligación de declarar el nacimiento se aplica al niño que ha nacido muerto, así como al que nació vivo (Den. 27 de Julio de 1872).

* * Partiendo de lo expuesto en las notas de los párrafos 190 y 194 en cuanto al valor de las inscripciones del estado civil y concretamente al plazo para la presentación del recién nacido y otros particulares referentes al acto del nacimiento y al de la defunción, añadiremos aquí que, con arreglo á la ley del Registro civil de 17 de Junio de 1870, están obligados, en orden sucesivo (art. 47) á hacer la presentación del recién nacido y las declaraciones prevenidas, el padre, la madre, el pariente más próximo, mayor de edad, el facultativo, partera ó cualquiera otra persona presente al alumbramiento; el jefe del establecimiento público ó el cabeza de la casa en que haya ocurrido el nacimiento, si éste se efectuase en sitio distinto de la habitación de los padres; respecto de los recién nacidos abandonados la persona que los haya recogido, y, relativamente á los expósitos, el cabeza de familia de la casa ó el jefe del establecimiento en que haya tenido lugar la exposición.

El artículo 328 del Código civil dispensa de la presentación del recién nacido al encargado del Registro, bastando la declaración de la persona obligada á hacerla, con las circunstancias exigidas por la ley.

En la inscripción se expresarán (art. 48 de la ley del Registro) el acto de la presentación del niño, el nombre, apellido, edad, naturaleza, domicilio y profesión ú oficio de la persona que lo presenta, y relación de parentesco ú otro motivo por el que venga obligada á presentarlo; la hora, día, mes, año y lugar del nacimiento; el sexo, nombre y la legitimidad ó ilegitimidad del recién nacido, si fuese conocida, pero sin expresar su clase, á no ser la de los hijos legalmente denominados naturales, y los nombres, apellidos, naturaleza, domicilio, profesión ú oficio de los padres y de los abuelos paternos y maternos, si pudiesen ser legalmente designados, y su nacionalidad si fuesen extranjeros.

Tratándose de recién nacidos abandonados ó expósitos (art. 49) se expresarán la hora, día, mes, año y lugar en que el niño hubiese sido hallado ó expuesto, su edad aparente, las señas particulares y defectos de conformación que le distingan y los documentos ú objetos que sobre él ó á su inmediación se hubiesen encontrado, vestidos ó ropas en que estuviera envuelto, y demás circunstancias cuya memoria sea útil conservar para la futura identificación de su persona.

No se mencionarán (art. 51) quienes sean el padre ni los abuelos paternos de los recién nacidos de origen ilegítimo, á no ser que el mismo padre por sí ó por medio de apoderado con poder especial y auténtico, haga la presentación del niño y la declaración de su paternidad.

El art. 34 del Reglamento de 13 de Diciembre de 1870 detalla la forma de consignar los precedentes datos, y previene que cuando se presenten

dos niños gemelos se haga una inscripción para cada uno de ellos, indicando con precisión y exactitud la hora del nacimiento de cada uno, si fuere conocida; si no lo fuere, se expresará así en la inscripción.

El asiento del fallecimiento se hará (art. 76 de la ley) en virtud de parte verbal ó por escrito que acerca de él deben dar los parientes del difunto ó los habitantes de su misma casa, ó en su defecto los vecinos, y de la certificación del facultativo expedida en los términos que explica el artículo 77.

En la inscripción se expresarán, si es posible (art. 79), el día, hora y lugar en que hubiere acaecido la muerte; el nombre, apellido, edad, naturaleza, profesión ú oficio y domicilio del difunto y de su cónyuge, si estaba casado; el nombre, apellido, domicilio y profesión ú oficio de sus padres, si legalmente pudiesen ser designados, manifestándose si viven ó no, y de los hijos que hubiere tenido, la enfermedad que haya ocasionado la muerte, si el difunto ha dejado ó no testamento, y, en caso afirmativo, la fecha, pueblo y notaría en que lo haya otorgado, y el cementerio en que se haya de dar sepultura al cadáver.

En el caso del fallecimiento de una persona desconocida (art. 82) ó del hallazgo de un cadáver cuya identidad no sea posible por el pronto comprobar, se expresará en la inscripción el lugar de la muerte ó del hallazgo del cadáver, su sexo, edad aparente y señales ó defectos de conformación que le distingan, el tiempo probable de la defunción, el estado del cadáver, y el vestido, papeles ú otros objetos que sobre sí tuviere ó se hallaren á su inmediación y que ulteriormente puedan ser útiles para su identificación. Tan pronto como ésta se logre (art. 83) se extenderá una nueva partida con los datos requeridos por el art. 79.

En punto á plazo para dar el parte de la defunción previene el citado Reglamento (art. 62) que debe darse en el más breve posible, no pudiendo exceder éste de veinticuatro horas.

Como requisitos comunes á todas las inscripciones, deben contener éstas (art. 20 de la ley) el lugar, hora, día, mes y año de la inscripción, el nombre y apellido del encargado del Registro y del que haga las veces de secretario; los nombres, apellidos, edad, estado, naturaleza, profesión ú oficio y domicilio de las partes y de los testigos; las declaraciones y circunstancias expresamente requeridas ó permitidas por las leyes con relación á cada una de las diferentes especies de inscripción, pero no otras declaraciones ó circunstancias que por vía de observación, opinión particular ú otro motivo creyeren conveniente consignar el juez ó cualquiera de los asistentes.

Ocurriendo el nacimiento ó la defunción (arts. 55 y 87) á bordo de un buque nacional, durante el viaje, el contador, si aquél es de guerra, ó el capitán ó el patrón, si es mercante, formalizarán por duplicado el acta respectiva, insertando copia de ella en el diario de la navegación. Véanse para más detalles los artículos 56 y 57.—(N. de la R.)

§ II. — Matrimonio.

SUMARIO: 545. El matrimonio no es un contrato por escrito. — 546. Inscripción en una hoja suelta.

545. Ya hemos reconocido (núm. 197) que no es de esencia del matrimonio la escritura, sino que se requiere únicamente por vía de prueba. Sobre todo, hemos invocado el art. 46 del Código civil,

que admite la prueba testimonial, *si no han existido registros*, y el art. 75 del mismo Código, que quiere que el oficial civil, después de haber recibido de cada parte la declaración de que consienten tomarse por marido y mujer, *pronuncia que quedan unidos en matrimonio* (1), y *extiende acta* en el momento. Pothier está terminante sobre este punto. «Estas actas son, dice (*Tratado del contrato de matrimonio*, núm. 388), las que prueban los matrimonios y las que establecen los parentescos que de ellos resultan. Sin embargo, si se probase que se habían perdido los libros ó registros, ó que no se habían llevado, podría verificarse la prueba en este caso, tanto por medio de testigos, como por los libros ó registros y papeles domésticos del padre y madre difuntos. La razón consiste en que perfeccionándose el matrimonio por el consentimiento que se dan las partes en presencia del cura párroco, antes de que se haya extendido el acta, se sigue que no es ésta de esencia del matrimonio, y que sólo se requiere por vía de prueba. Cuando llega á ser imposible la prueba que constituye esta acta, es justo que se pueda recurrir á otras pruebas de distinta naturaleza.»

El interés de la cuestión no se presenta tan sólo en el caso, felizmente bastante raro en el día, de que no se hubieran llevado los registros. Una de las partes podría fallecer después que hubieran dado ambas su consentimiento, pero antes de firmarse el acta. Puede también acontecer, y esta es la hipótesis en que se ha suscitado la cuestión, que después de haber consentido verbalmente, se haya negado á firmar uno de los contrayentes. El tribunal de Montpellier ha juzgado con razón el 4 de Febrero de 1840, que el contrato se ha formado legalmente por el consentimiento respectivo y por la pronunciaci3n de la unió3n, y que la negativa de firmar no podría en su consecuencia producir efecto alguno. El tribunal de Riom, al contrario, se ha adherido de tal suerte al sistema opuesto, que ha considerado la firma como esencial á la celebraci3n, y ha dado validez á un matrimonio en que no se había prestado el consentimiento en presencia del oficial, sino que solamente había mediado la firma de la partes. Pero esta sentencia, que propendía á destruir la publicidad, concentrando, por decirlo así, la solemnidad del matrimonio en una redacci3n de escrituras, á que los concurrentes eran extraños, fué anulada el 22 de Abril de 1833.

546. Ya hemos unido á la prueba testimonial del matrimo-

(1) Esta fórmula es imitaci3n de la que se prescribe en el derecho can3nico por el Concilio de Trento: *Ego vos in matrimonium conjungo.*

nio (núm. 200), para no interrumpir la serie de nuestras explicaciones, la cuestión de si se debe rehusar toda fe ó crédito á la hoja suelta en que se consignó un acta de matrimonio. Nada tenemos que añadir á los argumentos con que hemos tratado de establecer (V. también el núm. 527), contra la opinión común, que las palabras *acta de celebración inscrita en el registro* (Cód. civil., art. 194), no deben tomarse en sentido restrictivo. Aquí haremos solamente notar que la opinión que admite este sentido restrictivo no es perfectamente consecuente. Porque, si es constante que se puede, á falta de toda acta, probar la celebración del matrimonio por medio de los recuerdos de los testigos, ¿no sería singular que no se debiera tener en cuenta un acta revestida con todas las formalidades requeridas, por el solo hecho de que no se hubiera inscrito en un registro? No hay duda, por lo menos, que el vicio de la inscripción en una hoja suelta está cubierto por la posesión de estado, puesto que el art. 196 del Código, que habla de la concurrencia del título y de la posesión, no ha reproducido la necesidad de la inscripción en el registro, y que el espíritu de la ley es no permitir que se susciten dificultades de pura forma, cuando se ha efectuado voluntariamente el matrimonio. Así, la falta misma de firma del oficial se halla cubierta por la posesión de estado, según lo ha juzgado una sentencia del tribunal de Douai, confirmada por el Tribunal de Casación el 10 de Febrero de 1851.

*. Según hemos dicho en la adición inserta á continuación del núm. 202 de esta obra, hallándose recibido como ley patria en España el Concilio de Trento, que dispone las formalidades necesarias para la esencia y validez del matrimonio, y para hacerlo constar debidamente, hay que atenerse á ellas sobre esta materia. Las partidas de matrimonio, llevadas por los párrocos según prescribe dicho Concilio ó sus traslados sacados en forma debida, hacen fe en juicio para probar el matrimonio; en caso de pérdida ú omisión se puede suplir la identidad del acta por prueba instrumental ó de testigos. Escriéche, *Diccionario*, Libros parroquiales.

En la Real orden de 1.º de Diciembre de 1837, dada con objeto de obtener un censo general de la población, se dispone que las partidas de matrimonio expresen los nombres, naturaleza, vecindad y estado de soltero ó viudo de los contrayentes; los nombres, naturaleza, vecindad, y ocupación de los testigos. Si por delegación del párroco ejerciere otro sus veces, se pondrá el nombre, naturaleza, vecindad y empleo del delegado: art. 20 de dicha Real orden.—(N. del T.)

*. Véanse nuestra nota al núm. 202 y la Instrucción de 26 de Abril de 1889 para la ejecución de los artículos 77, 78, 79 y 82 del Código civil, sobre inscripción de los matrimonios canónicos en el Registro civil y sentencias de nulidad ó divorcio de los mismos.—(N. de la R.)

§ III.—Filiación.

SUMARIO: 547. Distinción de la filiación legítima y de la filiación natural.—548. Prueba de la identidad del portador del acta.—549. Dificultad especial en materia de reconocimiento de un hijo natural.—550. Prueba de la identidad del autor del reconocimiento.

547. Suscítanse, respecto á la filiación, las cuestiones más delicadas acerca de la fe que se debe á las actas del estado civil. Para la prueba literal, así como para la prueba testimonial de esta filiación, conviene distinguir si es legítima ó natural. En el primer caso, las declaraciones, aun emanadas de terceros extraños á los parientes, son bastantes, con tal que se reciban por un oficial civil, en la forma ordinaria, para acreditar un estado cuya comprobación es favorable. En el segundo caso, la prueba literal de una filiación cuya prueba es siempre escandalosa y frecuentemente difícil, debe emanar por lo común de los mismos padres; no siendo la inscripción en los registros sino facultativa, en vez de ser el modo ordinario de consignación.

548. Antes de examinar lo concerniente á cada una de estas filiaciones, recordemos, para no tener que volver ya sobre este punto, lo que hemos dicho en general (núm. 536) sobre las actas del estado civil; que no pueden ser probatorias sino en cuanto el portador del extracto (1) justifica su identidad con la persona mencionada en el acta. Pues bien: esta dificultad se suscita sobre todo en materia de filiación. Los que contraen matrimonio son generalmente de una edad bastante avanzada para que sea fácil consignar su identidad; ya hemos visto que se han tomado precauciones especiales en caso de defunción, mientras que es muy difícil reconocer á un niño después de un largo espacio de tiempo. En este caso, puede probarse la identidad, según hemos dicho, por medio de testigos. Háse juzgado con razón por sentencia del tribunal de París del 13 de Floreal del año XIII, que debe admitirse de *plano* á practicar esta prueba, puesto que no se trata más que de un simple hecho. Según otras sentencias, por el contrario (Sents. dens. de 27 de Enero de 1818; Burdeos, 25 de Agosto de 1825), es preciso que el niño que se presenta tenga en su favor, bien un principio de prueba por escrito, bien, por lo menos, presunciones ó indicios bastantes

(1) Ya veremos, cuando tratemos de la prueba de prueba, que la fe del extracto se confunde con la del acta original. (*Cód. civ.*, art. 45.)

graves (*Cód. civil*, art. 325). Nótase en esta doctrina la confusión que hemos señalado con frecuencia entre la prueba testimonial directa, la del hecho que tal mujer ha parido tal niño, y la prueba testimonial indirecta, la de la posesión de estado. Las restricciones del art. 325 son enteramente inaplicables á esta última clase de prueba (V. núm. 203). Sucede lo mismo si el niño, según la juiciosa observación de M. Valette (*Sobre Proudhon*, t. 2.º, pág. 79), aun cuando no tenga la posesión de estado, propiamente dicha, pretende poseer lo mismo que el hijo designado en la fe de bautismo. Esta posesión de la identidad es un hecho sencillo que puede ser probado por testigos (1).

549. Es evidente que esta necesidad de probar la identidad del portador del acta con el niño que está designado en ella, es común á la filiación legítima y á la filiación natural. Es cierto que se suscitará la dificultad, mas raras veces en este último caso, haciéndose frecuentemente el reconocimiento por un acta autorizada por notario, de que sólo se da copia á los interesados; pero cuando se suscite, la admisibilidad de plano de la prueba por testigos tendrá mucha mayor importancia. En efecto, respecto de la filiación legítima, aun cuando nos colocáramos bajo el imperio del art. 325 del Código civil, sería la cuestión más teórica que práctica, puesto que los tribunales tienen, en último resultado, un poder discrecional para reconocer de hecho la existencia de *indicios graves* y para autorizar, en su consecuencia, la información de testigos (V. sent. den. de 27 de Enero de 1818). Pero el hijo natural se encontraría en la

(1) Tal es la doctrina que se profesa por M. D'Agnessau en su informe 22: «Puede ser cierto, dice, que haya habido una Maria Claudia Chamois, bautizada con este nombre en la iglesia de San Gervasio, hija de Honorato Chamois y de Jacqueline Giraud, sin que sea seguro que la que aparece hoy con este nombre sea la misma que lo recibió en otro tiempo, y podría ser bastante atrevida la malicia de un impostor para tomar la fe de bautismo lo mismo que el nombre de una persona ausente... Sin embargo, estamos obligados á reconocer que, aunque esta prueba no sea por sí misma absolutamente decisiva, forma siempre una presunción violenta en favor de quien la produce, y mientras no se pueda presentar al que tuviera derecho para servirse de esta partida de bautismo, mientras no se pueda mostrar un certificado de defunción; en una palabra, mientras no se pueda justificar ni su vida, ni su muerte, lejos de poder acensar de impostura á quien se sirva de semejante acta, parece, por el contrario, que debe ser escuchado favorablemente hasta que se le haya convencido de falsedad y de suposición, presentando á aquel cuyo nombre ha tomado.» D'Agnessau concluye con la admisión de la prueba testimonial de identidad, que se ha autorizado para este caso. En la jurisprudencia moderna se ha presentado la hipótesis de que se justificara el fallecimiento de la persona denominada en el acta, y se ha juzgado (Sent. den. de 5 de Abril de 1820) que entonces el acta de nacimiento debe invalidarse en vista del acta de defunción que destruye su efecto.

más funesta posición si, siendo portador de un acta de reconocimiento en buena forma, no fuese admitido sin un principio de prueba por escrito á probar su identidad con la persona denominada en esta acta, bajo pretexto de que este principio de prueba le es necesario para la indagación de la maternidad (Ibid., art. 445). Esta restricción no se aplica sino á la *indagación*, y jamás se ha calificado de indagación, la acción por la que se trata simplemente de hacerse aplicar un reconocimiento preexistente. La cuestión se ha presentado en la práctica en lo concerniente al reconocimiento de la paternidad. Háse preguntado desde luego si la identidad del hijo natural, con respecto al autor del reconocimiento, puede acreditarse por medio de la prueba testimonial. Esta primer cuestión se ha resuelto afirmativamente por el tribunal de Burdeos (el 18 de Febrero de 1846), atendiendo á «que si la paternidad es un misterio que no es susceptible de demostración positiva, la identidad resulta de circunstancias de hecho que caen bajo los sentidos, que naturalmente pueden ser probadas por testigos». El tribunal, por el contrario, ha resuelto negativamente la cuestión de si es necesario un principio de prueba por escrito (1), «atendiendo á que si el art. 341 del Código civil dispone que el hijo que reclame á su madre, no puede ser admitido á probar su identidad, sino cuando hay ya un principio de prueba por escrito, esta disposición, restringida al caso en que se trate de la indagación de la maternidad, es especial y no puede extenderse á la cuestión de identidad de un niño, cuya filiación natural ha sido reconocida por su padre.» En este mismo espíritu ha autorizado el tribunal de Aix, el 22 de Diciembre de 1852, al autor del reconocimiento de un hijo natural, para acreditar por medio de testigos que se habían engañado sobre la identidad del niño.

550. La cuestión de identidad puede presentarse bajo un punto de vista inverso; se puede discutir la identidad, no ya del hijo, sino de los padres designados por el título. Esta dificultad apenas puede presentarse en materia de filiación legítima, y si se presentase, no hay duda que se admitiría al hijo á justificar, por medio de testigos, lo mismo que por medio de títulos ó documentos, la

(1) El tribunal de Burdeos declara con notoria extensión, y muy inoportuna- mente según nosotros (núm. 536), que el título invocado por el hijo es un principio de prueba de su identidad. Así como ha decidido respecto del acta de nacimiento el tribunal de Tolosa el 13 de Julio de 1846, que la presentación de un acta no hace en manera alguna verosímil la identidad actual del hijo, que se presenta con la persona mencionada en el acta.

individualidad de sus padres. Creemos que tampoco hay ya duda en cuanto á la maternidad natural, puesto que no se exige el principio de prueba por escrito, sino para la prueba de la identidad del niño, cuando se indaga la maternidad, sin alegar un título de reconocimiento (*Cód. civil*, art. 351). Pero si es la paternidad natural lo que está en cuestión, ¿será permitido acreditar, por medio de testigos, que tal individuo es el autor del reconocimiento? Según una sentencia de casación del 18 de Junio de 1851, autorizar esta prueba fuera del acta de nacimiento, es indagar virtualmente la paternidad. Pero ¿cómo es posible que un título pueda acreditar la identidad del que se halla mencionado en él? La naturaleza misma de las cosas se opone á ello. La sentencia dada por el tribunal de Lyon el 30 de Agosto de 1848 nos parece, no obstante haber sido anulada, estar en lo cierto cuando declara: «que al autorizar para acreditar la identidad de un individuo que ha aparecido en un acta del estado civil, no se autoriza la indagación de la paternidad, la cual, por el contrario, es reconocida por un acta auténtica.» La doctrina de la sentencia de 1851, tomada en todo su rigor, se dirige á hacer ilusorios, por medio de una negación de identidad, los reconocimientos más formales. Sin embargo, el tribunal de Riom, al cual se había remitido el asunto, habiendo juzgado de hecho (había identidad de nombres y apellidos) que la identidad del autor del reconocimiento se hallaba suficientemente acreditada (14 de Julio de 1853); la Sala de civil, que había dado la sentencia de 1851, desechó el 7 de Noviembre de 1855 el recurso formado contra la decisión del tribunal de Riom, como apoyándose en una pura *apreciación de hechos*. Y no obstante, si el juez puede apreciar la identidad, ¿por qué le había de estar prohibido aclarar su juicio por medio de una información? La Audiencia de París (11 de Julio de 1868) ha denegado la prueba de la identidad, pero en un caso mucho más desfavorable para el hijo, puesto que se había practicado el reconocimiento con nombre de pila cambiado, y sin que se mencionase ningún apellido.

**. Acerca de las disposiciones del derecho español sobre esta materia, véanse las adiciones insertas á continuación de los números 561 y 571.—(N. del T.)

I.—Filiación legítima.

SUMARIO: 551. Prueba previa del matrimonio.—552. Fe del acta de nacimiento en cuanto á la filiación legítima.—553. Sistema de la indivisibilidad del título.—554. Refutación de este sistema.—555. Irregularidades diversas que puede presentar el acta.—556. Falta de mención del marido.—557. Mención de un padre desconocido.—558. Mención de una paternidad adulterina.—559. Inscripción bajo el apellido que llevaba de soltera la madre.—560. Tendencia del sistema de indivisibilidad del título.—561. ¿Se puede reconocer á un hijo legítimo?

551. Se ha dicho, con razón, que la prueba de la filiación no lleva consigo por sí sola la de la legitimidad. Dos elementos, en efecto, constituyen la legitimidad: el matrimonio y la filiación. Para ser admitidos á justificar el segundo elemento, con el auxilio de los medios instituidos por la ley con este objeto, debe principiarse por acreditar la existencia del primero. «La filiación de los hijos legítimos, dice el art. 310 del Código civil, se prueba por las actas de nacimiento sentadas en el registro del estado civil.» El legislador quiere decir con esto, que las actas extendidas en virtud de declaración de terceros, actas que no prueban esencialmente más que el nombre, el sexo y la edad del hijo, prueban además la filiación, cuando se trata de un hijo legítimo. Es, pues, necesario que el hijo que quiere consignar su estado por medio de estas actas, principie por acreditar su legitimidad hipotética, es decir, por demostrar que existía entre sus pretendidos padres un matrimonio que subsistía aún trescientos días antes de su nacimiento (1). Mas pudiendo ignorar el hijo el lugar donde se casaron sus padres, es admitido el hijo á probar el matrimonio de éstos por la posesión de estado (art. 197).

552. Una vez acreditado el matrimonio, el acta de nacimiento llega á ser la prueba de la filiación. Las personas encargadas por la ley de declarar el nacimiento son creídas en cuanto á la designación de los padres del niño, al menos mientras no haya prueba en contrario á nuestro juicio. Pero esta acta, ¿prueba la maternidad solamente, salvo la inducción de la paternidad, por medio de la presunción legal que da al marido por padre del niño concebido durante el matrimonio? O bien, ¿prueba á la vez la maternidad y

(1) No añadimos que el matrimonio debe haber principiado lo más tarde el día 180 que precede al nacimiento, porque según los términos del art. 314 del Código civil, el niño nacido en los 179 días primeros del matrimonio se presume legítimo, ó más bien legitimado, mientras no es desconocido por el marido.

la paternidad legítimas? He aquí la cuestión esencial, que debemos tratar previamente, y cuya solución nos conducirá fácilmente á la de las dificultades de detalle que presenta la materia.

553. Para sostener que el acta de nacimiento prueba á la vez la paternidad y la maternidad, se hace notar que debe enunciar los nombres del padre y de la madre (Ibid., art. 57), lo cual supone que los declarantes que conocen habitualmente á los esposos, atestiguan, no solamente el hecho de la maternidad, sino también el de la paternidad, en el sentido de que, según fuera la conducta de la madre, la paternidad del marido podría ser discutida. La mención de los dos esposos como padre y madre del niño, es, pues, se dice, constitutiva de la legitimidad, en tanto cuanto puede inducirse del acta. Si se omitió el marido, el silencio sobre un punto tan esencial parece indicar claramente que no se consideró al hijo como legítimo. Pues bien: los hijos legítimos son los únicos cuya filiación se prueba por las actas del estado civil (Ibid., art. 319). En su consecuencia, una declaración que no menciona al marido se contradice, se destruye por sí misma; y si no acredita la existencia de una filiación adulterina, que sería imposible consignar legalmente, no acredita tampoco la de una filiación legítima, puesto que el escrito no se redactó según quiere la ley, y basta esta circunstancia para hacer la legitimidad por lo menos dudosa. No está permitido fraccionar la fe del título que debe acreditar á un tiempo la paternidad y la maternidad. Si, pues, el título parece suponer una paternidad distinta que la del marido, ó bien se dará fe á este título, y entonces se llegará á reconocer la existencia de una filiación adulterina, lo cual hubiera sido posible en la antigua jurisprudencia, ó bien se rehusará dar fe á dicho título, puesto que la legislación actual no admite la prueba de semejantes hechos, y entonces se deberá desechar enteramente, puesto que no es ya el acta de nacimiento de un hijo legítimo.

554. Este sistema de indivisibilidad del título no es nuevo. Háse reproducido y refutado con frecuencia en las numerosas discusiones sobre la cuestión de estado que han tenido lugar ante nuestros antiguos Parlamentos. Desde 1664, el abogado general Talón había ya respondido, que «como se había estimado por los juriscónsultos la prueba de la filiación como una cosa casi imposible, habían resuelto unánimemente que bastaba á un niño para decirse hijo legítimo probar que había nacido durante el matrimonio.» Y numerosas sentencias del Parlamento de París (Merlin, *Repert.*, V. *Legitimité*, secc. 2.^a, § 2.^o) habían sancionado esta doctrina.

Efectivamente, lo que es susceptible de acreditarse por medio del testimonio de los hombres es el parto. No puede llegarse á la paternidad sino por una inducción sacada de haber tenido lugar la concepción durante el matrimonio, y en su consecuencia, debe atribuirse al marido, mientras éste no desconozca al hijo. ¿Y cómo puede ser de otra suerte? ¿Cómo podrá probar directamente el acta de nacimiento la paternidad? ¿Qué luces tienen las testigos del parto sobre el hecho de la concepción? Si en Roma, donde el sistema de pruebas era tan vasto, no hacía fe contra el hijo la declaración misma de la madre (*Scæv.*, l. 29, § 1.º, D. *De probat.*), ¿sería justo entre nosotros conceder más confianza, en la cuestión de paternidad, al médico, á la partera, ó á cualquier individuo que hubiera asistido al nacimiento? Estas personas pueden tener conocimiento, á lo más, de un comercio adulterino; pero querer deducir de un modo absoluto, del adulterio, la no paternidad del marido, es una pretensión tan contraria á la lógica como al espíritu y al texto de la ley (1). Siempre, pues, que los declarantes indiquen explícita ó implícitamente otro padre que el marido, atestiguan lo que no tienen misión de atestiguar, lo que les es hasta imposible saber con certeza. Un título es indivisible, cuando contiene dos enunciaciones legales que deben combinarse. Deja de serlo, cuando una de estas enunciaciones está prohibida por la ley, y debe en su consecuencia reputarse como no ocurrida.

Es cierto que se invoca el art. 57, que prescribe la mención del padre; pero este artículo quiere que se mencionen los nombres, apellidos, profesión y domicilio de los testigos; enunciación que no es nada sustancial. Por otra parte, este artículo probaría demasiado, porque no distingue entre la filiación legítima y la filiación natural, respecto de la cual no está en manera alguna permitido indicar quién es el padre. Además, rehusar toda fe al acta, á falta de la indicación del padre, que es tan fácil suplir cuando se halla bien acreditada la maternidad, es crear, contra la intención formal del legislador, nulidades en las actas del estado civil; es hacer depender la suerte de los hijos de una inexactitud de redacción (2). La opinión que desecha la pretendida indivisibilidad del título ha-

(1) El mismo principio se halla admitido por la legislación inglesa: *Were the husband and wife, dice Greenleaf (t. 1.º, pág. 38), cohabited together, or such, and no impotency is proved, the issue is conclusively presumed to be legitimate though the wife is proved tho have been at the same time guilty of infidelity.*

(2) En este sentido se ha declarado valedera un acta de nacimiento en que se había omitido la firma del padre. (Den. 23 de Junio de 1869.)

bia ya prevalecido en el derecho antiguo. Sin embargo, entonces no prohibía la ley, como actualmente, la prueba de una filiación adulterina, y ya hemos visto (núm. 206) que María Aurora había obtenido del Parlamento de París una sentencia que la declaraba hija adulterina del mariscal de Sajonia. Esto explica las decisiones, poco numerosas por lo demás, que se han referido á las manifestaciones destructoras de la legitimidad, contenidas en las actas de nacimiento. Era muy natural que se permitiera atenerse á ellas, puesto que podían hacer fe, según las circunstancias. No obstante, la inmensa mayoría de las sentencias se ha atenido á la presunción de la legitimidad, mientras no se desconozca al hijo. En el día no tenemos ya para dudar la razón que existía entonces, puesto que las enunciaciones que indican una paternidad adulterina son rechazadas por la legislación actual. En una época también en que la subversión de los principios constitutivos de la familia había debilitado singularmente la honra de la legitimidad, el 19 de Floreal, año II, la Convención nacional aprobó la negativa de un oficial del estado civil en recibir la declaración de una mujer que atribuía á su hijo otro padre que el marido. Desde entonces intervino el Código civil, que prohibió expresamente, salvo el caso en que se desconozca, todo reconocimiento y toda indagación de una filiación adulterina. Los declarantes no tienen que deponer, pues, sobre la paternidad, puesto que no se hallan autorizados en manera alguna para declarar otro padre que el marido, que es el único que tiene cualidad para oponerse á la presunción legal. La designación del padre legítimo del hijo sólo es, pues, una cuestión de forma. Si la omisión fué voluntaria, sería sobrado injusto que pudiera perjudicar al hijo. Si, por el contrario, se refiere á la indicación más ó menos explícita de una paternidad adulterina, los declarantes se han excedido de sus poderes, puesto que de simples narradores del hecho del parto, se han transformado en comprobadores, en cuanto á la cuestión de paternidad, sobre la cual no tenían ningún dato positivo.

555. Apliquemos ahora esta solución á las diversas irregularidades que puede presentar el acta de nacimiento, bajo el punto de vista que nos ocupa.

556. El caso menos grave es aquel en que el niño fué inserito como nacido de tal mujer, designada con su apellido de mujer casada, sin que se añadiera el nombre y apellido del marido mismo. Es difícil en este caso, aun según la opinión contraria á la nuestra, considerar el acta como no constituyendo prueba completa. Aun-

que no se comprenda literalmente en los términos del art. 57, debe reconocerse que el marido ha sido virtualmente designado como padre, por el solo hecho de que nada indica otro padre distinto, y de ser precisamente por el apellido que la madre tiene del marido como se designó á ésta (1). No creemos, pues, que este primer caso pueda dar lugar á dudas formales en la práctica.

557. En segundo lugar, puede haberse inscrito al hijo como nacido de una mujer casada y de un padre desconocido. Los declarantes emiten aquí dudas sobre la legitimidad; pero aun cuando tuvieran cualidad para manifestar dudas, se debería siempre resolver, puesto que no habiendo más que duda, debe prevalecer la presunción legal. Así, por sentencia de 19 de Mayo de 1840, se ha considerado en semejante circunstancia el acta como probando suficientemente la legitimidad, aunque se designaba á la madre de una manera inexacta en el título, pero su identidad no era dudosa.

558. El tercer caso es aquel en que el hijo ha sido inscrito como nacido de tal mujer casada y de un padre determinado, distinto del marido. Aquí se encuentra también atestiguado el matrimonio por el acta misma del nacimiento, pero se añade la mención positiva de una paternidad adulterina. Esta mención no puede tener fuerza para destruir la legitimidad, sino en cuanto se considera el título como indivisible. Pero creemos haber demostrado que es imposible considerar como un solo único testimonio esta declaración compleja, que el hijo ha nacido de tal mujer, y que tiene por padre á otro que no es el marido. Tanto como es fundado atribuir á los testigos del parto cualidad para atestiguar el primer punto, tan peligroso y arbitrario sería creerles sobre el segundo. La opinión que quiere desechar el acta totalmente, propendería á reducir en el caso en cuestión al reclamante (si no tiene posesión de estado) á probar por medio de testigos el hecho del parto, con tal, no obstante, que tuviese en su favor un principio de prueba por escrito ó indicios graves. Pero el art. 323 del Código civil no reduce á este último recurso, sino al *hijo inscrito, bien sea bajo nombres supuestos, bien como nacido de padre y madre desconocidos*. Entonces solamente se puede decir que hay *falta de título*, á los ojos de la ley. Pues bien: el que ha sido inscrito bajo el nombre de su madre, no se halla en ninguna de estas dos hipótesis; puede, pues, prevalecerse de la

(1) Sabido es que en Francia las mujeres casadas llevan el apellido del marido, y se designan por él y no por el de sus padres. — (N. del T.)

prueba literal de la maternidad, para llegar, con el auxilio de la presunción legal, á demostrar la paternidad legítima.

Sería así también, aun cuando un reconocimiento formal propendiera á acreditar una paternidad distinta de la del marido; así lo ha juzgado la Audiencia de París el 12 de Julio de 1856, y la apelación formulada contra dicha sentencia ha sido denegada el 27 de Enero de 1857. La Audiencia de París, que había rechazado ya, contradiciendo su antigua jurisprudencia, el principio de la indivisibilidad del título por medio de un fallo muy razonado, con fecha 6 de Enero de 1834, se ha pronunciado otra vez en el mismo sentido el 11 de Enero de 1864, resolviendo que «el niño que por un acta legal de nacimiento acredita que es una mujer casada la que le ha dado á luz, justifica su legitimidad *ipso facto*, cualesquiera que sean los otros extremos contenidos en dicha acta; que, á no dudarlo, esas indicaciones pudieran auxiliar la acción de denegación formulada por el marido de la madre, bien sea para probar la ocultación del nacimiento, bien sea para toda otra justificación en apoyo de dicha acción (V. núm. 559); pero que no pueden destruir por causa ó error de un tercero la presunción legal del artículo 312, cuya regla es esencialísima en el derecho con respecto á la paternidad y á la filiación.» El Tribunal de Casación denegó el 13 de Junio de 1865 la apelación presentada contra esta última sentencia, y condenó formalmente el principio de la indivisibilidad.

559. Finalmente, el caso más grave es aquel en que el niño es inscrito bajo el apellido que llevaba de soltera su madre. La posición del niño es aún más equívoca en esta hipótesis, sobre todo si el acta indica un padre adulterino, aunque, según nuestra opinión y las sentencias más recientes, esta indicación debe reputarse no efectuada. Ciertas decisiones judiciales, preocupándose de las circunstancias del hecho, más bien que de los principios del derecho, han rehusado aplicar á semejante situación las presunciones de legitimidad. Así se ha juzgado relativamente al célebre asunto *Virginia* (París, 15 de Julio de 1808; sent. den. de 22 de Enero de 1811), en el cual la reclamante sucumbió invocando un acta de nacimiento en que estaba inscrita bajo el apellido que llevaba de soltera su madre y bajo el de un padre adulterino (1). Sin embargo, el primer

(1) Debe notarse que el acta de nacimiento era del 16 Lluvioso, año II, y que sólo hasta el 19 de Floreal siguiente no se declaró por la Convención que no se podía reconocer una paternidad adulterina, como se hacía con frecuencia en otro tiempo; el caso tiene, pues, un carácter transitorio que atenúa singularmente su importancia.

considerando de la sentencia denegatoria (1) se funda en que la identidad de la madre denominada en el acta con la mujer de quien pretendía Virginia ser hija, no estaba acreditada. Á falta de prueba de la identidad, punto juzgado de un modo supremo por el tribunal de París, puesto que no implicaba más que una cuestión de hecho, no tenía interés alguno la cuestión de la mayor ó menor fuerza probatoria del acta. Como quiera que sea, se puede oponer con ventaja á ciertos considerandos del tribunal de París y del Tribunal de Casación en la sentencia de Virginia: en primer lugar, en la antigua jurisprudencia la sentencia *La Plissonnière*, dictada en un caso idéntico por el tribunal de París en 1712; y en la jurisprudencia moderna, las sentencias más recientes (núm. 558), que consagran formalmente la doctrina, que no se debe buscar en el acta de nacimiento más que una sola cosa, la prueba de que el niño fué concebido durante el matrimonio. Además, la sentencia denegatoria de 19 de Mayo de 1840 (núm. 557), ha fallado sobre un caso muy parecido al de que nos ocupamos. El niño no había sido inscrito, es verdad, con el apellido que llevaba su madre cuando era soltera, pero lo había sido bajo el nombre de la misma, lo cual no impidió al tribunal que le declarase legítimo, hallándose bien acreditada la identidad de la mujer casada y de la mujer denominada en el acta. Admitiremos solamente, con el tribunal de París (Sents. de 4 de Diciembre de 1820, de 5 de Julio de 1843 y de 11 de Enero de 1864) que el hecho mismo de una inscripción tan irregular (V. núm. 211) puede considerarse como constituyendo ocultación del nacimiento, y autorizar (*Cód. civil*, art. 313) la acción de desconocimiento fundada en la imposibilidad moral (2). Pero hay gran distancia de esta

(1) La sentencia denegatoria no reproduce la singular doctrina del tribunal de París que oponía á Virginia una excepción sacada del concurso del acta de nacimiento y de la posesión de estado. La aplicación del art. 322 del Código á la filiación natural ha sido rechazada después por el Tribunal de Casación (núm. 218); pero en todo caso, este artículo no hubiera podido propender á proteger la posesión de una filiación adulterina.

(2) Había ocultación mucho más caracterizada en un caso más reciente (Sentencia den. de 4 de Febrero de 1851). Un niño, á quien hacían presumir adulterino todas las circunstancias de la causa, fué inscrito bajo el apellido de una mujer que no era su madre, y que probablemente no existía siquiera. Sosteníase que el marido no era admitido á hacer restablecer en los registros la maternidad verdadera, para discutir después la legitimidad del hijo. Si este sistema, admitido por el Tribunal del Sena, hubiera prevalecido, el hijo adulterino hubiera escogido el momento más oportuno para hacer rectificar su acta de nacimiento é introducirse en la familia legítima. Pero el Tribunal de París y el de Casación han reconocido en el marido un interés nato y actual para prevenir este fraude (véase en sentido contrario, Angers, 21 de Mayo de 1852). Han reconocido también implícitamente el derecho de investigar la maternidad por interés opuesto al del hijo (núm. 215).

mayor facilidad de desconocer, á la destrucción completa de la presunción de legitimidad.

560. El sistema que combatimos no es, en último resultado, más que una reacción disfrazada contra los principios restrictivos del Código civil, en cuanto á la facultad de desconocer respecto del marido. Para multiplicar los casos de excepción á la regla que quiere que se presuma que el marido es el padre del niño concebido durante el matrimonio, se atribuye á los testigos del parto la facultad de destruir la prueba del estado legítimo, por el solo hecho de hacer más ó menos claramente alusión á la existencia de una paternidad adulterina. A lo menos, en el antiguo derecho, cuando se atendía á la declaración de una paternidad de esta naturaleza, como hizo el Parlamento de París, conforme á las conclusiones del abogado general Joly de Fleury, el 31 de Mayo de 1745, se podía, sin infringir ninguna ley, decidir que había *imposibilidad moral* de paternidad, y consignar auténticamente, según los dichos de los declarantes, la paternidad adulterina. En la actualidad, una decisión semejante sería una doble violación del Código, que no admite que la simple imposibilidad moral pueda hacer caer la paternidad, y que permite todavía menos atribuir al hijo otro padre distinto del marido de su madre. Así, no hay más recurso que afirmar que el acta no prueba siquiera la maternidad, lo cual no se ha sostenido jamás antiguamente y es contrario á toda verosimilitud, porque, ¿qué relación hay entre las conjeturas más ó menos exactas que hacen los declarantes sobre el hecho de la paternidad y la realidad del parto que han visto con sus propios ojos? Finalmente, en otro tiempo, el niño podía obtener por lo menos alimentos de los padres adulterinos que se le atribuían; mientras que en el día se le priva de todo recurso, declarando que no es ni hijo legítimo ni hijo adulterino de la mujer que el buen sentido y la evidencia proclaman madre suya.

561. Para terminar lo concerniente á la prueba escrita de la filiación legítima, tenemos que preguntarnos, si esta filiación, como la natural, respecto de la cual este modo es el único previsto, es susceptible de acreditarse, aun largo tiempo después del nacimiento del hijo, por medio de un reconocimiento auténtico, verificado sin la intervención de los tribunales.

En favor de la afirmativa, se invoca (Merlin, *Repert.*, V. *Legitimé*, secc. 2.^a, § 4.^o, núm. 3.^o) el antiguo principio, según el cual, el padre ó la madre, si no pueden perjudicar á su hijo con sus declaraciones, pueden asegurar su estado con su sufragio. *Grande proæ-*

judicium (dice Ulpiano, l. 1.^o, § 12, D. *De agnosc. et alend. liber.*)
affert pro filio confessio patris.

No hay duda de que en una reclamación de estado, semejante confesión, si se hace sin fraude, tendrá gran autoridad en favor del niño, pero no puede constituir una prueba legal, en el sistema de nuestra legislación, que no autoriza la inscripción de los niños en el registro del estado civil sino dentro de tres días, prescribiendo que se recurra á los tribunales cuando haya transcurrido este término (núm. 540). En cuanto á un acta notarial, es desusada y sospechosa en materia de filiación legítima. Estos retardos calculados podrían no ser más que un medio de eludir las reglas sobre la adopción (Sents. dens. de 9 de Noviembre de 1809; Paris, 11 de Junio de 1814, y *23 de Mayo de 1873*).

*. No basta tampoco por derecho español, como dice muy bien M. Bonnier en el núm. 551, con relación al derecho francés, para que un hijo se considere legítimo, la prueba de la filiación por sí sola, que resulta de la partida de bautismo. Para que el hijo sea tenido por legítimo es además necesario que sea fruto de matrimonio, bien sea legítimo, bien putativo. Para que se considere fruto de matrimonio basta que haya sido concebido durante éste, lo cual se reputa, si nace á los seis meses y un día cuando menos después de celebrado, y á los diez meses cuando más, sin tocar ni un solo día del undécimo, después de disuelto con tal que los consortes vivieren juntos. Mas no se reputará el hijo por legítimo si se probare que durante el tiempo transcurrido desde el día ciento ochenta antes del nacimiento del hijo, hasta el trescientos, esto es, durante los cuatro primeros meses de los diez anteriores al parto, se hallaba el marido por causa de ausencia ó de impedimento absoluto en la imposibilidad física de cohabitar con su mujer; leyes 9.^a, tit. 14, Partidas 3.^a, y 4.^a, tit. 23, Part. 4.^a Y en efecto, el hijo nacido antes de cumplirse los ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio no es en realidad hijo legítimo, pues no basta para ser legítimo el haber nacido dentro del matrimonio, sino que es además necesario el haber nacido á debido tiempo, esto es, en tiempo que induzca presunción de que fué concebido también dentro del matrimonio, de suerte que la legitimidad procede mas bien de la época de la concepción que de la del nacimiento. Si, pues, el padre y madre no estaban casados y vivían en uno antes de la concepción, es claro que el hijo no será legítimo, aunque el nacimiento se haya verificado cuando ya estaban casados y vivían en uno el padre y la madre; el hijo en tal caso será legitimado tácitamente por el matrimonio de su padre y su madre, con tal que sea capaz de esta especie de legitimación y reconocido por el padre. V. la ley 4.^a, tit. 23, Part. 3.^a—(N. del T.)

*. Véase la nota al núm. 211 duplicado.—(N. de la R.)

II.—Filiación natural.

SUMARIO: 562. Prueba escrita de la filiación natural sencilla.—563. ¿Cuál es la fe del acta de nacimiento relativamente á esta filiación?—564. Prohibición de mencionar la paternidad no reconocida.—565. *Quid* relativamente á la maternidad.—566. ¿Qué fe debe darse á la mención del nombre de la madre? Modificación de 1872 de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la prueba del parto y de la identidad.—567. Forma de reconocimiento. ¿Qué oficial puede autorizar el reconocimiento?—568. Reconocimiento hecho por testamento. ¿Es revocable?—568 duplicado. Poderes para el reconocimiento.—569. ¿Cuál puede ser el valor de un reconocimiento por acta ó escritura privada?—570. *Quid* relativamente á los alimentos.—571. ¿Se puede reconocer una filiación incestuosa ó adulterina?—571 duplicado. Concurrencia de varios reconocimientos cuya combinación hace resaltar el vicio de la filiación.

562. El acta de nacimiento prueba sin dificultad la filiación natural simple, cuando se halla redactada con el consentimiento del padre ó de la madre.

563. La declaración de las personas que, sin tener poderes del padre ó de la madre, dicen haber asistido al parto, no parece tener por objeto esencial probar la filiación natural, como prueba la filiación legítima, según los términos del art. 319 del Código civil. Es cierto, por lo menos, que en lo relativo á la prueba escrita de la filiación natural, el Código habla de *reconocimiento*, y de ninguna manera de declaración hecha por un tercero. Pero la indicación del padre ó de la madre puede tener lugar de hecho, y entonces se pregunta si tiene alguna fuerza.

564. Se está de acuerdo en lo concerniente al padre. Aunque las enunciaciones del art. 57 comprenden el nombre del padre, sin distinguir si se trata ó no de un hijo legítimo, no se debe jamás indicar al padre natural, cuando éste no se manifiesta conforme. En efecto, el primer proyecto de ley sobre las actas del estado civil, presentado en el año x, contenía un artículo concebido en estos términos: «Si se declara que el hijo nació fuera de matrimonio, y si la madre designa al padre de éste, no se insertará el nombre del padre en el acta de nacimiento sino con la mención formal de que ha sido designado por la madre.» Pero esta disposición fué vivamente combatida por el Tribunado, como propendiendo indirectamente á hacer revivir la investigación de la paternidad, y se retiró el proyecto. El artículo fué suprimido en el año siguiente, cuando se redactó en definitiva y se dijo expresamente en los discursos que precedieron al voto de la ley, que la mención del padre en el art. 57 no se refiere sino á la filiación legítima. Sobre esto no

puede haber duda, sino en el caso de raptó en que se admite la indagación de la paternidad. Pero ¿quién garantizará al oficial civil que el hecho del raptó es real, que la persona que se le designa es el raptor de la madre, y finalmente, que la época de la concepción se refiere á la del raptó? Más vale no prejuzgar nada sobre tan delicadas cuestiones, absteniéndose de toda enunciación de esta naturaleza hasta que decidan los tribunales. Así, en todas las hipótesis, la mención del padre no tiene fuerza alguna probatoria con respecto á él.

565. Hállanse divididas las opiniones en lo concerniente á la madre. Puesto que se admite la indagación de la maternidad, parece que la revelación del nombre de la madre no tiene nada contrario al espíritu de la ley. Y si la mención del padre ha sido proscrita en el ánimo del legislador, no se ha suscitado dificultad alguna en cuanto á la madre, respecto á la cual no hay la misma incertidumbre. Es costumbre al redactar las actas de nacimiento, sobre todo en París, designar la madre, sin haberse cerciorado previamente de su consentimiento. ¿Esta mención es obligatoria? ¿Está rechazada ó es simplemente facultativa?

La primera opinión habia sido consagrada por muchos tribunales imperiales, que, asimilando la maternidad natural á la legítima, habian sido inducidos, en su consecuencia, á aplicar las penas designadas por el art. 346 del Código penal (núm. 540), en el caso en que hubiese habido declaración del nacimiento del niño sin indicar el nombre de la madre (Dijón, 14 de Agosto de 1840; París, 20 de Abril de 1843): el Tribunal de Casación ha juzgado que la revelación de la maternidad no es obligatoria para nadie, puesto que el art. 346 del Código penal no prescribe más que la declaración del hecho del nacimiento; que especialmente, con respecto á los médicos y matronas, constituye una violación del secreto que les impone su profesión (*Cód. penal*, art. 378), y que todo reglamento que se dirige á provocar esta revelación (1), es considerado ilegal (Sents. denegs. de 16 de Septiembre de 1843, 1.º de Junio de 1844 y 18 de Junio de 1846) (2). Según otra opinión,

(1) La sentencia denegatoria de 10 de Junio de 1853, ya citada, está en oposición con esta doctrina en uno de sus considerandos; pero la sentencia de 1853 no tenia que juzgar la cuestión, mientras que fué resuelta *in terminis*, por las de 1843, de 1844 y de 1846.

(2) Una orden del prefecto de la Mancha, de 10 de Abril de 1845, al suprimir los tornos, obligaba á los propietarios de las casas de partos á inscribir en un registro los nombres de las mujeres que recibían en ellas, bajo las penas impuestas por el art. 475, núm. 2.º del Código penal.

que habíamos admitido hasta aquí, la indicación de la madre, hecha por la simple fe de los declarantes, debe proibirse, como ofreciendo graves peligros. Si la declaración es falsa, es una injuria dirigida gratuitamente á una mujer honrada; si es verdadera, suponiendo que la mujer no tenga acción para querrellarse, ¿no es de temer que el aborto ó el infanticidio se anticipen á una revelación abrumadora? Creemos en el día, conforme á la opinión más generalmente admitida, que el oficial civil, si no debe exigir la indicación de la madre, no debe tampoco omitirla, cuando se ofrece espontáneamente. Esta indicación, según vamos á reconocer, no carece de interés para el hijo, y tiene lugar en la práctica sin ofrecer los peligros de que nos habíamos preocupado; peligros que no existirían sino en cuanto fuera obligatoria la declaración. El art. 336 del Código civil, limitando los efectos del reconocimiento del padre, hecho sin la indicación y consentimiento de la madre, ¿no supone que puede tener lugar esta indicación?

566. Cuando se ha declarado de hecho la maternidad, ¿qué fe ó crédito deberá darse á esta declaración? Ante todo, debe examinarse si ha tenido lugar con el consentimiento de la madre. El Código (art. 36) exige un poder especial y auténtico, en el caso de que se trate de reemplazar á una parte que debía comparecer, por ejemplo, á un ascendiente cuando se efectúe el matrimonio de su hijo; pero cuando una persona tiene cualidad para declarar el nacimiento, nos parece que sólo hay que apreciar, según las reglas del derecho común sobre el mandato (Ibid. art. 1985), si ha sido autorizada por la madre para divulgar su nombre. Tal es, por lo menos, la doctrina consagrada por las sentencias del tribunal del Sena de 4 de Enero de 1850 y del tribunal de Versalles de 8 de Mayo de 1857, confirmadas en virtud de apelación (10 de Mayo de 1851 y 30 de Abril de 1859). Por otra parte, haremos observar que la ley de 1843, que exige un poder auténtico para el reconocimiento (núm. 476) no se puede aplicar más que á las actas notariales.

Suponiendo que no aparezca mandato expreso ó tácito de la madre, la mención de su nombre en el acta de nacimiento, ¿no será más que una simple indicación desprovista de todo valor jurídico, ó será un principio de prueba por escrito, ó bien hará fe, si no de la identidad, al menos del parto?

Hasta ahora habíamos considerado esta mención como constituyendo á lo más una simple noticia, de naturaleza propia para poner al hijo en las huellas de su origen. Para esto nos fundába-

mos sobre todo en el silencio del Código, que habla siempre de *reconocimiento*, y jamás de acta de nacimiento, en la sección consagrada á la prueba de la filiación de los hijos naturales, Marcábamus una diferencia sensible en la maternidad legítima, hecho honorífico cuya prueba puede tomarse de declaraciones que emanen de terceros, y la maternidad natural, hecho deshonoroso que no debe permitirse se impute á una mujer, si no lo confiesa ella misma. Y tal es aun en efecto el sistema de muchas sentencias de tribunales de apelación (V. Rouen, 24 de Julio de 1862; Lyon, 20 de Junio de 1867, y Grenoble, 26 de Diciembre de 1867), que consideran el acta de nacimiento como no constituyendo ni aun prueba del parto. Finalmente, según una sentencia del tribunal de Bourges de 2 de Mayo de 1837, la reunión misma del acta de nacimiento y de la posesión de estado no bastaría para acreditar la filiación natural, á falta de un principio de prueba por escrito; y veremos luego que un fallo reciente de la Sala de lo civil del Tribunal de Casación, destruyendo los antecedentes del propio Tribunal, ha vuelto á aprobar este sistema.

Siguiendo una opinión intermedia, la enunciación de la madre constituiría por lo menos el principio de prueba por escrito que se exige para la indagación de la maternidad. Así se ha juzgado algunas veces, especialmente por el tribunal de París el 19 de Marzo de 1850. Efectivamente, en el acta de nacimiento, aun cuando no emane de la madre, pudiera verse un principio de prueba del parto, admitiendo, como lo hemos hecho ya (núm. 210), que el escrito de donde se saca ese principio de prueba puede ser obra de un tercero.

En todo caso, no se puede ver en ella, lo mismo en materia de filiación natural que de filiación legítima (números 536 y 548), el principio de prueba por escrito de la identidad, segundo elemento de la indagación de la maternidad, como lo ha decidido una sentencia denegatoria de 28 de Mayo de 1810, y un gran número de sentencias de los tribunales de apelación (V. sobre todo Douai, 14 de Diciembre de 1864). Así, el legislador ha abandonado la primèr redacción del art. 341, concebida en estos términos: «El registro del estado civil que consigne el nacimiento del hijo nacido de la madre reclamada y cuya defunción no se pruebe podrá servir de principio de prueba por escrito.» Este párrafo ha sido suprimido en virtud de observaciones de Cambaceres, sobre que la cuestión consistirá en saber si el registro se aplica al hijo, y que en ese caso se encerraría en un círculo vicioso. No debemos, pues, detenernos

en este sistema intermedio (V. París, 30 de Abril de 1859) (1).

Según la jurisprudencia seguida durante veinte años por el Tribunal de Casación, el acta de nacimiento hace prueba del parto. Una sentencia denegatoria dada por la Sala de lo civil el 1.º de Junio de 1853 sienta por tesis que el parto es un hecho manifiesto de que puede darse testimonio con certidumbre. En seguida invoca diversos argumentos fundados en textos, cuyo valor puede discutirse: 1.º, el art. 346 del Código penal, que castiga la falta de declaración; pero según la jurisprudencia constante de la Sala criminal (núm. 565), este art. 346, no refiriéndose al 57 del Código civil, no exige la declaración de la maternidad; 2.º, el artículo 345 del Código penal, que castiga con una pena severa la suposición de un hijo á otra mujer que no hubiera dado á luz, sin distinguir si la maternidad imputada es natural ó legítima; pero podría contestarse que nuestras leyes, al hablar de hijo, tienen habitualmente en cuenta al hijo legítimo. Lo que nos causa más sensación que estos argumentos es que la mención del parto tiene lugar en la práctica, y es casi siempre conforme á la verdad.

Podemos añadir, según una observación de M. Valette (*Curso de Código civil*, t. 1.º, pág. 423), que el art. 341 del Código civil referente á la investigación de la maternidad, al fijar los procedimientos que deben seguirse para probar la identidad del hijo, supone implícitamente que el parto es un hecho real acreditado previamente por el acta de nacimiento.

El punto delicado, sobre el cual está lejos de ser satisfactoria la sentencia de 1853, es el relativo á la prueba de la identidad. Esta prueba no resulta del acta que, aun en lo relativo á la filiación legítima, no puede, por la fuerza misma de las cosas, acreditar la identidad del reclamante con la persona nombrada en ella. Pues bien: la sentencia de 1853 suponía que, según los términos del art. 341, el hijo portador de un acta de nacimiento indicativa

(1) Una nueva distinción se encuentra indicada en un fallo del Tribunal de Casación de 24 de Mayo de 1858, según cuyos términos la declaración de parto no contradicha por la madre debía hacer fe de la filiación del niño respecto de los terceros. En el litigio de que se trata, el tercero era el Gobernador que en interés de la quinta controvertía acerca de la exención de un hijo natural cuyo hermano había fallecido bajo las banderas. Pero ¿cómo una declaración que no constituye prueba contra los interesados, la había de tener contra los terceros? Este es un error, en sentido opuesto, á aquel otro que atribuye al acta de carácter auténtico una fe más plena respecto de las partes que de los terceros. Si con relación á la madre la maternidad no está acreditada, no lo estará para nadie; y si, como creemos, el acta hace fe para con la madre, deberá ser para los terceros, según las expresiones de Dumoulin (núm. 508) *æque publicum et probans*.

de la maternidad, no estaría obligado á probar su identidad, sino en caso de controversia sobre este punto, lo cual parecería conducir á esta consecuencia, que el acta prueba, *prima facie*, la identidad. Pero la Sala civil ha desarrollado su doctrina de un modo más completo y más fundado en otra sentencia denegatoria de 19 de Noviembre de 1856, en que declara, que «si el acta de nacimiento hace fe del parto, es decir, del hecho mismo de la maternidad, esta acta, sin embargo, no constituye por sí misma y por sí sola, la prueba del estado del hijo que pretende aplicarse el beneficio; que debe además acreditar su identidad con el niño que ha parido la madre; que la prueba de esta identidad no puede resultar más que de un reconocimiento formal ó tácito de ésta, ó de una acción en indagación de la maternidad, admitida en juicio.» Así, el acta de nacimiento suministra el primer elemento; el segundo debe resultar de un reconocimiento *tácito*, es decir, lo más frecuentemente, de la posesión de estado. Así es como la jurisprudencia llega á completar por la posesión de estado los elementos de prueba suministrados por el título. Rechazando como MM. Demolombe y Valette la doctrina limitada que subordina á un principio de prueba por escrito la justificación de la posesión de estado (núm. 216), nos unimos á nuestros honorables colegas para aceptar subsidiariamente el sistema que da á esta posesión una gran fuerza, puesto que hace de ella un medio de corroborar la enunciación que de hecho se contiene en el acta de nacimiento.

Hallábase al parecer bien sentada la jurisprudencia de la Sala de lo civil. Había anulado el 1.º de Diciembre de 1869 la antes mencionada sentencia de la Audiencia de Lyon del 20 de Junio de 1867, sentando como principio que, «el acta de nacimiento extendida en las condiciones del art. 56, Código civil, da fe del parto.» La Audiencia de Montpellier no hacía, pues, otra cosa que conformarse con la doctrina del Tribunal regulador, cuando sentenciaba el 13 de Julio de 1870 que el acta de nacimiento indicadora de la maternidad y confirmada por hechos de posesión de estado equivalía á un reconocimiento formal. Grande fué el asombro de los jurisconsultos cuando supieron que el citado fallo había sido casado por la Sala de lo civil el 3 de Abril de 1872. Según los términos de esta sentencia, «un hijo natural no se halla legalmente reconocido sino por medio de una declaración voluntariamente prestada en un acta auténtica con sujeción á los artículos 334 y 336 del Código civil, ó por la declaración de paternidad ó de maternidad judicialmente hecha en los casos previstos y con las condiciones determi-

nadas en los artículos 340 y 341 del propio Código.—Una posesión de estado que esté conforme con el acta de nacimiento, no puede suplir dicho reconocimiento auténtico.»

Ningún nuevo motivo justifica este cambio en la jurisprudencia; es la afirmación pura y sencilla de una doctrina que parecía olvidada, cuya doctrina es á menudo muy contraria á la evidencia de los hechos que arrojan luz sobre la filiación. Es tanto más extraordinario el fallo de 1872, cuanto que en otra parte de los considerandos la Audiencia adoptaba como medio de casación *un no ha lugar* sacado de la doctrina que indicamos (núm. 215), la cual niega á los herederos del hijo el derecho de investigar la maternidad cuando este mismo hijo ha guardado silencio. Sin ninguna necesidad, pues, la Sala de lo civil ha destruido lo que había fallado constantemente respecto del acta de nacimiento robustecida por la posesión de estado (1). Esperamos que esta cuestión se llevará ante las Salas en pleno del Tribunal Supremo, y que recibirá allí una solución más afortunada.

567. El medio de la prueba preconstituída, consagrado por el reconocimiento voluntario de la paternidad ó de la maternidad natural consiste, ya en la inscripción de este reconocimiento en los registros del estado civil, ya en la redacción de un acta auténtica, destinada á consignarla (*Cód. civil*, artículos 34 y 334). Esta última forma se ha establecido, á fin de permitir las declaraciones secretas que aseguran la suerte del hijo sin comprometer la reputación de los que las suscriben. Si no se ha ido más adelante; si no se ha admitido como título valedero un acta privada, es porque se ha pensado que para cerciorarse de la libertad del reconocimiento, era necesario que la presencia de un oficial público viniera á atestiguar que la declaración se había hecho formalmente y no bajo el imperio de un arrebató pasajero (2). Recordemos que la ley de 21 de Junio de 1843 (art. 2.º) exige para las actas que contiene el reconoci-

(1) El Tribunal Supremo no parece haber destruido su jurisprudencia, que es mucho más antigua y que considera en la posesión de estado, así como en cualquiera otra confesión terminante ó tácita de parte de la madre, la confirmación de lo manifestado por el padre acerca de la maternidad, según los términos del art. 336 del Código civil. (Núm. 217.)

(2) Los gastos, por otra parte, son muy poco considerables para que se pueda suponer que hagan retroceder á los padres naturales ante el cumplimiento de un deber; la administración del registro no percibe sobre las actas de reconocimiento más que un derecho fijo de cinco francos (ley de 28 de Abril de 1816, art. 45), y son éstas registradas gratuitamente (ley de 15 de Mayo de 1818, art. 77) cuando los padres se hallan en un estado de indigencia notoria.

miento de un hijo natural la presencia de un notario de 2.^a clase ó la de testigos (núm. 476).

No puede considerarse como acta auténtica más que el acta emanada de un oficial que, teniendo cualidad para recibir las declaraciones de las partes, ofrece las garantías con que la ley quiere revestir el reconocimiento. Los notarios (1), se hallan incontestablemente en esta categoría. Creemos que sucede lo mismo respecto de los jueces de paz, asistidos de sus escribanos; esta decisión, consagrada por la jurisprudencia, se halla en armonía con el derecho atribuído á estos funcionarios de recibir otras actas relativas al estado de las personas; tales como las de adopción y de emancipación (*Cód. civil*, artículos 353 y 477). En vano se ha combatido esta doctrina, invocando una sentencia del tribunal de Dijon, del 24 de Mayo de 1817, que rehusa á los comisarios de policía la cualidad de poder recibir un acta de reconocimiento. Estos comisarios son extraños á la jurisdicción civil, mientras que un acta semejante entra bastante naturalmente en las atribuciones del juez de paz, que puede autorizarla cuando preside un consejo de familia (Douai, 22 de Julio de 1856). Por nuestra parte, creemos, sin embargo, que el Tribunal de Casación ha avanzado demasiado al atribuir (Sentencia den. de 15 de Junio de 1824), á solo el escribano de juzgado de paz, la facultad de dar acta del reconocimiento de un hijo natural. Si las declaraciones de embarazo podían hacerse en otro tiempo en la escribanía, era para facilitar á las mujeres embarazadas fuera de matrimonio el medio de sustraerse á la terrible presunción de infanticidio, que llevaba consigo, según las palabras del edicto de 1556, la ocultación del embarazo. No existe atribución alguna semejante respecto de los escribanos en el derecho actual. Pero admitimos sin dificultad, de acuerdo con un fallo más reciente del Tribunal Supremo (1.^o Diciembre de 1869), que la declaración recibida por el escribano vale como un principio de prueba por escrito (art. 341) para autorizar la investigación de la maternidad.

Además, puesto que, según ya hemos visto (núm. 467), el artículo 54 del Código de procedimiento, no ha querido rehusar al proceso verbal ó acta de conciliación más que la fuerza ejecutiva y no la autenticidad intrínseca, podría ser válidamente consignado un reconocimiento por esta acta (Pau, 5 Praderal, año XIII; Colmar,

(1) Ningún texto prescribe la transcripción del acta de reconocimiento notarial á los registros del estado civil. Esta exigencia contrariaría el espíritu de la ley que ha querido, sobre todo, en beneficio de la madre, que se pudiera evitar la publicidad.

25 de Enero de 1859). Debe suponerse que las partes se han presentado voluntariamente al juzgado de paz, puesto que las causas no susceptibles de transacción están dispensadas del preliminar de conciliación (*Cód. de proc.*, art. 48). Sin embargo, se han suscitado dudas bastante graves en esta hipótesis, por haberse creído que carecía de espontaneidad la confesión de paternidad efectuada á consecuencia de procedimientos, aun ilegales; en su consecuencia, el tribunal de Angers ha declarado nula en tales circunstancias una transacción que envolvía reconocimiento de paternidad (Sent. de 17 de Julio de 1828). Pero puede responderse, que no estando admitida la indagación de la paternidad, no es de temer en el derecho actual, que sea arrancado el consentimiento por la amenaza de un proceso. En este sentido, el Tribunal de Casación ha declarado válido un reconocimiento precedido de procedimientos judiciales (Sent. den. de 6 de Enero de 1808), y sucedería lo mismo, con más razón, si el reconocimiento se hubiera verificado durante la audiencia (Colmar, 24 de Marzo de 1813). Además, es difícil que intervenga una sentencia de casación en esta materia, puesto que los tribunales tienen un poder discrecional para apreciar la espontaneidad de la confesión; se puede temer el escándalo de un proceso, aun mal fundado, cuando es de naturaleza tan escandalosa. Lo evidente, por lo demás, es que no se debería atribuir ninguna fuerza á la declaración hecha ante un funcionario administrativo (1) (Pau, 18 de Julio de 1810), ni, con más razón, á la que hubiera recibido un ministro del culto (Paris, 22 de Abril de 1833).

568. El acta auténtica no debe necesariamente ser especial. No es dudoso que un testamento ó un contrato de matrimonio pueda contener accesoriamente el reconocimiento de un hijo natural. Si el testamento no es auténtico, sino solamente místico, es decir, entregado con ciertas formas, á presencia de seis testigos, á manos de un notario, que consigna su depósito con un acta de suscripción (*Cód. civil.*, art. 976), creen graves autores que estas garantías equivalen á las que ofrece el testamento auténtico, el reconocimiento es también válido. Pero esta opinión no es exacta, si el acta contiene solamente mención, en la forma ordinaria, de que el testamento ha sido depositado con las solemnidades requeridas; porque

(1) * Cpr. Nancy, 16 de Noviembre de 1877, que resuelve que no constituyen un reconocimiento verdadero ni la escritura extendida ante el Alcalde por la cual la madre hubiese autorizado á su hijo á alistarse en el ejército, como tampoco el alistamiento militar que hubiera verificado el hijo á consecuencia de la mencionada autorización. *

nada indica al notario y á los testigos este reconocimiento, cuya inserción en el testamento *místico* puede muy bien no haber sido obra de una voluntad libre. Creemos, pues, necesario para satisfacer el deseo de la ley, que el acta de suscripción contenga la mención expresa de que tal hijo natural ha sido reconocido por el testador. Con más razón rehusaremos todo efecto, bajo este concepto, á un testamento puramente ológrafo. El Tribunal de Casación había juzgado lo contrario bajo el imperio de la costumbre de París, que reputaba (art. 289) *solemne* este testamento. Pero bajo el imperio del Código civil, que no dice nada semejante, ha decidido por sentencias de 7 de Mayo de 1833 y 18 de Marzo de 1862, que un acta de esta naturaleza no puede considerarse como auténtica. En efecto, hay en ella fecha cierta; pero ya hemos visto que la cuestión no está aquí, y que el legislador ha exigido como garantía de libertad la presencia de un oficial público. Pues bien: un testamento ológrafo puede obedecer al arrebató y á la sugestión tanto como un acta ó escritura privada ordinaria.

Cuando el reconocimiento de un hijo natural se ha hecho de esta suerte por un acto revocable, especialmente por un testamento, ¿la revocación del testamento deja sin efecto el reconocimiento? Merlin (*Repert.*, V. *Filiation*, § 7.º) ha sostenido la afirmativa, y su doctrina bajo este concepto se refiere á la teoría general que profesa, sobre la cuestión ya debatida en otro tiempo, que consiste en si la confesión de una deuda, confirmada en un testamento, es susceptible de revocación (Ibid., V. *Testament.*, secc. 2.ª, § 6.º). Pero lejos de adherirse á esta teoría, Pothier (*Don. test.*, cap. 6.º, secc. 2.ª, § 3.º) enseñaba, con razón, según nosotros, que la confesión debe reputarse sincera, y en su consecuencia, no puede revocarse, salvo hacer los herederos que quede sin efecto, acreditando que su autor tuvo intención de hacer una liberalidad disimulada. Aun cuando se consideran como sospechosos semejantes reconocimientos de deudas, creemos que debería atribuirse un carácter más formal á un reconocimiento de hijo natural; es poco probable que se haga un reconocimiento falso para encubrir una liberalidad, y en su consecuencia, la confesión de paternidad hecha por testamento tiene en su favor una presunción de verdad, lo mismo que si hubiera tenido lugar por acto entre vivos. La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido (Amiens, 9 de Febrero de 1826; Caen, 5 de Julio de 1826; Bastia, 17 de Agosto de 1829). La opinión contraria reconoce que se puede ver en un testamento revocado, si emana de la madre, un principio de prueba por escrito. Pero esta es una incon-

secuencia manifiesta, porque, si la revocación tiene por efecto, como se pretende, hacer considerar el acta como no efectuada, no es permitido hacerla revivir contra la voluntad del testador. Que si se puede fundar en esto una prueba, la prueba es completa por sí misma. Se ha mantenido igualmente (Grenoble, 6 Mayo 1861) el reconocimiento de un hijo natural que se había hecho en un contrato de matrimonio, cuyo contrato había caducado por no haberse celebrado el matrimonio entre los contrayentes.

568 duplicado. Los poderes que tengan por efecto reconocer á un hijo natural deben ser auténticos (ley de 21 de Junio de 1843, artículo 2.º), y especiales (*Cod. civil*, art. 36). Pero, ¿debe entenderse la especialidad con una amplitud tal que sea preciso indicar cuál es la madre, si el reconocimiento tiene lugar durante el embarazo? ¿Puede entonces revelarse confidencialmente el nombre de la madre al mandatario, sin mencionarle en los poderes auténticos? El caso se ha presentado ante la Audiencia de Aix, pues un capitán de Marina, antes de salir para un viaje á Ultramar, donde pereció, dió «á un amigo suyo poderes expresos y especiales para reconocer al hijo que naciese durante su ausencia de la persona que él le indicaba, cuya persona, en aquella época, había quedado embarazada por obra del capitán que así lo declaraba». Por favorables que fuesen esas circunstancias, la Audiencia de Aix (30 de Mayo de 1866, que había declarado que los poderes eran suficientes, ha visto casada su sentencia en 12 de Febrero de 1868 por la siguiente razón: que si bien está permitido reconocer á un hijo no concebido aún, es por medio de la indicación precisa de este niño, señalando á la persona embarazada por obra del mandante; pero que esta indicación deja de ser auténtica y especial si no está expresada más que por medio de una sencilla comunicación verbal y confidencial del mandante al mandatario.

569. Cuando el hijo es portador de un acta de reconocimiento privado, ¿puede citarse útilmente para comprobar la escritura al firmante de esta acta? Toullier (tomo 3.º, núm. 951) sostiene la afirmativa sin distinción, porque no considera como imperativa la disposición del Código, que exige un reconocimiento auténtico; pero esta opinión paradójica, aunque adoptada por el tribunal de Rennes, el 31 de Diciembre de 1834, ha sido desechada universalmente. Si se exige la autenticidad como garantía del libre consentimiento, el que ha suscrito un acta privada de reconocimiento de paternidad, por censurable que pueda ser en conciencia su conducta, puede muy bien, á los ojos de la ley, rehusar pura y sim-

plemente contestar á la demanda que se le dirige. No existen los mismos motivos respecto de la madre; es poco de temer la sorpresa cuando se trata de hechos tan positivos como el embarazo y el parto. Se puede, pues, comprobar en juicio el escrito emanado de la pretendida madre, y si es reconocido ó se tiene por tal, tendrá indudablemente la fuerza de un principio de prueba por escrito. Pero, ¿probará por sí solo la maternidad? Si la prueba, ¿por qué se dice, con respecto á la madre, que se requiere un acta auténtica? Debe distinguirse, según nosotros, si la madre reconoció su firma sin hacer ninguna reserva, ó bien, si la firma ha sido solamente comprobada en contra de ella. En el primer caso, el reconocimiento es auténtico, puesto que hay confesión judicial. En el segundo, hay principio de prueba por escrito, pero no hay reconocimiento en las formas legales, y será preciso otras pruebas para fortalecer la que resulta del acta (París, 17 de Julio de 1858).

570. El escrito privado en el que se reconoce la paternidad, ¿puede, por lo menos, valer para autorizar al hijo á reclamar alimentos? En el día se tiene por cierta la negativa, combatida en los primeros tiempos que siguieron á la promulgación del Código (Douai, 3 de Diciembre; Aix, 14 de Julio de 1853), puesto que los alimentos no podrían exigirse sino en virtud de una cualidad que el acta es insuficiente para acreditar. Pero se admite bastante voluntariamente la validez de una promesa de alimentos, hecha por el acta misma, al hijo que hubiera sido reconocido de esta suerte. En vano se dirá que, no teniendo por causa la promesa más que la cualidad de padre, queda sin efecto con la declaración de paternidad, á la cual estaba intimamente ligada (Bourges, 11 de Marzo de 1841). El solo hecho de que el signatario ha podido considerar como probable su parentesco con el hijo, basta para que no carezca de causa la promesa de alimentos; y sabido es, por otra parte, cuán favorables son los alimentos (Sent. de 10 de Marzo de 1808; Burdeos, 5 de Agosto de 1847, y 5 de Enero de 1848; París, 24 de Noviembre de 1860; * Angers, 11 de Agosto de 1871, y 30 de Abril de 1873 *).

571. Réstanos hablar de la filiación incestuosa ó adulterina. Según una opinión emitida, como ya hemos visto, por el orador del Tribunado, y adoptada por muchos tribunales de apelación (número 212), sería permitido consignar una filiación de esta clase, bien fuese á fin de hacer obtener al hijo alimentos, bien, por el contrario, á fin de hacer reducir las liberalidades de que hubiera sido objeto. Este sistema, que propende á dar efecto en cierto

grado á un reconocimiento prohibido por un texto formal (*Cod. civil*, art. 335), se halla proscrito por la jurisprudencia constante del Tribunal de Casación (V. las numerosas sentencias dadas en este sentido, la primera de las cuales es de 28 de Junio de 1835, y las últimas de 30 de Abril y de 1.º de Mayo de 1861). No obstante, en lo relativo á las donaciones y legados, muchas sentencias de este tribunal, conforme á una doctrina enseñada por Merlin (*Repert.*, V. *Filiation*, § 22), han establecido (Sents. dens. de 31 de Julio de 1860 y 22 de Enero de 1867) una distinción entre los casos en que han tenido lugar el reconocimiento y la liberalidad por actas separadas, y el en que es una sola y misma acta, especialmente un testamento, quien consigna la filiación del hijo y contiene una liberalidad en favor suyo. En la primera hipótesis, el tribunal mantiene estrictamente el principio, según el cual, se reputa no efectuado el reconocimiento, y es válida, en su consecuencia, la liberalidad hecha por acta separada. En la segunda hipótesis, emocionado por el escándalo que ofrece una donación hecha ostensiblemente al fruto del adulterio ó del incesto, anula la donación ó el testamento, fundándose en un motivo nuevo, y es, que siendo indivisibles el reconocimiento y la liberalidad, en tal caso, esta última debe quedar sin efecto por apoyarse en una causa ilícita (*Cod. civil*, art. 1131). Pero como se ha hecho observar (1), esto es confundir la causa de la obligación con su fundamento. En la disposición á título gratuito, la causa no es otra que la intención de hacer una liberalidad, y los tribunales no tienen en manera alguna el derecho de indagar los motivos del que la hace como si se tratase de investigar la causa de un vale. Por eso la jurisprudencia moderna no vacila en proclamar válidas las donaciones y los legados apoyados expresamente en el concubinato, y aun en el adulterio y en el incesto, no obstante haber una inmoralidad mucho más flagrante en gratificar con algo al cómplice, que en asegurar la suerte del fruto de estas deplorables uniones. Por otra parte, no es muy racional atenerse exclusivamente á esta circunstancia de que el reconocimiento y la liberalidad se encuentran en una sola y misma acta. ¿No está claro, aparte de esta circunstancia, que la donación ó el legado solo ha sido motivado por el parentesco? Así es que Merlin concluye por admitir (*Ibid.*), que el reconocimiento hecho por acta auténtica debe, en todo caso, ase-

(1) M. Devilleneuve (1846, part. 1.ª, pág. 721), reproduciendo los argumentos de Marcadé, había criticado vivamente esta distinción; pero sus continuadores (1860, part. 1.ª, pág. 232) se han adherido á la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

gurar los alimentos al hijo. El Tribunal de Casación se niega á adelantar tanto, y no obstante, es consagrar implícitamente este sistema, rehusar, como ha hecho la sentencia de 1832, «al hijo adulterino ó incestuoso reconocido por testamento, la facultad de recibir más que los alimentos que le concede el art. 762». Creemos, pues, que el art. 762 no puede tener aplicación, sino al caso en que la filiación adulterina ó incestuosa resulte de la fuerza misma de las cosas (núm. 214); pero todo reconocimiento voluntario debe considerarse como no efectuado.

571 duplicado. Admitiendo la nulidad de semejante reconocimiento, debemos preguntarnos lo que procede resolver en la hipótesis de dos reconocimientos, cuya reunión da á la filiación un carácter adulterino ó incestuoso que no tendría por cierto si existiese un solo reconocimiento.

Si ambos reconocimientos se verificasen en la misma escritura, se podría por supuesto en interés del niño mantener sólo el que le atribuye una filiación natural sencilla, por ejemplo, la declaración de paternidad en el caso de ser reconocido por un hombre libre y una mujer casada; pero es de creer que ambos reconocimientos están íntimamente ligados entre sí. Conviene, por consiguiente, que ambos sean rechazados, pues adolecen del mismo vicio. * (Cas. 25 de Junio de 1877.) * La jurisprudencia (V. los fallos, uno de casación y otro denegatorio del 1.º de Mayo de 1861) aplica esta solución al caso en que el reconocimiento se ha hecho por uno de los padres, si bien mencionando al otro.

Si ambos reconocimientos están aislados y no tienen correlación, no existe ningún motivo para que prevalezca el uno ó el otro, salvo el caso, en que siendo todas las circunstancias iguales pudiera darse la preferencia al reconocimiento de la mujer por ser evidente su maternidad. Siempre que la ley guarde silencio, le corresponderá al juez apreciar los hechos. Es efectivamente lo que suele resolverse cuando se presentan varios reconocimientos de paternidad (Den. 10 de Febrero de 1845).

Observaremos, para concluir, que existe cierta inconsecuencia en el sistema de la ley, que establece prohibiciones rigurosas, y permite al mismo tiempo eludirlas, puesto que no autoriza la prueba de los hechos á los que se aplican. «Esta ignorancia afectada de la ley», dice con razón M. Demolombe, tomo 5.º, núm. 561, «está en contradicción con la evidencia de los hechos y produce un escándalo mucho mayor á veces que la misma verdad que no se ha querido reconocer y que no se ha podido disimular.»

Por derecho español, debe tenerse presente, respecto de la doctrina que expone M. Bonnier en los números 563, 564, 565 y 566, que según la real orden de 1.º de Diciembre de 1837, en las partidas de bautismo debe consignarse si el nacido es hijo de legítimo matrimonio ó *natural*; debiendo en este caso expresarse, si fuere de padres conocidos, las mismas circunstancias que si fuere legítimo; y si no fuere de padres conocidos, se anotarán las que los interesados dijeren.

En cuanto al modo de reconocerse los hijos naturales de que se trata en los números 567 al 570, por nuestro derecho de Partidas puede hacerse el reconocimiento del hijo natural: 1.º Por la partida de bautismo en que el padre hubiere hecho expresar su nombre y declaración de su paternidad; 2.º Por medio de escritura hecha ante escribano público ó extendida por la mano misma del padre y confirmada en ambos casos por tres testigos, en la cual manifieste el padre ser hijo suyo el hijo de que se trata; ley 7.ª, tit. 15, Part. 4.ª; 3.º Por el testamento en que el padre instituyere al hijo natural por su heredero, expresando que lo hubo de tal mujer; ley 5.ª, tit. 15, Part. 4.ª 4.º Por el acta autorizada por el magistrado, justicia ó concejo del pueblo, con asistencia del escribano, en que constare la declaración de la paternidad hecha por el padre; ley 5.ª, tit. 15, Part. 4.ª En este caso, puede comprenderse el del reconocimiento en un acta de conciliación, de que trata el autor.

Finalmente, por derecho español, el hijo natural reconocido tiene derecho á que le dé alimentos el que le reconoció, á percibir la porción hereditaria que marca la ley, y á llevar el apellido del que le reconozca. V. las leyes 5.ª, tit. 19, Part. 4.ª, y 9.ª, de Toro, y 6.ª, tit. 20, lib. 10 Nov. Recop. y el art. 158 del proyecto de Código civil de 1869.

Por derecho español el hijo incestuoso sucede á su madre como heredero forzoso por testamento y abintestato, á falta de descendientes legítimos y naturales, con exclusión de los ascendientes; pero nunca sucede al padre, si bien tiene derecho á que éste le críe y alimente, como lo tiene también respecto á la madre, la cual, habiendo hijos legítimos, puede dejarle hasta la quinta parte de sus bienes; leyes 9.ª y 10 de Toro, 5.ª, tit. 19, Part. 4.ª, y 10, tit. 13, Part. 6.ª

El hijo adulterino tiene derecho á que su padre y madre lo crien y alimenten; mas no puede heredar á su padre ni á su madre por testamento ni abintestato, aunque no concurren descendientes legítimos ni naturales; pero bien puede la madre en vida ó en muerte mandarle hasta la quinta parte de sus bienes; ley 10, tit. 13, Part. 6.ª y 9.ª de Toro.—(N. del T.)

Veáanse las notas de los números 223 y 544.—(N. de la R.)

SECCIÓN SEGUNDA

Acta ó escritura auténtica en materia criminal.

SUMARIO: 572. Existencia en materia criminal de pruebas preconstituidas.—573. Prueba legal en lo concerniente al derecho.—574. Actas auténticas especiales, y uso de las actas auténticas ordinarias.—575. División.

572. Parece á primera vista que en la legislación actual el uso de las pruebas preconstituidas, á las cuales está obligado el juez á dar fe, debe desecharse desde luego en materia criminal. En efecto, el art. 342 del Código de procedimiento criminal, ateniéndose únicamente á la íntima convicción, abroga de un modo formal el antiguo sistema de las pruebas legales, y según una jurisprudencia en el día constante (V. una sentencia de cas. de 7 de Febrero de

1835), este artículo, aunque colocado bajo el epígrafe *de los asuntos que deben someterse al Jurado*, es aplicable á todas las jurisdicciones. Pero por importante que sea esta disposición no debe exagerarse su trascendencia. Todo lo que de ella resulta es que, en general, el juez ó el jurado debe obedecer á las inspiraciones de su conciencia, sin que su convicción quede sometida á reglas preconcebidas. Esto es incontestable; pero debe decirse también que esto es verdadero en materia civil, donde se debe reconocer asimismo que la libre convicción del juez es la regla, y la prueba legal la excepción. Solamente que en las materias civiles, en que la prueba escrita y las prevenciones legales se hallan casi siempre en juego, se encuentra la excepción tan frecuentemente, que parece ser allí la regla. Al contrario, en las materias criminales, en las que la prueba testimonial tiene tanta importancia, el procedimiento para aquel que sólo lo mira superficialmente, parece no dejar ningún punto de ataque contra la prueba preconstituida. El uso de pruebas legales es, no obstante, mucho menos raro de lo que se imagina en las jurisdicciones criminales.

573. Si tuviéramos que ocuparnos aquí de la prueba del derecho, nos sería fácil acreditar que las cuestiones relativas, no á la consignación de los hechos, sino á la determinación de la categoría legal á que pertenecen, como cuando se trata de saber si tales hechos, suponiéndolos acreditados, constituyen un *robo*, una *muerte*, etc., no dan lugar á una apreciación más ó menos arbitraria, sino á la aplicación de principios rigurosos y de una estricta lógica. En su consecuencia tendríamos que preguntarnos hasta qué punto conviene someter á los simples particulares que componen el jurado, como parece hacerlo el art. 337 del Código de procedimiento criminal, una cuestión compleja propuesta en estos términos: *¿Es culpable de haber cometido tal crimen el acusado?* Lo cual les hace jueces á un mismo tiempo de la cuestión de hecho: *¿Se ha cometido tal acto?* y de la cuestión de derecho: *Este acto, ¿constituye una muerte, un asesinato, etc.?* Pero este examen nos llevaría más allá de los límites de nuestro asunto, que según dijimos al principio (núm. 3), es extraño á la prueba del derecho, y por consiguiente, á las cuestiones de competencia que se refieren á ella (1).

(1) Puede consultarse sobre esta teoría de la separación del punto de derecho y del punto de hecho, el artículo que hemos publicado en la *Revista de Legislación y de Jurisprudencia*, número de Marzo de 1843, y las importantes observaciones publicadas por M. Beudant, en 1861, sobre la *Indicación de la ley penal en la discusión ante el jurado*.

574. Para volver al objeto de esta obra, es decir, á la consignación de los puntos de hecho, es fácil reconocer que, aun bajo este respecto, la prueba preconstituida vuelve á encontrarse en los tribunales criminales bajo dos puntos de vista:

1.º Hay oficiales llamados á consignar ciertas infracciones, y cuyas declaraciones tienen un verdadero carácter de autenticidad.

2.º Las actas auténticas ordinarias, tales como las actas notariales, pueden invocarse en lo criminal.

575. Desde luego nos ocuparemos de la autenticidad especial á las materias criminales, después de la aplicación á estas materias de la autenticidad ordinaria.

*. Véanse las notas á los números 33 y 52.—(N. de la R.)

DIVISIÓN PRIMERA

ACTAS AUTÉNTICAS PROPIAS DE LAS MATERIAS CRIMINALES.— PROCESOS VERBALES Ó SUMARIAS (1).

SUMARIO: 576. Procesos verbales.—Su origen.—577. Su fe en materia criminal.—578. Sistema que se remonta á la Ordenanza de 1319.—579. Críticas de que ha sido objeto.—580. División.

576. Todos los funcionarios que tienen cualidad para consignar infracciones á la ley penal pueden extender actas destinadas á relatar exactamente los hechos de que son testigos, actas que se llaman en la práctica *procesos verbales*. El origen de esta denominación se refiere á que en el principio, los oficiales más habitualmente encargados de informar sobre los hechos en juicio, los alguaciles, no sabiendo letras, daban una declaración puramente oral. «Por la humildad de sus oficios, dice Loyseau (*Oficios*, lib. 1.º, cap. 4.º, número 34), y por la dificultad que había antiguamente de encontrarlos, no se les ha considerado sujetos á examen. Y aun pasado el tiempo, no se les exigía que supiesen leer y escribir; pero hacían verbalmente ante el juez la relación de sus comisiones, llamadas así por esta causa, y no actas ó escritos, porque consisten en hecho y no en escritura; es decir, en procedimientos verbales, y no en escritos.» Aun después que Carlos VIII, en 1485, hubo prescrito que supieran leer y escribir los alguaciles (2), y aun después que Enri-

(1) Ya hemos tenido ocasión de citar la obra especial de M. Mangin, sobre los *procesos verbales en materia de delitos y de contravenciones*. M. Faustin Hélie ha desarrollado de nuevo esta teoría con cuidado, en su *Tratado sobre la instrucción criminal* (tomo 3.º, cap. 19 y sigs.).

(2) Prescripción mal observada, y que fué necesario renovar en 1667.

que IV, en 1567, hubo extendido á los guardas este mandato, la expresión de *procesos verbales*, aunque no refiriéndose ya á un informe escrito, se ha conservado en la práctica.

577. Los escritos de esta naturaleza son todos auténticos, en el sentido de que no se puede imitarlos ni falsificarlos, sin exponerse á las penas impuestas contra la falsificación de escritura pública. Pero la fe que se da á las actas ó escrituras auténticas civiles no se da por derecho común á los procesos verbales, que no son, en tesis general, más que documentos de la causa, susceptibles de debatirse, lo mismo que los testimonios orales. Así ha sido siempre para los crímenes y delitos previstos por el Código penal; el acusado puede dejar sin efecto las actas más regulares extendidas durante la instrucción preparatoria, aun cuando estas actas hubieran tenido por objeto probar el flagrante delito (*Cód. de instr.*, art. 32), sin estar obligado á tomar la vía de redargución de falsedad. Este importante principio era ya constante en el antiguo procedimiento criminal, que no admitía sino como simples documentos de consulta los procesos verbales extendidos, antes de su comprobación. Así es que el Tribunal Supremo decide en principio (22 de Octubre de 1818), que al acusado se le puede siempre admitir la prueba de la no culpabilidad, á pesar de los procesos verbales que se han instruido para hacer constar el hecho * (Cpr. Cas. de 20 de Agosto de 1875 y 23 de Marzo de 1878). *

Mas para ciertos delitos y contravenciones se ha sentido hace largo tiempo la necesidad de establecer oficiales, revestidos de un carácter público, al efecto de consignar, por medio de verdaderas actas auténticas, ciertas infracciones, cuya frecuencia propende á destruir las fuentes de la riqueza nacional, talando los bosques del Estado, defraudando al Tesoro, etc. Los delitos y contravenciones de esta clase, conocidos con el nombre de *delitos especiales*, reclaman una represión enteramente particular. No son aislados, como los delitos ordinarios, y se reproducen casi siempre sistemáticamente. Los que los cometen, y que hacen á veces profesión de ello, buscan la soledad, con frecuencia las tinieblas de la noche, á fin de sustraerse á la vigilancia de la autoridad. De aquí una extrema dificultad en los agentes para probarlos por medio de testigos: «Conviene, dice cándidamente una Ordenanza de 1402 sobre los bosques, que los alguaciles persigan á los malhechores lo más sigilosamente posible, sin ir á buscar testigos, pues aquéllos podrían fugarse antes que éstos volvieran; así es que no pueden traer testigos para testimoniar sus aprehensiones.» Finalmente, aun cuando la infracción haya

tenido lugar en presencia de testigos, no es siempre fácil obtener declaraciones sinceras, por existir una preocupación desgraciadamente sobrado divulgada, que considera como excusable toda deprecación que sólo se refiera á los intereses colectivos de la sociedad. Y no obstante, no se podría descuidar estos intereses, la riqueza de los montes, por ejemplo, ó bien la exacta percepción de rentas públicas, sin comprometer hasta lo sumo la prosperidad del país. Comunmente las talas causan un daño incalculable, mientras que no reporta sino un débil beneficio el que las comete. Para proteger tan grandes intereses contra los ataques incesantes de la avaricia, y algunas veces, fuerza es decirlo, de la miseria, han debido crearse fuerzas especiales.

578. Las primeras huellas de una institución de esta naturaleza se hallan en la Ordenanza dada el 2 de Junio de 1319 por Felipe el Hermoso (1), sobre la administración de los bosques reales. «Ordénase en ella que se crea á los alguaciles por su juramento sobre las aprehensiones de daños causados en los bosques que no merezcan más que pena pecuniaria.» Acabamos de ver que en esta época las declaraciones de los alguaciles se hacían verbalmente en juicio, bajo la fe del juramento. Esta institución recibió más adelante grandes desarrollos, pues se concedió á gran número de oficiales la facultad de ser creídos hasta la inscripción de falsedad. Otros han recibido solamente el poder de extender procesos verbales que hacen fe hasta prueba en contrario. «Nadie será admitido, bajo pena de nulidad, dice el art. 154 del Código de instrucción, á hacer prueba de testigos contra y fuera del contenido de los procesos verbales, ó relatos de los oficiales de policía, que han recibido de la ley la facultad de consignar los delitos ó las contravenciones hasta la inscripción ó redargución de falsedad. En cuanto á los procesos verbales ó relatos hechos por agentes, comisionados ú oficiales, á los que no ha concedido la ley el derecho de ser creídos hasta la redargución de falsedad, podrán ser combatidos por pruebas contrarias, bien escritas, bien testimoniales, si el tribunal juzga conveniente admitirlas.»

579. Hânse emitido dudas (V. M. Faustin Kelie, *Instr. crim.*, tomo 3.º, § 1365), sobre la bondad de la legislación que reviste con un poder tan exorbitante á empleados por lo común muy subalternos, tales como los porteros en las plazas de guerra. Es verdad

(1) En este reinado fué donde el Parlamento llegó á ser sedentario, y la administración, entonces intimamente ligada á la justicia, comenzó á constituirse bajo formas regulares.

que la legislación sobre esta materia, compuesta de multitud de leyes especiales dadas en épocas diferentes, está lejos de hallarse coordinada de un modo satisfactorio, y que es imposible determinar con exactitud en qué caracteres se reconocerá si un proceso verbal hace fe, hasta que se arguya de falso ó solamente hasta prueba en contrario. Pero, sin dejar de hacer votos por el mejoramiento y la simplificación de esta legislación especial, no podemos considerar como una pura tradición de la antigua jurisprudencia el principio que concede á los procesos verbales revestidos de ciertas garantías, la misma fe que atribuye á las actas ó escrituras autorizadas por notarios. Los motivos sacados de la naturaleza fugitiva de las contravenciones así consignadas (núm. 577), la poca exposición á error que ofrece por lo común el carácter enteramente material de los hechos relatados en los procesos verbales, el poco interés que tiene el agente de alterar la verdad en su informe, en vista de las severas penas á que le expone la falsedad, son otras tantas graves consideraciones que no han perdido nada de su fuerza en el derecho moderno. Digámoslo, para rendir homenaje á la verdad, hoy se cometen menos falsedades por guarda-bosques que por notarios; siendo muy raros en la práctica los procesos verbales en que hay falsedad. Veremos, además, que las leyes sobre la materia han establecido prudentes precauciones para garantizar la sinceridad de estas actas. Los abusos de esta institución son, pues, poco de temer de hecho, y por el contrario, los resultados felices son sumamente perceptibles. La estadística atestigua una disminución constante de delitos especiales, y principalmente, de delitos sobre montes y plantíos (1). La relajación de los medios de represión que producen tan importantes resultados no nos parece, pues, ni suficientemente motivada, ni sobre todo oportuna.

580. Hablaremos primeramente de las condiciones que se exigen para la validez de los procesos verbales, y en segundo lugar, de la fe que se les da.

(1) A pesar del aumento general de los delitos correccionales, la estadística señala una disminución muy sensible en los delitos de montes y plantíos. Es cierto que la ley de 18 de Junio de 1859, al autorizar las transacciones, contribuyó mucho para alcanzar este resultado. A fin de darse hoy cuenta exacta del movimiento de la criminalidad, se debe agregar el número de las transacciones al de las acusaciones. Así es que la estadística de 1868 presenta un aumento aparente, si no se considera más que las acusaciones (11.732 en vez de 10.861), pero dicho aumento está muy compensado por la disminución en el número de las transacciones. Por lo demás, se han acentuado nuevamente las acusaciones en 1869 (9.023 en vez de 11.732). Omitimos el año 1870, que es demasiado excepcional para que sea necesario presentar su estadística.

* * Por la legislación española se faculta también á diversos funcionarios para extender las primeras diligencias ó sumarias en que se consignan las infracciones cometidas en las leyes penales y Ordenanzas del ramo que son de su incumbencia, las cuales tienen mayor ó menor fuerza ó crédito en juicio, conforme diremos más adelante, según las materias que abracen y las formalidades con que se extiendan, sirviendo como de instrucción y documentos á los jueces ó autoridades competentes, á quienes las entregan aquellos funcionarios, para que continúen conociendo del asunto, y pronuncien la resolución debida. Tales son, para contraernos á los funcionarios ó agentes de que parece ocuparse preferentemente M. Bonnier, los guardas de montes, los cuales están autorizados para detener á los contraventores de las Ordenanzas de montes, perseguirlos y aprehenderlos, extender las primeras diligencias ó formar las sumarias de las contravenciones y denuncias, las cuales hacen fe, salvo prueba en contrario. (V. las Ordenanzas de montes de 22 de Diciembre de 1893, y las Reales órdenes de 14 de Octubre de 1850 y de 24 de Febrero de 1861. V. las adiciones insertas á continuación de los números 592 y 601.)

No deben confundirse con estos actos los documentos comprendidos bajo la denominación de públicos y solemnes en el art. 280 de la ley de Enjuiciamiento, á saber: las actuaciones judiciales, esto es, los actos que tienen lugar ó que se hallan firmados en los procesos por el juez ó el escribano, tales como las providencias ó citaciones y demás diligencias, pues éstos se rigen por las reglas y prescripciones sobre documentos públicos en general, y que hemos expuesto en su lugar debido.—(N. del T.)

* * La policía judicial, dice el art. 882 de la ley de Enjuiciamiento criminal vigente, tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio ó demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir á los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos ó pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndoles á disposición de la Autoridad judicial. Tratándose de delitos de los que sólo pueden perseguirse á instancia de parte, los individuos de la policía judicial tendrán aquella misma obligación, si se les requiere al efecto.

Constituyen la policía judicial (art. 283) las Autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública y de la persecución de todos los delitos ó de algunos especiales; los empleados y subalternos de policía de seguridad, cualquiera que sea su denominación; los Alcaldes, Tenientes de Alcalde y Alcaldes de barrio; los individuos de la Guardia civil ó de cualquiera otra fuerza destinada á la persecución de malhechores; los serenos, celadores y cualesquiera otros agentes municipales de policía urbana ó rural; los guardas particulares de montes, campos y sembrados, jurados ó confirmados por la administración; los jefes de establecimientos penales, los alcaides de las cárceles y sus subalternos; los alguaciles y dependientes de los tribunales y juzgados.

Inmediatamente que los funcionarios de policía judicial (art. 284) tengan conocimiento de un delito, lo participarán á la autoridad judicial ó al representante del Ministerio fiscal, si pudieren hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención. En otro caso lo harán así que las hubieren terminado.

Cesarán dichas diligencias y se entregarán al juez (art. 286), cuando éste se presentare á formar el sumario.

Los funcionarios de policía judicial extenderán, bien en papel sellado, bien en papel común (artículo 292), un atestado de las diligencias que practiquen, en el cual especificarán con la mayor exactitud los hechos por ellos averiguados, insertando las declaraciones é informes recibidos, y anotando

todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba ó indicio del delito.

El atestado (art. 293) será firmado por el que lo haya extendido, y si usare sello, lo estampará con su rúbrica en todas las hojas.

Las personas presentes, peritos y testigos que hubieren intervenido en las diligencias relacionadas en el atestado serán invitadas á intervenir en la parte á ellos referente. Si no lo hicieren, se expresará la razón.

Si no pudiere redactar el atestado el funcionario á quien corresponda hacerlo (art. 294), se sustituirá por una relación verbal circunstanciada, que reducirá á escrito de un modo fehaciente el funcionario del Ministerio fiscal ó el juez á quien deba presentarse el atestado, manifestándose el motivo de no haberse redactado en la forma ordinaria.

En ningún caso, salvo el de fuerza mayor (art. 295), los funcionarios de policía judicial podrán dejar de transcurrir más de veinticuatro horas sin dar conocimiento á la autoridad judicial ó al Ministerio fiscal de las diligencias que hubieren practicado. Los que así no lo hicieren, serán corregidos disciplinariamente con multa de 25 á 100 pesetas, si la omisión no mereciere la calificación de delito, y de 10 á 50 pesetas, si, sin exceder el tiempo de las veinticuatro horas, dilataren más de lo necesario el cumplimiento de aquel deber.

Los atestados que redactaren (art. 297) y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de policía judicial, á consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado, se considerarán denuncias para los efectos legales. Las demás declaraciones que prestaren deberán ser firmadas y tendrán el valor de declaraciones testificales en cuanto se refieran á hechos de conocimiento propio. En todo caso, los funcionarios de policía judicial están obligados á observar estrictamente las formalidades legales en cuantas diligencias practiquen, y se abstendrán bajo su responsabilidad de usar de medios de averiguación que la ley no autorice.

Para completar las indicaciones del distinguido traductor de la obra relativas á la legislación de montes, véanse la ley de 24 de Mayo de 1863, el reglamento para su ejecución de 17 de Mayo de 1865, la ley de 7 de Julio de 1876, por la que se encomendó á la Guardia civil la guardería rural y forestal, la de 11 de Julio de 1877 y el Real decreto de 8 de Mayo de 1884 que reformó la legislación penal establecida en las Ordenanzas. —(N. de la R.)

§ I.—Condiciones esenciales para la validez de los procesos verbales.

SUMARIO: 581. Reglas generales sobre la redacción de los procesos verbales.—582. Competencias del oficial.—583. Efecto del parentesco de consanguinidad y de afinidad en la fe que se debe al acta.—584. Casos en que se necesitan dos agentes.—585. Plazos para la redacción.—586. Escritura y firma.—587. Mención de las formalidades requeridas.—588. Afirmación en juicio.—589. Mención de la fecha.—590. Registro.—591. Admisibilidad de la confesión, á falta de proceso verbal.—592. ¿Puede alegarse la fuerza mayor respecto de la inobservancia de las formas?

581. No intentamos entrar en el detalle de las numerosas formalidades prescritas por las leyes especiales sobre los procesos verbales. Pero vamos á señalar las reglas generales cuya observancia se requiere en estas actas, ó por lo menos en casi todas estas actas,

y que sirven de garantía contra los abusos que podría acarrear la importante prerrogativa atribuida á ciertos oficiales.

582. La primera condición que se requiere para la validez de los procesos verbales es que se hayan extendido por un oficial público competente (1). Así, una sentencia de casación del 22 de Abril de 1820 declaró nulo un proceso verbal, en el cual había consignado un guarda de campo una contravención á la ley de 18 de Noviembre de 1814 sobre la celebración de los domingos y festividades; contravención que, según esta ley, debe ser consignada por los alcaldes, adjuntos ó comisarios de policía (V. también sentencias dens. de 1.º de Abril de 1854 y de 17 de Febrero de 1859). Asimismo, los guardas campestres, los gendarmes, y en general los oficiales de policía judicial encargados de consignar los delitos rurales, no tienen cualidad para hacer procesos verbales en cuanto á los delitos cometidos en los bosques no sometidos al régimen de montes antes de la ley de 18 de Junio de 1859 (*Cód. forest.* nuevo, artículo 188), que les dió este poder, atendiendo á la conservación de los bosques. La competencia de los guardabosques, agentes de contribuciones indirectas, etc., no abraza, por lo demás, como la de los notarios, sino el territorio para el cual son instituidos y juramentados.

Es jurisprudencia constante que estos agentes pueden extender procesos verbales en forma, sin hallarse revestidos con su traje oficial. Sin embargo, el agente que hiciera procesos verbales sin su traje oficial correría gran riesgo; porque, á menos que no se acreditara que su cualidad era conocida por el delincuente, si era víctima de algún ultraje ó de alguna vía de hecho, no podría invocar las disposiciones (*Cód. pen.*, art. 224 y sigs.) que protegen al funcionario en el ejercicio de sus funciones, puesto que no aparecía á la vista su carácter oficial. Así lo ha decidido una sentencia de 23 de Frimario, año XIV, relativamente á un comisario de policía que se encontró, por culpa suya, en esta sensible posición.

583. En el silencio de leyes especiales, no se puede extender á los agentes que redactan los procesos verbales, ni los motivos de

(1) Aunque los procesos verbales que se refieren á la instrucción preparatoria no tengan la misma autoridad que los procesos verbales extendidos en materia especial (núm. 577), conviene distinguir si emanan ó no de un oficial competente. Cuando, pues, el Ministerio público ha hecho proceder á una prueba ó consignación, fuera del caso de flagrante delito ó de requerimiento de un cabeza de familia (*Cód. de inst.*, artículos 32 y 46), el proceso verbal extendido en virtud de semejante requerimiento, no puede unirse al procedimiento como acto de instrucción, sino como simple noticia (*Sent. den.* de 19 de Abril de 1855).

exclusión ó de tacha concernientes á los testigos, ni las causas de recusación que se aplican á los jueces. El Tribunal de Casación ha hecho, pues, una estricta, pero exacta aplicación del derecho positivo, declarando válidos los procesos verbales extendidos por un cuñado y aun por un hermano de los acusados (Cas. de 7 de Noviembre de 1817 y 18 de Octubre de 1822). Sin embargo, según la interpretación admitida por las mismas sentencias, y que conviene extender á las demás materias especiales, la consignación de los delitos de montes no tiene la misma autoridad, cuando es obra de un agente, cuya posición permite sospechar de su imparcialidad. «No será admitido, dice el art. 176 del Código de bosques, conforme con la ley de 29 de Septiembre de 1791, tit. 9.º, art. 13, ninguna prueba ni en pro ni en contra del contenido de los procesos verbales que hacen fe hasta que se arguyan de falsos, á menos que exista una *causa legal de recusación* (1) contra uno de los signatarios.» En este caso, es posible que el agente haya hecho el proceso verbal en forma, á pesar de los lazos que le unen al inculpado, pero no tiene ya la independencia necesaria para que sean creídas sus declaraciones hasta que se arguyan de falsas; su proceso verbal no hace ya fe, en su consecuencia, sino hasta prueba en contrario. Y puesto que no se trata aquí de anular el proceso verbal, sino de discutir su validez, podrán admitirse otros motivos de tacha diferentes de los señalados por la ley, especialmente el que se funda en el interés personal del agente (Dens. de 7 de Noviembre de 1817 y 5 de Diciembre de 1834).

584. Los procesos verbales pueden extenderse habitualmente por un solo agente; los que son de naturaleza propia para ocasionar condenas de cierta gravedad deben ser redactados por dos personas. Por eso el art. 178 del Código de bosques exige la firma de dos agentes ó guardas, para que el acta pueda hacer fe hasta que se arguya de falsa si el delito puede ocasionar una condena de más de cien francos, tanto respecto de la multa como de los daños y perjuicios; lo mismo sucede, y con más razón (Sent. den. de 31 de Diciembre de 1819), siempre que hay encarcelamiento. Igualmente, la ley de 5 de Ventoso del año XII (art. 84) exige la firma de dos empleados de la administración del registro para que los procesos verbales en materia de contribuciones indirectas hagan fe hasta que se arguyan de falsos. Por último, en materia de adua-

(1) Es decir, de tacha, porque un guardabosque debe asimilarse á un testigo ó á un perito (Cód. de proc., art. 310) más bien que á un juez.

nas, se concede igual autoridad á las actas, en las cuales dos comisionados ú otros *ciudadanos franceses* (ley del 9 Floreal, año VII, título 5.º, art. 1.º) consignan las contravenciones á las leyes relativas á las importaciones, exportaciones y circulaciones prohibidas en toda la extensión del *radio fronterizo* (1). Véase, pues, que la represión de esta última clase de infracciones, se considera tan urgente que se inviste momentáneamente á particulares de un carácter público, á fin de poder consignarlas oficialmente.

585. Importa á la autoridad moral de los procesos verbales que se redacten incontinenti á la perpetración del delito. Así el antiguo derecho quería que la redacción tuviera lugar en un breve plazo, y especialmente en materia de bosques (Ord. de 1669, tit. 10, art. 9.º) el informe debía tener lugar *dos días lo más tarde después de cometido el delito*. Nuestras leyes modernas han establecido igualmente plazos breves para la redacción de los procesos verbales. Este plazo se ha fijado en tres días respecto á las contravenciones previstas por el Código de instrucción criminal (arts. 15, 18 y 20), y se halla más restringido aún según el texto de muchas leyes especiales. Desgraciadamente, en una de las materias en que la pronta redacción ofrece más interés, en la concerniente á los delitos de bosques, el Código de bosques, faltando á las tradiciones de 1669, guarda silencio; y el Tribunal de Casación (Cas. 11 de Enero de 1850) se vió precisado á reconocer como válido un proceso verbal extendido treinta y seis días después de la perpetración de los hechos consignados en él. Semejante irregularidad reclama sin duda una represión administrativa, puesto que el art. 181 de la Ordenanza para la ejecución del Código de bosques ordena á los agentes que extiendan *día por día* los procesos verbales de los delitos y contravenciones; pero una nulidad pronunciada por la ley ofrecería más garantía á los interesados. Del mismo modo, si la ley de 6 de Octubre de 1791 (Sec. 8.ª, tit. 7.º, art. 1.º) hace que el guardabosque sea responsable del daño que ha causado por haberse descuidado de dar parte dentro de las veinticuatro horas, al menos no declara la nulidad (Cas. 27 de Abril de 1860).

586. En cuanto á las formas del proceso verbal, conviene para garantir su sinceridad, que se escriba de mano del oficial que es su autor. Pero la ley no lo exige siempre (2), aun cuando sienta en

(1) Radio que es de dos miriámetros, partiendo de la frontera, y que puede extenderse todavía por el Gobierno hasta dos miriámetros y medio (ley sobre Aduanas del 23 de Abril de 1816, art. 36).

(2) * Se ha resuelto de ese modo respecto de los procesos verbales extendidos

principio, como lo hace respecto de los guardabosques (*Cód. forest.*, art. 165) que el agente debe redactar por sí mismo su informe, á no tener impedimento; el impedimento se considera no solamente un obstáculo accidental, sino también una imposibilidad permanente, que resulta de no saber escribir el guarda (Cas. 18 de Junio de 1829). Sin embargo, no se podría justificar el impedimento invocando pruebas fuera del informe mismo, pues en él debe mencionarse la imposibilidad de llenar aquél requisito bajo pena de nulidad (Cas. 2 de Octubre de 1846): En todo caso, el informe debe firmarse por el agente, salvo dispensa especial, como la que se establece por el Código rural (tit. 1.º, secc. 7.ª, art. 6.º) en favor de los guardas de campo; estos guardas, no sabiendo siempre escribir, y no hallándose frecuentemente en estado de redactar un proceso verbal en forma, pueden contentarse con hacer su declaración ante un juez de paz ó ante los oficiales de policía designados por el artículo 11 del Código de instrucción criminal, los cuales se hallan entonces encargados de la redacción del informe. Por eso, los que admiten á una mujer ó á un menor con funciones de perito, piensan que debe redactarse el informe ó dictamen por el escribano del juzgado de paz (núm. 114).

* Ateniéndose á un fallo del Tribunal Supremo de 15 de Enero de 1875, los procesos verbales deben redactarse en idioma francés. Se trataba en el caso que nos ocupa de un proceso verbal escrito por un guardabosque. Debemos hacer observar que se trataba de un proceso verbal, es decir, de un escrito extendido por un funcionario público. Esta resolución no contradice, por consiguiente, aquella otra por la cual las actas notariales no deben redactarse en idioma francés bajo pena de nulidad (Cas. 22 de Enero de 1879. V. el núm. 488). *

587. Todo proceso verbal debe llevar consigo la prueba de su validez; las formalidades no mencionadas se presume que se han omitido (Sent. de cas. de 29 de Marzo de 1810). Aquí el legislador, como hace en general respecto de las actas auténticas, ha puesto al oficial que quisiera prevaricar en la alternativa de cometer una falsedad ó una nulidad (*Cód. forest.*, art. 165).

Tampoco había motivo alguno para distinguir entre las materias criminales y las materias civiles, en cuanto á la nulidad de las raspaduras é interlineados no salvados. La aplicación que se hace

por los Alcaldes como oficiales de policía judicial. Basta que dichas actas vayan autorizadas con su firma. (Cas. 8 Febrero 1878). *

de esta regla (*Cód. de instr.*, art. 78) á los procesos verbales de información extendidos por el juez de instrucción, ha parecido tan racional, que se está de acuerdo para extenderla á los procesos verbales de toda clase. Pero el Tribunal de Casación (Cas. 23 de Julio de 1824) restringe con fundamento al proceso verbal de información, la regla que exige para las raspaduras y notas; una aprobación bajo firmas; la rúbrica que es suficiente, con respecto de las actas notariales, debe bastar para todos los casos en que no exige más un texto terminante.

588. Casi todas las actas de esta clase que hacen fe hasta que se arguyen de falsas están sometidas, en un plazo que es ordinariamente de veinticuatro horas, á la afirmación en juicio (1). Esta formalidad no es más que la reproducción, bajo otro nombre, del juramento que antiguamente (Ord. de 1319) constituía per sí sola toda la solemnidad, siendo verbal la declaración. En el día el juramento es una garantía adicional, pero una garantía formal: la necesidad de presentarse en un breve plazo ante un juez, para reiterar su testimonio, llama la atención del agente sobre la gravedad de la misión que le está confiada. Los términos que consignan esta afirmación no son decisivos, pero es preciso que se pueda inducir de ellos una prestación de juramento. Si se dice solamente que el redactor *persiste* en el proceso verbal, que *confirma* su contenido, que lo *declara sincero y verdadero*, habrá nulidad siempre, según el principio de que una formalidad que no está consignada se considera omitida (Sents. dens. de 29 de Febrero y 20 de Marzo de 1812). Por lo demás, la afirmación es el complemento del proceso verbal, y con razón se decide (Sents. de 1.º de Abril de 1830 y 20 de Noviembre de 1863) que, si es necesaria la firma para la validez del acta afirmada, el acta de afirmación debe firmarse también bajo pena de nulidad, por el agente, así como por el Magistrado que recibe la afirmación. Esta solución, que no había prevalecido en un principio, se halla consagrada para la comprobación de las pesas y medidas por la Ordenanza del 17 de Abril de 1839 (art. 1.º): «Firman la afirmación los alcaldes, tenientes de alcalde, así como los empleados del fiel contraste.»

589. En las materias especiales, la mención de la fecha del proceso verbal se exige bajo pena de nulidad, sea que la ley prescriba expresamente esta mención, como lo hace en materia de aduanas (la ley de 9 de Floreal, año VII, tít. 4.º, art. 3.º), sea que la fecha

(1) * Bajo pena de nulidad (V. Cas. 25 de Noviembre de 1882). *

del proceso verbal sea el punto de partida del plazo prescrito para la observancia de una formalidad esencial, como en materia de bosques, en que debe tener lugar la afirmación, *lo más tarde al día siguiente de cerrarse* el proceso verbal (*Cód. forest.*, art. 165). Pero en las materias ordinarias, la fecha, aunque sea siempre muy útil no omitirla, no hallándose mencionada en el Código de instrucción (artículos 11 y 16), no es esencial para la validez del proceso verbal, á diferencia de las materias civiles en que la autenticidad supone la mención de la fecha (ley de 25 de Ventoso, año XI, artículos 12 y 68).

590. En cuanto al registro, las leyes especiales no constituyen expresamente una condición de validez de los procesos verbales sino en materia de aduanas, en materia de bosques, de pesca fluvial y de carreteo. El Tribunal de Casación aplicaba desde luego esta regla á todos los procesos verbales que hacen fe hasta que se arguyen de falsos, y no consideraba, en su consecuencia el registro como una medida puramente fiscal, sino respecto de los procesos verbales que no hacen fe sino hasta prueba en contrario. Pero los mejores talentos se han convenido en rechazar esta distinción como arbitraria. Si el art. 34 de la ley de 22 de Frimario, año VII, que declara nulo el relato del proceso verbal que un hujier ú otro oficial no hubiera hecho registrar en cierto plazo, es aplicable á los procesos verbales en materia especial, todo proceso verbal, cualquiera que sea su fe ó el crédito que se le dé, está sometido al registro, bajo pena de nulidad. Si, por el contrario, debe restringirse esta disposición á los procesos verbales extendidos por interés privado, como parece decidirlo el art. 47 de la misma ley, que prohíbe á los jueces y á las administraciones dar decisión alguna en virtud de actas no registradas *en favor de particulares*, es preciso decir, que donde quiera que el registro no se halla formalmente prescrito bajo pena de nulidad, no debe verse en él más que una medida puramente fiscal, y en este sentido es en el que se ha pronunciado definitivamente el Tribunal Supremo (Cas. 4 de Enero de 1834 y 31 de Marzo de 1848).

591. Las nulidades de los procesos verbales no deben compararse con las nulidades de citaciones. No se cubren con el silencio de las partes *in limine litis*, y es permitido prevalecerse de ellas por primera vez, ya sea en apelación, ya también ante el mismo Tribunal de Casación (Cas. 25 de Octubre de 1834). Además, la cuestión de nulidad no presenta interés sino cuando la condena se funda únicamente en el proceso verbal. Así sucede siempre en ciertas ma-

terias, tales como las de aduanas y las de contribuciones indirectas, donde, como hemos visto (núm. 236), el proceso verbal es la base necesaria de la persecución del delito. Pero en la mayor parte de los casos (*Cód. de instr.*, art. 154), son admisibles otras pruebas, y la condena puede sostenerse á pesar de la anulación de los procesos verbales. Nadie duda, en su consecuencia, que se admita en general á probar por medio de testigos los delitos especiales á falta de un proceso verbal en forma, lo mismo que faltando todo proceso verbal. Pero, ¿debe exceptuarse el caso en que hay simplemente confesión por parte del acusado? Háse sostenido así, pretendiendo, según la antigua jurisprudencia, que la confesión puede establecer la culpabilidad, pero jamás el cuerpo del delito. No podemos hacer más que referirnos á lo que hemos dicho sobre esto, cuando, al tratar de la confesión, hemos invocado los principios modernos sobre la prueba, para rechazar, con la jurisprudencia del Tribunal de Casación (1), esta aplicación de la antigua teoría de las pruebas legales (núm. 365). La consignación del cuerpo del delito es aquí menos necesaria que en cualquier otra parte, puesto que existe una confesión formal. Las confesiones falsas, ya raras en materia ordinaria, son moralmente imposibles en materia fiscal, en materia de bosques, etc. Los motivos extraordinarios que han podido algunas veces, en materia criminal, ocasionar declaraciones falsas, son muy difíciles de suponer cuando se trata de delitos que no atraen la atención pública y que no pueden dar lugar más que á penas de poca importancia. Este es, pues, el caso de admitir con los antiguos doctores, que la confesión es la mejor prueba, *probatio probatissima* (Cas. 15 de Octubre de 1853; 18 de Marzo de 1854; * 15 de Enero de 1875 *).

592. Es verdad que el acusado no puede argüir vicios de forma, cuando es su propio hecho el que ha causado la irregularidad de que se queja, por ejemplo, si impidió con su resistencia extender un proceso verbal en forma (Sent. den. de 8 de Marzo de 1821). Pero es mucho más dudoso que se pueda considerar, como se ha hecho en la práctica (Cas. 12 de Julio de 1834), la inobservancia de las formas, como proviniendo de una fuerza mayor,

(1) Invócase inoportunamente, en favor de la opinión opuesta, una sentencia denegatoria de 16 de Abril de 1835, donde se dice que la confesión unida á los demás hechos materiales consignados por el proceso verbal no deja duda sobre la contravención. Esta sentencia consigna que en el caso en cuestión había otras pruebas además de la confesión; lo cual no quiere decir que no hubiera podido bastar la confesión (V. las sentencias citadas, núm. 365).

cuando el oficial estaba impedido para cumplirlas, especialmente de afirmarlas dentro de las veinticuatro horas, por haber sido llamado á otro lugar por una orden administrativa. No hay duda que esta circunstancia debe bastar para poner á cubierto su responsabilidad, puesto que estaba obligado á obedecer. Pero ¿qué importa al acusado esta necesidad administrativa, más ó menos real, que ha exigido que el agente se trasladase inmediatamente á otro punto? La ley no ha dejado de violarse con respecto á él. Debería, pues, anularse el proceso verbal, salvo la responsabilidad del funcionario cuyas órdenes han ocasionado esta nulidad (V. el *Cód. penal*, artículo 114).

*. Las doctrinas expuestas por M. Bonnier en este párrafo tienen aplicación en general entre nosotros, coincidiendo especialmente las disposiciones de nuestras Ordenanzas de Montes con las prescripciones del derecho francés sobre esta materia.

Según el art. 163 de las Ordenanzas de Montes de 20 de Diciembre de 1833, los comisionados de la comarca y los guardas de la Dirección general de Montes son los encargados de denunciar y perseguir á los delincuentes y contraventores de las mismas en los montes que tienen á su cuidado. En los artículos 167 y 168 se previene que los guardas extenderán por sí mismos las diligencias al paso que las practicasen; las firmarán y presentarán, afirmándose en su contenido, al alcalde ó juez, aunque sea de letras del pueblo de su residencia ó del paraje en que se cometió el delito, ó en que se han practicado las diligencias para justificarlo; todo bajo pena de nulidad. Sin embargo, si por un impedimento cualquiera las diligencias no estuvieren escritas por mano del guarda, el alcalde ó juez ante quien las presente deberá leérselas para que se afirme en su contenido, expresándose así en el acta, todo bajo pena de nulidad. No obstante, si estas diligencias se practicasen por los empleados mismos de la Dirección, sea por sí solos, ó con la asistencia de otro guarda, no estarán sujetos á nueva afirmación ante el juez ó el alcalde.

Los comisionados ó agrimensores de la Dirección podrán sostener las denuncias sobre contravenciones á la Ordenanza de Montes y daños causados en los mismos, y pedir lo que crean contra los delincuentes, pudiendo añadir á la prueba de las diligencias sumarias las de testigos ú otras que juzguen oportunas: artículo 176.—(N. del T.)

*. Véase la nota del núm. 580.—(N. de la R.)

§ II.—Fe de los procesos verbales.

SUMARIO: 593. Todo proceso verbal no hace fe sino hasta que se le redarguya de falso.—594. División de la materia.—595. Fe de los procesos verbales limitada á los hechos materiales.—596. Exclusión de los delitos comunes.—597. Hechos que acredita el oficial sólo por inducción.—598. Confesiones.—599. ¿Qué pruebas contrarias pueden producirse?—600. Poder del tribunal para la admisión de estas pruebas.—601. Procesos verbales que sólo valen como simples noticias.

593. Según el proyecto del Código de instrucción criminal, todo proceso verbal redactado por un oficial de policía hace fe hasta la inscripción de falsedad. Pero se hizo observar al Consejo de Estado

que las graves é importantes formalidades de la inscripción de falsedad, no son proporcionadas á los delitos ligeros de que conoce el tribunal de policía; que atribuir en todos los casos semejante autoridad á la declaración de un simple agente sería darle más poder que á los jueces, cuyos procesos verbales no hacen fe en juicio si no están signados por los escribanos. En su consecuencia, se sentó por principio que no se atribuiría semejante fe sino á los informes de los oficiales que hubieran recibido especialmente de la ley el poder de consignar las faltas ó contravenciones hasta la inscripción de falsedad. Y este poder no está regulado como podría creerse en consideración á la posición jerárquica de los oficiales, puesto que no pertenece esta prerrogativa (núm. 577) á los procesos verbales redactados por el juez de instrucción. Esto consiste únicamente en el carácter fugitivo de las infracciones en materia de bosques, en materia de aduanas, etc., que apenas admiten otra prueba que la de los procesos verbales.

594. Vamos á examinar desde luego lo que prueban en general los procesos verbales, sean ó no susceptibles de combatirse por la prueba contraria. Después veremos lo que debe entenderse por esta prueba contraria, en los casos en que es admisible. En cuanto á la inscripción ó redargución de falsedad, debe ser objeto de la sección siguiente.

595. El principio fundamental sobre la fe de los procesos verbales, principio en armonía con lo que se ha establecido para la autenticidad en general, es que no prueban más que los *hechos materiales relativos á los delitos y contravenciones que consignan*. Tales son las expresiones del art. 176 del Código forestal, que se encuentran de nuevo en el art. 53 de la ley sobre Pesca fluvial; expresiones que introdujo en el Código la comisión de la Cámara de Diputados, á fin de consagrar oficialmente una doctrina admitida ya en la práctica, y común por lo demás á todos los procesos verbales. Este art. 176 del proyecto, dice en su informe M. Favard de Langlade, «atribuye á ciertos procesos verbales en forma el efecto de hacer fe hasta la inscripción ó redargución de falsedad de los hechos relativos á los delitos y contravenciones que consignan. Esta disposición nos ha parecido demasiado general, pues podría hacer creer que no se admite ninguna prueba contra una declaración cualquiera consignada en un proceso verbal, mientras que sólo debe aplicarse á la *materialidad de la falta ó de la contravención*. Ya conoceréis, señores, cuán peligroso sería admitir que, enunciaciones relativas á injurias, á violencias ó á toda otra circunstancia,

podiesen prohibir al procesado la facultad de producir la prueba contraria. Para quitar toda especie de duda sobre este punto, proponemos que se diga en el artículo: *hechos materiales*. Esta adición es conforme á la jurisprudencia consagrada por el Tribunal de Casación.»

Este principio no se ha puesto en duda; pero da origen á serias dificultades en su aplicación. ¿Qué deberá entenderse por *hechos materiales*?

596. Es evidente desde luego que estos hechos deben tener directamente relación con el delito ó la contravención. Por eso M. Favard de Langlade, de acuerdo con una jurisprudencia constante, excluye las enunciaciones relativas á las injurias y violencias. Estos son delitos comunes que el agente no tiene poder alguno especial para consignar.

597. En cuanto al delito mismo, cuya prueba entra en el ejercicio de sus funciones, la *materialidad* sólo se halla legalmente establecida. El redactor no merece, pues, confianza como un notario, sino respecto de los hechos que ha percibido *propriis sensibus*, y no cuando se entrega á inducciones más ó menos aventuradas. Por eso se ha reconocido por sentencia de 30 de Mayo de 1831 que debía admitirse á probar, sin inscribirse en falsedad, el origen francés de un caballo decomisado en los límites de la frontera, no obstante afirmar los comisionados en su informe que provenía del extranjero. Esta era una cuestión de identidad que no podía resolverse á la simple inspección del objeto del litigio. Más significativa es la decisión de 1.º de Marzo de 1822, por la cual declaró el mismo tribunal que un proceso verbal que consigna un embargo, en el domicilio del pescador, de una red prohibida, aunque se halle mojada, no prueba que se haya hecho uso de ella para pescar. El Tribunal de Casación ha negado siempre con el mismo espíritu á un comisario de policía el poder de consignar, que las aguas arrojadas en la vía pública son insalubres, pero se permite acreditar que son infectas; puesto que esta última cualidad puede apreciarse directamente por medio de los sentidos, mientras que la primera exige un examen de médicos (Comp. las sents. de 27 de Agosto de 1825 y de 17 de Junio de 1832). Finalmente, la aserción de los comisionados de aduanas, que después de haber apresado un barco cargado de contrabando, cuyo propietario alegaba haberse acercado á la costa por fuerza mayor (1), afirmaban que el tiempo era, al

(1) La alegación de fuerza mayor debe admitirse siempre, aun cuando sea en

contrario, favorable para estar en alta mar, ha sido juzgada no ser más que una simple inducción, á la cual se puede oponer directamente la prueba contraria (Sent. de 28 de Enero de 1851).

La jurisprudencia, es verdad, no se ha encerrado tan estrictamente en el principio de que el agente sólo puede consignar los hechos materiales que tiene á la sazón á la vista. Puede criticarse una sentencia del mismo tribunal de 14 de Enero de 1830, que admite que un proceso verbal puede hacer fe de un hecho ya antiguo, especialmente del hecho que tal terreno era antes un bosque. Pero otras decisiones nos parecen injustamente censuradas por los autores que han escrito sobre los procesos verbales. Estos autores, en nuestro juicio, se han adherido sobrado estrictamente á la idea de los *hechos materiales*. Cuando se trata de puntos sobre los que poseen los agentes conocimientos especiales, hay razón, en nuestro concepto, para atenerse á sus testimonios, no solamente en cuanto á las apariencias comunes, sino también en cuanto á las cualidades menos evidentes, y no obstante de naturaleza propia para poder apreciarse por personas inteligentes. No hay exageración en tal caso, en que no se pueda, sin recurrir á la inscripción ó redargución de falsedad, sostener que un líquido decomisado como vino por los empleados de las contribuciones indirectas, no era más que agua de moras; ó bien que la caldera apresada en casa de un cervecero, como propia para la fabricación de cerveza, no era realmente á propósito para este uso (V. las sents. del Tribunal de Casación de 21 de Noviembre de 1817 y de 15 de Julio de 1826). ¿De qué serviría, en el sistema opuesto, la institución de agentes que tuvieran conocimientos enteramente especiales, si en semejante circunstancia debieran limitarse á consignar la existencia de un líquido rojizo, ó bien una caldera cualquiera? No se debe salir de los hechos sin duda alguna; mas para que sea útil el informe, es necesario que caracterice bien los hechos, con tal que al caracterizarlos no se desvíe de los datos suministrados por los experimentos directos. Estos experimentos no son, en último resultado, los del primero que llega, sino los de gentes que tienen luces especiales (V. también Cas. 12 de Febrero de 1847). De otra suerte será, y todo el mundo se halla acorde en este punto, si el oficial

contra de un proceso verbal, haciéndose hasta la inscripción de falsedad. Esto es explicar los hechos y no negarlos, conforme lo ha sentenciado el Tribunal de Casación (Den. 13 de Julio de 1850), en el caso bastante curioso de haberse introducido en una granja de Luc, durante una tempestad, cincuenta y ocho carneros que no habían pagado los derechos de consumos.

no apoya su testimonio mas que en la notoriedad pública, pues no tiene cualidad para consignar esta pretendida notoriedad, y aun cuando la consignara, no sería una prueba legal, sino una presunción vaga, que podría combatirse por todos los medios posibles. «Los procesos verbales, dice el Tribunal Supremo (fallo del 13 de Abril de 1861), son sencillas relaciones cuya apreciación se deja á la conciencia de los jueces, siempre que los agentes que los han redactado no han sido testigos oculares ni de oídas, y se han limitado á escribir los informes que han podido recoger» * (C. pr. Cas., 5 de Agosto de 1880.) *

598. Pregúntase, en fin, si se puede hacer entrar en los hechos materiales las confesiones y las declaraciones de los procesados. Graves autores (M. F. Helfe, *ibid.*, tomo 3.º, § 145,) sostienen la negativa, opinando por que los hechos externos, que dejan señales sensibles, sólo pueden acreditarse por medio de proceso verbal, excepto las confesiones, que no dejando ningún rastro de esta naturaleza, se dirigen á probar el delito, pero no lo constituyen. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Casación (V. especialmente una sentencia dada por las Salas reunidas el 6 de Agosto de 1834) se ha pronunciado en el sentido de la afirmativa, que nos parece más fundada. La restricción de la fe del acta para los hechos materiales tiene por objeto rechazar inducciones deducidas de otros puntos que de la experiencia personal del funcionario, pero no limitar la autoridad de este funcionario solamente á algunos de los hechos que descubre en el ejercicio de sus funciones. «Por hechos materiales debe entenderse, dice muy bien M. Mangín (*Procesos verbales*, núm. 32), todos aquellos que afectan los órganos: ¿cómo. pues, establecer una distinción entre los hechos que afectan tal órgano de los empleados, con preferencia á tal otro, y no dar fe á lo que dicen haber oído, lo mismo que á lo que dicen haber visto?» Solamente no debe olvidarse que la confesión del delito no es el delito mismo, y siempre se admitirá la prueba de que esta confesión no fué más que resultado de sorpresa ó error. Así, pues, se ha marcado inoportunamente como una inconsecuencia en la doctrina del Tribunal Supremo la regla sentada por una sentencia de casación del 30 de Julio de 1835, según la cual, la realidad sola de la confesión se acredita hasta la inscripción de falsedad, pudiendo siempre combatirse su sinceridad por la prueba en contrario. Esto no es más que la aplicación pura y simple de los principios elementales sobre la autenticidad, puesto que la consignación ó prueba legal nunca se refiere más que á los he-

chos de que tiene conocimiento personalmente el oficial público.

599. Réstanos ahora examinar cuáles son las pruebas que se pueden producir contra los procesos verbales que no hacen fe hasta la inscripción ó redargución de falsedad. La dificultad no parece grave á primera vista. Generalmente, siempre que tal ó cual documento, tal ó cual testimonio admite la prueba contraria, si esta prueba no se halla excluída de la prueba testimonial, puede hacerse por todos los medios á propósito para convencer el ánimo del juez. La justificación de la inculpabilidad del acusado no se halla, pues, sometida por derecho común á ninguna condición restrictiva. No hay duda, y con razón se decide así, que la simple negativa del acusado no debe considerarse como una prueba contraria. Asimismo en este caso, como en los demás, no puede formarse la convicción del juez por elementos adquiridos fuera de los debates. ¿Pero no deberá irse más adelante y atenerse á estas expresiones del art. 154 del Código de procedimiento: «podrán discutirse por medio de pruebas contrarias, bien sea *escritas ó testimoniales*, si el tribunal juzga á propósito para admitirlas?» En un principio creímos, con muchos autores, que al designar la prueba escrita y la testimonial, esta disposición no era limitativa y debía entenderse de toda clase de prueba, como el art. 46 del Código civil y otros varios artículos de nuestras leyes, que, al permitir probar, tanto por títulos como por testigos, no entienden excluir las pruebas de otra clase. Pero reflexionando más duramente en esto, hemos reconocido, con la jurisprudencia del Tribunal de Casación y con autores especiales, que aquí el proceso verbal tiene el carácter de una prueba legal, susceptible solamente de ser combatida por medios determinados, cuya apreciación se sustrae á la arbitrariedad del juez. No puede, pues, invocarse el derecho común, que, como veremos, coloca las presunciones en la misma línea que la prueba testimonial (1), y que considera á los tribunales de policía como una especie de jurado, en cuanto á la apreciación de los hechos. En el espíritu de la legislación especial está el no atenerse ni á las negativas del acusado, ni á la notoriedad pública, ni á las nociones personales (V. el núm. 102), que pueda tener el juez (Trib. de Cas.

(1) Invócase frecuentemente en este sentido una sentencia de casación de 5 de Enero de 1810, de la que resultaría no poder destruirse una presunción de derecho por presunciones simples. Esta doctrina, en su generalidad, es errónea; pero como quiera que sea, esta sentencia es extraña á la interpretación del art. 154 del Código de procedimiento, puesto que determina sobre un caso regido por el derecho anterior.

15 de Julio de 1820, 17 de Diciembre de 1824, 24 de Julio de 1835 y 9 de Agosto de 1838), aun cuando no fueran estas nociones extrajudiciales (Cas. 7 de Diciembre de 1855). Efectivamente, no se puede permitir al juez sustituir una apreciación personal á la prueba que resulte de un proceso verbal, cuando éste no ha sido combatido por pruebas escritas ó testimoniales, sin que caigamos de nuevo en el sistema de las presunciones que se han dejado á las luces y prudencia del magistrado (*Cód. civil*, art. 1353); es precisamente lo que se ha querido evitar (Cas. 2 de Junio de 1864 y 21 de Marzo de 1865). Sin embargo, la jurisprudencia, desechando simples noticias ó certificados, admite como prueba contraria legal el dictamen de peritos debidamente juramentados y la inspección ó reconocimiento de lugares, verificado en forma debida por el juez. Estos son testimonios *lato sensu* (Sents. de 1.º de Junio de 1844 y 12 de Enero de 1856). En todos los casos debe el juez, bajo pena de nulidad (Cas. 26 de Mayo de 1858), indicar claramente en qué parece que altera la prueba verificada en su presencia la fe que se debe dar al proceso verbal (V. también Cas. 27 de Julio de 1872).

Por lo demás, puesto que los procesos verbales, aun cuando se les da fe hasta que se les arguye de falsedad, sólo hacen constar el materialismo de los hechos (núm. 597); no es desconocer la fe de un proceso verbal de un comisario de policía en que éste consigna la existencia de una charca, el sacar de los documentos del litigio y de las explicaciones del acusado los elementos que puedan servir á la convicción del juez acerca del origen y de la naturaleza de la mencionada charca (Sent. de 25 de Junio de 1869).

600. El art. 144 añade, hablando de las pruebas contrarias, *si el tribunal juzga á propósito admitirlas*. Boitard (*Inst. crim.*, Com. sobre este artículo) parece deducir de esto que aquí se concede más especialmente un poder indefinido al juez para admitir ó desechas estas pruebas. Pero en la práctica (Sents. de 17 de Febrero y de 23 de Septiembre de 1837), enteramente de acuerdo con la doctrina general sobre la admisibilidad de la información, no se entiende este poder sino de la facultad de desechar una prueba inútil, es decir, la alegación de hechos que no fueran concluyentes (número 61), absolutamente como en materia civil (*Cód. de proc.*, artículos 253 y 264). No hay, pues, en esto nada arbitrario ni excepcional. Se ha querido únicamente impedir el abuso de eternizar los procesos más sencillos, solicitando la admisión de informaciones completamente inútiles, pero que sería imposible al tribunal rehusar. Del mismo modo hemos interpretado (núm. 313) las ex-

presiones *si hay lugar* de los artículos 153 y 190. Lo indudable es que cuando se admite la prueba testimonial se somete ésta al derecho común, y en su consecuencia, un testigo, aunque sea único, puede destruir la autoridad del proceso verbal (Sent. den. de 11 de Diciembre de 1851).

601. Hay procesos verbales que no hacen fe aun cuando se produzca prueba en contrario. Tales son los de los agentes ó alguaciles de policía, de los gendarmes, en el caso en que no tienen delegación legal, según ha juzgado el Tribunal de Casación el 30 de Junio de 1838 y el 8 de Septiembre de 1849; de los oficiales públicos que no tienen misión para consignar las infracciones; finalmente, de los oficiales que tienen esta misión, pero que han procedido fuera de los límites de su mandato, según hemos visto que se apreció por el Ministerio público mismo el 19 de Abril de 1855. Semerjantes procesos verbales no tienen valor sino como simples informes; pues habitualmente el tribunal oye al redactor, y este testimonio suple, según las circunstancias, la falta de la autoridad de su relato.

*. Respecto de la fuerza de las diligencias de sumaria hechas por los guardas de montes ó por los comisionados de la Dirección sobre las contravenciones á la Ordenanza de Montes y daños causados en los mismos, que hemos mencionado en la adición inserta á continuación del núm. 592, se halla prevenido que si estuvieren firmadas por dos empleados de la Dirección ó por un empleado y un guarda, ó por dos guardas, harán plena fe sobre los hechos que forman el cuerpo del delito ó contravención y sea cualquiera la condena á que hubiese lugar. Por consiguiente, no se admitirá prueba en contrario de tales hechos, á menos que no haya una causa legal de recusación contra alguno de los firmantes: art. 177 de las Ordenanzas de 1833.

Si las diligencias de sumaria estuvieren formadas y firmadas por uno solo de los referidos, harán también prueba bastante de los delitos ó contravenciones cuya pena no exceda, entre multas y resarcimiento de daños, de 360 rs. vn.: art. 178.

Las diligencias sumarias que no se hallen en el caso de los dos artículos anteriores admitirán cualesquiera pruebas legales en contrario. Los testigos serán examinados, y las pruebas presentadas en la audiencia pública señalada por el juez: art. 179. —(N. de la T.)

* * Véase la nota del núm. 580. —(N. de la R.)

DIVISIÓN SEGUNDA

FE DE LAS ACTAS Ó ESCRITURAS AUTÉNTICAS ORDINARIAS ANTE LOS TRIBUNALES CRIMINALES

SUMARIO: 602. Presentación de las actas ó escrituras auténticas en lo criminal.—603.—Procesos verbales extendidos por los escribanos de los Tribunales.—604. Su fe en materia de faltas en la Audiencia.—605. Derecho del jurado para conocer de las actas, aunque sean auténticas.

602. La fe de las actas auténticas, redactadas en la forma ordi-

naría por los notarios ó cualquiera otro funcionario público, es evidentemente la misma en lo criminal que en lo civil. Y en efecto, el Código de procedimiento (art. 458) traza la marcha que debe seguirse, cuando en el curso de un procedimiento criminal se redarguye de falsa una pieza ó documento que se ha presentado en juicio, lo cual demuestra claramente que es necesaria en materia criminal la redargución de falsedad, *inscription de faux*, cuando se ataca un acta ó escritura auténtica. No hay duda que los puntos que exigen con más frecuencia comprobación ó cotejo de títulos, tales como los relativos á las propiedades inmuebles, deben remitirse como hemos reconocido (núm. 227) á los tribunales civiles. Pero en una multitud de circunstancias pueden producirse incidentalmente actas auténticas ante las jurisdicciones criminales, que deben apreciarse conforme á su autoridad mientras no se redarguyan de falsas.

603. Aquí debemos reproducir la importante observación que hemos hecho sobre el carácter restringido de la fe que se da á la autenticidad. Esta fe no existe sino en los límites de la competencia del oficial que actúa. Así, el hecho directo de la infracción á la ley penal, se consignará raras veces por un funcionario del orden civil, tal como un notario. Este funcionario no tendrá por lo común cualidad alguna para extender acta de un delito, como no la tendría un guardabosque para redactar un proceso verbal destinado á probar una transacción sobre la acción civil. Solamente podrá ser llamado un notario á dar autenticidad á una confesión; pero entonces lo que atestiguaría *visu et auditu* no sería el delito, sino la confesión del delito; confesión cuya sinceridad y fuerza puede probarse, sin tomar la vía de la redargución de falsedad (núm. 598). Algunas veces, no obstante, podrá consignarse una infracción directa y oficialmente por actas autorizadas por notario, especialmente por las que consignasen préstamos usurarios. Por censurable que fuese el notario que hubiera prestado su ministerio á semejantes convenciones, no por eso habría dejado de extender un acta en el ejercicio de sus funciones, y en su consecuencia, sería aplicable la ley de 3 de Septiembre de 1807, á menos que no se probase la falsedad del título. Pero en la mayor parte de los casos servirán las actas auténticas solamente para consignar circunstancias que aumenten ó aminoren la pena; así se probará, por las actas de nacimiento, la edad del acusado ó de la víctima, cuando pueda influir la edad sobre la gravedad del delito ó sobre la naturaleza de la condena.

604. Los escribanos de los tribunales criminales están evidentemente autorizados para consignar, como los de los tribunales civiles, el cumplimiento de las formalidades prescritas por la ley. El proceso verbal de la sesión de un tribunal criminal (*d'Assises*) (*Cód. de instr.*, art. 372) hace pues fe, mientras no se redarguye de falso, y como ha juzgado el Tribunal de Casación el 3 de Diciembre de 1846, no se pueden destruir las alegaciones que se hacen en él de otro modo que por esta vía, ni aun apoyándose en un acta ó escritura autorizada por notario * (Cpr. Cas. 26 de Marzo de 1874. *) Más aun, no se admite prueba alguna testimonial para suplir esta consignación. Por el mero hecho de no mencionarse una formalidad, se presume no haberse realizado, sin que pueda recibirse sobre ello prueba en contrario (V. especialmente Cas. de 11 de Septiembre de 1845 y 12 de Diciembre de 1851). Aquí tampoco puede concederse autenticidad sino á los hechos de que ha sido testigo el oficial. Así es que no puede acreditarse la edad de un testigo por medio de este proceso verbal. Tampoco puede darse autenticidad á los puntos que el escribano no tiene autoridad para consignar. Así, la mención de que se ha efectuado tal cosa *conforme á tal artículo del Código de procedimiento criminal*, no puede considerarse sino como una remisión que hace al artículo el redactor del proceso verbal, pero de ninguna manera como la prueba de que todo se efectuó conforme á las disposiciones de la ley.

Debe observarse, en lo relativo á los procesos verbales, extendidos por los escribanos de los tribunales criminales, que las menciones relativas á las respuestas de los acusados ó á las declaraciones, no se consideran simplemente como no efectuadas, sino que anulan (*Cód. de proc.*, art. 372) el mismo proceso verbal, que no debe transmitir al Tribunal de Casación ninguna impresión de los debates, fuera del cumplimiento de las formalidades legales. Así se ha juzgado una sentencia de casación de 14 de Marzo de 1856, relativamente á la simple mención de que el acusado había protestado de su inocencia. Pero debiera y podría hacerse constar una confesión (Den. 19 de Agosto de 1837) si fuera necesario mencionarla, con el objeto de motivar un fallo incidental.

Por lo demás, no está sujeto el proceso verbal de los debates á requisitos rigurosos. Así no adolece de ningún vicio porque la fecha haya sido omitida, si se puede corregir esta omisión por el contenido en la misma acta (Den. de 19 de Junio de 1828).

Cualquiera que sea la autoridad del escribano, no puede prevalecer sobre la del presidente del tribunal criminal (*d'Assises*). En

su consecuencia, se ha juzgado con razón (Cas. de 2 de Julio de 1835) que cuando un proceso verbal consigna la *duda del presidente* sobre la observancia de una formalidad mencionada en él, debe considerarse no cumplida la formalidad. Más duda existe en que baste la atestación del presidente, cuando no se halle corroborada por la del escribano, y que el cumplimiento de una formalidad esencial pueda resultar solamente *de la completa y firme creencia del presidente* (1), como ha juzgado una sentencia denegatoria de 30 de Noviembre de 1824. Por último, no hay la menor duda en el sentido de la nulidad, si hay contradicción entre la declaración del escribano y una sentencia del tribunal criminal (Casación de 20 de Marzo de 1846; V. también 18 de Mayo de 1865).

604 duplicado. Suscitase una cuestión muy grave sobre la autoridad del proceso verbal de un crimen ó de un delito cometido en la audiencia, extendido por el escribano de un tribunal criminal ó aun civil (Ibid., art. 508). Este proceso verbal, ¿prueba el crimen ó el delito hasta la redargución de falsedad, aunque ningún texto coloque á este proceso en el número de los documentos á que se atribuye esta autoridad? Merlin ha sostenido la afirmativa en un asunto sometido al Tribunal de Casación el 31 de Diciembre de 1812, creyendo que se debía conceder la fe más completa al proceso verbal extendido por el escribano de un tribunal criminal *d'Assises*, de donde resultase que los magistrados habían sido insultados en el ejercicio de sus funciones. El caso era favorable á esta pretensión, puesto que las jurisdicciones superiores, tales como los tribunales *d'Assises*, tienen autoridad en semejante hipótesis para juzgar, sin desamparar, cuando se tratase de un crimen (2) (Ibid., artículo 506). En su consecuencia, se dice, el tribunal tenía por lo menos autoridad para consignar los hechos, puesto que hubiera podido castigar inmediatamente al acusado con la pena legal. Pero una cosa es una comprobación pública por medio de un debate contradictorio, y otra cosa es la simple redacción de un proceso verbal, á cuya comprobación no son llamadas las partes interesadas. Observemos que puede tratarse de crímenes, y que se sufriría forzosa-

(1) No se suscitarian estas delicadas cuestiones, si no autorizase la práctica, aun en el silencio de la ley, la redacción, después de un largo intervalo, del proceso verbal de los debates; así es como fué declarado válido (Den. 21 de Marzo de 1836) un proceso verbal que se habia redactado después de transcurridos más de veinte dias * (Cpr. Cas. 3 de Mayo de 1872.) *

(2) La facultad de resolver de esta suerte sin desamparar, criticada por muchos criminalistas, ha sido suprimida en Nápoles por el art. 547 de la ley de procedimiento penal.

mente una condena capital sin que el acusado hubiera tenido tiempo para explicarse sobre los hechos; porque si el proceso verbal hacía fe hasta la redargución de falsedad, la jurisdicción que entendía del negocio no tendría que hacer más que aplicar la pena, y la pretendida moderación del tribunal criminal (*d' Assises*) vendría al fin á privar en definitiva al acusado de la facultad de defenderse, á menos de tomar la vía peligrosa de la redargución de falsedad (*ininscription de faux*). Así el Tribunal de Casación no ha admitido la doctrina de Merlin, ni ha considerado el proceso verbal en el caso en cuestión, sino como haciendo fe hasta prueba en contrario. Solamente cuando su redactor obra enteramente en calidad de escribano, cuando consigna operaciones del tribunal á que está adscrito, es cuando debe darse la más completa autenticidad á su testimonio. Esta solución es, por lo demás, perfectamente razonable. El escribano no tiene la misma certidumbre de la existencia de un delito que acontece tal vez al extremo de la Sala de la Audiencia, como del cumplimiento de las formalidades que se verifican á su vista en la barra del tribunal.

605. Réstanos examinar una grave cuestión de competencia, en lo relativo al examen de las actas auténticas producidas ante un tribunal criminal (*d' Assises*). ¿Conviene atribuir su conocimiento á los magistrados ó al jurado? Aunque no se trate de acreditar un hecho con el auxilio de estas piezas, debe confesarse que el jurado no es apenas apto para la comprobación y apreciación de las pruebas legales, cuya validez se halla subordinada á la existencia de condiciones enteramente técnicas, y que su verdadera misión consiste en discutir los testimonios y documentos en que se puede formar una convicción, independientemente de todo principio de derecho. De aquí la teoría que profesa M. Rauter (*Tratado del derecho criminal*, núm. 777), según la cual, no será llamado el jurado á conocer más que de los elementos materiales de la acusación, con exclusión de las pruebas preconstituídas. Pero esta distinción no podría sostenerse en vista del art. 341 del Código de procedimiento, que prescribe se remita á los jurados los procesos verbales y las piezas y documentos en general; prueba evidente de que son llamados á apreciar hasta las actas auténticas. La separación sería, por otra parte, casi siempre impracticable, puesto que las piezas y testimonios concurren á producir la convicción, de manera que forman un conjunto moralmente indivisible. Todo lo que se puede admitir es, que las cuestiones prejudiciales que se refieren al derecho civil, serán de la competencia exclusiva del tribunal. Por eso

una jurisprudencia en el día constante (Cas. de 30 de Junio de 1831) admite, que sólo los magistrados tienen cualidad para decidir, en las cuestiones de falsedad, si la falsedad se ha cometido ó no en escritura pública. No hay duda que esta jurisprudencia es controvertible, en vista del art. 337 del Código de procedimiento, que parece remitirse pura y simplemente al jurado sobre la cuestión de saber «si el acusado es culpable de tal crimen con todas las circunstancias comprendidas en el resumen del acta de acusación.» Pero suponiendo que la imposibilidad en que se encuentra el jurado de resolver sobre las cuestiones de puro derecho, deba hacer separar de su jurisdicción las cuestiones de derecho prejudiciales, no se sigue de aquí en manera alguna que deban en general apreciarse las actas por el tribunal y los testimonios por el jurado. La cuestión principal debe siempre decidirse por sólo el jurado, con el auxilio de los documentos de la causa. Así el Tribunal de Casación ha anulado, el 1.º de Octubre de 1834, la condena pronunciada por el tribunal *d'Assises*, en vista del acta de nacimiento de la víctima de un atentado (se trataba de consignar la edad de una joven soltera), sin que el jurado hubiera sido interrogado sobre las circunstancias agravantes. En cuanto á las cuestiones civiles prejudiciales, serán de la competencia de los magistrados, por razón de su naturaleza, y no de la manera como se practica la prueba de los puntos que se refieren á ellas (1).

*. Por el derecho español, lo mismo que por el francés, según expone M. Bonnier en el núm. 602 y siguientes, la fe ó fuerza de los instrumentos públicos es la misma en lo criminal que en lo civil, pudiendo redargüirse de falso el documento que se prestare á ello en las causas criminales, pues según dice el art. 12 del reglamento provisional para la administración de justicia, á ningún procesado se le pueda nunca rehusar, impedir ni coartar ninguno de sus legítimos medios de defensa, entre los cuales se cuenta el de presentar los documentos públicos ó privados que puedan justificar el contenido de su defensa, ó atacar y destruir los cargos de la acusación.—(N. del T.)

*. Según el art. 954 de la ley de Enjuiciamiento criminal, habrá lugar al recurso de revisión, cuando alguno esté sufriendo condena en virtud de sentencia cuyo fundamento haya sido un documento declarado después falso por sentencia firme, en causa criminal. El art. 122 de la ley del Jurado confirma el anterior precepto.

Respecto á las actas ó atestados extendidos por funcionarios civiles, véase la nota del núm. 580.

Previene los artículos 1.º y 2.º de la ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862: el notario es el funcionario público autorizado para dar fe, con-

(1) Así, una sentencia denegatoria de 22 de Septiembre de 1822 ha juzgado que no pertenece al tribunal decidir si las piezas de 75 céntimos son monedas de plata ó de vellón; cuestión que no es en manera alguna susceptible de resolverse por medio de la prueba literal.

forme á la ley, de los contratos y demás actos extrajudiciales. Si requerido para dar fe de cualquier acto público ó particular extrajudicial negare sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad á que hubiere lugar con arreglo á la ley. Previene el art. 91 del reglamento de 9 de Noviembre de 1874, que los notarios pueden extender y autorizar actas á instancia de parte, en que se consignen los hechos y circunstancias que presencien y que por su naturaleza no sean materia de contrato.

Al presente, la oralidad del juicio en lo criminal atribuye especial importancia á las actas del mismo. A este propósito dispone el art. 743 de la ley de Enjuiciamiento criminal que el secretario del tribunal extenderá acta de cada sesión que se celebre, y en ella hará constar sucintamente cuanto importante hubiere ocurrido. Al terminar la sesión se leerá el acta, haciéndose en ella las rectificaciones que las partes reclamen, si el tribunal en el acto las estima procedentes. Las actas se firmarán por el presidente é individuos del tribunal, por el fiscal y por los defensores de las partes. En aquéllas se consignarán á la letra (art. 709) las preguntas ó repreguntas que el presidente rechace por capciosas, sugestivas ó impertinentes, las que se hagan al testigo cuando el tribunal haya de constituirse en la residencia del mismo (art. 718) y los incidentes que ocurran en el acto. Tratándose de la inspección ocular, el secretario extenderá diligencia expresiva del lugar ó cosa inspeccionada (art. 727), haciendo constar en ella las observaciones de las partes y demás incidentes que ocurran.

Para los juicios de faltas ordena la misma ley (art. 972) que de cada uno se extenderá un acta diaria, expresando clara y sucintamente lo actuado, la cual se firmará por todos los concurrentes al juicio que puedan hacerlo, á cuyo efecto deberá el juez municipal adoptar las disposiciones necesarias para que no se ausenten hasta que dicha acta esté extendida.

Los artículos 94 y 95 de la ley del Jurado disponen que el secretario del tribunal extenderá un acta por cada sesión diaria que se hubiere celebrado, haciendo constar sucintamente todo lo importante que hubiera ocurrido. En las actas se insertarán á la letra las pretensiones incidentales y las resoluciones del presidente ó de la sección que hubieran de ser objeto del recurso de casación. En el acta de la última sesión se insertarán á la letra las conclusiones de la acusación y de la defensa. Las actas se leerán al terminar cada sesión, haciéndose en ellas las rectificaciones que las partes reclamen, y la sección acordará en el acto.

El presidente, los demás magistrados, los jurados, el fiscal, las partes y sus representantes y defensores firmarán las actas.

También se extenderán éstas para hacer constar la votación de los jurados (artículos 87, 88, 90 y 110).

Los artículos 910 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento criminal establecen y reglamentan el recurso de casación por quebrantamiento de forma, por los motivos que reproduce y amplía el art. 119 de la ley del Jurado.

Con relación á los actos punibles que se realicen en los juicios criminales prescribe el art. 258 de la ley de Enjuiciamiento criminal que, sin perjuicio de las correcciones especiales establecidas para casos determinados, son aplicables las disposiciones contenidas en el tít. 13 del libro 1.º de la ley de Enjuiciamiento civil, á cuantas personas, sean ó no funcionarios, asistan ó de cualquier modo intervengan en aquéllos, siendo los jueces municipales, los de instrucción, los tribunales de lo criminal y el Supremo, quienes respectivamente, en su caso, podrán imponer las correcciones disciplinarias.

El presidente (art. 684) tendrá todas las facultades necesarias para conservar ó restablecer el orden en las sesiones y mantener el respeto debido al tribunal y á los demás poderes públicos, pudiendo corregir en el acto

con multa de 25 á 250 pesetas las infracciones que no constituyan delito ó que no tengan señalada en la ley una corrección especial. Podrá también acordar que se detenga en el acto á cualquiera que delinquire durante la sesión, poniéndole á disposición del juzgado competente.

Los concurrentes que perturbaren el orden con un acto que constituya delito serán expulsados del local y entregados á la autoridad competente.

El art. 105 de la ley del Jurado reproduce sustancialmente los mencionados de la ley de Enjuiciamiento criminal. Ambas leyes comprenden varios casos especiales de corrección disciplinaria, cuya cita no viene aquí requerida por las observaciones que expone el autor en el núm. 604 duplicado.

La alteración grave del orden en la audiencia de un tribunal ó juzgado se castiga, según el art. 271 del Código penal, con arresto mayor en su grado medio á prisión correccional en el mínimo y multa de 150 á 1.500 pesetas. Si fuese leve, constituirá una falta para la que señala el art. 588 la pena de uno á quince días de arresto y multa de 25 á 75 pesetas. El atentado y la desobediencia grave á la autoridad judicial, la leve y el desacato se castigan, respectivamente, por los artículos 263, 265, 588, núm. 5.º, y 266 del mismo Código.

En España la ley que regula el juicio por jurados excluye la duda acerca de la competencia de ésta, examinada por el autor en el núm. 605. Los jurados (art. 2.º) declararán la culpabilidad ó inculpabilidad de los procesados respecto de los hechos que en concepto de delito les atribuya la acusación, y la concurrencia ó no de los demás hechos circunstanciales que sean modificativos absoluta ó parcialmente de la penalidad. El resumen del presidente (art. 68) y el veredicto de aquéllos se refieren á todas las pruebas practicadas en el juicio, y únicamente si en el delito ó sus circunstancias (artículo 72) se contuviere algún concepto exclusivamente jurídico que pueda apreciarse independientemente de los demás elementos materiales ó morales constitutivos del delito ó de sus circunstancias, no formulará sobre él pregunta alguna, reservándose su apreciación á la sección de derecho. De las cuestiones prejudiciales hemos tratado ya.—(N. de la R.)

SECCIÓN TERCERA

Curso que debe seguirse para destruir la autenticidad. Redargución de falsedad.

SUMARIO: 606. Necesidad de un procedimiento especial.—607. Carácter criminal de la falsedad.—608. *Falsedad principal y falsedad incidental.*—609. *¿Hay falsedad principal civil?*—610. Origen de la redargución de falsedad (*inscription de faux*).—611. Influencia del procedimiento de falsedad en la ejecución del acta.—612. Simple suspensión de la fuerza extrínseca del acta.—613. Carácter del procedimiento criminal de falsedad.—614. División de la materia.

606. La fe que se da á la autenticidad y aun á la apariencia de autenticidad (núm. 457) no es susceptible de destruirse por la simple producción de la prueba contraria, pues la falsedad del acta atacada debe probarse especialmente. Esta es aun una regla de orden público, cuya infracción no puede de ningún modo autorizar el consentimiento de las partes. (Burdeos, 7 de Diciembre de 1866.)

607. La falsedad que ha constituido en todo tiempo un verdadero crimen (1) puede dar lugar á procedimientos criminales, lo mismo que á una acción puramente civil. La facultad concedida á los particulares, en nuestra más antigua jurisprudencia, de perseguir ellos mismos, como lo hacian en Roma, las acusaciones que les concernían, ha dejado más de una huella en esta materia. Las expresiones de *falsedad principal* y *falsedad incidental*, así como la formalidad misma de la redargución, no tienen otro origen.

608. El art. 1319 del Código civil llama *queja de falsedad principal* la persecución de la falsedad ante los tribunales criminales. El Código de procedimiento llama por el contrario *falsedad incidental civil* (part. 1.^a, lib. 2.^o, tít. 12), el ataque dirigido en lo civil contra un acta, haciendo abstracción de todo procedimiento contra los que la hubieran hecho ó falsificado. Puede haber también falsedad incidental criminal, si en el curso de un procedimiento criminal se arguye de falsa una de las piezas producidas (*Cód. de instr.*, art. 458). La distinción de estas dos especies de falsedades incidentales se concibe muy bien; pero lo que es menos fácil de comprender es la expresión de falsedad *principal*, aplicada como se hace aquí. Porque, ¿qué relación hay entre la idea de falsedad *principal* y la de persecuciones criminales por falsedad? Dicese que una acción es principal ó incidental, según que se presenta como el objeto especial de un proceso ó como un episodio que viene á referirse á un proceso preexistente. Así, la garantía reclamada por el comprador contra el vendedor es principal cuando es perseguida directamente, é incidental cuando es invocada en el curso de un proceso dirigido contra el comprador por terceras personas. Pero en uno y otro caso el objeto de la acción es el mismo, las conclusiones son idénticas. Nada hay semejante en la falsedad principal comparada con la falsedad incidental. La primera de estas persecuciones propende á castigar un crimen; la segunda, á obtener satisfacción respecto de intereses puramente privados. No hay duda que puede intentarse la acción civil en materia de falsedad, como en cualquiera otra materia criminal, ante los mismos jueces que la acción pública (*Cód. de instr.*, art. 3.^o); y entonces se podrán pre-

(1) Este crimen se tenía en otro tiempo por tan odioso, que no se comprendía en los indultos generales concedidos por los príncipes con ocasión de los grandes acontecimientos, tales como su advenimiento al trono y su casamiento (V. Farnacio, cuest. 150). Muchos de los antiguos autores miraban, en efecto, la falsedad, como cosa más grave que la muerte.

sentar ante el tribunal criminal (*d' Assises*) las mismas conclusiones que se hubieran podido llevar á la barra de los tribunales civiles. Pero esto es una circunstancia enteramente accidental, en lo relativo á la persecución de la falsedad. Dirigiéndose la acción del Ministerio público á la aplicación de la pena, acción que es la única esencial, se ejercita independientemente de toda intervención de los interesados. Y, ¿puede fundadamente calificarse esta acción de principal, como si pudieran presentarse jamás las mismas conclusiones incidentalmente ante los tribunales civiles?

No pueden comprenderse las expresiones de falsedad principal y de falsedad incidental, sino en cuanto se refieren al antiguo sistema de las acusaciones privadas, tomado de los romanos. En este sistema la parte perjudicada podía, á su elección, proceder ante los tribunales criminales ó ante los tribunales civiles. (Diocl. y Maxim., l. 16, *Cód. Ad. leg. Corn., De fast.*) Cuando acudía ante la jurisdicción criminal, no solamente pidiendo la indemnización, sino la aplicación de la pena, pedía en ambos casos una reparación, porque en este sistema la pena era una satisfacción que se concedía á los intereses privados; pero esta reparación era perseguida, por acción principal, mientras que ante la jurisdicción civil no se presentaba por lo común la cuestión sino incidentalmente con ocasión de un asunto en que se producía la pieza argüida de falsa.

Tal es el origen de la confusión que se introdujo en la práctica entre la idea de falsedad principal y la de falsedad criminal. Y cuando se instituyó un Ministerio público para perseguir los crímenes en nombre de la sociedad, esta confusión se conservó aún, porque si el Ministerio público tenía el derecho de obrar solo, no era menos cierto que, en el caso de unirse la parte pública á la parte civil, ésta era siempre preferida á aquélla para proseguir la acusación (Jousse, *Tratado de la justicia criminal*, tomo 3.º, pág. 71). Pero en el día, que la acción para la aplicación de las penas sólo corresponde á los funcionarios á quienes está confiada por la ley, se comprende cuán inexacta es la expresión de falsedad principal usada en el sentido de falsedad criminal.

609. Bastaría que esta observación tuviera un interés doctrinal para que no fuera inútil rectificar las ideas sobre este punto. Pero el error de los que efectúan la confusión que acabamos de notar no es puramente especulativo; tiene perceptibles consecuencias en la práctica, puesto que conduce á decidir que la falsedad civil no puede ser sino incidental. Hácese notar, en apoyo de esta opinión,

que el título del Código de procedimiento en que se trata de la falsedad se intitula: *De la falsedad incidental civil*, y que las disposiciones de este Código (artículos 214 y 215) suponen evidentemente una persecución principal sobre la que viene á introducirse el procedimiento accesorio, que se dirige á la supresión de la pieza sospechosa. En este sistema, cualquiera interés que tuviera yo en el día de acreditar la falsedad de una pieza que se proponen hacer valer contra mí, falsedad que me sería tal vez imposible demostrar más adelante, no sería admitido á atacarla en lo civil por medio de una acción principal. Esta imposibilidad de intentar en lo civil una acción principal por falsedad podía concebirse en otro tiempo, cuando la parte perjudicada tenía cualidad para proseguir la acusación en lo criminal. Pero en el día no puede ya unirse eventualmente á la parte pública, cuya marcha no tiene libertad de dirigir. Sería, pues, sumamente injusto privarle en este caso de la opción que le da en general el Código de instrucción (art. 3.º) entre las dos jurisdicciones, puesto que una de estas jurisdicciones puede muy bien no serle accesible. Por otra parte, basta para demostrar que el art. 214 del Código de procedimiento no es restrictivo, sentar una hipótesis en que, á pesar de los términos de este artículo, la acción principal de falsedad debe admitirse en lo civil. Pues bien: así sucede indudablemente cuando ha muerto el autor de la falsedad, y en su consecuencia, las persecuciones criminales han llegado á ser imposibles; entonces se está de acuerdo en reconocer que las partes interesadas pueden proceder civilmente contra los herederos para pedirles la supresión de la pieza (*Cód. de instr.*, art. 2.º). Puede, pues, permitirse inscribirse de falsedad sin que se haya empeñado precisamente una instancia. Si se admite en un caso, ¿por qué no se admitirá igualmente siempre que hay interés en intentar también una acción principal, como lo ha decidido el nuevo Código de procedimiento italiano? (Art. 296).

Preséntase generalmente la opinión contraria á la nuestra, como autorizada por la jurisprudencia: lo cual sería bastante extraordinario en vista de las sentencias que admiten, como ya hemos visto (números 254 y 255), informaciones de *examen para perpetua memoria* y de juicios periciales *para lo futuro*. Pero en los casos en que se ha desechado la demanda de falsedad en lo principal (Cas. 25 de Junio de 1845; Sent. den. de 13 de Febrero de 1860), esta demanda no se dirigía á prevenir una controversia futura, sino á volver sobre una controversia pasada. La parte que intentaba una acción por falsedad principal civil quería procurarse el medio ó

recurso de nulidad y reposición (*requete civile*) (1), atacando como falsas las piezas en que se fundaba una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. La sentencia de casación de 25 de Junio de 1845 rehusa admitir «una acción civil en falsedad especial al efecto de llegar á la *requete civile*, es decir, á una acción que se dirige únicamente á crearse un medio de *requete civile*, acción cuyo resultado, por otra parte, podría ser dar á un tribunal que no conocía de *requete civile* el poder de quebrantar la fe debida á la cosa juzgada.» Quiere que la falsedad se declare por una sentencia criminal, ó á lo menos que se refiera á una instancia civil, á la cual no hubiera podido oponerse legalmente la excepción de cosa juzgada.

Es verdad que la sentencia denegatoria dada por la Sala de *requetes* el 13 de Febrero de 1860 va más adelante, y declara *in terminis* «que la instancia de falsedad principal no se admite sino en la jurisdicción criminal, y que en materia civil la inscripción de falsedad no se autoriza sino por vía de incidente.» Pero en el fondo esta era la misma cuestión que había juzgado siempre la Sala civil en 1845 (V. también Den. 14 de Noviembre de 1860); era para dejar indirectamente sin efecto una sentencia solemne dada sobre una cuestión de estado, por lo que se argüía de falsa por vía principal el acta de nacimiento en que se fundaba esta sentencia. En su consecuencia, hubiera bastado decir, con otro considerando de la sentencia de 1860, que semejante procedimiento llegaría á ser «un medio vulgar de atacar de nuevo, bajo pretexto de falsedad, actas declaradas válidas por decisiones supremas».

El sistema de la Sala de instancias, aplicado de un modo absoluto, sería una grave derogación del principio que autoriza á la parte perjudicada por un delito para intentar la acción de reparación, bien, según quisiera elegir, ante la jurisdicción civil ó ante la criminal. La sentencia dada en 1845 por la Sala civil hace, por el contrario, esta reserva formalmente; declara que «según el artículo 3.º del Código de instrucción criminal, la acción en reparación del daño causado por un crimen ó por un delito, puede perseguirse ante los tribunales civiles (2), pero que esta acción no

(1) Sabido es que la *requete civile* es por derecho francés un recurso extraordinario, por el cual se hace retractar por los jueces que las han pronunciado las sentencias en última instancia.—(N. del T.)

(2) Debe notarse, en efecto, que la falsedad criminal no se rige por los mismos principios que la falsedad civil, y que tales circunstancias pueden destruir la culpabilidad, que no influirían en nada sobre el derecho para reclamar una indemnización, y sobre todo para hacer suprimir la pieza ó documento (Cas. 11 de Abril de 1837).

puede consistir únicamente en hacer consignar el crimen ó el delito por los tribunales civiles; que es preciso también que esta demanda, á fin de consignar judicialmente el crimen ó delito, sea incidental á una acción ó reparación del daño que de él resulte.»

La Audiencia de Burdeos el 30 de Agosto de 1841 ha fallado sobre la hipótesis, rara, es verdad, en la práctica, de que la demanda sobre falsedad principal se presentara independientemente de toda controversia anterior, admitiendo la inscripción en contra de la escritura de un convenio, respecto del cual recaía la sospecha de haber interpelado un artículo. Entonces no puede acusarse al demandante de querer quebrantar por caminos tortuosos la autoridad de la cosa juzgada (1). Así, se puede muy bien aprobar la jurisprudencia del Tribunal de Casación, en cuanto la demanda de falsedad principal se dirigiera contra una sentencia inatacable por las vías ordinarias (2), y admitir la posibilidad de atacar directamente un acta aun no producida por la parte contraria (M. Pont, *Revista de Legislación*, 1846, tom. 2.º, págs. 334 y sigs.), sobre todo por medio del temperamento ingenioso imaginado, como veremos (núm. 620), por M. Thomine Desmazures.

610. Otro vestigio del sistema de las acusaciones privadas en esta materia es la *inscripción* ó redargución de falsedad, que recuerda el procedimiento criminal de los romanos. El acusador en Roma (Paul., l. 3.º, D. *De accusat.*) estaba obligado á presentarse ante el pretor ó el presidente de la provincia, é inscribir con ciertas fórmulas solemnes su nombre, el del acusado y las circunstancias del crimen que trataba de probar; inscripción que le acarrea la pena del Talión, si se juzgaba su acusación calumniosa. Lo singular en esto era que en Roma se abolió la necesidad de la inscripción precisamente en materia de falsedad. *Quamvis inscriptionis necessitas accusatori de falso remissa sit*, dice Graciano (l. 2.º, Código Theod.; *Ad leg. Corn., De falsis*), *pæna tamen accusatorem etiam sine solemnibus occupat*. En Francia, por el contrario, la inscripción fué admitida especialmente para el crimen de falsedad, y esta inscripción exponía legalmente, en un principio, á la pena del Talión al acusador, quien se veía obligado, en su consecuencia, á constituirse en la cárcel. Este rigor había cesado en el siglo XVI, como nos lo

(1) Háse anulado el 21 de Abril de 1840 una sentencia del tribunal de Agen, que había llegado hasta rehusar la facultad de redarguir de falsedad en lo principal, cuando había sido reservada formalmente en una instancia anterior que se refería á la nulidad del acta.

(2) * Cpr. en el mismo sentido: Cas., 4 de Mayo de 1875 y 30 de Mayo de 1876. *

dice el presidente Favre (*Ad leg. Corn., De fals., def. 9.º*): *Jam pridem vetus illa judiciorum consuetudo, quæ inducerat, ut quisquis falsi accusationem criminaliter instituere vellet, non aliter audiretur quam si, solemnibus inscriptionis tempore, seipsum carceribus manciparet, nam et talionis pœna quæ hujus solemnitatis necessitatem induxisse videbatur, in usu esse desiit; solentque qui in hujusmodi accusatione succumbunt, gravissimis quidem pœnis subjici, sed tamen longe mitioribus quam si falsum admisissent.* Por otra parte, no parece que la inscripción se hubiera impuesto jamás la parte pública, que no era responsable para con el acusado. Pero permaneció impuesta á la parte civil, que en el siglo xvi todavía, según nos dice el presidente Favre, estaba obligada á proceder por la vía criminal. *Eo pervertum est, ut de falso neque agi, neque excipi civiliter possit, sed criminalem accusationem instituere necesse sit.* Esta última exigencia cayó también en desuso; pero el procedimiento de falsedad conservó siempre un carácter criminal, aun cuando se seguía ante los tribunales civiles. Así no se trata de falsedad en la Ordenanza criminal de 1667, sino solamente en la Ordenanza de 1670 (tít. 9.º), bajo esta singular rúbrica: *Del crimen de falsedad, tanto principal como incidental.* Las reglas sobre la falsedad civil no fueron separadas y tratadas especialmente, sino en la Ordenanza de 1737 sobre la falsedad, obra notable del canciller d'Aguesseau, que ha pasado en gran parte al Código de procedimiento. Esta Ordenanza dispensó á la parte civil el inscribirse de falsedad en materia criminal (V. el tít. 1.º, art. 1.º), mientras que se sostuvo la inscripción, no se sabe bien por qué motivo, en materia civil, en que se exige esta formalidad aun en el día (1).

611. Veamos ahora qué influencia puede ejercer sobre la ejecución del acta el procedimiento de falsedad, bien civil, bien criminal. ¿Debe esperarse, para detener esta ejecución, que haya declarado falsa la pieza una sentencia definitiva? Se cree de ordinario que se admitía la afirmativa en Roma de un modo absoluto. Tal no es, sin embargo, el sentido del rescripto de Alejandro Severo, que forma la ley 2.ª del Código *Ad legem Corneliam, De falsis: Satis aperte divorum parentum meorum rescriptis declaratum est, quum, morante solutionis gratia, a debitore falsi crimen objicitur, nihilominus, salva executione criminis, debitorem ad solutionem compelli oportet.*

(1) Compréndese bien, no obstante, por razón de la gravedad de semejante procedimiento, la necesidad de un acta especial firmada por la parte ó por su procurador especial; pero la formalidad de la inscripción en la escribanía es puramente tradicional.

tere. Este rescripto estableció evidentemente una regla excepcional para el caso en que la alegación de falsedad pareciera dictada por la mala fe; de donde parece resultar que en principio, por el contrario, esta alegación, si pareciese fundada, podría detener la ejecución. Y lo mismo era en nuestra antigua jurisprudencia francesa, si nos referimos al testimonio de Serpillon, que ha publicado una obra especial sobre la falsedad. Según este autor (acerca del art. 29 del tit. 2.º de la Ordenanza de 1737), «el juez puede ordenar que, por provisión, el acta contra la cual se ha formado la inscripción de falsedad sea ejecutada mediante caución.» No es, pues, una novedad lo dispuesto por el art. 1319 del Código civil, según el cual, «en caso de inscripción de falsedad hecha incidentalmente, los tribunales podrán, según las circunstancias, suspender provisionalmente la ejecución del acta.» Y si nuestros tribunales pueden suspender provisionalmente la ejecución, pueden, con más razón, como en otro tiempo (Serpillon sobre el art. 29, título 2.º de la Ordenanza de 1737), mandar la ejecución mediante caución (1). Observemos, por otra parte, que lo que se ha dicho de la falsedad incidental, debe entenderse, según nosotros, de toda falsedad civil, aun cuando se hubiera intentado una acción principal para hacerla consignar.

¿Qué quiere, pues, decir Pothier cuando decide (*Oblig.*, número 735) que las actas auténticas hacen fe por provisión hasta que se haya decidido sobre la inscripción de falsedad? No quiere decir más sino que la autoridad del acta no cae jamás de derecho, mientras no ha habido condena por falsedad; pero no trata por esto de negar el poder discrecional del juez. En cuanto á la suspensión forzosa, no tenía nunca lugar ni en la antigua jurisprudencia ni bajo el imperio de la legislación intermedia (ley de 6 de Octubre de 1791, tit. 1.º, secc. 2.ª, art. 14), por avanzada que estuviese la instrucción de la falsedad, aun en lo criminal. La innovación de la ley sobre el notariado (art. 19), reproducida por el Código civil, consiste en pronunciar esta suspensión en cierta época del procedimiento criminal; porque el procedimiento civil no ocasiona más que una suspensión facultativa. «En caso de queja de falsedad principal, dice el art. 1319 de este Código, la ejecución del acta argüida de falsedad se suspenderá por la acusación.» La

(1) No bastando la inscripción de falsedad para suspender la ejecución, no debe tomarse á la letra lo que dicen nuestras leyes, que un acta hace fe hasta la inscripción de falsedad.

sentencia dada por la Sala que conoce de las acusaciones, después de un procedimiento preparatorio, ya bastante complicado, ofrece suficientes garantías para que el escrito pueda, contando desde esta época, considerarse como legalmente sospechoso.

Sin embargo, no se usa en la práctica (Sent. den. de 25 de Febrero de 1810) el entablar acusación para que se suspenda la ejecución, sino relativamente á las actas auténticas susceptibles de ejecución forzosa, como las actas notariales. Cuando se dirigen procedimientos criminales de falsedad contra un acta auténtica no ejecutiva, especialmente contra un proceso verbal ó citación, se aplica, no ya el art. 1319 del Código civil, sino el art. 250 del Código de procedimiento, según el cual, la sola queja de falsedad ocasiona la suspensión del procedimiento civil.

612. Guardémosnos, por lo demás, de confundir la suspensión de la fe del acta con la simple suspensión de su fuerza extrínseca, del *exequatur*. Cuando un deudor, que se dice desgraciado y de buena fe, pide que se sobresea en los procedimientos dirigidos contra él (*Cód. civil*, art. 1244), ó cuando una persona, amagada por una expropiación forzosa, se hace autorizar para detener su efecto, ofreciendo satisfacer el pago íntegro de la deuda por medio de la asignación de un año de rentas (*Ibid.*, art. 2212), ni en una ni en otra de estas hipótesis entran para nada la fe intrínseca del acta, pero se invocan consideraciones de equidad para hacer cesar su fuerza ejecutiva (1). Semejantes casos de suspensión son enteramente extraños á la materia de las pruebas: sólo pueden aplicarse á los actos susceptibles de ejecución forzosa, cuyos rigores se trata de detener, permaneciendo íntegra la fe de la autenticidad. El efecto de los procedimientos de falsedad, por el contrario, es precisamente destruir esta fe, aun cuando no se trate de la ejecución material, por ejemplo, cuando se revoca ó pone en duda la veracidad de un acta del estado civil.

613. Nada tenemos que añadir en lo concerniente al procedimiento criminal de falsedad, cualificado por los prácticos de falsedad principal. La marcha trazada por nuestras leyes (*Cód. de instr.*, artículos 448 y siguientes) para la instrucción de esta clase de delitos, no es más que la reproducción de las reglas que vamos á sentar respecto de la falsedad civil. Hállase tomada en efecto de la Or-

(1) Fuera de estas hipótesis, la oposición á los procedimientos no podrá detener la ejecución, salvo los daños y perjuicios contra el acreedor que haya procedido en virtud de un título nulo (Poitiers, 29 de Julio de 1851).

denanza de 1737, en que d'Aguesseau resolvía sobre la falsedad, tanto civil como criminal. Pero conviene señalar una diferencia esencial entre el procedimiento civil y el procedimiento criminal, tal como lo ha organizado el Código de instrucción. «Bajo el Código de Brumario año IV, ha dicho el orador del Gobierno en la exposición de motivos del Código de 1808, la más ligera infracción de las formas prescritas para asegurar el estado de las piezas argüidas de falsas, ó aun de las piezas para el cotejo, lleva consigo la pena de nulidad. Así, cualquiera que sea el número de estas piezas, deben ser rubricadas en cada página por las personas que designa la ley, y la omisión de la rúbrica de una de ellas en una sola página de un voluminoso cuaderno, puede dejar sin efecto todo el procedimiento. Toda infracción de la clase que acabo de describir dará lugar en adelante á una multa contra el escribano (V. *Cód. de instr.*, arts. 448 y sigs.). Sin embargo, el castigo del escribano podrá considerarse como insuficiente, relativamente á las partes y en especial al acusado, si éste no pudiera proveer al entero cumplimiento de una formalidad que miraba como útil á sus intereses; pero lo puede hacer, pues tiene derecho para ello, y si reclama su aplicación, y no se resuelve sobre la misma, podrá recurrir en casación.» Así, los interesados podrán reclamar el cumplimiento de las formalidades legales; pero si han guardado silencio, el Código de instrucción no pronuncia la nulidad como hace el Código de procedimiento civil.

614. Vamos á tratar de reproducir la marcha establecida por el Código de procedimiento para la instrucción de la falsedad. Después veremos cómo se deja sin efecto, en materia criminal, la fuerza de un acta auténtica, lo cual se llama falsedad *incidental criminal*. Además, aunque no hablamos actualmente más que de actas auténticas, la inscripción ó redargución de falsedad es igualmente aplicable á las actas privadas, según veremos.

*. Por el derecho español, los documentos públicos ó privados que se presenten en juicio pueden redargüirse de falsos *criminal ó civilmente*, cuando se tuvieren por sospechosos. La falsedad criminal de un instrumento es su falta de verdad; la falsedad civil, su falta de solemnidad y eficacia legal. En su consecuencia es *falso criminalmente* un instrumento cuando se ha forzado ó fingido maliciosamente y sin verdad, ó cuando, siendo verdadero, se han hecho en él alteraciones esenciales con malicia; y es *falso civilmente* cuando carece de algunas de las circunstancias que son necesarias para su validez ó para que haga fe. Véase, pues, que la falsedad de un documento puede dar lugar, como dice muy bien M. Bonnier en el núm. 607, tanto á un procedimiento criminal como á una acción puramente civil.—(N. del T.)

*. Los términos bastante precisos de los preceptos dedicados en nuestra legislación á la materia de falsedad civil y criminal de los documentos

públicos presentados en juicio, permiten y aun recomiendan comprender en esta nota las concordancias de nuestro derecho con las doctrinas expuestas por el autor en las dos divisiones de la presente sección.

Constituyen la falsedad civil la falta de autenticidad ó de exactitud. En el primero de estos dos conceptos puede un documento público ser redarguido de civilmente falso, por incapacidad del otorgante, por ilegalidad del acto ó del objeto, por falta de las solemnidades y circunstancias legales, por defecto sustancial en su redacción ó extensión, ó por estar raído ó roto en alguna de las partes esenciales.

En cualquiera de aquellos dos casos, conforme á lo dispuesto en el artículo 511 de la ley de Enjuiciamiento civil, relativamente á los documentos presentados después del término de prueba, y con carácter general en el 597, se procederá al cotejo del documento redarguido de civilmente falso con su original, cuya diligencia se practicará (art. 599) por el actuario, ó por el Juez, cuando este estime conveniente hacerlo por sí mismo, constituyéndose al efecto en el archivo ó local donde se halle la matriz, y á presencia de las partes y de sus defensores, si concurren, señalándose para ello previamente el día y hora en que el cotejo haya de verificarse.

Entienden los comentaristas que al expresar la ley este medio de comprobación no excluye los demás admitidos en derecho y que el interés legítimo de las partes unido al de la justicia pudiera hacer necesarios si la impugnación se funda en que el documento presentado fué anulado ó modificado por otro posterior, en que medió violencia ó dolo ó en cualquiera otro motivo que haga ineficaz el documento; en cuyos supuestos y otros análogos será aplicable el procedimiento de los incidentes.

La falsedad civil parcial no implica la total del documento; la disposición de éste puede justificarse por otros medios, y en todo caso concretamente ordena el art. 1223 del Código civil, que la escritura defectuosa, por incompetencia del notario, ó por otra falta en la forma, tendrá el concepto de documento privado, si estuviere firmada por los otorgantes.

Por lo que hace á la falsedad criminal, prescribe el art. 514 de la ley de Enjuiciamiento civil que, en el caso de que sosteniendo una de las partes la falsedad de un documento que pueda ser de influencia notoria en el pleito, entablare la acción criminal en descubrimiento del delito y de su autor, se suspenderá el pleito en el estado en que se halle hasta que reúnga ejecutoria en la causa. Se decretará dicha suspensión luego que la parte interesada acredite haber sido admitida la querrela.

Contra esta providencia no se dará recurso alguno.

Según la antigua práctica basada en las leyes de Partidas, procedía redarguir los documentos públicos de criminalmente falsos:

1.º Cuando por otro documento también público, ó por disposición de cuatro testigos idóneos resulta que la parte que se dice haber asistido personalmente al otorgamiento, ó alguno de los testigos instrumentales, había fallecido con anterioridad, ó se hallaba en otro lugar tan remoto, que no pudo naturalmente haber concurrido al acto durante el día en que se supone realizado.

2.º Cuando el escribano, siendo de buena fama, afirma positivamente ante el Juez que él no hizo aquella escritura, y la parte interesada no prueba lo contrario.

3.º Cuando los testigos instrumentales, mayores de toda excepción, declaran contestes que no se hallaron presentes al otorgamiento, si el escribano es de mala fama y el documento de época reciente, pues en otro caso debe ser creído el escribano siempre que la copia resulte conforme con la matriz ó protocolo.

4.º Cuando se niega al escribano la calidad de tal, y no la prueba, ni

aun por fama ó posesión, la parte á quien interesa, á no ser que el documento sea muy antiguo.

5.º Cuando el escribano, por quien se supone autorizado el documento, declara que no es suya la letra, firma y signo que como suyos aparecen en él, y no se probare plenamente lo contrario.

Claro es que la cita de estos casos no excluye la de cualquiera otro que justifique dicha impugnación.

El Código penal preceptúa en su art. 314, que será castigado con las penas de cadena temporal y multa de 500 á 5.000 pesetas el funcionario público que abusando de su oficio cometiere falsedad:

- 1.º Contrahaciendo ó fingiendo letra, firma ó rúbrica.
- 2.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido.
- 3.º Atribuyendo á las que han intervenido en él, declaraciones ó manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.
- 4.º Faltando á la verdad en la narración de los hechos.
- 5.º Alterando las fechas verdaderas.
- 6.º Haciendo en documento verdadero cualquiera alteración ó intercalación que varíe su sentido.
- 7.º Dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto, ó manifestando en ella cosa contraria ó diferente de la que contenga el verdadero original.
- 8.º Intercalando cualquiera escritura en un protocolo, registro ó libro oficial.

El art. 315 impone la pena de presidio mayor y multa de 500 á 5.000 pesetas al particular que cometiere en documento público alguna de las mencionadas falsedades; según el art. 316, el que á sabiendas presentare en juicio ó usare con intención de lucro, un documento falso de los comprendidos en los artículos precedentes, será castigado con la pena inferior en dos grados á la señalada á los falsificadores.

Cabe que aún siendo de índole criminal la supuesta falsedad del documento, la parte que lo impugna se limite á ejercitar la acción civil. En este caso, siendo aquel de tal importancia que en él hubiera de fundarse la sentencia, se aplicará el art. 362 de la ley de Enjuiciamiento civil, en cuya virtud, cuando los Jueces y Tribunales hubieren de fundar exclusivamente la sentencia en el supuesto de la existencia de un delito, suspenderán el fallo del pleito hasta la terminación del procedimiento criminal, si, oído el Ministerio fiscal, estimaren procedente la formación de causa. El auto de suspensión será apelable en ambos efectos.—(N. de la R.)

PRIMERA DIVISIÓN

FALSEDAD CIVIL

SUMARIO: 615. Sistema tomado de la Ordenanza de 1747.—616. Complicación especial del procedimiento.

615. Los redactores del Código de procedimiento han tomado de la Ordenanza de 1737 el complicado sistema que han organizado en materia de inscripción ó de redargución de falsedad. Sin embargo, han introducido, como ya veremos, notables mejoras que eran necesarias para poner este sistema en armonía con los cambios verificados en la legislación.

Parece haberse hecho estudio en erizar de dificultades la marcha de este procedimiento, á fin de proteger mejor la fe de las actas auténticas. Aunque la ley actual haya suprimido algunas trabas, las que subsisten son aún bastante importantes y multiplicadas para ahuyentar frecuentemente á los litigantes que quieran seguir semejante vía. En la práctica, las demandas sobre inscripción de falsedad se admiten con mucha dificultad, y llegan más difícilmente á un resultado favorable para el demandante. ¿No es esto ir más allá del objeto que se propone? Así lo han reconocido los redactores del proyecto de reforma, que han propuesto un sistema más sencillo que sirva á la vez para la comprobación de escrituras y para la inscripción de falsedad (V. núm. 636 duplicado). Sin empeñarnos en recorrer minuciosamente todas las formalidades de detalle que encierra el procedimiento de falsedad, nos aplicaremos á seguir con cuidado sus diversas fases, en lo que ofrecen de más interesante.

616. Ordinariamente, cuando una parte pide que se practique la prueba de ciertos hechos, interviene una sola decisión interlocutoria, que decide sobre la admisibilidad de estos hechos y que delega los poderes del tribunal á un juez comisario. El tribunal no recobra el conocimiento del asunto hasta que aquél ha terminado completamente sus operaciones. Tal es la marcha que hemos visto adoptada en el juicio pericial y en las informaciones de testigos, y que volveremos á encontrar todavía en materia de cotejo de escrituras. En lo concerniente á la falsedad, el legislador procede de un modo mucho más complicado. La primer sentencia interlocutoria que admite la inscripción de falsedad y nombra un juez comisario, no hace que se desentienda del negocio el tribunal. Necesitase otra interlocutoria para decidir sobre la admisión de los medios ó fundamentos de la falsedad. Procédese en seguida á la instrucción ó procedimiento sobre la falsedad ante el juez comisario; y finalmente, el tribunal da su decisión definitiva.

Vése, pues, que hay tres fases sucesivas que terminan por una sentencia:

- 1.º Procedimiento á fin de ser admitido á inscribirse ó redargüir de falsedad.
- 2.º Procedimiento á fin de ser admitido á la prueba de los medios ó fundamentos de la falsedad.
- 3.º Procedimiento á fin de acreditar la existencia de la falsedad.

Ya veremos, sin embargo (núm. 626), que no es absolutamente

necesario para llegar á una solución definitiva, que se agoten estas tres fases.

Después de haber recorrido estos tres periodos, hablaremos, en cuarto lugar, del resultado final del procedimiento, bien se termine por una sentencia definitiva, bien por una transacción.

§ 1.—Procedimiento para ser admitido á redargüir de falsedad.

SUMARIO: 617. Actas que se pueden redargüir de falsas.—618. Distinción de la *falsedad material* y de la *falsedad intelectual*.—619. Redargución de falsedad ante el Tribunal de Casación.—620. Modo de entablar la falsedad principal civil.—621. Procedimiento común á la falsedad principal y á la falsedad incidental.—622. Requerimiento previo.—623. Declaración que se exige del demandado.—624. Casos en que éste guarda silencio.—625. Inscripción de falsedad en la escribanía.—626. Sentencia que admite ó desecha la inscripción ó redargución.—627. Supresión de la consignación de la multa.—628. Conclusiones del Ministerio público.

617. Una cuestión previa, cuya solución en sentido negativo debería determinar al tribunal á desechar desde luego la inscripción ó redargución de falsedad, por inverosímiles que fuesen los hechos alegados, es la que consiste en saber si el acta ó escritura es de la clase de las que pueden ser atacadas por esta vía.

Debe reconocerse que todas las actas públicas (no hablamos aún de las actas privadas), de cualquiera autoridad que emanen, pueden ser redargüidas de falsas. Por eso el Parlamento de París admitió el 7 de Febrero de 1740 la redargución de falsedad contra la minuta ú original de una sentencia, á pesar de los esfuerzos de Cochín, que pretendía, «que no tendrían los hombres asilo alguno si rugía la tempestad en el puerto mismo.» Cuanto más importante es el acta, más esencial es ponerla al abrigo de la falsificación. En vano se ha dicho en nuestros días, reproduciendo la doctrina de Cochín, que no puede atacarse una sentencia, sino por el recurso de apelación ó de casación. Esta es una verdadera petición de principio, puesto que el demandante, al redargüir de falsedad, sostiene que el acta atacada sólo tiene la apariencia de un fallo. El Tribunal de Casación se pronunció en este sentido el 13 de Junio de 1838 (1); el 20 de Enero de 1857 * y el 17 y 30 de Agosto de 1881. * Menos debe-

(1) Sin embargo, la sentencia de 1838 añade «que sólo debe admitirse con gran reserva una inscripción de falsedad contra una mención de una sentencia conforme á la hoja de la Audiencia, porque sería sobrado peligroso hacer depender de recuerdos remotos, inciertos y fugitivos la autoridad y la fe debidas á las sentencias revestidas de todas las formalidades que exige la ley.»

mos admitir la opinión de antiguos doctores, que pretendían que no se podía argüir de falsa una pieza que tiene cien años de fecha; opinión contradicha formalmente por los artículos 448 y 488 del Código de procedimiento, que hacen correr los plazos de la apelación ó de la reposición civil, cuando se trata de una falsedad, desde el día en que ésta se ha reconocido, sin ocuparse de la fecha del acta.

618. La fe que se da al acta en forma auténtica se apoya, según hemos visto (núm. 457), en dos presunciones: 1.^a, que presentando el acta ó escritura las apariencias de autenticidad, es realmente obra de un oficial público y no tiene alteraciones materiales: 2.^a, que este oficial no ha prevaricado en el ejercicio de sus funciones. Cuando se redarguye de falsedad contra la primera de estas presunciones, se arguye el acta de *falsedad material*; cuando se redarguye contra la segunda, es redargüida el acta de *falsedad intelectual*. Ya veremos que no carece de interés esta distinción.

619. Puede redargüirse de falsedad en cualquier estado de la causa, en apelación lo mismo que en primera instancia, y aun ante el Tribunal de Casación. No obstante, ante este último tribunal, no puede ser uno admitido á criticar documentos que se pudieron atacar desde luego ante los tribunales apreciadores de los hechos; de otra suerte, se invertiría el orden de las jurisdicciones (Sents. denegatorias de 31 de Diciembre de 1812 y 31 de Mayo de 1831.) Pero hay piezas que por su misma naturaleza sólo pueden producirse ante el tribunal regulador, y respecto de las cuales no podría prohibírsele que admitiera la redargución de falsedad, á no querer hacer imposible todo procedimiento civil por falsedades de esta naturaleza. Tales son precisamente las copias ó los originales de las sentencias atacadas; si estos importantes documentos estuvieran al abrigo de la inscripción ó redargución de falsedad, podrían cubrirse las nulidades más graves con sólo mencionar el escribano haberse cumplido los requisitos que se habían omitido (Cas. de 13 de Junio de 1818 y de 13 de Mayo de 1840). Por esto se organizó el procedimiento de falsedad ante el abogado de las partes por el Reglamento de 1738, que sirve aun hoy de base al procedimiento ante el Tribunal de Casación. Pero al admitir el Tribunal la inscripción ó redargución, delega á un tribunal de un grado jerárquico, igual al que dictó la decisión atacada, el procedimiento de falsedad, que no entra en las atribuciones ordinarias de este tribunal (V. el Regl. de 1738, part. 2.^a, tit. 10, art. 4.^o). De esta suerte, procede el Consejo de Estado en semejante circunstancia, según

los términos del art. 20 del decreto de 22 de Julio de 1806. Solamente, que el Consejo de Estado no puede hacer más que remitir el negocio al tribunal competente, sin tener jamás, como el Tribunal de Casación, la facultad de designar un tribunal determinado. Pero en sentido inverso, cuando un tribunal civil conoce incidentalmente de un acta administrativa, debe remitirla ante la autoridad administrativa, para que resuelva sobre la admisibilidad de la redargución de falsedad (Cas. 21 de Mayo de 1827; Douai 6 de Junio de 1853).

620. El texto del Código de procedimiento (art. 214) supone que la pieza que se quiere redargüir de falsa aparece en el curso de una instancia principal, en que es *notificada* por un oficial ministerial, *comunicada* por recibo ó por depósito en la escribanía (Ibid., artículo 189), ó *producida*, é, decir, empleada contra el adversario, sin notificación ni comunicación previa, por ejemplo, en un informe de letrado. Es permitido, no obstante, como lo ha reconocido implícitamente el Tribunal de Casación en los motivos de la sentencia de 25 de Junio de 1845 (núm. 609), hacer conocer á la jurisdicción civil de una demanda principal de falsedad. Entonces será evidentemente necesario (Rennes, 19 de Diciembre de 1815) entablar el procedimiento por medio de una citación, que hará las veces del acto de procurador á procurador, que prescribe el art. 215 del Código de procedimiento para el caso de falsedad incidental. Sin embargo, puesto que no se está de acuerdo sobre la admisibilidad de la falsedad principal civil, la prudencia debe inducir á seguir en la práctica la marcha imaginada por M. Thomine Desmazes, según el sistema de las acciones provocatorias (números 254 y 255), para hacer entrar la falsedad principal en la falsedad incidental. Esta marcha consiste en citar al que se supone retener una pieza falsa, á fin de que declare que no posee ningún título contra el demandante (V. Coment. sobre el *Cod. de proc.*, núm. 253). Si se hace la declaración, no hay peligro alguno. Si se produce el acta, se sigue la via de la falsedad incidental. Es verdad que el demandado puede no producir la pieza ni hacer tampoco declaración alguna, y entonces, si no es posible obtener la pieza, el procedimiento no dará resultado alguno formal. Pero este inconveniente es inevitable, y puede presentarse igualmente cuando se intenta la acción en lo criminal. Por otra parte, y en último resultado, el procedimiento no es inútil, porque si el demandado produce más tarde las piezas que yo había argüido de falsedad, el haberse negado á comunicarlas será una presunción grave de la existencia de

falsedad. Finalmente, puede suceder que una pieza falsa se emplee de otra suerte que en una instancia. Así una sentencia falsa puede notificarse (1) y servir de base á persecuciones extrajudiciales, es decir, á actas de ejecución forzosa. Es evidente que no se podría en semejante caso proceder por acto de procurador á procurador, como supone el art. 214. Debe, pues, pedirse la nulidad de las persecuciones, y cuando la parte contraria produce su título, proceder contra ella, según las formas prescritas para la falsedad incidental civil.

621. Volvamos ahora al curso seguido por el Código de procedimiento, que será el mismo para la falsedad principal que para la falsedad incidental, una vez provocada la instancia por una citación y por una constitución de procurador, de parte del demandado.

622. La posición del que á sabiendas usa de una pieza ó documento falso es tan grave, puesto que se expone á sufrir la pena de trabajos forzados temporales (*Cod. pen.*, art. 148), que conviene desde el origen del procedimiento requerirle á que declare positivamente si pretende valerse del documento argüido de falso. Esta intimación se hace con el acta misma que indica la intención de inscribirse, en el caso en que hiciera uso de la pieza (*Cód. de proc.*, art. 215). Esta advertencia esencial se halla en armonía con lo que se practica, cuando se intima igualmente al demandado que confiese ó niegue los hechos sobre que se ha provocado una información.

623. Dentro de los ocho días (*Ibid.*, art. 216), la parte requerida debe hacer la declaración exigida, que, sobrado importante para comprenderse en el poder general del procurador, debe firmarla aquélla ó su apoderado con poder especial y auténtico, apoderado que puede ser su mismo procurador. No hay duda, á pesar del silencio de la ley, que este término de ocho días no debe aumentarse por razón de las distancias; ya hemos visto (núm. 261) que se decide así para la información, donde la parte hace un papel puramente pasivo, y lo mismo debe ser, con más razón, cuando se la llama á hacer una declaración enteramente personal. La jurisprudencia ha admitido igualmente, después de algunas vacilaciones, que este término de ocho días no es fatal, y que según la práctica admitida generalmente, en los casos en que la ley pres-

(1) Así fué como se notificó á los jesuitas de París el 3 de Mayo de 1759, una sentencia falsa del Consejo de Estado, que condenaba solidariamente á los miembros de la sociedad á pagar ocho millones de libras (*Clemente XIV y los jesuitas*, por M. Cretineau Joly, pág. 87).

cribe un término sin añadir, *bajo pena de nulidad*, puede proseguirse la audiencia desde que espiran los ocho días, pero que el demandado está siempre á tiempo de hacer su declaración, mientras no se ha decidido que se desecha la pieza (Sent. den. de 24 de Enero de 1842).

624. Cuando guarda silencio el demandado, ó declara que no quiere servirse de la pieza (Ibid., art. 217), se desecha ésta. Sin embargo, el legislador tiene cuidado de añadir que no es desechada sino con respecto al *demandado*, es decir, en cuanto éste quisiera utilizarla, pero entra en el proceso en favor del demandante, que puede sacar de ella las consecuencias que juzgue á propósito, y reclamar indemnizaciones por el perjuicio que podría haberle causado. No es tampoco dudoso que el procedimiento criminal de falsedad, si ha lugar á él, continúa en su totalidad, aun cuando el abandono de la pieza no se hubiera dictado por temor, sino por arrepentimiento; jamás, á los ojos del legislador civil, se ha considerado el arrepentimiento como haciendo desaparecer la falta. El silencio ó la declaración del demandado no puede, sin embargo, tener la fuerza que pudiera atribuirse á una confesión formal. Cuando el procedimiento versa sobre puntos que no admiten transacción, especialmente si se trata de un acta de matrimonio, que se ve atacada porque se la arguye de falsedad; el tribunal debe hacer caso omiso, según lo ha sentenciado la Audiencia de Riom, el 26 de Junio de 1828, contradiciendo á un fallo anterior de 3 de Julio de 1826. Una decisión contraria ocasionaría una especie de divorcio por consentimiento mutuo.

625. Si, por el contrario, declara el demandado que quiere valerse de la pieza (Ibid., art. 218), entonces el demandante se inscribe en la escribanía por medio de un acta, que debe ser, como la declaración de la parte contraria, firmada por él ó por su apoderado con poder especial y auténtico, y en seguida prosigue la audiencia, con el fin de hacer que se admita la inscripción y de que se obtenga el nombramiento de un juez comisario.

626. Aunque la parte demandante no haya propuesto aún sus fundamentos, se reconocía en otro tiempo, y se reconoce en el día, al tribunal, la facultad de desechár *de plano* la inscripción (Den. de 17 de Junio de 1868; * Agen, 21 de Agosto de 1878; Orleans, 8 de Marzo de 1883; Cas. de 16 de Diciembre de 1874 y 28 de Noviembre de 1881 *). Según una sentencia del tribunal de Argel, de 21 de Abril de 1853, el procedimiento para inscripción de falsedad tendría tres periodos sucesivos, á que corresponderían ne-

cesariamente tres instancias distintas y separadas. Pero esta doctrina rigurosa y formalista no ha prevalecido, porque se prestaría á los abusos más graves, puesto que permitiría poner trabas, por medio de una inscripción cuyos efectos no podrían detener los tribunales, á la ejecución de las actas ó escrituras más en forma (Comp., núm. 639). Poco favorable siempre á las demandas en inscripción de falsedad, que considera como un arma peligrosa en manos de la mala fe, la jurisprudencia va todavía más allá, admitiendo (Sents. dens. de 9 de Julio de 1839, 1.º de Abril de 1844 y 25 de Abril de 1854) que el tribunal puede pasar adelante, si cree que carece de fundamento la alegación de falsedad, sin tener en cuenta la intimación hecha por una de las partes á su adversario, de declarar si entiende servirse de la pieza y sin aguardar á que espire el término de ocho días, contados desde el requerimiento. Esta decisión, que á primera vista parece exagerada, se justifica fácilmente, si se atiende á la historia sobre la materia.

Bajo la Ordenanza de 1737, el primer paso que se prescribió al demandado fué hacerse autorizar para la inscripción. Es claro que desde entonces el juez tenía siempre la facultad de detener el procedimiento desde el primer paso. Los redactores del Código de procedimiento han pensado, con razón, que no debería exigirse autorización alguna antes de que se dirigiese la intimación al detentador de la pieza falsa, puesto que no debía llamarse á la justicia á resolver, sino en cuanto hubiera interés respecto del hecho, es decir, contestación por parte del demandado. Pero de que hayan dispensado al demandante de presentar desde luego una información, que podía en definitiva no ofrecer utilidad alguna, no se sigue de ningún modo, que hayan querido quitar al juez el poder que tiene siempre de pasar adelante, cuando le parece mal fundada una declaración incidental. Una cosa es la facultad concedida á la parte de dirigir *de plano* una intimación á su adversario, y otra cosa es la suspensión forzosa de la instancia principal por efecto de esta intimación; suspensión que la ley no ha pronunciado en parte alguna.

Además, siguiendo la doctrina del tribunal de Poitiers, que nos ha parecido fundada (núm. 507), el tribunal debe desechar desde luego la inscripción de falsedad, como inútil, en los casos en que se permite atacar el acta directamente.

No deberá, sin embargo, abusarse de esta facultad que se atribuye á los tribunales de rechazar *de plano* la inscripción de falsedad. Así, el tribunal de Burdeos, habiendo desechado la demanda de ins-

cripción contra un testamento, á pesar de la articulación del hecho grave de que los *testigos habian abandonado la estancia del testador, mientras que el notario escribía el testamento*, fué reformada con razón su sentencia, el 9 de Marzo de 1859, por la Audiencia de Burdeos que ha invocado los motivos siguientes: «Que no se trata al presente de examinar los fundamentos para la falsedad, los hechos, circunstancias y pruebas, que concurriendo á hacer aquéllos verosímiles, pueden determinar al juez á abrir al demandante la vía siempre peligrosa de las informaciones; que se está aun en la primera fase del procedimiento, y que se trata solamente de decidir si debe admitirse la inscripción de falsedad, es decir, si será permitido al demandante proponer sus fundamentos de falsedad; que es evidente y que resulta por otra parte de la economía de la ley, que esta primera prueba no debe revestirse con el mismo rigor que la segunda; que el oficio del juez consiste principalmente en comprobar si el hecho alegado es concluyente, si es propio para ocasionar la nulidad de la pieza ó para influir en la decisión del proceso; que, fuera de esto, se halla plenamente demostrado que la inscripción de falsedad es temeraria y no puede dar resultado; que se la puede rechazar desde luego y sin más comprobación, porque si es cierto que no es necesario que la fe ó crédito que se debe á las actas públicas se altere fácilmente, debe uno menos exponerse á impedir que se manifieste la luz y la verdad.»

627. El Código de procedimiento ha suprimido otra traba, que existía respecto del demandante bajo la Ordenanza de 1737: la necesidad de consignar previamente la multa á que puede ser condenado. «¿Para qué, pues, pagar anticipadamente, dice M. Treillard en la exposición de motivos, por valerse de un medio reconocido por la ley?» Esta observación es justa; mas entonces, para ser consecuente, no debería exigirse ya una consignación previa de las partes que emplean las vías legales de la apelación, de la reposición y del recurso de casación, ó aun (Ord. de 1758, Part. 2.^a, título 10, art. 1.^o) de las que se inscriben de falsedad (núm. 619) contra piezas producidas ante el tribunal regulador.

628. Además, la sentencia que admite ó desecha la inscripción debe darse, como todas las que intervienen en esta materia, en virtud de las conclusiones del Ministerio público (*Cód. de proc.*, artículo 251.)

§ II.—Procedimiento á fin de ser admitido á probar los fundamentos de falsedad.

SUMARIO: 629. Instrucción previa, tomada del sistema de 1737.—630. Depósito de la pieza ó documento.—631. Cuándo es necesaria la presentación de la minuta ó escritura original.—632. Proceso verbal consignando el estado de la pieza ó documento.—633. Esta parte del procedimiento es particular á la falsedad material.—634. Notificación de los medios de prueba.—635. Modificación planteada en el sistema de 1737.—636. Necesidad de articular fundamentos ó medios de prueba precisos.—636 duplicado. Proyecto de supresión de esta basa en el procedimiento.

629. Admitir al demandante á hacer la inscripción, no es admitirle aun á hacer la prueba de la falsedad. Para esto es preciso que un procedimiento previo, dirigido por el juez comisario, haga la existencia de aquélla verosímil. En esto hay algo análogo á la instrucción preparatoria, en las causas sobre crímenes enormes, que se termina por una sentencia para entablar la acusación, ó por un auto de no ha lugar. Esto se explica por la íntima conexión que existía bajo el imperio de la Ordenanza de 1737, cuya parte sustancial ha reproducido el Código de procedimiento, entre el procedimiento civil y el procedimiento criminal de falsedad. La pieza es *acusada de falsedad*, decia Pothier (*Proc. civ.*, cap. 6.º, § 5.º).

Para preparar y para ilustrar la decisión del tribunal, prescribe la ley diversas operaciones apropiadas al objeto que se trata de conseguir. Tómanse desde luego medidas para obtener la presentación de la pieza, que es en cierto modo el cuerpo del delito. Consígnase su estado por medio de un proceso verbal, al cual se cita á los interesados. Se notifican los medios, fundamentos ó pruebas de la falsedad por el demandante á su adversario; y por último, el tribunal resuelve sobre la admisión ó inadmisión de estos medios.

630. El depósito en la escribanía de la pieza argüida de falsa debe efectuarse por el demandado dentro de los tres días de la notificación de la sentencia que admite la inscripción, y denunciado en los tres días siguientes al demandante, por la notificación del acta de depósito en la escribanía (*Cód. de proc.*, art. 219). Estos dos plazos no son susceptibles de aumento por razón de las distancias, como el que se da al demandante para declarar si entendiéndose servirse de la pieza. No se trata ya, en efecto, de un requerimiento enteramente personal, sino simplemente de la entrega de una pieza que debe estar en poder del procurador del demandado, ó bien de una simple notificación que se hace siempre de procura-

dor á procurador. Pero es igualmente cierto aquí, que la espiración del plazo no ocasiona la caducidad, mientras no se ha declarado desechada la pieza (Sent. den. de 2 de Febrero de 1826). Solamente el demandante tiene la facultad de hacer efectuar el depósito en la escribanía á costa del demandado. No es ya tiempo para éste, como dijo muy bien el orador del Tribunal, de volver á colocarse en la posición en que estaba antes de su declaración, sino que es preciso que se siga el negocio, si lo exige el demandante. Sin embargo, no puede ordenarse así el depósito sino en cuanto exista un duplicado de la pieza en su poder, ó bien que una tercera persona posee, sea un duplicado, sea el original. De otra suerte, no se admitiría en materia civil el pedir una pesquisa con el objeto de embargar la pieza que estuviera en poder del adversario. No habría entonces más recurso que pedir la denegación.

631. Cuando se trata de una pieza de que hay original, lo cual sucede casi siempre respecto de las actas ó escrituras auténticas, de que ahora nos ocupamos, parece necesario el depósito de la minuta ú original, puesto que, mientras exista ésta, conviene referirse sólo á ella para la prueba (*Cód. civil*, art. 1334). Así la Ordenanza de 1670 exigía este depósito sin distinción alguna. Pero la Ordenanza de 1737, seguida en este punto por el Código de procedimiento (arts. 221 y 222), ha dejado al tribunal la facultad de resolver según las circunstancias. El original puede encontrarse en un punto muy distante; la alteración que se alega puede ser de tal naturaleza, que no se refiera sino á la copia. Cuando se exige el depósito, los depositarios del original, funcionarios públicos ó simples particulares, pueden ser obligados á efectuarlo en un plazo que determina el juez comisario ó el tribunal, según que uno ú otro entiendan de la cuestión.

632. Entregada la pieza al escribano, debe procederse á consignar su estado contradictoriamente en un breve término. Cuando fué el demandado quien hizo la entrega, como acontece más ordinariamente, debe en el acta misma de la notificación para la entrega en la escribanía, requerir al demandante que se halle presente al proceso verbal sobre el estado de la pieza, y el proceso verbal debe extenderse tres días después de la notificación. Esta operación tiene lugar en los tres días de la entrega, previo el requerimiento hecho al demandado, si es el demandante quien ha verificado el depósito (*Cód. de proc.*, art. 225). La experiencia ha hecho reconocer la utilidad de estos breves plazos, que existían ya bajo el imperio de la Ordenanza de 1737. Conviene no perder tiempo,

cuando se trata de probar los vicios de una pieza, cuya destrucción puede ser de tanto interés para aquel á quien compromete. El proceso verbal se extiende por el juez comisario, en presencia del Ministerio público, del demandado ó del demandante (Ibid., art. 227). No estará de más recomendar á este juez, lo mismo que al escribano, que no pierdan de vista la pieza que es objeto del proceso. En un caso que dió lugar á una sentencia del Parlamento de París de 17 de Marzo de 1668, fué sustraído de la escribanía un vale argüido de falso, tragándosele la parte á quien podía perjudicar. Los jueces se vengaron imponiéndole la pena de trabajos forzados temporales (1); pero mejor hubiera sido custodiar más cuidadosamente el vale.

El proceso verbal debe mencionar y describir las raspaduras, enmiendas y enterrerrenglonados. Boncenne añade que conviene entrar en más pormenores, notar los sitios en que se estrecha la letra ó en que se ensancha, las variaciones ó matices diversos de la tinta, las alteraciones del papel, su cortado, rasgados, etc. No se debe despreciar nada de lo que puede indicar las señales de la falsedad.

633. Conviene observar, por lo demás, que toda esta parte del procedimiento, desde la sentencia que ha admitido la inscripción hasta la notificación de los medios ó fundamentos de ésta, parece referirse únicamente á la hipótesis de una falsificación material. Cuando las partes se hallan de acuerdo sobre el tenor del acta, que no ha sufrido evidentemente ninguna alteración, y cuando la dificultad versa tan sólo sobre una falsedad intelectual, ¿para qué verificar el depósito de la pieza en la escribanía? ¿Para qué, sobre todo, extender proceso verbal de su estado, que no se pone en cuestión?

634. Ocho días después de la confección del proceso verbal, si ha debido extenderse uno, y de lo contrario, ocho días después de la notificación de la sentencia de admisión, debe el demandante notificar sus medios ó fundamentos, y el demandado debe contestar en un término que es igualmente de ocho días. Tres días después de las respuestas, la parte más diligente puede proseguir la audiencia (Ibid., arts. 229 y 231). Puede proseguirse igualmente la audiencia al espirar el primer plazo de ocho días, si no ha habido notificación por parte del demandante, á fin de hacerle declarar no tener efecto su inscripción, ó bien, por el contrario, al espirar el segundo plazo de ocho días sin contestación por parte del de-

(1) La pena sería hoy la de reclusión (Cód. pen., art. 255)

mandado, á fin de hacer que se rechace la pieza ó documento. Estas decisiones derogan las reglas ordinarias, que permiten á las partes abstenerse del uso de escrituras, si lo juzgan conveniente (Ibid., art. 80). Las cuestiones de falsedad ofrecen tal gravedad, que se ha querido poner al demandante en la necesidad de articular sus medios ó fundamentos, bajo pena de caducidad, y obligar igualmente al demandado á explicarse, bajo pena de desechar inmediatamente la pieza ó documento. Los medios que apoyan ó que combaten la demanda deben, pues, desarrollarse por una y otra parte, para que el tribunal pueda dar, con conocimiento de causa, la decisión interlocutoria que termina la segunda fase del proceso.

635. Debe observarse que esta última parte del procedimiento ha sido rehecha nuevamente. En el sistema de la Ordenanza de 1737 (título 2.º, artículos 27 y 28), los medios ó fundamentos de falsedad eran llevados á la escribanía y no debía darse copia ni comunicación de ellos al demandado. Este era un vestigio del carácter criminal que tenia primitivamente el procedimiento de falsedad, el cual se atenía todavía, aunque las conclusiones tuvieran más que fines ú objetos civiles, á los errores de la justicia penal de aquel tiempo, que, temerosa de que el acusado tuviese demasiada facilidad para preparar una defensa falaz, le rehusaba toda comunicación de los medios ó fundamentos empleados contra él. Esta marcha debe desecharse en el día por dos motivos: en primer lugar, la falsedad civil es hoy enteramente distinta de la falsedad criminal; en segundo lugar, nuestro sistema de procedimiento criminal está lejos de apoyarse en las mismas bases que el que existía en 1737.

636. Si volvemos á los medios de falsedad, serán, generalmente fáciles de precisar, cuando se trate de falsedad material. Se manifestarán las señales exteriores que denotan su existencia de un modo, más ó menos patente. Cuando, por el contrario, se trate de una falsedad intelectual, ¿será permitido considerar como medio suficiente de falsedad la simple denegación de los hechos consignados por el oficial público, salvo probar ulteriormente la falsedad? Si esta pretensión fuese fundada, la inscripción de falsedad no sería más que la producción de la prueba contraria, sometida solamente á algunas trabas más. Pero entonces, ¿á qué exigir la articulación de los medios ó fundamentos? Para que se puedan suscitar dudas sobre la veracidad de un oficial público, el espíritu de la ley exige que se articulen hechos contrarios á los enumerados en el acta, una coartada; por ejemplo, si se quiere negar la presencia de las partes, contra la fe de un acta ó escritura auténtica. Así el art. 129 del Có-

digo de procedimiento quiere que el acta que notifica los medios, relate los hechos, circunstancias y pruebas por las cuales se pretende acreditar la falsedad. Si fuera posible contentarse con que se desmintieran simplemente las aserciones del oficial por quien demanda de falsedad, ¿qué acta podría librarse de los ataques de un litigante descarado, decidido á negarlo todo con imprudente energía? Así se ha juzgado, conforme con las conclusiones de Merlin (*Repert.*, V. *Moyens de fauce*), por una sentencia de casación de 18 de Febrero de 1813, que no es este un punto abandonado al poder discrecional de los tribunales, y que deben anularse sus decisiones cuando admiten como medio suficiente de falsedad la negativa pura y simple de los hechos auténticamente consignados. El fallo de 1813 es relativo á un proceso verbal de los aduaneros; veremos que las reglas sobre la articulación precisa de los medios de falsedad son comunes á las materias civiles y criminales. El tribunal ha consagrado, por lo demás, la misma exigencia relativamente á la inscripción de falsedad contra las actas notariales, por sentencia de casación de 31 de Enero de 1825, cuya doctrina ha sido confirmada por numerosas sentencias posteriores. «El objeto de la ley, dice la sentencia de 1825, es fácil de comprender; ha querido que los hechos articulados contra el acta atacada fueran de tal suerte precisos y circunstanciados, que los magistrados pudieran apreciar su mérito, y las partes mismas conocer positivamente cuáles son los únicos puntos sobre que versaría la prueba; esta disposición se dirige al mismo tiempo á prevenir toda colusión con los testigos á quienes se pudiera hacer declarar sobre hechos desconocidos, de concierto con ellos, y que no se hubieran anunciado en los medios ó fundamentos.»

Observemos, no obstante, que no debe llevarse sobrado lejos esta doctrina y hacer casi imposible la prueba de falsedad intelectual, exigiendo, como lo ha hecho el tribunal de Poitiers el 27 de Noviembre de 1850, la articulación de los hechos que *excluyen invenciblemente la existencia y la posibilidad* de los hechos enunciados en el acta argüida de falsa. Háse pretendido (1), por ejemplo, que era preciso, conforme á la decisión de Justiniano (l. 14, C. *De contr. stipul.*), para probar una coartada, acreditar la ausencia de las partes ó de los testigos instrumentales durante el día entero,

(1) Puede verse ampliamente desarrollado este sistema ante el tribunal superior de Bruselas por el abogado Kockaert, cuyos argumentos reproduce Merlin (*loc. cit.*). Pero el tribunal de Bruselas (Sents. de 20 de Febrero de 1820 y de 13 de Junio de 1821) ha rechazado las consecuencias extremas de la teoría de Kockaert.

aun cuando hubiera indicado el notario la hora de la redacción del acta, puesto que su reloj pudiera ir atrasado ó adelantado. Así la sentencia precitada del tribunal de Poitiers ha desechado como insuficiente la articulación del hecho que *un testigo no hubiera firmado un acta de donación sino dos días después de su confección, y fuera de la presencia de las partes* (1), bajo pretexto de que no se había mencionado la hora de esta firma. Si esta sentencia no ha sido deferida al Tribunal de Casación, el sistema que consagra no ha sido menos formalmente reprobado por el tribunal regulador. Así ha juzgado (Sent. den. de 20 de Abril de 1837) que se había podido admitir contra las enunciaciones del acta la prueba de la ausencia de una de las partes, sin que fuese necesario acreditar la imposibilidad absoluta de su presencia. Así también ha reconocido (Sent. den. de 12 de Noviembre de 1856) en la articulación de la ausencia de los testigos instrumentales á la hora en que estaba señalada su presencia, un hecho pertinente y admisible.

No obstante, si los hechos articulados son insuficientes, en vano el demandante de falsedad propondría al juez que corroborase sus aseeraciones por la delación del juramento supletorio. Semejante pretensión es inconciliable con la marcha trazada por el Código de procedimiento, que no admite semiprueba en materia de falsedad; así es que ha sido rechazada por la sentencia de Poitiers de 27 de Noviembre de 1850, y en este punto, al menos, se ha atendido estrictamente el tribunal al espíritu de la ley.

636 duplicado. El proyecto de reforma (artículos 200 y siguientes) suprime esta fase del procedimiento, porque es un manantial de complicaciones y de gastos injustificados. En este sistema, que se refiere también á la comprobación de escrituras y al procedimiento por falsificación, el tribunal competente falla inmediatamente ó pide la comparecencia de las partes. La providencia que manda la comparecencia exige al mismo tiempo la presentación del documento argüido de falsedad, bien se encuentre dicho documento en manos de las partes, bien en las del depositario público ó cualquier otro, si se encuentra en poder de un tercero. Acto continuo se hace constar el estado del documento en un auto que firman las partes, el presidente y el escribano. Entonces se procede

(1) Recuérdese, que según las palabras de la ley de 21 de Junio de 1848 (artículo 2.º), para las actas notariales más importantes, como los que contienen donación entre vivos, se requiere la presencia de los testigos en el momento de leerse las actas por el notario y de firmarse por las partes.

directamente á la prueba de la falsificación, sin enviar el documento ante ningún juez comisario y sin ninguna discusión previa acerca de la admisibilidad de las pruebas de falsedad.

§ III.—Procedimiento dirigido á la prueba de la falsedad.

SUMARIO: 637. Diversos medios de prueba admisibles.—638. No es necesaria su acumulación.—639. Facultad que tiene el juez de admitir de *plano* la existencia de la falsedad.—640. Latitud concedida á los peritos.—641. Suspensión de la ejecución del acta.—642. Examen de los tres medios de prueba.—643. Prueba por títulos.—644. Prueba por testigos.—645. ¿Puede oirse contra el acta á los testigos instrumentales y al mismo notario?—646. Curso de la información.—647. Juicio pericial. Remisión.

637. La sentencia dada sobre las conclusiones del Ministerio público, que admite al demandante á la prueba de la falsedad, determina cómo ha de hacerse esta prueba, y sobre qué puntos debe dirigirse.

La prueba se hace por títulos, cuando se muestra la falsedad del acta por medio de otras actas cuya sinceridad es inatacable, y que acreditan hechos incompatibles con la verdad de las alegaciones contenidas en la pieza argüida de falsa. Practicase por medio de una información, cuando se oye á testigos que declaran haber asistido á la formación ó alteración del escrito, si se trata de una falsedad material, ó saber de ciencia cierta que los hechos han pasado de otra suerte distinta de la que se relató en el acta, si se trata de una falsedad intelectual. Finalmente, la prueba se hace por peritos, cuando se llama á hombres versados en el conocimiento de escrituras, para dar su dictamen sobre las inducciones que se pueden sacar del estado material de la pieza.

638. Estos tres medios de pruebas no pueden siempre acumularse. Es claro, por ejemplo, que el juicio pericial no es de ninguna utilidad, si se trata de falsedad puramente intelectual. Los testigos, y sobre todo los títulos, pueden no existir en un caso dado. Pero cuando es posible la acumulación de pruebas indicadas por la ley, ¿está obligado el tribunal á ordenarlas á un mismo tiempo?

La negativa era indudable bajo la Ordenanza de 1737 (tít. 2.º, art. 30) que, después de haber indicado los tres géneros de informaciones, añadía: *todo según lo requiera el caso*. Aunque no se encuentre esta adición en el Código de procedimiento (art. 232), nada indica que se haya omitido de propósito: si un solo medio de prueba bastase para conseguir completamente el objeto, si, por ejemplo, demuestra claramente un título de una autenticidad incontestable la

falsedad del que es atacado, no se ve por qué ha de obligarse al tribunal á multiplicar los medios de investigación inútilmente. El Tribunal de Casación se ha pronunciado muchas veces en este sentido (V. las sentencias de 25 de Marzo de 1835 y 11 de Marzo de 1840).

639. Pregúntase también si es siempre necesario ordenar una prueba ó comprobación en forma, y si los jueces pueden *de plano* admitir la existencia de la falsedad, así como pueden ciertamente (1) rechazar *de plano* la inscripción (núm. 626). No podría haber duda formal en lo relativo á la falsedad material. Se han consignado muchas veces en la práctica enmiendas y alteraciones tan evidentes, que hubiera sido verdaderamente inútil ordenar una información. Constante en la antigua jurisprudencia (V. Merlin, *Cuestiones de derecho*; V. *Inscripción de faux*, § 1.º, núm. 1.º) esta doctrina, ha sido consagrada por numerosas sentencias en el derecho actual (V. especialmente las sentencias de 20 de Febrero de 1821; 12 de Enero de 1833; 20 de Enero de 1857). La sentencia del Tribunal de Caen, contra la cual se desechó el recurso, el 20 de Enero de 1857, sienta en tesis general, «que nada obliga al juez á apurar todas las formalidades del Código, cuando se ha formado su convicción, y encuentra en los hechos ya expuestos por las partes una prueba suficiente de la falsedad del acta contra la cual se pide la inscripción.»

Este poder discrecional del juez es generalmente reconocido en lo que toca á la falsedad material; pero se ha disputado, en lo que concierne á la existencia de la falsedad intelectual, que no se revela por signos tan palpables, y que se dirige á desvirtuar la fe ó el crédito que se debe á los oficiales públicos. Háse pretendido que la falsedad intelectual exige siempre un procedimiento. Pero esta distinción no está fundada en principio. La falsedad, aun intelectual, puede resultar con evidencia de los datos de la causa, como lo ha decidido muchas veces el Tribunal de Casación, especialmente en el caso en que destruyendo una coartada las enunciaciones del acta, estuviese acreditada por medio de hechos confesados ó no controvertidos (Sent. den. de 17 de Diciembre de 1835), y en un caso en que era más manifiesta aun la falsedad, el en que no había asis-

(1). Ya hemos visto (núm. 626) que una sentencia de Argel del 21 de Abril de 1853 rehusa al juez la facultad de resolver al mismo tiempo sobre la redargución de falsedad y sobre la pertinencia de los hechos, para rechazar á la vez la inscripción y la prueba; pero que la doctrina contraria se ha autorizado hace largo tiempo por el Tribunal de Casación (véase Sent. den. de 25 de Abril de 1854).

tido un pretendido testigo del acta á su recepci3n ú otorgamiento, segun los t3rminos de la declaraci3n misma del oficial p3blico (Sent. den. de 10 de Abril de 1838; V. tambi3n Burdeos, 21 de Julio de 1851). No hay, pues, diferencia en principio entre la falsedad material y la falsedad intelectual, salvo usar los jueces con m3s sobriedad, en cuanto á esta 3ltima, del poder discrecional que les corresponde.

Insistimos en estas cuestiones de admisi3n 3 de inadmis3n de la demanda *de plano*, porque son casi las 3nicas que se presentan en la pr3ctica, puesto que se admite 3 desecha por lo com3n desde luego, y que el complicado procedimiento de la falsedad incidental se pone muy raras veces en pr3ctica. El proyecto de reforma, aunque simplifica mucho este procedimiento, concede formalmente al juez (art. 200 y 181) el poder de resolver *de plano*.

640. La misma sentencia (Ibid., art. 233), que determina sobre la naturaleza de las pruebas que deben practicarse, indica en su parte dispositiva los medios 3 fundamentos de falsedad que se juzgan admisibles (1), los 3nicos sobre que debe dirigirse la prueba. Esta restricci3n era tan de rigor bajo el imperio de la Ordenanza de 1670, que los peritos, cuando descubr3an en el escrito sometido á ellos alg3n vicio material que no se refer3a á los medios de falsedad enunciados, no se atrev3an á hacer menci3n de 3l en su dictamen, por temor de que se les promoviese pleito como apart3ndose de la misi3n que se les hab3a asignado.

Para obviar este abuso, la Ordenanza de 1737 ha puesto al principio restrictivo de la prueba un temperamento, que vuelve á encontrarse en el art. 233 del C3digo de procedimiento (2): «Podr3n, no obstante, los peritos hacer las observaciones pertenecientes á su arte que juzgu3n á prop3sito sobre las piezas que se pretenda sean falsas, salvo que los jueces tengan para con ellos la debida consideraci3n.»

641. Ordinariamente tambi3n esta misma sentencia es la que suspende la ejecuci3n del acta, segun los t3rminos del art. 1319 del C3digo civil.

642. Volvamos ahora á ocuparnos de cada una de estas tres pruebas indicadas por la ley.

643. La prueba por t3tulos es sumamente sencilla. Cuando ac-

(1) El texto dice *pertinentes y admisibles*; pero ya hemos reconocido (n3m. 61) que la primera de estas condiciones se comprende en la segunda.

(2) Este articulo ser3a innecesario en el sistema del proyecto de revisi3n, que suprime la manifestaci3n de los medios.

tas no sospechosas acreditan un hecho que destruye completamente la verdad de las alegaciones del oficial público, como una coartada, se halla demostrada la falsedad de la manera más palpable. Así han sido victoriosamente contradichas las enunciaciones de un acta de nacimiento (1) por el tenor de un acta de matrimonio no controvertida (Cas. 13 de Diciembre de 1842). La práctica de esta prueba no da lugar á dificultad alguna. Solamente los títulos producidos en apoyo de la demanda de falsedad pueden ser atacados ellos mismos por la vía de inscripción de falsedad, así como los testigos oídos en apoyo de una tacha pueden ser ellos mismos tachados. Las dudas emitidas por algunos autores sobre la admisibilidad de esta inscripción incidental, por razón de la complicación que de ella resulta en el procedimiento, no pueden prevalecer contra el texto general (*Cód. de proc.*, art. 214), que permite inscribirse contra toda pieza producida en el curso de una instancia. El interés de la celeridad es grave, sin duda, pero no se le debe sacrificar el de la verdad.

644. La prueba por medio de testigos puede dirigirse sobre el hecho mismo de la falsedad material ó de la falsedad intelectual; puede también dirigirse, como la prueba por medio de títulos, sobre hechos que pueden servir para descubrir la verdad. La ley lo dice especialmente respecto del cotejo de escrituras (*Ibid.*, artículo 211), y no se ve por qué había de ser de otra suerte en materia de falsedad.

Sin embargo, aunque el texto no haga distinción alguna, se ha dudado algunas veces de la admisibilidad de los testigos cuando se trata de probar una falsedad intelectual. Háse temido que fuese un medio indirecto de eludir la ley, que prohíbe probar contra el contenido de las actas (*Cód. civil*, art. 1341). ¿No es esto, se dice, preferir el testimonio de simples particulares, que ofrece con frecuencia pocas garantías, al de los oficiales instituidos por la ley para la consignación de los hechos jurídicos? Pero á pesar de las conclusiones formuladas por el abogado general Daniel, que ha sostenido que, á falta de indicios de falsedad material, no era admisible la prueba testimonial en el caso en cuestión sino por medio de un principio de prueba por escrito (en este sentido, *Riom*, 17 de Marzo de 1819), estas consideraciones no han prevalecido ante el Tribunal de Casación; el Tribunal, así como ha rehusado distin-

(1) Debe suponerse, en nuestra opinión, un hecho atestiguado *de visu et auditu* por el oficial civil; de otra suerte, no habría dificultad, no haciendo el acta fe hasta la inscripción de falsedad (núm. 528).

guir (núm. 639) entre la falsedad material y la falsedad intelectual, relativamente á la admisión de falsedad *de plano*, ha rehusado el 29 de Julio de 1807 admitir esta distinción en cuanto á la facultad de probar por medio de testigos. En efecto, cuando la ley prohíbe recibir la prueba por testigos contra el contenido de las actas, no entiende hablar sino de la prueba contraria que se quisiera admitir *de plano*, pero de ningún modo de la inscripción, garantía extrema, reservada siempre contra la prevaricación de los oficiales públicos. ¿Cómo podría probarse por escrito esta prevaricación, salvo en algunos casos excepcionales? No se trata aquí evidentemente sino de una falsedad fraudulenta, y jamás se ha aplicado la exclusión de una prueba testimonial á hechos de esta naturaleza (núm. 141). Este es el caso de decir con Boiceau (Part. 1.^a, capítulo 7.^o, núm. 6.^o): *Cum hæc omnia dolosa et fraudulenta videantur et criminis speciem habentia, huic legi subijci non debent, imo testibus omnique alio probandi genere, hujusmodi fraudes delegi debere existimo.* El tribunal de Poitiers, en la sentencia de 1850 (núm. 636), en que ha tocado incidentalmente este punto, se preocupa mucho del peligro de destruir la fe que debe darse á la autenticidad, temiendo conmovir *una de las principales bases de la propiedad*; pero este peligro nos parece enteramente quimérico; las inscripciones de falsedad se admiten raras veces por la jurisprudencia, y en todos los casos se exigen las pruebas más convincentes para declarar la falsedad. Pero cuando los testimonios son precisos y positivos, la presunción de veracidad del oficial público debe ceder á la evidencia.

645. ¿Se podrá oír á los mismos testigos instrumentales? No hay duda alguna, si deponen en favor de la sinceridad del acta. El 23 de Noviembre de 1812 se anuló una sentencia del tribunal de Schelestadz, que los había declarado tachables por haber dado *certificados* sobre hechos relativos al proceso (*Cód. de proc.*, artículo 283), como confundiendo con la administración de certificados oficiosos el ministerio legal de los testigos instrumentales. ¿Pero serán recibidos á declarar en sentido inverso, es decir, á desmentir lo que han atestiguado con sus firmas? Esta denegación judicial que se da á una declaración solemne parece á primera vista difícil de admitir. Y no obstante, el peligro mismo á que se expone el testigo que hace semejante declaración, puesto que puede ser perseguido como cómplice de una falsedad, ¿no es una vehemente presunción en favor de su veracidad? Por otra parte, ¿no sucede con frecuencia que testigos sencillos é ignorantes suscriban,

sin ningún género de dolo, falsas enunciaciones, cuya trascendencia no comprenden, por ejemplo, la de que *se dictó* el testamento, cuando tan sólo se leyó al testador en presencia de los testigos, y más adelante, estos mismos testigos, interrogados en juicio, exponen sinceramente el modo como ocurrieron los hechos? Esto es precisamente lo que tuvo lugar en un negocio juzgado en 1810 por el tribunal especial del Sena, negocio en que el procurador general Legoux ha expuesto con mucha claridad los principios de la materia (V. Merlin, *Cuestiones de derecho*, V. *Temoïn instrumentaire*, § 3.º).

Sin embargo, bajo la influencia del sistema de las pruebas legales, la antigua jurisprudencia (1) consideraba generalmente á los testigos como sujetos anteriormente por sus declaraciones escritas. El abogado general Seguier, á quien ya hemos visto (núm. 343) sostener con tanta energía la máxima que concedía fe absoluta á la declaración de dos testigos contestes, tuvo igualmente ocasión de dar sus conclusiones sobre la cuestión de los testigos instrumentales en 1786: «No se puede absolutamente, dice, recibir ni declaración ni deposición de un testigo instrumental: su declaración no es jurídica, y se declara nula por la ley, sin que haya que examinar en ella si está ó no conforme con su primer testimonio. No añade á éste fuerza alguna si contiene los mismos hechos; no lo altera, si contiene hechos contrarios. Por otra parte, ¿qué desigualdad no existe entre la fe que se debe al testigo cuando firma un testamento como revestido de un carácter legal, como ejerciendo una función pública, y la que se podría dar, ya á la declaración extrajudicial del mismo hombre que se ha convertido en una persona particular, ya también á lo que declara bajo la religión del juramento cuando es interrogado por el juez? Y si las costumbres del testigo deben influir en la fe que se debe á su declaración, ¿qué idea ofrece de sí mismo el testigo instrumental que viene á desmentir el contenido del acta que ha firmado? Cuando firmaba el testamento, la ley que consagraba su ministerio lo presumía honrado y digno de toda confianza. El testador que le llamaba confirmaba con su confianza esta presunción de probidad. Pero al ins-

(1) Esta opinión era, no obstante, combatida por los mejores intérpretes del derecho romano, que jamás ha admitido semejantes restricciones. *Adversus testimonium*, dice Cujacio (*Observ.*, libro 16, cap. 25), *interrogantur testes ipsi, quorum sunt testimonium, et testimonium fides non habeatur, nisi eis suffragetur vox testium ipsorum*. Godofredo dice igualmente (sobre la ley 1.ª, Cód. *De testibus*): *Idem testes qui in instrumento interfuerunt, ejus falsitatem possunt arguere*.

tante mismo en que abre la boca para declarar en contra del testamento que ha firmado, se coloca en la alternativa de ser un perjurado: la justicia indignada ve evidentemente que el hombre que le habla es un impostor; su única incertidumbre es saber si la ha engañado en el momento actual ó en la época precedente, y esta misma incertidumbre hace que no pueda declarar la falsedad del primer acto, fundada en la sola confianza de este ser vil, puesto que tal vez al decir que el acto es falso comete una falsedad.» Estas conclusiones, conformes á la jurisprudencia anterior, fueron adoptadas en 1786 por el Parlamento de París, y tal era generalmente la doctrina de nuestros antiguos autores (1). Era conforme al espíritu de nuestra antigua jurisprudencia en materia de pruebas. «Lejos de hacer la crítica de la sentencia de 1786, decía en 1810 el procurador general Legoux (citado por Merlin, *loc. cit.*), es muy posible que, sentados entre los jueces, hubiéramos sido de parecer... No nos sorprende que hubiera grandes dificultades para convencer á un notario de falsedad por la declaración de dos testigos instrumentales... Pero en el día, no hay que hacer distinción alguna entre las pruebas admisibles en materia de falsedad y las que sirven para consignar los otros delitos. Los testigos que pueden ser presentados para probar el crimen de falsedad, no son, en su consecuencia, tachables sino en los casos previstos y especificados por la ley.»

Sin embargo, ha habido tribunales que han reproducido la prohibición del derecho antiguo. El tribunal de Riom (19 de Marzo de 1819) y el de Tolosa (26 de Mayo de 1829) han declarado sospechosa la deposición de los testigos instrumentales, como atestiguando su propia torpeza. La sentencia precitada del tribunal de Poitiers (núm. 636) reprueba igualmente el escándalo judicial de las denegaciones directas dadas á su propia firma por los testigos instrumentales. No obstante, en el día, habiéndose reconocido la exclusión absoluta de estos testigos como sobrado arbitraria, se sostiene, según la doctrina de d'Aguesseau, conforme á los principios sobre la confesión, en el antiguo derecho (núm. 366), que no basta su declaración por sí sola para hacer prueba, como ha juzgado el

(1) Sin embargo, se ha invocado inoportunamente en este sentido la autoridad de Domat, quien dice muy bien (lib. 31, tit. 8.º, secc. 2.ª, núm. 7.º), «que no se oíría aun á una parte que pretendiera hacer oír en juicio á los testigos de un acta para introducir en ella algún cambio ó para explicarla». Pero en este pasaje no se ocupa de la falsedad; su aserción se refiere á la prueba contra y fuera de lo contenido en los contratos, y en su consecuencia es incontestable.

tribunal de Grenoble, el 15 de Junio de 1852. Pero el Tribunal de Casación, que ha hecho prevalecer siempre los principios racionales en cuanto á la admisión de la prueba testimonial (1), no ha admitido, ni la exclusión absoluta de los testigos instrumentales, ni el sistema subsidiario, que no ve en la declaración mas que una especie de semiprueba. Este tribunal ha sentado como principio (12 de Marzo de 1838 y 12 de Noviembre de 1856), que pueden articularse tachas, fundándose en recuerdos del antiguo derecho fuera de cualquier texto. Por último, ha decidido formalmente que «la facultad de admitir á los testigos instrumentales una vez reconocida á los jueces, es á ellos, á ellos solos á quienes corresponde apreciar la trascendencia y el resultado de su declaración, de manera que puedan declarar la nulidad por esta declaración única y sin el auxilio de otro elemento de prueba.»* (En este sentido, tribunal de Auxerre, 28 de Febrero de 1873; París, 31 de Enero de 1874.)*

Vemos igualmente á la jurisprudencia inglesa, después de haberse fundado largo tiempo en este pretendido principio del derecho romano, que el testigo debe ser desechado, como alegando su propia torpeza, volver en definitiva á esta regla de buen sentido, que se debe apreciar el testimonio del testigo instrumental, y no excluirlo *à priori*. El mismo movimiento doctrinal ha tenido lugar en los Estados Unidos, salvo una hipótesis, á saber: la de que el firmante de un efecto comercial fuera llamado á declarar contra la verdad de este efecto, con perjuicio de un portador de buena fe; la opinión que lo declara no admisible ha prevalecido en América, por motivos de utilidad práctica. (M. Greenleaf, tomo 1.º, páginas 504 y sigs.)

Para ser consecuente con la doctrina que ha prevalecido, es preciso dar un paso más, y admitir el testimonio del notario, aun cuando alegue su propia torpeza. Compréndese bien que en otro tiempo debía el notario ser rechazado con más razón. *Si non auditur perire volens*, decía el presidente Favre, *multo minus audietur qui*

(1) La doctrina que excluye á los testigos instrumentales se refiere intimamente á la que hemos combatido igualmente (núm. 633) con el Tribunal de Casación, y según la cual, se prohibiría acreditar una falsedad intelectual, sin probar la imposibilidad absoluta de la verdad de las enunciaciões del acta. Así vemos al mismo Kockaert, que profesa esta última doctrina, esforzarse por hacer revivir la antigua tesis de la torpeza de los testigos que deponen contra su propia firma (Merlin, *Repert.*, V. *Moyens de faux*). La misma referencia se encuentra en los considerandos de la sentencia del tribunal de Poitiers del 27 de Noviembre de 1850, que exagera las prerrogativas de la autenticidad.

id agit ut ipse et alius pereat. Esto no era más que la aplicación á la materia de falsedad de las dudas suscitadas en otro tiempo sobre la fuerza probatoria de la confesión (1), dudas que nos han parecido inadmisibles en el derecho moderno (núm. 366). Puede, pues, recibirse contra el acta la declaración del notario mismo, cuando parece sincera. El tribunal de Burdeos ha rechazado el 3 de Diciembre de 1857 *de plano* el testimonio del notario mismo en favor del acta, por razón del interés que tiene el oficial redactor en sostener su validez. Pero admitir como causa de tacha un interés indirecto, aunque grave, es consagrar el sistema de las tachas ilimitadas, que hemos combatido (núm. 281). Las exclusiones *à priori* no son á propósito para el descubrimiento de la verdad. Por lo demás, puede acontecer, respecto del notario como de los testigos, que haya una mala redacción sin dolo. Conviene consultar respecto á esto la sentencia denegatoria de 26 de Junio de 1854, dada á consecuencia de un informe de M. Hardouin, en que se fijan claramente los principios.

646. El curso de información en materia de falsedad se rige por los mismos principios que en las demás materias. Sin embargo, debiendo los testigos declarar aquí sobre las piezas que se pretende ser falsas, conviene que las tengan á la vista. Deben, pues, serles presentadas, lo cual consigna el juez comisario haciendo rubricar las piezas por los testigos, ó bien, si no quieren ó no pueden hacerlo, mencionando esta circunstancia. Procederá lo mismo, ya respecto de las piezas que sirven para el cotejo, cuando se juzga conveniente presentarlas á los testigos, ya respecto de aquellas que hubieran producido los testigos mismos (*Cód. de proc.*, artículos 534 y 535).

647. Finalmente, la falsedad se puede probar por medio del juicio de peritos. Mas el juicio pericial se aplica sobre todo á las escrituras privadas, siendo á propósito de estas escrituras en lo que la ciencia de los peritos ha dado lugar á vivas críticas. Así, pues, nuestras explanaciones sobre esta materia se referirán especialmente al cotejo de las escrituras, cuya marcha sobre este punto es casi idéntica á la del procedimiento de falsedad. La única disposición importante que es especial á la falsedad, es la que quiere que los peritos sean siempre nombrados de oficio (*Ibid.*, art. 232). El dictamen que deben emitir puede tener tan graves consecuencias, que conviene atribuir á solo el tribunal la facultad de designarlos.

(1) Háse conservado en la Luisiana la antigua doctrina francesa sobre este punto.

§ IV.—Resultado del procedimiento.

SUMARIO: 648. Soluciones diversas del procedimiento de falsedad.—649. Sobreseimiento que lleva consigo la falsedad criminal.—650. Prescripción en materia de falsedad.—651. Casos en que no es parcial la falsedad.—652. Medidas relativas á la pieza juzgada falsa.—653. Suspensión de la ejecución de estas medidas.—654. Multa en que incurre el demandante que sucumbe.—655. Regla particular á la transacción.

648. El procedimiento de falsedad puede adquirir tal gravedad, que haya lugar á perseguir criminalmente al demandado, y que, en su consecuencia, la jurisdicción civil se encuentre provisionalmente privada de este conocimiento. Si, por el contrario, no penetra el procedimiento en las huellas de un crimen, se vuelve á la audiencia y corta la cuestión una sentencia definitiva. Sin embargo, puede intervenir una transacción que prevenga esta sentencia. Vamos á exponer sucesivamente cada una de estas hipótesis.

649. Cuando resultan del procedimiento indicios de falsedad ó de falsificación (Ibid., art. 239), si los autores ó cómplices viven aun, se aplica el principio general que quiere que lo criminal tenga á lo civil en suspenso. Se sobresee, pues, en la resolución sobre lo civil mientras no se termina el procedimiento criminal. El presidente del tribunal ó el procurador de la República (*Cód. de proc.*, art. 462) expide contra el acusado un mandato de comparecencia para ante el juez de instrucción competente. Ya veremos más adelante, al tratar de la cosa juzgada, la influencia que puede ejercer el resultado del procedimiento criminal sobre la decisión del tribunal civil.

650. El art. 239 del Código de procedimiento parece suponer que subsiste la acción civil, aun cuando se haya extinguido por la prescripción la acción criminal. Pero si se ha prescrito la acción pública, parece que también debe haberse extinguido la acción civil, según la letra del art. 637 del Código de instrucción (1), que atribuye á las dos acciones igual duración de diez años. Puede contestarse á esto sencillamente, que puede haberse conservado muy bien la acción civil por medio de persecuciones hechas durante este lapso de diez años, mientras que se haya prescrito la acción pública. Pero es preciso ir más lejos y reconocer que, aunque se

(1) El art. 239 del Código de procedimiento remite al *Código penal*, porque entonces el mismo Código, el de 8 de Brumario, del año IV, reglaba á la vez la penalidad y el procedimiento.

hubiera guardado silencio durante diez años por la parte civil, así como por la parte pública (1), debe admitirse siempre la inscripción de falsedad. No se trata ya, en efecto, de una acción civil propiamente dicha, de una demanda en indemnización de daños y perjuicios, susceptible de extinguirse al cabo de cierto lapso de tiempo, sino de una prohibición contra un acto viciado con la más radical de todas las nulidades. Porque ¿qué nulidad más grave se puede invocar, que la que consiste en demostrar que el acta me es completamente extraña, tan extraña como si se hubiera revestido con la firma de un tercero? ¿Puede el tiempo tener poder para transformar la falsedad en verdad? ¿Bastará á un falsario preparar con diez años de anticipación un fraude y transmitir después el acta á un tercero de buena fe, para que la falsedad se convierta en una verdad judicial? Pase que no me sea posible perseguir por indemnización de daños y perjuicios al autor de la falsedad; pero la facultad de rechazar el ataque que se me ha dirigido por medio de un escrito de esta naturaleza es un derecho de defensa natural, que debe durar tanto tiempo como subsiste de hecho la facultad de atacarme con estas desleales armas. El Tribunal de Casación ha autorizado esta doctrina, tan conforme á la utilidad social, como á las reglas de una sana lógica, por una sentencia de 25 de Marzo de 1829.

651. Una cuestión debatida con frecuencia en otro tiempo es la de saber si la falsedad pericial debe destruir en su totalidad la fe del acta. La opinión más fundada sobre este punto consiste en distinguir, como se hacia en Roma, si las partes del acta que no están viciadas de falsedad pueden subsistir ó no independientemente de las que son falsas. *Si ex falsis instrumentis*, dice el emperador León (l. 41, Cód. *De transact.*), *transacciones vel pactiones inile fuerint, quamvis iusjurandum de his interpositum sit, etiam civiliter falso revelato, eas retractari precipimus; ita demum ut, si de pluribus causis vel capitulis eodem pactiones seu transacciones inile fuerint, illa tantummodo causa vel pars retractetur, que ex falso instrumento, composita convicta fuerit, aliis capitulis firmis manentibus; nisi forte etiam*

(1) Pero, se dirá, la acción pública misma no está prescrita, puesto que el uso de una pieza falsa constituye un verdadero delito sucesivo, y en su consecuencia, no corre la prescripción sino contando desde que se hace uso de esta pieza en el procedimiento. Esto es cierto cuando un litigante de mala fe hace uso sabiéndolo de una pieza de esta clase; pero se puede muy bien crear verdadera una pieza falsa; entonces no hay crimen ni delito de parte del litigante, y el autor de la falsedad puede por su parte ponerse á cubierto por medio de la prescripción.

de eo, quod falsum dicitur, controversia orta decisa sopiatur. Si el acta parcialmente falsa es aún susceptible de validez parcial, con más razón debe rechazarse la jurisprudencia arbitraria de ciertos Parlamentos, que hacían perder el pleito al falsario, aun cuando fuera buena su causa, independientemente de la pieza falsa. Tales decisiones recuerdan sobradamente la del mono ante quien litigaban el lobo y la zorra (La Fontaine, lib. 2.º, fábula 3.ª):

El buen juez se figuraba
Que, fuera á tuerto ó derecho,
No faltaría á las leyes
Si condenaba al perverso.

652. Si se reconoce ser falsa la pieza, el tribunal debe tomar medidas (*Cod. de proc.*, art. 241), ya para impedir que se pueda hacer nunca uso de la misma, ya para restablecer la verdad si ha lugar á ello. Para obtener el primero de estos resultados, manda la *supresión ó laceración*, si está aislada ó separada; la *cancelación*, si ha habido falsificación parcial de un título ó de un registro que no se puede destruir totalmente; y, por último, la *reforma*, acto de destrucción moral (1), que se pronuncia si el escrito no está en poder del tribunal ó si no permite la ley su cancelación, como cuando se trata de un acta del estado civil, salvo hacer mención de la sentencia al margen del acta suprimida (*Cód. civil*, art. 101). En cuanto al restablecimiento de la verdad, se *restablecen* las *piezas* cuando ha lugar, sea á reproducir por entero disposiciones borradas, sea, por lo menos, á refundir ó retocar el acta para ponerla en el estado en que se hallaba primitivamente, si se trata de una falsificación material, y en el estado en que debía hallarse según la intención de las partes, si se trata de una falsedad intelectual.

653. Todas estas operaciones se hacen por diligencia del escribano. Pero todas, salvo la reforma, que no produce efecto material, son propias para causar un perjuicio irreparable á la parte condenada. Pues bien: la condena puede no ser en última instancia; puede ser por lo menos susceptible de recursos extraordinarios. Por eso ha querido la ley que se suspendiera la ejecución del punto capital de la sentencia que versa sobre el estado material de la pieza, mientras el condenado está en el plazo concedido para recurrir en apelación, reposición ó casación (art. 241 cit.). No se

(1) Tal es el sentido que se da á la palabra *reformation* por Serpillon, en su comentario á la Ordenanza de 1737, y no es probable que las mismas expresiones tengan otro sentido en el Código de procedimiento (véase M. Colmet d'Aage, *Lecciones sobre el Código de procedimiento*, § 460).

habla del término para formular oposición, porque es generalmente suspensivo en toda materia. En cuanto á los recursos extraordinarios, cuyo uso es muy poco frecuente, la tercera oposición y el desconocimiento ó denegación, el legislador no parece ocuparse de ellos.

En sentido inverso, si se declara verdadera la pieza, no hay en esto, sin duda, ninguna operación material que efectuar; pero sería peligroso restituir, bien sea el escrito argüido de falso, bien las piezas para el cotejo, mientras puede atacarse la sentencia por una de las vías indicadas. Se debe, pues, en principio diferir esta restitución. Pero la aplicación de esta última regla puede cesar á petición de los depositarios, ó de toda parte interesada en el reintegro de las piezas, con tal que se garantice suficientemente al tribunal de que serán presentadas á la primera reclamación (Ibid., arts. 242 y 243).

Además, el Ministerio público, que asiste á la sentencia definitiva, como á todas las demás fases del procedimiento, puede siempre, haciendo reservas sobre la acción criminal, oponerse, bien sea á la destrucción, bien al recobro de los documentos útiles ó necesarios para el ejercicio de la acción pública, la cual permanece perfectamente independiente, cualquiera que sea el éxito del proceso civil.

654. Cuando sucumbe el demandante, incurre de derecho, aun cuando la sentencia hubiera guardado silencio sobre este punto, en una multa de trescientos francos, independientemente de los daños y perjuicios que pueden declarársele por el tribunal al demandado. El desistimiento voluntario no impediría que el inscribiente ó redarguyente de falsedad sufriera esta multa; lo mismo sucedería, con más razón, si se hubiera declarado caducada su demanda por falta de observancia de las formalidades legales (1). Pero es preciso que se haya admitido la inscripción; de lo contrario, hubiera abortado en su germen el procedimiento. Basta á lo más que se haya desechado la pieza, sin haberse declarado positivamente falsa, ó por lo menos que se haya consignado una falsedad parcial, para que no se incurra en la multa (Ibid., artículos 246 y 248).

(1) El art. 247 del Código de procedimiento supone que puede haberse *sobreseído en el proceso*. Este es un vestigio del antiguo derecho, en que el *sobreseimiento* de que hemos tenido ocasión de hablar (núm. 56) se aplicaba al demandante por falsedad, á causa del carácter semi-criminal del procedimiento. En el día el *sobreseimiento* no sería más que una arbitrariedad, tanto en lo criminal como en lo civil.

655. Finalmente, el proceso puede terminarse, como la mayor parte de las controversias civiles, por medio de una transacción. Nadie duda que el acuerdo de las partes queda sin efecto en lo que toca al ejercicio de la acción pública (*Cód. de instruc.*, art. 4.º). Pero el efecto de la transacción entre las partes mismas parece subordinado aquí á una condición enteramente particular. «No podrá ejecutarse transacción alguna, dice el art. 249 del Código de procedimiento, si no ha sido homologada en juicio, después de haberse comunicado al Ministerio público, el cual podrá hacer con este motivo las requisiciones que juzgue convenientes.»

En el primer estado de nuestra jurisprudencia francesa, á diferencia del derecho romano, que permitía transigir, aun sobre la acusación de falsedad (Diocl., l. 18 *Cód. De transact.*), toda transacción sobre la falsedad estaba prohibida. Jamás se permitió entre nosotros transigir en materia criminal, y ya hemos visto que la persecución, aun civil, de la falsedad tenía un carácter criminal. Bajo la Ordenanza de 1737 se permitió la transacción, pero aunque el art. 52 del tít. 2.º de esta Ordenanza sólo hablase de *ejecución*, creíase generalmente que la validez de la transacción en el fondo se hallaba subordinada á la homologación del tribunal. Esto consistía en que la parte civil entonces podía obrar como parte principal en lo criminal, y que, en su consecuencia, los derechos á que renunciaba no eran puramente privados, bajo el imperio de una legislación que no había aun discernido claramente la acción pública de la acción civil (núm. 608). Pero en el día, en que no existe ya la misma confusión, la acción para la reparación del crimen, que sólo pertenece al Ministerio público, permaneciendo íntegra, no se comprende por qué había de estar autorizado el tribunal para rehusar en el fondo su asentimiento á una transacción que hubiera intervenido entre partes capaces sobre intereses puramente privados. Lo que el tribunal puede conceder ó rehusar es la ejecución de la transacción, en cuanto pudiera comprometer la acción pública, es decir, en cuanto se refiriera á la desaparición ó á la destrucción de piezas, cuya conservación en la escribanía puede requerir el Ministerio público. La exposición de los motivos está enteramente conforme con esta opinión. «Las partes no son libres, dice Treilhard, para hacer desaparecer por medio de convenciones privadas y secretas las huellas de un crimen y sustraer á los culpables á las penas en que han incurrido.»

DIVISIÓN SEGUNDA

FALESDAD INCIDENTAL CRIMINAL

SUMARIO: 656. Distinción en lo criminal de la falsedad principal y de la falsedad incidental.—657. Curso ordinario de la falsedad incidental en lo criminal.—658. Rigor particular á las materias especiales.—659. Cuándo debe aplicarse el derecho común.—660. Curso del incidente en materia especial.—661. Disposición del art. 181 del Código forestal.

656. Ante las jurisdicciones criminales jamás puede presentarse la inscripción ó redargución de falsedad, según ya hemos visto, sino incidentalmente. El procedimiento de la falsedad principal criminal, ó falsedad principal propiamente dicha, propende á hacer aplicar la ley penal, y no tan sólo á destruir la fe de un acta, como la inscripción ó redargución de falsedad.

657. La marcha trazada para atacar incidentalmente una pieza falsa en lo criminal difiere poco de la que se sigue ante las jurisdicciones civiles. La parte que ataca la pieza como falsa debe previamente requerir á la contraria para que declare si trata ó no de servirse de ella (*Cód. de instr.*, art. 458). No estando aquí representados los litigantes por procuradores, debe hacerse el requerimiento por citación, y en su consecuencia, no hay duda que el plazo de ocho días debe aumentarse por razón de las distancias. Por lo demás, la parte á quien se impone este requerimiento es sólo á la parte civil. El Ministerio público no está jamás obligado á poner al acusado en el caso de declarar si entiende ó no emplear tal medio ó fundamento (1) (Sent. den. de 20 de Junio de 1817).

Si aquel á quien se hace el requerimiento renuncia á hacer uso de la pieza, es ésta desglosada del proceso, sin perjuicio de las persecuciones criminales á que puede dar lugar. Si, por el contrario, persiste en hacer uso de ella, se persigue la falsedad criminalmente en el caso en que ha habido falsedad intencional; si no, se sigue incidentalmente el procedimiento de falsedad; en las formas ordinarias, ante el tribunal que entiende del negocio principal (*Ibid.*, artículos 459 y 460). Esta última proposición no es exacta, sin em-

(1) Aun cuando hubiera desaparecido la pieza por obra del inculpado, no debería detenerse el procedimiento del Ministerio público contra éste, según ha juzgado el Tribunal de Casación, y bajo el Código actual (Sent. den. de 14 de Mayo de 1896), y aun bajo el imperio del Código de Brumario, que prescribía, con pena de nulidad, el cumplimiento de todas las formalidades de este procedimiento (Sent. den. de 6 de Marzo de 1807).

bargo, de un modo general, debiendo sólo aplicarse á los tribunales criminales superiores (*d' Assises*) y á los tribunales de policía correccional. Jamás se ha considerado á un tribunal de simple policía como ofreciendo bastantes garantías para poder conocer de un procedimiento de falsedad, cuya marcha es tan complicada.

658. En materia ordinaria no está sometida la falsedad criminal, según ya hemos visto (núm. 613), bajo pena de nulidad, á la observancia de las reglas complicadas prescritas por la ley civil. No sucede lo mismo respecto de las materias especiales, de que ya hemos hablado al ocuparnos de la autenticidad en materia criminal, es decir, en lo relativo á los procesos verbales que consignan ciertos delitos y ciertas contravenciones, respecto de las cuales se halla sometida la inscripción de falsedad á reglas particulares. Todo es de rigor en el procedimiento que se dirige á destruir la autoridad de los procesos verbales. «La inobservancia de estas formalidades, dice una sentencia de casación de 18 de Noviembre de 1813, ocasiona la caducidad de la inscripción de falsedad: extingue, pues, y destruye la acción, sin que sea posible volverla á entablar; por una consecuencia necesaria, las nulidades que resultan de la inobservancia de tal formalidad son absolutas y de orden público; no pueden ser cubiertas ni por el silencio ni por el consentimiento, bien de las partes interesadas, bien del Ministerio público; pueden proponerse en todo estado de la causa como excepción prejudicial y perentoria, extinguiendo la acción, y es hasta un deber de los jueces suplirlas en caso de silencio de las partes.» Estas formalidades rigurosas se han tomado de la antigua legislación, cuyas disposiciones se hallan resumidas en una declaración de 25 de Marzo de 1732, regulando el procedimiento que debe seguirse sobre la inscripción. Independientemente de las reglas tomadas del procedimiento civil sobre la inscripción de falsedad y sobre el depósito de los medios para fundar ésta, la facultad de inscribirse debe ejercerse en los términos brevísimos, que varían según las materias, pero que nunca pasan de la audiencia indicada por la citación. «En todo tiempo, dice Merlin (*Repert.*, V. *Inscription de faux*, § 6.º, núm. 21), el legislador se ha propuesto restringir, con una inflexible severidad, el plazo en el cual pueden ser atacados por inscripción de falsedad los informes y procesos verbales de los comisionados (1); y se concibe sin dificultad el motivo, y es, que cuanto más intervalo

(1) Tratóbase de contribuciones indirectas; pero el principio es evidentemente el mismo en todas las materias especiales.

concediera la ley al acusado de contravención para inscribirse en falsedad contra un proceso verbal, más le facilitaría los medios de forjar, de revestir con todos los colores de la verosimilitud, y de probar, por medio de testigos falsos, hechos contrarios á los consignados por el proceso verbal de los empleados; esto consiste en que los primeros momentos que siguen á la redacción y á la afirmación de un proceso verbal son siempre aquellos en que puede reconocerse más fácilmente la verdad, ó en que puede quitarse más fácilmente el velo á los errores; es porque importa no dejar largo tiempo el interés pecuniario del acusado en lucha con su conciencia.»

659. Mas por razón misma del rigor de estas formalidades, es preciso reconocer que las reglas relativas á los procesos verbales están colocadas fuera del derecho común. No es, pues, permitido completarlas, refiriéndose á las disposiciones del Código de procedimiento sobre la inscripción de falsedad. Así, en el silencio de las leyes especiales, no ha lugar á dirigir al redactor del proceso verbal un requerimiento previo que tenga por objeto hacerle declarar si quiere servirse de la pieza ó documento: así se ha juzgado por una sentencia de casación de 14 de Mayo de 1813, por el motivo de que, no siendo libres de abstenerse los agentes de la administración, á diferencia de los litigantes ordinarios, semejante requerimiento no podría tener, respecto á ellos, ningún efecto útil. No obstante, si no es permitido referirse al Código de procedimiento en lo concerniente á la instrucción del negocio, hay identidad de motivos para aplicar al litigante temerario la multa de 300 francos, cuando se trata de una falsedad incidental criminal. Así se ha decidido por una sentencia de casación de 8 de Febrero de 1845, en el caso de una inscripción de falsedad dirigida contra un proceso verbal de empleados de las contribuciones indirectas.

660. El que quiere inscribirse de falsedad debe declararlo en persona, ó al menos por ministerio de un mandatario, portador de un poder especial y autorizado por notario. La inscripción tiene lugar tanto en la escribanía como en la audiencia, pero siempre en breves plazos. En el día indicado por la citación, el tribunal da acta al acusado de su declaración de inscripción de falsedad, y fija un plazo bastante corto, durante el cual tiene obligación de hacer en la escribanía el depósito de los medios ó fundamentos para la falsedad, con la indicación de los nombres, cualidades y domicilio de los testigos que quiere hacer oír. Estos fundamentos deben ser, como en materia ordinaria (núm. 636), hechos de naturaleza pro-

piá para contradecir el proceso verbal, y no una negativa pura y simple. Ya hemos visto que el Tribunal de Casación fijó su jurisprudencia sobre esta materia en 1813, en virtud de las conclusiones de Merlin, con ocasión de un proceso verbal de los agentes de derechos reunidos. Los principios son, por lo demás, los mismos (Den. 8 de Marzo de 1850) para la inscripción de falsedad contra cualquier acta, formulada ante el Tribunal de Casación. En este sentido el art. 179 del Código forestal quiere que los medios ó fundamentos sean de *naturaleza propia para destruir el efecto del proceso verbal*.

Al espirar el plazo fijado, las partes acuden á la audiencia, y el tribunal decide si es admisible la inscripción. Sólo entonces se halla éste autorizado para hacer cesar la fe del proceso verbal atacado. Cuando se haya admitido la inscripción de falsedad, si hay indicios de falsedad criminal, y si la acción pública no está extinguida con la muerte del acusado, el tribunal debe sobreseer y remitir el negocio ante el juez de instrucción competente. De otra suerte será si la persecución no se dirige ya á la aplicación de una pena, sino solamente á la prueba de falsedad: nada entonces impide que el tribunal correccional, á quien se sometió el incidente, pueda conocer de él, debiendo proceder conforme á las reglas ordinarias en cuanto á la comprobación de la existencia de la falsedad.

661. En principio general, la inscripción de falsedad dirigida por un acusado contra el proceso verbal de donde puede resultar su culpabilidad, es personal á este acusado, y no debe poder aprovechar á otros acusados, que se encuentren designados en este proceso verbal. Esta es la aplicación del principio constante, según el cual, un procedimiento, cualquiera que sea, no puede aprovechar á las personas que son extrañas á él. Sin embargo, se lee en el art. 181 del Código forestal, y en el art. 58 de la ley sobre la pesca fluvial: «Cuando se redacté un proceso verbal contra muchos acusados, y uno ó algunos de entre ellos solamente se inscriban de falsedad, el proceso verbal continuará haciendo fe respecto de los demás, á menos que el hecho sobre el cual se dirija la inscripción de falsedad sea indivisible y común á los otros acusados.» Hase probablemente pensado que podia haber algo chocante, cuando es indivisible el hecho, en ver que se declara falso un proceso verbal y no obstante hay acusados condenados á multa ó á prisión, bajo la fe de este proceso verbal. Y no obstante, no es esto más que la aplicación lógica del principio que, aun en materia indivisible,

como veremos más adelante, no permite dar á la cosa juzgada más que una fe enteramente relativa. Nos parece difícil extender á otras materias la disposición favorable, pero excepcional, del Código forestal y de la ley sobre la pesca fluvial.

SEGUNDO MEDIO DE PRUEBA PRECONSTITUIDA

Confesión del demandado.—Escrituras privadas.

SUMARIO: 662. División.

662. Por preciosa que sea la autenticidad para asegurar la estabilidad de las convenciones, no era posible imponerla de un modo general, sin obligar á las partes á embarazos y gastos que hubieran puesto singularmente trabas á las transacciones sociales (V. núm. 465). Así, la confesión consignada en un escrito privado es una prueba sumamente usual.

Las escrituras más importantes emanadas de simples particulares son las actas privadas (*sous seing privé*), llamadas así (1) por razón de la firma que las caracteriza. Estas son las actas de que debemos tratar especialmente. Después diremos algunas palabras de las escrituras no firmadas, que no tienen fe ó fuerza sino en ciertas circunstancias determinadas, fuera de las cuales degeneran en simples indicios; al mismo tiempo trataremos de los signos materiales empleados también para consignar suministros, de las tarjetas, que se puede considerar como una especie de escritura tosca.

Las reglas que vamos á establecer sobre la naturaleza de las escrituras privadas se refieren sobre todo á las materias civiles. Tendremos que hacer solamente algunas observaciones para completar el asunto, sobre la fe de estas escrituras ante los tribunales criminales.

(1) La palabra *signo* se opondría, en efecto, á la de *sello* por la Ordenanza de Moulins, y se emplea frecuentemente por nuestros antiguos autores en el sentido de firma. Boiceau usa continuamente en esta acepción, poco conforme á la sana latinidad, la palabra *signum*, de donde se deriva evidentemente *seing* en francés (*signo* en español).

SECCIÓN PRIMERA

Escrituras firmadas.—Acta ó escritura privada.

SUMARIO: 663. Escrituras privadas en Roma.—664. En Francia, sustitución de la firma al sello.—665. Legislación inglesa.—666. Marca admitida en el Piemonte y en Austria.—667. Intervención del tribunal en Prusia.—668. El acta privada no se prueba por sí misma.

663. La firma de las partes, que es entre nosotros el carácter distintivo de las actas ó escrituras privadas, no existía en Roma en su origen. En cuanto al sello, que podía tener lugar y que se empleaba, por ejemplo, en el testamento pretorio, para atestiguar la presencia de los testigos, no parece haberse exigido en los escritos privados. (Scæv., l. 34, § 1.º, D. *De pign.*) Pero parece que se redactaban habitualmente en presencia de testigos; uso muy natural para los romanos, que tenían el hábito de iniciar á sus conciudadanos en el secreto de sus asuntos, puesto que sus más importantes convenciones tenían lugar verbalmente, y exigían, en su consecuencia, en la práctica, el empleo de la prueba oral. Justiniano, en la Novela 73, dió una fuerza enteramente particular á los escritos revestidos con la firma de tres testigos (1); quiso que sólo estos pudieran comprobarse por peritos, haciendo el juicio pericial menos peligroso el testimonio de las personas que habían concurrido al acta. *Ut non in sola scriptura et ejus examinatione pendeamus, sed sit judicantibus etiam testium solatium.* Al contrario, la sinceridad de los escritos que se redactaban sin testigos ó en presencia de menos de tres testigos, no podía acreditarse sino por medio de la prueba directa, y no indirectamente por medio del cotejo de escrituras. León había ya decidido (l. 4.º, Cód. *Qui pot. in pign.*), que en materia de prenda ó de hipoteca, las escrituras redactadas en presencia de tres testigos vencerían, aun siendo de fecha posterior, á las que estuvieran desprovistas de esta formalidad. Por lo demás, aunque se hubiera introducido la firma en Constantinopla, no podía, como entre nosotros, tener lugar de escritura de la propia mano del que se obligaba. El que no sabía escribir, ó que sabía *paucas litteras* (Nov. 73, cap. 8.º), debía redactar por medio de

(1) Vuelve á encontrarse esta disposición de la Novela 73 en las constituciones del Ducado de Módena (lib. 1.º, tit. 20, art. 2.º), que atribuyen la fuerza del acta auténtica al escrito revestido de la firma de tres testigos de buena fama.

otro sus convenciones en presencia de testigos, que atestiguaban la fidelidad de la redacción.

664. Ya hemos visto que en Francia (núm. 485), hasta el siglo XIV, las actas públicas mismas no estaban firmadas, sino revestidas con un sello. Dumoulin admite, aun para las actas privadas (Com. sobre la *Cost. de Paris*, tit. *Des fiefs*, § 8.º, núms. 13 y 14), que el sello puede valer sin firma, con tal que se consigne que el sello se ha puesto por el que se obliga. La necesidad absoluta de la firma parece no haber prevalecido sino en el siglo siguiente. El uso de reemplazar la firma por la fijación de un sello en presencia de testigos se había conservado en el Luxemburgo y en la Toscana, hasta la reunión momentánea de estos países á la Francia (1). Merlin, *Repert.*, V. *Signature*, § 1.º, núm. 8.º). Es fácil reconocer cuán preferible es la práctica de la firma á la del sello, cuyo uso fraudulento no exige del falsario conocimientos especiales y difíciles, como la formación de escrituras, y hace que sea imposible consignar si ha tenido lugar secretamente, puesto que la marca es siempre idéntica.

665. En Inglaterra (V. Blackstone, libro 2.º, cap. 20), la formalidad del sello es aún la única que se requiere en general en las actas privadas, cuya fórmula dice: *sellada y entregada*. Exigese además la firma por el estatuto 29 de Carlos II (cap. 3.º) para las convenciones más importantes, tales como las ventas de inmuebles (2). Háse recurrido, por otra parte, para consignar lo que pasa al confeccionarse las actas, al mismo expediente que se empleaba en la

(1) «El sello, *tabab* entre los árabes, dice el general Daumas (*La vida árabe*, pág. 41), reemplaza á la firma. El pueblo árabe se encuentra todavía en la época en que nuestros antepasados declaraban que no sabían firmar por ser caballeros. El hidalgo árabe, aunque sea ilustrado, va siempre acompañado de un secretario, *Khotja* que está encargado de su correspondencia, limitándose el papel del primero á poner su sello sobre la carta después de escrita.»

(2) «*Signing*, dice Philipps (lib. 1.º, part. 1.ª, cap. 8.º, secc. 1.ª), *is not essential part of a deed in common law; but it has been required in some cases by act of parliament... Sealing is essential to a deed*». Los *deeds* son los escritos destinados á consignar las convenciones, redactados bien por las partes, bien por los fiscales *attorneys* (núm. 464). Deben para ser perfectamente regulares, contener los nombres y cualidades de las partes, la causa y objeto de la convención, etc., ser escritos sobre papel ó pergamino timbrado y ser autorizados con la firma y el sello, tanto de las partes, como de los testigos. * (V. acerca de los *deeds* en general los *Elementos del derecho civil inglés*, por M. Ernesto Lehr, p. 249 y siguientes). En cuanto á la legislación acerca de la traslación de los inmuebles, ha sido cambiada por una ley de 23 de Agosto de 1881. (*The conveyancing and Law of property Act 1881*). Consultad la traducción y las notas de MM. Th. Barclay y Dainville, en el *Anuario de legislación extranjera*, 1882, p. 39. Añádase E. Lehr, *loc. cit.*, pág. 257.) *

legislación romana, á la asistencia de testigos (1). Pero este testimonio, útil para la prueba, no es de la esencia del acta. Desde Enrique VIII, cuando son llamados los testigos, deben firmar al pie ó al dorso del escrito. Finalmente, es principio que cuando se firma un acta por testigos, deben los mismos declarar para certificar su existencia. Cuando se trata de acreditar esta existencia, la prueba testimonial es siempre la que se invoca preferentemente, no empleándose la comprobación de escrituras sino en el último extremo. Este es el sistema de la Novela 73 (V. Blaxland, *Cód. rer. Angl.*, pág. 592). Sin embargo, lo especial en la legislación inglesa es que al cabo de treinta años, presumiéndose que han muerto los testigos, el acta prueba por sí misma (núm. 511).

666. El Código sardo, previendo el caso de que no sepan leer ni escribir los contratantes, les permite redactar un acta privada poniendo una marca (2), en presencia de los testigos (art. 1433). La marca se comprueba en juicio, como lo sería la escritura (3) (Ibid., artículos 1428-1429). Mas este procedimiento, todavía seguido en Austria (*Cód. civil*, art. 886), no se encuentra en el Código italiano de 1866.

667. En otro tiempo, según el Código prusiano (parte 1.^a, título 5.^o, art. 171), no se atendía siquiera á la atestación del notario, con respecto á los ciegos, á los sordo-mudos y á los que no sabían de letras, estas personas no podían contratar sino ante el tribunal. Esta no es, por otra parte, más que una de las aplicaciones de la tutela judicial de los incapaces, que es tan importante en las legislaciones germánicas. Pero una ley de 11 de Julio de 1845 ha reorganizado el notariado. * Hoy día, los contratos donde están interesados los ciegos y sordo-mudos, deben aún redactarse en la forma

(1) Desde Ricardo Corazón de León, el rey es su propio testigo (*teste me ipso*.)

(2) El uso de poner una marca, ordinariamente una cruz, bastante frecuente aun en el campo, y que pueda denotar el consentimiento, cuando se acredita que la marca se ha puesto con conocimiento de causa, está ya consagrado en el derecho de Justiniano (L. últ., § 2.^o, *Cód. De jur. delib.*). Este emperador, suponiendo que el heredero que redacta un inventario no sabe escribir, quiere entonces que se llame un escribano para que escriba en su lugar *venerabili signo antea manu heredis proposito*. Los anglo-sajones hacían igualmente uso de la cruz; el uso del sello se ha importado en Inglaterra por los normandos, puesto que la carta más antigua sellada es de Eduardo el Confesor, que había sido educado en Normandía. (Blakstone, cap. cit., 20, núm. 8.^o)

(3) Es verdad que el Código sardo (art. 1412) como hoy día el Código italiano (V. p. 465), impone á toda persona la redacción auténtica para las convenciones de cierta importancia, lo cual atenúa el peligro que puede presentar la prerrogativa concedida á simples testigos, de certificar así la presencia y el consentimiento de las partes.

judicial. En cuanto á los ignorantes, pueden contratar indiferentemente, bien ante el tribunal, bien ante el notario (V. el artículo *Urkunden* de M. Meves en la *Enciclopedia* de Holtzendorff). *

668. Una distinción fundamental entre el acta auténtica y el acta privada, es que la apariencia sola de un acta auténtica prueba la autenticidad, *acta probant se ipsa*, según la enérgica expresión de Dumoulin, mientras que la escritura privada, que se pretende emanada de una parte, no hace fe sino en cuanto es reconocida ó comprobada en juicio. Mas para seguir una marcha semejante á la que hemos adoptado en lo concerniente á las actas auténticas, vamos á suponer desde luego la sinceridad del acta al abrigo de toda controversia, y en esta suposición, á examinar con qué condiciones puede hacer fe. En seguida nos preguntaremos cómo se procede en la práctica para probar la sinceridad ó veracidad del acta, cuando es contradicha, es decir, para *comprobar ó cotejar las escrituras*.

*. En España también, antiguamente, las escrituras ó documentos privados eran autorizados con el sello del que las otorgaba, según se consigna por el texto de la ley 114, tit. 18, Part. 3.^a, que dice así: «E aun decimos, que si alguno face carta por su mano, o la mando fazer á otro que sea contra si mismo o pone en ella *un sello*, que puedan probar contra él por aquella carta, si la demanda fuere por razón de aquel mismo que fizo la carta o la mando fazer». Posteriormente substituyó al sello la firma de la parte otorgante.

También rige en nuestro derecho la regla que expone M. Bonnier en el número 668 sobre que la escritura pública ó auténtica se prueba por sí, más no la privada, de suerte que la persona que presenta un instrumento público no está obligada á justificar la verdad del mismo, sino la parte que pretende ser falso, pues estando autorizado por un funcionario público, se presume verdadero y merece entera fe, mientras no se demuestre que es falso; y por el contrario, la persona que presenta un instrumento privado, está obligada á probar que es verdadero, si la contraria lo niega, lo cual se funda, en que no habiendo motivo para dar más crédito á la parte que presenta el documento como verdadero, que á la que lo niega, se recurre al principio general, que impone al demandante la obligación de probar su acción.—(N. del T.)

*. El art. 578 de la ley de Enjuiciamiento civil comprende entre los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio los documentos privados y la correspondencia y los libros de los comerciantes que se lleven con las formalidades prevenidas en el Código de Comercio. El vigente las determina en el tit. 3.^o de su libro 1.^o

En conformidad con la doctrina expuesta por el distinguido traductor de la obra, acerca de la respectiva eficacia probatoria de los documentos públicos y de los privados, dispone el art. 604 de la ley de Enjuiciamiento civil que estos últimos y la correspondencia serán reconocidos bajo juramento á la presencia judicial por la parte á quien perjudiquen, si lo solicitare la contraria; y no será necesario dicho reconocimiento, cuando la parte á quien perjudique el documento lo hubiere aceptado como legítimo al fijar los hechos en los escritos de contestación, réplica ó dúplica. Para el caso de presentarse un documento privado después del término de prueba, previene el art. 512 que se tendrá por válido y eficaz cuando la parte á quien perjudique lo reconozca como legítimo. Se tendrá por hecho este reconocimiento si no lo impugna expresamente ó no evacua en el plazo legal el

traslado que al efecto se le confiera. Cuando no reconozca la firma ó impugne la legitimidad del documento, se procederá al cotejo de letras.

Cuando hayan de utilizarse como medio de prueba los libros de los comerciantes (art. 605), podrá decretarse (art. 47 del Código de Comercio) la exhibición de los libros y documentos de los comerciantes á instancia de parte, ó de oficio, cuando la persona á quien pertenezcan tenga interés ó responsabilidad en el asunto en que procede la exhibición. El reconocimiento se hará en el escritorio del comerciante, á su presencia ó á la de persona que comisione, y se contraerá exclusivamente á los puntos que tengan relación con la cuestión que se ventile, siendo éstos los únicos que podrán comprobarse. Pero no podrá decretarse á instancia de parte (art. 46) la comunicación, entrega ó reconocimiento general de los libros, correspondencia y demás documentos de los comerciantes, excepto en los casos de liquidación, sucesión universal ó quiebra.

También el art. 1225 del Código civil exige el reconocimiento legal del documento privado para atribuir á este el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes.

De la firma de los documentos privados trataremos en la nota siguiente.
— (N. de la R.)

PRIMERA DIVISIÓN

FE DEL ACTA Ó ESCRITURA PRIVADA

SUMARIO: 669. Fe del acta ó escritura privada, ya entre las partes, ya respecto de terceros.

669. El acta ó escritura auténtica, salvo lo relativo á las contra-escrituras, tiene la misma autoridad respecto de los terceros que entre las partes contratantes. A nadie se permite, si no toma la vía embarazosa y difícil de la inscripción de falsedad, negar la verdad de las declaraciones del oficial que las redacta. Las escrituras privadas, suponiéndolas sinceras, son también en nuestra legislación pruebas legales. Pero esta prueba es susceptible en cierto modo de dos grados. Bastan ciertas condiciones para la validez del acta privada entre las partes contratantes. Pero con relación á terceros, ha dado á conocer la experiencia el peligro de las ante-datas, que es tan fácil practicar y tan difícil reconocer. La confesión escrita no puede, pues, hacer fe completa bajo este último concepto, por falta de ciertas condiciones que la ponen al abrigo de toda sospecha de fraude. Véase, pues, que la forma y la fe del acta están aquí íntimamente unidas, por lo que trataremos simultáneamente de las formalidades requeridas y de la fe que se presta al acta revestida de estas formalidades, desde luego entre las partes, y después respecto de terceros.

§ I.—Fe entre las partes.

SUMARIO: 670. Firma esencial. Utilidad de la fecha.—671. Validez de la firma en blanco. Pena contra el abuso de la firma en blanco.—672. ¿Puede probarse por testigos la entrega de la firma en blanco?—673. Necesidad del *haré-bueno* ó *aprobada*.—674. A qué acta ó escritura se aplica.—675. A qué objetos.—676. Cuándo hay excepción á esta regla.—677. Casos en que hay divergencia entre el aprobado y el cuerpo del acta.—678. Valor del vale no aprobado.—679. Falta de mención de la causa.—680. ¿Quién debe hacer la prueba en esta hipótesis? Derecho romano.—681. Discusión de la cuestión en nuestro derecho.—682. Refutación de la opinión intermedia.—683. Prueba de las convenciones sinalagmáticas.—684. Origen de la teoría de los duplicados.—685. Cómo se ha formulado esta teoría por el Código.—686. Efecto de la ejecución.—687. Países en que se ha introducido esta teoría.—688. El escrito que no se ha duplicado, ¿puede servir de principio de prueba?—689. Prueba de la convención fuera del acta.—690. Cuál debe ser el número de los originales.—691. Qué debe entenderse por contratos *sinalagmáticos*.—692. La teoría de los duplicados extraña á los terceros.—693. ¿Es aplicable en materia de comercio?—694. Correspondencia en materia comercial. ¿*Quid* en materia ordinaria?

670. La única condición que ordinariamente se exige entre los contratantes es la firma de la parte que se obliga. Esta regla, que se remonta al derecho romano (Just., *Inst.*, pr., *De empt. vend.*), ha pasado á nuestros antiguos usos. *Subscriptio operatur*, dice la Rota de Ginebra (Dec. 126, núm. 6.º), *ac si tota scriptura esse manu subscribentis*.

La firma no puede reemplazarse con una cruz; así ha sido desde la promulgación de la Ordenanza de 1667, aun en los países en que el uso local consagraba esta práctica (Sent. den. de 10 Thermidor, año XII). Las marcas ó cruz, no constituyendo una escritura susceptible de ser reconocida, no pueden servir de principio de prueba por escrito. (Bruselas, 27 de Enero de 1807; * Bourges, 21 de Noviembre de 1871. *) Pero en materia criminal, siendo admisibles las simples presunciones, adoptamos con M. Massé (*Derecho mercantil*, tomo 6.º, núm. 34) la opinión de Casaregis (Disc. 10, número 155), el cual no rechaza de una manera absoluta un conocimiento que un capitán que ignoraba las letras había firmado con una cruz. *Apocha oneratoria subscripta ab aliquo, soloque crucis signo apposito per patronum scribendi ignarum, non probat, nisi aliis conjecturis comprobetur*.

Pero no es indispensable que la firma del autor del acta sea conforme á su acta de nacimiento, con tal que los nombres y apellidos sean aquéllos por los que es conocido; así se ha juzgado válido el testamento de un obispo, firmado con una cruz, con las ini-

ciales de sus nombres y con el título de su obispado (Sent. denegatoria de 23 de Marzo de 1824; Bourges, 19 de Agosto de 1824). La misma dificultad, suscitada en la antigua jurisprudencia, respecto del testamento de Massillón, se terminó por medio de una transacción. Entonces había más motivo de duda, por razón del art. 211 de la Ordenanza de 1629, que disponía, bajo pena de nulidad, que se firmasen todas las actas y contratos con el nombre de familia y no con el de los señoríos; pero esta Ordenanza era poco observada por los Parlamentos. En el derecho intermedio, las leyes de 19 de Junio de 1790 y de 6 de Fructidor, año II, han prescrito igualmente que se emplee el verdadero nombre de familia, pero sin añadir la sanción de nulidad. La ley de 28 de Mayo de 1858, castigando con penas correccionales el cambio ó la alteración de los nombres que dan á cada uno los documentos del estado civil, no desvirtúa en nada la validez de las actas en las que se hubiera cometido este cambio ó alteración.

No se requiere la fecha; esto, que era verdad en Roma (Scæv., l. 34, § 1.º D. *De pign.*), aun con relación á terceros, no lo es entre nosotros, sino con relación á las partes entre sí. No obstante, aun bajo este punto de vista, si no es necesaria la fecha, sería sumamente imprudente no insertarla, porque el firmante puede haber sido incapaz; y ¿cómo consignar entonces que el escrito se firmó en una época de capacidad? El demandado sería el encargado de la prueba, que le fuera tal vez imposible practicar. Si, por el contrario, hay una fecha, será reputada verdadera; es decir, que el suscriptor no podrá negar pura y simplemente la fecha, como lo haría un tercero. Pero es permitido negar la fecha de un escrito privado sin necesidad de redargüirlo de falso; porque este escrito se diferencia del acta auténtica en que no hace fe de su fecha, aun entre las partes, sino hasta prueba en contrario. Y puede siempre el tribunal consignar la fecha real con conocimiento de causa (Sent. denegatoria de 19 de Enero de 1814).

671. Puesto que la ley no exige más que la firma del que quiere obligarse, se puede dar esta firma anticipadamente, dejando en blanco un espacio, que debe llenarse por el mandatario, según las intenciones del mandante. Esto es lo que se llama una *firma en blanco*, práctica que puede ser peligrosa, pero que no tiene en sí nada reprehensible. Ha habido, es cierto, hasta el último siglo (Merlín, *Repert.*, V. *Blanc-seing*) sentencias que han declarado nulas firmas en blanco no ratificadas, mientras que otras decisiones han sostenido su validez. Pero en el día, independientemente del prin-

cipio general, que no permite hacer revivir antiguas prohibiciones relativas á materias regimentadas por el Código civil, nuestras leyes modernas han reconocido implícitamente, pero con suma claridad, la validez de las firmas en blanco, puesto que castigan su abuso. El art. 107 del Código penal castiga efectivamente con penas correccionales «á cualquiera que abusando de una firma en blanco que se le haya confiado, haya escrito fraudulentamente encima una obligación ó liberación, ó cualquier otro acto que pueda comprometer la persona ó la fortuna del firmante.»

Observemos que en el fondo hay en todo abuso de firma en blanco, una especie de falsedad intelectual, puesto que el mandatario escribe otra cosa que lo que el mandante entendía firmar; así como un notario comete una falsedad cuando escribe en un testamento disposiciones que no se le han dictado. Pero los mismos motivos que hacen que degeneren un robo en abuso de confianza, cuando el propietario había puesto por sí mismo el objeto en poder del que lo había extraviado, de un depositario, por ejemplo, hacen que no haya falsedad cuando la firma en blanco ha sido confiada voluntariamente á la persona que ha abusado de ella, habiendo podido el mandante prever el abuso de un poder ilimitado de hecho, aunque limitado en la intención de las partes. De otra suerte sería, según los términos del mismo art. 407, si la firma en blanco no se hubiera confiado al que la consignó; pues entonces habría una verdadera falsedad, punible de reclusión. Esto consiste en que entonces no habría habido ya un simple abuso de confianza, sino una verdadera formación de escritura; porque haciendo el escrito cuerpo con la firma, poco importa que yo haga el vale por entero ó que adapte posteriormente disposiciones á una firma que otro no tuvo jamás intención de confiarme. Esta distinción, constante en jurisprudencia, ha sido formulada claramente por el legislador mismo, según el espíritu de los motivos del Código penal. Así, pues, con fundamento considera el Tribunal de Casación cómo no habiendo confiado la firma en blanco aquel que sólo la había remitido como señas, recuerdo, ó con la intención de suscribir ó firmar un escrito que no le dejaba obligado, tal como una solicitud (Cas. de 22 de Octubre de 1812 y de 2 de Julio de 1829). Con más razón habría falsedad, y no simple abuso de firma en blanco, en el acto del que hubiera hecho firmar en blanco una escritura de venta, presentándola como una escritura de partición (Sent. den. de 13 de Abril de 1837). Finalmente, el Tribunal de Casación ha establecido el 30 de Septiembre de 1855, sobre la hipótesis de que á un

individuo que no sabía leer y escribir se le había guiado la mano y hecho escribir un bono por una suma, cuando creía dar solamente su firma al pie de un papel en blanco. Decidió que no había en esto abuso de firma en blanco, no habiendo sido confiado el papel al acusado, sino una *formación de obligación* por la pluma misma del pretendido obligado, punible con las penas de falsedad, según los términos del art. 147 del Código penal.

672. Si hay acuerdo respecto de los elementos constitutivos del delito de firma en blanco, es cuestión muy debatida la de si el hecho mismo de la entrega de la firma en blanco es susceptible de acreditarse por medio de la prueba testimonial. El Tribunal de Casación (18 de Enero y 5 de Mayo de 1831), asimilando la entrega voluntaria de la firma en blanco á un depósito, ha visto en este hecho una convención que debe probarse por escrito, cuando el valor excede de 150 francos, según la doctrina constante en el día sobre la prueba testimonial ante los tribunales criminales (núm. 225). Esta jurisprudencia ha sido vivamente criticada por muchos autores, que pretenden que la entrega de una firma en blanco no es una convención, y que exigir una prueba escrita es poner trabas á los negocios en que es uso confiar una firma en blanco á un dependiente, sin exigir ningún recibo de esta entrega. No creemos que sean fundadas estas objeciones. Tan cierto es que la entrega de que se trata es un hecho convencional, como que esta sola circunstancia es la que constituye del acto de la firma en blanco una simple falta, pues que, de otra suerte, degeneraría en una verdadera falsificación. ¿Qué es, en último resultado, la entrega de un acta firmada anticipadamente y destinada á llenarse? Un mandato. Pues bien: el mandato se halla sometido por el Código civil (art. 1986) á las reglas del derecho común sobre la prueba, reglas que no se aplican, por lo demás, al mandato mercantil (Den. de 26 de Septiembre de 1861 y 22 de Abril de 1864), lo cual responde á la objeción sacada de las relaciones de los patronos con sus dependientes ó comisionistas. Fuera de estas relaciones, el uso de las firmas en blanco es frecuentemente una grave imprudencia que no conviene alentar, desviándose de las reglas ordinarias sobre la prueba. Es preciso observar, no obstante, que según los principios generales, está permitido el combatir la sinceridad de las enunciaciones firmadas en blanco, por medio de presunciones graves, apoyadas en un principio de prueba por escrito (Den. de 5 de Abril de 1864).

673. Volviendo al derecho civil, si en la doctrina que ha prevalecido han sido generalmente autorizadas las firmas en blanco,

el peligro que ofrecen ha debido llamar en ciertos casos la atención del legislador. Numerosos fraudes practicados al principio del último siglo, ya por medio de firmas en blanco, ya por medio de firmas sorprendidas con posterioridad al acto, han dado lugar á las declaraciones de 30 de Julio de 1730 y de 22 de Septiembre de 1733, cuya sustancia se halla reproducida por el art. 1326 del Código civil: «El vale ó la promesa en papel privado, por el cual una parte sola se obliga á pagar á la otra una cantidad de dinero ó una cosa que admita valuación, debe estar escrito todo él por aquel que lo suscribe, ó á lo menos es menester que, además de su firma, haya escrito de su puño, *haré-bueno ó aprobado*, poniendo por letra la suma ó la porción de la cosa.»

Debe observarse que el mismo motivo ha dictado el § 122 del Código de procedimiento de Austria, según cuyos términos, el billete ó vale que acredita un préstamo de cantidades debe escribirse enteramente de mano del deudor, á menos que no se corrobore su firma con la de dos testigos intachables.

674. La disposición del art. 1326 no se aplica más que á las actas *en que se empeña ú obliga una sola parte*, es decir, á las actas unilaterales, porque un acta puede ser unilateral aunque esté suscrita por muchos deudores. Inoportunamente, pues, declararon válido los tribunales de París y de Douai, con respecto á la mujer, el vale no aprobado, por el que se obliga una mujer solidariamente con su marido. Así, sus decisiones han sido anuladas el 8 de Agosto de 1815 y el 6 de Mayo de 1816.

675. La declaración de 1733 no hablaba sino *de valores en metálico*. El Código añade: *ó una cosa que pueda apreciarse*. Estas expresiones se explican por la que sigue: la suma ó la *porción* de la cosa. Trátase, pues, de una obligación de cantidades, es decir, de rentas, de mercancías, que se contrae compromiso de entregar al portador del vale. La obligación de transferir un cuerpo cierto está fuera de las prescripciones de la ley. La experiencia ha hecho reconocer, que el peligro consistía, sobre todo, en la extorsión de vales, que daban al pretendido acreedor el derecho de reclamar dinero ó valores fácilmente realizables. ¿Es aplicable la prescripción del Código cuando se trata de un valor indeterminado, por ejemplo, de la caución dada anticipadamente por los efectos que suscriba tal persona? Se han dictado varios fallos en sentido afirmativo (París 24 de Mayo de 1855; Orleans, 24 de Diciembre 1864, * Cpr., Cas. civ. den. 10 de Enero de 1870 *.) Pero nosotros creemos que cuando se trata de un valor indeterminado, no es de temer una

sorpresa sobre la cifra ó cantidad de la deuda, y que en su consecuencia, no recayendo sobre nada preciso el haré-bueno ó aprobado, no está prescrito ni por la letra ni por el espíritu de la ley (Poitiers, 17 de Junio de 1867; en el mismo sentido den. 6 de Febrero de 1861). No tienen pues razón por otra parte ciertos autores, cuando acusan al legislador de inconsecuencia, porque no exige en toda materia el haré-bueno ó aprobado, puesto que sólo ha querido penar los fraudes más frecuentes en la práctica, porque eran los más difíciles de probar y los más lucrativos.

676. Una censura mal fundada, pero que era tal vez imposible evitar, es, que en el día, así como bajo la declaración de 1733, la precisión del haré-bueno ó aprobado no se aplica á las personas que tienen más necesidad de la protección de la ley, á los mercaderes, artesanos, labradores, viñadores, jornaleros ó servidores (*Código civil*, art. 1326).

Estas personas saben por lo regular firmar sin saber escribir, de suerte que si se hubiera exigido algo más que su firma, hubiera sido obligarles á recurrir al notario para los actos más sencillos. Pero estas excepciones, motivadas por las necesidades del comercio, deben cesar con la causa que daba lugar á ellas. Es, pues, imposible aprobar una sentencia del tribunal de París del 18 de Febrero de 1808, que dispensa de la formalidad de la aprobación los vales suscritos por un *ex albañil*, como si la cualidad de albañil pudiera sobrevivir al ejercicio de esta industria. Así, el Tribunal de Caen ha declarado con razón (el 15 de Diciembre de 1824) sometidos á la regla ordinaria los vales suscritos por un antiguo zapatero (1).

El comerciante está, por lo demás, dispensado de la formalidad del *visto bueno ó aprobado*, aun cuando firme un acta puramente civil: esto es lo que ha decidido el Tribunal de Casación (Den. 30 de Julio de 1868), para un recibo de cuatro acciones del camino de hierro de Lión, dado por un comerciante de chocolate.

Sin embargo, no es aplicable el art. 1326 á un acta comercial en la forma, aunque suscrita por una persona no comerciante. De otra suerte, el Código de Comercio hubiera establecido formas es-

(1) * No obstante, si el vale se hubiese suscrito en una época poco lejana de aquella en que el artesano ejercía todavía su profesión, y antes que los terceros hubiesen podido conocer este cambio, la ausencia de la palabra *vale para* no impediría que fuera valedero. En este sentido lo han comprendido (Demolombe, tomo 29, núm. 484; Aubry y Ran, 4.^a edic., tomo 8.^o, § 756, nota 78; Larrombière, tomo 4.^o, art. 1326, núm. 25). *

peciales para las letras de cambio suscritas por simples particulares. Así lo ha juzgado, bajo el imperio de la declaración de 1733, el Tribunal de Casación (Sent. de 10 de Thermidor, año xi), y en cuanto á la legislación moderna, el tribunal de Montpellier, el 20 de Enero de 1835. El que suscribe un acta de esta naturaleza es, por decirlo así, momentáneamente comerciante, puesto que se somete á la jurisdicción comercial y aun al arresto antes de la abolición pronunciada en 1867.

Pero hay más dificultad respecto de los billetes á la orden suscritos por uno que no sea comerciante, billetes que tienen la forma comercial, pero que no dan lugar al arresto, y no atraen sino accidentalmente la competencia de los tribunales de comercio. La jurisprudencia establece una distinción exacta entre el cuerpo mismo del billete á la orden, que debe hallarse revestido del *haré-bueno* ó *aprobado*, y el endoso, que no siendo más que una cesión de valores en que se encuentra contenida implícitamente una obligación de garantía, no constituye una *promesa de pagar*. Dos sentencias de casación (del 7 de Thermidor, año xi (1) y del 27 de Enero de 1812) han anulado igualmente, como contrarias á la ley, la decisión que dispensaba de esta formalidad al no negociante, suscriptor de un billete á la orden y la decisión que quería someter á él los endosantes no negociantes.

677. La suma mencionada en la aprobación puede diferir de la que se ha expresado en el cuerpo del acta (Ibid., art. 1327). El Código, consagrando la doctrina de Pothier (*Oblig.*, núms. 746 y 747), quiere que se atienda siempre á la suma menor. Si el número ó cifra que se pone en la aprobación es superior, se supone que ha habido error en esta aprobación; si, por el contrario, es inferior, se supone que el deudor ha querido restringir la extensión de su compromiso. Sin embargo, esto no es más que una regla subsidiaria de interpretación. Siempre que los elementos de la causa, por ejemplo, un cálculo aritmético, permitan reconocer cuál es el verdadero número, deberá estarse á él, aunque fuera el mayor (art. 1327 citado).

678. La omisión de la precaución exigida para la regularidad del billete no puede anular la convención, cuya prueba es este billete, si esta convención puede acreditarse por otros medios, especial-

(1) Esta sentencia se dió bajo el imperio de la declaración de 1733; pero, como ha reconocido Merlin en las conclusiones que han precedido á la sentencia de 1822 (*Repert.*, véase *Billet a ordre*, § 1.º, núm. 5.º), la doctrina del Código sobre este punto es absolutamente la misma.

mente por la confesión y por el juramento. Esta opinión puede sostenerse aun bajo el imperio de la declaración de 1733, que quería que los billetes de esta clase fueran nulos y de ningún efecto. Era fundado admitir que, no aplicándose los términos de la ley más que al billete, no afectaba á la convención misma una presunción absoluta de fraude, y que no estaba prohibido probarla haciendo abstracción de este billete. Esto es al menos lo que tenia decidido por una sentencia de 5 de Julio de 1748 el Parlamento de Paris, menos severo en esta materia que lo ha sido, como veremos en breve, relativamente á la teoría de los duplicados; decisión en armonía con la disposición final de la declaración de 1733, concebida en estos términos: «Queremos, no obstante, que el que rehuse pagar lo contenido en dichos billetes ó promesas, sea obligado á afirmar que no ha recibido su valor.» Si el Código no se expresa en los mismos términos, es porque habia dicho, como la declaración: *El billete debe escribirse de mano*, etc., y que, en su consecuencia, no habia en el día motivo para argüir de nulidad la convención. De hecho, la razón y la experiencia atestiguan que la falta de aprobación puede ser también resultado de una inadvertencia y no del fraude. Se podrá, pues, acreditar la existencia de la convención unilateral por la confesión, por el juramento, ó aun por la prueba testimonial, si su valor no excede de 150 francos.

¿Pero no debemos ir más adelante, y puesto que el vale mismo no está afectado de nulidad por la ley moderna, ver en él un principio de prueba por escrito, y admitir, en su consecuencia, la prueba testimonial, cualquiera que sea su valor, á fin de consignar la causa real del compromiso? El vale no aprobado es, en efecto, por sí mismo de naturaleza propia para hacer verosímil el hecho alegado (*Cód. civil*, art. 1347). El fraude es posible sin duda; pero si existe, resultará de la información, que por otra parte no ordenarán los jueces sino con conocimiento de causa; si no existiere, por el contrario, ¿no sería sumamente injusto declarar el vale de ningún efecto, por razón de una simple inadvertencia? Así lo juzgó, á pesar de los términos de la declaración, el Parlamento de Paris, por sentencia de 5 de Julio de 1748. El sistema riguroso establecido en 1733 propendia á una reacción contra abusos enteramente recientes. Bajo el imperio del Código, la jurisprudencia, que parecia pronunciarse desde luego por el dictamen más severo, se halla hoy fijada en el sentido de la opinión de los autores más exactos; considera el vale no aprobado como pudiendo constituir un principio de prueba por escrito (*Den. 13 de Diciembre de 1853 y 10*

de Enero de 1870; * Lyon, 17 de Enero de 1871; den. 15 de Julio de 1874. *)

679. Otra cuestión que se suscita sobre la forma de los escritos que consignan una obligación unilateral, es la de si estos escritos deben sancionar la causa por la cual han sido suscritos, de manera que, á falta de esta mención, sea el acreedor quien deba probar la existencia de la causa, ó bien hacen fe completa, á pesar de la falta de esta mención, salvo probar el deudor que no hay efectivamente causa de obligación. En pura teoría, esta cuestión puede suscitarse con motivo de un acta otorgada ante notario lo mismo que respecto de un simple vale. Pero en la práctica no puede apenas suceder que un acta auténtica no mencione formalmente la causa por la cual se obliga el deudor. Tenemos, pues, fundamento para considerar la cuestión como especial, de hecho, á las actas ó escrituras privadas. Debería además tener la misma solución si se tratara de un acta auténtica.

680. Los que piensan que el acreedor debe probar la causa, cuando no se ha enunciado en el vale, invocan en su favor la autoridad del derecho romano. No pueden, sin embargo, fundarse en las formas habitualmente usadas en Roma para contraer una obligación unilateral. El modo mismo como está concebida la *estipulación* que consigna por lo común los compromisos de esta naturaleza: *Centum dare spondes?—Spondeo*, excluye evidentemente la necesidad de semejante mención. Todo el que se hallaba obligado en forma debida se reputaba no haberse obligado sin causa. Pero el derecho pretorio permitía al demandado alegar la excepción *non numerate pecunie*; excepción en la cual, por motivos enteramente particulares, como ya hemos visto (núm. 46), se echaba sobre el demandante la carga de la prueba. Este cambio de papeles no procedía, sin embargo, de la circunstancia de que no se había mencionado la causa, pero sí de una presunción de fraude, que subsistía aun en vista de esta mención, al menos hasta Justino. Este emperador fué el primero que quiso que la mención de la causa restableciese la presunción en favor del acreedor. *Generaliter sancimus* (l. 13, Cod. *De non num. pec.*) *ut, si quid scriptis cautum fuerit, pro quibuscumque pecuniis, ex antecedente causa descendantibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non jam ei licentia sit causæ probationem stipulatorem exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat; nisi certe ipse è contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta religionem judicis possit instruere, quod in alium quemquam modum, et non in eum quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit.*

Nimis enim indignum esse iudicamus, quod, sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eandem causam infirmare, testimonioque proprio resistere.

A esta legislación pertenece el texto, tan frecuentemente citado, que se ha inscrito con el nombre de Paulo en el Digesto en la ley 25, § 4.º, *De probationibus: Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete loquitur, tunc eum in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deducit: nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit pro quibus eandem conscripsit: tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promississe.*

El estilo de este texto indica evidentemente una interpolación. Las expresiones *cautio indebite exposita, indiscrete loquitur, indebite promississe*, etc., pertenecen á la lengua del Bajo Imperio. La distinción á que se pretende alude Paulo, entre el caso en que se expresa la causa y áquel en que el vale habla concretamente (*indiscrete loquitur*), se presenta por Justino, según acabamos de ver, como una innovación. Finalmente, la restricción que exige pruebas escritas, *evidentissimis probationibus in scriptis habitis*, es enteramente extraña á la época de los jurisconsultos clásicos, y se ha insertado sin duda con posterioridad en el texto. El pretendido fragmento de Paulo no es, pues, más que una segunda edición de la constitución de Justino. Pues bien: esta constitución no era más que un temperamento puesto al principio excepcional que autoriza al que alega la excepción *non numeratae pecuniae* á rechazar la prueba sobre el adversario. Entre nosotros, este principio excepcional (núm. 46) no existe ya hace mucho tiempo (1): «No ha lugar á la excepción de dinero no numerado dice Loysel (*Inst. cont.*, lib. 5.º, tit. 2.º, § 6.º). No era útil mencionar la causa sino para evitar la intervención de papeles que ocasionaba esta antigua excepción, la cual propendía, según las expresiones de la costumbre de Berry (tit. 2.º, art. 31), á cargar con la prueba al demandante que tiene una obligación ó cédula reconocida.» La excepción *non numeratae pecuniae* habiendo desaparecido de nuestro derecho consuetudinario, ha de-

(1) Beaumanoir (cap. 86, núm. 22), parece, no obstante, obligar al acreedor á hacer la prueba de la causa no mencionada en el escrito: «La carta que dice que debo dinero, y no menciona de qué lo debo, es sospechosa de malicia, y cuando tal carta viene á juicio, debe saber el juez la cosa de qué ésta proviene, antes de hacerla pagar.»

bido desaparecer la modificación puesta al principio, con el principio mismo (1).

681. El Código civil, en el capítulo de la prueba de las obligaciones, guarda silencio en lo relativo á la consignación de la causa; pero más arriba, en la sección en que trata especialmente de la causa, se lee (art. 1132): «No deja de ser válida la convención, aunque no se exprese la causa de ella.» ¿Este artículo quiere decir que la validez de la convención no está subordinada á la expresión de la causa? Pero ¿qué duda formal puede suscitarse sobre este punto? La validez de la convención no se halla tampoco subordinada á la existencia del billete ó vale, que sólo es su prueba. Para que tengan sentido las expresiones del legislador, deben entenderse de la validez del acta que prueba la convención. Cuando se trata de una letra de cambio ó de un billete á la orden, se exige que se mencione la causa por el Código de Comercio (artículos 110 y 188) para la validez del efecto de comercio. Es verdad que se había intentado en otro tiempo (Sent. del Parlamento de París de 13 de Febrero de 1511) introducir la misma exigencia en la práctica respecto de los simples billetes, pero no prevaleció esta opinión, y desde los tiempos de Boiceau (lib. 2.º, cap. 3.º) la cuestión que se planteaba en definitiva era la de saber si debía ó no presumirse la causa (2). Esta cuestión se había resuelto ya definitivamente por sentencias de 1567 y de 1582, y el abogado general Denain decía al Parlamento de París el 20 de Julio de 1706: «Por nuestro uso todo hombre que ha firmado una promesa voluntariamente, *sine metu et sine dolo*, queda ligado natural y civilmente, y obligado por su firma, á cumplir su obligación, independientemente de la falta de expresión de la causa.» Esta doctrina es indudablemente la única que han entendido autorizar los redactores del Código. La validez del título no es otra cosa que la fe en favor del acreedor hasta que se pruebe lo contrario. La discusión del Consejo de Estado, aunque bastante confusa, ha versado explícitamente sobre la fuerza probatoria del billete. A esta fuerza, pues, es á la que alude el ar-

(1) La excepción *non numerata pecunia* fué momentáneamente restablecida respecto de los judíos por el art. 4.º del decreto de 17 de Mayo de 1808, concebido en estos términos: «No podrá exigirse ninguna letra de cambio, ningún billete á la orden, ninguna obligación ó promesa suscrita por uno de nuestros súbditos no comerciantes en favor de un judío, sin que el portador pruebe que el valor se ha suministrado por completo y sin fraude.» * (Véase la pág. 30, nota 1.ª) *

(2) Lo que prueba bien que el billete sin mención de causa no era nulo, es que se tomaba para dejarlo sin efecto, cartas de rescisión: *nonnulli rescripto restitutorio uti solent*, dice Boiceau (loc. cit.).

tículo 1132. Esta presunción se halla por lo demás en armonía con el principio recordado por el abogado general Denain, de que el dolo ó el error no se presumen, y que en su consecuencia, cualquiera que firma un compromiso, se presume haberlo firmado á sabiendas, mientras no aparezca lo contrario. Es verdad que se atrincheran sobre la pretendida imposibilidad en que se halla el deudor de probar una proposición negativa; pero no podemos menos de referirnos aquí á las explanaciones que hemos dado (números 39 y sigs.) al tratar especialmente de este punto, sin olvidar el temperamento que hemos indicado en la aplicación, el cual consiste en obligar al acreedor, no á probar la causa, sino á indicarla, á fin de que el deudor pueda acreditar que no existe. En cuanto á la facultad de disimular de esta suerte la existencia de una causa ilícita, es fácil contestar que de hecho se revelan fácilmente las causas de esta naturaleza, y que los tribunales tienen siempre un poder discrecional para declarar nula la obligación ó para reducir su importe, como lo ha hecho el tribunal de Burdeos el 17 de Diciembre de 1849 (1).

682. Existe una opinión intermedia, tomada de ciertas sentencias de nuestros antiguos Parlamentos, recordada en la discusión de Consejo de Estado y admitida aún en el día por graves autores. Según esta opinión, cuya primer huella se encuentra en el comentario de Danty sobre Boiceau (adic. al cap. 3.º del lib. 2.º), debería distinguirse entre el caso en que el suscriptor del billete hubiese dicho: *Reconozco deber*, reconocimiento que implicaría la confesión de una causa, y el caso en que hubiera dicho: *Prometo pagar*, lo cual no indicaría tan claramente la existencia de una deuda. En este último caso tan sólo, ó en otros análogos, sería cuando correspondería la prueba al acreedor. Pero Danty conviene en que la mayor parte de los autores desechaban esta distinción, la cual no era en manera alguna admitida por Boiceau, que emplea precisamente las expresiones: *Fateo me debere*, para indicar la hipótesis en que la escritura no está *motivada*, si es lícito emplear el lenguaje impropio de la práctica. Pero cualquiera que sea la autoridad que ha imaginado esta distinción, es preciso confesar que es muy frívola. ¿Acaso el que promete pagar no reconoce virtualmente deber? Y el que reconoce deber, ¿quiere en último resultado hacer otra cosa que obligarse á pagar? O es necesaria la

(1) Ha consagrado esta doctrina el código italiano (art. 1121), diciendo: «Se presume que la causa existe mientras lo contrario no queda probado.»

mención, y entonces confesar la deuda no es en manera alguna expresar la causa, ó bien es superflua la mención, y entonces las dos fórmulas *reconozco deber* y *prometo pagar* tienen un valor idéntico. Seguida por numerosas sentencias de tribunales de apelación la doctrina que echa el peso de la prueba sobre el deudor, se ha autorizado *in terminis* por sentencia de casación de 16 de Agosto de 1848. Según los términos de esta sentencia, resulta del art. 1132 del Código civil, «que aunque no se exprese la causa en una obligación, hay presunción de que existe y que es verdadera y lícita, á menos que se pruebe lo contrario; de lo cual se sigue, que si aquel contra quien se persigue la ejecución de una obligación pretende que no se expresó en ella la causa, ó que hay causa falsa ó ilícita, á él es á quien incumbe la prueba». Tratábase en este caso de un pagaré que decía: *no reconozco en deber*; pero sí, *yo pagaré* (V. en el mismo sentido una disertación especial de M. Dejaerd en la *Revista extranjera y francesa*, tomo 8.º, pág. 929).

Al consagrar de nuevo esta doctrina, una sentencia denegatoria del 9 de Febrero de 1864, añade, sin embargo, lo que generalmente se admite en la doctrina, que «si el titulo indica una causa que se ha reconocido falsa, el pretendido deudor, al probar que dicha causa no existe, ha dado satisfacción á todo lo que se podía exigir de él. Por supuesto, que la obligación alegada queda validera á pesar de haber anunciado que la causa es falsa, si la tiene real y lícita; pero al beneficiado le corresponde probar que dicha causa existe, y si dejase de presentar esta prueba, la falsedad de la causa expresada quitaría todo su efecto á la obligación». * (En el mismo sentido Den. del 31 de Julio de 1878.)*

683. Pasemos ahora á la prueba por acta ó escritura privada de las convenciones sinalagmáticas.

Mucho antes del siglo XVIII se había reconocido, que cuando los dos contratantes son á un mismo tiempo acreedores y deudores, conviene hacer la escritura por duplicado para dar á cada uno de ellos el medio de hacer constar la convención. El *acta separada* (*charte partie*), por la cual se acreditaba en otro tiempo el fletamento de las naves, y cuyo nombre se halla aún en nuestro Código de Comercio (art. 273), era un acta extendida en una hoja de papel ó de pergamino, la mitad de la cual conservaba cada una de las partes; y cuando se trataba de pedir la ejecución del contrato, se reunían las dos mitades. Esta práctica sería viciosa si el acta ó escritura no estuviera escrita completamente en cada mitad; porque si se suprimiera una de las mitades de la escritura por la parte

que poseyera esta mitad, sería muy difícil probar el contenido de la escritura con el auxilio de la otra mitad solamente. Es preciso poner á disposición de cada una de las partes un original completo y esta práctica es la única que ha estado en uso largo tiempo. En Inglaterra se han llamado *actas dentelladas* (*actes denteles*) los escritos que se han hecho en tantos duplicados cuantas eran las partes contratantes. Colócanse estos duplicados unos encima de otros, y se les corta en la parte superior ó por el lado en forma de diente, para comprobar de esta manera fácilmente su identidad. El escrito en que se consigna una obligación unilateral se llama por oposición *acta ó escrito liso y llano* (*acte tondu, rasé*), ó bien *acta simple* (Blackstone, libro 2.º, cap. 20). Pero la redacción por original duplicado no es más que una precaución, cuya omisión no puede comprometer la validez del escrito (1) (Blaxland, *Cód. rer. Angl.*, página 493). Lo mismo sucede en Austria.

684. Tal era también el derecho en Francia, antes que un edicto del Parlamento hubiera exigido, con fecha 30 de Agosto (2) de 1736, bajo pena de nulidad, no solamente que el acta en que se consigna una venta se haga por duplicado, sino también que se mencione la circunstancia de su redacción en original duplicado; porque, en el caso en cuestión, los dos duplicados estaban representados, y solamente se omitió la mención. Muchas sentencias conformes vinieron á consolidar esta doctrina, que prevaleció en la jurisdicción del Parlamento de París y en algunos otros, pero que fué rechazada por los Parlamentos de Flandes y de Grenoble, como confundiendo lo que pertenece al contrato con lo que sólo es relativo á la prueba (Merlin, *Repert.*, V. *Double écrit*, núm. 1.º, *Questions de droit*, eod. v.º, § 1.º) Preciso era tener la manía, sobrado común entre nosotros, de reglamentarlo todo, para transformar así una medida de precaución en una necesidad de derecho.

Tal como se hallaba formulada entonces, la teoría de los duplicados era de un rigor enteramente falto de razón. El Parlamento de París parece, en efecto, si se cree á M. de Grainville (V. en el *Repertorio* de Merlin, v.º *Double écrit*, sus explanaciones en apoyo del edicto de 1736), haber confundido el acta escrita con la convención

(1) * Véase Lehr, *Dr. cit. anglais*, pág. 250; Glasson, *Droit et instit. de l'Angleterre*, VI, pág. 645. *

(2) Esta jurisprudencia parece, no obstante, haber traído su origen del Chatelet, ese santuario de la antigua práctica. «Algunos de esos señores que habian servido en el Chatelet atestiguanon que se habian seguido allí invariablemente estos principios » Tales son las expresiones de M. Grainville, uno de los magistrados que concurren al edicto de 1736.

cuya prueba constituye. «Es absolutamente necesaria, dice, un acta ó escritura para acreditar que ha habido una convención entre las partes. Se halla establecido por el principio natural de las obligaciones, que si la escritura es privada, debe estar duplicada cuando contiene convenciones recíprocas; si una de las partes ó las dos han podido sustraer la prueba de que se ha hecho por duplicado la escritura, ésta es nula y no puede probar que ha habido una convención; porque no se ha formado compromiso alguno entre las partes.» Pero, ¿dónde se ha visto que se prohibiera á uno de los contratantes ponerse á merced del otro? (1). ¿Puede considerarse como una nulidad la dificultad de hecho que se experimenta en justificar una convención que no se ha acreditado por escrito? Aun admitiendo la idea fundamental de esta teoría, suponiendo que para ser válido el escrito debe poder servir de título lo mismo á la una que á la otra parte, es imposible subordinar la validez intrínseca de la convención á esta igualdad de posición entre los contratantes.

M. de Grainville prosigue la exposición de su teoría, para justificar la necesidad absoluta de la mención de que se ha hecho por duplicado escritura. «No es difícil aplicar estos principios á la falta de enunciación del duplicado en las dos actas. Una ú otra de las partes pueden suprimir su duplicado; mas la que quisiera ejecutar la obligación no tendría ningún medio para probar que se había hecho por duplicado, y que, por consiguiente, el compromiso era obligatorio ó recíproco... Es cierto que se hallaban representados los dos duplicados; pero esta representación no suplía la falta de enunciación de que se habían hecho duplicados. Esta representación no daba al acta el carácter que no tenía; era nula en su principio, porque ni uno ni otro de estos duplicados daba á las partes la prueba de que la convención era recíproca, y por consiguiente, obligatoria.» Este raciocinio no es otra cosa que la aplicación á las actas privadas de la regla catoniana que se dirigía á someter su redacción á solemnidades rigurosas, cuya omisión nada podía cubrir. Conforme á los principios sentados por este magistrado, decidió el Parlamento de París en 1767, que la ejecución voluntaria no podía cubrir la falta de la mención, y el de Rouen juzgó (2) en 1875, que

(1) Por el mismo espíritu, en nuestros días han declarado ciertas sentencias (Angers, 27 de Agosto de 1829; Lyon, 27 de Junio de 1832, nula una promesa unilateral de venta, porque no había vínculo de una y otra parte, como si fuera necesario que para ser válido un contrato fuese sinalagmático (véase, por el contrario, la Sent. den. de 12 de Julio de 1847; Paris, 26 de Agosto de 1847; * Den. de 22 de Enero de 1863 *).

(2) La teoría de los duplicados, admitida también por el Parlamento de Bur-

la existencia misma de la mención no bastaba para la regularidad del acta ó escritura, si se conseguía probar que no se había hecho realmente por duplicado; decisiones perfectamente consecuentes, en cuanto se admitía la nulidad radical de la convención por el mero hecho de no hallarse consignada en las formas requeridas.

685. Pero esta nulidad de la convención, que no se apoya sino en una confusión de principios, no ha sido reproducida por el artículo 1325 del Código civil: «Las actas privadas que contienen convenciones sinalagmáticas, dice este artículo, no son válidas sino en cuanto se han extendido en tantos originales cuantas son las partes que tienen un interés distinto.»

«Basta un original para todas las personas que tienen el mismo interés. Cada original debe contener la mención del número de originales que de él se han hecho. No obstante, la falta de mención de que los originales se han extendido por duplicado, por triplicado, etc., no puede oponerse por el que ha ejecutado por su parte la convención que se consigna en la escritura.»

El legislador declara que las actas ó escrituras que no se han extendido por duplicado no serán válidas. Pero no ataca el principio de que puede siempre consignarse la convención por cualquier otro medio de prueba legal (1), cuando no se ha subordinado á la redacción del escrito la perfección de aquélla (2).

686. Al reproducir el Código la obligación de redactar otros tantos originales cuantas partes haya que tengan un interés distinto, reproduce igualmente la necesidad de mencionar en cada original el número de originales que se han hecho: *por duplicado*, *triplicado*, etc. Pero esta mención, ¿es en el día una formalidad indispensable? Antiguamente se le daba tal importancia, que la ejecución voluntaria, que bastaba, como hoy (Ibid., art. 1338), para cubrir los vicios de dolo y de violencia, no podía reparar la falta

deos en 1759, no había prevalecido en todas partes según hemos observado (página 261), pues fué rechazada en Douai en 1777 y en Grenoble en 1779. Es, pues, necesario, para prevalecer de ella, antes del Código, probar el uso ó costumbre del lugar, según lo ha juzgado el Tribunal Supremo el 17 de Agosto de 1814, denegando el recurso contra una sentencia del tribunal de Nimes.

(1) No debe verse más que una reminiscencia de la antigua doctrina en estas palabras de la exposición de motivos: «Cuando todas las partes no tienen un derecho que puedan realizar, debe considerarse el compromiso como si no fuera reciproco, y desde entonces es nulo.»

(2) * M. Demolombe, de cuya doctrina por otra parte nadie participa, sostiene que la falta de cumplimiento de estos requisitos ocasiona la imposibilidad de presentar la prueba del convenio de otro modo que por el hecho de su misma ejecución. (Véase el tomo 29, núms. 421 y siguientes.)

de semejante mención. Sobre este punto, los redactores del Código se han separado abiertamente de los errores de la antigua jurisprudencia. Bigot Preameneau (exposición de motivos) justifica su decisión en estos términos: «¿Cómo quejarse después de haber obrado en virtud del acta, y renunciado, por consiguiente, al medio que se hubiera podido sacar de la nulidad?» Desde que nos hallamos colocados bajo el imperio de principios generales sobre la ratificación tácita que resulta de la ejecución, puesto que la convención no se halla viciada en su principio, no debemos vacilar en decidir que la irregularidad de la redacción, cualquiera que sea, cesa por el solo hecho de la ejecución voluntaria. No exigiéndose la mención en último resultado sino como prueba de que el acta ó escritura se ha extendido por duplicado, el Código, al declarar cubierta la falta de la mención, decide implícitamente que los mismos hechos de ratificación cubrirían la falta de redacción por original duplicado (Sents. dens. de 1.º de Marzo de 1830 y de 29 de Febrero de 1852).

¿No debe avanzarse más aún? La sentencia de 1767, que rehusaba todo efecto á la ejecución voluntaria, no era, en definitiva, más que un corolario de la de 1736, que pronunciaba la nulidad del acta á falta de mención, aunque se presentasen los dos duplicados. Estas dos decisiones eran la consecuencia del principio que transformaba el escrito privado en una escritura solemne, fuera de la cual estaba prohibido buscar los elementos necesarios para la validez de la convención. Siendo precisa la confección de un original duplicado, la mención de este original se requería á su vez como único medio legal de certificar esta confección absolutamente, como si se tratase de una escritura autorizada por notario. El Código, al desechar una de las consecuencias del principio, ¿no ha desechado el principio mismo? En su consecuencia, ¿no se debe admitir que la mención del número de originales sólo se exige por vía de prueba, y que si se presentan los dos duplicados, como ha sucedido en el caso de 1736, se deberá ejecutar hoy la convención, puesto que aparece por la evidencia del hecho que las partes han estado en una posición igual? (V. Grenoble, 8 de Abril de 1829; * Cas. civ. 13 de Junio de 1883. *Contrà*, Colmet de Santerre, V. núm. 288 duplicado *.)

687. Debe considerarse como un acto de ejecución, propio para cubrir el vicio que resulta de la falta de redacción por original duplicado (V. números 491 y 492) el depósito en manos de un notario, efectuado por consentimiento de todas las partes (Sents. dene-

gatorias de 25 de Febrero de 1835 y de 29 de Marzo de 1852). ¿Sucede lo mismo si se ha hecho el depósito en manos de un simple particular, que no pudo asegurar la conservación del acta, poniéndola en la clase de los originales? Háse decidido la negativa por el tribunal de Caen, el 24 de Abril de 1822. Pero creemos que el tribunal de Grenoble ha penetrado mejor el espíritu de la ley, decidiendo por la afirmativa, el 2 de Agosto de 1839. * (En el mismo sentido, París, 4 de Enero de 1877.) * Puesto que la falta del duplicado no anula la convención escrita, es evidente que las partes han visto en él más que un simple proyecto, cuando han hecho su posición igual, depositando el acta en manos de un mandatario común. No sería lo mismo, si se hubiera efectuado el depósito por uno solo de los interesados, aun en manos de un notario (Burdeos, 13 de Marzo de 1829). En tal caso, podría á lo más admitirse una adhesión tácita de la otra parte, si se le hubiese notificado el depósito y no hubiera hecho reclamación alguna.

688. Si los redactores del Código no han hecho, como el Parlamento de París, reflejar la nulidad del acta sobre la convención misma, han mantenido la idea fundamental de la teoría de los duplicados, que no concede efecto al escrito sino en cuanto ha podido servir igualmente de título al uno y al otro de los contratantes. Esta es una protección exorbitante concedida contra la posibilidad de un fraude; protección que puede dar lugar ella misma á fraudes contra los que, ignorando la ley, creyeran á la otra parte formalmente obligada con su firma en un original único. Actualmente, no obstante, esta teoría da lugar raras veces á sorpresas, porque es sumamente conocida (1); debemos también añadir, que numerosas legislaciones extranjeras, que han modificado en muchos otros puntos las disposiciones de nuestro Código, han reproducido su sistema en esta materia (V. *Cód. holandés*, art. 1914.) Pero el Código italiano de 1866 ha abandonado completamente la doctrina de los duplicados.

689. La doctrina de los duplicados, dirigiéndose de esta suerte

(1) Háse invocado, no obstante, un uso contrario á esta teoría en lo tocante á las suscripciones de librería, que se quería obligar al firmante del boletín á cumplir, aunque el editor no había adquirido, por su parte, ningún empeño, pretendiéndose que el envío de los prospectos de librería equivalía á un compromiso por parte del editor. Esta doctrina, que no se apoyaba en ningún motivo jurídico, ha sido rechazada por la jurisprudencia (Sent. den. de 8 de Noviembre de 1843; París 1.º de Marzo de 1848). Solamente, según la opinión que parece prevalecer (número 689), puede invocarse el boletín como principio de prueba por escrito contra el que lo suscribe.

á conservar la igualdad de posición entre los contratantes, se pregunta, si esta igualdad puede subsistir en el caso en que se concediera alguna fuerza al original, que presumía ser único, por razón de la falta de la mención de *duplicado*, que se presentase por una de las partes. ¿Debe verse ó no en este original un principio de prueba por escrito, á fin de admitir especialmente la prueba testimonial? No nos detendremos en un argumento poco formal, en el que se funda Toullier para sostener la afirmativa (tit. 8.º, núm. 318), cuando hace notar que el artículo declara las actas *no válidas*, pero no *nulas*; diferencia imperceptible, á la cual no es posible atribuir ninguna importancia, siendo constantemente opuesta la palabra *válida* á la palabra *nula* en las disposiciones de nuestras leyes (Cód. civ., arts. 48 y 170). Pero si el acta no es válida, ¿puede comprendérsela en las palabras del art. 1347, que considera como principio de prueba por escrito toda acta escrita que emane del demandado, y que haga verosímil el hecho alegado? Para sostener la negativa, se hace notar, que según la presunción de la ley, el acta ó escritura no duplicada no debe considerarse sino como un simple proyecto, y que no puede admitirse que esta acta hace fe, sin ver en ello una prueba completa, lo cual es precisamente contrario al sistema legal. Es sobrado evidente, se añade, que la parte que podría apoderarse de esta acta, para corroborarla con la prueba testimonial ó con simples presunciones, tendría una ventaja inmensa sobre la otra, que se hallara en la imposibilidad de usar de la misma facultad: así se encontraría forzosamente roto el equilibrio que el legislador ha querido establecer. Esta opinión es la más estrictamente lógica; pero diré gustoso con los juriconsultos romanos (Jul., l. 20, D. *De reb. cred.*): *Hæc intelligenda sunt propter subtilitatem verborum*. Si nos referimos al buen sentido, es imposible desconocer en el acta que no está duplicada *un acta por escrito emanada del demandado y que hace verosímil el hecho alegado*. Simple proyecto ¡sea! Pero está admitido prevalerse de una nota anunciando un simple proyecto, para probar después por testigos la realidad del proyecto indicado. Un acta *no válida* es, pues, susceptible de servir de principio de prueba por escrito, puesto que el art. 1317 se refiere á una simple verosimilitud de hecho, independientemente de toda condición de derecho. Vale más, en último resultado, dejar á los jueces la facultad de apreciar los hechos, que fundar una excepción de incontestación en las consecuencias más ó menos directas de una teoría controvertible. La práctica ha acabado por pronunciarse por esta opinión, que ha consagrado *in terminis* una sen-

tencia de casación de 28 de Noviembre de 1864. * (V. también Lyon, Cas. de 23 de Abril de 1877.) *

Como quiera que sea, si ha podido subordinarse la convención á la redacción de un escrito, ha podido muy bien ser independiente de esta redacción. En esta hipótesis, debe ser permitido al demandante, como ya hemos dicho, al menos desde la promulgación del Código, dejar aparte el escrito y usar de los medios de prueba que le están siempre reservados como último recurso del interrogatorio y del juramento, según ha juzgado el tribunal de Lyon el 16 de Julio de 1827 (V. también la sent. deneg. de 16 de Mayo de 1859).

Háse sostenido, no obstante, algunas veces que esto era violar también la igualdad de posición entre las partes, puesto que aquel á quien se opusiera un escrito revestido con su firma no se atrevería á jurar que él no estaba obligado. Pero, aunque fuera cierto que el juramento llegara á ser moralmente imposible, la desigualdad de posición de las partes no sería en último resultado más que moral y no legal, puesto que estaría siempre en sus manos la suerte del demandado. Más aun, la objeción no es siquiera fundada, porque quien dice no haber firmado más que un proyecto, puede muy concienzudamente, si es cierta la alegación, prestar juramento de que él no ha entendido obligarse. Es imposible, en último resultado, que la parte provista con un acta de que renuncia á prevaleerse, se encuentre en una condición inferior á la de la parte que no pudiera absolutamente invocar nada en favor suyo (1).

690. Veamos ahora cuál debe ser el número de originales. Según el texto del Código, debe ser igual al de las partes que tienen un *interés distinto*. El tribunal ha sustituido estas expresiones á las de *interés particular*, que se encontraban en el proyecto. Así, muchos vendedores ó muchos compradores de una propiedad tienen un interés particular, pero no distinto, en el sentido que aquí ha tenido á la vista el legislador, y bastará que se extienda para todos un solo original, salvo entenderse entre sí para la conservación del acta. Por el contrario, será distinto el interés, si se supone á muchos herederos extendiendo un acta ó escritura privada para

(1) Según un uso constante (Nancy, 23 de Junio de 1849, Rennes, 15 de Noviembre de 1869), basta que el duplicado entregado á una de las partes lleve la firma de la otra. * Como lo dicen, en efecto exactísimamente los Sres. Aubry y Rau, 4.^a edición, t. 8.^o, § 756, nota 30, «si cada uno de los contrayentes debe con su firma dar á los demás un título contra sí propio, las partes no necesitan comprometerse para consigo mismas por medio de sus propias firmas.» *

consignar la partición de una herencia: entonces serán necesarios tantos originales como herederos haya.

691. La doctrina moderna, lo mismo que la doctrina antigua, no aplica la necesidad de los duplicados sino á la prueba de los contratos sinalagmáticos, es decir, que producen compromisos de una y otra parte. No hay, pues, que atenerse á la denominación del acta, sino á la naturaleza del compromiso que de ella resulta. Si, pues, se ha calificado de venta un contrato en que hay recibo del precio; es claro que al comprador sólo le interesa tener un original en su poder, puesto que el vendedor se halla completamente indemnizado y no queda más que una obligación unilateral (Montpellier, 20 de Junio de 1828; Burdeos, 30 de Enero de 1834). ¿Pero sucedería lo mismo en el caso inverso, es decir, si un acta, unilateral por su naturaleza, originase de hecho obligaciones recíprocas? Tales son los contratos que se han llamado *sinalagmáticos imperfectos*, el mandato, la prenda, etc., que no obligan en el principio, más que al mandatario ó al acreedor prendario, pero de los que pueden nacer más adelante obligaciones respecto del mandante ó del deudor. Nada más prudente, sin duda, para el acreedor ó para el mandatario que hacerse entregar un duplicado. Pero el artículo 1325 no lo exige, puesto que no habla más que de contratos sinalagmáticos, y ninguna disposición de nuestras leyes autoriza á comprender en esta clase los contratos sinalagmáticos imperfectos, que no son más que una variedad de contratos unilaterales.

De otra suerte sería si el contrato, aunque habitualmente unilateral, engendrarse en virtud misma de sus cláusulas empeños recíprocos, por ejemplo, si no se prestara una caución sino mediante un término ó una remisión parcial concedida por el acreedor, pues el acta de caución debería extenderse por original duplicado (Sentencias denegs. de 23 de Agosto de 1855; Nimes, 28 de Noviembre de 1851; * Cpr. Alger, 22 de Mayo de 1878. *)

692. En cuanto á los terceros, no podrán prevalerse de la inobservancia de la formalidad de los duplicados, cuando guarden silencio las partes. Por eso ha juzgado el tribunal de París el 13 de Agosto de 1823, que los deudores ó tenedores perseguidos por un cesionario, no pueden hacer que se declare inadmisibile su reclamación, bajo pretexto de que el acta ó escritura privada en que se consignaba la cesión no tenía la mención *por duplicado*. * (Cpr. Rennes, 1.º de Mayo de 1878.)*

Mas, á la inversa, un tercero, si tiene interés en ello, puede invocar el acta, aun cuando no se haya duplicado. En su consecuencia,

la teoría de los duplicados no puede oponerse á la administración del registro. La inobservancia de la formalidad del duplicado no llevando consigo la nulidad de la convención, la administración del registro, mientras las partes no han utilizado la nulidad del acta, está fundada para prevalerse contra ellas de la nulidad del acta con objeto de acreditar la existencia del compromiso, á fin de someterlas á los derechos que deben pagar (Sent. deneg. de 24 de Junio de 1890).

693. Finalmente, la aplicación de esta teoría nos parece incompatible con la celeridad y la sencillez que caracterizan las operaciones comerciales. Es verdad que ciertas sentencias (Colmar, 28 de Agosto de 1816; Lyon, 18 de Diciembre de 1826; Rouen, 23 de Diciembre de 1846) han exigido el original duplicado, aun en materia comercial, y M. Massé (*Derecho mercantil*, tomo 45, número 2416) sostiene esta opinión con una convicción profunda. Su principal argumento consiste en la circunstancia de que el art. 109 del Código de Comercio, enumerando las actas ó escrituras privadas, remite virtualmente á las condiciones que el derecho civil impone para la validez de estas actas. Pero esta exigencia, que, aunque criticable, se comprende en el derecho común, cuando se halla sometida la prueba á ciertas restricciones, no tiene razón de ser en el derecho mercantil, en que la prueba testimonial (*Cód. de Com.*, art. 109), y, por el contrario, las presunciones son admisibles indefinidamente. La ley ha tenido cuidado de recordar (*Ibid.*, art. 39) que las sociedades en nombre colectivo ó en comandita, consignadas en escritura privada, deben extenderse conforme al art. 1326 del Código civil. Conviene aplicar la misma decisión á ciertos contratos mercantiles sinalagmáticos, tales como el de seguros marítimos, que sometidos á la redacción por escrito, deben entrar en las prescripciones del derecho común (1). En sentido inverso, hay actos sinalagmáticos, respecto de los cuales es constante que no se requiere el original duplicado: el registro de un agente de cambio, la factura del vendedor aceptada por el comprador, según los términos del art. 109 del Código de Comercio. M. Massé reconoce que sucede lo mismo con las cartas de conducción ó de transporte. La cuestión no afecta en definitiva más que á ciertas operaciones usuales, tales como las ventas, respecto de cuya prueba el espíritu

(1) Si habitualmente no se extiende por original duplicado la póliza del seguro, es porque se paga el precio al contado, y entonces (núm. 691) el contrato se hace unilateral. (V. sent. deneg. de 19 de Diciembre de 1816.)

de la ley mercantil es dejar toda latitud á las partes. Tal es la opinión de la gran mayoría de los autores (V. Trèves, 30 de Mayo de 1820, así como los considerandos de la sentencia denegatoria de 8 de Noviembre de 1843).

694. Lo indudable es que ante la jurisdicción consular está permitido tomar en consideración toda especie de escritos. Es natural, después de todo, que la correspondencia sea un medio de prueba regular para los comerciantes, que están obligados á poner en legajo las cartas que reciben y copiar en un libro las que remiten (Cód. de Com., arts. 8.º y 109): de donde esta decisión algo exagerada de la Rota de Ginebra (decis. 142, núm. 2): *Litteræ quæ mittuntur inter mercatores habent vires publicorum instrumentorum*. No obstante, la correspondencia no hace constar regularmente una convención comercial más que en el caso en que exista demanda y contestación, salvo la apreciación de las circunstancias en que el silencio significa una aceptación tácita. (Comp. los fallos del Tribunal de casación, 25 de Mayo de 1870, y de la Audiencia de Burdeos, 3 de Junio de 1867.)

¿Es lo mismo ante la jurisdicción civil? La razón de dudar se saca precisamente de la doctrina de los duplicados. Ningún artículo del Código civil, se dice, menciona especialmente la correspondencia, como lo hace el art. 109 del Código de Comercio. Pero es constante que las ventas, aun verbales, son perfectamente válidas, lo mismo en el día que anteriormente. No se requiere original duplicado, según el texto mismo de la ley, sino cuando las partes forman un acta privada. Cuando tratan por correspondencia, no pueden sujetarse á formas que repugnan á la naturaleza de las cartas misivas. Además, no ha lugar á desconfiar de la correspondencia, como se desconfía de los testigos; lo cual indica claramente el art. 1355 del Código civil, que declara inútil la alegación de una confesión extrajudicial *puramente verbal*, siempre que se trata de una demanda cuya prueba testimonial no fuera admisible. Es, pues, permitido acreditar la existencia de una venta de inmuebles por medio de cartas del vendedor y del comprador producidas en juicio (Sent. deneg. de 26 de Enero de 1842). Háse consignado también por cartas de una mujer casada el hecho de la ocultación del embarazo (Sents. denegs. de 31 de Mayo de 1842; Alger, 12 de Noviembre de 1866). Según Merlin (*Repert.*, V. *Lettre*, núm. 6), una carta misiva debería reputarse confidencial, por el solo hecho de que se escribiera á un tercero; las cartas misivas han sido en efecto desechadas por una sentencia denegatoria de 5 de Mayo

de 1858, y por sentencias del tribunal de Aix de 5 de Junio de 1852 y del tribunal de Caen de 31 de Julio de 1856. Pero la doctrina de Merlin es sobrado absoluta; la carta, aunque dirigida á un tercero, puede haberse escrito en favor del que quiere servirse de ella, y entonces nada impide que se produzca en juicio (1). (Sents. denegatorias de 3 de Julio de 1850 y 26 de Julio de 1864.) En todo caso, no deberá entenderse permitido el uso de una publicación indiscreta hecha sin el consentimiento del autor de las cartas ó de sus representantes, como ha decidido una sentencia de 10 de Septiembre de 1850, relativamente á la correspondencia de Benjamín Constant (2).

«Considerando, dice el tribunal de París, que una carta confidencial no es una propiedad pura y simple en manos de aquel á quien se escribió; que el secreto que contiene es un depósito de que este último no puede disponer por sí solo; que al entregar su pensamiento á un tercero en una correspondencia una persona, puede imponer por condición á este acto de confianza, que permanezca encerrado en el dominio de la intimidad; que esta condición tiene todos los caracteres de un verdadero pacto; que se halla virtualmente contenida en toda carta misiva de naturaleza confidencial; que, si contra el voto de esta convención tácita, fuera divulgado el secreto de una carta, sería, no sólo faltar á los compromisos naturales de este género de relaciones, sino llevar la inquietud al comercio privado y romper uno de los lazos de la sociedad humana; considerando que estos principios no tienen excepción, aun cuando el autor de una correspondencia confidencial hubiera representado un papel público; que por extensos que sean los derechos de la historia sobre los personajes que dependen de ella, deben detenerse ante el santuario del fuero interno; que puede haber en la vida privada de los hombres públicos, sentimientos, afectos, desahogos que el respeto propio y el de los demás les haga sepultar en el misterio; que el interés de las familias tiene el derecho de velar

(1) * La jurisprudencia reconoce á los jueces un poder casi discrecional, en cuanto á la oportunidad y á la conveniencia de presentar cartas en un litigio civil (V. Cas. 3 de Febrero de 1873). Sin embargo hace generalmente la reserva de que la persona que quiera usar dichas cartas no debe emplear manejos desleales para proporcionárselas (Cpr. Burdeos, 13 de Enero de 1879 y Cas. 15 de Julio 1885. Véase Aubry y Rau, 4.^a edición, t. 8.^o, § 760 triplicado.) *

(2) Puede verse en la *Revista crítica* (tomo 1.^o, núm. 104) las excelentes observaciones de M. de Cormenin sobre esta sentencia, observaciones más oportunas que nunca, hoy que son ávidamente buscados por cierto público los pequeños escándalos y anécdotas.

sobre este dominio inaccesible, y de defenderlo contra las invasiones de una indiscreta publicidad.»

En lo que se refiere al derecho de los acreedores, la Audiencia de Angers (Sent. de 4 de Febrero de 1869) establece una distinción entre las cartas que tienen un carácter meramente confidencial, y que ha prohibido poner en pública subasta, aun cuando tengan un valor en venta como autógrafos, y aquellas cuyo carácter es verdaderamente histórico, habiendo admitido para estas últimas el derecho de los acreedores, si el activo se encuentra agotado.

Volveremos á hablar del secreto de las cartas cuando tratemos de la fe de las actas privadas ante la jurisdicción criminal (número 765).

.*. Por nuestro derecho, da fuerza y validez á los documentos privados la firma de la parte que se obliga en ellos. Asi se consigna expresamente en la ley 114, tit. 18, Part. 3.^a, que dice: «E aun decimos, que si alguno face carta por su mano, ó la manda hacer á otro, que sea contra si mismo ó pone en ella su sello (posteriormente substituyó á este sello la firma), que puedan probar contra él por aquella carta, si la demanda fuere por razón de aquel mismo que fizo la carta ó la mandó hacer». (Véase también la ley 119 del mismo título y Partida.)

El instrumento privado hace fe y tiene antigüedad entre las partes y sus herederos desde su fecha; ley 31, tit. 15, Part. 5.^a

El instrumento privado constituye, en general, plena prueba contra el que lo hace ó lo mandó hacer y sus herederos en los casos siguientes: 1.º Si lo reconoce por suyo su autor ante el juez ó en escritura pública; 2.º Si habiendo muerto su autor ó negando ser suyo, lo aseguran de cierta ciencia dos testigos de competente edad, contestes y sin tacha, que declaren en juicio contradictorio y bajo juramento haberle visto hacer por el mismo autor ó por otro de su orden, á no ser que el asunto sobre que versa dicho documento exija para su prueba mayor número de testigos; 3.º Si negándose su autor al reconocimiento, y desfriéndole juramento la otra parte, no le quisiere prestar, ni tampoco referirselo á la misma; 4.º Según algunos autores, entre ellos Febrero, si la parte contra quien se presenta no le redarguye de falso ni opond defecto que destruya su legitimidad, aunque expresamente no le reconozca ni se compruebe por testigos, porque se presume que le confiesa y aprueba tácita y virtualmente con su silencio.

Esta doctrina ha sido ratificada por el Tribunal Supremo de Justicia en decisiones sobre recursos de casación, en las que se han hecho las declaraciones siguientes:

Los documentos privados que se comprueban por el dicho de los testigos que en ellos intervinieron, y declaran ser cierto su contenido, y que además no son redargüidos de falsos, aunque el obligado no se hubiere ratificado en ellos por haber fallecido, hacen entera fe en juicio (Sent. de casación del Tribunal Supremo de Justicia de 2 de Marzo de 1868).

El reconocer un demandado como suya la firma puesta al pie de una liquidación que el demandante presenta, únicamente constituye un dato para la apreciación de la prueba, pero no es la *conoscencia* á que se refieren las leyes 1.^a, 4.^a, 5.^a, 6.^a y 7.^a, tit. 13, Part. 3.^a (Sent. de cas. de 14 de Noviembre de 1862).

La firma puesta en un oficio no es un comprobante tal del finiquito de un contrato que enerve toda otra prueba en contrario (Sent. de cas. del Trib. Sup. de Just. de 12 de Mayo de 1866).

Las leyes 114 y 119, tit. 18, Part. 3.^o, al exigir para la validez y eficacia en juicio de los documentos privados el reconocimiento de los mismos por la parte

que los suscribió, ó en su defecto, la declaración de los testigos presenciales, caso de aparecer en dichos documentos, no excluye la de otros que tengan conocimiento del hecho en cuestión, ni tampoco los demás medios de prueba que el derecho tiene reconocidos (Sent. de cas. de 12 de Mayo de 1865).

Si bien los documentos privados que han sido reconocidos bajo juramento ante la autoridad judicial tienen fuerza ejecutiva, esto ha de entenderse y se entiende sin que por ello se dé en juicio ordinario á tales títulos más fuerza, fe ni autoridad que la que por derecho tienen y deben tener cuando son impugnados por un tercero (Sent. de cas. de 21 de Octubre de 1865).

Si bien un documento privado carece por sí solo, con arreglo á la ley 114, título 18, Part. 3.^a, de eficacia legal para acreditar la transmisión del dominio de los bienes inmuebles, como quiere que haga alguna presunción y exige para esta clase de contratos el otorgamiento de escritura pública, esto no basta, ni se infringe dicha ley, cuando se acredita la verdad del documento por virtud del reconocimiento del vendedor y de los testigos que en su otorgamiento intervinieron, resistiendo de este modo aquel acto privado de la eficacia y solemnidad que le faltaba (Sent. de cas. de 14 de Febrero de 1865).

Las leyes de Partida sobre la fuerza probatoria de los documentos privados han sido modificadas por el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. de casación de 8 de Septiembre de 1858).

Respecto á la cuestión sobre si es necesaria la mención de la causa por que se ha suscrito una obligación unilateral, que trata M. Bonnier en los núms. 679 y siguientes, nuestros intérpretes habian deducido de las leyes 7.^a, tit. 13, Partida 6.^a, y 25, § 4.^o, tit. 3.^o, libro 22 del Digesto, la máxima, que para ser eficaz la obligación, era necesaria la expresión de la causa de deber, y aun después de la ley 1.^a, tit. 1.^o, lib. 10 de la Nov. Recop., sobre que de cualquier manera que parezca que uno quiso obligarse, queda obligado, se ha agitado en pro y en contra la misma cuestión con un calor que contrastaba singularmente con la constante práctica en contrario (Véase el Conde de la Cañada, *Inst. práct.*, parte 1.^a, cap. 3.^o, núm. 11 y Febrero, núm. 213 del juicio ejecutivo, con las notas de Gutiérrez).

El derecho patrio no contiene disposición alguna sobre la necesidad de los duplicados del documento que contenga obligaciones recíprocas ó contratos *sinajmáticos* de que trata M. Bonnier en los núms. 683 y siguientes, aunque es lo natural que las partes se procuren los dobles originales para su mutua seguridad, pues de otra suerte quedaría una de ellas á merced de la otra parte en cuyo poder se dejase el único original.—(N. del T.)

* * * Regulando la fuerza de los documentos privados entre los contratantes, declara el art. 1225 del Código civil, que reconocidos aquéllos legalmente tendrán el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes. Los asientos, registros y papeles privados únicamente hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad (art. 1228): pero el que quiera aprovecharse de ellos habrá de aceptarlos en la parte que le perjudiquen. La nota escrita ó firmada por el acreedor á continuación, al margen ó al dorso de una escritura que obre en su poder (art. 1229) hace fe en todo lo que sea favorable al deudor. Lo mismo se entenderá de la nota escrita ó firmada por el acreedor al dorso, al margen ó á continuación del duplicado de un documento ó recibo que se halle en poder del deudor.

En ambos casos, el deudor que quiera aprovecharse de lo que le favorezca, tendrá que pasar por lo que le perjudique.

La entrega del documento privado justificativo de un crédito (art. 1188), hecha voluntariamente por el acreedor al deudor, implica la renuncia de la acción que el primero tenía contra el segundo. Si para invalidar esta renuncia se pretendiere que es inoficiosa, el deudor y sus herederos podrán sostenerlo probando que la entrega del documento se hizo en virtud del pago de la deuda. Siempre que el documento privado de donde resulte la deuda

(artículo 1189) se hallare en poder del dador, se presumirá que el acreedor lo entregó voluntariamente, á no ser que se pruebe lo contrario.

Según el Código de Comercio (art. 48), para graduar los libros de los comerciantes, se observarán las reglas siguientes:

1.^a Los libros de los comerciantes probarán contra ellos, sin admitirles prueba en contrario; pero el adversario no podrá aceptar los asientos que le sean favorables y desechar los que le perjudiquen, sino que, habiendo aceptado este medio de prueba, quedará sujeto al resultado que arrojen en su conjunto, tomando en igual consideración todos los asientos relativos á la cuestión litigiosa.

2.^a Si en los asientos de los libros llevados por dos comerciantes no hubiere conformidad, y los del uno se hubieren llevado con todas las formalidades, y los del otro adolecieren de cualquier defecto ó carecieren de los requisitos exigidos por el Código, los asientos de los libros en regla harán fe contra los de los defectuosos, á no demostrarse lo contrario por medio de otras pruebas admisibles en derecho.

3.^a Si uno de los comerciantes no presentare sus libros, ó manifestare no tenerlos, harán fe contra él los de su adversario, llevados con todas las formalidades legales, á no demostrar que la carencia de dichos libros procede de fuerza mayor, y salvo siempre la prueba contra los asientos exhibidos por otros medios admisibles en juicio.

4.^a Si los libros de los comerciantes tuvieren todos los requisitos legales y fueren contradictorios, el Juez ó Tribunal juzgará por las demás probanzas, calificándolas según las reglas generales del derecho.

En cuanto á la firma no es requisito esencial ó nota característica de los documentos privados. La requieren, según los artículos 444, 462, 531 y 535 del Código de Comercio, las letras de cambio, las libranzas, vales, pagarés y cheques; pero como ya hemos observado, los asientos y registros hacen prueba contra el que los ha escrito, y tienen la que les atribuye el art. 1229 del Código civil las notas simplemente escritas, aunque no firmadas por el acreedor. Asimismo previene el art. 51 del Código de Comercio que la correspondencia telegráfica producirá obligación entre las partes contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones ó signos convencionales que propiamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado.

En todos estos casos, los documentos privados habrán de ser comprobados por los medios que la ley establece.

Aquel, dice el art. 1226 del Código civil, á quien se oponga en juicio una obligación por escrito que aparezca firmada por él, está obligado á declarar si la firma es ó no suya. Los herederos ó causahabientes del obligado podrán limitarse á declarar si saben que es ó no de su causante la firma de la obligación.

La resistencia, sin justa causa, á prestar la declaración mencionada en los párrafos anteriores, podrá ser estimada por los Tribunales como una confesión de la autenticidad del documento.

De la firma y demás requisitos necesarios, según su clase, de los documentos ejecutivos civiles y mercantiles, tratan los artículos 1429 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil.

El art. 548 del Código penal castiga á los que cometieren alguna defraudación, abusando de firma de otro en blanco, y extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo ó de un tercero.

Según el art. 465 del Código de Comercio, los endosos de las letras de cambio, firmados en blanco, transferirán la propiedad de aquéllos y producirán el mismo efecto que si en ellos se hubiere escrito «valor recibido».

De la fecha con relación á tercero hablaremos en la nota siguiente. El

Código de Comercio le requiere en los documentos de cambio antes mencionados.

Tocante á la causa, dispone el art. 1277 que, aunque no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario. —(N. de la R.)

§ II.—Fe respecto de los terceros.

SUMARIO: 695. Dificultades sobre la fe de la fecha con respecto á terceros.—696. No debe comprenderse entre los terceros al incapaz. Cuándo debe comprenderse á los herederos.—697. Fecha de las actas con respecto á la masa de acreedores.—698. Con respecto á la administración del registro.—699. Derechos incontestables de los terceros *penitus extranei*.—700. Derechos de los causahabientes, por título particular, negado inoportunamente por Toullier.—701. *Quid* relativamente á los finiquitos opuestos, caso de cesión.—702. Excepción en materia mercantil.—703. Registro de las actas ó escrituras privadas.—704. Otros medios de dar al acta fecha cierta.—705. Confesión expresa ó tácita que suple á la certeza de la fecha.—706. Regla especial en materia de expropiación por causa de utilidad pública.

695. Es indudable que el acta ó escritura privada, cuando se acredita legalmente su sinceridad, no tiene, respecto de los firmantes, la misma fe que el acta auténtica. Pero el art. 1322 le concede esta autoridad entre los que la han suscrito, y entre sus herederos y *causahabientes*. Graves dificultades se suscitan sobre esta disposición, comparada con la del art. 1328, que quiere que las actas privadas no hagan fe de su fecha respecto á los *terceros*. ¿Cuáles son los causahabientes de las partes? ¿Quiénes son los que deben considerarse como terceros? Hablemos desde luego de los sucesores y causahabientes por título universal; después trataremos la cuestión tan controvertida de los causahabientes por título particular.

696. Los sucesores por título universal están obligados á todos los compromisos suscritos por su autor durante la vida. En su consecuencia, no tienen en general interés alguno en negar la fecha del escrito, puesto que están sujetos por la firma del difunto, cuando se halle acreditada, cualquiera que sea la época de su vida en que se haya dado. Mas cuando ha sido afectado su autor de una incapacidad que no le impedía suscribir de hecho las escrituras, por ejemplo, si sufre la interdicción, los herederos podrán exigir del portador del escrito que éste tuviera una fecha cierta anterior á la interdicción pronunciada. Y por vía de consecuencia, sería preciso decir que el mismo que sufría la interdicción puede negarse en vida suya á ejecutar compromisos, de los que no se pudiera probar que son anteriores á la época en que comenzó su incapacidad. Los herederos no son, en último resultado, los causahabientes del difunto, el cual

no es autor de ellos, sino en cuanto tiene el poder de contratar. El mismo incapaz no es, si es lícito expresarse así, su propio causahabiente, sino respecto de las actas que él ha suscrito antes de su incapacidad. El acreedor, pues, que hace el papel de demandante, es quien deberá acreditar que la fecha del escrito es anterior al acontecimiento que ha cambiado la posición del firmante.

Tales serían las rigurosas consecuencias á que debería efectivamente llegarse, si la doctrina relativa á la certidumbre de la fecha fuera uno de esos principios de razón que dominan la ciencia, y á los cuales no debe vacilarse en dar toda la trascendencia de que son susceptibles en la aplicación. Pero esta necesidad de una fecha cierta con respecto á tercero no es otra cosa que una precaución que, desconocida durante largo tiempo en la jurisprudencia, no ha sido introducida en nuestro antiguo derecho, sino por consideraciones de utilidad práctica (V. las sentencias del Parlamento de Rouen de 2 de Marzo de 1629 y del Parlamento de París de 19 de Agosto de 1729). Es, pues, preciso ver cuáles son los intereses que se ha querido garantizar estableciendo esta doctrina. Pues bien; consultando las sentencias y los autores, es fácil reconocer que el objeto propuesto ha sido proteger á los terceros propiamente dichos, es decir, á los que trataban con las partes contratantes, contra el peligro de las antedatas, practicadas después del acto en fraude de sus derechos. Pero jamás se ha entendido por terceros, ni á los herederos cuyo autor hubiera sido declarado incapaz durante una parte de su vida, ni, sobre todo, al mismo incapaz. Háse querido siempre que en las relaciones del acreedor con el signatario del acta ó con sus herederos, no hubiera necesidad de dar al escrito una fecha cierta; de otra suerte, sería imposible tener la menor seguridad cuando se trata con una persona, sin pagar los derechos del registro, puesto que de un momento á otro esta persona puede hacerse incapaz. Y para remediar un fraude excepcional en los casos en que el incapaz hubiera suscrito actas antedatadas, sin que fuese posible reconocer la antedata, se incurriría en el grande inconveniente de anular todo escrito anterior á la incapacidad, pero cuya fecha no fuese legalmente acreditada. Una doctrina concebida en un interés enteramente práctico no debe recibir una extensión que la utilidad práctica desconoce. En último resultado, teniendo los herederos del incapaz habitualmente con él relaciones mucho más íntimas que los terceros, tienen más facilidad para acreditar la antedata, que puede siempre consignarse con conocimiento de causa (V. Cas. 5 de Abril de 1842; sent. den. de 15 de Junio de 1843). Lo

mismo sucede, á la inversa, respecto del incapaz que vuelve á hacerse capaz, cuando se le oponen las actas suscritas por el que administra sus derechos. Así, una sentencia que quería que los arrendamientos suscritos por un tutor tuviesen fecha cierta para poder oponerse al pupilo que había llegado á ser mayor, ha sido casada el 8 de Junio de 1859. Y si el Tribunal de Casación (Den. de 30 de Junio de 1868) ha querido que el tenedor del escrito pruebe la anterioridad de su fecha al nombramiento de un consejo judicial que se hubiese dado al firmante, es porque la antefecha resaltaba en realidad de las circunstancias del litigio.

Sin embargo, los herederos deben considerarse como terceros cuando no obran en nombre del difunto, sino como ejerciendo un derecho que les pertenecía, que la antedata hubiera tenido por objeto defraudar, por ejemplo, cuando atacan una venta hecha por su autor en beneficio de su conjunto, pero cuya fecha aparente es anterior al matrimonio; la prohibición de la venta entre esposos (V. *Cód. civil*, art. 1595), ha tenido por objeto proteger un interés especial y distinto que invocan los herederos, y tienen desde luego cualidad para invocar el art. 1328 (Cas. de 31 de Enero de 1837; sent. den. de 6 de Febrero de 1838).

697. Los que, sin ser sucesores, son causahabientes por título universal del firmante del acta, no podrán considerarse como terceros. Por eso la masa de acreedores en la quiebra (Cas. de 4 de Julio de 1854; Metz, 1.º de Febrero de 1860; * Cas. de 28 de Junio de 1875 *), no puede rechazar un título que se hubiera presentado, porque no tuviera fecha cierta (1). Semejante exigencia haría imposible las transacciones mercantiles, respecto de las cuales veremos, por otra parte, que no se exige la certeza de la fecha. La masa no es, pues, un causahabiente por título singular, y no puede, en su consecuencia, rechazar un acta privada, sino haciendo prueba de su antedata. Podría oponerse, no obstante, el art. 1040 del Código civil, según cuyos términos no está obligada la sociedad conyugal por las deudas anteriores de la mujer, sino en cuanto resulten de un acta que tenga fecha fija antes del matrimonio. Pero debe verse en este artículo una disposición especial, que se dirige

(1) * Una sentencia de casación en lo civil del 28 de Junio de 1865 dice con mucha precisión «que los acreedores quirografarios que litigan bajo este solo concepto sin valerse de otros derechos particulares distintos de aquellos que se les confieren sobre la totalidad del patrimonio del deudor, deben, salvo en caso de fraude, ser considerados como sus causahabientes y no como terceros; de modo que los escritos privados extendidos por el deudor dan fe por sí mismos de su fecha». *

á prevenir los fraudes, y no un principio absoluto; así, el tribunal de Limoges (el 28 de Noviembre de 1849) y el de París (10 de Julio de 1866) han admitido á los herederos ó cesionarios de una mujer casada varias veces, á invocar otras pruebas que las actas que tenían una fecha cierta y anterior al casamiento.

Con idéntico espíritu el Tribunal Supremo se ha negado á aplicar el art. 1410, cuando, por el contrario, es á la mujer á quien se presentan, después de la disolución de la comunidad, pagarés de su marido que carecen de fecha segura. «La mujer, dice el Tribunal (Den. de 13 de Marzo de 1854), no puede considerarse sino como un tercero con relación á las actas que se refieren á una comunidad que ella aceptó.» Igualmente leemos en un fallo de Nancy de 25 de Julio de 1868, «que debidamente representada por el jefe de la comunidad, la mujer no puede tener el carácter de tercero, é invocar el art. 1328.» (En igual sentido, Burdeos, 16 de Enero de 1878).

Cuando la mujer quiere ejercitar la hipoteca legal sobre los bienes de su marido, con la fecha de un compromiso que hubiese contraído con él (*Cód. civil*, art. 2135), ¿está obligada á presentar un acta que tenga fecha segura?

En cuanto la mujer se presenta delante de los acreedores hipotecarios, que son verdaderos terceros, debe acreditar la verdad de la fecha; el no exigirle la inscripción de la hipoteca, no la dispensa de ningún modo de acreditar debidamente la fecha del compromiso (Cas. de 5 de Febrero de 1851). No sucede lo mismo cuando se encuentra enfrente de la multitud quirografaria, especialmente en una quiebra de meros acreedores, que no pueden tener, excepto en caso de fraude ó dolo, mayor cantidad de derechos que el mismo deudor (Cas. 15 de Marzo de 1859; Amiens, 26 de Marzo de 1860).

698. Es preciso, por una parte, asimilar á las partes la administración del registro, la cual, para la percepción de los derechos sobre las actas, aun privadas, debe tomarlas tales como son, con la fecha que resulta de su contexto. De otra suerte, no se comprendería cómo el registro, que es precisamente el medio más habitual de dar fecha cierta á un acta privada, se exigiera algunas veces *dentro de los tres meses de su fecha* (ley de 22 de Frimario, año VII, artículo 22). Cuando el legislador ha creído deber exigir, respecto de dicha administración, en las hipótesis particulares, la certeza de la fecha, ha tenido cuidado de declararlo formalmente. (*Ibid.*, artículo 62, § 3.º, 16.º)

699. Veamos ahora cuáles son los terceros, respecto de los cuales se requiere la certidumbre de la fecha. Sabemos ya que la palabra *terceros* no se emplea siempre en la misma acepción. Cuando el Código civil dice que las convenciones no perjudican á los terceros (art. 1165), entiende hablar de los terceros *penitus extranei*, á quienes no liga lazo alguno á las partes contratantes; cuando dice que las contra-escrituras no tienen efecto contra terceros (artículo 1321), tiene á la vista, por el contrario, á los causahabientes de las partes, al menos por título particular (núm. 516).

Parécenos en primer lugar incontestable que, á diferencia del acta notariada, el acta privada no tiene fecha con respecto á terceros *penitus extranei*. No hay, pues, lugar siquiera de ver en esto un principio de prueba por escrito, fijándose en una sentencia dada por el Parlamento de París, el 29 de Diciembre de 1716, en favor de un adquirente que invocaba como título para la prescripción de diez ó veinte años un acta privada no registrada. En el día (núm. 165) el principio de prueba por escrito debe emanar de aquel contra quien se entabló la demanda (*Cód. civil*, art. 1347): pues bien; el propietario que reivindicá el inmueble respecto del cual se invoca la prescripción, es completamente extraño al acta privada en que se consigna la venta de este inmueble. La fecha enunciada en esta acta es, pues, para él, bajo todos conceptos, *res inter alios acta*.

700. ¿No debe irse más adelante y comprender aquí, como en materia de contraescrituras, bajo la denominación de terceros, los causahabientes por título particular del firmante del acta? ¿Se podía especialmente, antes de ponerse en vigor la ley de 23 de Mayo de 1855, oponer al comprador de un inmueble (porque sobre este caso tan sencillo es sobre el que se han suscitado las más vivas controversias) si justificase su derecho con un acta que tuviera fecha cierta, un escrito no registrado, de donde resultara una venta anterior del mismo inmueble en beneficio de otra persona? Toullier (tomo 8.º, núms. 244 y sigs., y disert. al fin del tomo x) ha sostenido con pertinacia la afirmativa, fundándose en la letra del artículo 1332, que habla de los herederos y causahabientes, sin distinguir si se trata de los causahabientes por título particular ó por título universal. Pues bien: el comprador es el causahabiente de su vendedor; luego las actas hechas por el comprador tienen fecha cierta respecto del vendedor.

Los distinguidos autores que han combatido esta extraña paradoja se han fijado especialmente en demostrar las funestas consecuencias que resultan, de hacer resaltar la contradicción que ofrece

ría con la disposición del art. 1328, destinado á proteger á los terceros. Por terceros no debe entenderse, según Toullier, más que á los acreedores ejecutantes, los cuales, adquiriendo sus derechos, no del deudor, sino de la ley, no son sus causahabientes, y no podrían, en su consecuencia, ser pospuestos por un comprador que no representara un acta que tuviera fecha cierta anterior al embargo. Este ejemplo es, en efecto, el que trae Pothier (*Oblig.*, número 715). Pero es evidente que los acreedores ejecutantes son causahabientes, lo mismo que los compradores; porque el derecho que ejercen no es más que un reflejo del de su deudor (1), y la distinción imaginada por Toullier es enteramente arbitraria. Sin embargo, no es exacto sostener, como han hecho los que han combatido á Toullier, que el texto del art. 1322 debe necesariamente restringirse á los causahabientes por título universal. Esto parece muy poco verosímil, porque el art. 1322 se expresa exactamente como el art. 1319, que hablando de las actas auténticas, menciona á los herederos y causahabientes, y nunca ha sido dudoso en este último caso que la convención no sujetase también á los sucesores por título particular. Es preciso, pues convenir en que el comprador es el causahabiente de su vendedor. Pero esto, ¿quiere decir que esté obligado á respetar actas que no tengan fecha cierta? De ningún modo, porque toda la argumentación de Toullier se apoya en una petición de principio. El sucesor particular no es el causahabiente de su autor por toda la vida de este autor, como lo sería un sucesor universal; no lo es sino respecto á las actas anteriores á la fecha del escrito en que se apoya su derecho. Que el que invoca el beneficio de la anterioridad de la fecha pruebe que ha tratado en efecto el primero con el vendedor, y vencerá aunque su adversario se halle provisto de un título auténtico. De otra suerte, sería necesario sostener que el comprador es el causahabiente de su vendedor respecto de las actas consentidas por él posteriormente

(1) El acreedor ejecutante, á diferencia de la masa de acreedores en caso de quiebra (núm. 697), llega á ser, bajo ciertos respectos, un tercero, puesto que adquiere por el hecho mismo del embargo un derecho propio y personal. Así el artículo 684 del Código de procedimiento autoriza al ejecutante, lo mismo que al adjudicatario, en el caso de ejecución de inmuebles, á hacer anular los arriendos que no tienen fecha cierta antes del mandamiento de ejecución. Asimismo, la venta consentida por el deudor ejecutado debe tener una fecha cierta, anterior á la transcripción del embargo (*Ibid.*, art. 686). No debe, no obstante, asimilarse de un modo absoluto el acreedor ejecutante á un tercero, puesto que la ley de 23 de Marzo de 1855 no autoriza al acreedor á oponer la falta de transcripción del contrato del adquirente (pág. 89, nota 2.^a), con tal que la fecha del contrato de adquisición sea anterior á la de la transcripción del embargo.

á la venta; sistema que se refuta suficientemente por sí mismo. Así pueden conciliarse los artículos 1322 y 1328 (1). Compréndese bien, por lo demás, que la práctica no ha admitido nunca la doctrina de M. Toullier (Sen. deneg. de 20 de Febrero de 1827; Cas. 28 de Julio de 1858).

Por lo demás, en el día ha perdido mucho interés la controversia, puesto que, respecto de los derechos inmobiliarios, exigiendo la transcripción la ley de 23 de Marzo de 1855, debe atenderse á la fecha de la transcripción, y no ya á la fecha del título, en el conflicto entre dos compradores de un mismo inmueble. No hay, pues, ya cuestión sino respecto de los derechos no sometidos á la transcripción, tales como los derechos de arrendamiento, á lo menos cuando no excede la duración del arriendo de diez y ocho años (ley de 23 de Mayo de 1855, art. 2.º, 4.º); ó bien (Sent. deneg. de 22 de Febrero de 1858) el pago anticipado de los alquileres ó arrendamientos anteriores á la transcripción, cuando la importancia de este pago no equivale á tres años de rentas. (Ley cit., arts. 2.º, 5.º)

* Conservaría todo su interés la controversia en materia de ventas de tiendas de comercio. En cuanto al conflicto que pudiese tener lugar entre dos compradores sucesivos de un mueble, deben tenerse presente los artículos 1141 y 2279 del Código civil, que quitan á la cuestión la parte más interesante de su importancia práctica. (Cpr. Garsonnet, *Curso de procedimiento*, tom. 2.º, § 278 y nota 21). *

701. El que compra una propiedad, ó que, en general, se hace conceder un derecho real, ha debido tomar inmediatamente las precauciones necesarias á fin de consolidar su adquisición, puesto que la naturaleza misma de su derecho le ponía en relación con los terceros. ¿Pero debe haber tanto rigor con respecto al que debía esperar no tener que tratar sino con una sola persona, respecto de la cual se hallaba él en regla, y que se encuentra súbitamente en relación con terceros? Nos referimos á un deudor que se hubiera contentado, como se practica todos los días, con una carta de pago no registrada, haciendo á su acreedor un pago total ó parcial. Cuando se opongá esta carta de pago á un cesionario ó á un acreedor de su acreedor, que viniera á embargar el crédito en sus manos, ¿po-

(1) Añádesse, á mayor abundamiento, que la aplicación del principio sentado por el art. 1328 se encuentra en el art. 1743, que concede la facultad de no poder ser expulsado el arrendador cuyo arriendo tiene fecha cierta. Pues bien: ¿para qué había de exigirse la certeza de la fecha con respecto al arrendador, más bien que con respecto al comprador?

drian éstos replicarle que son terceros respecto del cedente ó del deudor ejecutado, y que, en su consecuencia, no es permitido rechazarles sino presentándoles una carta de pago que tenga fecha cierta? Numerosas sentencias se han dictado en diversos sentidos sobre esta cuestión, y es evidente que las circunstancias han debido influir mucho en la solución que ha recibido en los diferentes casos. Pero tomando lo esencial de estas decisiones, puede conciliárselas casi todas por medio de la distinción siguiente: ó las cartas de pago han sido opuestas inmediatamente por el deudor, y entonces, si nada indica un fraude premeditado, se debe presumir la carta de pago anterior á la notificación; ó bien por el contrario, el deudor ha tardado en hacerla valer, y entonces es verosímil la antedata, estando la presunción contra la sinceridad del acta, y se entra en el derecho común. Esta distinción, que no presentamos como un principio de derecho, sino únicamente como una consideración útil en la práctica, se halla bastante en armonía con el artículo 1295 del Código civil, según cuya letra, el deudor que ha aceptado pura y simplemente la cesión que ha hecho el acreedor de sus derechos á un tercero, no puede oponer ya al cesionario la compensación que hubiera podido oponer al cedente antes de la aceptación. La cesión fraudulenta de un crédito ó de una parte de crédito ya extinguida es un acontecimiento extraordinario, contra el cual no puede exigirse que se ponga en guarda el deudor tomando precauciones inusitadas. Basta que, en cuanto se encuentre en relación con los terceros, les haga conocer su posición. (V. sentencia deneg. de 5 de Agosto de 1839; cas. 23 de Agosto de 1841; * Lyon, 3 de Julio de 1873, y una nota importante de M. Rodière sobre esta cuestión especial en Sirey, 1874, § 225. *)

702. Hay un punto en que existe bastante conformidad en esta materia tan controvertida, á saber, que no se requiere la certeza de la fecha, aun respecto de los terceros, en las operaciones mercantiles, las cuales, bajo el doble concepto de la celeridad y de la economía, no pueden estar sometidas á la necesidad del registro. M. Massé hace observar, con razón (*Derecho comercial*, 1.º, 4.º número 2435), que los negociantes no hacen por costumbre redactar actas como suele hacerse en los negocios civiles. La manera de acreditar las pruebas más usuales en las relaciones comerciales, consiste en presentar facturas, correspondencias y testigos; esta manera no se presta á los requisitos del registro. *Scripturæ mercatorum*, dice Casanova (Disc. 10, núm. 51), *præsumuntur confectæ tempore non suspecto, nisi arguantur de falso*. Así admítense, no obstante, la regla

sentada en el art. 1410 del Código (núm. 697), la acción contra la masa de acreedores de la mujer que ejercía el comercio, aun cuando los títulos no tengan fecha cierta anterior al matrimonio (Angers, 2 de Abril de 1851). Y el Tribunal de Casación reconoce en general (Sents. denegs. de 17 de Julio de 1837 y 14 de Diciembre de 1858), que en materia mercantil es permitido á los Jueces asegurarse, aun respecto de los terceros, de la verdad de la fecha puesta á un escrito privado, con el auxilio de las piezas, hechos y circunstancias de la causa, y de presunciones no establecidas por la ley. De otra suerte acontece, cuando el Código de Comercio exige un acta privada en debida forma, por ejemplo (*Cód. de Com.*, art. 39), para la formación de una sociedad en nombre colectivo ó en comandita (1).

En materia civil, no admite la regla excepción, para las actas entre vivos; no se admiten ya más como en otro tiempo en Normandía y en Navarra (Sent. deneg. de 20 de Enero de 1837) los contratos de matrimonio firmados por las partes y sus padres, que tengan por si mismos fecha cierta con respecto á terceros.

702 duplicado. Pero es necesario colocar en una clase aparte el testamento ológrafo, el cual, aun bajo la forma de escrito privado, tiene una fecha cierta, tanto según la antigua doctrina (*Cout. de Paris*, art. 289), como según la jurisprudencia posterior al Código. La necesidad del registro privaría al testamento ológrafo de la libertad y el secreto que le son esenciales. Desde luego es cosa constante que todo aquel que se prevale de un documento de esta naturaleza establece, por su fecha misma, y sin necesidad de ninguna otra prueba, que el testamento ha sido hecho en una época de capacidad (Sents. de 8 de Julio de 1823 y 20 de Abril de 1824; Toluosa, 9 de Diciembre de 1567; * Aix, 11 de Julio de 1881; den. 11 de Enero de 1886). *

Pero, ¿cómo se podrá probar el error ó la falsedad de la fecha? Por medio de documentos sacados del testamento mismo, *ex ipso met testamento, non aliunde*, según Dumoulin. El Tribunal de Casación ha pronunciado siempre sus sentencias en este sentido (V. muy especialmente las de 14 de Mayo de 1867 y 28 de Junio de 1869). Pretender establecer el error del testamento por medio de documentos extrínsecos, equivaldría á contravenir y oponerse á aquel

(1) * Cpr. Boistel, *Compendio de derecho comercial*, núm. 440; Lyon-Caen y Renault, *Compendio de derecho comercial*, tomo 1.º, números 607 y siguientes; Demangeat y Bravard, *Tratado de derecho comercial*, tomo 2.º, pág. 456. *

principio según el cual, en casos de fraude ó de violencia, no es permitida la prueba contra el contenido de los documentos. (Números 140 y sigs.)

Ahora bien: si se pretende y se cree que el testador ha puesto, conscientemente y de propósito, una fecha falsa al documento, ¿es conveniente admitir la prueba fuera de los términos del documento mismo? Y en todo caso, ¿no será admisible más que cuando se inscriba en falso contra el testamento?

Según M. Demolombe (*Donaciones y testamentos—Donations et testaments*,—tomo 4.º, núms. 160 y sig.), solamente cuando el testamento es atacado por falta de lucidez de espíritu ó por captación es cuando puede buscarse fuera del documento la prueba de su fecha real y verdadera, puesto que entonces el objeto directo del proceso no es la antedata, en cuanto que ésta no se alega sino como uno de los elementos del fraude. Por el contrario, la Corte de Casación parece admitir (Sent. de 11 de Agosto de 1851) que puede probarse siempre, aun fuera del testamento, que el testador ha puesto en él una fecha falsa, lo cual equivale á la ausencia de fecha (1).

Nosotros creemos que en todos los casos en que sea admisible la prueba acerca de la falsedad de la fecha, debe aquélla recibirse *de plano*, sin que haya necesidad de inscribirse en falsedad contra el testamento. Nos es imposible admitir, á pesar de la calificación de *solemne* que el art. 289 de la Costumbre (*Coutume*) de París da al testamento ológrafo (Véase el núm. 568), la doctrina de Merlin (*Repert., Testamento*, secc. 2.ª, § 4.º, art. 7.º), reproducida por una sentencia de la Corte de Casación (29 de Agosto de 1824) (2), según la cual se considera al testador como «colocado momentánea-

(1) * La sentencia de 1851 se limita á decir que «una antedata, producto del error del testador mismo, y de la cual quiere hacerse un arma de nulidad, considérandola como equivalente á la carencia de fecha, no se puede justificar, sino mediante pruebas sacadas del testamento mismo.» M. Bonnier induce de esto que la Corte de Casación admitiría la prueba, en todos los demás casos distintos del error, por medio de documentos extrínsecos al testamento. Pero, en realidad, la Corte de Casación no va tan lejos; pues para autorizar á servirse de pruebas que no sean sacadas del testamento mismo, con el propósito de atacar la fecha, exige que el testamento encierre ya un comienzo de prueba. Es necesario que «la raíz de la demostración se encuentre en el testamento mismo.» (V. Casación 4 de Enero de 1847; Caen, 16 de Enero de 1878, sobre la Casación de 8 de Enero de 1879; Casación neg. 11 de Enero de 1886.) *

(2) Esta declaración de principios era inútil en este caso; habiendo sido impugnado el testamento por falsedad material, era necesariamente admisible la inscripción de falsedad.

mente en la clase de funcionarios públicos, para imprimir autenticidad á la fecha del acto» (1).

Y desde luego, sería difícil comprender la obligación de inscribirse en falsedad respecto de aquél que pide que se haga la prueba de un fraude, sea que el testador haya querido eludir una incapacidad, sea que haya tratado de disimular hechos de captación por medio de la antedata. En este caso, la acción se dirige, como hemos dicho, más que contra el acto, contra el testador. ¿No puede alegarse prueba por medio de testigos ó de presunciones contra el contenido de un acta, aun auténtica (Sents. de 4 de Febrero de 1836 y 12 de Marzo de 1839), cuando se articula el fraude? La Corte de Casación ha concluido por reconocerlo así (2). (Sent. de 22 de Febrero de 1853; véase también Tolosa, 9 de Diciembre de 1867, en oposición á una sentencia de 11 de Junio de 1830.)

No queda, pues, más que la hipótesis, tan rara en la práctica, según la cual el testador ha puesto conscientemente una fecha falsa en el testamento, sin que la antedata haya tenido por objeto disfrazar el fraude ó la incapacidad de testar. Aquí existe, se dice, una falsedad, aun cuando no la castigue la ley penal. Pero esta falsedad puramente civil es imaginaria. Cuando la ley comercial ha querido asimilar á la falsedad la antedata en las actas (*Cód. de Com.*, art. 139), ha tenido cuidado de pronunciar contra esta antedata la *pena de falsedad*. Es un principio elemental el de que la simple simulación no es una falsedad (Poitiers, 13 de Febrero de 1865). Esta simulación, lo mismo en el testamento ológrafo que en cualquier otro acto, será desde luego susceptible de ser puesta de manifiesto por todas las especies de prueba. Tal es también la conclusión de Demolombe (*Ibid.*, núm. 162).

(1) * V. la vigorosa crítica de esta idea en una nota de M. Labbé sobre Casación reg. de 11 de Enero de 1886, en *Sirey*, 1886, 1.º, 337. *

(2) * En la nota que acabamos de citar combate M. Labbé la doctrina intermedia adoptada por la Corte de Casación y que él llama la «prueba raiz», sirviéndose de una expresión empleada constantemente en las sentencias que la han consagrado. Hay que leer esta rigurosa demostración, cuyas irrefutables conclusiones pueden resumirse de este modo: ¿Se quiere considerar el testamento ológrafo cuya escritura está reconocida como un acto auténtico en cuanto á su fecha? Si se quiere rechazar esta fecha, es necesario aplicar las mismas reglas de prueba al testamento auténtico y al testamento ológrafo, es decir, que se debe haber recurrido á la inscripción de falsedad. Pero si el testamento ológrafo no es, en realidad, otra cosa más que un acto que garantice la firma privada, debe prestársele la misma fe que á un acta bajo firma privada ordinaria y «el heredero podrá intentar probar por todos los medios posibles que el testador ha antedatado su testamento con el fin de librarse de alguna incapacidad, y esto sin inscripción de falsedad.» (V. la nota arriba citada.) *

702 triplicado. A propósito de la extensión que debe darse á la aplicación del art. 1328, se ha formulado en estos últimos años una cuestión muy delicada. La teoría de la fecha cierta, ¿rige también las donaciones manuales? He aquí las circunstancias en que se pone la cuestión. Las liberalidades hechas por un difunto exceden de la cuota disponible. Ha lugar, por tanto, á la reducción que prescribe el art. 293, reducción que, cuando se refiere á las donaciones, las afecta de tal modo que comprende desde las últimas hasta las más antiguas. Desde luego el conflicto puede surgir, ora entre varias donaciones manuales, ora entre donaciones manuales y donaciones ordinarias. Para establecer la fecha de las donaciones manuales, ¿será necesario exigir la aplicación del artículo 1328 y, por consecuencia, considerar como hechas en el momento de la muerte, sea del donante, sea del donatario, todas aquellas cuya fecha no se encuentre fijada por alguno de los otros dos medios previstos por el art. 1328? La cuestión, vivamente discutida, creemos nosotros que debe ser resuelta en el sentido de la no aplicación del art. 1328. La razón determinante de esto nos parece que la suministran los principios mismos que se admiten para la prueba de la existencia del regalo ó donación manual. La restricción puesta á la prueba testimonial por el art. 1341 no es en verdad aplicable á este caso. ¿Cómo podría concebirse, en el caso de que se trata, esta otra restricción á la fuerza probatoria de un escrito autorizado con firma privada, según resulta del art. 1328? ¿No habría contradicción en admitir todos los medios de prueba á fin de poner de manifiesto la existencia de la donación manual y en limitarlos luego de un modo riguroso cuando se trata de su fecha? ¿Y no existe una contradicción mayor todavía cuando no se exige documento alguno escrito para la prueba de la donación manual y luego se requiere el cumplimiento de una formalidad que implica necesariamente la existencia de un documento escrito?

Esta misma solución debería adoptarse, y aun con mayor motivo, si el conflicto á propósito de la fecha tiene lugar entre el heredero reservatario y el favorecido con la donación manual, queriendo el heredero reservatario establecer la existencia de la donación manual con el fin de aumentar la cuantía de la reserva, y su fecha, con el fin de no tener que sufrir las consecuencias de la insolvencia de un donatario. En esta hipótesis se trata, en efecto, de fraude hecho á la reserva, y el fraude constituye una excepción de todas las reglas. Pero para que esta última cuestión tenga interés, es preciso admitir que la insolvencia de un donatario afecta á la

reducción debe soportarla el reservatario, en tanto que la jurisprudencia parece irse estableciendo en el sentido de que quienes deben sufrir esta insolvencia son los donatarios anteriores (1). (Véase Cas. 11 de Enero de 1882.)

703. En cuanto al modo de dar fecha cierta á las actas, el único procedimiento empleado habitualmente es el registro. La aplicación de esta formalidad á las actas privadas no es antigua en nuestro derecho. La comprobación que corresponde á nuestro registro actual no se aplicó á estas actas sino por un edicto del mes de Octubre de 1705. Entre las partes el registro no se exige sino en cuanto se quiere hacer uso en juicio de los escritos privados (ley de 22 de Primario, año XII, art. 23), salvo las actas que contienen transmisión de propiedad ó de usufructo de bienes inmuebles, los arrendamientos de larga ó corta fecha, los subarriendos, cesiones, subrogaciones de arriendos é inscripciones en el registro de bienes de la misma naturaleza, que deben ser registrados dentro de los tres meses de su fecha (Ibid., art. 22).

Respecto de las actas privadas, á las cuales se aplica la regla general, que hace el derecho exigible cuando el acta se produce en juicio, esta necesidad de pagar los derechos proporcionales, con frecuencia considerables, por razón de la sola mención del acta, ha dado lugar á una práctica que se dirige á eludir el rigor de la ley fiscal. Esta práctica se ha propagado sobre todo en materia mercantil. Según una nota del Tribunal de Comercio del Sena, citada en la exposición de motivos de la ley de 11 de Junio de 1859 (fijando el presupuesto de 1860) «la mayor parte de las demandas formuladas ante los tribunales consulares se apoyan en la enunciación de que la convención es verbal, aun cuando exista un escrito entre las partes. El juez consular mismo no puede exigir que se produzca un acta que haría más fácil su cometido, pero que arruinaría al litigante».

El art. 22 de la ley de 11 de Junio de 1859 ha hecho cesar este grave inconveniente, sustituyendo, no para todas las actas de comercio, porque no ha habido innovación en lo relativo á los con-

(1) * Esta cuestión de la aplicación del art. 1328 á las donaciones manuales ha suscitado una vivísima polémica en estos últimos tiempos. Pueden consultarse: Caen, 25 de Mayo de 1875 y 28 de Marzo de 1879; dos notas de MM. Laisne, Deshayes y Fontain, en la *Colección de sentencias de las Cortes de Caen y de Rouen (Recueil de arrêts des Cours de Caen et de Rouen)*, años 1875 y 1879; un artículo de M. Guillaouard, en la *Revue critique*, 1879, t. 45, p. 305 y sig.; una nota de M. Labbé, en *Sirey*, 1880, 2º, 281; y los tratados, ya citados, sobre donaciones manuales de M. Pablo Bras-solles, p. 392, y de M. M. Colin, p. 173. *

tratos unilaterales, tales como los vales, sino sólo en lo relativo á las actas sinalagmáticas, el pago de un derecho fijo al del derecho proporcional, mientras no haya habido condena, liquidación ó reconocimiento, bien sea por sentencia ó por acta pública:

«Las ventas y tratos reputados actas de comercio por los artículos 632, 633 y 634, núm. 1.º, del Código de Comercio, hechos ó autorizados con firmas privadas, y dando lugar al derecho proporcional, según el art. 69, § 3.º, núm. 1.º, y § 5.º, núm. 1.º, de la ley de 22 de Frimario, año VII, serán registrados provisionalmente, mediante un derecho fijo de dos francos y otros derechos fijos á que pueden dar ocasión sus disposiciones, según las leyes vigentes. Los derechos proporcionales, señalados por dicho artículo, serán percibidos cuando recaiga sobre estas ventas y tratos una sentencia que contenga condena, liquidación ó reconocimiento, ó cuando, en su consecuencia, se redacte un acta pública, pero solamente sobre la parte del precio ó de las sumas que sean objeto, bien de la condena, liquidación, colocación ó reconocimiento, bien de las disposiciones del acta pública.»

704. Además del registro, el art. 1328 menciona dos circunstancias que aseguran la fecha de las actas: la primera es la muerte de aquél, ó de uno de los que las han suscrito (1); poco importa que sea una de las partes ó un testigo (Sent. den. de 28 de Julio de 1858). La segunda es la consignación de la sustancia del escrito en un acta extendida por un oficial público. Así como lo supone el texto, sucederá las más veces en un proceso verbal de sellos ó de inventario donde el escrito privado se encontrará referido de la manera antedicha; también podrá tener lugar en un proceso legal de embargo, conforme lo ha sentenciado el Tribunal Supremo el 22 de Noviembre de 1864. Sin embargo, háse admitido favorablemente (Rouen, 24 de Enero de 1842) que puede hacerse útilmente esta mención, no sólo en un acta auténtica, sino en una decisión ministerial, que hace remisión á las partes del doble derecho debido por falta de registro en los plazos. No sucedería lo mismo (Rouen, 24 de Marzo de 1852) con la demanda de un procurador cuyas enunciaciones no tienen ningún carácter auténtico.

Estas circunstancias, ¿son las únicas? Toullier (t. 8.º, número 242), supone que el firmante ha perdido los dos brazos, y de-

(1) No basta que el acta haya adquirido una fecha segura el mismo día de la enajenación, especialmente si el vendedor falleciese el mismo día de la venta; es preciso que se acredite la anterioridad, puesto que el portador de dicha acta es el demandante (Donai, 15 Febrero 1865).

cide que desde este momento las actas que había suscrito tendrán fecha cierta. Pero se sabe que no es imposible escribir con el pie; y aun existe un artista contemporáneo en quien este órgano ha adquirido bastante flexibilidad para manejar el pincel, y que ha ejecutado obras bastante notables. Más aún: aunque fuera cierto, en el caso en cuestión, que hubiera respecto del firmante del acta imposibilidad material de escribir, sería siempre muy peligroso añadir, por razón de posiciones excepcionales, nuevas circunstancias á las que menciona el art. 1328. Vendría á decidirse sobre esto, como ha hecho el tribunal de Grenoble, por una sentencia que ha sido anulada el 27 de Mayo de 1823, que el conocimiento que hubiera tenido el comprador posterior del acta privada que se le opone, basta para dar á esta acta una fecha cierta con respecto á él. Entonces la certeza de la fecha no sería, como en el antiguo derecho (Sent. deneratoria de 10 de Abril de 1828), más que un asunto de apreciación, en sentido contrario á lo que decide el Código en materia de transcripción (*Cód. civil*, art. 1071). Y no obstante, la utilidad práctica del registro consiste precisamente en que da una base fija á los derechos de las partes. Es, pues, preciso atenerse á la letra del artículo 1328. La intención del legislador ha sido evidentemente restrictiva; pues el caso de muerte de uno de los firmantes del acta era el único previsto en el proyecto, y sólo después de discutirlo (sesión de 2 de Frimario del año XII) se añadió el segundo, el de la consignación de los escritos privados en las actas públicas; adición que no hubiera tenido sentido alguno si el artículo no hubiera sido más que enunciativo. * (Rouen, 22 de Junio de 1872.) *

705. Añadamos, no obstante, que la falta de toda fecha cierta no constituye respecto de los terceros una razón de orden público, á la que les sea permitido renunciar. En su consecuencia, si hubiera habido por su parte confesión judicial de la sinceridad del acta, ó aun si la hubieran ejecutado de un modo patente, como en el caso de que un locatario principal viniera á negar la existencia de un subarriendo, que no tuviera fecha cierta, después de haber percibido él mismo los alquileres (Sent. den. de 19 de Mayo de 1857), no sería ya permitido invocar el art. 1328. Pero es preciso que los hechos de ejecución sean personales al que los invoca. Así el Tribunal de Casación ha anulado el 28 de Julio de 1858, una sentencia del tribunal de Argel, que había considerado como equivalente á la certeza de la fecha, respecto del adquirente, el hecho de ejecutar antes de la enajenación trabajos destinados al establecimiento de una servidumbre, cuando la constitución de esta servidumbre

no estaba consignada sino por un escrito no registrado (1). Por otra parte, haremos observar en lo que se refiere á la Argelia, que si la ley musulmana no exige como la nuestra la certeza de la fecha para con los terceros, no es posible que permitamos á un musulmán oponer á uno que no sea musulmán un acta que no tuviese fecha cierta (Den. de 27 de Octubre de 1866.) Semejante situación presenta alguna analogía con la del comerciante que quisiera invocar con respecto á otro no comerciante las reglas que se han dictado acerca de la prueba en materia de derecho mercantil (número 174).

706. Terminemos con el examen de una cuestión muy usual. ¿Los principios ordinarios sobre la certidumbre de la fecha son aplicables á la expropiación por causa de utilidad pública, cuando el Estado, ó la compañía sustituida á sus derechos, se encuentra que tiene que tratar con un locatario cuyo arriendo no tiene fecha cierta?

A primera vista se sienten impulsos de decidir por la afirmativa y de considerar al expropiante como un adquirente por título particular, respecto del cual no puede uno prevalerse de un título que pueda haberse antefechado. Así lo habían juzgado, en efecto, muchas sentencias, y especialmente una de casación de 2 de Febrero de 1847.

Pero, reflexionando acerca de ello, se reconoce que no es posible asimilar aquí á las enajenaciones ordinarias la expropiación por causa de utilidad pública. Cuando el propietario consiente en una venta voluntaria, tiene que satisfacer una indemnización con respecto al locatario expulsado, al cual consintió un arriendo no registrado. Pero no tendría este gravamen cuando se ha sometido á la expropiación, que es un caso de fuerza mayor. Por esto, el art. 31 de la ley de 3 de Mayo de 1841 quiere que el propietario, en los ocho días siguientes á la notificación de la sentencia de expropiación, llame y haga conocer á la administración sus arrendatarios ó locatarios, y que no haciéndolo así, sea el único encargado con respecto á ellos de las indemnizaciones, de donde la consecuencia que si ha hecho esta declaración, quede libre de esta carga, sustituyéndole en sus

(1) Asimismo, el adquirente no podía, antes de la ley de 23 de Marzo de 1835, suplir la falta de certidumbre de la fecha de su título, alegando una posesión del inmueble refiriéndose á la fecha aparente de la adquisición (Nimes, 27 de Mayo de 1840); y bajo el imperio de la legislación de 1855, la posesión no podía suplir ya la falta de transcripción. La sentencia de 28 de Julio de 1858 determina igualmente sobre un caso anterior al sistema nuevo sobre la transcripción.

obligaciones el expropiante. En cuanto al peligro de fraude, háse provisto á él por la latitud concedida al jurado de expropiación para fijar las indemnizaciones. Estas razones, admitidas por graves autores, han prevalecido en la jurisprudencia, y la misma sala civil que había anulado en 1847 una sentencia conforme con esta doctrina ha desechado, el 17 de Abril de 1861, por el contrario, el recurso contra una sentencia del tribunal de Grenoble de 9 de Noviembre de 1858, que había atribuido derecho á la indemnización en virtud de un arriendo que no tenía fecha cierta, pero que estaba reconocido como verdadero.

.. Por derecho español, el documento privado solo hace fe contra terceros para probar la convención ó disposición que contiene, cuando tenga fecha cierta, pues de lo contrario, podrian convenirse sus autores en antefecharle para defraudar á otros. Se considera que tiene fecha un documento privado, por muerte de la persona que lo formó, ó por haberse puesto en la imposibilidad de antefecharle por haber perdido los brazos, por hacerse constar su contenido en algún documento público y solemne, como un inventario solemne, un embargo, un proceso, etc., desde el dia de su presentación en juicio en la forma ya expuesta para que haga fe; y últimamente, hace fe desde el dia de su fecha, según la ley 31, título 13, Part. 5.^a, si estuviere firmado por el deudor y tres testigos, pues en tal caso, dice la ley, tiene la misma fuerza que el documento público, y según la ley 3.^a, tit. 24, libro 10 de la Nov. Recop., si estuviere extendido en papel sellado correspondiente, porque entonces, dice la ley, cesa el peligro de las antedatas y posdatas; pero estos dos últimos medios de dar eficacia al documento privado, y en especial el último, no se hallan en nuestro juicio muy conformes con las demás disposiciones legales sobre las solemnidades que han de concurrir en los documentos para que se consideren públicos y solemnes, y no parecen exentos del peligro que la ley quiere evitar, por la facilidad de antefecharse los documentos de crédito, aunque se escriban en papel sellado, pues que pudiendo usarse en el año del papel sellado de todos los meses, puede darse la fecha del mes de Enero á un contrato celebrado en Agosto.

El Tribunal Supremo de Justicia ha ratificado la doctrina expuesta en varias decisiones, de las que creemos oportuno exponer las dos declaraciones siguientes:

Los documentos autorizados únicamente con las firmas de los interesados, solo pueden probar en su caso contra éstos, pero no contra un tercero á quien perjudiquen en sus derechos ó intereses.—Sent. de cas. de 15 de Diciembre de 1860.

Aunque los documentos privados hacen fe contra el que los firmó, cuando los reconoce, como previene la ley 119, tit. 18, Part. 3.^a, esta doctrina no puede tener aplicación á las cartas doteales, cuando perjudican á terceras personas, en cuyo caso, la entrega de la dote debe justificarse por otro medio que no sea la simple confesión del marido que dice que la recibió.—Sent. de cas. de 20 de Junio de 1865. Véase la adición inserta á continuación del núm. 756.—(N. del T.)

.. Declara el art. 1227 del Código civil que la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el dia en que hubiese sido incorporado ó inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que le firmaron, ó desde el dia en que se entregase á un funcionario público por razón de su oficio.

Respecto al testamento ológrafo preceptúa el mismo Código en su artículo 688, que para que sea válido deberá extenderse en el papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento y estar escrito todo y firmado por el testador, con expresión del año, mes y dia en que se otorgue.—(N. de la R.)

DIVISIÓN SEGUNDA

COMPROBACIÓN Y COTEJO DE ESCRITURAS

SUMARIO: 707. Diferencia entre la fe del escrito privado y la del acta auténtica. —708. *Quid* relativamente al portador de un testamento ológrafo, puesto en posesión por el presidente. —709. Comprobación y cotejo principal ó incidental. —710. Tres fases del procedimiento.

707. La presunción exagerada que hace reputar auténtica hasta la inscripción ó redargución de falsedad, el escrito revestido con las apariencias de la autenticidad, no ha existido nunca relativamente á los escritos privados, cuya falsificación es á la vez más fácil, y menos severamente castigada (1). Mientras que aquel á quien se opone un acta auténtica aparente, está obligado á argüir de falsedad para destruir su autoridad, aquel á quien se opone un escrito privado, revestido con su firma, puede contentarse con desconocerlo, y entonces incumbe el peso de la prueba al portador del escrito. «En cuanto alguien, dice Beaumanoir (Cap. 35, § 3.º), está citado para reconocer su letra y niega ante el juez que jamás escribió semejante letra y que tampoco es su sello, conviene entonces que el demandante se lo pruebe.» *Certum est*, dice Boiceau (Part. 2.^a, cap. 1.º, núm. 2.º), *et communi Gallie usu receptum, nullam privatam scripturam nullumque chirographum fidem habere, nisi prius agnoscatur*.

708. ¿Pero será lo mismo cuando el portador del acta privada sea el demandado? Así, ¿deberá probar el legatario universal la sinceridad de un testamento ológrafo, aunque á falta de herederos haya obtenido la posesión en virtud de este testamento? (2) (*Cód. civil*, art. 1008). Observemos que en cualquier otra hipótesis, los herederos de sangre serán embargados, y el legatario demandante indudablemente obligado á hacer cotejar ó comprobar la escritura.

(1) Esta regla no se halla admitida universalmente. En la Virginia (St. rev. de 1849, cap. 98, § 75) y en muchos otros Estados americanos, todo escrito que lleva la firma aparente de una persona viva, se reputa verdadero mientras esta persona no atestigua la falsedad por juramento.

(2) Es verdad que la ocupación del legatario universal, en este caso, procede de la ley y no de la toma de posesión, que no es más que un acto de ejecución. Pero cuando obra respecto de los herederos de sangre, sin haberse hecho dar la posesión, no puede para dispensarse de la prueba invocar la ocupación; esta demanda sería una verdadera petición de principio, puesto que se trata de acreditar la cualidad que puede sólo atribuirle dicha ocupación.

Los que sostienen la afirmativa hacen observar que la ordenanza del presidente no se da contradictoriamente, y que no constituye más que un acto de jurisdicción voluntaria, que no puede rehusarse al requirente, á menos que el escrito tenga señales evidentes de falsedad; la presunción de verdad ó de falsedad del testamento no puede ser el premio de la carrera. En el sentido de la negativa, consagrada por la jurisprudencia constante del Tribunal de Casación (V. Cas. 21 de Julio de 1852, 23 de Agosto de 1853, 25 de Junio de 1857 y 5 de Agosto de 1872), se responde que la posesión no debe provenir necesariamente de una sentencia propiamente dicha, para acreditar en favor de quien la invoca una presunción de derecho; que basta que sea regular, lo cual es incontestable en el caso de que se trata, para que el cargo de la prueba incumba al no poseedor. Si los herederos se quejan de haber sido adelantados por la toma de posesión, ¿no tienen también que echarse en cara alguna negligencia, salvo el caso excepcional de que ninguno de ellos se encontrara en los lugares donde aquélla se verificó? La toma de posesión no es un negocio de pura forma (1), y el presidente debe negarse á ella, si le parece dudosa la sinceridad de la letra (Sentencia deneg. de 27 de Mayo de 1856). Finalmente, si le corresponde siempre al legatario hacer comprobar la letra, ¿dónde podrá detenerse en esta vía? ¿Se podrá, pues, durante treinta años y aun después de los treinta años si alguno de los interesados fuese menor ó sufriera interdicción, obligar á este legatario á probar la verdad del escrito, cuando se hubieran destruido todas las pruebas y que una larga posesión hubiera debido darle una seguridad completa? Esta última consideración nos parece decisiva. Añadamos, no obstante, con el Tribunal de Casación (Sent. deneg. de 6 de Mayo de 1856) que si hay indicios de fraude, puede imponerse al legatario el peso de la prueba, aun después de la toma de posesión.

709. La comprobación de escritos se concibe como demanda principal, ó como demanda incidental. El Código de procedimiento que relativamente á la información y á la inscripción de falsedad,

(1) * Por otra parte, es muy controvertida la cuestión de saber si la providencia que concede ó niega la toma de posesión es una decisión contenciosa que pudiera ser objeto de apelación, ó si constituye sencillamente un acto de jurisdicción voluntaria. Los fallos son muy diferentes. (Consúltese Nancy, 19 de Mayo 1883, y Paris, 26 de Marzo 1884.) Esta cuestión se relaciona con la otra más general acerca de la apelación que pueden alcanzar las providencias dadas á petición de parte. (V. sobre esta materia las notas que ha publicado M. Cazalens en *Dalloz*, 1875, 11, 73, 105 y 137, así como una nota anónima muy completa que se publicó en *Sirey*, 1886, 1.º, pág. 9.ª) *

parece suponer (artículos 215 y 252) que estos procedimientos no se presentarán jamás sino de una manera incidental, no considera, por el contrario, el cotejo de escrituras sino como siendo el objeto de una demanda principal (Ibid., art. 193). Y en efecto, el edicto de 1684, que era en otro tiempo la ley de la materia, quiso que no se pudiera obtener en juicio la ejecución de las convenciones consignadas por actas privadas, sin haber citado previamente al adversario para el reconocimiento de escritura. Solamente una declaración de 1703 había autorizado, en materia de efectos de comercio, «á obtener condena por simples citaciones en la forma ordinaria, sin que ante todo hubiera necesidad de proceder al reconocimiento, sino en el caso en que el demandado negase la verdad de las actas.» En el día no es dudoso que esta facultad no debe concederse en toda clase de materias, puesto que la restricción del edicto de 1684 no se ha reproducido por el Código de procedimiento. La jurisprudencia (Cas. 7 de Enero de 1814; sent. deneg. de 27 de Agosto de 1835) consagra á este respecto el sistema racional desconocido frecuentemente por los prácticos, según el cual, no se deben considerar como limitativas las disposiciones de las leyes de procedimiento, cuando preven ciertos casos más frecuentes en la práctica, sin excluir formalmente los demás.

710. El procedimiento para el cotejo de escrituras es menos complicado que el de falsedad. Comprende tres fases: 1.^a Un procedimiento previo que se dirige á obtener el reconocimiento de la letra, procedimiento que no es necesario sino en cuanto sus conclusiones tienden especialmente á la comprobación del escrito. 2.^a La instrucción ó procedimiento que tiene por objeto cotejar la letra, si es denegada. 3.^a La sentencia definitiva. Diremos también algunas palabras al terminar, sobre la aplicación de los casos en que se arguye de falsedad á las actas ó escrituras privadas.

* Véase la nota del núm. 668.

** Según disponen los artículos 689 y siguientes del Código civil, el testamento ológrafo será protocolado, presentándolo con este objeto al Juez de primera instancia del último domicilio del testador ó al del lugar en que éste hubiese fallecido, dentro de cinco años contados desde el día del fallecimiento. Previamente á la protocolización, se comprobará ante el mismo juez la identidad del testamento por medio de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador y declaren que no abrigan duda racional de hallarse el documento escrito y firmado de mano de aquél. Faltando testigos idóneos, ó si dudasen, y siempre que el juez lo estime conveniente, podrá emplearse con aquel objeto el cotejo pericial de letras. Para la práctica de estas diligencias serán citados el cónyuge sobreviviente, los descendientes y ascendientes del testador, y, en defecto de unos y otros, los hermanos. Si estas personas no residen dentro del partido ó se ignora

su existencia, ó siendo menores ó incapacitados carecen de representación legítima, se hará la citación al Ministerio fiscal. Cualquiera que sea la resolución del juez, se llevará á efecto, no obstante oposición, quedando á salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda.—(N. de la R.)

§ I.—Procedimiento dirigido á obtener el reconocimiento del escrito.

SUMARIO: 711. Requerimiento al adversario.—712. Necesidad de confesión ó de negativa formal.—713. Posición de los herederos ó causahabientes.—714. Casos en que no comparece el demandado.—715. Providencia mandando el cotejo.—715 duplicado. Alcance del reconocimiento.

711. Aquí, como en el procedimiento sobre falsificación, se ha pensado que era preciso, antes de proceder á difíciles y complicadas investigaciones sobre la sinceridad del escrito, interpelar al demandado para que lo deniegue ó lo reconozca. Y se ha querido simplificar este procedimiento previo, desde el edicto de 1684 que autorizó al demandante para el cotejo, á citar á su adversario en un término de tres días solamente. Esta abreviación, reproducida por nuestras leyes (*Cód. de proc.*, art. 193), tiene además en el día la ventaja de dispensar del preliminar de la conciliación (*Ibid.*, artículo 49, 2.º), exigida ordinariamente por el derecho moderno. Si se entabla demanda incidentalmente, se notifica, no por citación, sino por acta de procurador á procurador, guardando el mismo término. Pero, según hemos dicho (núm. 709), debe suponerse que el portador del escrito concluye especialmente pidiendo el cotejo, sea porque no haya aún vencido la deuda (ley de 3 de Septiembre de 1807, art. 1.º), sea en todo caso porque este trámite le parezca más útil. El que produce pura y simplemente en apoyo de una demanda principal un acta privada no está obligado á concluir con el reconocimiento de esta acta, mientras que no se suscite controversia sobre este punto por parte de su adversario.

712. «La persona á quien se opone un acta privada, dice el artículo 1323 del Código civil, está obligada á reconocer ó negar formalmente lo escrito ó firmado por él.» En Inglaterra se le permite guardar silencio, sin comprometerse (*Blaxland, Cód. rer. Angl.*, página 493). Nuestra práctica es preferible: tal litigante, que no tendría escrúpulo en guardar silencio, podrá retroceder ante una mentira formal. Para conseguir mejor este objeto, la ley de procedimiento de Ginebra (art. 232) prescribe, en semejante hipótesis, la comparecencia personal de las partes; no es indispensable con arreglo al derecho actual (Dijón, 3 de Abril de 1868); pero nada impide

á nuestros tribunales acordar esta medida, cuando la juzgan útil para la manifestación de la verdad. Se encuentra prescrita formalmente por el proyecto de revisión. El texto habla de negativa del escrito ó *de la firma*, puesto que sólo se exige la firma para la validez de un acta privada, así como antiguamente la negativa se refería al *sello*, como nos dice Beaumanoir (V. núm. 707). Sin embargo, es evidente, que si se trata de un vale que contiene el compromiso unilateral de pagar cierta cantidad (Ibid., art. 1326), se debe provocar el reconocimiento, no sólo de la firma, sino también del *haré-bueno ó aprobado*, exigido por la ley.

713. Sin embargo, no se puede imponer esta obligación sino es á aquél que es perseguido como firmante personal del acta (1). «Sus herederos ó causahabientes, añade el art. 1323, pueden contentarse con declarar que no conocen la letra ó firma de su autor.» Aquí la palabra *causahabientes* comprende evidentemente los sucesores por título universal y los sucesores por título particular; un comprador, por ejemplo, á quien se quisiera despojar del inmueble comprado, invocando una escritura privada que tuviera fecha cierta anterior á la de su título. Lo mismo sería evidentemente respecto de los administradores que representaran al firmante, especialmente el tutor del que sufriera la interdicción.

714. Si el demandado reconoce la escritura, se da acta al demandante. Si no comparece, aquí, en contra de la regla general que quiere no se le concedan las conclusiones del demandante sino cuando se encuentran exactas y bien comprobadas (*Cód. de proc.*, artículo 150), se tiene por reconocido el escrito (Ibid., art. 194), salvo, bien entendido, el derecho de formar oposición. De otra suerte sería en materia de información; el Código de procedimiento dice solamente (art. 252) que los hechos, si no son negados ni reconocidos, *pueden ser tenidos* por confesados ó verídicos. Y es que, la simple articulación de los hechos, cuya prueba por testigos se ofrece, no basta para hacer probable la existencia de estos hechos (Véase núm. 256), mientras que la presentación de un escrito es una circunstancia de cierta gravedad. Compréndese que el silencio del adversario, viniendo á unirse á esta circunstancia, presuma la sinceridad del escrito la ley moderna, como el edicto de 1684; pero esta regla no es de tal modo absoluta, que no pueda y no deba el juez

(1) Y aun en los casos excepcionales en que una parte interpelada sobre su propio hecho se encuentre en circunstancias tales que pueda haberlo olvidado (número 412), se admite al demandado que declare que no reconoce su propia escritura, por ejemplo, si le hubiera quitado la memoria una enfermedad.

apartarse de ella cuando se trata de un incapaz, á quien no debe comprometer el silencio de sus representantes.

715. Finalmente, si el demandado niega la escritura, *puede ordenarse* la prueba, según los términos del art. 195 del Código de procedimiento. Las expresiones del Código civil parecen más imperativas; *se mandará el cotejo judicialmente*, dice el art. 1324 de este Código. Algunos autores han deducido de estas últimas expresiones, que es indispensable el cotejo; lo cual es cierto en el sentido de que está prohibido al juez pasar adelante, siempre que se niega una escritura, sin pronunciarse sobre la sinceridad de esta escritura (Cas. 6 de Febrero de 1837). Pero esto no quiere decir que sea absolutamente necesario un juicio pericial ó una información para dejar sin efecto la fe del escrito. El tribunal debe determinar sobre la demanda que se le somete, pero puede hacerlo sin dilaciones y sin gastos (1), atendiendo á sus propias luces, cuando le parece evidente la sinceridad del escrito (Sents. dens. de 3 de Diciembre de 1839; 26 de Julio de 1864), ó bien, al contrario, cuando es palpable la falsedad (Sent. den. de 14 de Marzo de 1837). Puesto que así se decide en materia de falsedad, en que es tan complicado el procedimiento (núms. 626 y 639), con más razón debe decidirse respecto del cotejo cuyo procedimiento es mucho más sencillo. * (Añádase Orleans, 14 de Marzo de 1882, y Cas. de 4 de Agosto de 1884). *

Siguiendo el derecho común alemán, es permitido al juez deferir al demandado el juramento negatorio (*diffessionseid*), y si lo presta, es desechada del proceso la pieza sin examen. Pero esta práctica, sobrado favorable al demandado, no encuentra apoyo alguno en nuestras leyes, salvo el derecho de las partes de deferirse el juramento decisorio, si lo juzgan conveniente. * El nuevo Código de procedimiento civil alemán de 1877, no sólo no menciona en nada el *diffessionseid*, sino que declara en su párrafo 405 que la verdad de los escritos debe probarse con el auxilio de los medios del derecho común (V. *Hollzendorfs's Rechtslexicon*, V. *Diffession*). *

715 duplicado. Una observación importante, que ha consagrado por medio de una ley el código italiano (art. 1324), es que la persona que ha reconocido un escrito privado, tiene siempre el derecho de presentar sus razones en contra del contenido de dicho

(1) * En efecto, los jueces no tienen obligación de seguir las reglas que señalan los artículos 196 y siguientes del Código de procedimiento civil. Pueden tomar los elementos de su convicción en todos los hechos, actas y documentos del litigio. (Cas. 7 de Febrero de 1882.) *

escrito, aunque no haya hecho ninguna reserva en el momento de su reconocimiento. Admitir la validez extrínseca del documento, no es probar su contenido.

* * Prescriben los artículos 548 y 549 de la ley de Enjuiciamiento civil que en los escritos de réplica y dúplica, tanto el actor como el demandado fijarán concretá y definitivamente, en párrafos numerados, los puntos de hecho y de derecho objeto del debate, pudiendó modificar ó adicionar los que hayan consignado en la demanda y contestación. En los mismos escritos cada parte confesará ó negará llanamente los hechos que le perjudiquen de los articulados por la contraria. El silencio ó las respuestas evasivas podrán estimarse en la sentencia como confesión de los hechos á que se refieran. Exigiéndose de una parte confesión judicial (art. 580), la declaración podrá prestarse, á elección del que la pidiere, bajo juramento decisorio ó indecisorio. En el primer caso harán prueba plena, no obstante, cualesquiera otros. En el segundo sólo perjudicarán al confesante. Las contestaciones (art. 586) deberán ser afirmativas ó negativas, pudiendo agregar el que las dé las explicaciones que estime convenientes, ó las que el juez le pida. Si se negare á declarar, el juez le apercibirá en el acto de tenerle por confeso si persiste en su negativa. Si las respuestas fuesen evasivas, el juez de oficio, ó á instancia de la parte contraria, le apercibirá igualmente de tenerlo por confeso sobre los hechos, respecto á los cuales sus respuestas no fueren categóricas y terminantes.

Tratándose de una acción ejecutiva que haya de fundarse en un documento privado, podrá pedirse que el deudor reconozca la firma. Si éste, citado al efecto, no comparece, se le citará segunda vez, bajo apercibimiento de ser declarado confeso para los efectos de la ejecución; si tampoco comparece, se despachará ésta, siempre que haya precedido protesto ó requerimiento al pago por acta notarial ó en acto de conciliación, sin haberse opuesto tacha de falsedad á la firma. Fuera de estos casos, si no comparece el deudor citado por tercera vez, bajo aquel apercibimiento, ni alega justa causa que se lo impida, se le tendrá, á petición de parte, por confeso, para el efecto de despachar la ejecución. El que manifestare que no puede asegurar si es ó no suya la firma, será interrogado por el juez acerca de la certeza de la deuda; si la confesare, se mandará despachar la ejecución; en otro caso, como igualmente si se niega la deuda en el caso de haberse exigido la confesión judicial, el acreedor únicamente podrá usar de su derecho en el juicio declarativo correspondiente. Reconocida la firma, quedará preparada la ejecución, aunque se niegue la deuda.

La confesión hecha en el juicio ordinario, absolviendo posiciones, después de contestada la demanda, no constituye título ejecutivo, ni se podrá, en su virtud, entablar este juicio, abandonando el ordinario (artículos 1430, 1431, 1433 y 1434). Véanse las notas de los números 356, 372 y 381.

Respecto del reconocimiento de la firma por los herederos ó causahabientes de aquel á quien se atribuye y del juramento deferido, véanse las notas de los números 694 y 417.—(N. de la B.)

§ II.—Cotejo ó comprobación del escrito.

SUMARIO: 716. Modos de verificar el cotejo ó comprobación.—717. Títulos.—718. Testigos. ¿Debe verse en el escrito en litigio un principio de prueba?—719. Sobre qué puntos pueden declarar los testigos.—720. Semejanza entre la información y el juicio pericial.—721. Juicio pericial.—722. Formas generales.—723. Sumaria ó proceso verbal del estado de la pieza.—724. Depósito de los documentos para el cotejo.—725. Qué documentos pueden admitirse.—726. Firmas en las actas ó escrituras públicas.—727. Idem en las actas ó escrituras privadas.—728. Obligación impuesta á los depositarios de documentos.—728 duplicado. Admisión de documentos extranjeros.—729. Cuándo pueden sustraerse á ella.—730. Preliminares. Cuerpo de escritura.—731. Trabajo de los peritos. Cuál es la fe del juicio pericial.—731 duplicado. Innovación propuesta en el proyecto de revisión.

716. Los modos de verificarse la comprobación son aquí los mismos que en materia de falsedad. Compruébase el escrito tanto por títulos, como por peritos y por testigos (*Cód. de proc.*, art. 195). Debe decidirse igualmente que no se exige la concurrencia de estas tres pruebas, en primer lugar, porque esto no es siempre posible; y en segundo, porque puede suceder, especialmente cuando se prueba por títulos, y el escrito privado se halla relatado en un acta auténtica, que se llegue por medio de un solo modo á una demostración perfectamente concluyente.

717. Nada tenemos que añadir en lo relativo á la prueba por títulos. Este modo de cotejo es aun aquí el más seguro y expedito; pero desgraciadamente sucede pocas veces que se presente ocasión de utilizarla.

718. En cuanto á la prueba por testigos, se pregunta, si el admitirla, cualquiera que sea la importancia del litigio, para comprobar un escrito sospechoso, no es destruir el principio restrictivo sentado en la Ordenanza de Moulins. Esta objeción no se escapó á Boiceau, primer comentador de la Ordenanza. *Certum est*, dice (*loc. cit.*), *et communi usu Gallie receptum, nullam privatam scripturam nullumque chirographum fidem habere, nisi prius agnoscatur; quod si denegetur, testibus ex necessitate opus erit, ad probandum, signum vel sigillum manuscriptum vel appositum fuisse ab eo qui denegat scripturam; et sic ad testes semper erit recurrendum, imminetque periculum et suspicio subornandorum testium; hinc interlocutiones, allegationes et involuciones innumeræ ut antea, locum habebunt. Quocirca hæc lex regia, hoc respectu, illusoria videbitur et sibi ipsi contraria.* La respuesta de Boiceau, que se ha reproducido en nuestros días por Toullier y que ya hemos tenido ocasión de combatir, no tiene nada de satisfactoria.

Consiste en decir, que el escrito mismo cuya sinceridad se quiere acreditar, es un principio de prueba, de tal naturaleza, que autoriza la información: *Princeps hanc probationum recipit, propter juris præsumptionem que pro scriptura stare videtur*. Pero esto es una petición de principio manifiesta, puesto que el litigio versa precisamente sobre el escrito; error que, menos grave en el derecho antiguo, cuando no se hallaba aún definido el principio de prueba por escrito, es mucho más sensible en el día, en que la ley declara formalmente que el escrito debe emanar del adversario (*Cód. civil*, artículo 1347). La verdadera respuesta á la objeción se encuentra en la naturaleza misma del principio restrictivo de la prueba testimonial. El deseo del legislador es que se redacte un escrito para probar las convenciones de las partes; pero ¿cómo probar el hecho mismo de la confección del escrito? Sería exigir un imposible pedir una prueba escrita de esta confección. Porque ¿dónde detenerse en esta vía? No hay, pues, que motivar aquí, por alguna circunstancia excepcional, la admisión de la información, puesto que no nos encontramos bajo el imperio de la regla, aplicable, según ya hemos repetido, á las convenciones de las partes y no á los simples hechos, tales como la redacción de un acta. Añadamos que el testimonio de personas que han visto firmar el escrito ofrece muchas más garantías que el arte conjetural de los peritos. «La prueba más sencilla y la más fácil (*The simplest and most obvious*), dice Philipps (lib. 1.º, part. 2.ª, cap. 8.º, secc. 1.ª), es la declaración de un testigo que ha visto firmar el escrito.» Así es de lamentar que nuestras costumbres no admitan el llamamiento de los testigos para las actas ó escrituras privadas, usado en la antigua Roma y en Inglaterra (núms. 663 y 665).

719. Según la opinión contraria, debería decirse, para ser consecuente, que puesto que hay principio de prueba por escrito, los terceros pueden deponer sobre la existencia misma del crédito, así como se practicaba sin dificultad en tiempo de Beaumanoir, cuando se admitía indefinidamente la prueba por testigos. Algunos fallos (Douai, 28 de Junio de 1841; Montpellier, 10 de Junio de 1848) han adoptado en el día la misma decisión, apoyándose en los términos generales del art. 211 del Código de procedimiento: «Podrá oirse como testigos á los que hayan visto escribir ó firmar el escrito en cuestión, ó *tengan conocimiento de los hechos* que puedan servir para descubrir la verdad.» Pero esto sería una violación manifiesta de la regla, según la cual, la alegación de una confesión extrajudicial puramente verbal es inútil, cuando no es admisible la

prueba testimonial (*Cód. civil*, art. 1355). Los hechos sobre que debe versar la información, deben tener relación con la confección del escrito (1). * (Montpellier, 26 de Agosto de 1878.) * Así los testigos pueden decir que reconocen la letra ó la firma, aunque no hayan visto escribir ó firmar el escrito en cuestión (Sent. den. de 25 de Julio de 1833); pueden por otra parte haber sido llamados inmediatamente después de la confección del escrito, según la máxima de la Edad Media: *Si in confectione charte presentes non fuerint, sufficit si post modum, in presentia donatoris et donatarii, fuerit recitata*; pero estará prohibido interrogarles sobre la confección misma independientemente del escrito que la consigna. La misión del juez comisario podrá ser delicada en esta ocasión, puesto que la cuestión de la sinceridad del escrito se refiere íntimamente á la de la validez de la convención; pero los principios generales que deben guiarle en su marcha no son dudosos.

720. Colocándose bajo otro punto de vista, en el de la confianza que merecen los peritos, háse preguntado, por el contrario, si debe permitirse, como lo supone la sentencia de 25 de Julio de 1833, interrogar á los testigos que no han asistido al acto, sobre si reconocen ó no tal ó cual firma. ¿No es esto, se ha dicho, confundir la información con el juicio pericial? Debe, no obstante, reconocerse de hecho que las personas que viven en la intimidad del pretendido firmante del escrito pueden muchas veces dar noticias más exactas que los peritos, fundando su convicción en datos abstractos. Sabido es que el juicio pericial no sujeta á los jueces (*Cód. de proc.*, art. 323), que pueden en su consecuencia formar su convicción conforme á las noticias de todas clases. Además, el legislador, al ordenar que se presenten á los testigos los documentos denegados ó desconocidos (2) (*Ibid.*, art. 212), indica suficientemente la intención de no trazar una línea de demarcación absoluta entre las funciones de los testigos y las de los peritos (3). Esta doctrina ha sido autorizada por la jurisprudencia en un caso muy notable. El tribunal de Montpellier había declarado sincera la escritura de un testamento ológrafo, reconocida por un gran número

(1) La declaración de los testigos, dice el relator del Tribuado, debe dirigirse especialmente sobre el hecho que se trata de comprobar, sobre la formación material del acta.

(2) *Denegados*, si se trata del pretendido firmante; *desconocidos*, si se trata de un causahabiente (núm. 713).

(3) En Inglaterra se impone á los testigos la obligación de presentar las piezas útiles al proceso, convocándoles, no ya por el *writ* ordinario *sub poena*, sino por el *writ* especial *sub poena duces tecum*.

de testigos, no obstante el parecer unánime de los peritos en sentido contrario. El recurso formado contra esta sentencia fué desechado el 25 de Julio de 1833, «considerando que la combinación de los artículos 211 y 234 del Código de procedimiento civil justifica la medida que tiene por objeto presentar la pieza firmada á los testigos, y de recibir sus testimonios sobre esta pieza.»

721. El tercer modo de verificar el cotejo ó comprobación es el juicio pericial, que consiste aquí en la comparación de la escritura combatida con otras escrituras emanadas incontestablemente del demandado. Esta comparación se hace por peritos, es decir, por hombres que tienen conocimientos especiales sobre esta materia.

722. No tenemos que volver aquí sobre las mejoras generales introducidas por el derecho moderno en cuanto al juicio pericial, y cuya aplicación hace el Código de procedimiento (artículos 196 y 210) al cotejo de escrituras; el nombramiento de oficio de tres peritos, cuando no están acordes las partes; la redacción de una sola sumaria ó proceso verbal por mayoría de votos; finalmente, la indicación de los diversos dictámenes, si ha lugar á ellos, sin que sea permitido dar á conocer el dictamen personal de cada perito. Ocupémonos de lo que es especial á los cotejos de escrituras.

723. La sentencia interlocutoria que admite el cotejo designa el juez comisario ante quien debe procederse, y manda el depósito de la pieza, que debe firmarse y rubricarse por el demandante ó su procurador, y por el escribano, para que no pueda ser dudosa la identidad. La sumaria ó proceso verbal que consigna el estado de la pieza no se extiende, como en el caso de falsedad, contradictoriamente con el demandado, ni tampoco por el juez comisario. Redáctese simplemente por el escribano, en presencia del demandante, y después se comunica al adversario (Ibid., arts. 196 y 198).

724. Extendido de esta suerte el proceso verbal y comunicado al demandado, la base del juicio pericial se halla establecida. Pero la apreciación á que deben entregarse los peritos es enteramente relativa. Trátase de comparar la escritura en litigio con otras escrituras incontestablemente emanadas del demandado, llamadas en la práctica judicial *piezas ó documentos de comparación*. El juez comisario fija un día, á fin de que las partes comparezcan ante él para entenderse sobre estos documentos. En caso de no comparecer la una ó la otra de las partes, se determina por el tribunal, oído el informe del juez comisario. Si el demandante no comparece, se desecha la pieza; la falta de la comparecencia de la otra

parte permite solamente al tribunal tener la pieza por reconocida (Ibid., art. 199). La falta del demandante debe tener consecuencias más graves, puesto que implica por su parte una especie de retractación.

Si las partes se convienen sobre las piezas de comparación, las operaciones de los peritos pueden comenzar inmediatamente. En el caso contrario, se reciben las piezas por el juez (Ibid., art. 200), es decir, por el tribunal. En efecto, la redacción de este título, habiendo sido modificada con arreglo á las observaciones del Tribunalado, se ha tenido cuidado de emplear en él la expresión de *juez comisario*, siempre que la medida concierne sólo á este juez, reservando la denominación de *juez* al tribunal completo. Por otra parte, el art. 236 del Código de procedimiento, relativo al juicio pericial en materia de falsedad, el cual remite precisamente al artículo 200, habla de la providencia por la cual han sido recibidas las piezas. Finalmente, una consideración más grave todavía que estos argumentos, fundados en textos, es, que la decisión sobre la admisibilidad de las piezas está lejos de ser puramente reglamentaria; no hay duda que prejuzga el fondo, y debe, en su consecuencia, ofrecer á las partes las garantías de una providencia interlocutoria (Bourges, 26 de Julio de 1832; Metz, 4 de Agosto y 30 de Noviembre de 1869).

725. Desde los tiempos de Justiniano se ha hecho sentir la necesidad de determinar los escritos que puede admitir el juez como piezas de comparación (1). Este emperador (l. 20, Cod. *De fid. instr.*) no permite admitir con dicho título más que las actas públicas, ó las actas privadas, extendidas en presencia de tres testigos. Más adelante, en la Novela 49, capítulo 2.º, consideró como actas públicas las actas privadas, depositadas en los archivos, y autorizó la admisión de escritos privados, extendidos en presencia de menos de tres testigos, cuando el adversario había él mismo hecho uso de ellos. En la legislación inglesa, no se admite como piezas de comparación escrituras no reconocidas por la parte; en América no están conformes las diversas legislaciones. (M. Greenleaf, tomo 1.º, pág. 725 y sigs.) Entre nosotros se admite como piezas que tienen un carácter auténtico (*Cod. de proc.*, art. 200):

«1.º Las firmas puestas á las actas por ante notarios, ó las

(1) Debe, no obstante, observarse que estas restricciones se refieren al ministerio de los peritos y no al de los jueces, que pueden determinarse según todo documento que estimen sincero en su alma y conciencia (Bruselas, 20 de Febrero de 1817; * Cas. 7 de Febrero de 1882 *).

puestas á las actas judiciales en presencia del juez y del escribano, ó finalmente, las piezas escritas y firmadas por aquel cuya letra se trata de comparar, en cualidad de juez, escribano, notario, procurador, alguacil, ó como ejerciendo, bajo cualquier otro título, funciones de persona pública.

»2.º Las escrituras y firmas privadas, reconocidas por aquel á quien se atribuye la pieza que hay que cotejar, pero no las negadas ó no reconocidas por él, aunque hubieran sido anteriormente cotejadas y reconocidas como suyas.

»Si la denegación ó desconocimiento sólo se refiere á una parte de la pieza que hay que cotejar, el juez puede ordenar que dicha pieza sirva de pieza de comparación.»

726. En lo tocante á las actas públicas, el Código de procedimiento es menos amplio que lo eran el derecho romano y nuestro antiguo derecho, pues distingue entre las firmas puestas á tales actas por simples particulares y aquellas cuyo autor ejercía funciones públicas.

En el primer caso, enumera limitativamente las actas que pueden servir de piezas de comparación. Mientras que Pothier (*Proc. civil*, part. 1.ª, cap. 3.º, sec. 2.ª, art. 1.º) pone en la misma línea que los originales de las actas autorizadas por notarios, las actas de las escribanías, los libros y registros de los bautismos, matrimonios y defunciones, la ley actual no menciona más que las firmas puestas á las actas *por ante notario*, ó las que se ponen á las actas judiciales *en presencia del juez y del escribano*. Así, la firma de una parte en un acta auténtica extrajudicial, distinta de la de un acta autorizada por notario, la que se pusiera, por ejemplo, en los registros del estado civil, no puede emplearse ya como pieza de comparación (1). La ley no prescribe, en efecto, á los oficiales del estado civil, ninguna precaución de naturaleza tal que garantice la identidad de las partes y la de los testigos, como lo hace respecto de los notarios (ley de 25 de Ventoso, año XI, art. 2.º). Asimismo, las firmas deben ponerse en un acta judicial, no en presencia del escribano tan sólo, como en el proceso verbal de depósito de una pieza que hay que cotejar (*Cód. de proc.*, art. 196), sino en presencia del juez y del escribano, como en el proceso verbal de información (*Ibid.*, art. 275). Pero sería abusar de la palabra

(1) Pero los registros que tenían un carácter de autenticidad en el antiguo derecho, como los de las comunidades religiosas, pueden suministrar piezas de comparación, puesto que el Código de procedimiento no ha podido destruir su carácter respecto de lo pasado. (Paris, 2 de Enero de 1808.)

acta judicial, no admitir las firmas puestas en un acta de conciliación. Ya hemos reconocido (núm. 467) que esta acta tiene todos los caracteres de la autenticidad, caracteres independientes de la fuerza ejecutiva, que es la única que se le rehusa. Así se está de acuerdo generalmente para hacer figurar entre las piezas de comparación las firmas dadas de esta suerte en presencia del juez y del escribano.

Cuando se trata, por el contrario, no ya de las partes, sino de aquel que ha firmado (1) el acta como persona pública, siendo la usurpación de funciones mucho menos de presumir que una simple falsificación de escrituras privadas, se admite la firma puesta á toda especie de acta. En su consecuencia, los registros del estado civil suministrarán excelentes piezas de comparación, cuando se trate de cotejar la firma, no ya de un declarante ó de un testigo, sino del mismo oficial civil. No es, pues, por otra parte, necesario que el funcionario público que ha firmado pertenezca al orden judicial. Así es que se ha admitido como pieza de comparación para cotejar la letra de un testamento, una de las numerosas órdenes reservadas de prisión, libradas por el duque de Vrilliere, como ministro de Estado en tiempo de Luis XV (Paris 28 de Junio de 1808).

726 duplicado. Pueden tomarse por documentos de cotejo, actas auténticas recibidas por notarios extranjeros, si su firma ha sido debidamente legalizada, según los términos del decreto de 25 de Octubre de 1833. Para sentenciarlo así, la Audiencia de Dijón, en su fallo de 3 de Abril de 1868, se ha fundado en lo siguiente: que el art. 200 del Código de procedimiento civil, que, á falta de acuerdo entre las partes, no admite documentos de cotejo más que los que están firmados ante notario, ó las actas judiciales que se han extendido en presencia del juez ó del escribano, no hace excepción alguna para los documentos de igual naturaleza que se han otorgado en país extranjero: que efectivamente semejante excepción no podría justificarse puesto que la fuerza probatoria que se ha concedido á los convenios que esas actas consignan, existe forzósamente y en idéntico grado, en todo lo que atañe á la identidad de las partes que han tenido intervención en ellas, y que es precisa-

(1) El texto dice *escritas ó firmadas*; pero estas expresiones en el Código de procedimiento, como en la Ordenanza de 1737, deben entenderse también de la sola firma. De otra suerte, no se podría tener cuenta alguna de la firma del presidente sobre el original de una sentencia, puesto que ésta se escribe habitualmente por el escribano.

mente la garantía de esta identidad la que ha motivado las disposiciones restrictivas del art. 200.

727. Respecto á los escritos privados, nuestra legislación es menos amplia que la de Justiniano, en cuanto no hace ya figurar en la clase de escrituras públicas las actas privadas firmadas por tres testigos; lo es más, en cuanto admite toda pieza reconocida por el adversario, mientras que en Constantinopla se exigía que él hubiera presentado el documento, para no ser admitido á rechazarlo. Pero á ejemplo de la Ordenanza de 1737 (art. 14), la ley actual confiesa de un modo manifiesto la incertidumbre del arte de los peritos, puesto que no permite admitir como piezas de comparación los escritos por ellos cotejados (1). La confesión tácita que resulta de la falta de denegación no es bastante formal para que se pueda inducir de ella con certidumbre la autenticidad de la pieza. Las escrituras que emanan del adversario deben además haberse producido por la acción del mismo órgano que hubiera servido para trazar los caracteres de la escritura desconocida. Por eso por sentencia del Parlamento de Dijón de 10 de Febrero de 1725 se juzgó que no se podía suministrar piezas escritas con la mano derecha, como piezas de comparación de un escrito de la misma persona, que se dijera estar trazado con la mano izquierda, porque esta persona herida en la mano derecha, se había acostumbrado á escribir con la izquierda.

728. Cuando los documentos de comparación se hallan á disposición del demandante no hay dificultad para verificar su depósito. Cuando están en manos de depositarios públicos ó privados el juez comisario manda que se traigan el día señalado para el cotejo (Ibid., arts. 201 y 202).

729. Los depositarios privados no deben sufrir la obligación que se les ha impuesto por un interés particular. Si la producción de la pieza lleva consigo respecto de ellos algún perjuicio, por ejemplo, el pago de un derecho doble de registro por contravención á las leyes fiscales (ley de 22 de Frimario, año VII, arts. 22 y 38), el demandante está obligado á indemnizarles. Debe también decidirse, con Justiniano (ley 22, Cód. *De fid. inst.*) y con Pothier (*Proc. civ.*, 1.^a parte, cap. 3.^o secc. 2.^a, art. 2.^o), que si la producción del escrito debía ocasionar, respecto de los terceros, un perjuicio

(1) «Tal es, dice el informe dirigido al Cuerpo legislativo, el homenaje que rinde la ley misma á la incertidumbre de los medios que adopta para descubrir la verdad.»

irreparable, como el resultar de él la divulgación de un secreto, podrían quedar dispensados de presentar la pieza. En cuanto al demandado, está generalmente obligado á entregar la pieza ó documento que tuviera á su disposición, sin poder invocar el antiguo adagio, *nemo tenetur edere contra se*. Este adagio se entiende de la presentación de títulos que nos son desfavorables bajo el punto de vista moral, pero no de la presentación material de documentos que deben servir solamente de puntos de comparación; salvo, no obstante, la misma excepción que acabamos de hacer respecto de los terceros.

730. En el lugar, día y hora indicados por el juez comisario, para la prestación del juramento de los peritos, la parte más diligente hace requerir por escribano á los peritos, y á los depositarios si ha lugar, para que se hallen reunidos. También debe llamarse á la parte contraria. Los peritos reciben desde luego la investidura de sus funciones por la prestación del juramento. Después presentan los depositarios las piezas de comparación (*Cód. de proc.*, artículos 204 y 205).

A falta, ó en caso de insuficiencia de estas piezas, el juez comisario puede ordenar que se haga una muestra de letra bajo el dictado de los peritos. El mérito de esta medida ha sido disputado. «Sería más expedito, decía Rodier (sobre el tit. 12, art. 8.º de la Ordenanza), hacer escribir ó firmar á la parte ante el juez, para comparar después esta escritura con la otra, porque la parte podría contrahacerla.» El tribunal ha hecho observar igualmente, que el demandado, aunque lo sea de buena fe, podría atemorizarse porque la forma de su letra pudiera haber cambiado. Véase, pues, que conviene no usar de esta facultad sino como un recurso extremo (1). Parece esencial, aunque el tribunal de Rennes (16 de Julio de 1817) no haya estimado esta prescripción establecida bajo pena de nulidad, que el demandado sea llamado á asistir él mismo á la confección del cuerpo de escritura (*Ibid.*, art. 206). La parte interesada es la que puede sorprender y señalar mejor las actitudes del cuerpo y de la mano más ó menos sospechosas, y como no correspondiendo á los hábitos de su adversario. Si el demandado rehusa hacer un cuerpo de escritura, el juez comisario debe denunciar su negativa al tribunal, que podrá tener la pieza ó documento por reconocido. (*Arg. del art. 199, ibid.*)

(1) En Austria, en el silencio de la ley, no se admite esta práctica. (*Gennari, Teoria della prove, § 39.*)

Finalmente, cumplidos todos los preliminares que exige la ley, conviene que los peritos puedan trabajar, en el recogimiento, en la obra importante que se les ha confiado. Así, pues, deben retirarse las partes después de haber hecho sobre el proceso verbal del juez comisario las requisiciones y observaciones que juzguen convenientes (Ibid., art. 207).

731. Entonces es cuando los peritos principian sus operaciones en presencia, ya del juez comisario y del escribano, ya del escribano solamente, según lo que haya ordenado el juez comisario (Ibid., art. 208). Las reglas por que deben guiarse en la difícil misión de que se hallan encargados, bien en materia de cotejo de escrituras, bien en materia de falsedad, se apoyan enteramente en la experiencia práctica. La mejor obra que existe en la antigua jurisprudencia sobre este asunto, es el tratado de Raveneau, escritor jurado del Parlamento de Paris, sobre las *inscripciones de falsedad y el reconocimiento de escrituras*, tratado que fué suprimido por sentencia del mismo Parlamento de 10 de Febrero de 1670, porqu dando principios para descubrir la falsedad, enseñaba al mismo tiempo los medios de cometerla. Los puntos principales sobre que debe fijarse la atención de los peritos han sido expuestos en nuestros días en un opúsculo bastante lucido de M. Leveque (*Cotejo de las escrituras*, Agen, 1840), que parecía practicar con celo y conciencia este difícil arte.

En el día, que la química ha hecho tantos progresos, y que la culpable industria de los falsarios ha explotado estos progresos, no deben los peritos estar versados solamente en el conocimiento de las escrituras, sino bastante ejercitados también en la práctica de las manipulaciones, para poder reconocer las diversas alteraciones que han podido hacerse experimentar al papel ó á los caracteres trazados en él (1). Es, pues, sensible, que haya necesidad de recurrir todos los días en los juicios periciales á simples maestros de escribir, por falta de personas que reunan en un grado suficiente los dos géneros de conocimientos requeridos en esta materia. Tal vez convendría, en su consecuencia, que se hiciera del juicio pericial una profesión aparte, á la que no se llegaría hasta haber justificado suficiente capacidad. Puesto que se ha juzgado necesario crear sobre las oficiales especiales para apreciar el valor de los muebles,

(1) Véase los interesantes pormenores dados sobre esta materia, bajo el punto de vista de la química, en el *Tratado de Medicina legal* de M. Duvergie, tomo 3.º, páginas 132 y siguientes.

¿deberemos rodearnos de menos precauciones cuando se trata de una operación menos usual, pero de resultados mucho más importantes? Se harían así mucho menos frecuentes los errores que han presentado tantas veces los dictámenes de los peritos, desde el célebre dictamen de los peritos de Armenia, destruido por la declaración formal de testigos, y que dió lugar á la Novela 73 (1), hasta el proceso contemporáneo de La Ronciere, en que se han consignado claramente las equivocaciones de los maestros de primeras letras.

731 duplicado. Esas reconvencciones dirigidas hace tanto tiempo á la prueba pericial han hecho que los redactores del proyecto de revisión resolvieran proponer una importante reforma en el procedimiento de cotejo. El Tribunal debería examinar por sí mismo (art. 184) la letra no reconocida, así como los documentos de cotejo. Oiría á las partes durante la audiencia, y sólo en el caso en que careciese de elementos suficientes de convicción (art. 185) mandaría hacer, ó bien una prueba pericial, ó bien una información. Dicha información tendría lugar durante la audiencia pública en la Sala del consejo ó en la escribanía (art. 190). Podrá dictar el presidente (art. 184) unas muestras de letra, aun cuando no se hubiese mandado hacer ninguna prueba pericial.

Idéntica marcha debiera seguirse en la comprobación que se refiere á la acusación de falsedad (art. 204).

*. Entre las varias declaraciones que ha dado el Tribunal Supremo sobre esta materia, creemos oportuno exponer las dos siguientes:

La ley 119, tit. 18, Partida 3.^a, que no tiene por prueba bastante para acreditar la autenticidad de un documento privado la de su cotejo con otros indubitados, se refiere al caso en que sea el mismo que lo formó quien lo haya negado. (Sent. de Cas. de 9 de Noviembre de 1863.)

La disposición de la ley 118, tit. 18, Partida 3.^a, relativa á cómo debe practicarse el cotejo de letras de los documentos públicos otorgados por ante escribano, no puede tener aplicación en un pleito en que se cuestiona sobre la autenticidad de un documento privado acerca del cual se ha pedido y practicado el cotejo de letras con arreglo á lo que expresa y terminantemente prescriben los artículos 287, 288, 289 y 290 de la ley de Enjuiciamiento civil (Sent. de Cas. de 14 de Mayo de 1864).—(N. del T.)

*. Veanse las notas de los números 118, 122 y 614.

*. Según el art. 606 de la ley de Enjuiciamiento civil, podrá pedirse el cotejo de letras siempre que se niegue por la parte á quien perjudique ó se ponga en duda la autenticidad de un documento privado, ó la de cualquier documento público que carezca de matriz y no pueda ser reconocido por el funcionario que lo hubiese expedido. Este cotejo se practicará por peritos

(1) La contradicción de los peritos con la declaración de los testigos ha llegado á ser tan frecuente, que no se puede decir ya en el día con Justiniano: *Quoddam inopinabile et Armenia nobis exortum est.*

y con documentos indubitados, que designara (art. 607) la persona que pida el cotejo. Si no los hubiere, se tendrá por eficaz el documento público; y respecto del privado, el Juez apreciará el valor que merezca en combinación con las demás pruebas. Se consideran indubitados para el cotejo (art. 608) los documentos que las partes reconozcan como tales de común acuerdo; las escrituras públicas y solemnes; los documentos privados, cuya letra ó firma hayan sido reconocidos en juicio por aquel á quien se atribuya la dudosa; el escrito impugnado en la parte en que reconozca la letra como suya aquel á quien perjudique. A falta de estos medios, la parte á quien se atribuye el documento impugnado ó la firma que lo autorice, podrá ser requerida á instancia de la contraria para que forme un cuerpo de escritura que en el acto le dictará el juez. Si se negare á ello, se le podrá estimar por confeso en el reconocimiento del documento impugnado. El juez hará por sí mismo la comprobación después de oír á los peritos revisores (art. 609), y apreciará el resultado de esta prueba conforme á las reglas de la sana crítica, sin tener que sujetarse al dictamen de aquéllos.

Los artículos 610 y siguientes de la misma ley regulan el procedimiento para el nombramiento y recusación de los peritos y manera de cumplir éstos su cometido.

Advierte el Código civil (art. 1242) que sólo se podrá utilizar este medio de prueba, cuando para apreciar los hechos sean necesarios ó convenientes conocimientos científicos, artísticos ó prácticos.—(N. de la R.)

§ III.—Sentencia definitiva.

SUMARIO: 732. Fuerza comparativa de los diversos medios de prueba.—733. Abolición propuesta de la hipoteca judicial que se refiere al reconocimiento y cotejo de la escritura. Ley de 3 de Septiembre de 1807.—734. Quién está obligado á pagar los gastos.—735. Multa contra el que niega sin razón su firma.

732. Los jueces no deben atenerse sino con suma precaución á las conclusiones del juicio pericial. Independientemente de la prueba por títulos, que es la mejor de todas, debe preferirse la prueba testimonial á las conjeturas de los peritos, por instruidos que puedan ser. Y en efecto, el testimonio atestigua directamente el hecho en cuestión, mientras que el cotejo de escrituras sólo se apoya en una verosimilitud, en un cálculo de probabilidad. *Scriptura ex qua fit comparatio*, dice Baldo, *nihil aliud est nisi argumentum à simili et verisimili*. Así, Justiniano quiso, según hemos dicho, que se llamaran testigos para las escrituras privadas, *ut non in sola scriptura et ejus examinatione pendeamus, sed sit judicantibus etiam testium solatium*. (Nov. 73, cap. 1.º) Hemos visto también que se sigue esta marcha actualmente en Inglaterra. En el conflicto de la prueba testimonial y del juicio pericial, quiere Justiniano que sean preferidos los testigos (Ibid., cap. 3.º): *Nos quidem existimavimus ea que viva dicuntur voce et cum jurejurando, hæc digniora fide quam scripturam ipsam per se subsistere*. Nuestra antigua jurisprudencia

ha dado numerosas sentencias en este sentido. Actualmente son perfectamente libres los jueces de dar la fe que consideren justa al dictamen de los peritos, del cual deben separarse, sobre todo, cuando es combatido por testimonios positivos. Ya hemos citado, con este motivo (núm. 720), la notable sentencia del tribunal de Montpellier, vanamente atacada en casación, el 25 de Julio de 1833, que declaró sincero un testamento con arreglo á la declaración de testigos, contraria al dictamen unánime de los peritos.

En Austria, el dictamen pericial que liga habitualmente á los jueces, no los sujeta en materia de cotejo de letras (M. Gennari, *Teoría delle prove*, § 39). Según la ley de Ginebra (arts. 250 y 251), éstos hacen por sí mismos el cotejo, con facultad de invocar las luces de los peritos. Tal es igualmente la marcha que sigue el jurado en Inglaterra y en los Estados Unidos (M. Greenleaf, tomo 1.º, págs. 721 y sigs.); habiéndose abandonado definitivamente la idea de que el jurado no tiene las luces suficientes para proceder á este examen. Este sistema tiene la ventaja de poner más en relieve la facultad que tiene el tribunal de examinar por sí mismo la escritura; en él se halla colocado en segundo término el juicio pericial técnico, sin estar, no obstante, excluido, porque no debe abusarse de los conocimientos especiales, ni proscribirseles.

Entre nosotros es cierto que, aun después de terminado el juicio pericial, pueden los jueces ordenar una información, y también que se preste juramento (Sent. deneg. de 19 de Diciembre de 1817), según el principio general que hemos sentado sobre las providencias interlocutorias (núm. 301). Pero, en definitiva, no hay motivo para preferir tal ó cual clase de prueba *à priori*, como dice muy bien el tribuno Perrin: «Cuando admite el legislador tres clases de prueba, separa esas sutilezas de derecho por las cuales se pretendía poder medir la influencia de cada una sobre la convicción del juez, y sujetar su conciencia á la exactitud del cálculo geométrico; manantiales eternos de debates y de razonamientos metafísicos, todos los cuales vienen á estrellarse contra la infinita variedad de las circunstancias, las diferencias imperceptibles del lenguaje de los peritos y de los testigos, y que no tenían otra utilidad que sembrar la incertidumbre en la jurisprudencia y crear sofismas en favor de la mala fe. El proyecto rodea al magistrado de todo cuanto puede dirigirle, purifica la fuente y deja ilustrada su conciencia por medio de la reflexión y el recogimiento para providenciar sobre los resultados.» Sin embargo, los sabios preceptos de Justiniano y de nuestros antiguos autores han conservado la autoridad de la razón

y de la experiencia, y, en igualdad de circunstancias, se debe admitir la inferioridad de la prueba por peritos.

733. Un efecto común á todo reconocimiento ó cotejo hecho en juicio de una escritura privada que contenga obligación por parte del firmante, es el de producir hipoteca sobre todos sus bienes presentes y futuros (*Cód. civil*, art. 2123). Seria salirnos de nuestro asunto, examinar aquí las ventajas y los inconvenientes de la hipoteca judicial, cuya supresión se ha propuesto, cuando se ha tratado de la reforma del sistema hipotecario. Hagamos notar solamente, que uno de los argumentos más graves que se invocan por los adversarios de esta innovación, es precisamente la utilidad práctica, bajo el punto de vista del crédito personal, de esos vales que por medio de una simple presentación en juicio se transforman, por decirlo así, en títulos hipotecarios. No hay duda, que consultando únicamente la lógica, es extraño, que no teniendo ya las actas ó escrituras auténticas el privilegio de conferir hipoteca, continúe perteneciendo esta prerrogativa á las actas ó escrituras privadas, por el solo hecho de hallarse asimiladas á las actas ó escrituras auténticas (*Ibid.*, art. 1322). Pero consideraciones puramente lógicas, ¿deben ser preferidas y vencer á motivos fundados en la utilidad social? (1).

En todos los casos, era intolerable que conforme al texto del Código civil, que no hacía distinción alguna, aun cuando se pidiera el cotejo antes del vencimiento, el acreedor podía inscribirse inmediatamente en virtud de la sentencia, procurándose de esta suerte, por medio de un simple vale, una hipoteca general que el deudor no había tenido nunca intención de concederle. Renovando una declaración de Enero de 1717, la ley de 3 de Septiembre de 1807 ha hecho cesar este abuso, ordenando que no se practicara ninguna inscripción hipotecaria en virtud de semejante sentencia, sino á falta de pago de la obligación después del vencimiento.

734. Además, según el art. 193 del Código de procedimiento, el demandante debía sufrir sin distinción todos los gastos, en el caso de que no negara su firma el demandado. Pero el art. 2.º de la ley de 1807 distingue entre los gastos del juicio y los del registro. Los primeros son de cargo del acreedor, siempre que el deudor

(1) «La abolición de la hipoteca judicial, ha dicho el presidente del tribunal de Comercio del Sena (discurso de entrada del 27 de Diciembre de 1851), facilitaría la liquidación de algunas sucesiones que podrían hallarse bajo el golpe de hipotecas judiciales; pero ¿es esto una razón para abolir una institución que es para el comercio la base de un crédito, por decirlo así, incalculable?»

no niega su firma; la experiencia ha probado que era superflua la precaución del acreedor, y poco importa bajo este respecto que no haya tenido lugar el pago al vencimiento. No sucede lo mismo en lo relativo á los gastos de registro. Desde que no ha pagado el deudor en la época indicada, el acreedor ha debido producir el acta en juicio, y, por consiguiente, hacerla registrar. El adversario es quien debe soportar los gastos de una medida que él ha hecho indispensable.

735. El que niega indebidamente su firma es condenado á 150 francos de multa, además de la indemnización de daños y perjuicios y las costas. Esta multa es muy antigua en nuestro derecho, pues se la encuentra, teniendo en cuenta la diferencia del valor de la moneda, en Beaumanoir (cap. 35, § 4.º). «Es cosa muy fea negar su firma, y por eso el castigo del que está convencido de ese delito es muy severo, pues se le tiene por un tramposo y se le multa en 60 libras.» Además, la mala fe del demandante ocasiona doble rigor contra él, al ejecutar las diversas condenas en que incurre. La ley le declara merecedor de arresto por todas estas condenas (*Cód. de proc.*, art. 213). La ley de 22 de Julio de 1867 abolió la prisión en materia civil y mercantil.

. Entre nosotros, no produce la comprobación ó cotejo del documento privado los efectos de la hipoteca sobre los bienes del deudor, que indica M. Bonnier en el núm. 733.—(*N. del T.*)

. Véase la nota núm. 731.—(*N. de la R.*)

§ IV.—Inscripción ó redargución de falsedad respecto de las escrituras privadas.

SUMARIO: 736. Facultad de sustituir el procedimiento de falsedad á la comprobación y cotejo.—737. Cuándo llega á ser necesario este procedimiento.—738. Verdadero sentido del art. 214 del Código de procedimiento.—739. Curso ordinario.

736. Si la parte á quien se opone una escritura privada puede negarla simplemente ó desconocerla, dejando el cotejo á cargo del adversario, esta es una facultad introducida en su favor, de que puede desistir. Así, puede, si lo juzga conveniente, proceder como si se tratara de una escritura auténtica, y emprender la vía de la inscripción ó redargución de falsedad que, tanto en el antiguo como en el nuevo derecho, se aplica á toda clase de escritos (*Ord. de 1727*, tít. 2.º, art. 1.º; *Cód. de proc.*, art. 214). Pero ocurrirá raras veces, á no ser que se quiera indagar las huellas de la falsedad, para preparar los elementos de un procedimiento crimi-

nal, que se cambie de esta suerte el papel de demandado por el de demandante, en un procedimiento molesto y complicado.

737. Sin embargo, la inscripción ó redargución de falsedad puede ser necesaria para que pierda su fe un escrito privado, como sucederá cuando tiene lugar en juicio. La ley, que no ha querido admitir en el número de las piezas para la comprobación los escritos cuya sinceridad no se halla acreditada sino por la vía sospechosa del cotejo de escritos (Ibid., art. 200, 2.º), ha debido, para ser consecuente, permitir á los interesados la inscripción ó la redargución de falsedad respecto de estos mismos escritos. Por sentencia del Parlamento de Paris de 12 de Junio de 1891, se ha admitido efectivamente la inscripción, á pesar de haberse hecho muchos cotejos anteriormente de la pieza en litigio. «¿Y no sería alentar al crimen, dice el orador del Tribunado, si un simple cotejo dirigido por el culpable mismo pudiera asegurarle la impunidad?» Es cierto que no quedará desarmado el Ministerio público; pero los indicios de la falsedad no aparecen muchas veces con evidencia sino con motivo de los procedimientos civiles. Por otra parte, el caso se ha presentado en nuestros días ante el Tribunal de Casación (Den. 22 de Marzo de 1869).

«El que pretende, dice el art. 214 del Código de procedimiento, que una pieza notificada, comunicada ó presentada es falsa ó está falsificada, puede, si ocurre el caso, ser admitido á redargüir de falsedad, aunque dicha pieza haya sido cotejada, sea con el demandante, sea con el demandado por falsedad, para otros fines que los de una persecución de falsedad principal ó incidental, y que, en su consecuencia, haya recaído un fallo sobre el fundamento de dicha pieza considerada como verdadera.»

738. Este artículo no es más que la reproducción de los artículos 1.º y 2.º del tit. 2.º de la Ordenanza de 1737 sobre la falsedad. Es, pues, preciso interpretarlo como se interpretaba esta Ordenanza. En su consecuencia, no se debe dar una trascendencia exagerada á la restricción indicada por estas expresiones: *para otros fines que los de una persecución de falsedad principal ó incidental*, é imaginarse que la sentencia dada sobre esta petición tendría la autoridad de cosa juzgada contra terceros, si hubiera declarado la pieza verdadera. Los comentaristas de la Ordenanza (V. Serpillon sobre el art. 2.º de la Ordenanza de 1737, tit. 2.º) no ven en estas expresiones más que la aplicación de la máxima *Non bis in ídem*, es decir, la prohibición de redargüir de falsedad respecto de la parte que sucumbió ya en un procedimiento de falsedad sobre la misma

pieza. Nada indica que los redactores del Código de procedimiento, al reproducir los mismos términos, hayan tenido la intención de hacer innovación alguna. Los derechos de los terceros quedarán, pues, intactos. Si no se ha procedido contra la falsedad más que civilmente, no podrá tener efecto la cosa juzgada sino entre aquellos que han sido partes en la instancia. Si ha habido persecuciones criminales, veremos, al tratar de la cosa juzgada, la influencia que pueden tener estas persecuciones sobre los derechos de los terceros. En todo caso, es imposible admitir la autoridad absoluta que atribuiría una interpretación literal á toda decisión civil ó criminal que hubiera declarado verdadera una pieza argüida de falsa (1).

739. El procedimiento de falsedad será, pues, por lo demás absolutamente el mismo, cuando se trate de un escrito privado que cuando se trate de una escritura auténtica.

*. Los documentos privados pueden ser redargüidos de falsos lo mismo que los documentos públicos, salvas las diferencias que resulten naturalmente de la distinta forma como se constituyen unos y otros. Si alegare, pues, contra un documento privado la persona á quien perjudica, que no pudo estar en el día de su fecha en el lugar donde fué otorgado por hallarse en otro muy distante de él, debe ser creída presentando dos testigos que confirmen su dicho; ley 117, tit. 18, Partida 3.^a—(N. del T.)

*. Dispone el art. 512 de la ley de Enjuiciamiento civil que cuando la parte á quien perjudique el documento privado no reconozca la firma ó impugne la legitimidad del documento, se procederá al cotejo de letras en la forma prevenida. Véanse las notas de los números 614 y 731.—(N. de la R.)

SECCION SEGUNDA

Escritos no firmados.

SUMARIO: 740. No hacen fe, en principio, sino contra su autor. — 740 duplicado. ¿Cuándo puede constituir una falsedad la presentación de semejantes escritos? — 741. Dos clases de escritos no firmados.—742. Casos en que los registros domésticos hacen fe contra el autor del escrito.—743. Hasta qué punto pueden invocarse en su favor.—744. Hojas volantes.—745. Notas firmadas. Cartas misivas.—746. Producción de los registros.—747. Escrito que se refiere á un título.—748. Menciones que propenden á la liberación. Doctrina de Pothier.—749. ¿Ha pasado esta doctrina al Código?—750. ¿Es preciso que el título haya permanecido en posesión del acreedor?—751. Mención respecto de una pieza que haya permanecido en posesión del deudor.—752. Resumen.—753. Casos

(1) En el sistema del proyecto de reforma, que asimila el procedimiento de falsedad al de comprobación de escritos, la restricción del art. 214 no tiene ya razón de ser. Así, el art. 197 del proyecto declara sencillamente que la redargución de falsedad no es admisible contra un acta privada, cuya comprobación se ha verificado entre las mismas partes, ó bien cuando hay una diligencia criminal por falsedad.

en que se ha borrado la mención después de extendida.—754. Escrito que tiene por objeto acreditar un suplemento de crédito.—755. Fe de las notas no firmadas, fuera de las hipótesis previstas por la ley.—756. Necesidad de cotejar el escrito.

740. Una escritura privada, según ya hemos dicho, no es válida conforme á nuestras leyes, sino en cuanto se halla revestida de la firma de la parte que se obliga. Sin embargo, las escrituras no firmadas pueden en ciertas circunstancias hacer fe contra su autor, pero jamás en favor suyo (*Cód. civil*, art. 1331). *Exemplo perniciosum est, ut ei scriptura credatur qua unusquisque adnotatione propria debitorem sibi constituit.* (Gord., l. 7.^a, *Cód. De probat.*) Así, el Tribunal Supremo ha anulado, el 2 de Mayo de 1859, una sentencia que había permitido deferir el juramento supletorio á una parte que sólo tenía libros domésticos llevados por ella para justificar su crédito. En Roma se exceptuaba los *nomina transcriptitia*, de donde nacia la obligación literal, y aun hoy se exceptúan entre nosotros los libros de los comerciantes, de que hablaremos al tratar de la prueba preconstituida en beneficio del demandante.

740 duplicado. Ya que los registros domésticos no dan fe en favor de aquel que escribe en ellos, el mero hecho de tener registros domésticos falsificados, si no se han consultado, no puede constituir el crimen de falsificación, como acontecería con la presentación de un acta pública ó privada en que se hubiese alterado la verdad (*Comp., Cod. penal*, artículos 147, 148, 150, 151, y *Cas. de 27 de Enero de 1827*). Pero sucede otra cosa, cuando la falsificación del registro se ha verificado, con el ánimo de presentarlo para perjudicar á un tercero, especialmente cuando esta presentación ha tenido lugar ante un árbitro encargado de referir los hechos. «Si los escritos contenidos en un registro de esta naturaleza, dice el Tribunal de Casación (*Den. de 5 de Octubre de 1858*), no constituyen, según el art. 1331 un título para la persona de quien emanan, pueden resultar presunciones ó indicios perjudiciales para los terceros.»

Aplicase à *fortiori* esta decisión á los libros de comercio que pueden dar fe contra los negociantes, aun cuando son irregulares (número 717). Habiéndose negado las Audiencias de Lyon y Burgo á considerar este hecho como una falsificación, el Tribunal de Casación en pleno falló contra su doctrina el 22 de Julio de 1862.

741. Los escritos privados no firmados, susceptibles de hacer fe contra su autor, son de dos clases. Unos consisten en documentos, más ó menos en forma, con el auxilio de los cuales acredita un particular el estado de sus negocios; otros consisten en ciertas mencio-

nes que se refieren á un título en regla, cuyos efectos propenden á modificar ó destruir aquéllas.

742. Hablemos desde luego de los escritos que se hallan en los registros domésticos. Redactados por un particular, que quiere darse cuenta de sus asuntos, pero sin estar sujetos á forma alguna, ni á orden regular alguno, no pueden habitualmente ser sino á lo más un principio de prueba por escrito. Boiceau (parte 2.^a, cap. 8.^o, número 14), les concede, no obstante, entera fe, cuando afirman haberse recibido un pago: *Secus, si talis confessio etiam non subsignata vergat ad liberandum*. Esta primera excepción, reproducida por el Código civil (art. 1331), se justifica, sea por el favor de la liberación, sea por la gran verosimilitud, de hecho, de la realidad del pago, que no está apenas en uso anotar antes de que se haya verificado. El Tribunal Supremo el 9 de Enero de 1865, concedió validez á una mención de pago hecha por el mismo deudor sobre el registro de su acreedor, pero á la vista y con conocimiento de este último. Existe otra excepción, que los redactores del Código han tomado de Pothier (*Oblig.*, núm. 759), en el caso en que el registro del deudor contiene la mención expresa de que se ha puesto la nota para suplir la falta de título en favor de aquel en cuyo beneficio se ha contraído la obligación; como si se dijera que el acreedor no ha querido recibir billete ó vale. En tal caso, no siendo la mención simplemente para quien la ha hecho un medio de reconocerse en sus cuentas, sino debiendo hacer las veces de título para el acreedor, es de suponer que se tendrá cuidado de borrarla cuando se extinga la obligación. Por el contrario, en el caso precedente, la cancelación hecha después de la mención del pago en el registro no podría en general destruir la prueba que resultara de esta mención. Pero se admite al acreedor á justificar su error, y nunca, por otra parte, las enunciaciones puestas en papeles puramente domésticos tienen la fe que las actas auténticas ó privadas: la prohibición de probar contra y fuera de lo contenido en las actas ó escrituras (art. 1341), que no es aplicable á las escrituras de comercio, aun lo es menos á los registros domésticos.

743. Los registros no producen jamás fe en favor del que los tiene, en el sentido solamente de que no puede sacar de ellos un título de crédito, aun de naturaleza propia para autorizar el juramento supletorio. Pero si la misma mención enuncia la formación del crédito y un pago total ó parcial, no puede ya ser dividida, como si se encontrara en los registros de un comerciante (art. 1329). De otra suerte sería si se refiriera á la mención que consigna la

extinción del crédito la mención de una deuda contraída en favor del deudor por su antiguo acreedor: las dos menciones pueden aislarse fácilmente (Cas. 16 de Diciembre de 1833). Esto no es más que la aplicación de las reglas ordinarias sobre la indivisibilidad de la confesión (núm. 356).

Además, de que los papeles domésticos no hagan fe en favor de quien los redactó, no debe deducirse que no puedan emplearse más que contra él. El mismo Código civil (arts. 46 y 324) señala estos papeles como pudiendo suplir los registros del estado civil, y cuando el padre de familias ha llevado cuentas en forma, se pueden tomar de estas cuentas las noticias necesarias para arreglar su sucesión entre sus hijos (1). * Pau, 19 de Mayo de 1875.)* Los papeles domésticos tienen, pues, más importancia que la que haría suponer el texto del art. 1331.

744. La ley habla de registros y de *papeles domésticos*. En general, se dará más importancia á las menciones que proceden de libros ó extractos destinados á conservarse que de simples notas consignadas en hojas volantes. Pero los términos de la ley comprenden los papeles domésticos de todas clases, y sería poco racional rechazar de un modo absoluto la autoridad de las hojas volantes, sobre todo según la opinión de los que, como nosotros, no exigen bajo pena de nulidad la inscripción en el registro de las actas del estado civil (núm. 527). Desde luego é incontestablemente, teniendo los jueces un poder discrecional para determinar lo que constituye un principio de prueba por escrito, pueden hallar este carácter en un escrito cualquiera, con tal que sea de mano del deudor. * (Cas. 11 de Junio de 1872.)* Más dificultad hay en el caso de que los papeles deban hacer plena fe contra el que los escribió. El tribunal debe examinar con cuidado las circunstancias de la causa y los hábitos de quien redactó la mención. Así se debe admitir más fácilmente la autoridad de la hoja suelta, cuando contiene mención expresa de que se ha puesto la nota para suplir la falta de título, que si hay enunciación de haberse recibido un pago; esta enunciación podría no ser más que un proyecto de finiquito, redactado por el acreedor en vista de un pago que no se realizó. De otra suerte sería si figurase la misma enunciación en un inventario, tal como suelen hacer á veces los particulares en una hoja

(1) * Así se ha sentenciado también que pueden invocarse en favor de la persona que los ha extendido para completar una prueba que resulta ya de otros documentos, especialmente de la comparecencia de las partes y de una información. (Cas. 31 de Mayo de 1881.)*

volante para darse cuenta de su situación. * (Cpr. Dijón, 19 de Febrero de 1873.)*

745. Si la nota por la cual me reconozco deudor de un tercero está firmada, esta firma equivale, según dice Boiceau y según Pothier (*loc. cit.*), á la mención expresa que han querido suplir las partes á falta de título. No habiéndose reproducido en el Código civil la opinión de estos autores, por razonable que sea, pueden los jueces, según las circunstancias, ver en la nota firmada una prueba completa ó un principio de prueba por escrito (Sent. deneg. de 31 de Mayo de 1842). Por lo demás, los escritos firmados más en uso, fuera de las actas ó escrituras privadas en forma, son las cartas misivas cuyo valor en juicio hemos apreciado (núm. 695). Estas cartas, si el que las ha escrito tenía la intención de obligarse, equivalen á escrituras en forma. Así son sometidas á un derecho de dos francos por la ley de 28 de Abril de 1816 (arts. 43, 14), cuando no contienen ninguna convención que dé ocasión al derecho proporcional.

746. Las disposiciones de nuestras leyes sobre la fe de los registros ó libros domésticos parecen suponer que una de las partes puede obligar á la otra á exhibir sus registros ó libros. Es evidente, no obstante, que no se podría aquí, como en materia mercantil (*Cód. de Comercio*, arts. 15 y 17), ordenar, ni aun de oficio, la presentación de los libros del adversario, puesto que los particulares no están obligados á llevarlos. La negativa de presentación no podría tampoco, por sí sola, autorizar al juez á deferir el juramento al demandante. Solamente, si se ha acreditado de hecho la existencia de semejantes libros, lo cual sucederá por lo común, con motivo de la formación de inventarios, el juez tendrá el poder discrecional de ordenar la presentación; pero jamás será para él una obligación legal (1). (Sent. den. de 15 de Febrero de 1837.)

747. El escrito no firmado tiene mucha más importancia cuando se refiere á un título preexistente. «Haber puesto este escrito sobre el título mismo, dice Bigot Preameneu (*Exposición de motivos*), es haberle dado su fuerza; es una especie de declaración que

(1) * Cuando se trata de libros ó registros comunes á las dos partes, los Tribunales mandan, por lo regular, que se presenten aquéllos. Así se ha sentenciado en un litigio entre una comunidad religiosa no autorizada y el heredero de uno de sus individuos que pedía se le comunicasen los registros de la comunidad (Tolosa 9 de Junio de 1877). Se ha considerado también como comunes los registros y papeles domésticos de un encargado ó de un gerente de negocios, porque su presentación era necesaria para que se conociesen bien sus cuentas (Rennes, 26 de Febrero de 1879). *

se hace á la justicia, á los ojos de la cual no puede dividirse lo que se ha escrito así en el título.» La mención hecha en este título puede dirigirse, ya sea á probar la extinción del crédito consignado por este título, ya sea á probar, por el contrario, un crédito adicional. El primero de estos casos es el único que se ha previsto por nuestras leyes.

748. En lo relativo á los escritos que tienen por objeto la liberación del deudor, expresando, por ejemplo, *recibido ó por pagado*, he aquí cuál era la doctrina del antiguo derecho, tal al menos como la ha formulado Pothier (*Oblig.*, núms. 761 y 762). Según este jurisconsulto, cuando escritos no firmados, que tienen por objeto acreditar la liberación, se ponen al margen ó al dorso de un escrito firmado, debe distinguirse si no ha dejado de estar la escritura en posesión del acreedor, ó si está en posesión del deudor. En el primer caso, el escrito que tiene por objeto la liberación hace fe, cualquiera que sea la mano que lo haya puesto, aunque fuese la del deudor, porque es más que probable, se dice, que el acreedor no hubiera dejado escribir nunca estos recibos en el vale, si no hubiera habido realmente pago. En el segundo caso, no hace fe el escrito sino cuando es de mano del acreedor; porque no debe estar en manos del deudor el libertarse de la obligación, haciendo escribir el recibo por un tercero.

749. ¿Este sistema es el del Código civil? Difícil es creerlo, cuando se compara la redacción definitiva votada por el Consejo de Estado con el proyecto de Código, que estaba concebido en estos términos: «El escrito privado puesto á continuación, al margen ó al dorso de un título que ha quedado siempre en posesión del acreedor, aunque no firmado ni fechado por éste, hace fe, cuando tiene por objeto la liberación del deudor.» Esto es autorizar la doctrina de Pothier. Pero la sección de legislación ha modificado esta redacción notablemente, agregándole las palabras *por el acreedor*, que han pasado al texto del Código. Graves autores, de cuya opinión hemos participado, no han visto en esta adición más que un simple *lapsus*, una repetición involuntaria de lo que se había añadido útilmente, como vamos á ver, en la segunda parte del artículo 1332. Pero debe observarse que la redacción del proyecto había sido combatida por el tribunal de apelación de Burdeos, según el cual, «toda nota puesta á continuación, al margen ó al dorso de un título, no debe probar nunca la liberación, si no está escrita por mano del acreedor, ó al menos firmada por él.» Es muy de creer que los redactores del Código se han fijado en esta idea.

Cualquiera que sea la autoridad de Pothier, ¿puede prevalecer sobre la letra de la ley? No hay duda, que es eminentemente verosímil que el escrito puesto sobre un título que ha permanecido siempre en posesión del acreedor, se haya puesto en él con su consentimiento. Pero ha podido ocurrir lo contrario, durante una enfermedad, por ejemplo. Es, pues, permitido transformar en presunción de derecho una simple verosimilitud, ateniéndose sobrado exclusivamente á las tradiciones del derecho antiguo. (V. Colmar (1), 6 de Marzo de 1816.)

750. Por otra parte, cuando el escrito es de mano del acreedor, parece perfectamente inútil exigir *que haya quedado el título en su posesión*, como lo supone el texto. Así, hay autores que conservando pura y simplemente en el art. 1332 estas palabras *por el acreedor*, no dan ninguna importancia al hecho de la posesión del título por este mismo acreedor. Este es, según ellos, un vestigio del proyecto del Código, según el cual, era indispensable dicha posesión, precisamente porque la letra podía ser de mano de una persona cualquiera. Puesto que es el mismo acreedor quien ha hecho la mención liberatoria, ¿para qué exigir que haya permanecido el título en su posesión? ¿No debe sacarse un argumento *à fortiori* de la presunción de liberación que resulta de la simple entrega del título? (*Cód. civil*, art. 1282.)

No hay duda alguna que semejante mención no hace eminentemente probable la liberación del deudor. Pero esto no es aún más que una probabilidad, y es posible que el título que contiene esta mención se haya confiado á un tercero encargado del cobro del crédito; porque si se hubiera entregado al deudor, el hecho solo de la entrega llevaría consigo la liberación, y sería innecesaria la mención; lo que responde al pretendido argumento *à fortiori*, sacado del art. 1282. En cuanto hacemos abstracción de la antigua doctrina, para fijarnos estrictamente en el texto del Código, es cierto que no existe la presunción de derecho, sino en cuanto el título ha permanecido en posesión del acreedor. Si ha pasado á otras manos, la mención es siempre al menos un principio de prueba por escrito, y los jueces pueden pronunciar la liberación del deudor, fundándose en la prueba testimonial, ó en presunciones de hecho; lo cual impide que la aplicacion literal de la ley no tenga graves inconvenientes en la práctica.

(1)* En el caso juzgado por el Tribunal de Colmar, la mención era obra del deudor mismo. Pothier extiende, en efecto, como acabamos de ver, la presunción hasta esta hipótesis (*Oblig.*, núm. 761).

751. El Código supone después, con Pothier (Ibid., núm. 762), que el escrito que tiene por objeto acreditar la liberación ha sido puesto en un documento destinado por su naturaleza á quedarse en manos del deudor; por ejemplo, al margen del duplicado de un acta ó escritura de venta, que estuviera en manos del comprador, deudor del precio, ó bien á continuación de una carta de pago anterior, firmada en forma, que tuviera igualmente en su posesión el deudor. Aquí se ha debido exigir, aun en la doctrina antigua, que fuera puesto el escrito por el acreedor, porque de otra suerte hubiera sido sobrado fácil el fraude al poseedor del escrito: así el Consejo de Estado ha restablecido las palabras *por el acreedor*, omitidas, involuntariamente sin duda, en el proyecto del Código.

El legislador quiere aquí que el escrito, al cual se ha añadido la mención liberatoria, esté en manos del deudor (1). Hánse suscitado dudas sobre este punto, en razón de la vaguedad de la expresión *duplicado de un título*, que se emplea por la ley. Es sobrado evidente que si se trata del duplicado del acta ó escritura de venta poseído por el vendedor acreedor del precio, el escrito puesto por él á continuación de este duplicado hace fe de la liberación del comprador. Pero entonces recaemos en la hipótesis prevista por el primer párrafo del art. 1332. Para comprender el texto del Código, es preciso referirse al pasaje correspondiente de Pothier, en que no se trata más que del duplicado de contrato de venta *que se halla en manos del comprador deudor del precio*. En lo concerniente al escrito añadido por el acreedor á este duplicado ó á un finiquito precedente, únicos casos que ha tenido á la mira el legislador, la condición, que la pieza esté en manos del deudor, se concibe perfectamente. «De otra suerte, dice M. Demante (*Programa*, t. 2.º, número 809), se podría suponer que el deudor ha entregado al acreedor un duplicado ó su finiquito precedente, en vista de un pago anunciado, para hacer preparar el recibo, y que éste no ha

(1) La refundición de la redacción del art. 1332 se ha hecho de un modo inexacto, que no ha contribuido poco á la oscuridad del segundo párrafo de este artículo. Después de haber mencionado el duplicado de un título ó bien el recibo, hubiera debido añadirse: «con tal que este duplicado ó este recibo esté en manos del deudor», mientras que diciendo simplemente el texto: «con tal que este duplicado se halle en manos del deudor», podría hacer suponer que se trata del duplicado de un título ó del duplicado de un finiquito, lo cual es inadmisibile, puesto que de un recibo no se hace nunca duplicado. Pero esta dificultad se desvanece* con solo referirse al pasaje de Pothier (núm. 762), que evidentemente ha querido reproducir aquí el legislador.

retenido la pieza (después de haber hecho la mención) sino porque no se ha efectuado el pago.»

752. En resumen, la legislación moderna, á diferencia del derecho antiguo, no da importancia á la mención liberatoria añadida á un título por otra persona distinta que el acreedor. Suponiendo que se haya hecho la mención por el acreedor, debe distinguirse si la pieza á que se ha añadido debía permanecer en posesión del acreedor, ó bien en la del deudor. En el primer caso la mención hace plena fe si la pieza ha permanecido siempre en posesión del acreedor. En el segundo caso es preciso, por el contrario, que la pieza esté en manos del deudor. Finalmente, aun cuando no hay presunción legal de liberación, los jueces tendrán que examinar, si el escrito, nacido de mano del acreedor, debe considerarse como un principio de prueba susceptible de completarse por medio de la prueba testimonial ó de las presunciones.

753. Supongamos al presente que se ha borrado la mención liberatoria después del acto. Si se trata del finiquito puesto por el acreedor en un título que ha permanecido en posesión del deudor, no hace fe, si está tachado. El deudor no hubiera permitido tacharlo, si se hubiera verificado efectivamente el pago, y es probable que se refería aquel recibo á un proyecto de pago que no se ha realizado. Tal era la doctrina de Pothier (*Oblig.*, núm. 762), que se sigue todavía sin dificultad. No sucede lo mismo cuando añade este jurisconsulto (*Ibid.*, núm. 761), que los escritos puestos por el acreedor al pie de una escritura que ha permanecido en su poder hacen fe, aun cuando estén tachados, porque no debe depender de él ó de los herederos el destruir la prueba del pago. Esta es una petición de principio, porque puede muy bien suceder, como en el caso precedente, que haya tenido lugar la mención en consideración á un pago que no se ha efectuado. Así, se decide por lo general, que la mención tachada debe considerarse como no efectuada, salvo probar el deudor el dolo, si ha habido lugar á él.

754. El caso en que el escrito no firmado tuviera por objeto acreditar un suplemento de crédito, no está previsto por nuestras leyes. Boiceau (part. 2.^a, cap. 2.^o, núm. 3.^o) hace sobre este punto una distinción muy racional. O bien el escrito añadido al billete ó vale después de la firma es una explanación de la obligación precedente, como si dijera: «Me obligo á pagar tales intereses, ó á reembolsar el crédito á tal vencimiento»; entonces se confunde la adición con la disposición principal. Entonces hay, como dice Boiceau, *unus et continuatus actus, ad idem signum pariter relatus*. O bien,

por el contrario, la adición es enteramente independiente del escrito firmado, y entonces el hecho de no haberse firmado igualmente esta adición debe hacerla considerar como un simple proyecto, el cual no ha tenido consecuencias: *Nudam tantum et imperfectam scripturam*, dice Boiceau, *in qua fortasse scribens perseverare noluerit*. Reproducida literalmente por Pothier (núm. 763), esta doctrina no es, sin duda alguna, obligatoria para los jueces en el silencio del Código; pero las decisiones que la adoptaran no podrían considerarse como ilegales, puesto que las escrituras privadas no tienen nada solemne, y que, si se debe exigir en un testamento ológrafo que todo termine con la firma del testador, no hay igual razón para decidirlo así respecto de los demás escritos privados, que no están sujetos á ninguna forma determinada.

755. Fuert de la hipótesis que acabamos de recorrer, una nota no firmada puede valer, á lo más, como un principio de prueba por escrito, á fin de admitir la prueba testimonial, si el tribunal la juzga conveniente. Por eso el tribunal de París rehusó el 6 de Marzo de 1854 dar curso á la reclamación de un notario fundada en una nota no firmada, en la que le había atribuido un difunto la propiedad de 62.000 francos en billetes de banco, por no justificar indicio alguno la traslación de propiedad por título oneroso, y por no poder equivaler la nota á un donativo manual. Así fué que se denegó el recurso contra esta sentencia el 30 de Julio de 1855. Pero creemos que la Audiencia de París no ha sido bastante explícita cuando sólo ha visto (Sent. 26 de Enero de 1867) un principio de prueba por escrito acerca de la propiedad del título, en una nota no firmada, pero escrita de puño y letra de su tenedor, cuya nota estaba unida á un título al portador. En este caso, se ha limitado á conceder permiso á la persona mencionada en dicha nota, de establecer una prueba contra la máxima siguiente: en materia de muebles la posesión equivale á título (*Cód. civil*, art. 2279); mientras que hubiese sido más exacto ver en la nota, cuya letra no estaba en litigio, una confesión de que su posesión era precaria, lo cual destruía la aplicación de la máxima antedicha (*Cpr. Cas.* 24 de Abril de 1866).

756. En todos los casos debe tenerse presente que la escritura, si es combatida, debe cotejarse, puesto que un escrito no cotejado ni reconocido no puede servir de principio de prueba. Poco importa que la naturaleza de la nota haga difícil la prueba de su autenticidad, porque, según se decidió en otro tiempo por sentencia del Consejo de 23 de Junio de 1773, pueden cotejarse simples ci-

fras ó números en la forma ordinaria. La dificultad de la prueba no puede destruir el principio constante que no permite admitir ningún escrito cuya sinceridad no está reconocida.

*. No hace fe el documento privado contra el que lo firmó, ya sea obligatorio como un vale en que confiese deber cierta cantidad, ya liberatorio, como una carta de pago de una cantidad que otro le debía cuando se halle en poder del que la firmó, porque se presume que cuando no la entregó á la persona á quien favorecía, no se realizó el hecho que en él se consigna. Esta doctrina no tiene aplicación á los libros de cuentas ó asientos de gastos y cobranza ó registros de deudas activas y pasivas que uno lleva y tiene en su poder. Estos documentos hacen fe contra su dueño, mas no contra terceras personas; porque como dice la ley 121, tit. 18, Partida 3.^a, sería cosa sin razón é contra derecho de haber ome poderio de fazer á otros sus deudores por sus escripturas cuando él lo quisiere. Así, pues, el dueño de dichos libros y registros quedará obligado á pagar la deuda que consignare en ellos haber contraído, ó no podrá reclamar la que enunciare haber cobrado; ley 121, tit. 18, Partida 3.^a Pero el que haga uso de esta prueba tiene que estar, tanto á lo favorable como á lo perjudicial que de ello resulte, según la regla *Fides scriptura est indivisibilis*.

Mas las notas que pone el acreedor al margen ó al dorso de un documento público ó privado que tiene en su poder, y cuyo objeto es la liberación del deudor, hacen fe aunque no estén fechados ni firmados por él, á no ser que probare que las puso por error, sorpresa ó dolo, y con mayor razón la harán á favor del deudor, si el documento original estuviere en su poder, según dice la ley 40, tit. 13, Partida 5.^a Esto se funda en que contentándose por lo común el deudor que satisface su deuda con que se anote el pago en el mismo título del crédito, es justo que haga fe dicha nota.

Acercas de las cartas misivas, de que trata M. Bonnier en el núm. 745, hacen fe contra el que las ha escrito ó mandado escribir. Véanse las leyes 114 y 119, título 18, Part. 3.^a Véase la adición inserta á continuación del núm. 768.—(N. del T.)

*. Véase la nota del núm. 694.—N. de la R.)

SECCIÓN TERCERA

Tarjas.

SUMARIO: 757. Fe de las tarjas.—758. No debe estarse á la tasación de la prueba por testigos.—759. Fe respecto de terceros.—760. *Quid* si no se ha presentado el patrón ó modelo.—761. Tarjas en materia penal.—762. Fichas y señales (*jetons y mereaux*).

757. La palabra *tarja*, que viene de la latina *talea* (es decir, según Ducange, *ramus incisus*), designa un trozo de madera dividido en dos partes iguales. Una de estas mitades, que conserva el nombre de *tarja*, se guarda por el proveedor; la otra mitad, que se entrega al consumidor, tiene el nombre de patrón ó modelo. Cuando se trae el género, se junta la tarja ó patrón, y se hacen incisiones ó cortes transversales, que se llaman *muestras*. La tarja y el patrón sirven para comprobarse mutuamente como en otro tiempo las actas separadas (núm. 683).

Cuando se presentan las dos mitades y se corresponden, se hallan acreditados los suministros por confesión del consumidor, lo mismo que si esta confesión estuviera consignada en una escritura auténtica.

«Las tarjas correlativas á su patrones, dice el art. 1333 del Código civil, hacen fe entre las personas que tienen costumbre de consignar de esta suerte los suministros que hacen ó reciben al por menor.»

El texto supone que la *tarja*, es decir, que el ejemplar, permanece en manos del proveedor, *correlativa* al patrón ó modelo: hipótesis análoga á la en que se encuentran de acuerdo los libros de dos comerciantes. Si sólo hay correlación parcial, las tarjas hacen fe hasta la concurrencia del número de muescas, que se hallan en una y otra parte; las otras talladuras se reputan provenir de algún error ó accidente.

758. Debe decidirse con Boiceau (parte 2.^a, cap. 9.^o, § 7.^o), lo cual resulta, por lo demás, de los términos generales de la ley, que aun sobre la tasación fijada para la admisión de la prueba testimonial, es decir, en el derecho actual, por valor superior de 250 francos, deben hacer fe las tarjas entre las partes. Según Boiceau, sería sobrado duro, puesto que el valor de los suministros no excede habitualmente de la tasación legal, quitar la prueba testimonial, porque se hubiera pasado de esta tasación, aun sin saberlo las partes. Pero es más exacto decir con Pothier (*Oblig.*, núm. 765), que las tarjas constituyen una especie de prueba literal; y en efecto, el Código trata de las tarjas bajo la rúbrica de la *prueba literal*.

759. ¿Deberá decirse lo mismo con respecto á los terceros? Boiceau nos refiere (cap. 9.^o cit.), que se decidió la afirmativa en su tiempo, en un caso en que un carnicero que había proveído de pieles á un curtidor, fué autorizado, no solamente á presentarse con los demás acreedores, sino también á ejercitar la reivindicación de las pieles, por falta de pago del precio; todo bajo la fe de las tarjas correlativas á los patrones. Danty (Ad. sobre este cap.) rehusa, por el contrario, toda fe á las tarjas, con respecto á los terceros; y esta divergencia de opinión se explica históricamente, puesto que no se hallaban aún bien determinados en tiempo de Boiceau los principios sobre la certidumbre de la fecha. La decisión de Boiceau debe, no obstante, admitirse sin dificultad en el caso que se cita, porque se trataba de las relaciones de un curtidor y de un carnicero, y es constante que en las relaciones comerciales no se exige fecha cierta, aun con respecto á terceros (núm. 702). De mercader á particular,

la opinión de Danty nos había parecido preferible, en tanto por lo menos que se trate de ejercitar un derecho de reivindicación ó de privilegio especial; porque el proveedor sería incontestablemente admitido á acudir por contribución, puesto que entre acreedores quirografarios no tiene ninguna importancia la cuestión de fecha. Fijábonos en esta idea, que no es imposible que el patrón ó modelo haya adquirido una especie de fecha cierta, como sucedería en el caso de que hubiera sido puesto bajo sellos en caso de quiebra ó defunción, y en que se hubiera consignado su existencia por el inventario. Pero, después de maduras reflexiones, nos parece sobrado rigurosa esta opinión, y creemos con M. Massé (*Derecho com.*, t. 4.º, núm. 2526), que, como no hay ningún modo usual de dar fecha cierta á las tarjas, los tribunales tienen en todo caso un poder discrecional para admitirlas aun con respecto á terceros no comerciantes, no siendo aplicable á ellos el art. 1325.

760. Cuando la parte á quien ataca el proveedor exhibiendo la tarja no presenta patrón, es que, ó bien alega haberlo perdido, ó bien pretende que jamás se han consignado de esta suerte los suministros. En la primera hipótesis incurre en falta, pues debería tener una nueva tarja; así es que hará fe la mitad que tiene el proveedor en su poder á falta del modelo, á menos que se pruebe que procede con fraude. Este era el sentido en que decidía la costumbre de Tournai (*De la ampliación*, art. 13) en el caso en cuestión, que la tarja exhibida por el demandante *se tendría por comprobada*. En la segunda hipótesis, cuando el consumidor niega que haya habido jamás modelo alguno en su poder, la tarja está, rigurosamente hablando, falta de toda fuerza probatoria, puesto que constituye un título emanado de solo el mercader (*Cód. civil*, artículo 1329). Sin embargo, si el proveedor goza de buena fama y los suministros son verosímiles, estaríamos dispuestos á considerar las muecas hechas en la tarja como equivaliendo al escrito inserto por el comerciante en sus libros, de modo que permitiera al juez deferir el juramento supletorio al proveedor ó á su adversario (artículo 1329 cit.).

761. Además, la asimilación de las tarjas á la escritura no puede admitirse en materia penal. Con razón, pues, el tribunal de París rehusó el 3 de Marzo de 1854 considerar como falsario (número 533) á un panadero que había hecho marcas fraudulentas en la tarja y en el modelo.

762. Independientemente de las tarjas puede haber marcas y fichas, representando cierto valor. Esta es una institución muy an-

tigua. Danty (Ad. sobre Boiceau, parte 2.^a, cap. 9.^o) cita los diversos casos de *tessera* usados en Roma, la más importante de las cuales era la *tessera frumentaria*, bono de trigo distribuido al pueblo por los emperadores. Entre nosotros, las señales (*mereaux*) que participan á un tiempo mismo de la moneda y de la marca, tenían un carácter semejante. Unas veces servían de marca, otras de moneda dada en pago, y bajo este último concepto, se distribuía á los canónigos (1). (V. M. Loir, *Investigaciones sobre las monedas y sellos de la ciudad de Nantes*, Paris, 1859.) Los signos de esta clase, equivalentes á presunciones, pueden aún invocarse útilmente en el día, cuando el valor reclamado no excede de 150 francos. Excediendo de este valor, no pueden serlo sino por quien tiene en su favor un principio de prueba por escrito. Debe observarse, por lo demás, que un bono firmado ó rubricado, si no se atacara la letra, contendría en sí un principio de prueba por escrito.

*. También en España se considera como un documento privado la tarja ó palo partido por medio con un encaje á los extremos para ir marcando lo que se toma al fiado haciendo muescas en él: la mitad del listón queda en poder del que vende, y cuando se ha de verificar el pago, se cuentan y confrontan las muescas de uno y otro para hacer el ajuste y que no haya engaño en la cuenta. Suelen usarse para justificar las provisiones que se dan al por menor, entre los panaderos y otros tenderos de comestibles, haciendo fe entre ellos y los compradores, pues haciéndose las muescas de común acuerdo, vienen á producir el mismo efecto que un escrito ó documento privado.—(N. del T.)

*. Aunque la ley de Enjuiciamiento dice, refiriéndose á las tarjas el ilustrado comentarista Sr. Manresa, no hace mención especial de este medio de prueba, lo creemos comprendido en la denominación general de documentos privados; y sería además injusto desecharlo, por ser un medio de justificación de los menos expuestos á fraudes, y muy usual en los pueblos agrícolas pequeños en que apenas hay quien sepa escribir. Este medio de prueba puede compararse á las *cartas partidas por A. B. C.*, ó á los recibos y documentos expedidos con talón, cuya legitimidad se comprueba, si, ajustando los duplicados, corresponden con exactitud á las letras cortadas.—(N. de la R.)

SECCIÓN CUARTA

Fe ó fuerza de los escritos privados en materia criminal.

SUMARIO: 763. Papel que hacen los escritos privados en lo criminal.—764. Casos en que el escrito constituye el cuerpo del delito.—765. Cuando no es mas que un documento. Pesquisa, secuestro de cartas.—766. Abuso de esta prueba.—767. Con especialidad relativamente á terceros.—768. Remisión respecto de la competencia.

763. Los escritos privados pueden tener importancia en un pro-

(1) Una ordenanza de Carlos VI, sobre la reforma de la Santa Capilla, se dirige *distributori mercellorum*.

cedimiento criminal, bien sea porque consista el cuerpo mismo del delito en un escrito, bien porque se invoque simplemente al escrito como prueba de un delito de cualquiera clase.

La admisión de los escritos se había consagrado por decreto de 1670; el que, sin detenerse por las dudas que habían suscitado algunos intérpretes, autorizaba la prueba (tit. 25, art. 5.º) por medio de piezas de documentos auténticos ó reconocidos por el acusado.

764. En la primera hipótesis, si se trata, por ejemplo, de falsedad de correspondencia contra la seguridad del Estado (*Cód. penal*, arts. 76 y sigs.), de amenazas hechas por escrito (*Ibid.*, art. 305) de carta anónima (1), es capital la cuestión de la veracidad del escrito, puesto que quitado el escrito, no hay ya proceso. Entonces, si se niega el escrito, es de suma gravedad el cotejo. Aquí no debe consultarse el arte conjetural de los peritos sino con mucha desconfianza, debiendo preferirse siempre á su dictamen la prueba testimonial, cuando es posible procurársela. Numerosos ejemplos, tomados de nuestra antigua jurisprudencia, atestiguan lo peligroso que es referirse á los maestros de primeras letras. En tres negocios casi idénticos, el de los canónigos de Beauvais, del vicario de Jouarre y del cura de Orleans (Merlin, *Repert.*, *Comparación de escrituras*), fueron acusados venerables eclesiásticos de haber escrito cartas anónimas injuriosas; en cada uno de estos casos declararon cuatro peritos unánimemente que las cartas eran de mano de los acusados, y no obstante, se acreditó claramente la inocencia de estos últimos, habiendo sido descubierto el autor de estas cartas.

Aunque estos hechos sean posteriores á la redacción de la Ordenanza de 1670, la experiencia hizo reconocer desde entonces todo el peligro del juicio pericial. Un tratado de Levayer, sobre el cotejo de escrituras (2), redactado con ocasión del proceso de Fouquet, hizo resaltar con energía toda la arbitrariedad que aparece en este medio de comprobación, sobre todo aplicado á las materias criminales. *Comparatio facit duntaxat fumum*, tal era su conclusión. Así se había propuesto insertar en el tit. 7.º de la Ordenanza de 1670 un artículo concebido en estos términos: «Por la sola declara-

(1) * Véase acerca de la comprobación de letra en el caso de carta anónima, que hubiese causado perjuicio á la persona contra quien había sido escrita, una sentencia bien razonada del Tribunal de Boulogne-sur-Mer, 2 de Noviembre de 1878.) *

(2) Se halla al fin del *Tratado de la prueba por testigos*, por Boiceau, edición de Danty.

ción de peritos, y sin otras pruebas, adminículos ó presunciones, no podrá pronunciarse ninguna condena de pena aflictiva ó difamatoria.» Pero el abogado general Talon hizo comprender cuán peligrosa sería una disposición de esta naturaleza, que propendería con frecuencia á destruir la única prueba que pueda procurarse el Juez según la naturaleza del hecho. A consecuencia de estas observaciones, apoyadas por el presidente Lamoignon, fué suprimido el artículo. En el día, el Código de procedimiento criminal no hace alusión al cotejo de escrituras sino en materia de falsedad; pero es indudable que se debe emplear la misma vía, siempre que se trata de cotejar un escrito. Sin embargo, la comprobación de escritura en lo criminal, no se halla sometida á reglas tan rigurosas por consecuencia del poder soberano de apreciación que corresponde á la jurisdicción penal (Den. 20 de Junio de 1846). No hay duda que los precedentes del derecho antiguo y los del derecho moderno (V. especialmente el asunto La Ronciere) deben hacer á los jurados y á los jueces muy circunspectos para condenar por un simple dictamen de peritos; los ingleses creen igualmente que debe darse poca fe (*very little if any reliance*) á un dictamen de esta clase (Greenleaf, tomo 1.º, pág. 726, nota 2.^a); pero es preciso reconocer también que en muchos casos las conclusiones de los peritos se han hallado exactas, y que sería muy peligroso desecharlas de un modo absoluto.

Lo que hemos dicho sobre la importancia de la elección de los peritos en el procedimiento de cotejo de escrituras (núm. 731) se aplica con mucha más razón en materia criminal. Parece que la jurisprudencia alemana no está al abrigo de la crítica sobre este concepto. «Vese con frecuencia, y bien injustamente, dice M. Mittermaier (*De la prueba en materia criminal*, cap. 51), llamar el inquisidor á los profesores de letras del lugar; éstos, perfectamente aptos para decidir de la belleza y de la limpieza de la mano, no lo son siempre tanto cuando se trata de consignar la semejanza de dos cuerpos de escrito. Ciertamente que individuos que por el hecho mismo de sus funciones (los empleados del registro archiveros, tenedores de libros) ven diariamente pasar por delante de sus ojos escritos de todas clases, y tienen ocasión frecuente de hacer un examen profundo de ellos, se hallarán mejor en estado de ilustrar el criterio del juez.» M. Wills cita igualmente el ejemplo de un magistrado inglés, que rehusó emplear el lente de que se servían los peritos de letras, al observar que este instrumento, bueno para los experimentos físicos, no mostraba los caracteres de le-

tra bajo su verdadero punto de vista. (*Circumst. evidence*, cap. 4.º, secc. 2.ª)

765. Cuando los escritos invocados no constituyen el delito, sino solamente documentos propios para acreditarlo, el cotejo de escrituras ofrece en general menos interés, y es inútil lanzarse en los embarazos y dilaciones de un juicio pericial si se tienen pruebas más directas en la declaración de los testigos. Algunas veces, no obstante, son los escritos de alta importancia. Así, la correspondencia, en materia de complicidad de adulterio, es el único medio admisible, no concurriendo el flagrante delito (*Cód. pen.*, art. 338), ó la confesión (núm. 366). Cuando se han embargado papeles en el domicilio del inculcado, le es más difícil negar su veracidad. Así, quiere la ley que se proceda á asegurarse lo más pronto posible de estas piezas, y que se consigne cuidadosamente su identidad. En los casos considerados como de flagrante delito (1), el procurador de la república ó sus oficiales de policía auxiliares (*Cód. de inst.*, arts. 36 y sigs.), y en todos los casos, el juez de instrucción (*Ibid.*, arts. 87 y sigs.), deben trasladarse al domicilio del inculcado, y verificar allí la pesquisa de todos los papeles que juzguen útiles para la manifestación de la verdad. Se les presentan al efecto de reconocerlos y de rubricarlos; en el caso de negativa se hace mención de ellos en el proceso verbal. En seguida se cierran y sellan. Después figuran entre las piezas de convicción que se presentan en la audiencia.

Las pesquisas hechas en caso de flagrante delito por el procurador de la república ó sus auxiliares, no pueden tener lugar sino en el domicilio del inculcado ó de sus presuntos cómplices. El juez de instrucción, al contrario, puede trasladarse á otro sitio, si presume que se ocultan allí piezas de convicción (*Ibid.*, art. 88). Sin embargo, es claro que si en el momento en que se va á verificar una visita domiciliaria se hubieran confiado fraudulentamente á un tercero los papeles sospechosos, todo oficial que tuviera cualidad para formar procesos verbales en el caso de flagrante delito estaría autorizado para hacer una pesquisa en el domicilio de estos terceros. El poder que se ha entendido reservar el juez de instrucción, es el de verificar investigaciones en el domicilio de terceros contra los cuales no se suscitasen más que simples sospechas, ó que poseyeran estos papeles sin fraude.

(1) Cuando se trata de un crimen, según los términos del art. 82 del Código de instrucción; pero ya hemos hecho observar que la jurisprudencia extiende á los delitos propiamente dichos las atribuciones del Ministerio público.

¿Se extiende el poder del juez de instrucción hasta apoderarse en correos de las cartas del acusado, así como de las que le fuesen dirigidas, y aun las cartas de los terceros, si así lo exigiese la instrucción?

Para sostener la negativa se invoca el principio del secreto de la correspondencia consagrado en el derecho antiguo, renovado por la ley de 4 de Agosto de 1790 y sancionado por el art. 187 del Código penal, el que castiga con penas correccionales cualquiera supresión ó apertura de las cartas confiadas al correo, aun cuando cometa esa falta un funcionario, un agente del Gobierno ó de la administración de correos.

Pero los artículos 87 y 88 del Código de instrucción que autorizan al juez para apoderarse, bien sea en casa del acusado, ó en cualquiera otra parte, de los papeles, ropas y demás objetos que él crea útiles para la manifestación de la verdad no establecen ninguna distinción. Una cosa es la violación administrativa del secreto de la correspondencia (1), de que trata el Código penal, y otra, es la comunicación de cualquier documento de que tenga necesidad la instrucción judicial. Habiendo sido interpelado acerca de la recogida de unas cartas verificada por el juez de instrucción M. Odilon Barrot, á la sazón Presidente del Consejo de Ministros, dió la siguiente contestación (*Monitor* del 23 de Octubre de 1849): «Si es vuestro ánimo hablar de este derecho arbitrario, oculto, que los Gobiernos míodosos han ejercitado en ciertas circunstancias para buscar en la violación del secreto de las cartas revelaciones sobre una situación, sobre hostilidades, sobre peligros que los amenazaban, entonces tenéis razón una y mil veces. En cuanto á la justicia, la asiste el derecho de penetrar en nuestras moradas, pues la inviolabilidad del domicilio no existe para ella; tiene el derecho de penetrar nuestros secretos domésticos, porque ni uno de nuestros papeles, por íntimos y confidenciales que sean, puede escapar al derecho soberano que ella tiene de registrarlos todo para buscar la verdad que interesa á la sociedad.»

Algunos años después, cuando el Tribunal Supremo fué llamado igualmente para fallar acerca de una cuestión relativa á recogida

(1) Una instrucción del Director de correos, fecha 20 de Marzo de 1854, autoriza á todos los administradores para que recojan los impresos que se hubiesen echado en correos bajo sobras, contraviendo en eso á la legislación especial. Pero pueden los administradores, conforme lo ha sustentado M. Bandal en la tribuna (Véase el *Monitor* de 23 de Febrero 1867), reconocer, al ver sólo la dirección exterior, si la carta contiene un impreso ó no.

de cartas, si la Sala de lo criminal manifestó, con relación á la validez de la recogida ó detención, una opinión opuesta á la que adoptó el Tribunal Supremo en pleno el 21 de Noviembre de 1853, no es porque se discutiera el derecho en sí mismo; es sólo porque se había puesto en duda si semejante poder, fuera del caso de flagrante delito, podía ser ejercitado por un gobernador y en París por un prefecto de policía. Ha creído el Tribunal Supremo que el artículo 10 del Código de instrucción autorizando á dichos funcionarios para que *hagan todos los actos necesarios* con el objeto de averiguar los crímenes, las faltas de policía ó las contravenciones, comprende también el derecho de registro en toda su extensión (1). Pero el derecho mismo no estaba puesto en tela de juicio.

Los motivos de esta resolución no permiten establecer diferencia como lo han propuesto algunos, entre las cartas dirigidas á un acusado y las que lo son á terceros, salvo el respeto que se debe á la correspondencia de la que el acusado no era más que depositario, y cuya inviolabilidad va unida al secreto profesional (Arg. del artículo 378 del Código penal).

Debemos hacer observar que si bien la quiebra no puede asemejarse á un procedimiento criminal, sin embargo, el Código de Comercio (art. 471) autoriza á los síndicos para que abran las cartas dirigidas al quebrado, pero delante de él, si está presente.

766. Las escrituras así embargadas no son en general pruebas preconstituídas, sino lo que llama Bentham *escrituras casuales*, es decir, registros ó notas que no estaban destinadas á publicarse. Hállanse en el publicista inglés (*Pruebas judiciales*, libro 4.º, cap. 3.º) excelentes observaciones de detalle, sobre las circunstancias que pueden militar en pro y en contra de la autoridad de las escrituras de esta especie, que no son más que una de las formas de la confesión extrajudicial. Nuestra antigua práctica criminal ha abusado con frecuencia de este medio de prueba en materia política. Sabido es que Laubardemond se vanagloriaba de perder á un acusado, *con tal que se le dieran seis líneas de su letra*. Es verdad, por otra parte, que no se podría fijar en el día un término en el cual debiera el acusado declarar si tal título es ó no de su letra, teniendo por re-

(1) Pero ese derecho de registro no puede delegarse en los administradores de correos que se hallan fuera de la autoridad del Gobernador. El Ministro de Estado M. Rouher (en la misma *Gaceta* de 23 de Febrero de 1857) reconoció que era ilegal la recogida de una circular del conde de Chambord que la administración había mandado verificar en todas las oficinas de correos en virtud de una orden que había salido del mismo París.

conocido el escrito después de este plazo; mas esto sería renovar los antiguos abusos en cuanto á la provocación de la confesión (V. el tomo 3.º, pág. 473, nota 1.ª, sobre el proceso de Juana de Arco).

767. Si los escritos ocupados en el domicilio del inculcado ó en otra parte deben consultarse con precaución, cuando se trata de pronunciar sobre su culpabilidad, la instrucción debe proceder con mucha más circunspección aun, cuando se dirigen estos escritos á acriminar á terceros. Mirabeau no quería (*Monitor* del 25 de Octubre de 1791) que «las más secretas comunicaciones del alma, las conjeturas más arriesgadas del entendimiento, las emociones de una cólera por lo común mal fundada, los errores á veces enmendados un momento después, pudieran transformarse en declaraciones contra terceros.» Más todavía: aun cuando el escrito propenda á inculpar directa y positivamente á un tercero, no debe dársele fe sino con las mayores precauciones. Así es que cuando la famosa conspiración Mablet, el general que pagó con su vida su audacia, puso en una lista de funcionarios designados para el nuevo gobierno, personas completamente extrañas al complot. Asimismo, los vendeanos que fracasaron en el puerto de la Claye, el 3 de Mayo de 1832, formaron un plan de organización militar en que hacían figurar á muchos oficiales contra los cuales no se dirigió persecución alguna, porque se averiguó que se les había designado de esta suerte sin haberles consultado.

768. Las actas ó escrituras privadas, propiamente dichas, apenas se presentan en materia criminal sino cuando se trata de una prueba prejudicial, de la consignación, por ejemplo, de un mandato, de un depósito, cuya violación se alega. Ya hemos reconocido (núm. 225) que, en tesis general, permanece siendo competente la jurisdicción criminal para determinar sobre cuestiones de esta naturaleza, pero que la exclusión de la prueba testimonial se aplica á lo criminal del mismo modo que á lo civil.

*. La comprobación del cuerpo del delito cuando consiste en documentos, como en el ejemplo que pone M. Bonnier en el núm. 764, de tratarse de falsificación de un documento y demás, ofrece también en nuestra práctica judicial graves dificultades. «Es muy difícil determinar, dice un ilustrado escritor, por una regla general, lo que convenga hacer para la averiguación de esta clase de delitos, por lo común muy frecuentes por desgracia, y en cada caso particular debe el juez, auxiliado del promotor, proceder á aquellas indagaciones que más eficazmente conduzcan á la comprobación del delito y de sus autores.»

Las cartas ó correspondencia puede también servir de prueba en juicio contra el que la ha escrito ó mandado escribir, así en asuntos civiles como en los criminales. Si niega la carta el sujeto á quien se atribuye, puede el que la produce deferirle el juramento ó probar con testigos oculares que la hizo ó la mandó hacer.

Las cartas confidenciales escritas á un tercero, y presentadas por un intere-

sado contra la voluntad de aquél, no deben tomarse en consideración por la justicia. Si el tercero mismo entregó las cartas al que las presenta en juicio, se supone por parte de éste un abuso de confianza; así es que no pueden presentarse en juicio útilmente contra quien las escribió, por el que tiene interés en ello, á no ser que aquél las dirigiese á éste con la intención de que se divulgue su contenido.

Acerca de las facultades de la autoridad judicial para quebrantar el sigilo de la correspondencia cuando se trata de la averiguación de ciertos delitos, por Real orden de 19 de Julio de 1815 se previno á los comisionados regios é intendentes, se arreglaran á lo que se mandó por Real orden de 9 de Agosto de 1799 sobre la detención, apertura é interceptación de cartas.

Por decreto de las Cortes de 15 de Enero de 1811, deseando evitar los abusos que podían resultar de la generalidad con que se había mandado la apertura de cartas, por la Superintendencia general de Correos se decretó que no se verificase dicha apertura sino de aquellas cartas sobre que hubiera alguna sospecha fundada, haciéndose entonces por el administrador y oficiales que reúnan la mayor confianza y sigilo con arreglo á lo prevenido en las Ordenanzas de Correos.—*N. del T.*

* La ley de Enjuiciamiento criminal (art. 573) no autoriza el registro de los papeles y libros de contabilidad del procesado ó de otra persona, sino cuando hubiere indicios graves de que de esta diligencia resultará el descubrimiento de algún hecho ó circunstancia importante de la causa. Los libros y papeles que el juez recoja (art. 574) serán foliados, sellados y rubricados en todas sus hojas por él mismo, por el Secretario, por el interesado ó los que hagan sus veces, y por las demás personas que hayan asistido el registro. Este se practicará (art. 569) á presencia del interesado, de su representante, de un individuo de su familia ó de dos testigos vecinos, y siempre á la del Secretario. Podrá el juez (art. 579) acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere ó recibiere, y su apertura y examen si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento ó la comprobación de algún hecho ó circunstancia importante de la causa. Para la apertura y registro de la correspondencia postal será citado el interesado (art. 584). La operación se practicará abriendo el juez por sí mismo la correspondencia, y después de leerla para sí (art. 586), apartará la que haga referencia á los hechos de la causa y cuya conservación considere necesaria.

Los sobres y hojas de esta correspondencia, después de haber tomado el juez las notas necesarias para la práctica de otras diligencias de investigación á que la correspondencia diere motivo, se rubricarán por todos los asistentes y se sellarán con el sello del juzgado, encerrandolo todo después en otro sobre, al que se pondrá el rótulo necesario, conservándolo el juez en su poder durante el sumario bajo su responsabilidad. Este pliego podrá abrirse cuantas veces el juez lo considere preciso, citando previamente al interesado. La apertura de la correspondencia (art. 589) se hará constar por diligencia.

Véase la nota del núm. 129.—(*N. de la R.*)

TERCER MEDIO DE PRUEBA ESCRITA

Declaración del demandante.—Libros de los comerciantes.

SUMARIO: 769. Fe ó fuerza probatoria de estos libros, en Roma y entre nosotros.
770. Formalidades prescritas respecto de ellos.—771. Sanción de su observancia.—772. División.

769. En Roma se daba una fe sumamente especial á los registros ó libros que llevaban los banqueros, *argentarii*, oficiales públicos cuya atestación era admitida, bien contra ellos, bien aun en favor suyo, por una prerrogativa bastante análoga á la de la autenticidad en nuestro derecho, *quia officium eorum atque ministerium*, dice Gayo (l. 10, § 1.º, D. *De edend.*) *publicam habeat causam*. Así había introducido el pretor contra ellos una acción para obligarles á dar comunicació de sus libros ó registros (Ulp., l. 4.ª, *ibid.*)

Nuestros mercaderes no tienen la posición legal que tenían los *argentarii*. *Secundum hoc*, dice Boiceau (parte 2.ª, cap. 8.º, número 5.º), *judicari non possunt mercatorum nostrorum libri, cum omnino privati videantur*. No obstante, los libros de comercio, hallándose sometidos á ciertas precauciones especiales, pueden hacer fe, no solamente contra el comerciante que los ha redactado, sino también en su favor, lo cual no se admite jamás con respecto á los papeles domésticos.

770. Para impedir la alteración de estos libros, la ley prescribe las mismas formalidades (*Cód. de Com.*, arts. 10 y siguientes) que se establecen para los registros públicos. Quiere, pues, que sean foliados, rubricados y visados, bien por un ministro del tribunal de comercio, bien por el alcalde ó el teniente alcalde del pueblo. El Código de Comercio añade: *sin gastos*; lo cual ha sido siempre cierto en el sentido de que no se dan honorarios á los funcionarios encargados de esta operación. Pero hasta 1838 era necesario, á fin de que pudieran presentarse los libros para que fuesen visados, que se hubieran timbrado previamente, y el impuesto del timbre de escritos, por lo común considerables, era sumamente oneroso. Así, en la práctica, se dispensaba por lo común de hacer timbrar los registros; y lo que era mucho más sensible que la falta

de timbre, es que entonces no podían cumplirse las importantes formalidades prescritas por la ley para asegurar la integridad de los registros (1). En su consecuencia, no llevándose los libros en forma debida, hubieran debido en rigor no tener autoridad alguna (Ibid., art. 13). Pero los tribunales de comercio, conformándose con el uso constante más bien que con las prescripciones legales, no rehusaban admitir los registros no visados, cuando no había sospecha alguna de fraude en el caso en cuestión. Así se hallaban eludidas las sabias precauciones de la ley.

Para hacer cesar esta grave irregularidad se reemplazó, con un aumento de la contribución de patentes, el impuesto del timbre, que era, por otra parte muy desigual, puesto que era proporcionado, no al valor de las operaciones, sino al lugar material que ocupaba la mención de estas operaciones en los registros. Este cambio se efectuó el 1.º de Enero de 1838 (ley del 20 de Julio de 1837, art. 4.º). En el día, pues, ha llegado á ser una verdad el visarse sin gastos, y no tendrían ya excusa los que se dispensaran del cumplimiento de las formalidades legales (2). Además, deben conservarse los libros durante diez años (*Cód. de Com.*, art. 11).

771. Una sanción extraordinariamente rigurosa garantiza la exactitud y la fidelidad de los escritos comerciales. El quebrado que no ha llevado libros, ó que los ha llevado en forma irregular, aunque sin fraude, puede ser declarado simple quebrado, y castigado, en su consecuencia, con penas correccionales (Ibid., artículo 586, 6.º). En cuanto á las escrituras fraudulentas, que se dirigen, bien sea á disimular el activo, bien á simular un pasivo, ocasionan la pena de la quiebra fraudulenta, es decir, la de trabajos forzados temporales (Ibid., art. 591; *Cód. pen.*, art. 402). Aun cuando no haya falsedad caracterizada, la simulación, que en materia civil podría degenerar á lo más en estafa, es aquí, por razón de lo grave de las consecuencias que lleva consigo, castigada con una pena idéntica. En efecto, el Código penal (art. 147) impone la pena de trabajos forzados temporales contra la falsedad cometida en escritura de comercio; y la asimilación de esta falsedad á

(1) Lo mismo acontecía bajo el imperio de la Ordenanza de 1675, cuyas prescripciones sobre estas formalidades tan esenciales habían caído en desuso, desde que por sentencia del Consejo de 3 de Abril de 1674 se impuso á los comerciantes la obligación onerosísima de hacer uso del papel sellado.

(2) En los Estados Unidos, antes de declarar admisibles los libros, se hallan sometidos á un examen previo del tribunal. (M. Greenleaf, tom. 1.º, pág. 159, nota 1.ª)

la que tendría lugar en escritura pública es una garantía más contra las falsificaciones que podrían cometer los terceros en los libros ó registros.

772. Compréndese que la autoridad de los libros de comercio debe ser mayor entre dos comerciantes, cuyos escritos les sirven de comprobación recíproca, que entre un comerciante y un particular, puesto que este último no podría defenderse con armas iguales, no teniendo habitualmente registros, y no pudiendo tenerlos que hagan fe en favor suyo. Ocupémonos desde luego de la fe ó fuerza probatoria de los libros, bajo el primer punto de vista.

* * * Véanse las notas de los números 668 y 694.—(N. de la R.)

SECCIÓN PRIMERA

Fe de los libros entre comerciantes.

SUMARIO: 773. De la regularidad de los libros.—774. Necesidad de que se trate de hechos de comercio.—775. Casos en que no están conformes.—776. Su comunicación en juicio.

773. «Los libros de comercio llevados en forma, dice el art. 12 del Código de Comercio, pueden admitirse por el juez para hacer prueba entre comerciantes por hechos de comercio.» La prueba por medio de libros no es, pues, estrictamente obligatoria para la jurisdicción consular (1), que puede rechazar los registros como sospechosos, aun cuando estén llevados con regularidad en su forma (Den. de 13 de Agosto de 1833), ó aun sin ser sospechosos, declarar que los jueces poseen todos los documentos necesarios para ilustrar su juicio (Den. de 10 de Diciembre de 1862). La sencillez y la equidad, que son el alma de esta jurisdicción, no permiten se sujete en ella al juez á ciertas pruebas legales, por lo que se le concede, en cuanto á los medios que deben determinar su convicción, una latitud análoga á la que se concede á los jurados. Pero, de hecho, los tribunales de comercio pocas veces rehusan dar fe completa á los registros llevados en forma. En sentido inverso, se puede combatir por medio de la presentación de los libros una presunción legal siempre que no sea una presunción absoluta, como la de la cosa juzgada; lo cual ha decidido el Tribunal de Casación

(1) * V. Boistel, *Compendio de derecho comercial*, 3.^a edic. p., 90; Lyon-Caen y Renault, *Compendio de derecho comercial*, núm. 617. *

(Den. de 18 de Agosto de 1852) en cuanto á la presunción que resulta de la cesión voluntaria del título (*Cód. civil*, art. 1282).

La ley supone los *registros llevados en forma*, y hay más rigor sobre este punto desde la supresión (núm. 770) de las condiciones fiscales que hacían oneroso el cumplimiento de las formalidades legales. ¿Deberá, no obstante, considerarse como no llevados los libros que no han sido visados ni rubricados? Si por otra parte aparecen en regla, este rigor se armonizaría poco con el curso sencillo y equitativo de la jurisdicción mercantil. El Tribunal de Casación ha pensado (Deneg. de 23 de Abril de 1860), «que si los libros no pueden hacer entonces por sí solos prueba completa, no está prohibido á los jueces comparar las enunciaciones con las de las demás piezas justificativas suministradas en forma debida en el proceso, y hallar en la concordancia de estas enunciaciones una de esas presunciones abandonadas por la ley á las luces y á la prudencia de los magistrados.» (V. también den. 26 de Julio de 1869. * Cpr., Cas. de 23 de Julio de 1873 *). Pues bien: sabido es que, en materia mercantil, las presunciones, así como la prueba testimonial, son siempre admisibles. Con mayor razón se debe admitir para dar fe en una sociedad civil las escrituras que se hayan extendido, aunque no estén del todo conformes con las prescripciones del Código de Comercio. (Den. de 17 de Febrero de 1869.)

774. No basta que la controversia se suscite entre comerciantes, es necesario que tenga lugar con relación á actos de comercio. Así, pues, no se admitiría á un negociante prevalerse de una mención hecha en sus libros, para justificar una operación puramente civil, tal como la compra de un inmueble. Sin embargo, como el libro diario debe presentar todo lo que el comerciante recibe ó paga por cualquier título que sea (*Cód. de Com.*, art. 8.^o), la mención hecha en este libro puede servir á su adversario de principio de prueba; y en sentido inverso, la omisión en este libro de una operación civil puede contribuir á hacer desechar la pretensión del negociante, si él es el demandante. Con razón, pues, una sentencia denegatoria de 25 de Nevozo, año x, ha decidido que la falta de producción de libros, aun en materia civil, puede, reunida á otras circunstancias, hacer que no se admitan á un negociante sus pretensiones. Hemos pensado, pues, con muchos autores, que los libros podían hacer fe, aun sin que la operación fuese comercial de una parte y de otra, por ejemplo, cuando un comerciante de vino vende una medida de vino á un manufacturero. Y nos fundamos en la consideración de que, siendo el comprador comerciante lo mismo

que el vendedor, debió consignar igualmente la operación en sus libros. Pero nos parece más exacto asimilar los principios sobre la prueba á las reglas que rigen la competencia. Pues bien: siendo civil la operación por parte del manufacturero, no podría ser llevada á los tribunales de comercio. En cuanto á la mención, debe tener lugar solamente en su libro diario, mientras se trata de un artículo de gasto (*Cod. de Com.*, art. 81), al paso que el mercader de vino ha debido expresar en detalle las cláusulas de la venta. Los libros del vendedor podrán, pues, hacer fe contra él, pero no en favor suyo, salvo la delación del juramento (núm. 780), y la mención puesta en el libro diario del comprador tendrá contra él la fuerza de un principio de prueba por escrito.

775. Si están conformes los libros, la prueba es perfecta, á menos que se justifique una falsificación. Si no están conformes, y además se llevan en regla por una y otra parte, se balancean las dos autoridades, y debe recurrirse á otros medios de prueba. Si sólo se lleva en forma uno de los libros, puede el juez atenerse á él, pero tiene siempre libertad para exigir garantías adicionales, tales como el examen de testigos ó la prestación de juramento. Finalmente, según el art. 17 del Código de Comercio, si una parte rehúsa presentar sus libros, á los cuales ofrece la otra dar fe, el juez puede deferir el juramento á esta última parte. Esta disposición no debe entenderse solamente del caso en que un particular ofreciera dar fe á los libros de un comerciante, caso en que habría evidentemente lugar al juramento, pero que los redactores del Código de Comercio no debieron tener á la vista, puesto que no se ocuparon sino de los procesos entre comerciantes. El art. 17 debe tener su aplicación especialmente entre comerciantes. Sin embargo, no creemos con Toullier (tomo 8.º, núm. 383), que el negociante que presenta sólo sus libros debe ganar sus pleito *de plano*, si ofrece referirse á los de su adversario, y éste no puede ó no quiere presentarlos. El juez puede ordenar que se verifique toda medida oportuna para ilustrarse sobre la realidad de los hechos alegados en apoyo de la demanda: y después de todo, si la pretensión del demandante le parece falta de fundamento, depende de su arbitrio el no deferir siquiera el juramento supletorio (Deneg. de 18 de Enero de 1832).

776. La obligación que tiene un comerciante de presentar sus libros (1) hubiera podido, si la ley no la hubiese restringido á

(1) Según el derecho común inglés (M. Greenleaf, tomo 1.º, pág. 615), puede

justos límites, comprometer singularmente el éxito de las operaciones mercantiles, en las cuales es de ordinario esencial el secreto. *Libri mercatorum*, dice Casaregis (disc. 30, núm. 79), *non sunt perscrutandi, ne videantur eorum secreta*. Así la presentación, aun mandada de oficio, no tiene por objeto poner en claro la situación de la parte á quien pertenecen los libros; debe copiarse sólo de los registros la parte que se refiere á la diferencia suscitada (*Cód. de Com.*, art. 15). La comunicación completa no se ha autorizado sino en los casos en que es indispensable, es decir, en que se dirige la controversia sobre el conjunto de la gestión comercial, en los negocios de sucesión, comunidad de bienes, partición de sociedad y quiebra (1). (Ibid., art. 14.) Ha habido menos duda en el último caso, puesto que no es ya tiempo de pensar en mirar por el crédito cuando ha habido suspensión de pagos. Además, no podría obligarse á una sociedad anónima á producir ó presentar sus libros fuera de los casos previstos por la ley (Burdeos, 6 de Agosto de 1853).

Observemos, por otra parte, que si según los términos del artículo 11 del Código de Comercio, no están obligados los comerciantes á conservar sus libros sino durante diez años, esto no quiere decir que las enunciaciões contenidas en estos libros hayan perdido su efecto, al fin de este lapso de tiempo, como lo perderían las inscripciones hipotecarias; si de hecho se hubieran conservado los libros, el comerciante estaría obligado á producirlos * (Dijón, 29 de Febrero de 1876). *

* Véanse las notas de los números 668 y 694.—(N. de la R.)

SECCIÓN SEGUNDA

Fe con respecto á los particulares.

SUMARIO: 777. Fe de los libros contra el comerciante, aunque no estén en forma debida.—778. Indivisibilidad.—779. Opiniones de los antiguos autores sobre la fe de los libros contra los particulares.—780. Cuál es el sistema del Código.

777. La obligación impuesta á los mercaderes de tener escritos

reclamarse por un particular la inspección de los libros, pero solamente para fines civiles, pues nadie está obligado en lo criminal á producir pruebas contra si mismo; restricciòn que rechaza, entre nosotros, el principio inquisitorial admitido para la investigaciòn de las pruebas.

(1) * No puede ordenarse la comunicaciòn fuera de los casos que determina el art. 14 del Código de Comercio. (Cas. 29 de Mayo de 1878, y Burdeos, 8 de Abril de 1880.) En cuanto á la presentaciòn, corresponde á los jueces apreciar sin límites las circunstancias que pueden hacerla admitir ó rechazar. (Cas. 25 de Marzo de 1873, y 10 de Agosto de 1875.) *

en forma existe respecto de los particulares, lo mismo que respecto de los demás mercaderes. Así sus libros hacen prueba contra ellos (*Cód. civil*, art. 1330), pero solamente respecto de los hechos de comercio, salvo fundar un principio de prueba por escrito en las menciones de operaciones puramente civiles, que se hallaran insertas en ellos (núm. 774). El Código civil no añade, como el Código de Comercio (art. 12), que *deben haberse llevado los registros en forma debida*. El comerciante no podría prevalerse, para rechazar la fe de las escrituras, de su propia contravención á las reglas que le estaban impuestas (Deneg. de 7 de Marzo de 1857). No es tampoco necesario aquí que el escrito sea de la mano del negociante; según la doctrina de Pothier (*Oblig.*, núm. 757), puede ser obra del mismo acreedor, con tal que no haya podido ignorarse por el deudor (Bourges, 14 de Julio de 1831).

778. Aplicando á esta materia el principio de la indivisibilidad de la confesión, la ley añade (*Ibid.*) que el que quiera sacar ventaja de los registros no puede dividirlos en lo que contienen contrario á su pretensión. La indivisibilidad se entiende por otra parte aquí, como en lo concerniente á la confesión oral (núm. 356). La declaración del comerciante debe aceptarse por la parte que se refiere á sus libros, para todo hecho conexo; así el registro que acredita la existencia de la deuda debe hacer igualmente fe para acreditar su pago. *In conjunctis capitulis*, decían los antiguos doctores, *qui unum adprobat, aliud reprobare nequit*. Pero los artículos enteramente independientes del artículo alegado, en los que se declara el comerciante acreedor por cualquier otra causa, podrían rechazarse por el particular que invoca el registro. No se debe aplicar sin embargo esta doctrina sino con precaución en materia mercantil, donde se enlazan con frecuencia operaciones diversas del modo más estrecho. Por eso, una cuenta corriente llevada en debida forma, aunque compuesta de artículos distintos, se considerará generalmente como indivisible.

779. Lleguemos á la parte más controvertida de la materia, á la fe que pueden tener los libros en favor de los comerciantes contra particulares, suponiendo (Rennes, 23 de Agosto de 1821) que estos libros se hayan llevado en forma debida. Las opiniones de los doctores antiguos estaban muy divididas sobre la fe probatoria de estos libros (Danty sobre Boiceau, part. 2.^a, cap. 8.^o, núms. 15 y siguientes). Según una primera opinión, que se remonta á Bartolo, debían tener fe los libros aun respecto de los no comerciantes, y este fué el sistema que prevaleció en Italia, sobre todo en Milán.

Según el art. 96 de los estatutos de Milán, se debía dar fe á las escrituras de los cambiantes y comerciantes de esta ciudad, *cum causa et sine causa, et si dicantur esse factæ, vel subscriptæ in absentia partis*. Según otra opinión, admitida por Boiceau (Ibid., números 7.º y 8.º), los libros constituían una semiprueba, susceptible de corroborarse por la prueba testimonial, pero solamente si se trataba de un comerciante bien establecido y que gozase de buena reputación. Otra opinión, que se refería al principio de que nadie puede crearse un título á sí mismo, rechazaba completamente la fe de los libros respecto de los no comerciantes, y tal era el parecer de Boiceau (Ibid., núm. 11), cuando se trataba de comerciantes de poca importancia no inscritos en una corporación regular. Finalmente, Dumoulin, después de haber admitido desde luego la opinión de Bartolo, se había fijado en una opinión intermedia entre las dos últimas, y cuyo origen se encuentra en un estatuto de Venecia (1): (*Rationes ejus Ad. leg. 3, Cód. De reb. cred.*) *Quamvis non plenam probationem, nec omnino semiplenam inducant, tamen inserunt aliquam presumptionem, ex qua possit ei defferri juramentum, ita ut per se rationes probent* (2). Este jurisconsulto no habla de la prueba por testigos. ¿La hubiera admitido en vista de la Ordenanza de Moulins, promulgada después que había escrito estas líneas? Es bastante dudoso. Boiceau admite el examen de testigos, según hemos visto, en favor de los comerciantes que forman parte de una corporación (Part. 2.ª, cap. 7.º). Danty (ad. sobre este cap., núms. 46 y 47), que escribía un siglo después, cree que el parecer de Boiceau no puede seguirse, sino en casos raros en que fuera evidente la buena fe. Por último, Pothier (*Oblig.*, núms. 754 y sigs., y núm. 807) reproduce la opinión de Boiceau, añadiendo, no obstante, que el suministro alegado debe ser verosímil. Y con esta ocasión, es cuando este jurisconsulto nos revela toda la sencillez de sus costumbres, sencillez admirable, sobre todo en el siglo xviii: «Por ejemplo, dice (núm. 756), no serían suministros verosímiles, si se hubiera escrito en el libro de un comerciante que me había vendido y entregado diez varas de paño negro en un año, porque yo no necesito más que un traje al año, para el que me bastan cuatro varas de paño.»

(1) *Tunc scilicet iudices dabunt sacramentum* (Stat. ven. de Septiembre de 1252, prefac. 2.º).

(2) Los jurisconsultos escoceses (Tait, *On evidence*, pág. 273, 277), al admitir esta clase de prueba, la definen: *not merely a suspicion-but such evidence as produces a reasonable belief, though not complet evidence.*

Esta opinión de Pothier, que considera los registros como pudiendo servir de principio de prueba, pasa generalmente por la expresión del último estado de nuestra antigua jurisprudencia. Pero no era así, si creemos al anotador anónimo de Danty (nota sobre el núm. 44 del cap. 8.º), que se expresa en estos términos, después de haber reproducido el pasaje de Pothier: «Este autor concede acaso un favor excesivo á los libros de los comerciantes, en lo que parece no hallarse conforme la jurisprudencia del Chatelet. Denisart, que habla ordinariamente siguiendo esta jurisprudencia, dice que no constituyen título alguno contra ciudadanos no negociantes, los cuales son creídos por su afirmación contra los libros de los comerciantes.» Así, parece que en el Chatelet se defería el juramento, pero solamente al demandado, y que de ningún modo se trataba de la prueba testimonial.

Dúdase que el derecho común inglés (*common law*) conceda semejante crédito á los registros ó libros de los comerciantes. Sin embargo, parece resultar la afirmativa de un estatuto de Jacobo I (stat. 7.º, cap. 12), que admite esta clase de prueba respecto de los no comerciantes, limitándola á las transacciones del año corriente (1). En Escocia y en los Estados Unidos, se admiten sin dificultad los registros corroborados por el juramento supletorio del comerciante. La mayor parte de los Estados americanos han autorizado también esta facultad por medio de las disposiciones especiales de sus estatutos (M. Greenleaf, tomo 1.º, pág. 158, nota 2.ª).

780. Después de expuestas las diversas opiniones sobre la materia, tratemos de la interpretación del Código.

«Los registros de los mercaderes, dice el art. 1329, no prueban contra los no mercaderes la certeza de haber suministrado las cosas que allí están escritas, salvo siempre lo que se dirá acerca del juramento.»

Esta reserva no puede entenderse del juramento decisivo que es de derecho * (Cas. 22 de Julio de 1872); * supone forzosamente la admisión del juramento supletorio. Pero, puesto que es constante que el juramento supletorio no está autorizado sino en los casos en que es admisible la prueba testimonial, sostienen muchos autores que los libros de los comerciantes constituyen en su favor un principio de prueba por escrito. Hacen notar que el juramento supletorio es la prueba más débil, y que si es permitido referirse á la

(1) La prescripción anual del Código civil (art. 2274) va á parar casi al mismo resultado.

declaración juramentada del demandante, debe serlo con más razón abrir una información, que ofrece indudablemente más garantías. Finalmente, invocan la autoridad de Pothier, que ha sido con tanta frecuencia la guía de los redactores del Código. Sin embargo, nos es imposible participar de este parecer. En primer lugar, la asimilación del juramento supletorio á la prueba testimonial no resulta en manera alguna del del texto de la ley. Todo lo que dice ésta (*Cód. civil*, art. 1367) es, que puede deferirse el juramento de oficio, cuando no se halla totalmente destituida de pruebas la demanda. Pues bien: hemos admitido con la jurisprudencia (V. el núm. 440), que el juramento supletorio no puede deferirse ordinariamente sino cuando hay un principio de prueba por escrito; pero este no es un principio absoluto y el legislador ha podido, por una reserva enteramente especial, como parecen indicar los términos del art. 1329, autorizar este juramento en una hipótesis en que no pueden ser oídos los testigos. ¿Hay en esto, como se pretende, una contradicción? Sí, si se supone que el juramento se deferirá ordinariamente al demandante; mas entonces sería mejor hacer una información, que referirse pura y simplemente á su afirmación. Pero esta suposición es gratuita. Los mejores autores han reconocido siempre que es al demandado á quien se debe deferir preferentemente el juramento supletorio. Solamente en casos en extremo favorables es permitido deferirlo al demandante. Por el contrario, si se juzga admisible la prueba testimonial, parece que siempre que haya duda sobre esto deberá oírse á los testigos, á fin de aclarar los hechos, y el comerciante tendrá toda la ventaja de la información, puesto que habrá podido preparar anticipadamente las declaraciones, de donde resultará del modo más positivo que tales suministros se han verificado en tal fecha, mientras que el particular, que no podía sospechar que dirigía la demanda contra él, no habrá podido procurarse de la misma manera los medios de acreditar la negativa. Una cosa es la admisión del juramento supletorio, que sólo se deferirá al comerciante cuando tenga el juez plena convicción de su lealtad; y otra cosa es la práctica de la prueba testimonial, que haría siempre inclinar la balanza en su favor. En lo tocante al argumento sacado por Pothier, nos parece suficientemente refutado por la exposición de motivos de M. Bigot Preameneu: «En cuanto á las personas que no están en el comercio, se ha debido conservar la regla, según la cual, nadie puede crearse un título á sí mismo, y el orden que los comerciantes están obligados á observar en sus libros sólo puede garantizar los suministros que constan en ellos, siendo reales. Sobre

este punto no tienen más derecho que exigir el juramento de las personas que negaran sus demandas.»

Estas últimas expresiones van sin duda demasiado lejos: siendo general el texto de la ley, no creemos que pueda deferirse el juramento más que al demandado (1). Pero comparando estas palabras con la jurisprudencia del Chatelet, cuando se ve en la exposición de los motivos sentar el principio de que nadie puede crearse un título á sí mismo, es difícil creer que los redactores del Código hayan querido solo reproducir la doctrina de Pothier, según la cual (*Oblig.*, núm. 754) *los registros no pueden constituir una prueba plena y completa* (2). Añadamos que en tiempo de Pothier, como hemos hecho observar con frecuencia, no se hallaba bien determinada la naturaleza del principio de prueba por escrito, mientras que en el día, el art. 1347 del Código civil quiere que emane del demandado (3). Esta regla sufre verdaderamente excepciones, pero es preciso por lo menos que se enuncien estas excepciones en la ley, y cómo puede verse la admisión de la prueba testimonial en una simple remisión á lo que se haya de decir acerca del juramento? ¿No era más sencillo declarar expresamente que servirían los libros ó registros de principio de prueba por escrito?

*. En la adición inserta al tratar de la fuerza de los documentos privados, hemos sentado que por nuestro derecho los libros de cuentas, registros ó asientos que uno lleva y conserva en su poder hacen fe contra él mismo y no contra terceras personas, porque, como dice la ley 121, tit. 18, Partida 3.^a, «seria cosa sin razon e contra derecho de haber ome poderio de fazer a otros sus deádores por sus escripturas cuando él se quisiese.» Sin embargo, aunque dichos libros no hagan prueba completa á favor de su dueño, inducen presunción de verosimilitud cuando están extendidos con formalidad, y se reúnen otros adminiculos que corroboran su contenido, según sienta Gregorio López en su glosa á dicha ley de Partida y expone Escriche en su *Diccionario*. Respecto al derecho mercantil, ya hemos expuesto en la adición anterior lo que determinan los artículos del Código de

(1) El código italiano (art. 1328) considera que los registros pueden autorizar al juez para que defiera el juramento á ambas partes.

(2) El informe dado al Tribnado por M. Jaubert viene también en apoyo de la doctrina enunciada en la exposición de los motivos: «Estos registros, dice, no pueden servir, á lo más, sino para determinar al juez á deferir el juramento.» La intención restrictiva no puede estar más manifiesta.

(3) La cuestión no se halla zanjada en manera alguna por la jurisprudencia. Una sentencia del tribunal de Paris de 28 de Noviembre de 1833, que se cita como favorable á nuestra opinión, se limita á desechar en el caso en cuestión ciertos registros como no constituyendo un principio de prueba por escrito. Por otra parte, en el caso de una sentencia denegatoria de 10 de Agosto de 1840, que admitió la prueba de testigos, habia, además de los libros, escritos que constituian un principio de prueba conforme á la letra del art. 1347. * En la sentencia arriba citada de 22 de Julio de 1872, el Tribunal Supremo no ha querido pronunciarse sobre este punto de derecho. *

Comercio y en especial el 53, aparte segundo, según el cual, harán prueba los libros de comercio en favor de sus dueños, cuando su adversario no presente asientos en contrario hechos en libros arreglados á derecho ú otra prueba plena y concluyente. Mas esta disposición se refiere á terceras personas que sean comerciantes, pero no á particulares no comerciantes, si bien éstos pueden invocar dichos libros contra el comerciante, según dijimos en la nota inserta al pie de dicho artículo 53, en nuestro *Código de Comercio extractado*, con la exposición del fundamento en sus disposiciones y la solución de las dificultades y cuestiones que presenta el texto, cuarta edición.—(N. del T.)

* * Véanse las notas de los números 668 y 694.—(N. de la R.)

APÉNDICE

Prueba de prueba literal.

SUMARIO: 781. División.

781. Un escrito puede referirse á otro escrito más antiguo, ya reproduciendo solamente su sustancia, pero manifestando la intención de las partes de mantener los compromisos consignados por el primero, y entonces es un acta de reconocimiento; ya transcribiéndole literalmente, y entonces es una copia (1).

§ I.—Actas de reconocimiento.

SUMARIO: 782. Fe de estas actas según razón.—783. Doctrina rigurosa admitida por los autores antiguos.—784. Qué es lo que tiene de exagerada.—785. Qué debe entenderse por relatar el tenor ó contenido.—786. Excepción á la regla.—787. Casos en que comprende más el título primordial.—788. Casos en que contiene menos.—789. Código sardo.—790. La regla no tiene aplicación en materia mercantil.—791. *¿Quid* en materia de servidumbres?

782. La confesión escrita, así como la confesión oral (art. 1356) debe hacer plena fe contra su autor, Si, pues, sólo se consultara la razón sobre el valor de las actas de reconocimiento, no se vacilaría en decidir que, con tal que se vea en ellas claramente enunciada la intención de mantener la fuerza de una declaración preexistente, deben tener la misma fe que el título primordial. Y no obstante, el Código autoriza la doctrina de antiguos intérpretes, según la cual, no equivale un solo reconocimiento al título primordial.

783. Esta doctrina se ha fundado, como sucedía antiguamente con frecuencia, en una decisión particular del derecho romano que

(1) En la misma parte de su *Comentario sobre la costumbre de Paris*, tit. 1.º, § 8.º da Dumoulin sus explicaciones más extensas sobre las actas de reconocimiento y sobre las copias.

ha llegado á generalizarse. Justiniano había decidido, en favor de la libertad, que no bastaba un solo reconocimiento para acreditar la cualidad de siervo de la gleba: *Sancimus* (l. 22, Cód., pr., *De agric. et censit.*) *solam confessionem vel aliam quamcumque scripturam ad hoc minime sufficere, nec adscriptitiam conditionem cuiquam inferre, sed debere hujus modi scripturam aliquod advenire adiutorium; quatenus, vel ex publici census adjectione, vel aliis legitimis modis talis scriptura adjuvetur.* Autores de gran crédito, especialmente Bartolo, han deducido de este texto, que una simple acta de reconocimiento no constituye prueba suficiente. Es verdad que los romanistas más exactos, tales como el presidente Favre, hicieron observar que la constitución de Justiniano no era aplicable sino al estado de las personas, y que, de derecho común, la confesión es la mejor de las pruebas: *Intelligo de homagio personali; nam si de rei conditione ageretur unica recognitio sufficeret.* (Faber, *Ad Cod.*, lib. 7.º, tit. 11, def. 19.) *Domino prædii licet et sua confessione et enunciatione probationem adversario præberet; nulla enim fortior probatio est, quam quæ fit per confessionem partis* (Ibid., lib. 4.º, tit. 14, def. 10.). Los canonistas, con el objeto, á lo que parece, de revocar indirectamente las concesiones hechas demasiado fácilmente por los superiores eclesiásticos (1) introdujeron una distinción entre la confirmación simple, *in forma communi*, á la cual se aplicaba la constitución de Justiniano, y la confirmación *in forma speciali*, que equivalía al título primordial. Hacíase el reconocimiento *in forma speciali*, cuando declaraba el firmante obrar con pleno conocimiento de causa, *ex certa scientia*. Y también se acabó por exigir, por temor de que estas últimas expresiones llegaran á ser ellas mismas de estilo, que todo el tenor del acta precedente se hallase inserto en el acta de confirmación, de modo que no quedase duda alguna. Dumoulin era un talento sobrado juicioso para no reconocer el verdadero carácter de las actas de reconocimiento. El título nuevo no debe, sin duda alguna, agravar la obligación, y en este sentido es siempre verdadero decir: *Confirmatio nihil dat novi*, pero tiene fuerza probatoria. Por eso, suponiendo Dumoulin un acta de reconocimiento otorgada por ante notario, dice positivamente: *Simplex titulus novus non est dispositivus, sed declarativus seu probatorius... nec aliquid de novo inducit circa substantiam obligationis, sed bene circa quædam extrinseca et accidentalia, videlicet circa probationem et vim executivam; et sic hujusmodi titulus duo tantum operatur; primo confessionem*

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

et probationem recognoscens, secundo vim guarrentigiam (Com. sobre la cost. de París, tit. 1.º, § 18, núm. 19). También reproduce, relativamente á las concesiones feudales (Ibid., § 8.º, núm. 87), la distinción entre la confirmación simple y la confirmación *in forma speciali*. Y en esta materia debe reconocerse que la distinción estaba bastante conforme con el espíritu de la constitución de Justiniano. Pero, ¿hasta qué punto el citado jurisculto, cuya claridad está lejos de igualar á su profundidad, ha generalizado esta doctrina? Esto es lo difícil de decidir; porque, de una parte, se halla en su *Comentario sobre la costumbre de París*, y en su tratado *Contractuum et usurarum* (núm. 210), numerosos pasajes en que atribuye al reconocimiento la forma de la confesión, sin hacer reserva alguna; y de otra, remite en este mismo tratado (núm. 210) á la doctrina anteriormente expuesta sobre la costumbre de París. Desgraciadamente, Pothier (*Oblig.*, núm. 778) comprendió á Dumoulin (1) en el sentido más restrictivo, y su opinión ha pasado al Código.

Antes de haberse autorizado por el art. 1337 del Código civil esta opinión, ¿había ya prevalecido en la antigua jurisprudencia? El tribunal de París ha dado sobre este punto dos sentencias en sentido inverso: la una el 30 de Enero, y la otra el 14 de Agosto de 1828. Si consultamos á los autores antiguos, vemos que están lejos de reproducir la doctrina atribuida á Dumoulin. «Es la opinión más común entre los intérpretes, dice Henrys (lib. 3.º, capítulo 2.º, cuestión 1.ª), que basta un solo reconocimiento, si está asistido por algunos adminículos, ó si está seguido de la posesión.» (V. también Rousseau de Lacombe, *Jurisprudencia civil*; v. *Reconnaissance*).

Como quiera que sea, el art. 1337 del Código dice: «Las actas de reconocimiento no dispensan de la presentación del título primordial, á menos que su contenido no se relate especialmente.»

784. Para justificar esta proposición, el relator del Tribunado ha dicho que «las actas de reconocimiento no se han hecho con la intención de contratar, puesto que su objeto no era otro que recordar una obligación ya existente.» Todo lo que es permitido deducir de aquí es, que el acta ó escritura de reconocimiento, como

(1) Toullier, que ha dilucidado perfectamente esta materia (tomo 10, números 315 y sigs.) piensa que Dumoulin ha distinguido siempre entre las confirmaciones de investiduras y los reconocimientos propiamente dichos; pero esta distinción no nos ha parecido resultar con claridad de las explicaciones de este sabio jurisculto.

una copia, debe suponerse que reproduce el título ó documento primitivo, y que si hay alguna diferencia entre ambas, debe presumirse que proviene de error. Mas, ¿por qué no admitir en todos los casos las actas de reconocimiento, como las copias en forma, para reemplazar el título original, cuando se ha perdido? En último resultado, el reconocimiento debe racionalmente hacer fe de una obligación preexistente, mientras no aparezca lo contrario. Este no es más que una forma de la confesión, ¿y por qué había de tener menos fuerza la confesión escrita que una confesión verbal, respecto de la existencia del título primordial? En vano se dirá, con un jurisconsulto, siempre dispuesto á tomar la defensa de los redactores de nuestros Códigos (M. Demante, *Programa*, tom. 2.º, núm. 819), que puede haberse sorprendido á la ignorancia ó arrancado á la debilidad un simple reconocimiento, sin la explicación de las causas que han producido la deuda, y que tal vez también la misma deuda reconocida ha debido extinguirse sin que se haya pensado en hacer suprimir todos los reconocimientos. El primero de estos motivos propendería únicamente á hacer relatar la sustancia de la obligación consignada por el título primitivo, como lo exige la ley respecto de las actas de confirmación (*Cód. civil*, artículo 1338), pero de ningún modo á hacer reproducir este título por completo. En cuanto á la suposición de que se hubiera descuidado retirar los reconocimientos después de la liberación del deudor, nos parece muy gratuito; porque siendo necesariamente esta liberación más reciente que la constitución de la deuda, la pérdida del título primordial es mucho más probable que la del título consignando la liberación. En suma, hubiéramos comprendido que se hubieran exigido ciertas condiciones para que el acta de reconocimiento pudiera reemplazar al título primordial, y en este sentido, el sistema de confirmación, tal como lo enseñaba Dumoulin, podía concebirse. Pero es avanzar demasiado exigir la presentación, y si no puede obtenerse, la reproducción del título primordial. Sin embargo, la ley es positiva: la simple acta de reconocimiento en el sistema del Código no tiene ya utilidad sino para interrumpir la prescripción (*Ibid.*, art. 2263).

785. ¿Qué debe entenderse por esta exigencia de la ley, que el tenor del título primordial sea especialmente relatado? Según la opinión común, debería reproducirse casi literalmente el texto del acta primitiva, y esto es lo que parece resultar de un pasaje de Dumoulin (*Cost. de París*, tit. 2.º, § 8.º, núm. 89), en que se supone una reproducción completa: *enarrato toto tenore confirmati*. Este

pasaje es también al que Pothier se ha atendido exclusivamente. Pero si se estudian en su conjunto las explanaciones de Dumoulin, se ve que está lejos de exigir la completa reproducción del acta primitiva, lo cual sería muy poco puesto en razón. Basta que el reconocimiento contenga la sustancia del acta primitiva: *contineat et specificet saltem substantiata actus* (Ibid., núm. 92...) *si renovatio esset indeterminata, nihil operaretur* (Ibid., núm. 93). Este gran juriconsulto nos da él mismo un ejemplo de un reconocimiento *in forma speciali*, en estos términos: *Sicut prædecessor noster... prædecessoræ tuo concessi talem rem in fundum, ita et nos concedimus*. Hay mucha distancia de esto á una reproducción literal de la primera concesión. Solamente es necesario, que el reconocimiento sea *certa et specifica* (Ibid.), lo cual no es otra cosa que la aplicación de los principios generales sobre la confesión.

El texto del Código, ¿es bastante preciso para excluir la aplicación á nuestro derecho de esta doctrina tan racional? *Relatar* el tenor, no es reproducirlo. Y la relación *especial* parece también una traducción del reconocimiento *certa et specifica* de que habla Dumoulin. En último resultado, las actas de reconocimiento no son copias, y el relator del Tribunado dice con razón que estas actas, «sin volver á trazar entera é idénticamente todo lo que se hallaba contenido en un acta precedente, recuerdan, no obstante, esta acta.» ¿Es, pues, conformarse con el espíritu del legislador; entender por el *tenor* del acta las condiciones constitutivas de la convención, clara y distintamente articuladas? ¿Qué se ha querido en definitiva exigiendo esta mención? ¿Prevenir el peligro de que se hicieran confirmaciones sin conocimiento de causa, de antiguas concesiones? Pues bien: este peligro no existe, en cuanto se hallan reproducidas las disposiciones sustanciales del acta primordial. El Tribunal de Casación (Den. de 11 de Junio de 1833) ha entrado en esta vía, considerando como un título de reconocimiento suficiente la providencia de un consejo provincial que recordaba la disposición de un antiguo título ó documento, haciendo concesión de derechos sobre un bosque, pero sin comprender la copia textual. Más recientemente, el 15 de Abril de 1867, ha fallado «que no se puede deducir de las disposiciones del art. 1337, que la transcripción literal del título primordial sea una condición esencial de la validez del título de reconocimiento; pero que es suficiente que la convención originaria se encuentre mencionada en sus principales cláusulas.» Añade la sentencia, que al juez del hecho corresponde apreciar con toda libertad si la convención constitutiva del dere-

cho se halla mencionada en dichas esenciales cláusulas. Ya se ve que la aplicación del art. 1337 es fácil en la práctica. Finalmente, pueden los tribunales decidir siempre de hecho como el tribunal de Pau por sentencia de 14 de Agosto de 1828, sostenida en casación el 29 de Enero de 1829, que el acta intitulada de reconocimiento tenía menos por objeto reconocer que sustituir el primer título, cuya presentación no podía en su consecuencia exigirse, puesto que no hay más que aplicar aquí los principios de la novación.

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

«Sin embargo, añadá el art. 1337; si hubiera muchos reconocimientos conformes sostenidos por la posesión, y uno de los cuales tuviera treinta años de fecha, el acreedor podría quedar dispensado de presentar el título primordial.»

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

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

«Lo que contienen de más, que el título primordial, ó lo que hay diferente de éste en él, no tiene ningún efecto.»

Efectivamente, no teniendo el acta de reconocimiento por objeto crear una nueva obligación, sino consignar una obligación existente (*non dispositivus, sed declarativus*), por el mero hecho de representar el título primitivo, lo que contiene de más ó diferente el título de reconocimiento, se reputa que proviene de un error (Pothier, (*Oblig.*, núm. 779), á menos que se demuestre la intención de la novación. En virtud de este mismo principio, pasa el vicio del título primordial al título de reconocimiento, según lo ha juzgado el Tribunal de Casación, el 25 de Octubre de 1808, para un acta viciada con la nota de feudalismo.

Sin embargo, no deberá considerarse como una extensión de la obligación, que se deba atribuir á un error, la estipulación de garantías accesorias, tales como la solidaridad. Esta estipulación entra en la naturaleza de las actas de reconocimiento, que, según la doctrina de Dumoulin, pueden, sin cambiar de carácter, innovar *circa quedam extrinseca et accidentalia*, y especialmente añadir garantías, *vim guarrentigiam* (Ibid., § 18, núm. 19). Es, pues, permitido estipular la solidaridad, y se puede igualmente hacer ejecutorio el título de reconocimiento, aunque no sea susceptible el título primordial de ejecución forzosa (Tolosa, 5 de Abril de 1838).

788. Es de notar que el texto no rehusa dar efecto sino á lo que contiene de *más* el nuevo título. Si el nuevo título enuncia, por el contrario, un crédito menor, se supondrá fácilmente en favor de la liberación (*Cód. civil*, art. 1162), que esta enunciación se dirige á reemplazar el primer título, conforme á la voluntad de las partes, y producirá inmediatamente efecto. Si no ha habido intención de novar, el título primordial conserva toda su fuerza, y la mención de una deuda menor es presumida errónea; solamente la prescripción de treinta años puede reducir la deuda á las proporciones fijadas en el acta de reconocimiento, mientras que la prescripción no haría adquirir al acreedor un excedente de crédito, no reconocido por el acta primordial. Pothier (Ibid., núm. 780), al permitir al deudor invocar la prescripción en el caso en cuestión, somete esta prescripción á condiciones arbitrarias, que podrían exigirse cuando invocara el acreedor un suplemento de crédito, pero que no podrían serlo aquí, puesto que la prescripción se dirige, por el contrario, á disminuir el derecho del acreedor. Pothier añade, en efecto (núm. 780), después de haber enunciado la proposición, que puede ser de otra suerte, si hay *menos* en el reconocimiento que en el primer título.

«Si hay muchos reconocimientos conformes, y que se remontan á treinta años, el acreedor, al presentar el título primordial, no podrá pretender más de lo que se contiene en los reconocimientos por que se prescribió el exceso.»

Se ha hecho observar con razón que Pothier exige arbitrariamente esta vez *muchos reconocimientos conformes*. El lapso de treinta años basta para operar la prescripción, aun cuando no hubiese más que un solo reconocimiento, digamos mejor, aun cuando no hubiera reconocimiento alguno, si el deudor justificaba, reproduciendo cartas de pago, que había pagado durante treinta años una suma inferior á la que se había estipulado en su origen.

789. El Código sardo, ilustrado por las críticas de que ha sido objeto nuestro Código sobre este punto, ha vuelto al único sistema que reconoce la razón. «El acta de reconocimiento, dice el art. 1340 de este Código, hace prueba contra el deudor, sus herederos y causahabientes, á menos que éstos, por la representación del título primordial, prueben que ha habido en el acta de reconocimiento error ó aumento de la deuda primitiva.»

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

791. Por otra parte, el deseo de restringir la trascendencia de una disposición verdaderamente exorbitante ha hecho imaginar una distinción, más especiosa que sólida, entre el reconocimiento de una deuda y el de un derecho real. Diciendo el art. 695 del Código civil sencillamente, que el título constitutivo de una servidumbre puede reemplazarse por un título de reconocimiento de la servidumbre, emanado del propietario del fundo sirviente, según una opinión acreditada por la doctrina, seguida también por la jurisprudencia del Tribunal de Casación (Sents. de 16 de Noviembre de 1829 y de 2 de Marzo de 1836), no hay lugar á exigir, para el título de reconocimiento de la servidumbre las condiciones especiales del art. 1337. Esta opinión nos parece refutada por una consideración muy sencilla, y es, que las reglas del Código civil sobre la prueba, aunque colocadas en el título de los *contratos*, rigen incontestablemente la materia de los derechos reales. Hacer una elección de estas reglas para no aplicar á los derechos reales más que las que parecieran razonables, es caer inevitablemente en la arbitrariedad. ¿Cómo había de tener efecto la simple mención de un título *de reconocimiento* para derogar anticipadamente los principios establecidos ulteriormente sobre lo que constituye un título de reconocimiento válido? Admitiendo una excepción para las servidumbres, no se puede, sin hacer la ley, extender esta derogación á los demás derechos reales, y por otra parte, negarse á esta extensión, es incurrir en una verdadera contradicción de prin-

copios. Añadamos, finalmente, que la confirmación *in forma speciali*, habiendo sido precisamente imaginada para las concesiones de derechos reales (núm. 783), es bastante singular querer, por el contrario, limitar á los créditos la aplicación de esta regla especial. Por lo demás, la jurisprudencia que tan latamente prevaleció acerca de la aplicación del art. 1337 quita á la cuestión la mayor parte de su interés.

*. La doctrina expuesta por M. Bonnier en este párrafo es análoga al espíritu de nuestras disposiciones legales sobre las escrituras de reconocimiento, las cuales suelen ser más frecuentes y más útiles en materia de censos y prestaciones annas ú otros derechos perpetuos de cualquiera especie, puesto que remontándose los títulos primordiales, por lo común á épocas muy lejanas, están expuestos á desaparecer por mil accidentes, y para evitar este inconveniente se recurre á las escrituras de reconocimiento.—(N. del T.)

*. Según el art. 1224 del Código civil vigente, las escrituras de reconocimiento de un acto ó contrato nada prueban contra el documento en que éstas hubiesen sido consignadas, si por exceso ú omisión se apartaren de él, á menos que conste expresamente la novación del primero.—N. de la R.)

§ II.—Copias.

SUMARIO: 792. Qué copias pueden tener autoridad.—793. Fe exclusiva del título original.—794. *Secus* respecto de las actas del estado civil.—795. Respecto de los *exploits d'huissier* (1).—796. Fe decreciente de las copias.—797. Primeras copias.—798. Copias que se les asimilan.—799. Copias cuya fe depende de su antigüedad.—800. Copias que no sirven más que de principio de prueba.—801. Copias fe copias.—802. Cómo deben sacarse las copias.—803. *Compulsorio*.—804. Casos en que se puede invocar la transcripción.—805. *¿Quid* respecto del registro?—806. ¿Debe darse más fe á las actas del escribano de actuaciones? (*huissier*).

792. La necesidad de poner á disposición de cada una de las partes un título que le permita hacer valer sus derechos, dejando el original en manos del oficial público, así como la ventaja de multiplicar los medios de prueba, á fin de no poner á merced de un accidente los intereses más importantes, han hecho introducir hace largo tiempo en nuestro derecho reglas especiales sobre las

(1) En Francia se da el nombre de *huissier* al oficial público encargado principalmente de notificar los actos de justicia, de ejecutar los juicios, etc., y muchos de los cuales hacen el servicio en las vistas del tribunal á que pertenecen. En su consecuencia, los *exploits d'huissier* no son más que actos de procedimiento liberados en forma legal, escritos en papel sellado y entregados por ellos á la parte citada, hablando á su persona ó á uno de los suyos. El *huissier* viene, pues, á equivaler á nuestro escribano de actuaciones, y sus *exploits* á los escritos en que se consignan las diligencias de notificaciones, citaciones, embargos, ejecuciones y demás á que ha lugar. Nos valdremos, pues, de la palabra *exploits* en la presente traducción, por referirse á todos estos escritos.—(N. del T.)

copias de las actas auténticas. En cuanto á los escritos privados, sólo el original puede hacer fe, y las copias que de él se libren, aun por notarios, no tendrán autoridad alguna. Nadie tiene cualidad oficial para transcribir estos escritos. Por otra parte, la reproducción de un acta auténtica por un simple particular no tendría fe alguna. No tenemos, pues, que ocuparnos sino de las copias de actas auténticas libradas por oficiales públicos, tales como los notarios y escribanos.

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

Esto no es más que una aplicación del principio más general, sobre el cual insisten con razón los jurisconsultos ingleses, que es preciso siempre haber recurrido al mejor medio de prueba de que es susceptible un asunto (V. t. 1.º, pág. 323, nota 1.ª).

«Las copias, dice el art. 1334, cuando subsiste el título original, no hacen fe sino de lo que se contiene en el título, cuya nueva presentación puede siempre exigirse.»

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

794. Los extractos de los registros del estado civil tienen más autoridad. La fe que se les atribuye, cuando se han *librado conforme á los registros* (*Cód. civil*, art. 45), se entiende generalmente en el sentido, no de que sea preciso justificar su conformidad con los registros, lo cual obligaría á la traslación perpetua de estos preciosos documentos, sino en el sentido de que, cuando se declare que se han entregado *conformes*, según la fórmula usada, debe presumirse la conformidad. La parte contraria puede pretender que no existe esta conformidad, pero á ella corresponde hacer su prueba presentando un nuevo extracto, lo cual dará lugar á ordenar la presentación de los registros si hay desacuerdo entre los diversos extractos

presentados (Bourges, 17 de Febrero de 1841). La opinión contraria profesada por nuestros autores tendría inconvenientes sensibles en la práctica, en que tienen una aplicación tan usual las actas del estado civil.

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

796. El legislador aplica en seguida á las copias este otro principio, que la prueba se debilita á medida que se aleja de su fuente. En su consecuencia, establece, en cuanto á la fe de las copias, para el caso de pérdida del original, una progresión decreciente, cuyo primer término es la primer copia, que es casi contemporánea de la original, y el último término, la simple copia de copia. Es de advertir que las copias de primer grado tienen una fuerza muy superior al testimonio de oídas. «El declarante, dice Bentham (l. 4.º, capítulo 9.º), puede haber tomado al vuelo el discurso que llegó á su oído, y haberse equivocado sobre su sentido. El copista tiene siempre un original delante, y puede volver á consultarle para asegurarse de su exactitud.»

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

Sabemos ya que estas copias se libran en forma ejecutoria; pero las primeras copias en que no se encuentra esta fórmula, cuando se trata de un acta que no está destinada á ser ejecutada, como la que consigna el reconocimiento de una servidumbre en favor de un vecino, se colocan por la ley en la misma línea que dichas copias, y tienen efectivamente la misma fuerza probatoria (1). Denegatoria de 17 de Messidor, año x.) La importancia de estas copias, que deben servir de títulos á los contratantes, y el poco tiempo que separa habitualmente la confección del original de la expedición de la primera copia, garantizan suficientemente la exactitud de la reproducción del título original. *In effectu et virtute probandi*, dice Dumoulin (Ibid., núm. 42), *est verum originale*. El

(1) El nombre de letra gorda (*grosse*) no era conocido en otro tiempo más que en los países sin legislación escrita; en las regiones donde imperaba el derecho escrito se usaban los significados de primera copia (Merlin, *Repert.*, V. *Grosse*, § 1.º).

oficial público no puede entregar más que una primera copia á cada una de las partes (ley de 25 de Ventoso, año XI, art. 26), bajo pena de destitución. El motivo de esta prescripción, que es muy antigua, se comprende fácilmente. La entrega de una segunda copia al acreedor, sin intervención del deudor, podría permitirle hacer revivir un crédito extinguido. Así se ha establecido por el artículo 178 de la Ordenanza de 1559: *Propter præjudicium*, dice perfectamente Dumoulin (Ibid., § 46), *quod posset fieri alteri parti: quæ forte satisfecit, prout apparere posset per cancellationem vel apocham scriptam in dorso prioris instrumenti*. En cuanto á las copias no ejecutorias, es permitido, sin duda, entregar muchas, pero sólo la primera hace plena fe en caso de perderse el original.

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

Dumoulin, cuya doctrina sobre las copias ha sido reproducida por Pothier, dice que es preciso restringir á las partes y á sus sucesores la fe de la copia así sacada con su consentimiento, ó debidamente llamada, y que no sucede así respecto de los terceros: *Hanc conclusionem limito*, dice (Ibid., núm. 37), *ut procedat contra eum, cum quo vel quo vocato solemniter facta est exemplatio, contra quem plene probat, sicut originale, et retro trahitur ad datam originalis. Secus contra alium, quia non faceret fidem*. ¿Quiénes son los terceros de que se trata? Si se trata de un coobligado, de una caución, de un codeudor solidario, etc., es claro que no se podría obligarle á reconocer como conforme al original una copia cuya confección no hubiera sido llamado á comprobar. En esto la doctrina de Dumoulin es de una exactitud incontestable. Bajo este respecto, las copias de que hablamos tienen menos fuerza que las primeras copias, que puede emplear el acreedor contra todos los coobligados, aunque él las haya sacado sin hacerse dar ninguna autorización. Pero es más difícil admitir con este jurisconsulto, que sea imposible invocar contra los terceros las copias de que nos ocupamos, no para obligarles personalmente, sino para forzarles á reconocer la existencia del acta reproducida en la copia, si se trata, por ejemplo, de oponerles la prescripción de diez ó veinte años. Según Dumoulin, la prescripción se contaba sólo desde la fecha de la copia, y no desde la fecha del título original. Y no obstante, la fecha de este original, ¿no es un hecho de que el notario ha podido convencerse *pro-*

præis sensibus visus et auditus, como dice este mismo autor? Había una razón más plausible de dudar, en tiempo de Dumoulin, como hace observar Merlin perfectamente (*Cuestiones de derecho*, v. *Triage*, § 1.º), porque antes del edicto de Mayo de 1597 no estaban encargados los notarios de guardar los originales de las escrituras que habían autorizado (núm. 462), y en su consecuencia, no podían al dar la copia atestiguar la verdad del original. Pero desde que los mismos oficiales ó funcionarios libran las escrituras y guardan el original, tienen calidad para certificar la sinceridad del original de que son depositarios. ¿No es, en su consecuencia, un escrúpulo exagerado, no admitir la fecha del original, cuando la copia que la relata ofrece todas las garantías apetecibles? Las partes que tienen derecho de recurrir á esta operación son, pues, las cointeradas, cuyos derechos se hallan directamente en juego, pero no los terceros desconocidos, sobre cuyos intereses no produce efecto el acta sino de rechazo.

799. «Las copias (Ibid., 2.º) que sin decreto judicial ó sin el consentimiento de los interesados, y después de haberse dado las primeras, se hayan sacado por el protocolo del acta ó escritura por el notario ante quien se otorgó, ó por uno de sus sucesores en el oficio, ó por los oficiales públicos que en calidad de tales son depositarios de los protocolos, pueden, siendo antiguas, hacer fe en caso de pérdida de los documentos originales.

»Se consideran antiguas cuando su fecha tenga más de treinta años. Si tienen menos de treinta años, sólo pueden servir como principio de prueba instrumental.»

Dos circunstancias impiden á estas copias el poder ordinariamente hacer plena fe: el no ser sacadas en una época próxima al contrato, y el no haberse dado con el consentimiento de la parte contraria ó por decreto judicial. Así, es menos segura su exactitud y es más de temer la colusión. Sin embargo, este último peligro era el más grave, pues la probabilidad de incurrir en error es poco importante en el fondo, cuando la copia se coteja con la original ó registro por un oficial á cuyas funciones corresponde especialmente la entrega de tales copias. No podemos, pues, admitir el motivo dado por Dumoulin (Ibid., núm. 64), y repetido con frecuencia: *Tempore exemplationis non fit instrumentum originale, nec geritur actus in eo contentus, nec possunt tabelliones esse rogati de veritate facti in eo contenti, nec illius habere notitiam propriis sensibus, et hoc est impossibile, quum actus transierit, et sic non est possibile exemplum esse instrumentum authenticum de veritate facti vel actus in originali contenti*. Esto podía

ser verdadero, como acabamos de ver, en tiempo de Dumoulin, cuando el oficial que libraba la copia no era el mismo que el redactor del original. Pero en el día es difícil sostener que el notario, á un tiempo mismo redactor y expedidor, no tenga calidad para certificar la conformidad de su copia con el original. El oficial que verifica el cotejo atestigua hechos de que tiene conocimiento *propriis sensibus*, y sobre los cuales le da su profesión luces especiales. El verdadero motivo se encuentra en la posibilidad de una colusión, cuando no ha sido llamada la otra parte, y por esto acontece, que haciendo la antigüedad esta conformidad fraudulenta poco verosímil, las copias, al cabo de treinta años, hacen plena fe, cuando son libradas por el depositario legal del original ó registro. Si, por el contrario, dominara la presunción de inexactitud, sería fuera de razón transformar al cabo de treinta años el error en verdad. *Non potest antiquitas*, dice Dumoulin (Ibid., núm. 76), *de novo inducere in totum probationem que nulla est, sed eam demum que aliqua est, adjuvare.*

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

800. «Cuando las copias (Ibid., 3.º) sacadas por el protocolo de un acta no lo hayan sido por el notario ante quien se otorgó, ó por uno de sus sucesores en el oficio, ó por los oficiales públicos, que bajo esta calidad son depositarios de los protocolos, sólo podrán servir, cualquiera que sea su antigüedad, como principio de prueba por escrito.»

Concibese que un oficial público, que no es depositario legal del

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

protocolo, no tenga calidad para expedir una copia que puede hacer fe, en caso de perderse el original; y en efecto, cuando coteja la copia, puede atestiguar de la conformidad que existe entre los dos escritos, pero nada le asegura que el pretendido protocolo que se le presenta es un verdadero original, y sin dolo alguno por parte suya, puede llegar á ser fácilmente *instrumento* de un fraude (1). Háse pues, decidido, que un documento de esta naturaleza no puede servir jamás sino como principio de prueba por escrito. *Non audeo simpliciter dicere*, dice Dumoulin (Ibid., núm. 75), *quod nullam presumptionem, nullum indicium faciat*.

Esta decisión tenía frecuentes aplicaciones en el siglo XVI cuando no estaba garantizada la conservación de las actas, como lo está hoy día, por la prohibición impuesta á los notarios de desprenderse de los protocolos bajo pretexto alguno (Ley de Vent., art. 22). En esta época, las actas más importantes eran con frecuencia libradas de oficio, y después las partes se dirigían á cualquier notario para que éste les expidiese una copia. En el día, que los protocolos permanecen en el oficio del notario, no acontecerá sino en casos excepcionales, por consecuencia de la violación de la ley ó de algún accidente, que se expida una copia por otra persona que por el notario-depositario del protocolo ó por su sucesor; pues en el caso de que el escribano se halle momentáneamente investido del poder de entregar copias de actas depositadas en la escribanía, él es su depositario legal, y sus copias tienen entonces tanta autoridad como las de un notario (*Cód. de proc.*, art. 245).

801. Finalmente, «las copias de copias podrán (Ibid., 4.º) considerarse según las circunstancias que tengan, como simples noticias ó indicios.»

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

(1) Esto no es más, según las expresiones de los prácticos, que un simple *vidimus*, al cual ciertos autores citados por Delapois de Freminville, en su *Libro universal de los Terratenientes*, tom. 3.º, rehusaban absolutamente toda autoridad.

Sería más exacto decir con Pothier (*Oblig.*, núm. 776) que semejante copia tendrá á lo más la fe de la copia de que se ha sacado, y que podrá tenerla menor según las circunstancias. La antigua jurisprudencia, por lo demás, estaba lejos de ser rigurosa respecto de las copias de copias, puesto que se cita una sentencia del Parlamento de Paris de 22 de Julio de 1763, que amparó á la princesa de Nasau en los derechos que la concedía una copia de 24 de Junio de 1329, aunque no constaba la existencia de esta carta sino por una tercera copia, sacada ésta también el 6 de Febrero de 1746 de otra segunda copia, sacada asimismo el 6 de Abril de 1486 de otra primera copia, sacada del original ó protocolo el 12 de Diciembre de 1429.

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

Pero ¿qué quiere decir la ley cuando dice que estas copias podrán servir de *simples noticias* ó indicios? Las actas ó escrituras más informes, ¿no serían noticias, en el sentido de que pudiera consultarlas el juez, á fin de ponerse en camino de pruebas más fuertes? El principal efecto que Dumoulín (*Ibid.*, núm. 35) atribuye á las copias de copias, es permitir al que las invoca hacer suyos sus beneficios; ventaja que no podría resultar de un documento informe, como una copia que fuese obra de un particular. Nada impide admitir en el día esta solución. Se ha propuesto igualmente autorizar al juez á fundarse en noticias de esta naturaleza para deferir el ju-

ramento supletorio. No carece de ejemplo en último resultado, que un escrito permita deferir el juramento, sin autorizar por esto la práctica de la prueba testimonial, puesto que hemos reconocido (número 780) que tal es el sistema de la ley en cuanto á la fe de los libros de los comerciantes respecto de los particulares. Esta facultad de conceder de esta suerte cierto valor judicial á las copias de copias templá la parte sobrado absoluta de la proposición general del legislador.

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

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

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

804. Independientemente de estas copias, que pueden expedir los notarios ó escribanos de las actas de que son depositarios, estas actas se copian con frecuencia en la oficina del conservador de las hipotecas; operación ya muy en uso antes que la legislación de 1855 la hubiera hecho nuevamente necesaria para la transmisión de ciertos derechos con respecto á terceros. El conservador de las hipotecas no hace en realidad más que una copia de copia, puesto que no se le presenta el protocolo, sino un traslado, y de atenerse al rigor de los principios sentados, no podría servir la transcripción sino de simple noticia. Pero esta reproducción, que se hace ordinariamente sobre la primera copia en una época muy próxima á la confección de la escritura, por un oficial encargado especialmente de esta función, ha parecido que podía merecer más confianza que las demás

copias de copias. La ley permite ver en ella un principio de prueba por escrito (art. 1336), á condición:

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

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

Estas dos condiciones, á falta de las cuales se puede dudar que jamás ha existido un original, se exigían ya en tiempo de Pothier, en cuanto á la fe que podía merecer en su tiempo el registro de las insinuaciones. El Código civil añade una tercera precaución, que no es menos razonable.

«Cuando por medio del concurso de estas dos circunstancias se admita la prueba de testigos, será necesario que sean oídos, si existen todavía, los que hubieran sido testigos de la escritura.»

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

806. Según una sentencia del tribunal de Burdeos del 9 de Mayo de 1848, no debería haber tanta severidad respecto de las actas del

escribano de actuaciones (*exploits d'huissier*), cuyo original puede fácilmente extraviarse; y restringiendo á las actas autorizadas por notario la aplicación del art. 1336, se podría justificar la existencia de dichas actas por medio del extracto de los libros del registro combinado con el repertorio del escribano. Pero esta opinión, que no se ha seguido por el Tribunal de Casación (Den. de 1.º de Agosto de 1810), no nos parece apoyarse en ninguna base sólida. Es enteramente arbitrario *suplir el tenor* de dichas actas (*exploits*), así como se han visto obligados á hacerlo en el caso juzgado por el tribunal de Burdeos, no pudiendo la simple mención ser equivalente al texto, tan importante en las actas del escribano de actuaciones.

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

El traslado, trasunto, ó ejemplar, que es la copia que por exhibición se saca, no de la matriz, sino de la original ó de la que tiene carácter de tal, no hace fe sino contra quien lo produce, á no ser que se hubiese dado con autoridad judicial y citación de la parte contraria, en cuyo caso hace también fe contra ésta, según la ley 114, tit. 48, Part. 3.ª; si bien cuando se dió por el mismo escribano que autorizó la matriz y la copia original, siendo de aquellas de que se puede dar cuantas copias se pidan (por no ser de las escrituras en cuya virtud se puede pedir la deuda cuantas veces se presente la escritura), quieran los autores, que aun sin haber mediado autoridad de juez ni citación de parte, haga entera fe, por militar entonces la misma razón para darle fe que si se sacara del protocolo, aunque no traerá aparejada ejecución como el original. Véase Hevia Bolaños en la Curia Filipica, 1.ª pte., § 17, núm. 31, y Febrero, Nov., lib. 1.º, tit. 6.º, capítulo 2.º, núm. 10. Según este mismo autor y otros varios, también el traslado antiguo sacado por cualquier escribano, aun sin decreto del juez ni citación de parte, se considera digno de fe cuando en virtud y á consecuencia de él se dió posesión del derecho pretendido al que lo presenta, ó á su causante, bastando el trascurso de treinta años. (V. Eseriche, *Diccionario*.)

Mas la nueva ley del Notariado de 23 de Mayo de 1802 previene, en su art. 31, que sólo el notario á cuyo cargo esté legalmente el protocolo podrá dar copias de él; en el art. 18, que no podrán expedirse segundas ó posteriores copias de la escritura matriz, sino en virtud de mandato judicial y con citación de los interesados, ó del promotor fiscal, cuando se ignoren éstos ó estén ausentes del pueblo en que esté la notaría, y que será innecesaria la citación en los actos unilaterales, y aun en los demás, cuando pidan la copia todos los interesados; y por último, en el artículo 30 se declara, que las escrituras autorizadas por notario hacen fe en la provincia en que resida, y en las demás, debidamente legalizadas.

Además, para que los documentos públicos y solemnes sean eficaces en juicio,

deben observarse las reglas que prescribe la ley de Enjuiciamiento; habiéndose declarado sobre este particular por el Tribunal Supremo de Justicia, en sentencias de casación de 21 de Mayo de 1860 y de 26 de Febrero de 1867, que si bien la eficacia de los documentos públicos y solemnes presentados en juicio sin citación depende del cotejo con sus originales, este precepto de la ley supone racionalmente la existencia ó conservación de los mismos; porque en el caso de haberse perdido ó destruido los protocolos, es doctrina legal, admitida por la jurisprudencia, que debe darse valor y plena fe á la primera copia de un documento público sacada del original por el escribano que lo autorizó, cuando no se prueba la falsedad ni otro defecto que la falta de comprobación ó cotejo.

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

* Véanse los artículos 596 á 599 de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, 1220 y siguientes del Código civil, y nuestras notas á los párrafos números 488, 502 y 511.—(N. de la R.)

PARTE TERCERA

PRESUNCIONES

SUMARIO: 807. Distinción de las pruebas propiamente dichas y de las presunciones.—808. Inducciones que se confunden con la evidencia.—809. Comparación de las presunciones y del testimonio directo.—810. Presunciones legales.—811. División.—812. Punto de procedimiento especial para las presunciones.

807. Ya hemos expuesto lo concerniente á las *pruebas* propiamente dichas, es decir, á las que se apoyan en el testimonio del hombre. Llegamos á las presunciones, esto es, á las pruebas que se fundan simplemente en la relación que puede existir entre ciertos hechos consignados en la instrucción ó procedimiento, y otros hechos que se trata de acreditar; pruebas que Bentham llama *circunstanciales*. Aquí obra por sí sola la inteligencia del juez; ella es la que sin el auxilio de testimonio alguno *saca la consecuencia del hecho conocido al hecho desconocido* (Cód. civil, art. 1349). La inducción es siempre, en el fondo, el procedimiento empleado según hemos reconocido (núm. 29), en las pruebas propiamente dichas, lo mismo que en las presunciones. Pero ya hemos hecho notar, que teniendo precisamente por objeto el testimonio acreditar los hechos litigiosos, la inducción que conduce del testimonio á la verdad de estos hechos es tan rápida que pasa desapercibida. Debe, pues, examinarse con cuidado el testimonio mismo, para asegurarse de que no hay en él nada sospechoso; pero una vez admitido el testimonio, la operación intelectual que conduce del testimonio al hecho, es en cierto modo instantánea; así Pothier (*Oblig.*, núm. 840), colocándose en el punto de vista práctico, considera un finiquito ó una declaración de testigos, como haciendo fe *directamente* del pago. «Vuestro procedimiento intelectual es tan rápido, dice M. Wills en su notable tratado sobre este punto (*Circunstancial evidence*, cap. 2.º, secc. 1.ª), que es muchas veces difícil y aun imposible percibir el lazo que une el juicio al raciocinio de que es el resultado; pues ambos parecen sucederse instantáneamente por una especie de necesidad, como sigue el trueno al relámpago.» No

sucede lo mismo con las presunciones. Entonces no sólo debe acreditarse claramente ante todo la existencia del hecho en que se apoya la inducción, sino que esta misma inducción no descansa más que en una probabilidad, cuya fuerza puede variar hasta lo infinito. El lazo que une el hecho conocido al desconocido es puramente conjetural, y es conveniente acreditar con cuidado la exactitud, á veces más sólida que aparente, del raciocinio que conduce del uno al otro (núms. 16 y 29). Así se ha llamado á la prueba que se funda en presunciones *artificial*, no porque sea puramente arbitraria, sino porque es siempre más ó menos obra de la razón del hombre.

808. No consideramos, sin embargo, como presunciones las inducciones que se fundan en leyes constantes de la naturaleza. Así, no se permitiría á una mujer que hubiera quedado embarazada durante la ausencia de su marido, sostener, para defenderse de la acusación de adulterio, que su embarazo ha sido espontáneo; porque no se admiten en la práctica judicial los hechos milagrosos. Inducciones tan concluyentes tienen más fuerza que el testimonio mismo, y se confunden en la práctica con la evidencia inmediata. La presunción supone que hay duda, que no es cierta la relación de ciertos efectos á ciertas causas, sino más ó menos probable. Por eso Quintiliano distingue (*Instit. orat.*, lib. 5.^o, cap. 9.^o) lo que llama *signa* en dos clases: *Alia sunt quæ necessaria sunt, quæ Græci vocant τεκμήρια, alia non necessaria, quæ σημεια. Priora illa sunt quæ aliter habere se non possunt, quæ mihi viæ pertinere ad præcepta artis videntur. Nam ubi est signum insolubile, ne ibi lis quidem est... Alia sunt signa non necessaria, quæ etiamsi ad tollendam dubitationem sola non sufficient tamen adjuncta cæteris plurimum valent.*

Las inducciones de esta última especie, designadas habitualmente con el nombre de *indicios*, que les daba ya Quintiliano, son las únicas de que tenemos que ocuparnos. Esta distinción es importante en Inglaterra, porque en este país corresponde á la magistratura, y no al jurado (1), determinar sobre las presunciones que se confunden con la evidencia (*Blaxland, Cód. rer. Angl.*, página 500).

809. ¿Merecen las presunciones más fe que los testimonios directos? Puede pensarse en darles la preferencia, si se atiende al peligro de la corrupción de los testigos, de la alteración de los escritos; de donde el axioma de la jurisprudencia inglesa, que los hechos

(1) Lo mismo en lo civil que en lo criminal, puesto que existe en Inglaterra el Jurado en todas las jurisdicciones.

no mienten (*facts cannot lie*). Pero si el testimonio mudo que se funda en los indicios no puede ser sospechoso de falacia, como el testimonio del hombre, puede, no obstante, ser algunas veces obra del dolo; no deja de haber ejemplos de que una páfida combinación haya preparado anticipadamente ciertos signos para hacer creer en la existencia de un delito supuesto. Más todavía; aun cuando los indicios en que se funda la presunción están al abrigo de toda sospecha de falsedad, la relación que pueda existir entre estos indicios y la realidad de un hecho litigioso es muchas veces equívoca, mientras que una vez establecida la sinceridad del testimonio, resalta de ella con evidencia la verdad del hecho atestiguado. Por lo demás, es difícil sentar sobre este punto reglas generales, puesto que la fe de las presunciones varía hasta lo infinito, según las circunstancias, dándoles su reunión á menudo una fuerza de que carecerían completamente si estuvieran aisladas.

810. La cuestión de saber hasta qué punto hace verosímil tal elemento conocido la existencia de tal ó cual causa desconocida, subordinada por su naturaleza á las luces de la razón, depende en general únicamente de la apreciación del juez. Pero en los casos mas importantes, la ley, queriendo asegurar la estabilidad de ciertas posiciones y evitar ciertas controversias, ha establecido presunciones con que tiene que conformarse el juez. Hay, pues, presunciones legales, lo mismo que hay pruebas legales. No es esto decir que resulte de las presunciones establecidas por la ley una certidumbre completa de los hechos que el juez está obligado á deducir; así, la circunstancia de que un hijo ha sido concebido durante el matrimonio, no es una prueba absoluta de la paternidad del marido. Pero en el curso ordinario de las cosas, la virtud de las mujeres es la regla y el vicio la excepción; el matrimonio con la madre del niño hace, pues, la paternidad bastante verosímil, para que se haya podido, en interés de la seguridad social, establecer entre estos dos sucesos la relación de causa á efecto, salvo la negativa de reconocimiento en ciertos casos determinados.

811. Antes de hablar de las presunciones, á que la ley da una fuerza enteramente particular, ocupémonos de las presunciones simples, es decir, de las que se han abandonado á las luces y á la prudencia del magistrado.

812. Debe observarse que no tendremos que desarrollar aquí las reglas de un procedimiento especial. Las presunciones no exigen ni el examen de testigos, ni la comprobación de escritos; dan simplemente lugar de ordinario á una discusión en los pedimentos ó

en los informes. No obstante, la investigación de los indicios es muchas veces objeto, ya de una comprobación directa por el juez, ya de un juicio pericial, puntos de los que hemos tratado en la primera parte de esta obra. La instrucción preparatoria, en materia criminal, en que los indicios son de tanta importancia, puede considerarse como una de las formas de la comprobación directa y del juicio pericial (1).

*. Nuestra ley 8.^a, tit. 14, Partida 3.^a admite en el número de las pruebas las presunciones, y las define del modo siguiente: «E aun hay otra natura de probar, á que llaman presunciones, que quiere tanto decir, como grand sospecha, que vale tanto en algunas cosas como averiguamiento de prueba. E como quier que el rey Salomón diesse su juicio por sospecha solamente sobre la contienda que era entre la mujer libre, e la que era sierva, en razón del fijo; pero en todo pleito non debe ser cabido solamente prueba de señales e de sospecha, fueras ende en aquellas cosas que mandan las leyes deste nuestro libro; porque las sospechas muchas vezes non aciertan con la verdad.»

Entre nosotros, las presunciones se dividen en *presunción legal* ó *de derecho*, y es la que determina la ley, y en *presunción natural* ó *de hombre*, y es la que forma el juez por las circunstancias, antecedentes, concomitantes y subsiguientes al hecho principal que se examina; por lo que también se le llama *judicial*, y esta es la á que se refiere M. Bonnier en este párrafo y que llama *presunción simple*. (V. el núm. 811.)—(N. del T.)

*. Véanse nuestras notas de las páginas 42 y 59 del tomo 1.^o

LIBRO PRIMERO

Presunciones simples.

SUMARIO: 813. Fuerza de las presunciones, bien en lo civil, bien en lo criminal.

813. En las legislaciones que abandonan en toda materia las pruebas á la apreciación del juez, éste es quien debe pesar el valor de los indicios, así como el de los testimonios, sin que venga regla alguna á restringir *à priori* la fuerza de las presunciones. Así se verificaba en Roma. *Indicia certa*, decía Diocleciano (l. 19, Cód. De rei vind.), *non minorem probationis quam instrumenta continent fidem*. Pero en nuestro derecho, que somete á pruebas preconstituidas las convenciones de las partes, era preciso, bajo pena de inconsecuen-

(1) De hecho, y salvo ciertos procedimientos, tales como la inscripción de falsedad, en que los pedimentos del procurador son una defensa por escrito, raras veces hay una discusión formal en estos actos, que serían ventajosamente reemplazados con conclusiones motivadas.

cia, excluir las presunciones donde se excluía la prueba por testigos, á fin de poner entonces á los contratantes en la necesidad de redactar un escrito. De aquí la poca autoridad de las presunciones en materia civil, en que la mayor parte de los procesos se refieren á contratos. Por el contrario, en materia criminal, donde casi siempre se trata de simples hechos, tienen una extrema importancia, puesto que pueden motivar con frecuencia una condena capital. Aquí, lo mismo que respecto de la prueba testimonial, es preciso atenerse á la naturaleza de las cuestiones, y no al carácter de la jurisdicción que entiende del asunto: se admitirán las presunciones en lo civil, cuando no se trate de disposiciones que deban consignarse por escrito, cuando se reclame, por ejemplo, la reparación civil de un delito; serán, por el contrario, rechazadas en lo criminal, cuando se trate de acreditar previamente la existencia de un contrato que debía ser consignado por escrito, de un depósito, por ejemplo, cuya violación se alegase.

*. No estableciéndose por nuestro derecho las restricciones sobre la admisión de la prueba testifical en materia civil, y sobre la admisión de la documental en materia criminal, que por el derecho francés, la prueba de presunciones tiene lugar y se admite con más amplitud, tanto en materia civil como en la penal, si bien no tiene tanta eficacia esta prueba ni ejerce la misma influencia en una que en otra. Así, pues, en materia civil, las presunciones de hombre ó judiciales sólo hacen semiplena prueba, y las presunciones legales, si son *juris et de jure*, tienen tal fuerza, que no se admite contra ellas prueba en contrario; y si son *juris tantum*, ó de solo derecho, sólo se consideran ciertas mientras no se pruebe lo contrario.

En materia criminal, las presunciones á favor del acusado sirven para absolverle; mas las contrarias á él no pueden ser bastantes á condenarlo, á no ser muy claras y vehementes, y nunca se impone, según nuestro derecho, la pena capital por meras presunciones ó indicios, como acontece según el derecho francés é indica M. Bonnier en este núm. 813, pues para ello es necesario que las pruebas sean ciertas y claras como la luz, de manera que non pueda sobre ellas venir duda alguna, como dice la ley 12, tit. 14, Partida 3.^a Véase la nota inserta á continuación del núm. 52 de esta obra, tomo 1.^o, donde se expone la regla 2.^a de la ley provisional para la aplicación del Código penal, y la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Noviembre de 1865 y la A. al núm. 826.—(N. del T.)

*. De la eficacia probatoria de las presunciones, según nuestro antiguo derecho en materia penal, dan noticia completa las notas del ilustrado traductor de esta obra. En cuanto interesa al derecho vigente, véanse las nuestras de las páginas 24 y 49 del tomo 1.^o, y en el presente la del párrafo núm. 826.—(N. de la R.)

SECCIÓN PRIMERA

Presunciones simples en materia civil.

SUMARIO: 814. Fuerza de las presunciones simples mal definidas en el antiguo derecho.—815. Sistema del Código.—816. Admisibilidad de las presunciones en materia mercantil.—817. Caracteres que deben tener las presunciones.—817 duplicado. Pueden sacarse de un procedimiento criminal.

814. La admisibilidad, en materia civil, de las pruebas circunstanciales, no se regía por principios muy ciertos en la antigua jurisprudencia. Aunque el espíritu de la Ordenanza de Moulins, que que quería pruebas estables y fijas, tendía á excluir las presunciones en todos los casos en que se excluía la información, no rechazándolas el texto de la Ordenanza, había que atenerse á las reglas sentadas por los jurisconsultos romanos, y por consiguiente, se dejaba al juez un poder ilimitado para decidirse según las circunstancias. Danty (adic. sobre el cap. 7.º de Boiceau, § 62 y siguientes) admite la doctrina que pone la autoridad de las presunciones en la misma línea que la de la prueba testimonial; así, aplica á las presunciones la regla *testis unus, testis nullus* (V. núm. 817), á menos que no se trate de una presunción *juris et de jure*; pero no saca de aquí la consecuencia que deba aplicarse la misma exclusión en lo tocante á la una y á la otra prueba. Pothier se expresa de un modo sumamente vago, mencionando ciertas presunciones simples, como la que establece, en favor de un escribano ó de un procurador, la posesión de los títulos de la parte que pretende haberle dado poder de obrar en su nombre. Después añade (*Oblig.*, núm. 849): «Las demás presunciones que llamamos *simples* no constituyen solas y por sí mismas una prueba, sino que sirven, únicamente, para confirmar y completar la prueba que resulta por otra parte.» Pero ¿cuáles eran las presunciones no establecidas por una ley que podían hacer prueba? ¿Cuáles eran, por el contrario, las que sólo tenían una fuerza subsidiaria? Es evidente que todo esto dependía de la apreciación arbitraria del juez. Así, vemos algunas veces á la antigua jurisprudencia fijarse en indicios muy débiles en las causas de gran interés. Así fué como un fallo del Parlamento de París concedió á la ciudad de Auxerre una casa que había principiado á edificar el obispo, y de la cual anunciaban un gran número de presunciones leves que había tenido el proyecto de hacer un colegio, aun cuando no había hecho ni aun pensado en ningún acto de donación ó de

fundación. El Tribunal de Casación decidió en este sentido, por sentencia denegatoria de 22 de Marzo de 1810, el Código civil que ha innovado, diciendo en el art. 1353:

815. «Las presunciones que la ley no tiene establecidas quedan abandonadas á las luces y á la prudencia del magistrado, el cual no deberá admitir sino las presunciones graves, precisas y concordantes entre sí, y sólo en el caso en que la ley admite la prueba de testigos, á no ser que el acta sea atacada por causa de fraude ó de dolo.»

Estas últimas expresiones, á no ser que sea atacada el acta por causa de fraude ó de dolo, son una verdadera redundancia, porque no es dudoso que la prueba testimonial se admite para acreditar el fraude ó el dolo, que son simples hechos, respecto de los cuales nunca se ha exigido que se presente una prueba escrita. Sin duda, como han hecho notar nuestros autores antiguos (Merlín, *Repert.*, V. *Indicios*, § 2.^o), era necesario admitir la prueba circunstancial del fraude, que por lo común no puede consignarse directamente por escrito, ni aun por testigos. Pero con más razón es admisible la prueba testimonial. Hubiera, pues, bastado poner, en general, la admisibilidad de las presunciones en la misma línea que la de la información (V. los discursos de los oradores del gobierno y del tribunalado). Decimos en general, porque no carece de ejemplo ver admitir la prueba testimonial, sin que sean admisibles las presunciones; según se ha decidido en lo criminal (núm. 599) para la prueba contraria contra los procesos verbales; y aun en lo civil, para la prueba de la filiación (núm. 211 duplicado).

Pero no debe suponerse fácilmente semejante derogación al derecho común (V. núm. 192). En los litigios civiles se puede acreditar, por medio de sencillas prevenciones, toda clase de fraude para con la ley, especialmente el hecho de que un aspirante á la sucesión ha recibido cantidades superiores á la cuota disponible (Den. de 20 de Marzo de 1865). Puede igualmente recurrirse á las presunciones cuando es moralmente imposible adquirir una prueba escrita, y por consiguiente se puede admitir la prueba testimonial. Así es cómo el Tribunal de Casación ha reconocido en principio, que es lícito destruir una adopción remuneratoria, acreditando hasta con sencillas presunciones la falsedad de las causas que motivaron dicha adopción; pero que, respecto de estos extremos, la apreciación de los jueces del hecho es absoluta (Den. de 14 de Junio de 1869). * Se admiten también las presunciones para fallar que una obligación cuyo pago se requiere está viciada con

nota de usura, y para conseguir entonces una rebaja (Cas. de 27 de Julio de 1874). *

El sistema de nuestro Código respecto de las presunciones no está admitido en todas las legislaciones. El procedimiento austriaco (V. Gennari, *Teoria delle prove*, pág. 63) no admite las presunciones simples cuando no es admisible la prueba testimonial (1), aunque estuvieran fortalecidas con el juramento supletorio del demandante. Sin ir tan lejos, la jurisprudencia de Nápoles (Sent. del Tribunal Supremo del 11 de Marzo de 1851, citada en la traducción siciliana de este tratado) quiere que antes de hacer uso de los indicios, se discuta sobre la admisibilidad de la prueba por testigos. Hoy día el Código italiano (art. 1354) reproduce puramente la disposición de nuestro Código civil.

816. Puesto que se coloca á las presunciones en la misma línea que la prueba testimonial, son siempre admisibles, según la antigua costumbre (Merlin, *ibid.*, núm. 1.º), en materia mercantil, en que se recibe esta prueba, por el solo hecho de crear el tribunal que debe admitirla (*Cód. de Com.*, art. 109. * Cpr., Cas. de 2 de Abril de 1879.)* De donde se deduce esta doble consecuencia, que se puede acreditar con simples presunciones la existencia de una obligación mercantil, cualquiera que sea su importancia (Denegatorias de 31 de Mayo de 1836 y 26 de Septiembre de 1861); y que, según la doctrina que autoriza en materia mercantil la práctica de la prueba testimonial contra y fuera del contenido de las escrituras (núm. 145), puede igualmente fundarse en presunciones para probar contra las enunciaciones contenidas en un escrito mercantil (Dens. de 28 de Marzo de 1821 y 10 de Abril de 1860).

817. ¿Qué caracteres deben tener las pruebas circunstanciales para hacer fe en juicio? Danty (*loc. cit.*), aplicando á las presunciones las reglas que se siguen para apreciar las declaraciones de los testigos, quiere que sean graves y precisas; después añade, aplicando la regla *testis unus, testis nullus*, que no basta una sola presunción, sino que deben concurrir muchas para acreditar la realidad de los hechos alegados. El Código, que quiere que sean *graves, precisas y concordantes*, parece un eco de esta doctrina, que ha reproducido Toullier (t. 10, núm. 21). Pero si se podía concebir en otro tiempo que se exigiera *à priori* cierta cantidad y cierta calidad de indicios, así como se exigía tal número y tal naturaleza de

(1) Esto se explica, por lo demás, por la facilidad con que admite la legislación austriaca (núm. 139) la prueba de testigos.

testimonios para obrar la convicción, en el día, que la práctica de la prueba testimonial está libre de todas estas trabas, deben desaparecer igualmente en lo relativo á las pruebas circunstanciales. Un hecho aislado puede dar lugar á inducciones de suma gravedad, y, fuerza es confesarlo, la mayor parte de las presunciones legales no se apoyan efectivamente sino en un solo hecho. Siempre que la ley no ha dicho lo contrario, han perdido su fuerza los antiguos principios sobre la prueba legal, tanto en lo civil como en lo criminal (núm. 292), y el legislador se dirige, en principio, á los magistrados, lo mismo que á los jurados, en la instrucción de 21 de Octubre de 1791 sobre el procedimiento criminal, cuyos términos se reproducen por nuestro Código de instrucción (artículo 342). La ley no pide cuenta á los jurados de los medios por los que se han convencido; no les prescribe reglas de que deban hacer depender particularmente la plenitud y la suficiencia de una prueba. La ley no les dice: Tendréis por verdadero todo hecho atestiguado por tal ó tal número de testigos; no les dice tampoco: No consideraréis como suficientemente establecida toda prueba que no se forme de tales procesos verbales, de tales piezas ó documentos, de tantos testigos ó de *tantos indicios*: no les hace más que esta pregunta: ¿Tenéis una convicción íntima?»

En lo tocante á la gravedad, la precisión y la concordancia, son en verdad preciosas cualidades; pero debe buscárselas igualmente en las declaraciones de los testigos, aunque la ley no hable de ellos, y no puede considerárselas aquí sino como indicadas á la conciencia del juez. Así, el Tribunal de Casación ha desechado el 27 de Abril de 1830 un recurso fundado en este singular motivo, que las presunciones en el caso en cuestión, no eran graves, precisas y concordantes, como si fuera posible ver aquí una cuestión de derecho. Con mayor razón ha rehusado (Den. de 5 de Diciembre de 1849) ver un *exceso de poder* por parte de un juez de paz que había rehusado admitir presunciones que se decían graves, precisas y concordantes.

Un sistema menos feliz aún, sobre el que este mismo tribunal ha hecho justicia (Den. de 11 de Noviembre de 1806), consistía en sostener que, en el caso previsto por un texto famoso de Papiniano (l. 26, D. *De prod.*), citado por Pothier y muy en boga en la antigua jurisprudencia, la inducción no era admisible sino en cuanto presentaba el caso en cuestión la reunión de diversas circunstancias enumeradas por la ley romana. Es sobrado evidente que la ley *Procula* no tiene entre nosotros más que una autoridad de doc-

trina, y que la pretendida violación de esta ley no podría dar lugar á un recurso en casación.

817 duplicado. Se ha preguntado si es lícito al juez civil de sacar de un procedimiento criminal los elementos que pudieran determinar su convicción. El 2 de Mayo de 1864 el Tribunal Supremo ha reconocido que, bajo este respecto, nada limita el poder del juez, «en atención á que el art. 1353 autoriza á los tribunales para que admitan las presunciones, con tal que éstas sean graves, precisas y concordantes cuando la prueba testimonial es inadmisibile; que deja la apreciación de esas presunciones á la conciencia del magistrado, cuyas presunciones pueden resultar para ilustrar su mente de un procedimiento criminal, y que ninguna ley le prohíbe cuando se trata de una instancia civil sacar del mismo los elementos de su convicción.» La Audiencia de Rouen (20 de Febrero de 1867) consagró esta misma facultad, aun en el caso en que el procedimiento que contiene los elementos de convicción hubiese sido sobreesido por una providencia de *no ha lugar*. Algunos hechos insuficientes para demostrar la culpabilidad pueden bastar para servir de base á una condenación civil (1).

* * Por derecho español, las presunciones judiciales ó de hombre que son las de que trata aquí M. Bonnier con el nombre de presunciones simples, sólo hacen semiplena probanza más ó menos fuerte según el grado de probabilidad en el raciocinio, y quedan abandonadas á las luces y á la prudencia del magistrado, no produciendo plena prueba, sino en unión con otras pruebas legales, como dice la ley 8.ª, tit. 14, Partida 3.ª con estas palabras: «pero en todo pleito non debe ser cabido solamente prueba de señales ó de sospecha.» El juez no debe admitir más presunciones que las que sean graves, precisas y concordantes con el objeto del litigio.

Nuestro Código de Comercio admite también las presunciones como medio de prueba para probar las obligaciones mercantiles, calificándose según las reglas del derecho común el grado de prueba que les corresponda. (V. el art. 262.)

Acerca de la apreciación y carácter de las presunciones de que trata M. Bonnier en el núm. 817, deben tenerse presentes las nuevas disposiciones que sobre la apreciación de las pruebas y su valor se hallan establecidas en la ley de Enjuiciamiento. Así se ha declarado por el Tribunal Supremo, por sentencia de casación de 28 de Noviembre de 1865 en un caso que versaba sobre la presunción, por la que se puede probar el adulterio según la ley 11, tit. 17, Part. 7.ª—(N. del T.)

* * Según el art. 51 del Código civil vigente, serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, la clase á que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su existencia por alguno de los medios que el derecho civil tenga establecidos. Sin embargo, la declaración de testigos no será por sí sola bastante para probar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de 1.500 pesetas, á no

(1) * En este sentido la jurisprudencia se ha fijado de un modo absoluto. (Cpr. Cas. 22 de Febrero de 1876 y 9 de Enero de 1882; Aix, 7 de Junio de 1882.) *

concurrir alguna otra prueba. Se exceptúan de esta regla (art. 52) los contratos que con arreglo al Código ó á las leyes especiales deban reducirse á escritura ó requieran formas ó solemnidades necesarias para su eficacia: los celebrados en país extranjero en que la ley exija escrituras, formas ó solemnidades determinadas para ser válidas aunque no las exija la ley española. En uno y otro caso, los contratos que no lleven las circunstancias respectivamente requeridas no producirán obligación ni acción en juicio. —(N. de la R.)

SECCIÓN SEGUNDA

Presunciones simples en materia criminal.

SUMARIO: 818. Importancia de los indicios en derecho penal.—819. División.

818. En lo criminal, las presunciones que se llaman más propiamente *indicios*, tienen suma importancia. Cometiéndose los delitos frecuentemente sin testigos, es necesario atenerse á las pruebas circunstanciales, por inferiores que sean á las pruebas directas.

819. Vamos á hablar desde luego de la admisibilidad de los indicios; después presentaremos algunas observaciones sobre su clasificación, y sobre el modo como conviene discutirlos.

§ I.—Admisibilidad de los indicios.

SUMARIO: 820. Importancia de los indicios en Roma.—821. Fuerza de los indicios, completada por el tormento en nuestro derecho antiguo.—822. Pena extraordinaria y sobresseimiento.—823. Principio sentado por el Código de instrucción.—824. Necesidad de una discusión contradictoria.—825. Legislación austriaca sobre los indicios.—826. Casos en que se admiten los testigos sin admitir los indicios.

820. Háse reconocido en todos tiempos que la prueba de indicios presenta graves peligros: *Nec de suspicionibus debere aliquem damnari, divus Trajanus rescripsit*, nos dice Ulpiano (l. 5.º, D. De pen.). Por otra parte, Graciano permite valerse de *indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus* (l. últ., Cód. De probat.). Sabido es, por lo demás, que los jurisconsultos romanos no trataron nunca de fijar los límites que separan la duda de la certidumbre. En materia de presunciones, lo mismo que en materia de testimonios, no tenían la pretensión irracional de encadenar la conciencia del juez con las reglas del derecho, como si la convicción legal se apoyara en otras bases que la convicción moral; no querían más que darles prudentes consejos. Vemos, por los escritos de Cicerón

y de Quintiliano, que los indicios eran muy importantes en las acusaciones criminales en Roma. Lo mismo que en el sistema de las acusaciones privadas, no se procedía á un interrogatorio en forma de acusación, por lo que no había otro recurso después de oír á los testigos, que la discusión de las pruebas circunstanciales, discusión que por su naturaleza misma se prestaba singularmente á los efectos del arte oratorio.

821. En el sistema inquisitorial que se dirige directamente á la investigación de la verdad, el examen de los indicios no es solamente un texto para los informes, sino que es un medio de información que es preciso combinar con las declaraciones de los testigos, y sobre todo con el interrogatorio del acusado. Provocar explicaciones orales para aclarar las pruebas circunstanciales, en vez de discutir las pura y simplemente *in abstracto*, es evidentemente un progreso perceptible en legislación. Desgraciadamente, un deseo exagerado de llegar al descubrimiento de la verdad hizo emplear la vía menos propia para alcanzar este objeto, la violencia física. Siempre que no había confesión del acusado, ó atestación de dos testigos intachables, los indicios, por graves que fuesen, no podían generalmente dar lugar (V. núm. 828) á una condena capital, sino solamente al uso del tormento; ¡singular escrúpulo, que para no condenar con demasiada facilidad á un culpable, corría el peligro de hacer sufrir á un inocente un modo de instrucción que era por sí solo un verdadero suplicio! *El tormento preparatorio* era una especie de prueba legal, que tenía por efecto, si era favorable al acusado, purgar los indicios. *Torture tanta vis est*, dice Farinacio (*Quest.* 40, núm. 1.^o), *ut in ea persistens negando vel non persistens fatendo, quidquid dixerit, puram veritatem dixisse presumatur*. «Cuando el acusado, dice Pothier (*Trat. del proc. crim.*, secc. 5.^a, art. 2.^o, § 3.^o), no ha confesado en el tormento el crimen de que se le acusa, si la sentencia que ha ordenado el tormento no hace reserva de pruebas, todas las pruebas y los indicios que están en el proceso contra el acusado son purgadas por el tormento; y si no sobrevienen otras nuevas entre el tormento y la sentencia, debe ser absuelto.» Esta facultad de reservar los indicios es todo lo más arbitrario que puede concebirse. Así, muchos autores querían, por lo menos, que el *manentibus indiciis* no pudiera pronunciarse sino por los Tribunales Supremos (1); la Orde-

(1) El tormento con reserva de pruebas era una pena que se consideraba como más rigurosa que la de galeras perpetuas (Ord. den. de 1670, tit. 25, art. 13). Esta

nanza de 1670 (tit. 19, art. 2.º) no deja de establecer también esta facultad para todas las jurisdicciones, contra el parecer del presidente Lamoignon. Cuando no se había hecho esta reserva, la energía moral del acusado, ó al menos la fuerza de sus nervios, tenía la virtud de destruir todos los cargos que podían pesar anteriormente sobre él. Si, por él contrario, se arrancaba una confesión por el tormento, esta confesión daba una falsa seguridad al juez, quien condenaba sin imponerse la obligación de examinar el valor real de los indicios. Nunca ha habido más condenas injustas que bajo el imperio de una jurisprudencia que prohibía imponer la pena capital por simples indicios. La historia tan conocida de la *Urraca ladrona* no es más que un ejemplo desgraciadamente sobrado verdadero de estos deplorables errores judiciales (1).

822. Si no puede tratarse ya en el día de suplir, con el auxilio del tormento, la insuficiencia de las presunciones que militan contra el acusado, otro error que está lejos de hallarse enteramente desarraigado, y que hemos tenido ya ocasión de combatir (número 52) es el que consiste en imponer, en caso de duda, según la extraña frase de Papón *alguna condena graciosa ó extraordinaria*. Este medio término, tan contrario á la justicia como á la lógica, aunque rechazado, como hemos visto, desde 1737 por el canceller d'Aguesseau, se ha sostenido largo tiempo por la doctrina. Volvemos á encontrarlo en Merlin: «Si sólo se tratara, dice, hablando de los delitos contrarios á las costumbres (*Repert.*, v. *Indicios*, número 4.º) de imponer una pena leve, y más bien correccional que afflictiva ó infamante, no se debería ser tan riguroso sobre las pruebas, porque, aun cuando el acusado no fuese culpable del delito que se le imputa, sería siempre reprehensible de haber dado lugar con su conducta á sospechas escandalosas.» Encuéntrase también este sistema, así como el del *sobreseimiento* (2) y el *más amplio informe* en ciertas legislaciones germánicas. Pero no hay nada semejante en nuestro derecho francés moderno, que no reconozca medio entre la culpabilidad y la inocencia. Así, el art. 727 del Código civil sólo declara indigno al que ha sido *condenado* por haber dado ó intentado dar muerte al difunto, mientras que en otro tiempo

reserva permitía aplicar cualquiera otra pena que no fuera la de muerte (Ibid., título 19, art. 12).

(1) Sabido es que se consagró en París hasta la revolución de 1789 la memoria de este triste suceso, con una misa conocida con el nombre de *Misa de la Urraca*, á la cual asistían los magistrados con togas rojas.

(2) V. p. 39, nota 2.

bastaban simples sospechas para autorizar ó pronunciar la indignidad. Así fué, que en el asunto de la *Bella tonelera*, el Parlamento de París declaró, el 3 de Junio de 1766, que podía resultar la indignidad de una simple sentencia de á más amplio informe.

823. Todas las restricciones relativas á la fe de los indicios en materia criminal han desaparecido de nuestra legislación desde la abolición del sistema de las pruebas legales. Ya hemos citado (número 817) la instrucción de 1791, reproducida por el artículo 342 del Código de instrucción criminal, que aplica especialmente á los indicios el principio moderno común á todas las jurisdicciones, según el cual, se halla generalmente libre de toda traba la convicción del juez. «La ley no dice á los jurados: No consideraréis como suficientemente acreditada toda prueba que no se forme de tal proceso verbal, de tales piezas ó documentos, de tantos testigos ó de tantos *indicios*; no les hace más que esta pregunta que contiene todo el resumen de sus deberes: ¿Tenéis una íntima convicción?» Desde entonces, si no ha lugar á reproducir las limitaciones de la antigua jurisprudencia relativamente al número y á la naturaleza de los indicios, no debe tampoco declararse, con ciertos jurisconsultos ingleses (núm. 809), que la prueba circunstancial es preferible á toda otra prueba, porque no es susceptible de falacia. M. Wills (cap. 2.º, secc. 3.ª) hace notar con mucha razón, que los hechos en que se funda esta prueba, suponiéndolos concluyentes, lo cual no es siempre cierto en la práctica, se apoyan frecuentemente en la fe del testimonio, y que es imposible, en su consecuencia, sentar como tesis la superioridad de la prueba por indicios sobre la prueba por testigos.

824. Las reglas que se dirigen á determinar *à priori* el valor de los indicios, como las demás aplicaciones del sistema de las pruebas legales, son difícilmente compatibles con la institución del jurado (V. núm. 52). Es verdad que el jurado inglés ó americano recibe, bajo este respecto, instrucciones de los jueces; pero la apreciación de las pruebas circunstanciales se halla abandonada en definitiva á su inteligencia (M. Greenleaf, tit. 1.º; pág. 59). Compréndese más la utilidad de estas reglas donde se ejerce la jurisdicción criminal por una magistratura permanente, sobre todo allí donde el procedimiento es escrito y secreto. «El acusado y su defensor; dice M. Mittermaier (cap. 61, nota última), no compareciendo en el procedimiento final, no pueden ni contradecir los indicios, ni prever qué circunstancias de detalle relatadas en las piezas harán una impresión poderosa en el ánimo del juez que

juzga en definitiva. Este, por otra parte, les atribuye un valor que no tienen realmente en la causa, ó bien se deja llevar á contar maquinalmente los indicios, en vez de examinar la persona del acusado, y de pesar la importancia real de las circunstancias. Aquí también debe darse la preferencia al sistema del debate oral y público donde todo indicio de cargo se articula separadamente por el acusador; donde el acusado, á su vez, es puesto en posesión de todos los medios de producir su defensa sobre cada punto de detalle; mientras que el juez, por su parte, considera atentamente su persona y su actitud, que le suministran datos útiles, y pronuncia, al fin de la causa, una sentencia que se puede decir producto de sus impresiones en conjunto y en detalle, á consecuencia de todo el debate.»

825. El Código de procedimiento penal austriaco de 1853, reproduciendo en gran parte las disposiciones de un decreto especial del 6 de Julio de 1833, sienta (§ 279) los principios siguientes:

«El inculpado que niega el hecho puede ser tenido (1) por legalmente convicto por el concurso de los indicios, pero solamente cuando se hallen reunidas y de concierto las tres condiciones siguientes:

»I. Es preciso que tanto el hecho como las circunstancias que lo constituyen estén plenamente probadas;

»II. Es preciso que concurren los indicios contra el inculpado en el número determinado por los §§ 138 á 140;

»III. De la combinación de los indicios, de las circunstancias y de las relaciones establecidas por la instrucción, debe resultar una conformidad tan directa y tan clara entre la persona del inculpado y el delito, que, según el curso ordinario y natural de las cosas, no se pueda suponer que lo haya cometido ninguna otra persona que el inculpado.»

La primera de estas condiciones, la consignación previa del de-

(1) Observemos que se dice que el *acusado puede ser*, y no que debe ser tenido por legalmente convicto. La doctrina de las pruebas legales no existe ya en efecto, actualmente en los países en que es admitida, sino en favor del acusado. En esta forma se había sostenido ante la Asamblea constituyente en su sesión del 4 de Enero de 1791 por Robespierre que propuso sentar como principio: 1.º que el acusado no puede declararse convicto siempre que no existan las pruebas determinadas por la ley; 2.º que el acusado no puede ser condenado por las pruebas legales si éstas son contrarias al conocimiento y á la íntima convicción de los jueces.

lito, debe exigirse razonablemente entre nosotros, siempre que sea posible, es decir, cuando se trata de los *delicta facti permanentis* (número 109.)

La tercera es de la esencia de la prueba por indicios, que supone siempre una convicción bien decidida.

En cuanto á la segunda, cuya explicación se encuentra en las disposiciones del Código de Austria, que enumeran un gran número de indicios, y exigen en general (§ 283) que estos indicios concurren en número de tres, es preciso confesar que es puramente arbitraria. Un solo indicio puede ser decisivo; tres ó aun cuatro indicios pueden no tener fuerza alguna. El buen sentido quiere que, así como los testimonios, se pesen y no se cuenten. Por lo demás, la legislación austriaca es consecuente, puesto que admite también la máxima: *Testis unus, testis nullus* (§ 269), y como las presunciones no tienen la misma fuerza que los testimonios directos, ha creído deber exigir tres presunciones para que hagan las veces de dos testigos. Esto solo era, por lo demás, la reproducción de la doctrina de los antiguos intérpretes, que exigían que las presunciones fuesen en número de tres, á no ser que fueran de gran fuerza, en cuyo caso podrían bastar dos (compárese Dumoulín, *Cout. de Paris*, título de los feudos, § 33, glos. 2.^a, núm. 69, y el decreto austriaco de 1833, §§ 6.^o y 7.^o). Es sensible ver estas rancias ideas vueltas á poner en auge en el siglo XIX. * El Código de instrucción criminal austriaco de 1873 las ha desechado por completo, haciendo desaparecer cualquier vestigio de pruebas legales. El art. 258 *in fine* está concebido como sigue: «El juez no puede resolver la cuestión de saber si un hecho debe aceptarse como demostrado por medio de las pruebas determinadas por la ley; sino que únicamente resuelve según su convicción formada con toda libertad después de examinar las pruebas que se han dado en pro ó en contra.» Así es que la palabra *indicios* no está siquiera mencionada. *

826. El principio, verdadero en lo criminal como en lo civil, que admite las presunciones donde quiera que se admiten los testigos, nos ha parecido sufrir excepción cuando se trata de practicar la prueba contraria á ciertos procesos verbales. No se puede entonces, según los términos del art. 154 del Código de instrucción, practicar más que pruebas, bien sean escritas, bien testimoniales. En su consecuencia, los indicios no se considerarían en esta materia como medios de prueba formales (núm. 599). No hay duda que hay casos en que los indicios de descargo, opuestos á un proceso verbal, pueden ser sumamente graves. Así, supongamos que un

guarda de montes consigna una falta ó una contravención rural, y que el culpable haya debido dejar necesariamente la huella de sus pasos en la nieve; si la persona designada en el proceso verbal acredita claramente que las huellas que se han encontrado no corresponden en manera alguna á sus pies ó calzado, ¿no sería sumamente injusto sostener la fe del proceso verbal, mientras no sea atacado por la vía costosa y complicada de la inscripción de falsedad? Hay algo de arbitrario en excluir de esta suerte en masa los indicios, en lugar de analizarlos; pero tal nos ha parecido ser el espíritu de la legislación especial.

*. Ya hemos expuesto en nuestras adiciones anteriores los peligros que presenta la prueba de indicios, según la ley 8.^a, tit. 14, Partida 3.^a, que da la razón de ello, «porque las sospechas muchas veces no aciertan con la verdad». Sin embargo, entre nosotros, no prescribiendo nuestras leyes las limitaciones que el derecho francés en materia de pruebas, la prueba de presunciones ó indicios se admite con la misma amplitud que las demás clases de prueba, tanto en lo civil como en lo criminal.

Respecto á la doctrina que expone M. Bonnier en el núm. 522, debe tenerse presente que, entre nosotros, el juez ha de proceder al castigo del acusado cuando el delito resulta demostrado completamente con pruebas más claras que la luz, y de lo contrario, ha de absolverle, aunque tenga contra sí algunos indicios ó presunciones, con especialidad si la pena había de ser de las más graves.

Las leyes de Partida exigen para condenar á uno que haya pruebas tan claras como la luz. La ley 12, tit. 14, Partida 3.^a se expresa en este sentido con suma claridad sobre la prueba de indicios, «Criminal pleito que sea movido contra alguno, dice, en manera de acusación ó de raptor debe ser probado abiertamente por testigos ó por cartas, ó por conciencia (confesión) del acusado *et non por sospechas* tan solamente, ca derecha cosa es que el pleito que es movido contra la persona del home ó contra su fama, que sea probado et averiguado por pruebas claras como la luz en que non venga ninguna dubda... Pero cosas señaladas y ha» añade luego la misma ley, «en que el pleito criminal se prueba por sospechas, magüer non se averigüe por otras pruebas», y en seguida refiere varios hechos ó presunciones en cuya virtud se tiene por justificado el adulterio para imponer la pena correspondiente, sin hablar de otro ningún delito. Pueden verse también las leyes 7.^a y 9.^a, tit. 31, Partida 7.^a Sin embargo, algunos autores, y entre ellos Escriche, sientan que esta ley que prohíbe la condenación por sospechas, por señales ó presunciones, habla sólo de las presunciones, señales ó sospechas que dejan lugar á la duda, pero que si en lugar de meras sospechas, señales ó presunciones concurren hechos y circunstancias tan íntimamente ligadas con el crimen que llegan á formar un convencimiento irresistible de que el acusado lo ha cometido, estos indicios entonces serán verdaderas demostraciones, inferencias necesarias, pruebas tan claras como la luz, y aunque no haya confesión, escritos, ni testigos presenciales del hecho principal, podrán servir de base para imponer al reo la pena que por el delito la ley ha designado.

Por nuestra parte, no obstante este raciocinio, creemos que no podrá imponerse por indicios ó presunciones la pena capital, mucho menos en el día, después de las prescripciones que contiene la regla 2.^a de la ley provisional para la aplicación del Código penal que hemos expuesto en nota al núm. 52 de esta obra, tomo 1.^o, y atendido el espíritu mismo de nuestro Código penal. Puede verse también las reflexiones que hemos expuesto sobre esta importante materia de la prueba de indicios en la causa de los hermanos Marina, que forma parte de las *Causas célebres*, publicadas por los editores Gaspar y Roig.

Respecto al *sobreseimiento* de que trata aquí M. Bonnier, véase la adición inserta á continuación del núm. 59 de esta obra.—(N. del T.)

* * * Es jurisprudencia establecida por la Sala segunda del Tribunal Supremo, «que partiendo de los hechos probados en la sentencia, que en casación son indiscutibles, no puede fundarse el recurso en la insuficiencia de los indicios que el Tribunal *a quo* haya tenido presente para formar el convencimiento de la participación del procesado en el delito en el concepto de autor, cuando esos indicios tienden á demostrar la acción directa del procesado» (Sentencia de 20 de Febrero de 1889).—«Es inadmisibile el recurso dirigido á negar el valor jurídico de los indicios en virtud de los cuales el Tribunal sentenciador ha formulado en su conciencia el convencimiento de la intervención directa del recurrente en el hecho procesal, porque en casación no se discuten las pruebas ni su apreciación encaminada á determinar hechos, por ser de la soberana y exclusiva competencia del Tribunal sentenciador» (Sentencia de 23 de Septiembre de 1889).—«Según dispone el art. 637, núm. 1.º, de la ley de Enjuiciamiento criminal, procede el sobreseimiento libre cuando no existen indicios racionales de haberse realizado el acto criminal objeto de la causa» (Sentencia de 9 de Julio de 1890).—Los recursos de casación por infracción de ley no se han establecido más que para corregir los errores que puedan cometerse por los Tribunales en la aplicación del derecho, y no para discutir la naturaleza de tales ó cuales indicios, ni la prueba sobre la existencia de hecho alguno (Sentencia de 25 de Febrero de 1890).

Por último, como resumen de las precedentes declaraciones y de cuanto acerca del particular hemos expuesto en anteriores notas, se lee en la sentencia de 26 de Abril de 1890: «que para los efectos de la casación todos los principios de prueba sistematizada y las reglas de crítica científica legal decaen ante la apreciación sintética de los hechos procesales que forma la Sala sentenciadora según su conciencia, y aquellos principios y reglas no pueden ser invocados ante las terminantes prescripciones del art. 741 de la ley de Enjuiciamiento criminal.

Con arreglo al art. 153 de la ley de Enjuiciamiento criminal vigente, la pena de muerte y la perpetua sólo podrán imponerse habiendo tres votos conformes. Si no los hubiere, se entenderá impuesta la pena inmediatamente inferior correspondiente.—(N. de la R.)

§ II.—Clasificación de los indicios.

SUMARIO: 827. Clasificación de los intérpretes, seguida por diversas leyes.—828. Indicios *manifiestos*, *próximos*, *remotos*.—829. Indicios *antecedentes*, *concomitantes*, *subsiguientes*.—830. *Carolina* y Código austriaco de 1853.

827. Los antiguos criminalistas, y las leyes que se han redactado según sus teorías, han dado diversas clasificaciones de los indicios.

828. Háseles dividido desde luego (*Inst. al der. crim.*, de Muyart de Vouglans, part. 6.^a, cap. 5.^o), en manifiestos ó urgentes, próximos y remotos.

Los primeros son los que tienen una relación necesaria con el hecho alegado. En la teoría de las pruebas legales no podían ser combatidos por la prueba contraria. Dábase ordinariamente como

ejemplo de indicio manifiesto, el caso en que dos testigos intachables depusieran haber visto al acusado con una espada desnuda y ensangrentada en la mano salir del aposento donde había sido encontrada una persona herida de una estocada. Sin embargo, este indicio es muy próximo, vehemente, si se quiere, pero no manifiesto; porque se podría acreditar que hubo suicidio, ó que, por el contrario, el acusado había defendido á la víctima contra el matador que había desaparecido. Mejor ejemplo es el que se saca del cap. 12 del título *De presumptionibus* de las Decretales, en que se considera el delito de adulterio como claramente probado, si se halla al acusado *solus cum sola, nudus cum nuda, in eodem lecto*. En nuestra legislación, que no admite otras pruebas que el flagrante delito ó la correspondencia (1), jamás se ha vacilado en considerar estas circunstancias como equivaliendo al flagrante delito (2); porque ¿cómo explicarlas? El acusado haría mal en sostener que nuevo Roberto de Arbrissel (3) sólo se exponía á la tentación, para tener el mérito de vencerla; ó bien, ¿pretendería, con ciertos doctores (Mascardo, *De probal.*, concl. 57, núm. 5.º), que semejantes hechos, probando más bien la tentativa que la consumación del delito, bastaban para hacer pronunciar la separación de cuerpos, mas no la pena de adulterio?

Además, en lo tocante al flagrante delito que exige la ley, no debe creerse, como se imagina con frecuencia, que el mismo flagrante delito debe resultar de un proceso verbal extendido por un oficial público. Basta que el hecho de las relaciones íntimas sea

(1) Los tribunales eclesiásticos de Inglaterra admiten, en cuanto á la prueba del adulterio, dos principios, uno de los cuales es muy riguroso y el otro muy lato. Por una parte exigen, como hemos visto (núm. 292), dos testigos, aun cuando se halle directamente probado el hecho. Por otra parte, admiten como suficiente la declaración que los testigos están convencidos del adulterio, *from their impression and belief* (M. Greenleaf, tomo 2.º, pág. 41).

(2) Si los indicios son vehementes, sin llegar hasta la prueba de la consumación del adulterio, por ejemplo, si ha habido visita á una hora indebida, desorden en los vestidos, etc., estos hechos bastan para probar un grave perjuicio al honor del marido, y para motivar una acción de indemnización de daños y perjuicios (Agen, 11 de Marzo de 1850).

(3) Se nos ha hecho observar que la realidad de la delicada prueba á que aludimos ha sido discutida por algunos críticos eclesiásticos. Nos limitaremos á contestar que las cartas dirigidas á Roberto d'Arbrissel por Geoffroi, Prior de Vendome, y por Marbode, Obispo de Rennes, son documentos contemporáneos cuya autenticidad se halla reconocida á pesar de los asertos de Mainferme por los autores de la *Historia literaria de la Francia* (tomo 10, pág. 161); de donde podemos deducir que es probable, por no decir nada más, la opinión que atribuye á Roberto la invención de lo que Geoffroi llama un nuevo género de martirio: *Novum et inauditum martyrii genus*.

atestiguado por testigos dignos de fe. «El flagrante delito, dice una sentencia denegatoria de 12 de Abril de 1866, puede probarse no solamente por los procesos verbales que le hacen constar en el mismo instante, sino aun por todos los testimonios que propendan á acreditar á los ojos del juez que se ha sorprendido al acusado *in ipsa turpitudine*, en cuyo caso el juez no tiene que dar cuenta ninguna de sus medios de convicción. En el litigio actual, la Audiencia imperial declara que algunos testigos han visto, en cinco circunstancias diferentes, al acusado que cometía el flagrante delito de adulterio; dicha declaración, cualesquiera que sean los hechos en que se funda, no está censurada de ningún modo por parte del Tribunal Supremo.» Todo lo que quiere la ley, es que esté formalmente consignado el flagrante delito.

Los indicios próximos son los que tienen una relación directa con el delito, sin suponerlo necesariamente. Pónese, por ejemplo, el embargo de efectos sospechosos, la enemistad capital del acusado, la compra de instrumentos propios para cometer el crimen, etc.

Los indicios remotos son los que no tienen más que una relación indirecta con el delito, tales como los malos antecedentes del acusado ó su fuga. Háse llegado hasta poner en el número de estos indicios (Muyart de Vouglans, *loc. cit.*), *la mala fisonomía del acusado ó el mal nombre que llevaba*. Pero éstos eran, fuerza es convenir en ello, indicios muy remotos.

Los indicios debían ser manifiestos para que se pudiera imponer la pena capital; debían ser próximos para dar lugar al tormento. Hoy la distinción de las diversas clases de indicios no tiene ya el mismo interés, pero el juez debe analizarlos cuidadosamente y pensarlos, si no está ya obligado á contarlos. Pues si los indicios son manifiestos, como no se halla obligado á creer en un milagro en el orden físico ó en el orden moral, no se le puede acusar de ligereza, cuando se declara inmediatamente convencido.

Muyart de Vouglans, queriendo poner los principios del derecho criminal en armonía con los del derecho civil, hace de los indicios manifiestos una presunción absoluta; de los indicios próximos, una presunción, admitiendo la prueba contraria; de los indicios remotos, una presunción simple. Pero esta correlación parece más ingeniosa que sólida. Los indicios manifiestos no producen siempre esa certidumbre absoluta, que equivale á una presunción *juris et de jure*. Los indicios próximos no equivalen á una presunción de derecho. Finalmente, los indicios remotos están necesariamente lejos de tener la autoridad que representan, en lo civil, las presun-

ciones graves, precisas y concordantes. Encuéntrase en estas analogías y correlaciones el espíritu del rigor inflexible de los últimos defensores de nuestro antiguo derecho criminal, batido en brecha por los publicistas del siglo XVIII.

829. Una división bastante cómoda en la práctica, para establecer en algún modo la cronología de la acusación, clasifica los indicios en *antecedentes*, *concomitantes* y *subsiguientes*. Son indicios antecedentes los actos preparatorios, las amenazas, etc. Los indicios concomitantes se toman de las circunstancias que acompañan al delito, del hecho, por ejemplo, de haberse encontrado un arma perteneciente al acusado cerca de la víctima. La fuga, las tentativas de soborno de testigos, etc., son indicios subsiguientes. Si es útil investigar separadamente estas tres clases de indicios, es un grave error querer, como ha hecho el Código criminal de Baviera de 1813 (1) (art. 328, núm. 1.º), que estas tres clases de indicios se hallen reunidas. Esto es exigir una condición á veces imposible, y que hay obligación de eludir en la práctica de Baviera.

830. La famosa Ordenanza criminal de Carlos V, conocida con el nombre de *Carolina*, enumerando los principales indicios que podían dar lugar á la aplicación del tormento (2), los ha clasificado en indicios comunes y en indicios propios, según que pueden referirse á toda clase de delitos, ó sean particulares al robo, al envenenamiento, etc. (Muyart de Vouglans, *loc. cit.*) Las Salas del Consejo que deben determinar sobre la gravedad de los indicios, pueden tomar útiles indicaciones de estas reglas, cuya última edición puede considerarse el código austriaco de 29 de Julio de 1853 (V, núm. 825 *in fine*), que enumera cuidadosamente los indicios generales y especiales (§§ 138-140).

Los que deseen más amplios pormenores sobre la clasificación

(1) Este Código, obra del célebre Feuerbach, peca por una tendencia demasiado sistemática, y ha sido modificado por una ley de 29 de Agosto de 1848.

(2) Pero la Carolina, conforme á la doctrina de los antiguos criminalistas (número 821), no permitía fundar la condena definitiva en simples indicios. Según el art. 22 de esta Ordenanza, no puede pronunciarse una condena ni decretarse una pena si no hay contra el acusado más que indicios, sospechas, presunciones, cualesquiera que sean su número y naturaleza. Los jurisconsultos alemanes del siglo XVII imaginaron, para eludir la aplicación de dicho artículo, aplicar en este caso una pena extraordinaria (V. núm. 52). Además, vuelve á encontrarse el espíritu de la Carolina en la Ordenanza *badense* de 1845, cuyo art. 261 quiere, «que no tengan los hechos simplemente indicios por base de su demostración, sino que vengan pruebas inmediatas, solas ó combinadas con otros indicios á constituir la certidumbre jurídica.» * El código de procedimiento penal alemán de 1877 no habla nada tampoco de los indicios, lo que no es más que una consecuencia del abandono completo del sistema de las pruebas legales. *

de los indicios, consultarán con fruto el libro 5.º de las *Pruebas judiciales* de Bentham, dedicado á las pruebas circunstanciales, en que se trata esta materia, sobre todo bajo el punto de vista del derecho criminal.

* Los indicios se han dividido también por nuestros escritores criminalistas en próximos y remotos, leves y graves, urgentes ó vehementes ó violentos, y equívocos ó medianos, claros ó indubitables, oscuros ó dudosos, etc.; pero generalmente los indicios ó presunciones se dividen en tres clases: vehementes, probables ó medianos, y leves, según el mayor ó menor grado de probabilidad que ofrecen. El hallazgo de un hombre muerto ó herido en una casa se tiene por un indicio de los mas vehementes contra el morador de ella, cuando no se sabe quién fué el agresor, y la ley 16, tit. 21, lib. 12 de la Nov. Recop. le hace responsable, dejándole salvo su derecho para defenderse si pudiese. Puede verse la historia y explicación de esta ley en nuestras *Causas célebres*, causa de los hermanos Marina.

El Sr. Escribano, en su *Diccionario*, se expresa sobre esta materia en estos términos: «No es fácil dividir, subdividir ni sujetar á cálculo lo que por su naturaleza es incalculable, indivisible y vago; no es posible formar una tabla ó escala en que se aprecia y fije en abstracto el valor real de los indicios simples ó combinados; los indicios no pueden considerarse ni apreciarse sino en cada uno de los casos particulares en que se presentan, porque los indicios varían en razón de las circunstancias, y estas variaciones no pueden menos de producir combinaciones infinitas. No puede sentarse en general que dos indicios forman prueba semiplena, y que tres, cuatro ó más la formen completa; dos solos ponen á veces la verdad en evidencia, y cuatro no hacen en algunos casos más que mostrarnos el camino que conduce á ella... El indicio á veces no es una prueba, es sólo una luz que puede guiar al juez en el descubrimiento de la verdad. La concurrencia de muchos indicios puede formar un aparato terrible contra el acusado, mas para ello es necesario que sean fuertes y no dependan unos de otros.»

También es aplicable entre nosotros la doctrina que expone M. Bonnier en este párrafo sobre esta materia.—(N. del T.)

* Véase la nota del párrafo núm. 826.—(N. de la R.)

§. III.—Discusión de los indicios.

SUMARIO: 831. Exactitud que es de desear en el acta de acusación.—832. Debe separarse el hecho principal de los accesorios.—833. Deben correlacionarse los indicios entre sí.—834. Modelos que deben consultarse.

831. Conviene proceder con método y precisión en la discusión de los indicios; de otra suerte, cuando el asunto es un poco complicado, hay peligro de extraviarse.

El acta de acusación, que es la base del procedimiento en los delitos enormes, debe contener conclusiones claras y terminantes, enumerando cada uno de los cargos que pesan sobre el acusado, y los medios en apoyo de estos cargos. Debe hacer resaltar las inducciones que pueden sacarse del hecho alegado; después, demostrar cómo se ha consignado este hecho mismo, mientras que con sobrada frecuencia se procede al azar, insistiendo en circunstancias insig-

nificantes, tanto como sobre aquellas cuya justificación sería decisiva. En el *indictmen* inglés, la parte acusadora está obligada á probar en términos técnicos los hechos punibles que alega; pero se incurre en exceso cuando se introduce un estilo solemne, del cual el *indictmen* no puede apartarse bajo pena de nulidad. El 10 de Agosto de 1824 se anuló uno en los assises de Hereford, porque se había hecho uso en él de las palabras *assises generales*, en lugar de las de *grandes assises*; lo cual recuerda demasiado el sistema de las acciones de la ley, en que sucumbía un litigante alegando de *vitibus succisis*, porque había nombrado las *vides* en vez de hablar de *árboles* en general (Gayo, *Commercio*, 4.º, § 2.º). Hay un término medio entre esta exageración y la vaguedad que á veces se ha criticado con algún fundamento en los actos de acusación francesa. Conviene mucho articular los hechos, como se hace respecto de aquellos cuya prueba se pide en una instancia civil. El acta de acusación llega á ser de esta suerte el cuadro en que debe moverse el debate. Se tiene cuidado, á medida que se interroga á los testigos, de hacer resaltar las consecuencias de tal ó cual declaración, poniendo siempre en relieve la relación del hecho atestiguado con la culpabilidad que se trata de probar.

832. En segundo lugar, conviene separar el hecho principal de los hechos accesorios, á fin de probar el primero separadamente, sin perjuicio de fortalecer después la prueba que resulta, con el auxilio de la demostración de los otros. Al abstenerse de seguir esta marcha, se expone uno á cometer peticiones de principio. Así, en una conspiración se trata por lo común de probar la conspiración misma, por medio de una multitud de circunstancias de detalle, que aisladamente serían insignificantes. Después, cuando responde el acusado que estas circunstancias no tienen la trascendencia que se les atribuye, se pretende probar la criminalidad de los hechos con el auxilio de la conspiración, que no obstante no se ha demostrado previamente, y que, en su consecuencia, no se apoya ella misma, sino en la reunión de estas circunstancias. Los ingleses llaman *constructive offenses* los delitos que resultan serlo, de una reunión de elementos, que tomados aisladamente, serían inocentes. Un inglés, acusado de un delito de esta clase, decía que no concebía cómo *con diez mil trozos de un caballo blanco se podía hacer un caballo negro*. Cuando se quiere probar uno de estos delitos complejos, debe justificarse especialmente la existencia del hecho principal, alrededor del cual vienen á agruparse los hechos accesorios; de otra suerte, los indicios leves, por muy multiplicados que se les

suponga, no podrían formar cuerpo, y la palabra del inglés podría tener aplicación.

833. Finalmente, otra tercer observación que no debe perderse de vista es, que no debe poder desprenderse ningún anillo de la cadena que, en la inducción, enlaza las circunstancias conocidas al hecho generador de la culpabilidad. Así, la venta que hubiere hecho el acusado de sus vestidos lejos del lugar donde se hubiera cometido el crimen, no podría ser una circunstancia inculpativa, sino en cuanto hubiera tenido lugar poco tiempo después de la perpetración del delito; efectuada mucho tiempo después, se explicaría mucho mejor por otros motivos que por el temor de ser descubierto. Es pues siempre preciso poder acreditar que existe una relación inequívoca entre el hecho que se prueba y la culpabilidad de que se trata de demostrar; porque si llega á soltarse un solo anillo, se rompe la cadena.

834. Por lo demás, el abogado que quiere ejercitarse en la discusión de los indicios no debe contentarse con estudiar las reglas teóricas de la materia en los libros de derecho y en obras de retórica; sino que debe consultar sobre todo las obras maestras del foro antiguo y moderno. La oración de Cicerón *pro Milone* ha pasado siempre por un modelo en este género (1).

LIBRO SEGUNDO

Presunciones legales.

SUMARIO: 835. Propenden á multiplicarse.—836. Necesidad de circunscribirnos en materia civil.

835. No siempre es posible al hombre llegar al conocimiento perfecto de la verdad en cada caso particular, y no obstante, las necesidades sociales no siempre le permiten suspender su juicio y abstenerse. La estabilidad y el estado de las personas, la de las propiedades; finalmente, la necesidad de seguridad y de calma para una multitud de intereses preciosos, obligan al legislador á tener por verdaderos gran número de puntos, que no están demostrados, pero

(1) Véase sobre la discusión de los indicios una excelente nota del primer Duque de Broglie, inserta al fin del tomo 1.º de las *Pruebas judiciales*, de Boutham, edición de Dumont.

cuya existencia se halla probada por una inducción más ó menos poderosa. El orden político, lo mismo que el orden social, sólo se fundan en presunciones legales. La aptitud para ejercitar ciertos derechos, para llenar ciertas funciones, sólo se reconoce por medio de ciertas condiciones determinadas *à priori*, siendo evidentemente impracticable una comprobación respecto de cada individuo. Cuanto más se complican las relaciones sociales, más necesario llega á ser multiplicar estas presunciones. Así es que hay muchas más en nuestro derecho que las que había en Roma.

836. Entrar aquí en el pormenor de las diversas presunciones, sería imponerse la necesidad de tratar *ex professo* casi todas las materias jurídicas, porque hay pocas en que la ley no se fije en ciertas verdades de que hace depender la existencia legal de circunstancias determinadas. Sería, pues, necesario ocuparnos del estado de las personas, de las incapacidades, de la prescripción, etc. Estas explanaciones, útiles en la apariencia para completar nuestro cuadro, se desvían en el fondo del objeto de esta obra, porque los motivos que han determinado al legislador á establecer tal ó cual presunción se refieren más bien al derecho que al hecho. Lo que examina sobre todo el legislador, no es si el hecho conocido reúne todos los caracteres suficientes para hacer probable el hecho desconocido, sino solamente si exige el interés social que se deduzca de la consignación del uno la existencia del otro. Como hace muy bien observar M. Greenleaf (t. 1.º, pág. 41), los principios sobre las presunciones legales no se refieren ya á la fe del testimonio, sino que son reglas de protección (*rule of protection*), establecidas para el bien general. Compréndese, en su consecuencia, que las diversas presunciones, para ser bien comprendidas en sus especialidades, deben referirse al examen especial de cada materia. Por nuestra parte, no debemos sentar aquí más que los principios generales.

Solamente, después de haber hablado de las presunciones especiales á las materias civiles y á las materias criminales, trataremos con algunos detalles de una presunción común á todas las jurisdicciones, que es la base de todo el edificio judicial, de la autoridad de la cosa juzgada.

SECCIÓN PRIMERA

Presunciones legales en materia civil.

SUMARIO: 837. Necesidad de una ley especial.—838. Presunciones mencionadas por el Código.—839. Dos grados de presunción legal.—840. ¿Qué debe probar el que invoca una presunción de esta naturaleza?—841. ¿Cuándo es admisible la prueba contraria?—842. ¿En qué se reconoce una presunción *juris et de jure*?—843. Tres puntos señalados por el legislador.—844. Casos en que anula la ley ciertos actos ó niega la acción en juicio.—845. Reserva de la prueba contraria.—846. ¿*Quid* de la remisión al juramento y á la confesión?

837. «La presunción legal, dice el art. 1350 del Código, es la que por una ley especial va unida á ciertos actos ó á ciertos hechos.»

Antiguamente, aun en países regidos por la costumbre, podían fundarse las presunciones en ciertos textos de derecho romano, lo mismo que en las fuentes de derecho moderno; podían también, según Pothier (*Oblig.*, núm. 843), acreditarse por *argumento* de algún texto de derecho. Semejante sistema ofrecía demasiados inconvenientes para que fuera posible, en una legislación que se dirige á prevenir toda certidumbre, toda arbitrariedad, el dejar á la jurisprudencia y á la doctrina la facultad de establecer presunciones legales.

Podría creerse, sin embargo, aplicando el principio de la no retroactividad de las leyes acerca de la prueba (números 920 y 923), que la antigua presunción de propiedad que regía en provecho de los señores para los bienes inmobiliarios comprendidos en sus señoríos, por virtud de la máxima feudal: *Ninguna tierra hay sin señor*, puede todavía invocarse, aun al menos para la época anterior al decreto de 4 de Agosto de 1789 que abolió el feudalismo. Pero esta misma máxima llena de espíritu feudal ha sido declarada desprovista de todos sus efectos por la ley de 25 de Agosto de 1792, la cual abolió terminantemente «todos los efectos que hubiera podido producir la antedicha máxima: *No hay tierra sin señor*». Así es que el Tribunal de Casación se ha negado el 7 de Mayo de 1866 á aplicar el art. 1.º de la costumbre de Chaumont, que era sólo la repetición de la mencionada máxima.

Sin embargo, no debe imaginarse que pueda establecerse presunción alguna legal sin una ley *especial*. Esto es verdad respecto de las presunciones absolutas, las que, como vamos á ver, no admiten la prueba contraria. Pero las presunciones legales del primer grado, que admiten esta prueba, pueden muy bien resultar del con-

junto de las disposiciones de la ley. Así, es constante que el poseedor de un inmueble se reputa propietario del mismo, aun cuando esto no resulte expresamente de ningún artículo de nuestros Códigos (1).

838. El art. 1350 pone por ejemplo actos ó hechos en que se funda una presunción legal:

1.º «Los actos que la ley declara nulos por presumir, sin mirar más que su calidad, que se han hecho en fraude de las disposiciones legales.» La presunción de nulidad se refiere, bien sea á la persona del que realizó el acto, como cuando se trata de actas traslativas de propiedad á título gratuito hechas por el quebrado en los diez días que preceden á la cesión de los pagos (*Cód. de Com.*, art. 446); bien sea á la persona de aquel en cuyo favor se hizo el acta, como cuando se trata de una donación hecha á los más próximos parientes, ó al cónyuge de una persona incapaz (*Cód. civil*, artículos 911 y 1100); bien sea, finalmente, á la naturaleza del acta unida á la calidad de la persona, como cuando se trata de la venta á fondo perdido hecha á uno de los que pueden heredar en línea recta (*Ibid.*, art. 918).

2.º «Los casos en que declara la ley resultar la propiedad ó la libertad de una carga de ciertas circunstancias determinadas.» La prescripción, á fin de adquirir ó de libertarse de una carga, las señales de medianería ó no medianería, etc., entran en esta categoría.

3.º «La autoridad que la ley atribuye á la cosa juzgada.» En nuestra tercera sección trataremos de ella especialmente.

4.º «La fuerza que da la ley á la confesión de la parte ó á su juramento.» Hemos colocado entre las pruebas propiamente dichas la confesión y el juramento, que son, en efecto, declaraciones del hombre, y no simples indicios fundados en el estudio de los hechos.

839. Se conciben dos grados en la presunción legal. La ley puede imponer al juez ciertas pruebas circunstanciales, obligándole á tener por ciertos los hechos que trata de establecer, pero dejando á las partes interesadas la facultad de demostrar que tal inducción no está fundada. La ley puede seguir más adelante, rechazando desde luego toda prueba contraria, y hacer que resulte necesariamente de tales circunstancias la existencia legal de tal ó cual hecho. Esta distinción es propia de todo tiempo y país, y se

(1) Si el art. 2279 del Código civil ha debido autorizar forzosamente esta presunción aplicada á los muebles, es porque precisamente entonces no admite prueba en contrario.

encuentra por donde quiera que se han introducido las presunciones de esta clase. Por eso se ha considerado siempre como absolutamente inatacable la presunción que resulta de la cosa juzgada, cuando se han agotado todas las vías de recursos. Pero las denominaciones de que se han valido para designar estos dos grados de presunción se han imaginado únicamente por los doctores de la Edad Media. Ellos son los que han llamado á las presunciones del primer grado *juris tantum*, y á las del segundo grado *juris et de jure*. Menochio explica estas denominaciones, diciendo que la presunción es *juris* en los dos casos, puesto que en ambos la introduce la ley; pero que es *de jure* en el segundo solamente, *quia super tali presumptione lex inducit firmum jus et habet eam pro veritate*. Estas expresiones bárbaras pueden considerarse como un lenguaje convencional. Preferimos el lenguaje de los jurisconsultos ingleses que distinguen las presunciones perentorias (*conclusive*) y las presunciones discutibles (*disputable*). Pero en el fondo, se ha reconocido siempre que ciertas presunciones no deben admitir la prueba contraria. Sin razón, pues, atribuye Toullier (tomo 10, núm. 42) á d'Aguesseau esta singular opinión, que todas las presunciones admiten la prueba contraria, porque este jurisconsulto en su informe 23 declara, en general, que no es absoluta la autoridad de las presunciones. Tratábase, en el caso objeto de este informe, de una cuestión de legitimidad, y no hay duda que d'Aguesseau limitaba la autoridad de las presunciones legales, colocándose en este punto de vista especial.

840. ¿Qué debe probar el que invoca una presunción legal? No debe tomarse á la letra la disposición del art. 1352 del Código civil, según el cual, la presunción legal *dispensa de toda prueba* á aquel en cuyo favor existe. No es exacto decir que el que invoca una presunción legal no tiene nada que probar; porque es preciso que acredite que se halla en posesión de invocar la presunción de la ley; por ejemplo, el que invoca el art. 312, según el cual, el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido, debe probar dos puntos, á saber, el matrimonio, y según los cálculos de la ley sobre la gestación (arts. 314 y 316), una fecha del nacimiento, que no coloque la concepción del niño antes de haberse contraído el matrimonio ó después de su disolución. Efectuada esta prueba, se acredita la legitimidad del hijo por la disposición del art. 312. En una palabra, no hay que justificar la exactitud de la presunción legal, sino probar previamente los hechos á que se refiere.

En sentido inverso, cuando se pregunta si es permitido probar contra una presunción legal, se tiene en consideración la prueba contraria á la proposición enunciada en la ley, y en el caso citado, á la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, pero de ningún modo la prueba contraria á los hechos sobre que se apoya la presunción, el matrimonio y la fecha del nacimiento. Esta última prueba es siempre admisible, porque no es en manera alguna probar contra una presunción legal, probar que no se está en el caso previsto por esta presunción. Indebidamente ve, pues, Alciato en esto una prueba *indirecta* contra la presunción de la ley: *Et si directa probatio regulariter non admittatur contra presumptionem juris et de jure, admittetur tamen indirecta, quia, cum lex requirit certas qualitates et circumstantias ad hanc probationem constituendam, semper admittuntur probationes quod non sit talis casus, vel non adsit aliqua ex requisitis qualitatibus*. Esta es una verdadera confusión de ideas. No hay ataque alguno directo ni indirecto contra la presunción de legitimidad en la prueba de que no ha existido nunca el matrimonio, ni contra la autoridad de la cosa juzgada en la prueba de que jamás ha habido juicio. Semejante doctrina merece ser relegada entre las *visiones* de Alciato.

841. ¿Cuándo es admisible la prueba contraria á la presunción legal, es decir, cuándo se puede probar que, colocándose aun en la hipótesis prevista por el legislador, no ha lugar á aplicar su decisión?

La presunción legal admite, en general, la prueba contraria; es, según el lenguaje bárbaro de los intérpretes, *juris tantum*, en los casos ordinarios. Entonces no es más que una interpretación de voluntad, ó una explicación de los hechos, que no tiene efecto cuando llega á demostrarse la verdad. Así, aunque se diga que la venta á prueba *se presume que se hace siempre* bajo condición suspensiva (Ibid., art. 1588), no será menos permitido acreditar que los contratantes han entendido tratar bajo una condición resolutoria. Por lo común, cuando la presunción es sólo del primer grado, el único objeto que la ley se propone es hacer considerar ciertos hechos como la señal aparente del derecho, por ejemplo, la posesión de un inmueble, como indicando la propiedad de este inmueble, siendo siempre admisible la prueba contraria. Algunas veces, no obstante, la presunción, sin que fuera razonable considerarla como una verdad absoluta, ha parecido sobrado grave para poder ser atacada por toda clase de pruebas. Así, en materia de legitimidad, la prueba contraria á la regla que el hijo nacido durante el

matrimonio tiene por padre al marido, no se admite sino en el caso de imposibilidad física, ó bien en el en que puede probarse á la vez el adulterio y la ocultación del parto (Ibid., arts. 312 y 313); casos á los cuales debe añadirse hoy, según los términos de la ley de 6 de Diciembre de 1850, el en que se presumiera haber tenido lugar la concepción durante el tiempo en que la mujer separada de cohabitación tiene un domicilio distinto al del marido. Pero habitualmente se puede practicar, para destruir la presunción legal, la prueba contraria con la mayor latitud, y emplear también la prueba testimonial y las presunciones cuando la naturaleza del negocio no se opone á ello. Es cierto que se lee en uno de los considerandos de la sentencia de casación de 5 de Enero de 1810 que hemos citado (pág. 167, nota), que «si puede destruirse una presunción de derecho por la prueba positiva de un hecho contrario al que ella supone, no puede por lo menos serlo por presunciones no autorizadas por la ley y puramente arbitrarias.» Pero tratábase, como ya hemos visto (núm. 599) en el caso citado, de ciertos procesos verbales, contra los cuales debe ser la prueba contraria necesariamente escrita ó testimonial. Conviene, pues, interpretar la sentencia de 1810 *secundum subjectam materiam*. Algunas veces también excluye la ley la prueba testimonial. Así la presunción de medianería no puede destruirse sino por un título ó por una señal de lo contrario (*Cód. civil*, 653). Pero donde no ha hecho la ley semejantes restricciones, puede consistir la prueba contraria en presunciones, así como en pruebas propiamente dichas.

842. La presunción de segundo grado es generalmente invencible. Pero ¿con qué carácter reconoceremos una presunción de esta naturaleza en el silencio del legislador? Este punto era muy oscuro en la doctrina antigua. Los redactores del Código han tratado de determinar los casos en que es efectivamente inadmisibile la prueba contraria.

«No se admite prueba alguna, dice el mismo art. 1352, contra la presunción de la ley cuando, fundada sobre esta presunción, anula ciertos actos ó niega la acción en justicia, á no ser que la misma ley haya reservado la prueba contraria, y sin perjuicio de lo que se dirá acerca del juramento y confesión judiciales.»

Esta disposición, destinada á hacer cesar antiguas controversias, está lejos de ser clara, y da lugar á dificultades que dividen las inteligencias más privilegiadas.

843. El legislador señala tres puntos: 1.º, la determinación de los casos en que no se admite la prueba contraria; 2.º, la reserva

de ciertas excepciones formales á la regla sentada; 3.º, una reserva posterior en lo concerniente al juramento y á la confesión judiciales.

844. Hay presunción legal absoluta, se nos dice, cuando, fundándose en esta presunción, la ley anula ciertos actos ó niega la acción en juicio. Los actos así anulados, que ha tenido á la vista el legislador, no son los que están viciados de una nulidad radical, como faltos de una condición esencial en el fondo para su validez; es, pues, claro que la nulidad no resulta entonces de una presunción, sino de la fuerza misma de las cosas. Tampoco lo son los que son nulos en la forma, pues las nulidades de forma resultan de textos imperativos, contra los cuales, en cuanto están bien consignados los hechos, nadie podría volverse sin combatir la ley misma. Los actos, pues, de que la ley quiere hablar son los que ella declara nulos (art. 1350, 1.º), como presumiendo que se han hecho en fraude de sus disposiciones, según su sola cualidad. Hubiera podido sostenerse que no debía rechazarse la prueba contraria, puesto que siempre es favorable la justificación de la buena fe. Pero el legislador, mirando más á evitar pleitos que á obrar con estricta justicia, ha creído más sencillo rechazar esta prueba, salvo la restricción de que vamos á hablar en breve. Lo mismo sucede respectó de los casos en que la ley niega la acción en juicio, lo cual se aplica especialmente á la prescripción. Háse creído que debían tener un término las controversias. Así, pues, siempre que se desecha una acción, está interesado el bien público, y yo no sería admitido á pretender, por ejemplo, que no había tenido intención de renunciar á un derecho sobre el que he guardado silencio durante treinta años. Estas dos clases de presunciones tienen por objeto hacer respetar los preceptos del derecho civil, por lo que son más que simples interpretaciones de hechos ó voluntades.

845. En los casos en que no se admite ninguna prueba contra la presunción de la ley, añade el art. 1352; *á menos que no haya reservado la prueba en contrario*. Encuétranse ejemplos de esta reserva en los casos en que se deniega la acción en justicia. Por eso la entrega de la primera copia de una escritura por el acreedor, á diferencia de la del título original, no hace fe de la liberación sino hasta prueba en contrario (Ibid., art. 1283). Pero no se ha encontrado caso en que la ley, anulando ciertos actos como presuntos de fraude, declare admisible la prueba contraria. La restricción del artículo debe considerarse bajo este respecto como una reserva para el porvenir, y no como una remisión á textos positivos.

846. Finalmente, el artículo termina con una reserva más oscura aún que todo lo que precede: *salvo lo que se dirá sobre el juramento y la confesión judicial*. Pueden darse dos sentidos á estas expresiones. O bien, á consecuencia del error que hemos hecho notar, considera el legislador el juramento y la confesión como presunciones de que se debe tratar más adelante, ó bien los mira como medios para combatir las verdaderas presunciones legales, por excepción al principio de que no se admite contra ellas prueba alguna.

En el sentido de la primera opinión se hace notar, que el artículo 1350 ha colocado ya indebidamente, pero de un modo muy positivo, la confesión y el juramento entre las presunciones legales. Pues bien: la confesión, por lo menos, ya que no el juramento, es susceptible de debatirse, y en su consecuencia, no es una presunción invencible. La remisión tendría por objeto hacer notar, como hacía Pothier (*Oblig.*, núm. 842), este carácter especial de la confesión. Añádese que si la ley hubiera querido admitir ciertas clases de pruebas contra las presunciones legales que no admiten la prueba contraria, se habría explicado más claramente. Pero esta interpretación nos parece á la vez inexacta en sí misma, y poco en armonía con el texto que se trata de explicar. No se ve bien cuál sería la razón de duda á que la ley quisiera responder. Aun cuando debiera considerarse la confesión como una presunción legal, nada autorizaría para ver en ella una presunción legal absoluta. En todo tiempo se ha considerado la confesión como pudiendo modificarse, explicarse ó retractarse por la parte que la prestó. ¿Dónde estaría, pues, la necesidad de una excepción respecto de la confesión, puesto que no se hallaba comprendida en la regla? Pero lo que se explica aun menos en esta opinión, es que la ley menciona en primera línea el juramento decisorio (1), que precisamente no admite jamás la prueba contraria (art. 1363). Inútil para la confesión, la remisión sería un contrasentido en lo concerniente al juramento; y sería preciso concluir por declarar, con ciertos autores, que estas expresiones, *salvo lo que se dirá*, etc., se han deslizado bajo la pluma del legislador, sin que tuviera en lo más mínimo la conciencia de lo que escribía.

Pero no nos hallamos reducidos á este recurso desesperado, ver-

(1) No puede referirse al juramento supletorio, al cual no se atribuye la misma presunción de verdad, puesto que no es más que un medio de prueba supletorio de que usa el juez, con la facultad de no subordinar á él su decisión (números 443 y 444).

dadera abdicación de parte del intérprete. Recordemos que se acaba de hablar de la prueba contraria, que no se admite contra las presunciones legales absolutas, sino en caso de una reserva expresa inserta en la ley; es bastante natural ver en las palabras que siguen y que indican gramaticalmente una restricción algo que modifica la proposición precedente. En su consecuencia, debería considerarse el juramento y la confesión como constituyendo una clase de prueba contraria excepcional, que podría ser admisible cuando no lo fueran las demás; doctrina que no es nueva, puesto que leemos en Mascardo (*De probat.*, concl. 344): *Confessio tollit præsumptionem juris et de jure, licet alia probatio non admittatur*. ¿No es principio, en efecto, que el juramento judicial puede deferirse sobre cualquier especie de contestación (Ibid., art. 1358), que la confesión judicial hace plena fe contra el que la hizo? (Ibid., artículo 1356.) Estos dos medios de prueba no ocasionan ningún procedimiento complicado, y no ofrecen peligro alguno para el demandado, puesto que ponen su suerte en sus manos. Finalmente, por el mismo motivo son perfectamente concluyentes. Es, pues, posible que se haya querido colocarlos aparte.

No se pretende, sin embargo, en el sistema que admitimos, que toda presunción legal, cualquiera que sea su naturaleza, pueda ser combatida por la confesión y por el juramento. Lo que debe averiguarse es si la ley, al rechazar la prueba contraria, ha querido que no se agitara la cuestión, porque así lo requería el orden público, lo cual tiene lugar incontestablemente respecto de la autoridad de la cosa juzgada; ó bien si ha querido impedir sólo que el resultado del proceso no pudiese contrariar la aplicación de sus reglas, lo cual tiene lugar respecto de las presunciones de interposición. ¿Qué objeto se ha propuesto alcanzar en este último caso? Que no pueda eludirse la prohibición de mejorar á un incapaz, sea; pero no se ve motivo alguno plausible para impedir que la persona que se pretende interpuesta pueda acreditar que no lo está realmente. Si el legislador prohíbe en general esta prueba, temiendo que sea ella misma obra del fraude, semejante temor deja de ser fundado, cuando la persona que se pretende interpuesta interpela al mismo heredero, que pide la nulidad de la mejora y se refiere á su declaración. ¿No es evidente que, cuando el heredero rehusa jurar que estima verdadera la interposición, esta declaración implícita, tan desinteresada por su parte, es la expresión de la verdad? El legislador no tiene aquí interés alguno en impedir la controversia, puesto que jamás puede resultar de ella ataque alguno á las prohibiciones que él ha

establecido. El juramento deferido en las prescripciones á breve plazo (1), allí donde la ley deniega la acción en juicio, no se apoya en otra base (*Cód. civil*, art. 2275; *Cód. de Com.*, art. 188). No se ha querido hacer la prueba imposible, como en lo concerniente á las prescripciones ordinarias: solamente se ha presumido el pago; pero es siempre permitido interpelar al adversario sobre la realidad de este pago. Por eso Justiniano (*Inst.*, § 12, *De fideic. hered.*) dice, que los fideicomisos nulos en la forma, no ocasionan la denegación absoluta de la pretensión de la parte que los invoca, sino que pueden dar lugar á deferir el juramento al heredero (2). La reserva de la confesión y del juramento para combatir la presunción legal, nos parece aún mejor justificada en cuanto á la remisión de la deuda. ¿Qué peligro hay en que el acreedor pueda deferir el juramento al deudor para saber si al entregarle el título original del crédito, ha entendido liberarle; así como el Tribunal de Casación admite en materia mercantil (n.º 773) que esta presunción puede destruirse por el testimonio de los libros? (Den. de 18 de Agosto de 1852.)

Esta doctrina no se halla sin duda al abrigo de toda censura. La distinción de las presunciones que ocasionan la interdicción radical de la prueba contraria, y de aquellas contra las cuales son admisibles el juramento y la confesión, puede parecer bastante delicada (3); pero nuestra interpretación es, en último resultado, razo-

(1) Sin embargo, en materia de prescripciones de corto tiempo, las sentencias del Tribunal de Casación de 27 de julio de 1853, 7 de Noviembre de 1860, * 23 de Noviembre de 1876 y 26 de Enero de 1881, * declaran, que es preciso atenerse á la letra del art. 2275 del Código, el cual, al derogar la Ordenanza de 1673 (tit. 1.º, n.º 10) no autoriza más que la delación del juramento, con exclusión de la comparecencia personal y del interrogatorio sobre hechos y artículos. Con mayor razón el Tribunal regulador se ha visto precisado á anular (9 de Marzo de 1868) varias sentencias del Tribunal de Montpellier, que admitían la prueba por testigos ó por presunciones del reconocimiento de la deuda.

(2) Según MM. Aubry y Rau, se podría deferir el juramento sobre el hecho de la interposición, pero al donante solamente, y no á los herederos del donante ó del testador, porque, en este último caso, se hallaría directamente interesado el orden público. Por nuestra parte no comprendemos esta distinción. Si el orden público exige que se mantenga absolutamente la presunción legal, ¿que importa que se quiera deferir el juramento al autor de la disposición ó á los herederos? Si, por el contrario, como creemos, el orden público no exige necesariamente este mantenimiento, cuando los interesados mismos reconocen que no es aplicable la presunción, la distinción no se funda en el espíritu de la ley; añadámcs que al texto apenas se presta á ella.

(3) En su ingeniosa disertación acerca de la mala fe del comprador en materia de transcripciones (*Revista práctica*, tomo 30, p. 537) nuestro colega y amigo M. Boissonade, con el fin de sostener en contra del argumento sacado del art. 1071 del Código civil, que la falta de transcripción puede suplirse por medio del conocimien-

nable en sí misma, y sobre todo, no vemos otro medio de dar sentido á la disposición final del art. 1352 (1).

*. Las presunciones que provienen de nuestras leyes en materia civil son muy numerosas. Entre las que se consideran *juris et de jure* y contra las que en su consecuencia, no se admite prueba en contrario, citaremos por vía de ejemplo, desde luego, las que emanan de estos axiomas: el que quiere el antecedente quiere sus consecuencias, de suerte que el que se casa consiente en todas las obligaciones anejas al matrimonio; el que administra bienes ajenos, consiente en dar cuentas y satisfacer el alcance. Asimismo, la ley presume falta de juicio para administrar sus cosas y obligarse por sí solo en el que tiene tutor ó curador y en la mujer casada; el que paga á sabiendas lo que no debe, se presume que dona; la prescripción misma se funda en la presunción *juris et de jure*; naciendo en un mismo parto dos gemelos, varon y hembra, se presume nacido primero el varon, ley última, título 33, Partida 7.^a También se enumeran entre las presunciones *juris et de jure* las de que si el marido y la mujer muriesen de un mismo suceso, como incendio, naufragio, etc., se presume que la mujer murió antes, y si acaeciera igual desgracia á un padre ó á un hijo mayor de 14 años, se presume que murió antes el padre, y lo mismo si los muertos fuesen madre ó hijo: ley citada; mas otros autores consideran estas presunciones como de solo derecho, atendiendo á que la ley 12, tit. 53, Part. 7.^a, usa de las cláusulas *pues que non se puede averiguar el contrario* y otras semejantes.

Como presunciones de derecho solamente, y sobre que se admite prueba en contrario, citanse generalmente, la de que los hijos habidos con una mujer casada se presume que son legítimos; ley 9.^a, tit. 14, Part. 3.^a; la de que el ausente en tierra lejana, pasados diez años, se presume que ha muerto, siendo fama pública su fallecimiento: ley 14, tit. 14, Part. 3.^a; la de que quien prueba que una cosa fué de su padre ó abuelo, tiene á su favor la presunción de que es suya: ley 10, tit. 14, Part. 3.^a —(N. del T.)

*. Véanse nuestras notas de las páginas 42 y 59 del tomo 1.^o El artículo 880 del Código de Comercio vigente declara que se reputarán fraudulentos y serán ineficaces respecto de los acreedores del quebrado los contratos celebrados por éste en los treinta días precedentes á su quiebra, que el mismo artículo enumera.—(N. de la R.)

to que hubiesen tenido del acta los terceros compradores, considera dicha falta de transcripción como una presunción legal de la ignorancia del acta, cuya presunción debe combatirse según nuestra doctrina, sino por medio de la prueba testimonial al menos con la confesión y el juramento. Pero nos parece que puesto que la ley establece registros públicos para acreditar la transmisión de los derechos reales, la fe de estos registros es muy superior á una presunción legal; es una prueba perentoria establecida para impedir cualquier controversia. Entendiendolo así, el artículo 1071 sienta un principio absoluto, muy conforme además con el espíritu de nuestra legislación, que propende á evitar los litigios por medio de la prueba escrita.

(1) Esta disposición final ha sido suprimida en el art. 1353 del Código italiano.

SECCIÓN SEGUNDA

Presunciones legales en materia criminal.

SUMARIO: 847. Pruebas que reemplazan á las pruebas directas.—848. En la antigüedad.—849. *Ordalías* germánicas.—850. Su abolición.—851. Combate judicial.—852. Supresión de este combate.—853. En el día, presunciones legales más raras en lo criminal.

847. La creencia en la intervención diaria é inmediata de la divinidad en los acontecimientos humanos, combinándose con la dificultad de obtener pruebas directas de la culpabilidad, en un tiempo en que la administración y la policía judiciales eran casi nulas, ocasionó en los siglos bárbaros la introducción de ciertas pruebas, más ó menos arbitrarias, de las que se hacía depender la inocencia ó la culpabilidad del acusado.

848. Encuéntrase la apelación al juicio de Dios muy extendida entre los pueblos orientales. De aquí pasó esta superstición á la Grecia. «Estábamos todos dispuestos á coger con nuestras manos hierros candentes, dice en la Antígona de Sófocles el guarda del sepulcro de Polinice (vers. 264), á caminar por fuego, y tomar á los dioses por testigos de que no habíamos hecho tal cosa, de que no éramos cómplices de quien la ha meditado ó la ha ejecutado.» La severa razón de los romanos parece haberse puesto al abrigo de estas supersticiones. Encuéntranse sin duda en Roma leyendas, tales como las de la Vestal que probó su castidad, atrayendo con su ceñidor el barco que traía del Asia la estatua de la Buena Diosa. Pero no existe, que sepamos, ningún hecho oficialmente consignado, que pruebe que los romanos hayan hecho uso jamás de pruebas de esta clase en la práctica judicial. Finalmente, en el Bajo Imperio, por lo menos en tiempo de Miguel Comneno, la superstición recobró su imperio, y la prueba del hierro candente estaba en pleno vigor.

849. Las *ordalías* (de la palabra alemana *urtheil*, sentencia) se aumentaron singularmente en la Edad Media por la influencia de las ideas germánicas. Conocidas son las pruebas del agua, del fuego, del hierro candente, etc., por las cuales se admitía á justificarse de los crímenes más enormes. En la mayor parte de estas ordalías parecía el éxito imposible, y no obstante, atestiguan la historia que muchos acusados salieron de ellas con honor. Es preciso, ó creer en milagros perpetuos, ó admitir que algunas pia-

dosas supercherías permitían sustraerse de un peligro más grave en apariencia que en realidad (1). Como quiera que sea, la prueba que parece haberse sostenido más largo tiempo, es la del féretro ó ataúd de que se encuentran todavía ejemplos en el siglo xvi. Cuando no se había podido descubrir al autor de un asesinato, se obligaba á todos aquellos de quienes se sospechaba haber tenido participación en él, á venir á tocar el cuerpo de la víctima, expuesta en un féretro. Si el cadáver se ponía en contacto con el matador, debía dejar escapar algunas gotas de sangre. Esta prueba, propia para impresionar vivamente las imaginaciones, no carecía de peligro para la inocencia. El tormento moral, que parece, en efecto, haberse verificado algunas veces puede explicarse cuando la muerte es aún reciente, por causas naturales, especialmente por la acción del aire libre. En los últimos tiempos, cuando comenzaron á suscitarse dudas sobre el origen del fenómeno, se dió á la prueba un digno complemento, el tormento preparatorio!

850. Cuando se fueron transformando los usos de los conquistadores de la Europa moderna con la influencia del cristianismo y de una vida más sedentaria, se regularizó la práctica de las ordalias. Sentóse por principio que no se admitirían sino á falta, ya de pruebas ordinarias, ya de *conjuradores* (V. el núm. 449). La Iglesia las sujetó á formas solemnes, y quiso proceder á ellas por sí misma, puesto que ciertos miembros del clero participaban de la superstición popular, y otros consideraban la dirección de las ordalias como un poderoso medio de influencia. Conforme á este espíritu fué como Carlo Magno prescribió que no se pusieran en duda los juicios de Dios, *ut omnes iudicio Dei credant absque dubitatione* (Capítulo 1.º, ann. 809, cap. 20). A medida que la Iglesia adquirió más autoridad, y que se fueron regularizando los procedimientos, fueron atacadas las pruebas por la autoridad eclesiástica, hasta que en 1215, gracias á los esfuerzos de Inocencio III, prohibió á los clérigos el cuarto Concilio de Letrán prestar su ministerio á actos de esta naturaleza. En Francia, los últimos monumentos del uso judicial de las ordalias son varias providencias del Parlamento de París del 1.º de Diciembre de 1601 y de 10 de Agosto

(1) Parece resultar de descubrimientos recientes que ciertas lociones de agua, de alcohol y de éter permiten poner la piel humana en contacto con metales en fusión. (V. las sesiones de la Academia de Ciencias del 7 de Mayo y del 29 de Octubre de 1849.) Sabido es que en la Edad Media Alberto el Grande y un médico de Salerno llamado Trotula han dado recetas para soportar sin peligro la prueba del fuego.

de 1641, anulando sentencias que habían ordenado someter á la prueba del agua fría á personas acusadas de hechicería (1).

851. De todas las instituciones judiciales de la Edad Media, la que ha dejado más rastros en las costumbres de la Europa moderna, puesto que presenta suma analogía con el duelo, es el combate judicial (2). Por una singular combinación del espíritu guerrero y del espíritu legista, esta prueba se hallaba revestida de las formas más regulares, aplicándose el combate sistemáticamente á todas las fases del procedimiento. Verificábase con el acusado, con los jueces, cuando había queja de *falta de derecho*; despues si se había vencido al juez sobre lo rescindente, era preciso batirse de nuevo con el adversario sobre lo rescisorio. Combatíase también con los testigos, los cuales, sin embargo, podían evitar el comprometer sus personas, haciendo la declaración siguiente (Beaumanoir, capítulo 6.º, § 16): «No estoy dispuesto á combatir por vuestra querrela, ni entrar en litigio con motivo de la mía, y si queréis librar-me de ello, estoy decidido á decir la verdad».

El combate judicial fué un progreso en su origen; porque dió reglas fijas á las luchas privadas, que eran el único medio de administrar la justicia penal en los bosques de la Germania. Ya hemos visto (núm. 432) á los lombardos reclamarla á gritos, para reemplazar el juramento, que en cierto modo era la prueba de los cobardes. Montesquieu (*Espíritu de las leyes*, lib. 27, cap. 17) justifica esta institución de un modo muy ingenioso: «La prueba por el combate singular tenía alguna razón fundada en la experiencia. En una nación, únicamente guerrera, la cobardía supone otros vicios, y prueba que se ha resistido á la educación recibida, y que no se ha sido sensible al honor, ni conducido por los principios que han gobernado á los demás hombres; hace ver que no se teme su desprecio, y que no se hace caso de su estimación; por poco bien nacido que uno sea, no se carecerá por lo común de la destreza que debe aliarse con la fuerza, ni de la fuerza que debe concurrir con el valor; porque, haciendo caso de su honor, habráse toda

(1) En 1815 y en 1816, dos individuos de quienes se sospechaba que fuesen hechiceros fueron sometidos en la Flandes belga por el populacho á la prueba del agua y del fuego. Un hecho semejante ha tenido lugar en la Prusia oriental en 1835.

(2) M. Cauchy, en su libro *Del duelo*, en que ha hecho investigaciones tan concienzudas como profundas sobre el origen de este deplorable uso, se fija en acreditar que el duelo no se refiere históricamente al combate judicial, que estaba abierto á todos, nobles y plebeyos, sino á las luchas privadas, que estaban reservadas á la nobleza.

su vida ejercitado en cosas sin las cuales no se puede obtener. Además, en una nación guerrera, en que la fuerza, el valor y las proezas están en auge, los crímenes verdaderamente odiosos son aquellos que nacen del engaño, de la astucia y del ardid, es decir, de la cobardía ó falta de ánimo y valor.» Grocio, colocándose en otro punto de vista, ha tomado la defensa de los legisladores que han creído deber autorizar esta singular institución. «Disgusta á algunos, dice (*Proleg. ad historiam Gothorum*, pág. 67), que las diferencias dudosas se hayan decidido antiguamente por el duelo. Pero lo que Solón había dicho, que no había hecho las mejores leyes absolutamente, sino las mejores que podían tolerar los Atenienses, debe suponerse en los demás legisladores. Pues bien: éstos se han visto obligados á permitir muchas cosas malas, y á combatir con frecuencia, el veneno con el veneno. Porque era un mal menor combatir el duelo con peligro de la vida de dos hombres, sobre todo, después que habían sido exhortados gravemente á no tentar á Dios contra su conciencia, y á no hacerse un enemigo por medio de las armas, que dejar que lucharan familias enteras originando una guerra civil.»

852. A diferencia de las ordalias propiamente dichas, que apenas se practicaban sino en materia criminal, el combate judicial se aplicaba á las materias civiles y aun á la solución de puntos de derecho. Así, en Alemania, la cuestión de la representación en las sucesiones; en España, la de la conservación del rito muzárabe fueron sometidas á la prueba del combate singular. El duelo judicial, contrario al espíritu del cristianismo, fué atacado por la Iglesia mucho más pronto y con mucha mayor energía que las ordalias, que no se fundaban en el uso de la fuerza material. Combatióse desde el siglo v, por Avito, obispo de Viena; en el ix, Agobardo, arzobispo de Lyon, dedicó á Luis el Piadoso un libro especial: *Adversus legem Gondobaldi* (1), *et impia certamina quæ per eam geruntur*. Finalmente, los Concilios tercero y cuarto de Letrán, en 1179 y 1215, autorizaron solemnemente la reprobación de la Iglesia. Sabido es que, en Francia, la obra de la abolición del duelo judicial, comenzada por San Luis, fué acabada en el siglo xiv. En Inglaterra, este duelo, abolido por la reina Isabel, en materia civil, desde 1571, no desapareció de la legislación criminal hasta 1819.

853. En el día que no puede ya cuestionarse sobre si debe ha-

(1) Está hoy averiguado que la ley de Gondobaldo, rey de los burgondos, no ha introducido, como lo creyó Montesquieu, sino solamente extendido la costumbre del combate judicial.

cerse depender de esta suerte la culpabilidad ó la inocencia de circunstancias que no tienen ninguna correlación en el fondo con la realidad del delito, parece que las presunciones en materia criminal debieran dejarse siempre á la apreciación de los jueces. Nada parece más opuesto que semejantes presunciones á la esencia de la justicia penal, que no debe penar al azar, sino con perfecto conocimiento de causa. «En lo civil, dice M. Mittermaier (cap. 53), se concibe que se corte de esta suerte el nudo gordiano, y en una situación delicada, vale más tal vez tomar por guía las analogías y la experiencia cotidiana de la vida; pero no debe ser así en un proceso criminal. Queriendo aquí la ley la manifestación de la verdad absoluta, no ha podido obligar al juez á tomar por base obligatoria, desde el momento en que existen tales ó cuales hechos, á veces equivocados, á los cuales, por otra parte, en razón de la multiplicidad infinita de los incidentes tan complejos de la vida humana, sería obrar arbitrariamente aplicar una medida siempre fija; decidir que estos hechos preestablecidos probarían necesariamente la existencia del hecho principal, hubiera sido erigir en certidumbre probabilidades con frecuencia engañosas.»

No se deberá, sin embargo, deducir de estas observaciones que repugnen las presunciones legales de un modo absoluto al carácter de la justicia penal. Solamente el legislador no debe introducir sino con cierta reserva presunciones propias al derecho criminal. Por otra parte, siempre por los mismos motivos, las presunciones de derecho común no deben aplicarse en todo su vigor á las materias criminales. He aquí los dos puntos de que vamos á tratar.

*. En nuestros antiguos Códigos se hallan también introducidas las pruebas á que se ha dado el nombre de Juicios de Dios, y de que trata M. Bonnier en este párrafo. La prueba del *hierro encendido* se halla autorizada en muchos fueros municipales, como los de Salamanca, Plasencia, Oviedo, Avilés y Cuenca, que tratan prolijamente de ella; la prueba del *ducto* se hizo común en España, según se ve por el fuero de Salamanca y Sahagún, Oviedo y otros, y aun por el Código de las Partidas, en que el Rey Sabio procuró por lo menos refrenarla, sujetando los dueños, lides, rieptos y desafíos á un prolijo formulario, y estableciendo leyes oportunas para precaver la facilidad y licencia y evitar el furor y crueldad con que antes se practicaban. V. Eseriche, *Diccionario*. V. la adición inserta á continuación del núm. 858.—(N. del T.)

§ I.—Presunciones propias del derecho penal.

SUMARIO: 854. En qué limite es admisible en lo criminal la presunción legal.—855. Presunción de infanticidio establecida por el edicto de 1536.—856. Presunción de robo en el antiguo y en el nuevo derecho.—857. Inducción sacada de la fuga.—858. De la presunción de dolo.

854. Con frecuencia la ley penal deduce, *à priori*, de la exis-

tencia de ciertos hechos que hacen el delito verosímil, la existencia misma del delito. Pero la legitimidad de una presunción tan grave está subordinada á dos condiciones: 1.^a, que el hecho consignado induzca á la certidumbre moral del hecho acriminado por la ley; 2.^a, que el hecho probado sea también imputable. Estas dos condiciones se hallan reunidas en el caso previsto por el art. 61 del Código penal, que castiga como cómplices de los malhechores que ejercen violencias contra la paz pública, á los que conociendo su conducta criminal, les facilitan habitualmente un retiro donde ocultarse. El hecho de encubrir habitualmente á los malhechores, hace en extremo verosímil una asociación culpable. Este hecho es perfectamente imputable: al castigarle la ley, no hace más que agravar la penalidad de un acto ya reprehensible en sí mismo. Hay tal vez en esto rigor, pero no iniquidad. De la misma manera puede justificarse la disposición del Código penal militar de 1857 (art. 203, 4.^o), que castiga como culpable de traición á todo militar que, en presencia del enemigo, provoca la fuga ó impide que las tropas se rehagan. La verosimilitud de una inteligencia criminal con el enemigo, justifica la aplicación de la pena capital á un hecho que por sí mismo es ya de suma gravedad.

855. Más difícil es justificar la presunción legal de infanticidio establecida por nuestro antiguo derecho, por razón del mero hecho de la ocultación del embarazo. Un edicto de Enrique II, de Febrero de 1556, renovado por Ordenanzas posteriores y publicado cada tres meses en las pláticas de las parroquias, reputaba haber matado á su hijo, y castigaba con pena de muerte «á toda mujer que se hallaba convicta de haber disimulado, encubierto y ocultado, ya fuera su embarazo, ya su parto..., y que se averiguase después haber sido privado el niño de bautismo y de sepultura.» Esta presunción de homicidio fundada en una simple omisión, que excusaba frecuentemente el pudor, se introdujo en Inglaterra por Jacobo I (Stat. 21, cap. 27), y no vuelve á encontrarse ya en nuestras leyes modernas, habiendo sido igualmente abolida en Inglaterra á consecuencia de haberse suavizado las costumbres (Stat. 43 de Jorge III, cap. 58).

856. Con más razón habría injusticia flagrante en reputar cómplice de un robo á aquel en cuyo poder se encontrara el objeto robado, como acontecía en Roma respecto de la reparación civil del delito. Nuestra antigua jurisprudencia penal iba más lejos, puesto que veía en esta circunstancia una prueba suficiente para justificar el uso del tormento. *Furtum præsumitur*, dice Mascardo

(*De probat.*, concl. 834), *comissum ab illo, penes quem res furata inventa fuerit, adeo ut, si non docuerit a quo rem habuerit, juste, ex illa inventione, poterit subijci tormentis*. Presumir la culpabilidad, por razón de circunstancias que pueden ser sólo fortuitas, es un procedimiento grosero que pertenece á la infancia del derecho penal. Así es que está reprobado por la jurisprudencia inglesa, donde desde hace largo tiempo sir Math. Hale ha hecho prevalecer este principio, que no se debe condenar nunca á un hombre por robo de efectos, por el solo hecho de que no explique como se hallan en su poder estos efectos. M. Wills (*Circumstantial evidence*, capítulo 3.º, secc. 4.ª) cita muchos ejemplos de condenas por robo, por razón de la posesión de objetos robados, pronunciadas contra personas cuya inocencia fué después reconocida. Nuestras leyes siguen, no obstante, aún esta marcha, cuando castigan severamente al mendigo ó vagabundo que, portador de efectos de un valor superior á cien francos, no puede justificar de dónde le provienen (*Cód. pen.*, art. 278); pero esta es una disposición excepcional, que no se explica sino por el disfavor del inculpado. Con más justicia pueden criticarse los estatutos ingleses (2.º Jorge IV, y 1.º, Guill. IV, cap. 66) que presumen la culpabilidad del portador de un billete de banco falso y ponen á su cargo la prueba de la buena fe.

857. Un indicio mucho menos grave aún que la posesión de objetos sospechosos, es la fuga del acusado. ¡Cuántos ánimos apocados retroceden ante el temor de una acusación aun injusta! Nada es bastante para reprobear la disposición del derecho común inglés, abrogada solamente en nuestros días, que en los casos de traición, de felonía ó aun de robo de poca importancia, imponía la confiscación de bienes muebles del que se había fugado (Blackstone, libro 4.º, cap. 29). Este es sin duda un indicio remoto (V. las páginas correspondientes á la clasificación de los indicios), que es sumamente inicuo convertir en presunción legal.

858. Es cuestión muy debatida sobre esta materia la que consiste en saber si se debe presumir la intención criminal por razón de la naturaleza del acto, que sería inexplicable si no tuviera un objeto ilícito. Lo habíamos pensado en un principio, y se encuentra, en efecto, la presunción de dolo contra el que ha cometido un acto ilícito, erigida en principio por la antigua legislación bávara. «Toda acción criminal, decía el art. 43 del código penal de Baviera, se presumirá legalmente cometida con intención criminal, á no resultar de circunstancias particulares de la causa la certidumbre ó la

verosimilitud de lo contrario.» Tal es también el derecho común en Inglaterra y en América (M. Greenleaf, tomo 1.º, pág. 43) (1). Lee-mos asimismo en Rossi (*Derecho penal*, cap. 24), que ciertos hechos, salvo el caso de locura, que sería preciso demostrar, implican por sí mismos una intención criminal, *res ipsa in se dolum habet*, según la expresión de nuestros antiguos autores. Así, el que sustituye diez mil francos á mil francos, de un billete de que es portador, haría mal en requerir á la acusación que le probase que había obrado con intención criminal; mientras que el farmacéutico que ha suministrado una sustancia venenosa, pudiendo obrar de buena fe, no puede ser condenado como cómplice de un envenenamiento, mientras no se pruebe su intención culpable. Los considerandos de una sentencia de casación, del 14 de Abril de 1827, dicen igualmente que «si los hechos son de naturaleza tal que supongan necesariamente mala fe por parte del que los ha cometido, el jurado no necesita declarar que el acusado es culpable de tales hechos; bástale declarar que los hechos están comprobados.»

Pero nos parece imposible ver en ninguna de las circunstancias de semejante naturaleza, por desfavorable que sean para el acusado, una verdadera presunción legal. Desde luego, ningún texto autoriza entre nosotros esta presunción de dolo, y en materia penal, más aun que en materia civil, no puede haber en esto presunción legal, á falta de una ley especial que lo decida (*Cód. civil*, artículo 1350). Además, por la naturaleza misma de las cosas, la inducción que liga ciertos actos á una voluntad culpable, es una apreciación para la cual los magistrados y los jurados tienen un poder discrecional, y es imposible determinar *à priori* los actos que deben ó no inducir presunción de dolo. El carácter del acto acriminado contiene una pura presunción de hecho, cuya fuerza varía hasta lo infinito, y á no ser en caso de locura, tal ó cual circunstancia, tal ó cual estado moral del acusado, puede en definitiva dar una explicación satisfactoria de lo que á primera vista parecía naturalmente criminal. No es esto, por otra parte, una disputa de palabras. Si se tratase de una presunción legal, el acusado estaría obligado, para hacerla perder su efecto, á acreditar de un modo perentorio la pureza de sus intenciones (2). Pues bien: semejante obligación repug-

(1) Véase, no obstante, en la misma página, nota 2.ª, los motivos dados con una gran fuerza de razón, como reconoce M. Greenleaf, en favor de la opinión contraria.

(2) Esto es lo que ha indicado el Código de Baviera que habla de certidumbre ó de *verosimilitud*, en cuanto á la prueba de la no culpabilidad.

na á los principios sobre la prueba en materia penal (núms. 37 y 98), según los cuales, le basta al acusado suscitar la duda en el ánimo de los que son llamados á determinar sobre su suerte. Y, como dice elegantemente M. Mittermaier (cap. 17), si hay en esto una excepción de parte del acusado, es una excepción análoga á la excepción *non numeratæ pecunie*, es decir, que arroja sobre la acusación la carga de la prueba.

*. Las presunciones mas notables establecidas por nuestras leyes sobre el derecho penal son, primeramente, las que se derivan del axioma de que el que delinque consiente en la pena y demás reatos que lleva consigo; la de que el menor de nueve años es incapaz por la falta absoluta de discernimiento para incurrir en responsabilidad criminal (art. 8.º, núm. 2.º del Código penal); la que resulta del hallazgo de un hombre muerto ó herido en alguna casa, contra el morador de ella de que es el agresor, cuando no se sabe quién fuera éste y el morador no ofrece prueba en contrario; ley 16, tit. 21, lib. 12, Nov. Recop.; la de encontrar el marido en lugar sospechoso á su mujer hablando á solas con otro, después de haberla prohibido el trato con éste, á quien también requirió por tres veces delante de testigos que no hablase con ella; pues en tal caso, puede el marido por presunción vehemente pedir contra su mujer la pena de adulterio; ley 12, tit. 14, Part. 3.ª; la que menciona la ley 11, tit. 14, Part. 7.ª, que trata del modo cómo puede probarse y averiguarse el adulterio por razón de sospecha, y se refiere al caso de que el que fué acusado de adulterio con alguna mujer, alegase ante el juez que era parienta suya muy cercana, y después de muerto el marido de dicha mujer se casase con ella, pues en tal caso, dice la ley que se averigua el adulterio de que antes le acusaron y debe recibir pena por él. Respecto de esta disposición debe tenerse presente la sentencia dada por el Tribunal Supremo de Justicia en 28 de Noviembre de 1865, por la que se ha declarado que la ley 11, tit. 17, Partida 7.ª, y la Decretal de Alejandro III, que forma el capítulo 12 *De presumptionibus* del libro 2.º de las de Gregorio IX, y las disposiciones de las leyes 13 y 14 Digesto *De his qui ut indignis auferuntur*, deben subordinarse, en el orden civil, á las nuevas disposiciones que sobre apreciación de las pruebas y su valor se hallan establecidas en la ley de Enjuiciamiento.

Respecto de la inducción sacada de la fuga, de que trata M. Bonnier en el núm. 857, este hecho no constituye semiplena probanza, según lo reconoce en sus Comentarios á la ley 76 de Toro Antonio Gómez, y á lo más será un indicio débil y poco seguro, según dice el Sr. Escribano.

La fuga, hemos expuesto en nuestro *Tratado de los procedimientos en los juzgados militares*, segunda parte, tit. 1.º, sección 17, p. 5.ª, núm. 37, prueba muy poco por sí sola, porque algunas veces, si es después de publicado el delito y recibida información, puede proceder más bien de deseo de evitar la molestia de acusación y cárcel que de tener dañada la conciencia; es preciso, pues, para que haga alguna prueba, que se le agreguen otros argumentos, como el escalamiento de cárcel, la mala fama, la costumbre de delinquir, la enemistad con el difunto y otros semejantes; entonces ya esta fuga producirá alguna semiplena prueba, á no ser que el fugado probase causa legítima para ella, ó que estaba preso injustamente.—(N. del T.)

*. Véase nuestra nota del párrafo núm. 826.

El art. 129 del Código penal vigente dispone que los sentenciados que hubieren quebrantado su condena sufrirán una agravación en la pena con sujeción á las reglas que el mismo artículo menciona.

Según el art. 130, las agravaciones prescritas en el anterior respecto á los que sufran privación de libertad, no se aplicarán á los que se fugaren de los establecimientos penales ó de sus destacamentos, sin violencia, in-

timidación ni resistencia, sin fractura de puertas ó ventanas, paredes, techos ó suelos, sin usar ganzúas ó llaves falsas, sin escalamiento y sin ponerse de acuerdo con otros penados ó dependientes del establecimiento.

El art. 16 menciona el encubrimiento como un grado de delincuencia.—
(*N. de la R.*)

§ II.—Presunciones del derecho común.

SUMARIO: 859. Con qué temperamento se deben aplicar estas presunciones en materia penal.

859. Cuando la ley civil deduce de ciertos puntos conocidos la existencia de otros puntos que son desconocidos, por ejemplo, del hecho que ha sido concebido el hijo durante el matrimonio, la paternidad del marido; ó bien, en sentido inverso, cuando presupone la no existencia de ciertos hechos, prohibiendo probarlos, como hace respecto de la paternidad natural y de la filiación incestuosa ó adulterina; estas disposiciones exorbitantes, ¿deben en toda hipótesis ser aplicadas por las jurisdicciones criminales? Puede invocarse, en favor de la afirmativa, el principio constante hoy en la jurisprudencia del Tribunal de Casación, y por otra parte perfectamente racional, que las reglas sobre la prueba deben ser por doquiera las mismas. Así es como la prueba testimonial no es más admisible ante un tribunal correccional que ante un tribunal civil, cuando se trata de probar un depósito ó un mandato relativo á un valor de más de 150 francos. En su consecuencia, se dirá, cuando, determinado por motivos de orden superior, el legislador nos ordena creer ciertos hechos y nos prohíbe investigar ciertos otros, no ha tenido á la vista tal ó cual aplicación particular, sino los debates judiciales en general. Estamos lejos de negar el principio de que las reglas de la ley civil sobre la prueba, son comunes á todas las jurisdicciones, y en virtud de este principio admitimos aun, en tesis general, en materia penal, la fe que se atribuye á los escritos en buena forma. Pero es preciso convenir, que descansando las presunciones legales en una suposición preconcebida, son siempre más ó menos arbitrarias, y no suscitan en el ánimo del juez la misma convicción que las pruebas propiamente dichas. Pues bien: ¿puede ser suficiente en lo criminal una convicción imperfecta, fundada en consideraciones generales, y no en los elementos de la causa, al menos cuando se trata de condenar? ¿No es, en su consecuencia, necesaria una distinción?

Siempre que la presunción legal sea favorable al acusado, cuando, por ejemplo, una investigación prohibida por el derecho civil

pueda hacerle incurrir en una pena más rigurosa, como si se quisiera probar que quien cometió un simple homicidio era hijo natural de su víctima, para hacer que se le impusiera la pena de parricida, en vez de la de trabajos forzados perpetuos (*Cód. pen.*, artículos 299, 302 y 304), nadie duda que semejante pretensión debía ser desechada. No es conveniente, para crear fuera del sistema de la ley civil crímenes y culpables, separarse del curso ordinario, y volver á investigaciones de las que el legislador ha supuesto, con razón ó sin ella, que la incertidumbre igualaba al escándalo. Pero las cosas se presentan bajo otra fase enteramente distinta, cuando es contra el acusado contra quien milita la presunción legal, y cuando el procedimiento revela circunstancias de tal naturaleza, que hacen desaparecer moralmente esta presunción, aun cuando no se esté en una hipótesis en que se admite la prueba contraria. Así, supongamos que el homicidio de que hablamos se haya cometido en el marido de la madre del acusado, que se presume ser padre suyo en virtud del art. 312 del Código civil. Puede suceder no encontrarse en ninguno de los casos de falta de reconocimiento, y entonces el acusado no tiene calidad para atacar él mismo su legitimidad, y además, los plazos habrán espirado casi siempre. Pero la conducta y la posición de la madre, ¿no pueden ser tales que sea moralmente cierto que el hijo no pertenece al marido? ¿No es posible que la causa misma del odio que existía entre el hijo y su padre putativo se refiera á la notoriedad de una filiación adulterina? En una legislación que, como la nuestra, hace muy difícil el desconocimiento, puede ser con frecuencia flagrante el vicio que proviene de adulterio, aunque no sea permitido probarlo (*Den. de 25 de Marzo de 1853*). Pero si en el orden civil, un deseo tal vez exagerado de asegurar el reposo de las familias y de evitar el escándalo, ha hecho adoptar disposiciones singularmente restrictivas en materia de desconocimiento, es necesario convenir que transportar ciegamente este sistema á las cuestiones criminales, á fin de crear un parricidio ficticio, sería volver por otro camino á la antigua teoría de las pruebas legales, en su parte más deplorable.

Así, pues, creemos, por muy arriesgada que pueda parecer nuestra opinión, y conviniendo en que no se debe aplicarla sino con una gran reserva, que las presunciones legales, cuando la existencia de uno de los elementos del delito se funde solamente en ellas, no serán nunca contra el acusado presunciones absolutas, y que será admitido siempre, *ex magna et probabili causa*, á practicar la prueba contraria. No se trata, en último resultado, de destruir comple-

tamente la presunción de la ley, sino solamente de suscitar dudas bastante graves para que no sea ya moralmente posible condenar. Es preciso confesar que uno no debe separarse, sino en último extremo, del principio que pone en armonía la ley civil y la ley criminal, con respecto á la prueba; pero, por sensible que sea esta falta de concordancia, sería mucho más deplorable hacer caer una cabeza en virtud de una ficción legal.

SECCIÓN TERCERA

Autoridad de la cosa juzgada (1)

SUMARIO: 860. Importancia de esta presunción.—861. Cuándo hay *cosa juzgada*.—862. Qué sentencias pueden tener esta autoridad.—863. Diferencia entre la parte dispositiva y los motivos.—864. Debe exponerse el objeto sumariamente.

860. Una presunción legal, que es el principio fundamental de la jurisprudencia, es la que hace considerar las sentencias como la verdad misma. El más bello homenaje que se haya jamás rendido á esta regla saludable, es la muerte de Sócrates, queriendo mejor sufrir una condena injusta que dar el funesto ejemplo de desobediencia á las leyes de su país.

Tan pronto como una decisión judicial ha adquirido la autoridad irrefragable de la cosa juzgada, no es posible ya admitir que se invoquen contra ella los medios de nulidad más perentorios. Nosotros no conocemos, como conocían los romanos (*Que sententiae sine appellatione rescindantur*), juicios nulos de pleno derecho. Tal es el sentido del adagio de la *costumbre* (Loysel, libro 5.º, tít. 2.º, número 5.º), según el cual *en Francia no se admiten los casos de nulidad* (*Voies de nullité n'ont point de lieu en France*).

Sin embargo, en otros tiempos se preguntaba si el principio de la autoridad de cosa juzgada debía prevalecer sobre el de la inalienabilidad del dominio del Estado. La ley de 1.º de Diciembre de 1790 (art. 13) lo ha resuelto en sentido claramente afirmativo. Según dice el Tribunal de Casación (Sent. 6 de Diciembre de 1864), es imposible considerar como una enajenación el reconocimiento, hecho después de los debates, de un derecho controvertido. Lo propio debe

(1) Para rehacer y completar nuestro trabajo nos hemos servido de la excelente monografía, premiada en París y en Tolosa, y publicada en 1863 por M. Griollet con el título *Sobre la autoridad de la cosa juzgada en materia civil y en materia criminal* (*De l'autorité de la chose jugée en matière civile et en matière criminelle*).

decirse, y con más razón todavía, en cuanto á la inalienabilidad del fundo dotal, el cual no afecta más que á los intereses privados.

Así que, por respetable que sea un principio de derecho, no podría nunca prevalecer y sobreponerse á la autoridad de la cosa juzgada. Una incompetencia, aun radical, no podría hacer nulo un juicio que se haya hecho inatacable, según se ha resuelto (Sent. 29 de Enero de 1861) respecto á un fallo francés en que se había estado acerca del estado de un extranjero. * Esta misma doctrina se halla consagrada por una sentencia de casación de 20 de Agosto de 1867, en un asunto en que un juez de paz, ante el cual se entabló una acción de deslinde y amojonamiento, había resuelto una cuestión de propiedad fijando los límites de dos heredades (Comp. también en cas. civ. 12 de Marzo de 1873). *

Existen, no obstante, ciertos límites que la autoridad judicial, en toda la plenitud de su acción, no puede traspasar: tales son los límites que separan el poder judicial del poder administrativo. Si la jurisdicción civil ha dado una decisión sobre puntos reservados por la ley á la jurisdicción administrativa, no puede ser considerada esta última como desposeída por el solo hecho de que no hubiese entablado la competencia, ni aun por que hubiere consentido que la decisión del tribunal civil adquiriese la fuerza de cosa juzgada. El Tribunal de Casación ha reconocido, en una hipótesis análoga (Cas. de 28 de Diciembre de 1835 y 29 de Enero de 1839) que en tal caso existe una incompetencia absoluta y de orden público que ni la misma autoridad de la cosa juzgada puede cubrir.

¿Qué debería decidirse si llegásemos hasta suponer que el Tribunal de Casación, en lugar de aplicar estos principios, quisiera hacer prevalecer la decisión judicial sobre la decisión administrativa, ora ateniéndose á la fuerza de la cosa juzgada, ora, como ocurre generalmente, desconociendo de alguna manera la preponderancia de la autoridad administrativa? La cuestión se ha previsto desde el origen de la nueva organización de los poderes, establecida en 1790. El elemento político, revisado por el poder legislativo, debe triunfar del elemento tradicional.

«Las reclamaciones de incompetencia respecto de los cuerpos administrativos—dice la ley de 14 de Octubre de 1790—no son en ningún caso de la competencia de los tribunales; sino que deben ser dirigidas al Rey, jefe de la administración general; y en los casos en que se creyera que los Ministros de S. M. habían obligado á dar una decisión contraria á las leyes, las quejas deben dirigirse al cuerpo legislativo.»

861. En el sentido usual del procedimiento, una sentencia tiene la autoridad de la cosa juzgada, es decir, es ejecutoria, tanto respecto de las partes como de terceros (*Cód. de proc.*, art. 548), cuando se ha dado en última instancia, ó cuando se han dejado espirar los términos para atacarla por las vías ordinarias (la oposición y la anulación). Este es el sentido en que Pothier (*Oblig.*, núms. 852 y sigs.) considera, aun bajo el punto de vista de la presunción legal, que se refiere á ella la autoridad de la cosa juzgada. Pero esta manera de ver no es muy exacta; una cosa es el punto de vista del procedimiento, y otra cosa es el punto de vista del derecho civil. Cuando se examina si hay cosa juzgada, preocupándose de conformidad con el derecho civil, de la fe que se atribuye á la sentencia, no se pregunta si es ejecutoria, sino si contiene, como dice el mismo Pothier (*Ibid.*, art. 850), una presunción *juris et de jure*. Pues bien: esta presunción no existe sino en cuanto la sentencia se encuentra, no sólo revestida de la autoridad de la cosa juzgada, según los principios del procedimiento, sino al abrigo de toda clase de recurso, aun extraordinario. Y si se quiere entender por cosa juzgada la autoridad provisional que lleva aneja un fallo, el cual puede ser atacado, no hay razón alguna para distinguir aquí entre las vías ordinarias y las vías extraordinarias, y es preciso decir con los juriconsultos romanos, que todo fallo, desde el momento que se ha dictado, tiene la autoridad de cosa juzgada. *Post rem judicatam*, dice Ulpiano (l. 7.^a, D. *De transact.*), *transactio valet, si vel appellatio intervenerit, vel appellare potueris*. Solamente el derecho canónico es el que, como lo ha hecho observar Savigny (*Tratado del derecho romano, Traité du droit romain*, § 265), ha dado á la frase *autoridad de cosa juzgada* el sentido que ha recibido en el procedimiento moderno. Por lo demás, esta distinción no tiene sino un interés puramente doctrinal, puesto que en los resultados prácticos existe acuerdo.

Una observación mucho más importante es la de que nunca puede haber cosa juzgada sobre la cuestión de derecho presentada de un modo abstracto é independientemente de la materia sobre la cual ha estatuido el juez. Fuera del litigio terminado por la decisión judicial, la solución de derecho no tiene más que una autoridad puramente moral; en otro cualquier asunto no podría tener *vim sententiae*. Así el Tribunal de Casación ha reconocido en 27 de Julio de 1858, que la providencia por la cual se rechaza un medio de nulidad opuesto á una citación, no puede tener fuerza de cosa juzgada relativamente al mismo medio propuesto contra una orden judicial (V. núm. 897). Esto es verdad aun para las sentencias dadas por el

Tribunal de Casación en pleno, según lo dispuesto en la ley de 1.º de Abril de 1837; estas sentencias no tienen autoridad más que en el asunto para el cual se han dado. Fuera de este asunto, no obligan á ninguna jurisdicción, ni aun á aquélla de que emanan. Su valor, puramente doctrinal, está fundado, como decía M. Dupin, *non ratione imperii, sed rationis imperio*.

862. Ahora debemos preguntarnos cuáles son las sentencias á que pertenece la autoridad de la cosa juzgada.

Y desde luego no puede haber autoridad de cosa juzgada sino en cuanto hay una *sentencia* propiamente dicha, es decir, decisión del juez en materia contenciosa. Los actos de jurisdicción graciosa no son verdaderas sentencias, sino contratos revestidos de formas judiciales. Así, la providencia que autoriza definitivamente una adopción (*Cód. civil*, arts. 357 y 359), no tiene otro efecto que permitir al oficial civil extender acta del consentimiento de las partes; dejando intacta á los interesados la facultad de hacer valer todos los medios de hecho y de derecho contra la validez de la adopción (Cas. 13 de Mayo de 1868). Asimismo, una sentencia *d'expedient*, es decir, que autoriza una transacción entre los litigantes, tiene sin duda la autoridad de la convención, pero no la de la cosa juzgada. Y esto no es una cuestión de palabras, puesto que las convenciones no son susceptibles de ser atacadas del mismo modo y en la misma forma que las sentencias. Igualmente, no se puede atribuir la autoridad de la cosa juzgada á una sentencia dada á consecuencia de una demanda como la que ordena la toma de posesión de los bienes de un ausente (Colmar, 18 de Enero de 1850); semejante fallo no puede ser atacado por una vía de recurso, sino que tiene que serlo por medio de acción directa. Con mayor razón no se puede reconocer autoridad, excluyendo todo recurso por causa de usurpación ilegal, á la simple autorización que de la justicia recibe un oficial ministerial (Cas. 18 de Noviembre de 1862 y 11 de Febrero de 1863).

Pero cuando se trata de una decisión contenciosa, no creemos que haya lugar á distinguir si la sentencia es definitiva ó interlocutoria, ó simplemente provisional. Admítase en el día, contra la doctrina del derecho romano, reproducida por Pothier (*Ibid.*, número 851), que una sentencia interlocutoria, por ejemplo, la que ordena una información, no puede revocarse por el juez, y que por consiguiente, tiene la autoridad de la cosa juzgada (Sents. dens. de 25 de Abril de 1842 y 30 de Enero de 1856). En otro sentido, enteramente distinto, es en el que hemos explicado (núms. 299 y siguientes) que la sentencia interlocutoria no sujeta al juez. Pero se

sostiene todavía que no sucede lo mismo con respecto á las sentencias provisionales, y se reproduce esta aserción de Pothier (*loc. cit.*), que una sentencia que contiene una condena provisional no induce presunción de que la suma que expresa la condena se deba verdaderamente, puesto que la parte condenada es admitida á probar, en el curso del procedimiento, que no debe nada. Por mucho respeto que debamos á la autoridad de Pothier, estamos obligados á señalar en esta proposición una verdadera confusión de ideas. De que el que ha sido condenado al pago referido pueda probar en definitiva que no debe nada, no se sigue que la sentencia que le condena á este pago no tenga la autoridad de la cosa juzgada. Tiene esta autoridad *positis ponendis*; decide irrevocablemente que *Primus* debe efectuar tal pago á *Secundus* (Den. 11 de Abril de 1865); pero no determina ni ha querido determinar sobre la cuestión de si *Primus* será reconocido en definitiva deudor de su adversario.

863. En el fallo, aun en el contencioso, no se puede atribuir la autoridad de la cosa juzgada á todas las palabras del juez: *Non omnis vox judicis*, dice Diocleciano (l. 7.^a, Cód. *De sent. et interl.*), *judicat continent auctoritatem*.

Pero, ¿podrá admitirse, como se enseña generalmente en Francia, que la autoridad de la cosa juzgada pertenece exclusivamente á la parte dispositiva de la sentencia, y que los motivos, simples elementos de la convicción del juez, pudiendo ser erróneos, sin que por esto la decisión sea merecedora de crítica, no tienen fuerza de sentencia? (1). De donde habría que sacar esta doble consecuencia: que no se puede nunca utilizar, en otra instancia, los motivos contra la parte á la cual fuesen desfavorables, y, por el contrario, que esta parte no sería admitida, á falta de interés, para combatirlos ante una jurisdicción superior (V. sents. de 29 de Enero de 1824; Aix, 22 de Julio de 1862.)

Savigny (*Tratado del Derecho Romano*, § 291 y sigs.) combate en su generalidad esta doctrina, adhiriéndose á la idea, que por primera vez ha sostenido Böhmer (*Jus eccles.*, *proleg.*, lib. 2.^o, tít. 27, § 14), de que las razones que determinan la conciencia del juez son el alma y como el nervio de la sentencia, *anima et quasi nervus sententie*.

Nosotros no seguiremos á estos doctos intérpretes por el campo

(1) Insistimos sobre esta cuestión, esencialmente práctica, que Savigny ha puesto en claro y que M. Griolet no ha tratado sino de una manera muy sumaria.

de la legislación romana. No pueden asimilarse ventajosamente las formas del procedimiento moderno con el modo de proceder del *judex*. La *pronuntiatio*, por medio de la cual, en las acciones arbitrarias, estatúa el *judex* acerca del derecho del demandante, no tenía relación alguna con nuestros *considerandos*, sino que era una especie de decisión prejudicial; por tanto, no puede concluirse nada de la autoridad de esta *pronuntiatio* respecto de la de los motivos en los juicios modernos. En cuanto á la sentencia misma, parece que rara vez era motivada. La fórmula de condenación que nos ofrecen las *Institutas* de Justiniano (§ 1.º, *De off. judic.*): *Publium Mærium Lucio Titio decem aureos condemno, aut noxam dedere*, es enteramente dispositiva. Solamente en un texto de Macer (l. 1.ª, § 1.º y 2.º, D. *Que sentent. sine appell. rescind.*), encontramos ejemplos de sentencias motivadas; pero Macer es un jurisconsulto de los últimos tiempos, y en lo que se ha conservado de los escritos de los antiguos jurisconsultos no puede señalarse nada semejante. Puede ser que la supresión del *ordo judiciorum* trajese la institución de juicios motivados, pero sobre este punto nos faltan datos y documentos.

Mencionaremos también, para que se tenga presente, el uso de algunos tribunales alemanes de no comunicar los motivos de sus resoluciones á los litigantes, uso seguido por el Tribunal Supremo de Berlín hasta la orden del gabinete de 19 de Julio de 1832. Entre nosotros, después de la ley de 24 de Agosto de 1790 (tit. 5.º, artículo 15), todas las decisiones judiciales deben ser motivadas; sin que haya más excepción que la del veredicto del jurado, cuyo laconismo da lugar á graves dificultades, como lo veremos al hablar de la cosa juzgada en lo criminal.

Savigny ha precisado la doctrina de Böhmer, dándole una forma tomada de la metafísica de Kant. Distingue los motivos *subjetivos*, simples móviles de la determinación del juez; y los motivos *adjetivos* (1) que son aquellos á que se refería Böhmer cuando hablaba de razones de decidir que son el alma de la sentencia.

Hay perfecto acuerdo para rechazar la autoridad de la cosa juzgada por motivos puramente subjetivos. Estos motivos son los móviles que han podido obrar sobre la conciencia del juez; contienen, ora la opinión del juez sobre tal ó cual cuestión de derecho, opi-

(1) Esta distinción es completamente extraña á la jurisprudencia romana, á pesar de los esfuerzos hechos por Savigny para acomodar á la misma los textos del *Digesto*.

nión cuyo valor es puramente doctrinal, ora la apreciación de ciertos hechos que se relacionan con el litigio, sin constituir el punto contencioso.

No hay ninguna dificultad sobre los motivos que implican una cuestión de derecho y cuya solución no está contenida en la parte dispositiva de la sentencia. Desde el momento en que se llega al mismo resultado por medio de otros motivos, no hay interés alguno en combatir aquéllos que se encuentran enunciados en el juicio (Sent. de 9 de Enero de 1866). Así es como vemos todos los días que un tribunal de apelación confirma las decisiones de los jueces inferiores, aunque rechazando, en todo ó en parte, los considerandos en que estos últimos se fundan. Por lo demás, esto mismo es lo que decide el legislador cuando nos dice (*Inst. crim.*, art. 411): «Cuando la pena impuesta sea la misma que aquella que consigna la ley aplicable al delito, no podrá pedirse la anulación de la sentencia, bajo pretexto de que hay error en la citación del texto de la ley.» Y el Tribunal de Casación ha aplicado esta decisión á lo civil, resolviendo formalmente (Sent. de 3 de Febrero de 1864) «que el Tribunal de Casación, sin degenerar en un tercer grado de jurisdicción, no puede sustituir una parte dispositiva de una sentencia á la que le ha sido deferida; que, por el contrario, permanece fiel á su misión cuando, en presencia de una decisión conforme á los deseos de la ley, mantiene esta decisión y se limita á fundarla en motivos regulares, aun cuando estos motivos sean contrarios á los expresados por los jueces de la causa.»

Si las partes no pueden atacar los motivos que Savigny llama *objetivos*, no pudiendo criticarlos más que desde el punto de vista doctrinal, parece que dichas partes tienen interés moral en reclamar, cuando, sin contrariar la parte dispositiva, los motivos contienen alegaciones de que aquéllas tienen derecho á quejarse. Si estas alegaciones no tienen nada de injuriosas, no podría haber lugar para una reclamación seria. Pero sucede que los jueces, aun reconociendo el derecho del litigante, han dirigido á su conducta, desde el punto de vista moral, la más explícita censura: lo cual solamente lo autoriza la ley al presidente del Tribunal de los Assises (*Inst. crim.*, art. 371). En vano se ha empleado, para desvirtuar y hacer caer los motivos de esta naturaleza, la vía de la apelación y la del recurso de casación. Se ha reconocido (Colmar, 12 de Febrero de 1844) que una parte no puede reclamar ante el juez de apelación la supresión, por injuriosa, de los motivos de un juicio, puesto que estos motivos son obra de los magistrados que han re-

suelto el juicio, y no obra de la parte contraria. En cuanto al recurso de casación, el Tribunal regulador ha decidido (Sent. de 29 de Enero de 1824) (1) que «si los motivos de un juicio fuesen de tal naturaleza que constituyesen un verdadero delito, la parte lesionada tendría el derecho de apelar, no contra el fallo, sino contra el juez, por las vías ordinarias, y no por la vía de casación.» Por *vía ordinaria* hay que entender aquí la instancia de parte, según las conclusiones del abogado general cerca del Tribunal de Casación.

Lo que no puede ser dudoso es que, si los motivos dados por el juez están enteramente fuera de la misión que se le ha confiado, deben considerarse como no puestos. Así, un fallo correccional, aun absolviendo al acusado bajo el aspecto penal, había afirmado que aquél había causado perjuicio á otro voluntariamente, entre-gándole fichas de cobre en lugar de piezas de oro. Un fallo del tribunal civil de Nogent-le-Rotrou, según el cual, el hecho así establecido se imponía al juez civil, ha sido casado, el 23 de Mayo de 1870, en atención á que la apreciación del tribunal correccional, completamente inútil para sostener los considerandos de su fallo, no podía servir de obstáculo al derecho exclusivo del juez civil para conocer de la existencia del hecho que podía dar lugar á una reparación.

Una decisión judicial que contuviera, aunque fuese solamente en sus motivos, un verdadero exceso de poder, ¿debería conservar su autoridad? Entonces pertenecería al procurador general cerca del Tribunal de Casación el reclamar en interés de la ley, y aun al ministro de justicia el denunciar ante el Tribunal de Casación dicho exceso de poder (Ley de 27 de Ventoso, año VIII, arts. 80 y 88). Por consecuencia, se ha juzgado (Cas. 7 de Julio de 1849, y 2 de Abril de 1851), que un tribunal que, conformándose en la parte dispositiva de una sentencia con la jurisprudencia del Tribunal de Casación, critica esta jurisprudencia en los motivos de un juicio y declara que no se somete á ellos más que por no prolongar el conflicto, comete un exceso de poder que debe ser reprimido por la anulación de los motivos que enuncian una opinión contraria á la del Tribunal regulador. (Ley de 1.º de Abril de 1837, art. 2.º)

Añadamos, con M. Dupin (Conclusiones de 2 de Abril de 1851), que el tribunal superior, cuando hay un interés moral para las

(1) El primer considerando de esta sentencia supone, lo cual ha sido desmentido, como veremos, por la jurisprudencia de la Corte, que los motivos de un juicio no pueden nunca violar la ley.

partes, puede siempre darles satisfacción, desaprobando, en los considerandos de su sentencia, los motivos dados por los primeros jueces.

Hemos llegado á los motivos que se llaman *objetivos*, es decir, á aquellos que se ligan íntimamente con la parte dispositiva, á los que Böhrer llama, en un estilo menos metafísico, el nervio de la sentencia.

La aserción de los autores y de las sentencias que quieren reservar la autoridad de la cosa juzgada exclusivamente á la parte dispositiva de la sentencia no resiste un examen profundo. Savigny (*Tratado del Derecho romano*, § 291) la combate victoriosamente, llevándola á esta conclusión extrema: que un juicio tendría la autoridad de la cosa juzgada, cualesquiera que fuesen sus motivos, si contuviese simplemente en su parte dispositiva, según la naturaleza de la acción:

Se condena al demandado á pagar al demandante tal cantidad, ó á entregarle tal cosa.

O si el demandado gana el pleito:

Se absuelve al demandado de la demanda formulada contra él.

Y las partes dispositivas de esta naturaleza están muy lejos de ser una abstracción. Tal era probablemente en su origen, según hemos visto, la sentencia del *judex* romano. Tal era de seguro la que se daba en los assises señoriales, de que Beaumanoir (cap. 67, núm. 34) nos da la fórmula: «Oídas y probadas en juicio las razones respectivas, decimos, según derecho, que Pedro llevará la posesión ó la propiedad de lo que es objeto del pleito.» Pero no obstante, como se reconocía (cap. 1.º, núm. 20) que no era conveniente llevar de nuevo al juicio el caso que en otro tiempo había sido resuelto, era necesario, recurriendo, según el uso de la época, al recuerdo de aquellos que habían asistido á los *assises*, restablecer las conclusiones de las partes para saber qué cuestión es la que había sido juzgada. Igualmente, había en nuestras decisiones judiciales de la época anterior á 1789 una simple parte dispositiva que no se motivaba, y cuyo sentido era preciso buscarlo en las piezas del proceso. Por último, nuestra jurisdicción correccional pronuncia muchas decisiones motivadas, pero la parte dispositiva de las mismas se refiere simplemente á la aplicación de la pena: *Condenamos*, etc. Para saber qué es lo que ha sido juzgado, es de todo punto necesario acudir á los motivos: *Considerando que V... resulta culpable de estafa*, etc. La necesidad ha forzado aquí la jurisprudencia del Tribunal de Casación á reconocer (Sents. de 26 de Julio de 1865 y 8

de Noviembre de 1866) que la autoridad de cosa juzgada pertenece en estos casos, no sólo á la parte dispositiva, sino también á los *motivos que se refieren á las cualificaciones penales*» (V. también París, 22 de Enero de 1864). Estos motivos constituyen, de un modo esencial, un solo cuerpo con la parte dispositiva. Y entonces son los motivos, redactados por el juez, los que nos suministran, respecto del alcance del fallo, las noticias que en otros tiempos hubiera sido preciso pedir al recuerdo de los asistentes al juicio, ó á los documentos del proceso.

Si la parte dispositiva está por lo general más desarrollada en nuestros fallos civiles, puede, sin embargo, muy bien ocurrir que los motivos sean su necesario complemento. Esto es lo que el Tribunal de Casación reconoce implícitamente, pero de una manera no equívoca, cuando, volviendo sobre aquello que tenía de demasiado absoluto su primera jurisprudencia, estableció en principio (Sentencia de 25 de Junio de 1869) que no se pueden atacar los motivos *si no son necesarios para sostener la parte dispositiva*.

Así, cuando un deudor opone á su acreedor la compensación, el juez, rechazando la compensación en su parte dispositiva, funda su decisión en la nulidad del crédito invocado por el demandante, este motivo sostiene evidentemente la parte dispositiva, y hay, pues, cosa juzgada en cuanto á la nulidad del crédito. Así sucede también, sin género alguno de duda, en todas las ocasiones en que la cuestión resuelta sobre los motivos es verdaderamente prejudicial; y, en efecto, si se separase la cuestión, como se hacía en Roma, se tendría una primera disposición, á la cual llevaría aneja la autoridad de la cosa juzgada. Ahora bien: sería, como lo hace notar Savigny, un verdadero formalismo querer dar menos fuerza á la decisión del juez, porque adopta la forma de motivo y no la de fallo prejudicial (V., en este sentido, Nimes, 10 de Diciembre de 1839).

Más dificultad existe, y M. Griolet (*Autoridad de la cosa juzgada*, página 9.^a) combate la doctrina de Savigny, cuando la parte dispositiva puede en rigor sostenerse sin los motivos, por ejemplo, cuando la parte dispositiva afirma el crédito y el hecho del pago se encuentra negado en los motivos. La cosa juzgada, se dice, no atañe más que á la relación de derecho, el crédito, relación que ha existido efectivamente, á pesar del hecho del pago. Pero esta doctrina nos parece muy sutil. Es evidente que el motivo no es aquí puramente subjetivo, puesto que resuelve la cuestión sobre la cual ha versado el debate, que es el hecho del pago. Si *Secundus* ha sido

reconocido deudor de *Primus*, es porque no ha podido justificar el pago. La relación de derecho es aquí inseparable del hecho, *ex facto jus nascitur*. En el fondo, M. Griolet apenas se separa de la doctrina de Savigny, puesto que reconoce (pág. 123) que es necesario consultar los motivos en todos los casos en que la parte dispositiva sea susceptible de interpretaciones diferentes.

Savigny aplica igualmente su teoría acerca de los motivos en la hipótesis en que el demandado por acción real probase que también él es propietario. En el sistema de la legislación romana, el demandado no puede hacer esta prueba de un modo regular; *ei vero qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse* (Just., *Inst.*, § 2.º, *De act.*). Al declarar la propiedad del demandado en los motivos de la sentencia, el *judex* comunicaría á esta declaración la autoridad de la cosa juzgada. Esta autoridad dada en Roma á los motivos, que no nos aparece sino en el último estado de derecho, es singularmente aventurada; todo lo más, podría admitirse en la legislación de Justiniano, y, por consecuencia, en los países modernos que siguen al derecho romano. Pero no reproduciendo ningún texto francés la doctrina romana, según la cual, al demandado no sé le admite la prueba de la propiedad, estamos dispensados de recurrir á este expediente. El demandado por acción real puede muy bien convertirse en demandante por reconvencción, y, por consiguiente, hacer consignar su derecho en la parte dispositiva (1). (V. la sent. den. de 22 de Mayo de 1865 citada, núm. 237 triplicado.)

¶ 864. Esta importante presunción, ligándose al fondo del derecho, tanto como á la prueba, resulta que las reglas sobre el efecto de las sentencias, es decir, sobre las personas y sobre los objetos á que se aplica, descansan en las mismas bases que las reglas sobre el efecto de las convenciones. Háse dicho frecuentemente con razón, *judiciis contrahimus* (2). Los límites y el plan de esta obra no permiten más que una exposición sucinta de las doctrinas sobre la cosa juzgada, que formarían por sí solas la materia de un libro: deseo que ha cumplido con mucho acierto M. Griolet con su trabajo.

(1) * La jurisprudencia decide de una manera constante que la autoridad de la cosa juzgada no se atribuye á los motivos, sino sólo á la parte dispositiva del fallo. (V. Cas. 9 de Junio de 1873 y 30 de Diciembre de 1875.) *

(2) *Judicio contrahere*, se entiende en derecho romano, no de la sentencia del juez, sino de la especie de convención que se verifica por la *litis contestatio*, de donde nace la instancia, *judicium*. Sin embargo, la idea es en el fondo la misma, no siendo la sentencia más que el complemento de la instancia, y tomando toda su fuerza en la *deductio rei in iudicium*.

Así, no trataremos del efecto de las sentencias pronunciadas en países extranjeros, materia que se refiere á consideraciones de puro derecho internacional, extrañas al objeto de esta obra. Pero debe reconocerse en todos los casos que las sentencias extranjeras, independientemente de todo *exequatur*, hacen fe, hasta prueba en contrario, de los hechos que se consignan en ellas (1). (Douai, 5 de Mayo de 1836.)

Trataremos, pues, siguiendo nuestra costumbre, en primer lugar, de la jurisdicción civil; después, de la jurisdicción criminal, y terminaremos con el examen de la influencia que pueden ejercer los juicios ó sentencias civiles sobre los criminales y recíprocamente.

*. Si bien la ley 32, tit. 34, Partida 7.^a entiende por cosa juzgada la sentencia «de que no se pueden alzar» las partes, bien porque no sea admisible la apelación, bien por haberse consentido la sentencia por las partes, definición que se expone también por los autores, esto debe entenderse en sentido general, pero en su aplicación á la materia de que aquí se trata, debe entenderse por cosa juzgada, como indica M. Bonnier en el núm. 861, la sentencia que no es susceptible de recurso alguno, ó como dice el Sr. García Goyena en su comentario al art. 1226 del proyecto de Código civil: cosa juzgada es lo mismo que sentencia ejecutoriada, ó porque no admite apelación *ni otro recurso*, ó por la aquiescencia expresa ó tácita de las partes.

Esto debe entenderse respecto de la providencia que recae sobre juicio contradictorio ó contencioso, pues respecto de las que versan sobre actos de jurisdicción graciosa ó voluntaria se halla consignada en nuestro derecho la doctrina que sienta M. Bonnier en el núm. 862 sobre que no son verdaderas sentencias. Así, se ha declarado por el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 26 de Febrero de 1859, en uno de cuyos considerandos se lee lo siguiente: que las providencias que deben su origen á la jurisdicción voluntaria son variables y modificables, sin sujeción estricta á los términos establecidos respecto á las que lo deben á la jurisdicción contenciosa, según la regla 9.^a del art. 1208, la cual excluye la idea de que queden firmes en los juzgados de primera instancia. Puede verse, no obstante, lo que exponemos sobre esta sentencia y el caso sobre que versó en nuestro *Tratado de procedimientos según la nueva ley de Enjuiciamiento*, libro 4.^o, núm. 8, pág. 702.

Háse declarado también por el Tribunal Supremo, que una providencia ejecutoria en que se acuerda la acumulación de autos no decide cuestión alguna de las que constituyen la esencia del juicio, y por lo tanto carece de la fuerza de la cosa juzgada. V. sent. de 29 de Noviembre de 1857, y 15 y 21 de Octubre de 1869. — (N. del T.)

*. En el derecho vigente se mantiene la autoridad de la cosa juzgada en el concepto en que la estableció la ley 19, tit. 22, Partida 3.^a, según la cual, «*afinado juicio que da el juzgador entre las partes derechamente de que non se alza ninguna dellas fasta el tiempo que dice en el titulo de las alzadas, ha maravillosamente tant gran fuerza que dende adelante son tenidos los contendores et sus herederos de estar por él.*»

El Código civil vigente la sanciona en su art. 1251, y la jurisprudencia

(1) * Consúltense sobre este punto: A. Weiss, *Tratado de derecho internacional privado (Traité de droit international privé)*, p. 959, y sobre todo F. Moreau, *Efectos internacionales de los juicios (Effets internationaux des jugements)*, págs. 45 y sigs. *

la limita, en orden á la índole del fallo, al juicio *afinado*, á la sentencia ejecutoria. No se da, por lo mismo, en los actos de jurisdicción voluntaria en tanto que conserven este carácter, ni según expresamente lo previene el art. 1479 de la ley de Enjuiciamiento civil, ni en general, en todos aquellos casos en que cabe seguir un segundo juicio sobre lo mismo que fué objeto del primero. A este propósito tiene declarado el Tribunal Supremo:

—Es procedente la excepción de cosa juzgada cuando se ejercita una demanda sobre la misma cosa, entre las mismas personas y por la misma causa y acción que fueron objeto de un fallo anterior, válido y ejecutorio (Sentencia de 9 de Noviembre de 1867).

—La reserva de derechos que una sentencia contenga no puede entenderse en sentido de que vuelva á ventilarse la misma cuestión entre las mismas personas y por idéntica razón de pedir (Sentencia de 28 de Febrero de 1884).

—La excepción de cosa juzgada requiere identidad de personas, de cosas y de acción entre el pleito de que se deduce y aquél en que se utiliza (Sentencia de 15 de Junio de 1885).

—Aunque en rigor la denegación del beneficio de pobreza nunca produce una verdadera ejecutoria, porque puede el litigante ser oído sobre lo mismo, tiene aquel carácter y merece el respeto de cosa juzgada mientras no se justifique que después se ha venido á peor fortuna (Sentencia de 16 de Abril de 1883).

—La declaración del beneficio de pobreza no produce la excepción de cosa juzgada (Sentencia de 17 de Octubre de 1885).

—No infringe las leyes 9.^a y 19, tít. 22, Partida 3.^a, y la doctrina de que toda sentencia ejecutoria adquiere fuerza de cosa juzgada, la sentencia que declara no haber lugar á la graduación ó valoración de un perjuicio, si se funda en que el interesado no ha justificado la existencia y cuantía de aquéllos á cuyo resarcimiento se le declaró con derecho (Sentencia de 20 de Marzo de 1884).

—Cuando la jurisdicción ordinaria resuelve competentemente una acción reivindicatoria, ó de otra clase, y deja para un incidente de ejecución de sentencia que se fije la cantidad que por frutos ú otro concepto haya de satisfacerse, no está integrado el fallo hasta que ese incidente se decida y resulte determinado lo que ha de ser objeto del pago (Sentencia de 7 de Junio de 1886).

—No se provee en contradicción con lo ejecutoriado cuando en el cumplimiento de una sentencia firme se adopta el medio absolutamente necesario para llevarlo á efecto (Sentencia de 22 de Junio de 1888).

—Es regla común á todos los expedientes de jurisdicción voluntaria, la de que las providencias dictadas en ellas nunca quedan firmes, porque son variables, sin sujeción á los términos y formas de la jurisdicción contenciosa; y si bien no están comprendidos en esa regla, según el párrafo segundo del art. 1818 de la ley procesal, los autos con fuerza de definitiva contra los que no se haya interpuesto recurso alguno, no puede deducirse lógicamente de aquí que tales autos tengan fuerza permanente de cosa juzgada, toda vez que recaen en asunto sobre los cuales no ha mediado discusión forense en juicio verdadero y en los que pueden sobrevenir circunstancias que varíen el estado transitorio de cosas creado por el auto definitivo, y exijan su modificación de común acuerdo ó previo el juicio contencioso correspondiente (Sentencia de 11 de Enero de 1887).

El art. 1796 de la citada ley de Enjuiciamiento autoriza el recurso de revisión de una sentencia firme, si después de pronunciada se recobran documentos decisivos detenidos por fuerza mayor, ó por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado; si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido

reconocidos y declarados falsos, ó cuya falsedad se reconociere ó declarare después; si habiéndose dictado en virtud de prueba testifical los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieran de fundamento á la sentencia, y si ésta se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia ú otra maquinación fraudulenta. En ningún caso (art. 1800) podrá interponerse este recurso después de transcurridos cinco años desde la fecha de la publicación de la sentencia que hubiere podido motivarlo.—(N. de la R.)

PRIMERA DIVISIÓN

COSA JUZGADA EN LO CIVIL

SUMARIO: 865. Límites de la autoridad de la cosa juzgada.—866. Interpretación errónea del derecho romano.

865. La ficción necesaria para la conservación del orden social, que hace considerar la cosa juzgada como siendo la verdad, no es legítima sino con la condición de no traspasar nunca los límites de la cuestión que se ha fijado por el juez. Más allá de estos límites no existe ya la autoridad de la cosa juzgada, por la razón perentoria de que no hay juicio. Esto es lo que de una manera bien sencilla expone Ulpiano en el siguiente texto (l. 3.^a, D., *De except. rei judic.*): *Julianus respondit exceptionem rei judicate obstaré, quotiens eadem questio inter easdem personas revocatur.* El Código civil hubiera evitado muchas controversias y muchas dificultades en la práctica, si se hubiese contentado con decir (art. 1351): «La autoridad de la cosa juzgada no tiene lugar más que respecto de aquello que ha sido objeto del juicio... Es necesario que la demanda tenga lugar entre las mismas partes, y se formule por ellas y contra ellas en la misma cualidad.»

866. Desgraciadamente, aquí, como con harta frecuencia ocurre, una errónea interpretación del derecho romano ha pasado desde la doctrina de Pothier al texto del Código.

En Roma, excepto en los *judicia legitima* (Gaio, tomo 4.^o, § 107), los cuales habían caído en desuso en la época de Justiniano, el medio que el demandado sacaba de la cosa juzgada era presentado como una excepción (1) de tal naturaleza que paralizaba la acción que se intentase de nuevo. Considerada de este modo, la

(1) Entre nosotros, es mucho más sencillo hacer siempre producir á la cosa juzgada un efecto directo, y esto es lo que nosotros debemos admitir hoy, aun cuando muchos autores repiten todavía, sin darse cuenta de ello, la antigua expresión de *excepción* de la cosa juzgada.

exceptio rei judicatae, es un puro medio de procedimiento. como la *exceptio rei in iudicium deductae*, que se daba cuando había habido *litis contestatio* y luego prescripción de la instancia (Gaio, *loc. cit.*). La excepción de cosa juzgada, considerada de esta suerte, no era más que la extinción de la acción por consecuencia de una ley del procedimiento.

El medio sacado de la cosa juzgada se presentaba de una manera más precisa cuando, sin prevalerse de una extinción directa, se invocaba la declaración precedente del juez sobre el hecho litigioso para cortar toda otra controversia. Así, cuando el juez, ante el cual el demandado invocaba un crédito como medio de compensación, había rechazado este medio, negando la existencia misma del crédito; aun cuando el derecho alegado por el demandado no hubiere sido deducido precisamente *in iudicium*, no por esto quedaba menos paralizado, *quasi re judicata*, por la excepción de la cosa juzgada (Ulp., l. 8.^a, § 1.^o, *De neg. gert.*; l. 7.^a, § 1.^o, *ibid.*, *De compens.*). Lo mismo sucedía con la parte y con los frutos que habían nacido después de la *litis contestatio*. El demandante que no había tenido éxito en la *rei vindicatio*, si quería reclamar esta parte ó estos frutos, podía hacerlo; su reclamación era admisible en principio, puesto que su derecho no se había extinguido, en cuanto que no había sido deducido en instancia, pero era rechazado por medio del funcionamiento, no ya negativo, sino positivo de la excepción de la cosa juzgada (Ulp., l. 1.^a, § 1.^o y 3.^o, *De excep. rei judic.*).

Los intérpretes han confundido estas dos aplicaciones de la excepción de cosa juzgada; confusión imputable, hasta cierto punto, á los mismos jurisconsultos romanos, los cuales, más prácticos que rigurosos analíticos, no han señalado claramente en parte alguna la distinción. Para dilucidar este punto, ha sido necesaria la sagacidad de la crítica alemana. Keller, antes que nadie, ha distinguido la *función negativa* y la *función positiva* de la excepción (1). Estas dos funciones se designan con claridad en una hipótesis muy conocida de los romanistas, pero de la cual no se había sabido sacar partido.

El demandado por acción real, lo mismo que por cualquiera otra acción arbitraria, debe ser absuelto cuando satisface al demandante, aunque el derecho del demandante haya sido reconocido por el juez. Claro es que si más tarde posee de nuevo el objeto del litigio,

(1) * Keller, *Über litiscontestatio und urtheil*, Zurich, 1827. *

demandado por segunda vez, invocará la excepción *rei judicate*, como extintiva, de la primitiva acción. Pero, como observa Juliano (l. 16, D., *Ibid.*,) sería sumamente inicu que la excepción de la cosa juzgada aprovecharse á aquel contra quien ha sido dada la decisión judicial. Así es que el demandante replicará á la excepción negativa, invocando la autoridad positiva de la cosa juzgada. *Si exceptio objicietur á possessore rei judicate, replicet, si secundum me judicatum non est* (1). (Marc., l. 16, § 5.º, D., *De pign. et hypoth.*)

Los textos, referentes de una manera más ó menos feliz al Digesto, y que han servido de tipo al artículo 1351 del Código, son algunos fragmentos de Paulo y Ulpiano (l. 12, 13 y 14, *De excep. rei judicat.*), concebidos de esta manera:

Cum queritur, hæc exceptio noceat, nec ne? inspiciendum est, an idem corpus sit;

Quantitas eadem, idem jus;

Et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum: que nisi omnia concurrunt, alia res est.

Como ha demostrado perfectamente M. Griolet (*Autoridad de la cosa juzgada*, págs. 12 y sigs.), estos textos hacen referencia á la extinción de la acción y no al efecto positivo que puede producir en otros asuntos la autoridad de la cosa juzgada. Para que no fuese admisible la reproducción del derecho reclamado, era necesario, bajo el punto de vista de la *deductio in judicium*, que hubiese identidad: 1.º, en el objeto corporal ó en la cantidad; 2.º, en el derecho; 3.º, en la causa; 4.º, en la persona que era el sujeto del derecho.

Remitimos al lector al concienzudo trabajo de M. Griolet en lo tocante al desarrollo de estas diversas condiciones en el procedimiento romano. Lo que nos interesa hacer constar es que estas condiciones, de las que tanto se ha abusado, son relativas á la extinción por medio de la sentencia del juez del derecho deducido en la instancia. Aplicar, como lo han hecho los antiguos comentaristas, estas reglas á la autoridad positiva de la cosa juzgada, era colocarse en oposición, ora con el buen sentido, ora con los textos for-

(1) El efecto negativo de la autoridad de la cosa juzgada ha existido necesariamente en todo tiempo en Roma, si se tiene en cuenta el carácter mismo del procedimiento. Acaso no sucedía lo mismo con el efecto positivo, el cual supone una civilización más adelantada, y que no existe, según se dice, en la ley musulmana. Este último efecto parecía al menos haber sido consagrado en Roma desde el tiempo de Cicerón, quien censura á Verres *quod de re judicata judicaverit*.

males. Así, para no hablar sino de la condición de la identidad del objeto, *an corpus idem sit*, esta identidad no existe en modo alguno entre la reclamación de un cuerpo cierto á título de heredero y la petición de herencia ejercitada contra un deudor hereditario. Sin embargo, desde el punto de vista de la autoridad de la sentencia, existe la identidad del objeto entre una y otra reclamación. Esto es lo que resuelve, de acuerdo con la razón, un texto positivo de Ulpiano (l. 7.^a, § 5.^o, D., *De except. in judic.*) La interpretación ha sido más desdichada todavía, como veremos, cuando ha buscado una *causa proxima actionis* fuera del título mismo de la demanda.

Este es el origen de las disposiciones del art. 1351:

«Es necesario que la cosa demandada sea la misma; que la demanda esté fundada sobre la misma causa.»

Disposiciones que han embarazado de modo muy singular, tanto á los autores como á la jurisprudencia.

Vamos á tratar, en primer término, de la identidad de la cuestión sometida al juez, tratando de restablecer los verdaderos principios de la legislación romana, oscurecidos por la confusión que dejamos señalada. Después hablaremos de la identidad en cuanto á las partes y á sus cualidades, la cual presenta, sin duda, serias dificultades en la aplicación, pero respecto de la que, por lo menos el principio general, no da lugar á oposición alguna.

§ I.—Identidad de la cuestión.

SUMARIO: 867. Bajo qué condiciones existe identidad de la cuestión.—868. Identidad del derecho.—869. Del objeto del derecho.—870. Objeto individual.—871. Cantidades.—872. Relaciones del todo y de las partes.—873. Identidad del título de la demanda. Causa.—874. Necesidad de la mención de la causa en las acciones reales.—875. Casos en que no hay dificultad sobre el carácter de la causa. Controversia sobre los hechos extintivos.—876. Acciones de nulidad. Refutación de la teoría de Toullier.

867. ¿Es la misma cuestión la que se agita entre los litigantes, *eadem questio*, como dice, con su habitual precisión, Ulpiano, en el texto citado más arriba? (Núm. 863.)

La cuestión será la misma, según el juicioso análisis de Monsieur Griolet (págs. 133 y siguientes), si hay identidad: 1.^o, en la naturaleza del derecho; 2.^o, en su objeto; 3.^o, en el título de la demanda, es decir, en el hecho jurídico sobre el cual se halla fundada ésta. No queremos emplear la palabra *causa*, la cual ha recibido una extensión exagerada en la doctrina moderna.

1.º—IDENTIDAD DEL DERECHO

868. La identidad del derecho reclamado, *idem jus*, dice Ulpiano (l. 13, D., *De except. rei judic.*), es la primera condición que se presenta al espíritu. Esta expresión vaga de Pothier y del Código; la *cosa demandada*, parece que confunde el derecho reclamado con el objeto del derecho. El derecho puede ser idéntico y la cosa demandada completamente distinta, como ya lo hemos hecho notar respecto de la petición de la herencia. (Núm. 866).

No se presentará ninguna dificultad seria acerca de la identidad del derecho pretendido, cuando se trate de la unión del derecho real y del derecho personal. Es difícil suponer en la práctica que se invoque sobre un mismo objeto un derecho real y un derecho personal, sin que estos derechos se refieran á hechos jurídicos diferentes. Lo que únicamente puede ocurrir bajo el imperio de nuestro Código (art. 1138), es que la misma persona sea á la vez, y con el mismo título, acreedor y propietario de un objeto corporal cierto. Es en este caso evidente que dicha persona no puede presentar bajo una nueva faz una segunda acción que tienda al mismo objeto que la primera. Los juriconsultos romanos han reconocido que en semejante hipótesis hay que atenerse al fondo de las cosas más bien que á la forma. *De eadem re agere videtur*, dice Ulpiano (l. 5.ª, D., *ibid.*), *et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat: sed etiam si alia experiat, de eadem tamen re. Ut puta si quis mandati acturus, cum ei adversarius iudicio sistendi causa promississet, propter eandem rem agat negotiorum gestorum vel vindicet, de eadem re aget*. En apoyo de esta doctrina puede citarse una sentencia de la Corte de Casación (Sent. 19 de Abril de 1836), que considera la acción de reivindicación de cosas muebles por parte del vendedor que no ha recibido el precio como confundiendo en su objeto con la acción de rescisión de la venta (1).

Lo que sucederá con más frecuencia, es que después de haber reivindicado un derecho más extenso sobre una cosa, se reivindicará un derecho menos extenso, ó recíprocamente. Se reclamará, por ejemplo, por el mismo título, un derecho de usufructo ó de servidumbre sobre una cosa después de haber reclamado en vano la

(1) Nótese que esta sentencia es anterior á la novísima redacción del Código de Comercio, cuyo art. 550, por el sentido general que da á la palabra *reivindicación*, suministra un poderoso argumento al sistema que no ve en la reivindicación ejercitada por el vendedor de muebles otra cosa que el ejercicio, frente á terceras personas, del derecho de resolución ó rescisión.

propiedad plena. En este caso es preciso distinguir si la reivindicación de un derecho menos extenso ejercitada por aquella persona que no ha tenido éxito en la reivindicación de la propiedad plena, no significa otra cosa que la reproducción de la misma reclamación bajo otra forma, ó constituye una pretensión enteramente nueva. Así, después de haberseme negado la reivindicación de un inmueble, yo no podría reivindicar el disfrute de este mismo inmueble, si lo reclamo como parte integrante del derecho de propiedad, lo que los comentaristas han llamado usufructo *causal*. Pero se me admitirá la reivindicación del usufructo propiamente dicho, del usufructo *formal*, sin que pueda oponérseme el fallo recaído respecto de la propiedad: pues aunque el usufructo constituye en teoría una desmembración de la propiedad, no hay contradicción alguna en la práctica en reconocer que tal título no me ha conferido la propiedad, y en sostener al mismo tiempo que me ha conferido un derecho de usufructo (V. Pomp., l. 12, § 3.º, D., *De except. rei judic.*). Una cosa es la reclamación parcial de un derecho ya reclamado en totalidad, y otra es la reclamación de un derecho distinto, aunque comprendido *in abstracto* en el primero. Así, una sentencia denegatoria de 30 de Marzo de 1837 ha juzgado que la falta de éxito de la demanda del propietario de un fundo, que se dirigía á librarse de una servidumbre *non ædificandi*, no era obstáculo á que este propietario reclamase ulteriormente, por una demanda especial, el derecho de explotar su muro de clausura, dándole profundidad y haciendo en él tiendas que miren hacia la vía pública: «Considerando que en derecho no hay cosa juzgada en todos aquellos casos en que la demanda sobre la cual ha estatuido la segunda sentencia no es la misma que la juzgada por la primera; que la demanda general por medio de la cual se reclama un derecho absoluto y sin límites es completamente distinta de la demanda especial, por medio de la que se reclama un derecho determinado distinto del primero, y sobre el cual no ha habido cuestión alguna al darse la primer sentencia; en fin, que la disposición general de esta sentencia que rechaza la demanda general, no rechaza en modo alguno la demanda especial, respecto de la que las partes no han reclamado nada; *sententia generalis lata super petitione generali restringitur ope replicationis (1) ad prosecuta tantum (2)*»; má-

(1) La *replicatio* de que habla la Glosa es la réplica del demandante á la excepción de cosa juzgada.

(2) Según M. Griolet, la sentencia de 1837 habría debido fundarse sobre lo siguiente: que más bien se trataba, en este caso, de la ejecución de la primera deci-

xima tomada por el ponente M. Lasagni de la Glosa (*Ad leg. 2 Cód., De judic.*).

El derecho á la posesión es esencialmente distinto del derecho de propiedad. De donde resulta necesariamente que la cosa juzgada en juicio posesorio deja intacta la cuestión del juicio petitorio (Cas. de 22 de Agosto de 1853; * Compar. Cas. de 17 de Julio de 1876 *.) Y hasta cuando la demanda en el juicio petitorio se funda sobre la prescripción, la cual tiene ella misma por base la posesión, la decisión del juez de paz, la cual hace constar el derecho del reclamante, bajo el aspecto de la tenencia posesoria, no podría prejuzgar en favor suyo el derecho de posesión, en tanto que puede conducir á la prescripción (Sents. de 28 de Diciembre de 1857 y 11 de Abril de 1865). Puede añadirse también que si el juez de paz se ha limitado á mantener en la posesión al demandado por una acción de queja, este juicio no le asegura el derecho de posesión desde el punto de vista activo; pues, de que el demandante no haya podido justificar su derecho, no se sigue que la posesión pertenezca al demandado (Sent. de 21 de Marzo de 1834).

Por el contrario, si no es permitido al demandante en juicio petitorio volver á reclamar en adelante por medio del juicio posesorio (*Cód. de proc.*, art. 26), no es porque la cuestión posesoria haya podido ser juzgada por el tribunal civil; es que yo he creído conveniente renunciar á la ventaja de la posesión, demandando sobre el fondo del asunto (Sent. de 2 de Febrero de 1857), suposición que no se admitía en Roma (Ulp., l. 12, § 1.º, D., *De adq. poss.*).

2.º—IDENTIDAD DEL OBJETO

869. Hemos llegado á la identidad del objeto del derecho.

Importa ante todo prevenirnos contra todo equívoco. Sin duda que no se puede reclamar varias veces el mismo objeto en virtud de títulos diferentes, de una donación, de un testamento, etc., sin que la sentencia que recaiga en una de estas demandas sea de tal naturaleza que no prejuzgue en nada la suerte de las otras. No ha lugar tampoco á citar, como referente á la identidad del objeto, una sentencia de casación de 14 de Febrero de 1831. Si esta sentencia ha juzgado que, después de haber fracasado en la demanda de un derecho de propiedad exclusivo, se puede reclamar sobre la misma cosa un derecho de propiedad común é indiviso, es porque

sión que de la reclamación de un derecho distinto del primero; pero, en el fondo, M. Griolet admite la doctrina del tribunal regulador.

este último derecho estaba fundado, como fácilmente puede suponerse, en aquel asunto, sobre otro título que el derecho precedentemente reclamado. Es, pues, necesario que nos coloquemos en la hipótesis, según la cual, permaneciendo el mismo título, exista duda acerca de la identidad del objeto del derecho.

No hay necesidad de considerar como objeto del derecho la cosa material que actualmente se reclama, si la reclamación se relaciona con una cualidad, sobre la cual versa el pleito. Por esto es por lo que un texto de Ulpiano (l. 7.^a, § 5.^o, D., *De except. rei judic.*) ya citado (núm. 866), no se permite á aquel que ha intentado sin éxito la petición de herencia contra un deudor hereditario, renovar el litigio con la reivindicación de un objeto corporal hereditario; porque el verdadero objeto del proceso no es el pago de la deuda ó la restitución del objeto corporal hereditario, sino la cualidad de heredero, sobre la cual se ha estatuido: *Nam, cum hereditatem peto, dice Ulpiano, et corpora et actiones omnes, que in hereditate sunt, videntur in petitionem deduci.*

Otra cosa sería (Ulp., l. 9.^a, pr., *ibid.*) si la petición de herencia no hubiese prosperado tan sólo porque el demandado no poseía, y que yo reprodujese mi demanda invocando el hecho de la posesión. No habiendo sido rechazada mi demanda más que á causa de una razón temporal, podría reproducirla de nuevo con éxito.

La identidad del objeto se entiende de un modo más restringido, si nos colocamos en el punto de vista de la función negativa de la autoridad de la cosa juzgada, es decir, si investigamos qué es lo que directamente ha sido deducido en la instancia (núm. 866); en este sentido, puede con verdad decirse, con el art. 1351, que *la cosa demandada debe ser la misma*. Esta proposición deja de ser exacta si nos colocamos en un punto de vista más amplio, que es el que había concluido por prevalecer en Roma (V. el mismo núm. 866), en el de la función positiva de la autoridad de la cosa juzgada. Aun cuando el objeto reclamado sea diferente, con tal que se haya hallado implícitamente comprendido en la misma demanda (1), la cuestión que se ha reproducido es la misma, *eadem questio versatur*, según la definición de Juliano (l. 3.^a, D., *ibid.*), y el proceso no puede entonces ser renovado, porque hay en el fondo identidad en el objeto del litigio.

Colocándonos en el primer punto de vista, en el de la identidad

(1) No habría decisión, ni aun implícita, si se hubiese estatuido sobre la aplicación de un título, pero sin reconocer formalmente su validez. (Sent. 10 de Diciembre de 1867.)

material del objeto, todavía es preciso examinar si el *substratum* del proceso es un objeto considerado individualmente, ó bien una cantidad, ó bien un cuerpo considerado en las relaciones del conjunto con las partes constitutivas.

870. En lo que toca al objeto considerado en su individualidad, hay que advertir, con los jurisconsultos romanos, que la identidad no debe entenderse demasiado literalmente. *Idem corpus, in hac exceptione*, dice Paulo (l. 14, pr., D., *ibid.*), *non utique omni pristina qualitate servata, nulla adjectione deminutione facta, sed pinguis pro communi utilitate accipitur*. Así, cuando se trata de un ser moral, no se exige la identidad absoluta de los elementos que le componen. Los cambios ó las disminuciones que tienen lugar en un rebaño, por ejemplo, no alteran su sustancia y no permiten intentar una nueva acción á aquél que ya ha sido vencido en una demanda de reivindicación (Pomp., l. 21, § 1.º, D., *ibid.*).

871. Relativamente á las cantidades, es evidente que una cantidad superior, debida *ex eadem causa*, comprende la cantidad inferior. Si yo he demandado sin éxito por veinte en virtud de préstamo, no puedo demandar por diez apoyándome en el mismo título. Pero si yo he demandado y obtenido diez, conservo mi derecho sobre lo restante. Solamente que en Roma se me rechazaba por la excepción *litis dividuae*, si yo quisiese demandar durante el tiempo de la misma pretura (Gaio, *Inst.*, com. 4.º, § 55), y entre nosotros no me admitirían la prueba de mi segunda demanda por medio de testigos, si no estaba completamente justificada por escrito (*Cód. civil*, art. 1346).

872. Llegamos á la hipótesis en que el litigio versa, sucesivamente, sobre un objeto material y sobre los diferentes elementos que lo constituyen.

Lo que hemos dicho de la autoridad de la cosa juzgada relativamente á la extensión del derecho (núm. 868), debe aplicarse igualmente al *corpus* que es el objeto del derecho: *Nec interest*, dice Ulpiano (l. 7.ª, pr., D., *ibid.*), *in corpore hoc queratur, in quantitate vel in jure*. De la misma manera que después de haber reivindicado la propiedad de un fundo, no puedo reivindicar el usufructo causal sobre ese mismo fundo; de la misma manera después de haber fracasado en la reivindicación del fundo entero, no puedo reproducir mi demanda por una parte dividida ó indivisa (Ulp., *loc. cit.*). En este sentido, el jurisconsulto romano tiene perfecta razón en decir (*Ibid.*) que la parte está contenida en el todo: *Pars in toto est*. Los ataques dirigidos por el malogrado Marcadé contra esta proposi-

ción, reproducida por los comentaristas, no se basan, después de todo, sino en un equívoco.

Para continuar en todo la analogía entre el derecho y el objeto material, hemos visto (núm. 863) que se puede perfectamente reivindicar el usufructo formal después de haber fracasado en la demanda sobre la propiedad, puesto que aquí no existen cantidades homogéneas. ¿Quiere esto decir que la máxima *Pars in toto est* puede ser más dudosa que el axioma *dos y dos son cuatro*? La verdad es que yo no reclamo el derecho de usufructo como una parte integrante del derecho de propiedad, y que, por consiguiente, me encuentro colocado fuera del campo de aplicación de la máxima. La misma decisión debe recaer en lo que concierne al todo comparado con las partes materiales de un objeto. Es posible que el fallo dado en cuanto al objeto total deje intacta la cuestión de la propiedad de las partes. *Is qui insulam petit*, dice Ulpiano (en la misma l. 7.^a, § 2.^o), *si caementa vel tigna vel quid aliud suum petit, in ea conditione est ut videatur aliud petere. Etenim, cujus insula est, non utique et caementa sunt* (1). En toda materia, lo que hay que examinar es, como dice Pothier (*Pandect.*, *De except. rei jud.*, § 5.^o), si lo que se pide de nuevo, *tanquam pars ejus rei que petita fuerit, petatur*. Solamente entonces puede aplicarse la máxima *Pars in toto est*; pero, porque muchos comentaristas modernos se hayan equivocado á veces en cuanto á la aplicación de esta máxima, no debe hacerse de esto un motivo para revocar en caso de duda una verdad tan elemental.

Como corolario de la máxima *Pars in toto est*, los antiguos comentaristas han querido decir, á la inversa: *Totum in parte non est*. Esta proposición, que no corresponde á los juriconsultos romanos, está muy lejos de ser exacta, aún en las ciencias físicas; pues, cuando un todo se compone de partes homogéneas, lo que es verdad tocante á una de las partes es verdad tocante á las otras y, por consecuencia, tocante al todo. Esta misma es, según hemos visto (núm. 14), la base de la inducción que se funda sobre observaciones concordantes, para elevarse del conocimiento de los hechos particulares á las leyes generales de la naturaleza. En lo que concierne á la autoridad de la cosa juzgada, hay que distinguir tres hipótesis: 1.^a, aquella en que el primer juicio ha estatuido sobre un derecho parcial distinto del derecho general que actualmente

(1) Todavía debe añadirse que, en la hipótesis en que los materiales sean reclamados por una acción posterior, casi siempre lo serán, de hecho, en virtud de otra causa distinta de aquella que motivara la reivindicación del edificio.

se reclama; 2.^a, aquella en que ha estatuido sobre una parte del objeto de la demanda actual, pero sin prejuzgar nada acerca del todo; 3.^a, aquella en que el primer juicio, no estatuyendo en sus términos sino sobre una parte de este mismo objeto, ha cortado virtualmente la cuestión sobre la totalidad.

En la primer hipótesis, no hay lugar á decir: *Totum in parte non est*; pues se trata de derechos completamente distintos. De la misma manera que, después de haber reivindicado sin éxito la propiedad, puedo yo reivindicar el usufructo formal, de la misma manera podía yo reivindicar los materiales tomados aisladamente, después de haber reivindicado sin éxito el edificio considerado en su conjunto; suponiendo el caso opuesto, me sería perfectamente admisible la presentación de una nueva demanda de reivindicación de la propiedad, ó bien de reivindicación del edificio.

En la segunda hipótesis, puede con verdad decirse que el juicio relativo á una parte deja intacta la reclamación del todo, en el sentido de que es permitido reclamar el todo, menos la parte comprendida en el primer proceso. Así, cuando se ha resuelto que yo no soy propietario de una parcela de tierra que constituye parte de una finca, puedo todavía pretender la propiedad de la finca, menos esta parcela de tierra. Es esta una verdad matemática, puesto que la segregación de una cantidad comprendida en una suma mayor deja necesariamente intacto todo lo que excede de esta cantidad. No obstante, hay que suponer que las conclusiones formuladas en la primer instancia sólo se refieren á la propiedad de la parcela de terreno y no á la de toda la finca; de otra manera, caeríamos en la hipótesis siguiente.

La tercera hipótesis nos lleva á la función positiva de la autoridad de la cosa juzgada. No se trata ya de una *res in judicium deducta*, puesto que nosotros suponemos que el primer fallo no ha resuelto en sus términos sino sobre una parte del objeto. Si se colocase en el punto de vista primitivo de la excepción de la cosa juzgada, el litigio podría renovarse en cuanto á la parte del objeto no comprendida en las primeras conclusiones. Así, es evidente que no se ha deducido *in judicium* una cosa que todavía no tenía existencia distinta, como los frutos del fundo reclamado que no se hubiesen percibido aún en la época de la demanda; ni es tampoco menos cierto que el juez, al estatuir sobre la propiedad del fundo, ha estatuido virtualmente sobre la de los frutos. *Hæc enim nondum erant in rerum natura*, dice Ulpiano (l. 1.^a, § 3.^o, *Ibid.*), *sed ex re sunt que petita est; magisque est ut ista exceptio noceat*.

Lo mismo sucederá, y con mayor razón aún, si la nueva reclamación se refiere á un derecho que ya haya tenido una existencia efectiva desde el primer fallo, cuya decisión implique forzosamente la negación de semejante derecho. Esto es lo que han reconocido los jurisconsultos romanos, á los cuales se atribuye con poca discreción y exactitud la máxima general: *Totum in parte non est*. He aquí la elegante especie que expresa Africano (l. 36, D., *De except. rei judic.*): *Egi tecum jus mihi esse ades meas altius tollere, post ago, jus mihi esse usque ad viginti pedes altius tollere; exceptio rei judicate procul dubio obstat. Sed etsi rursus ita agam, jus mihi esse altius ad alios decem pedes tollere, obstat exceptio, quum aliter superior pars jure haberi non possit, quam si inferior quoque jure habeatur.*

Por fin, volviendo á las cantidades, la decisión relativa á un cierto valor puede prejudicar la cuestión relativa á otro valor sobre el cual no se habían dictado las primeras conclusiones. Así, después de haber reclamado en vano 10.000 francos en virtud de un billete cuya cifra era de 20.000 francos, no se me admitiría la reclamación, en virtud del mismo billete, ni de 20.000 francos, ni aun de los 10.000 francos restantes. Se rechazará mi pretensión, invocando contra mi la función positiva de la autoridad de la cosa juzgada (1). También en este sentido puede decirse: *Totum in parte est* (V. Den. 20 de Diciembre de 1830).

Las soluciones que acabamos de presentar suponen que la decisión judicial ha estatuido formalmente sobre el derecho todo, con ocasión de la demanda parcial que se había sometido al juez. Otra cosa sería si se quisiese hacer resultar la autoridad de la cosa juzgada del simple silencio que haya guardado sobre un punto que ulteriormente diese lugar á reclamación. Así el Tribunal regulador ha casado, el 28 de Diciembre de 1859, una sentencia de la Audiencia de Colmar que había denegado el abono ulterior de los intereses, por el solo motivo de que habían sido omitidos en el fallo que estatuyó sobre el capital.

3.º IDENTIDAD DEL TÍTULO DE LA DEMANDA

873. De la propia manera que yo puedo ser rechazado por la autoridad de la cosa juzgada cuando reclamo un objeto diferente, si la base de mi pretensión es idéntica en ambos procesos, como lo hemos visto (núm. 869) respecto de la petición de herencia, puedo,

(1) Cuando Ulpiano dice (l. 13, D., *De except. rei jud.*): *quantitas eadem*, se coloca en el punto de vista de la función negativa de la excepción.

por el contrario, reclamar idénticamente el mismo objeto si me presento en virtud de otro título; si, por ejemplo, después de haber reivindicado un inmueble en virtud de una venta, lo reivindico en virtud de un testamento. En este sentido es en el que debe haber *eadem causa petendi* (Paulo, l. 14, D., *De except. rei judic.*). Ya veremos que una falsa interpretación de las expresiones de Neratio (l. 27, *ibid.*), *causa proxima actionis* es lo que ha hecho dar á la palabra *causa* un sentido sutil, completamente desconocido de los jurisconsultos romanos, en tanto que Neratio quería designar simplemente el derecho que sirve de base á la acción, por ejemplo, el testamento en la acción *ex testamento*, *id ipsum de quo agitur*, por oposición á los medios de prueba. Había en la legislación romana sobre la causa, bajo el punto de vista de la cosa juzgada, una dificultad, pero de naturaleza completamente distinta.

874. Era necesario distinguir, en cuanto al título invocado por el demandado, entre las acciones reales y las acciones personales. Aquel que había intentado una acción real sin hacer restricción alguna (*si paret hanc rem ex jure Quiritium Auli Agerii esse*), si intentaba después la misma demanda fundándose en otro título, era rechazado, porque se había juzgado de una manera absoluta que la cosa no le pertenecía. En las acciones personales no se corría este riesgo. Pudiendo una misma cosa ser debida por la misma persona en virtud de diferentes causas, la denegación de la pretensión del demandante, cuando se tratase de un crédito, no tenía jamás sino un efecto relativo: *Actiones in personam*, dice Paulo (l. 14, § 2.º, D., *De except. rei judic.*), *ab actionibus in rem in hoc differunt: quod, quum eadem res ab eodem mihi debeat, singulas obligationes singulæ causæ sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiat. At quum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causæ una petitione adprehenduntur. Neque enim amplius quam semel res mea esse potest; sæpius autem deberi potest.* Dejamos á los romanistas el cuidado de resolver si la *adjectio causæ* de que habla Paulo debía encontrarse en la *intentio* misma ó en una *prescriptio* separada, como aquellas de que habla Gaio (*Comm.*, 4.º, § 135 y sigs.).

Hoy apenas puede surgir la misma dificultad, puesto que el artículo 61 del Código de procedimientos exige que la cédula de emplazamiento contenga la exposición sumaria de los medios, y que desde luego la naturaleza de la causa alegada se encuentre siempre designada desde el comienzo del procedimiento (1). Pero, aun en

(1) Véase en Savigny (apéndice 16) la controversia acerca del punto de saber

el caso en que los medios no hayan sido mencionados en el comienzo, y se haya cubierto la nulidad de la cédula, cuya falta debe alegarse *in limine litis*, bastaría que los medios resurgiesen del fallo comparado con las conclusiones, para que se pudiese apreciar después cuál era la pretensión del demandante. La opinión que quiere considerarle caducado de todo derecho á la propiedad, por cualquier título que sea, por haberse dicho propietario sin enunciar desde luego el título especial que pretendía hacer valer, sería rechazada hoy como una pura sutileza.

Lo que no es dudoso, tanto en la legislación romana como en la nuestra, es que no pudiendo nunca el juez estatuir más que sobre el estado presente de las cosas, siempre es permitido invocar una causa de adquisición sobrevenida más tarde: lo que los intérpretes han llamado *causa superveniens*. *Si forte*, dice Ulpiano (l. 11, § 4.º, D. *De except. rei judicat.*), *petiero fundum vel hominem, mox alia causa nova post petitionem mihi accesserit, non me repellet ista exceptio*.

875. Veamos ahora qué es lo que debe entenderse en nuestro derecho por *causa* de la demanda.

Este punto no da lugar á ninguna dificultad seria cuando las conclusiones del demandante van directamente encaminadas á un cuerpo cierto ó á una cantidad, tratándose de saber cuál es la base de su reclamación, *causa petendi*. En este caso se distingue claramente la causa de la demanda, la convención, el testamento, etc., invocados en apoyo de las conclusiones, y el objeto de la demanda, que consiste en el cuerpo ó en la cantidad que reclama el demandante. En esta hipótesis es en la que discurre Pothier (*Oblig.*, núm. 895), cuando trata de la causa.

Desde este punto de vista, que es el más simple y el único que se pudo presentar en el procedimiento romano, si no hay dificultad en la determinación de la causa, ha lugar á resolver, en lo que toca al alcance y valor de la cosa juzgada, una cuestión esencialmente práctica. El fallo que afirma la existencia del derecho del demandante, singularmente de un crédito, afirma implícitamente, no sólo la existencia legal del derecho en su principio, sino también la ausencia de toda extinción ulterior, por pago, por remisión ó por cualquier otro modo?

En el rigor de los principios, podríamos ser obligados á decidir, con M. Griolet (págs. 108 y 172), que, al pretenderse liberado

si, según el derecho común alemán, la acción de la propiedad exige, so pena de nulidad, la enunciación, en el acta de iniciación de la instancia, del origen de la propiedad.

de una deuda, cuya existencia ha sido comprobada judicialmente, sin reserva alguna (1), el demandado viola la autoridad de la cosa juzgada. Debe entenderse bien que nosotros suponemos el hecho de extinción alegado anterior á la demanda; de otra manera caeríamos en la hipótesis de la *causa superveniens* (núm. 874), que excluye toda autoridad de la cosa juzgada. Cuando la extinción alegada existía en el momento del primer proceso, ¿no correspondía la prueba de la misma al demandado? Esta solución rigurosa era inevitable en el procedimiento romano, en el cual la cuestión, puesta de la manera más general: *Si parat Numerium Negidium Aulo Agerio decem dare oportere*, comprendía forzosamente la existencia legal de la deuda y la ausencia de todos los modos de extinción conservados por el derecho civil.

Pero en nuestro procedimiento francés, antiguo y moderno, las conclusiones no son habitualmente puestas de una manera tan comprensiva. El debate versa la mayor parte de las veces sobre la existencia legal de la deuda, y el demandado, condenado á pagarla, si más tarde dice que está libre de ella, no vuelve sobre un litigio que no ha sido precisamente entablado. También estuvo admitido en otro tiempo el prevalerse del pago sin tener necesidad de proveerse por medio de requerimiento civil contra el primer fallo. *Las condenaciones al pago*, según un texto de Duparc-Poullain, citado con frecuencia, *se entienden siempre por dinero ó carta de pago*. Esta es también la jurisprudencia moderna. El Tribunal de Casación (Sent. de 12 de Junio de 1861) ha admitido á la parte, contra la cual se había afirmado judicialmente la existencia de la deuda, á presentar la prueba de la remisión, «teniendo en cuenta que, en la instancia terminada por sentencia de 1856, el debate no versaba más que sobre la existencia y la legitimidad de la deuda, y que no se admitió entonces ninguna de las conclusiones concernientes á la remisión».

Si, por el contrario, el debate ha versado sobre la extinción misma de la deuda, tanto peor para el demandado si no se ha encontrado en disposición de probar el pago ó la remisión que se le hubiese hecho. No le queda otra vía más que el requerimiento civil, si la carta de pago ó cualquier otro acto liberatorio ha sido retenido por la parte contraria (*Cód. de proc.*, art. 480, 10). Esto es

(1) No hay dificultad de ninguna clase si, como en un caso juzgado por el Tribunal de Casación el 24 de Febrero, año x, el demandado no había sido condenado más que á la restitución, si suministraba la prueba del pago; práctica muy usada en el antiguo derecho bajo el nombre de *acciones brevemente conminatorias*.

también lo que ha resuelto el Tribunal de Casación (Sent. 29 de Julio de 1851) en un caso en que los primeros jueces habían estatuido *al mismo tiempo sobre la demanda y sobre la excepción de pago opuesta por el demandado*.

876. Llegamos ahora al estudio de aquel género de acciones para el cual Toullier (tomo 10, núms. 61 y sigs.) ha imaginado una teoría sutil que ha hecho fortuna en la jurisprudencia y que nosotros mismos hemos enseñado hasta tanto que hemos sido edificados por la sabia crítica de M. Griolet (1). A las acciones de nulidad es á las que en la práctica se ha aplicado especialmente esta teoría.

Lo extraño es que Toullier se haya esforzado en apoyar sobre la autoridad de los juriconsultos romanos una doctrina ajena por completo al procedimiento romano. En Roma, las conclusiones (*Si paret rem Auli Agerii esse; si paret Numerium Negidium Aulio Agerio decem dare oportere*) versaban siempre directamente sobre el objeto que el demandante pretendía en último término, y no sobre la nulidad de tal ó cual acto, que habría sido preciso hacer pronunciar de antemano. Así, aquel que atacaba un testamento como nulo ó como inoficioso, reivindicaba directamente la herencia *abintestato*: lo cual permitía distinguir bien claramente el *objeto* de la demanda, la herencia, y la *causa* de la demanda, la nulidad ó inoficiencia del testamento.

Nuestro procedimiento no sigue la misma marcha. Nosotros tenemos la costumbre de atacar el testamento, la convención, etc., que nos proponemos hacer anular; los resultados á los cuales mira finalmente el demandante, y que son después de todo el *objeto* que tiene ante la vista, no se producen sino por vía de consecuencia. Pero, si la nulidad se considera como el objeto de la demanda, ¿cuál será, pues, la *causa*?

Toullier ha creído encontrar la solución de esta dificultad en el texto de Neratio, que ya dejamos indicado (núm. 873), donde se habla de la *causa próxima actionis* (l. 27 D. *De except. rei judic.*). La causa de la demanda sería lo que determina inmediatamente las conclusiones del demandante, por oposición á las causas lejanas, llamadas por los intérpretes *causæ remotæ*, simples medios, sobre los cuales no es permitido volver ya cuando no se les ha podido ha-

(1) Marcadé nos ha atacado en esta ocasión con su vivacidad ordinaria, imputándonos como falta personal las oscuridades inherentes á la doctrina cuyo vicio no había él reconocido. Si hubiese vivido lo necesario para conocer el trabajo de M. Griolet, se habría convencido de que las incoherencias que él señalaba dependían de la teoría misma de Toullier, que es la que era preciso que hubiese combatido.

cer valer en el primer debate. Pero esta noción de la *causa próxima* es ajena al espíritu del procedimiento romano, no encuentra apoyo alguno en los numerosos textos de los jurisconsultos sobre la excepción de la cosa juzgada; y en fin, como ya hemos hecho notar, interpreta falsamente el fragmento de Neratio. Seguido con atención este texto, es fácil convencerse de que Neratio no opone la *causa actionis* al objeto *id ipsum de quo agitur*, sino que entiende sencillamente por *causa actionis* el derecho mismo del demandante *id ipsum de quo agitur*. Lo que él opone á la causa de la acción son los medios de prueba sobre que se funda la acción: *ratio qua quis eam causam actionis sibi competere existimasset*. Romanistas mejores que Toullier se han equivocado en adoptar con confianza una interpretación verdaderamente insostenible, ora en cuanto al sentido literal, ora en cuanto al espíritu de la legislación romana.

Entre nosotros, si se quiere considerar la nulidad del acto como objeto de la demanda, la causa de la demanda será el vicio que engendra la nulidad; la incapacidad, el error, el dolo, la violencia, etc. No se puede desconocer, dice Dalloz, citado por M. Griolet, que sea este *el sentido simple y natural de la ley*. Sin embargo, hay que confesar que esta hipótesis no había en modo alguno sido prevista por Pothier, guía habitual de los autores del Código.

Se advierte que era imposible admitir esta consecuencia lógica de las premisas sentadas por Toullier, sin reducir completamente á la nada el respeto debido á la cosa juzgada. El mismo Toullier, ateniéndose siempre á la pretendida doctrina de Neratio sobre la *causa próxima*, ha emitido también la opinión de que era preciso agrupar los medios de nulidad de manera que formen diferentes categorías: vicios del consentimiento, incapacidades, nulidades de forma, etc. En todos los casos en que el juez ha estatuido sobre uno de los medios comprendidos en la categoría, especialmente sobre una nulidad de forma, la categoría, la de las nulidades de forma, en este caso, se encuentra agotada; pero siempre queda al litigante el derecho de renovar el debate, tomando un medio de otra categoría, especialmente, invocando un vicio del consentimiento, el error, la violencia ó el dolo. Marcadé califica lo que se llama *causa* en esta doctrina, el vicio de forma, ó el vicio de consentimiento, de *base inmediata* de la acción, en tanto que los elementos particulares, como el error y el dolo, no serían más que una *base mediata*: teoría ingeniosa, sin duda, pero que no se apoya sobre ningún fundamento sólido, ora por parte de los precedentes, ora desde el punto de vista racional.

La teoría de Toullier, como no ha sido contradicha hasta estos últimos tiempos, ha sido admitida sin dificultad por la jurisprudencia (V. especialmente Dens. de 2 de Enero de 1851, 15 de Diciembre de 1856 y 19 de Enero de 1864). Sin embargo, la formación de los grupos en que se clasifican los vicios que dan entrada á la acción de nulidad no deja de causar dificultades en la práctica. Así, mientras Marcadé ve un vicio de forma en la incapacidad de un testigo instrumental, el Tribunal de Casación (1.º de Junio de 1814) incluye esta incapacidad en una categoría aparte, lo cual permite renovar el litigio. Esta decisión del Tribunal de Casación nos parece peligrosa desde el punto de vista práctico; pues, en cuanto se tome por base el sistema de Toullier, no hay ningún principio cierto, como no hay tampoco ningún texto en qué apoyarse para criticarla (1).

Añádase que esta teoría, basándose únicamente sobre la forma de las conclusiones, conduce á una consecuencia muy singular: hace variar la causa, según el carácter de las conclusiones sentadas en la demanda (2). Si el heredero *abintestato* pide directamente la nulidad del testamento, la causa de su demanda será la incapacidad del testador, el vicio de forma, etc. Si, según la marcha del procedimiento romano, reclama directamente la herencia *abintestato*, no presentando sino como una demanda incidental la acción de nulidad del testamento, el objeto de su demanda será la herencia *abintestato*, la nulidad del testamento será la causa, y los vicios, aun agrupados en categorías los vicios de forma, la incapacidad, etc., degenerarán en simples medios: lo cual, después de todo, es muy racional. Pero, ¿cómo una teoría de derecho había de variar, según una simple modificación del procedimiento? ¿No revela esta consecuencia toda lo arbitrario del sistema?

Evidentemente, para ponerse en la verdad, es preciso llegar hasta el fondo de las cosas, y considerar como el verdadero objeto de la demanda, no la acción de nulidad, sino el resultado final que se quiere conseguir por medio de esta acción. Si atacáis un testa-

(1) El Tribunal de Casación, en una de sus decisiones más recientes (13 de Abril de 1869), ha tratado de evitar el decidirse sobre el punto de saber si es permitido invocar contra un testamento una segunda nulidad de forma, después de haber fracasado en una primera demanda, fundada igualmente en una nulidad de forma, cuestión que la Audiencia de Pau había resuelto en sentido negativo.

(2) * M. Demolombe, tomo 30, responde: «Nos parece que esto no tiene nada de extraño en nuestra materia. En efecto, ¿no son las conclusiones sentadas por las partes las que precisan las causas de la demanda y las que determinan el alcance mayor ó menor de la contienda judicial que se empeña?» *

mento, el objeto final de vuestras conclusiones, cualquiera que sea la forma de las mismas, es la herencia *abintestato*; la causa de vuestra demanda es la nulidad del testamento, que es necesario presentar, so pena de caducidad, bajo todas sus fases: vicios de forma, incapacidad, etc. El sistema contrario conduce, si no se quiere caer en arbitrariedad, á ver tantas causas como vicios es posible alegar: lo cual permitiría renovar los procesos hasta lo infinito.

Solamente, y para ser consecuentes con nosotros mismos, diremos, con M. Griolet, el cual, no obstante, habría debido ser conducido á otra conclusión por su doctrina, en la cual coloca en la misma línea la propia constitución del derecho y las causas de extinción (pág. 469), que la nulidad del acto *ab initio* no tiene nada de común con la resolución ó la revocación producida por causas posteriores. Así es como puede provocarse perfectamente la resolución, por in-ejecución de las condiciones, de una convención cuya validez ha sido juzgada de un modo irrevocable (Sent. de 22 de Junio de 1814), ó bien pedir la revocación, por haber sobrevenido hijos, de una donación cuya regularidad no puede ser combatida *ab initio*.

*. Admite el art. 1252 del Código civil que para la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada, concurre la más perfecta identidad entre las cosas, las causas y las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha fijado el sentido de estos conceptos, estableciendo, respecto de los dos primeros, entre otras, las siguientes reglas:

«Cuando en un pleito anterior se acepta por ambas partes litigantes un testamento, y éste sirve de base para la discusión y fallo ejecutorio, la sentencia que en otro pleito posterior da lugar á la excepción de cosa juzgada respecto á la validez de dicho testamento y absuelve al demandado, no infringe las leyes 12, 13 y 14, Digesto *De exceptione rei judicatee*, ni la doctrina jurídica de que esta excepción no puede tener cabida sino cuando hay identidad de personas, cosas y acción.

—Si bien es doctrina legal y admitida por la jurisprudencia la de que procede la excepción de cosa juzgada aun cuando en el pleito en que se proponga se haya variado el nombre de la acción deducida en el primero, siendo idénticos el fundamento de ambos, su objeto y la causa ó razón de pedir, esto es y se entiende siempre en el supuesto de que, concurriendo los demás requisitos legales, se haya decidido también el pleito en que recae la ejecutoria por el mismo fundamento y no por otro distinto (Sentencia de 18 de Octubre de 1867).

—No por variarse el nombre de una acción puede calificarse de distinta en su naturaleza y esencia para los efectos de cosa juzgada, cuando es idéntica la razón en que se funda é igual el objeto á que se dirige, y son unas mismas las personas interesadas en su decisión (Sent. de 4 de Octubre de 1867).

—Aunque exista la identidad de personas y acción, si falta la de cosa, como acontece si la cantidad reclamada es mayor, y, por consiguiente, diferente de la demandada en pleito anterior, no puede invocarse la eficacia de la cosa juzgada (Sent. de 20 de Octubre de 1884).—(N. de la R.)

§ II.—Identidad de las partes y de sus cualidades.

SUMARIO: 877. Principio general: su aplicación.—878. Representado.—879. Sucesores por título particular.—880. *Quid* relativamente á los acreedores hipotecarios.—881. Casos en que se constituye el derecho real entre la demanda y la sentencia.—882. El vendedor no queda obligado por las decisiones dadas contra el comprador.—883. Cosa juzgada respecto del propietario aparente.—884. Respecto del deudor, en cuanto se refiere á los acreedores quirografarios.—885. De los cointerésados.—886. Del fiador.—887. De los acreedores y de los deudores solidarios.—888. *Quid* en caso de indivisibilidad.—889. Teoría del *contradictor legitimo*, en las cuestiones de estado.

877. Nada más razonable que el principio sentado por Paulo en este texto, que ha llegado á ser célebre (l. 16, D, *Qui pot. in pign.*): *Res inter alios judicata aliis prodesse aut nocere non solet.*

La aplicación de este principio no da lugar á ninguna dificultad cuando se trata de una persona completamente extraña á aquélla contra la cual se ha dado la sentencia. Y aun cuando la persona física que litiga es la misma, si ha cambiado la calidad, como si yo reclamo en mi nombre propio lo que había reclamado en vano en nombre de mi pupilo, es evidente que soy una parte nueva, y que no puede oponérseme lo que se ha juzgado contra mí, cuando no obraba sino como representante de otro (Den. 28 de Agosto de 1849; * Cpr. Lyon, 30 de Diciembre de 1870). * Solo habría cuestión formal ó grave, cuando se pretendiera que aquel á quien se opone la primer sentencia, y que no ha figurado en ella, se encontrase virtualmente parte en la misma, como habiendo sido el causahabiente de los que sucumbieron, ó en sentido inverso, cuando el que invoca una sentencia que no se dió en su favor se presentara como causahabiente del demandante que triunfó.

Pero hay ciertos juicios que no son declarativos de un derecho preexistente, sino constitutivos de un nuevo estado que se impone á todos los interesados. Sin hablar de aquellos actos, como la adopción (núm. 862), revestidos de formas judiciales pero sin llegar á constituir un verdadero fallo, hay fallos contenciosos que, para el porvenir, son obligatorios frente á terceras personas. Así, la separación de cuerpos, aunque sea decretada tan sólo respecto al marido, modifica el estado de la mujer en relación con todos los interesados. Tocante á la quiebra, hay que hacer una distinción. Aunque sea declarada á instancia de algunos acreedores, constituye para el deudor un estado de que todos están autorizados para prevalecerse (Den. 28 de Abril de 1846). Pero, si un acreedor ha perseguido inútilmente la declaración de quiebra, la deci-

sión del juez, puramente negativa, queda sin efecto por lo que toca á todos los demás que no sean el demandante; se entra en la regla ordinaria, y los demás acreedores conservan el derecho de perseguir la quiebra del deudor común.

Finalmente, debe añadirse que, según la jurisprudencia (1), el fallo que hace constar la existencia de un derecho real, sirve de título en aquello que equivale á un acta auténtica (núm. 508 *bis*), aun respecto de aquellos que no han sido partes, y que desde luego hace fe en cuanto á ellos, salvo el derecho de los mismos á presentar prueba en contrario, sea directamente, sea por medio de la oposición de tercero (2). (Núm. 37 *ter.*)

878. Volvamos á lo que concierne al causahabiente. El representado puede incontestablemente invocar las sentencias que se han dado contra su representante, por ejemplo, contra un mandatario, bien sea el mandato convencional, ó bien legal, tal como el de un tutor ú otro administrador. El representante puede, á la inversa, invocar la autoridad de las sentencias respecto del representado, según se ha juzgado con relación á un procurador, relativamente á una acción de indemnización de daños y perjuicios contra su cliente por un hecho que le era común (Deneg. de 23 de Abril de 1855). Por este motivo pueden aplicarse activa y pasivamente á los sucesores por título universal las sentencias que se dieron contra su autor.

¿Debe el gravado ser considerado como el causahabiente de los llamados á la institución, en cuanto á los fallos que pueden ser pronunciados con respecto á terceros? Nadie duda que tenga calidad para hacer mejor la condición de los llamados si el fallo se ha dado en su favor; el gravado que se encuentra investido del derecho real es más que un propietario bajo condición resoluto-

(1) La sentencia de 17 de Marzo de 1873 que hemos citado, desecha la apelación por motivos particulares, sin reproducir la doctrina general del Tribunal de Casación. Pero esta doctrina ha sido recientemente consagrada, en lo que se refiere á la fe de las actas (núm. 508 *bis*), por dos sentencias de la corte de Aix (29 de Febrero y 13 de Marzo de 1872). Es interesante la lectura de las críticas dirigidas, ora desde el punto de vista de las actas, ora desde el de los fallos, contra la jurisprudencia dominante, por nuestro honorable colega M. Naquet (Sirey, 1873, II, p. 49.)

(2) Rechaza M. Naquet la teoría que considera los fallos como probatorios *prima facie* contra terceras personas, y da á los fallos dictados *inter alios* una autoridad bastante más considerable, puesto que se esfuerza en hacer revivir la doctrina de Proudhon, según la cual la oposición de terceros sería siempre obligatoria. (*Revista crítica de legislación. — Revue critique de législation*, nuev. ser., tomo 2.º, núms. 6 y 7.)

ria, respecto del cual se admite esta decisión (núm. 882). Si el fallo es desfavorable, habrá que decidir, en rigor de principios, con M. Griolet (p. 162), que el poder de administrar no implica para el gravado ni para el tutor á la sustitución, el de representar á los llamados cuando se trata de perder su derecho al fundo. Pero entonces los procesos se harán interminables, puesto que nadie querrá empeñarse en una contestación, en la cual le es lícito perder, pero nunca ganar útilmente. La Ordenanza de 1747 (tit. 2.º, artículos 49 y 50) había declarado oponibles á los llamados los fallos dados regularmente dictados contra el gravado, según las conclusiones del Ministerio público. Esta decisión presenta tal necesidad práctica que nos parece imposible que no se admita, á pesar del silencio del Código.

879. En cuanto á los sucesores por título particular, no pueden invocar, ni se puede invocar contra ellos sino lo que se ha juzgado de acuerdo con su autor y con anterioridad al acontecimiento que les ha transferido sus derechos en todo ó en parte (Dens. de 11 de Marzo de 1834 y de 26 de Marzo de 1838). Sucede con las decisiones judiciales, como con las convenciones, que no pueden tener efecto respecto de los terceros amparados de un derecho real sobre el inmueble, sino cuando son anteriores á la constitución de este derecho real.

880. La misma razón existe en el fondo para decidir en lo relativo á los acreedores cuya hipoteca (1) es anterior á la sentencia que ha rechazado á su deudor. La hipoteca, aun cuando no se consintiera ver en ella un desmembramiento de la propiedad, es incontestablemente un derecho real (*Cód. civ.*, art. 2114), cuya conservación no puede depender de la mayor ó menor habilidad y celo del deudor en la defensa de sus intereses. Invocar, como se ha hecho con sobrada frecuencia, la máxima *Resoluto jure donantis, resolvitur jus accipientis*, es hacer evidentemente una petición de principio, puesto que se trata precisamente de saber si el deudor era ó no propietario, si tenía ó no el derecho de constituir una hipoteca. Tal era la doctrina de los jurisconsultos romanos. Así, Papiniano dice formalmente (l. 29, § 1.º, D. *De excep. rei jud.*): *Creditor in locum victi successisse non videbitur, quam pignoris conventio sententiam processerit*. Esta decisión se ha reproducido por Pothier (*Oblig.*, núm. 905). Pero háse visto en la práctica que es sumamente

(1) Véase, sobre esta cuestión, la disertación especial de M. Valette (*Revista del derecho francés y extranjero*, año 1844, pág. 27).

embarazosa la obligación de comprender en el pleito á todos los acreedores hipotecarios del demandado. Más aún: es muchas veces imposible de efectuar en una legislación, en que no todos los derechos hipotecarios se hallan sometidos á la publicidad. Sin ir tan lejos como Merlin (*Cuestiones de derecho*, v. *Tercer opositor*, § 1.^o), quien ha calificado de *absurda* la opinión contraria á la que él ha hecho prevalecer en la jurisprudencia (V. las numerosas decisiones del Tribunal de Casación, desde la sentencia de casación de 12 de Fructidor, año ix, hasta la de 13 de Diciembre de 1864), persistimos en creer que la utilidad práctica está aquí en oposición con el rigor de los principios (V., no obstante, la sent. de 26 de Agosto de 1849). ¿Diráse que es igualmente incómodo comprender en un pleito á un gran número de propietarios de poca importancia cuando se haya dividido el inmueble objeto del litigio? Pero este es un caso excepcional, al paso que son muchos los inmuebles que se hallan gravados con hipotecas. Estamos por creer que en Roma tampoco se aplicaba en todo su rigor la teoría que concede al acreedor hipotecario un derecho enteramente independiente. En efecto, leemos en un rescripto de Caracalla (l. 5.^a, Código *De pign. et hypoth.*): *Præses provinciæ vir clarissimus jus pignoris tui exequentem te audiet, nec tibi oberit sententia adversus debitorem tuum dicta, si eum collusise cum adversario tuo, aut (ut dicis) non causa cognita, sed præscriptione superatum esse constiterit*. Resulta evidentemente de este texto, que se había opuesto al acreedor hipotecario una sentencia formal dada sobre el fondo del derecho. Lo incontestable es que, en caso de colusión, los acreedores hipotecarios, como todos los demás acreedores (núm. 884), pueden formar tercera oposición á la sentencia dada contra su deudor. Finalmente, se les concede sin dificultad el derecho de hacer valer medios personales que su deudor no hubiera podido oponer (Deneg. de 20 de Junio de 1854; Cas. 6 de Diciembre de 1859): entonces la demanda se apoya en una nueva causa.

881. Hemos supuesto, ya en cuanto á los terceros detentadores, ya en cuanto á los acreedores hipotecarios, el acta constitutiva de un derecho posterior á la sentencia dada respecto de aquel que ha constituido este derecho. Según ciertos autores, sería necesario ir más lejos aún, y en virtud del antiguo adagio *Judiciis quasi contrahimus*, aplicado en el sentido del derecho romano á la acción intentada (*judicium*), considerar al causahabiente como sujeto por la sentencia dada respecto de su autor, cuando la constitución del derecho real ha tenido lugar entre la demanda y la sentencia. Esto

es, según nosotros, abusar de la ficción por la cual se hace remontar la sentencia al día de la demanda. En derecho romano, en que la *litis contestatio* producía un efecto enteramente especial, puesto que llevaba novación; se comprende que haya habido lugar para referirse á esta época, considerando á los litigantes como sujetos por un verdadero contrato, cuyos efectos debían realizarse posteriormente (Ulp., l. 11, §. 9 y 10, Dig. *De excep. rei jud.*). Y no obstante, hemos visto á Papiniano atender á la época de la sentencia, *cum pignoris conventio sententiam precesserit*. Merlin (*Rep.*, v. *Cuestión de estado*, § 3.º, art. 2.º, núm. 3), después de haber recordado la regla tomada del derecho romano, según la cual, en cuanto se empeñaba una contestación entre dos partes, no podía juzgarse sino entre ellas, añade, citando la autoridad de las antiguas providencias: «Pero esta regla de derecho romano ha caído ha largo tiempo en desuso.» Parécenos peligroso, en efecto, atribuir la facultad de representar el verdadero interesado á una persona que por lo común no tendría ya interés en el negocio, no hallándose obligado al saneamiento, por ejemplo, si se trataba de una donación, ó habiendo disipado el precio de la cesión, si tuvo lugar por título oneroso. Ningún texto de nuestras leyes da á la demanda judicial el efecto de un contrato de naturaleza propia para ligar á terceros. Conviene, pues, considerar como *res inter alios acta*, respecto del cesionario del objeto en litigio, lo que se ha juzgado respecto del cedente con posterioridad á la cesión (Denegs. de 26 de Marzo de 1838; Burdeos, 19 de Agosto de 1840). Añadamos, no obstante con M. Thomine-Desmazures (*Comentarios sobre el Código de procedimiento*, núm. 526), que sería de otra suerte si el cesionario, habiendo tenido conocimiento del proceso, hubiera tenido el designio de explorar en cierto modo á la justicia, á fin de poder aprovecharse de la sentencia si era favorable, y de atacarla, si era adversa (1). Entonces es el caso de decir con Macer (ley 63, D. *De re judic.*): *Scientibus sententia que inter alios data est, abest, cum quis de ea re, cujus actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiatur.*

882. Si el comprador queda obligado á cumplir las decisiones dadas contra su vendedor con anterioridad á la fecha del acto traslativo, no es cierto, á la inversa, que el vendedor quede obligado por las decisiones dadas contra el comprador, en el caso, por ejemplo, en que obtuviera ulteriormente la rescisión de la venta por

(1) Pero no bastaría el simple hecho del conocimiento (Cas. 19 de Agosto de 1818).

falta de pago del precio; porque la sentencia dada contra el sucesor no se entiende dada contra el autor. *Julianus scribit* (l. 9.^a, § 2.^o, *ibid.*) *exceptionem rei judicatae a persona auctoris ad emptorem transiri solere, retro contra, ab emptore ad auctorem reverti non debere* (V. deneg. de 16 de Noviembre de 1836). Y no puede decirse que el vendedor, al recobrar el inmueble, se haya hecho el causahabiente del comprador, puesto que la condición resolutoria hace desaparecer todos los derechos que han podido nacer por causa de este último (*Cód. civil*, art. 1183). Pero esta resolución no puede aprovechar más que á aquel en cuyo favor se ha establecido. El vendedor puede muy bien apoderarse de las decisiones favorables dadas respecto del comprador, y bajo este concepto considerarse como su causahabiente. La parte que quiere obtener un éxito seguro y duradero es quien debe hacer comprender en el pleito al vendedor no pagado. Con mayor razón hay que reconocer que el arrendador no puede quedar obligado á las resoluciones judiciales dadas contra el arrendatario, el cual, no siendo más que un detentador, debe ser colocado fuera de la instancia, nombrando al que representa (*Cód. civil*, art. 1727). Esto es lo que ha resuelto una sentencia de 23 de Agosto de 1854, en un asunto en que el arrendador había sido admitido en el litigio, pero no había podido ser representado, por razón de un caso de fuerza mayor.

883. Lo que acabamos de decir de las decisiones dadas para con el propietario supone que se hace caso omiso de la doctrina de la jurisprudencia, que, preocupada de la utilidad práctica más bien que de la deducción rigurosa de los principios, considera como válidos los actos de enajenación consentidos por un heredero aparente (V. dos sentencias de casación y una denegatoria de 16 de Enero de 1843; Deneg. de 25 de Noviembre de 1862; en sentido contrario Rennes, 12 de Agosto de 1844; * Añádase tribunal de Quimperlé, 26 de Julio de 1875, y Rennes, 17 de Agosto de 1876, relatados en la Cas. civil 13 de Mayo de 1879 *); lo que conduce á dar validez á las sentencias dadas con relación á este heredero (1). Si ahora se asimila al pretendido heredero todo propietario aparente, vendría á de-

(1) * M. Bonnier refiere á la convalidación de los actos de enajenación consentidos por el heredero aparente la decisión según la cual los fallos dados respecto de este heredero pueden oponerse al heredero verdadero. Puede, sin embargo, concebirse que se conteste, no á la primera pregunta, y sí á la segunda. Puede uno negarse á admitir la validez de las enajenaciones, que son actos puramente voluntarios, y reconocer, por el contrario, el efecto de la cosa juzgada frente al verdadero heredero, por ser los fallos actos necesarios. *

cidirse, como lo han hecho muchas sentencias (V. especialmente Rouen, 16 de Julio de 1834; París, 3 de Marzo de 1829 y 14 de Agosto de 1840), que la cosa juzgada con el propietario aparente puede oponerse al verdadero propietario. Ateniéndose á este sistema se podría con más razón sostener respecto del propietario, bajo condición suspensiva, la decisión dada contra el propietario bajo condición resolutoria, puesto que se admite que este mismo, que no tiene ninguna especie de derecho, puede litigar, con tal que tenga derechos aparentes.

Pero al reconocer los vicios de la legislación vigente, vicios que se han querido atenuar haciendo del propietario aparente un propietario imperturbable respecto de los terceros, no vemos nada en la ley que justifique esta transformación del hecho en derecho. Parécenos, por otra parte, que los caracteres legales en que puede reconocerse el heredero ó el propietario aparente, no hallándose definidos en parte alguna, los terceros detentadores, no obtienen, aun bajo el imperio de la jurisprudencia actual, la seguridad que se quiere asegurarles, puesto que no se validan indistintamente todos los actos hechos por un poseedor cualquiera, sino solamente los que emanan de un poseedor cuyo título es más ó menos *colocado* (Rouen, 16 de Julio de 1834; París, 14 de Agosto de 1840; Colmar, 18 de Enero de 1850). Así el Tribunal Supremo ha casado, el 26 de Febrero de 1867, un fallo de la Audiencia de Besançon, que había considerado como donatario universal aparente al tenedor de un acta cuya copia era regular, pero cuya minuta se hallaba viciada de nulidad. Rechazando el principio, rechazamos la consecuencia, y no podemos conceder al poseedor el poder de representar al propietario, lo mismo cuando litiga que cuando contrata (1). Solamente cuando el propietario haya tratado con el poseedor, especialmente cuando se trate de una condición resolutoria, tendrá la facultad de hacerse considerar como su causahabiente para el efecto de aprovecharse de las decisiones dadas en su favor, mientras que si no liga al propietario lazo alguno con aquel que ocupa el fundo, la cosa juzgada con relación á este último será completamente *res inter alios acta* con respecto al propietario.

884. Lo incontestable es que los acreedores quirografarios,

(1) De otra manera sería si hubiese habido una contra letra; pues entonces la condición resolutoria, precisamente por haber sido disimulada de intento, no produce efecto ninguno con relación á terceros, los cuales no deben ser inducidos á error por el hecho de aquel que pretende hoy invocarla en perjuicio de ellos (V. números 516 y sigs.).

tanto en lo relativo á las sentencias como en materia de convenciones, quedan obligados por los hechos de su deudor. Sin embargo, pueden formar tercera oposici3n á las decisiones que se hubieran dado en fraude de sus derechos en virtud del principio (*C3digo civil*, art. 1167) que les autoriza en general para dejar sin efecto los actos fraudulentos. Aun en el caso de que se tratara de una sentencia que consignase un privilegio en beneficio de uno de ellos, esta sentencia, como ha decidido una providencia denegatoria de 13 de Abril de 1841, es v3lida respecto de todos, por el solo hecho de haberse dado debidamente respecto del deudor, y s3lo puede atacarse en caso de fraude por la v3a de tercera oposici3n (1). Esta misma v3a pertenece al tercer detentador respecto de las sentencias fraudulentas dadas contradictoriamente con su autor con anterioridad al acto traslativo de propiedad.

Pero el deudor, salvo el caso en que se encuentre legalmente representado por los s3ndicos de la quiebra, n3 queda obligado por las decisiones dadas para con sus acreedores, ej3rcitando sus derechos á tenor del art. 1166 del *C3digo civil*. Esto es lo que ha resuelto el Tribunal de Casaci3n por una sentencia de 14 de Abril de 1806. Merlin, con arreglo á cuyas conclusiones se ha dado esta sentencia, hace observar con raz3n que el deudor no es el causa-

(1) * El Tribunal de Casaci3n parece opinar en sentido contrario y admitir que los acreedores quirografarios no est3n representados por un deudor en el caso en que se trate de un fallo que reconoce un derecho de preferencia en favor de uno de ellos. (V3ase cas. civ. 16 Noviembre de 1874 y cas. neg. 2 Julio de 1879). En esta 3ltima sentencia se trata de acreedores hipotecarios, pero la cuesti3n es la misma. La raz3n de la decisi3n se saca de que «en semejantes debates, en que no se discuten m3s que los derechos respectivos de sus acreedores, el deudor carece de cualidad para representarles» (Considerandos de la sentencia de 1879). La demostraci3n de esta idea est3 presentada de un modo inmejorable en el informe del consejero Aubry á prop3sito del asunto terminado por la sentencia de 16 de Noviembre de 1874. «Es indudable, dice este informe, que si este derecho de prenda general pertenece á todos los acreedores, cada uno de ellos no est3 menos investido del mismo personalmente, y no est3 menos autorizado individualmente para defenderle contra los pretendidos privilegios cuyo ejercicio dar3 por resultado disminuir sus emolumentos. El derecho de oponerse á los privilegios que neutralizan los efectos de la prenda general establecida por el art. 2093 es, pues, para todo acreedor, aun simplemente quirografario, un derecho individual y personal. Es adem3s un derecho que le es propio, en el sentido de que se deriva de la ley misma y no del deudor; de donde resulta la consecuencia que este 3ltimo no puede comprometerlo con sus gestiones. Sin inter3s y sin cualidad para formar el contrato judicial en las discusiones relativas á semejante derecho, el deudor no puede, evidentemente representar á sus acreedores, y desde entonces no se puede, para rechazar el ejercicio de este derecho, sacar contra ellos, excepci3n alguna de cosa juzgada de las decisiones dadas á consecuencia de instancias en las cuales haya 3l s3do parte.» *

habiente de sus acreedores, como el vendedor no es el causahabiente del comprador (núm. 882). Pertenece igualmente aquí á la parte contraria hacer entrar en el litigio al deudor para evitar la renovación del proceso.

885. Cuando hay muchas personas interesadas en el mismo asunto, como muchos copropietarios ó muchos codeuderos, lo que se decide ó juzga respecto del uno no lo es respecto de los demás, porque no son causahabientes unos de otros y no hay filiación entre ellos, sino solamente yuxtaposición de interés. Así, la Sala civil ha anulado el 10 de Agosto de 1858 una sentencia del tribunal de Angers, que había hecho aprovechar á los coherederos de la anulación de un testamento pronunciada en beneficio de sus coherederos.

886. De otra suerte sería si uno de los interesados se hiciera responsable de los hechos de otro. Tal es la posición del fiador relativamente al deudor principal. Reconociase, en efecto, en Roma que la cosa juzgada, respecto del deudor, tenía efecto respecto del fiador. (Pomp., l. 21, § 4.º, D., *De excep. rei judic.*; Marc., l. 5.ª, D., *De appell.*) Tal era también la doctrina de la antigua jurisprudencia, como lo atestigua Pothier (*Oblig.*, núm. 909) y el nuevo Denisart (V. *Cosa juzgada*, § 3.º). Según M. Griolet (pág. 163), «Pothier no ha podido afirmar que el deudor principal debe ser considerado como el mandatario del fiador, sino apoyándose en textos romanos relativos al caso tan diferente del *fidejussor*». Importa aclarar este punto, por cuanto la doctrina de Pothier es la base de toda la teoría seguida por la jurisprudencia sobre los deudores consortes. El *fidejussor* difería, en efecto, de nuestro fiador bajo el respecto de las demandas judiciales, único que nos interesa, en que antes de la promulgación de la ley 28 del Código, *De fidejussoribus*, en la cual abolió Justiniano esta sutileza del antiguo derecho, la *litis contestatio* con relación al deudor principal producía inmediatamente la liberación del fiador. Pero es claro que entonces no había lugar á promover la cuestión de la autoridad de la cosa juzgada. Evidentemente no es en esta hipótesis en la que se colocan Pomponio y Marciano (*loc. cit.*), cuando deciden que la cosa juzgada respecto al deudor principal produce efecto con relación al fiador, sino que suponen el derecho común modificado por una convención que parece haber sido frecuente en la práctica. *Invenimus plerumque*, dice Justiniano (la misma l. 28), *ex pacto hujusmodi causæ consultum*. Ahora bien: después que Justiniano ha transformado esta convención en regla general, ¿dónde

está la diferencia desde el punto de vista de las relaciones judiciales, entre el *fidejussor* romano y el fiador francés? No hay, pues, nada que no sea perfectamente exacto en la doctrina de Pothier.

Según la doctrina contraria, el fiador puede por cierto invocar las sentencias dadas en favor del deudor principal, así como se aprovecha de la remisión que se le hace (*Cód. civil*, art. 1287) y del juramento decisorio prestado por él (art. 1365); mas teniendo personalmente el derecho de contradecir la validez de su compromiso, no puede quedar sujeto dicho fiador por la decisión dada con respecto al deudor, aun en cuanto al fondo del crédito. Se hace también notar, que el fiador no queda sujeto por las confesiones extrajudiciales del deudor, y que, por consiguiente, no es su causahabiente como el heredero es el causahabiente del difunto. Parécenos, pues, más razonable considerar al fiador como habiendo accedido anticipadamente á las sentencias dadas con respecto al deudor sobre el hecho mismo de la deuda, sin que el acreedor esté obligado á renovar la contestación ó contienda jurídica con cada uno de los deudores accesorios. Es preciso, pues, reconocer que las sentencias dadas respecto del deudor deben, no solamente aprovechar, sino hasta perjudicar al fiador (1) (Cas. 27 de Noviembre de 1811); sin duda que no quisiéramos ir tan adelante como una sentencia denegatoria de 12 de Febrero de 1840, que permite invocar contra el fiador las declaraciones extrajudiciales del deudor. Pero una cosa es el mandato de defender en juicio, otra cosa es el mandato de hacer confesiones (2), como lo prueban suficientemente las reglas del Código de procedimiento sobre el desconocimiento

(1) * M. Colmet de Santerre, aun admitiendo que los fallos dados contra el deudor principal no pueden oponerse al fiador, decide, por el contrario, que éste puede aprovecharse de los procesos ganados por el deudor principal. Para establecer la primera solución, M. Colmet de Santerre se parapeta detrás de este principio: que el fiador tiene una existencia propia y que, por consecuencia, el deudor no puede ser el representante del fiador. Parece que esta idea debía conducir á M. Colmet de Santerre á pensar que los fallos favorables obtenidos por el deudor no podían ser invocados por el fiador. Pero se desembaraza ingeniosamente de esta objeción, haciendo intervenir el art. 2037 del Código civil: «El acreedor, dice M. Colmet de Santerre, al perseguir al deudor, ha realizado un hecho que por su resultado hace imposible la subrogación del fiador en los derechos contra el deudor; luego el fiador queda libre.» (Véase *Curso analítico de Código civil*, por A. Demante, continuado desde el art. 960 por E. Colmet de Santerre, tomo 5.º, núms. 328 bis, xxxi, y 328 bis, xxx.) *

(2) Debe observarse, por otra parte, que entre nosotros, lo mismo que en Roma (Potier, *Oblig.*, núm. 709), el fiador puede atacar por toda clase de recursos legales las sentencias dadas contra el deudor principal, mientras que no puede destruir los efectos de la confesión judicial, sino probando la colusión.

de los oficiales ministeriales (art. 352). Lo incontestable es que el fiador puede oponer siempre los medios ó fundamentos que le son personales (V. núm. 880), como la nulidad de la fianza, medios que el deudor principal no puede oponer (Cas. de 27 de Noviembre de 1811; Grenoble, 18 de Enero de 1832).

Debe reconocerse, á la inversa, que las sentencias dadas contra el fiador no pueden dañar al deudor principal, que no es en manera alguna responsable, respecto del acreedor, de la conducta que pueda observar el fiador. Solamente, puesto que el juramento que se defiere al fiador, cuando se defiere sobre la deuda, aprovecha al deudor principal (*Cód. civil*, art. 1365), conviene permitirle del mismo modo que invoque las decisiones favorables dadas sobre el fondo de la deuda en beneficio del fiador. Este es el mandatario del principal obligado, no para empeorar su condición, sino para mejorarla. Sin embargo, esta última decisión sólo debe admitirse con precaución, pudiendo ser puramente personal el litigio entre el acreedor y el fiador.

887. Un acreedor solidario es igualmente un mandatario, cuyo mandato puede aprovechar á sus coacreedores solidarios, pero no puede perjudicarles (*Ibid.*, arts. 1198 y 1365). Es preciso, pues, distinguir del mismo modo si la sentencia se dió contra él ó en favor suyo.

En cuanto á los deudores solidarios, se pregunta hasta qué punto la sentencia dada con respecto á uno de ellos produce efecto con respecto á los demás. Si un codeudor ha sido absuelto de la demanda por un motivo que no le era puramente personal, se reconoce de buen grado que pueden considerarse libres los demás codeudores, así como se aprovechan del juramento deferido á su codeudor sobre la deuda, y no simplemente sobre el hecho de la solidaridad (*Cód. civil*, art. 1365). Pero la dificultad es mayor cuando ha sido condenado el codeudor solidario. No es posible admitir de un modo absoluto que la sentencia dada contra él tenga efecto contra los cointeresados, puesto que pueden muy bien negar la obligación solidaria, y que no se puede entonces sin caer en un círculo vicioso oponerle la sentencia dada contra su pretendido codeudor. Así, se está de acuerdo para admitir (Deneg. de 29 de Noviembre de 1836) que el deudor solidario, lo mismo que el fiador, puede invocar siempre los medios de defensa personales, tales como el error ó la violencia, que afectan exclusivamente á su obligación. Por otra parte, la opinión que aísla completamente á los codeudores unos de otros sería contraria, ya al espíritu de la

solidaridad, que se dirige á evitar al acreedor la multiplicidad de pleitos, ya, sobre todo, al principio que los considera como siendo recíprocamente fiadores unos de otros. Sin embargo, controviértese vivamente la cuestión, en el caso de que se trate de medios comunes á todos los codeudores. Para reservar á cada uno la facultad de defender la causa como entera, se invoca el peligro de una colusión cuya prueba sería difícil practicar (1). (Den. de 11 de Febrero de 1824; Cas. de 25 de Marzo de 1861.) Pero entonces no sería necesario permitir que se invocara contra el fiador la sentencia dada con respecto al deudor, y esto es, no obstante, lo que se halla admitido en nuestro antiguo derecho. Según M. Griotet (p. 165), los fallos relativos al pago y á la ejecución deberían ser los únicos considerados como comunes á todos los codeudores (2), y en efecto, es difícil negar autoridad á los fallos de esta naturaleza, en presencia de los artículos 1206 y 1207 del Código, los cuales permiten dirigirse contra uno sólo, sea por el capital de la deuda, sea por los intereses. Pero los codeudores solidarios no son simples consortes para el efecto de las demandas; el lazo que les une es más estrecho, puesto que responden los unos de la falta de pago de los otros (art. 1205.) Sin duda, que cada uno de los codeudores demandados puede negar la solidaridad, como el pretendido fiador puede negar la fianza; pero comprobado el hecho de la deuda solidaria, creemos que el espíritu de la solidaridad exige considerar á los deudores solidarios como mandatarios unos de otros, en lo que toca á los medios comunes á todos. «Los codeudores solidarios, dice Merlin (*Cuestiones de derecho—Question de droit*, COSA JUZGADA, § 18), para ó contra los cuales se ha dado el fallo, no forman moralmente más que un solo y mismo individuo con los demás codeudores.» Esta doctrina ha sido consagrada en el antiguo derecho por una sentencia del Consejo de 13 de Julio de 1709, y en el Derecho moderno por sentencias de la corte de Paris (20 de Marzo de 1809), de Bourges

(1) Invócase indebidamente en el mismo sentido una sentencia dada por el Tribunal de Casación el 15 de Enero de 1839. Aunque se halla la expresión de *solidaridad* en los considerandos de esta sentencia, al lado de la de *indivisibilidad*, no se trataba en el caso en cuestión, sino de *indivisibilidad*, y de ningún modo de una verdadera deuda solidaria. Decidiendo, en su consecuencia, que la *indivisibilidad de ciertas obligaciones no lleva consigo como consecuencia la indivisibilidad de los procedimientos y de las sentencias*, el Tribunal de casación ha dado una decisión muy racional en sí, pero que no prejuzga nada en lo concerniente á los deudores verdaderamente solidarios.

(2) Este sistema conduce á la siguiente peregrina consecuencia: que el acreedor podría embargar á uno de los codeudores, pero no obtener un fallo de validez.

(18 de Mayo de 1859) y de Dijón (28 de Diciembre de 1871). * La Corte de Casación ha estatuido recientemente en el mismo sentido, fundándose en que «cada uno de los codeudores solidarios debe ser considerado como el contradictor legítimo del acreedor y el representante necesario de sus coobligados.» (Véase Cas. civil. 28 de Diciembre de 1881 y 1.º de Diciembre de 1885.) Estas sentencias dan la misma decisión respecto de los fiadores solidarios (1). *

888. ¿Qué debe decirse si se trata de un objeto indivisible? Muchas leyes romanas, y especialmente el texto de Marciano, que forma la ley 19, D. *Si servitus vindicetur*, deciden que el efecto de la indivisibilidad es hacer común á todos los habientes-derecho la sentencia dada contra uno solo, salvo la prueba de colusión. Pothier reproduce esta doctrina; pero añade, que, según nuestros usos, no hay necesidad de alegar la colusión para atacar la sentencia (*Oblig.*, número 908). Hoy, en el silencio del Código civil, no se ve razón alguna para extender á la indivisibilidad lo que hemos decidido respecto de la solidaridad. Jamás se ha considerado, por ejemplo, á los codeudores de una obligación indivisible como fiadores unos de otros; no responden de sus hechos respectivos; están correlacionados por su posición, pero no por los lazos de una obligación común. Conviene, pues, dejar al copropietario ó al codeudor de una cosa indivisible la facultad de rechazar la autoridad de una sentencia que le es completamente extraña (V. la sent. de 15 de Enero de 1839, pág. 489, nota 1.^a). En cuanto á la dificultad práctica que resulta de que, en caso de decisiones opuestas, no se puede ordenar en parte el ejercicio de un derecho indivisible, puede existir en todas las opiniones, puesto que en caso de colusión, en que es admisible evidentemente la tercera oposición, el cointeresado, víctima de esta colusión, podría solo dejar sin efecto la sentencia que subsistiría respecto de su cointeresado. En semejante hipótesis, debe verse si el derecho es de tal naturaleza que se pueda ejercer, sin perjudicar á las otras partes. Así, pues, si se trata de un derecho de paso por un fundo indiviso, la parte que haya triunfado respecto de uno de los copropietarios solamente, no podrá pasar si el

(1) * La cuestión queda muy dudosa y controvertida en el terreno de la doctrina. Véase en el sentido de la no oposición absoluta de la cosa juzgada entre el acreedor y uno de los deudores solidarios á los otros deudores. Colmet de Santerre, ob. cit., tomo 5.º, núms. 323 bis, XXIV, y 328 bis, XXV; Laurent, *Principios de derecho civil*, tomo 20, núm. 120; y en el sentido de la distinción entre los juicios favorables y desfavorables, Aubry y Rau, *Der. civ. fr.*, 4.ª edic., tomo 8.º, § 709 texto y nota 52. *

otro copropietario justifica que tiene el derecho de oponerse al ejercicio de la servidumbre: esta es una dificultad invencible que se funda en la naturaleza de las cosas. Pero, en último resultado, esta parte tiene siempre la ventaja de haber disminuido el número de sus adversarios. Se conseguirá una solución más satisfactoria si se trata de un derecho que, aunque indivisible, puede ejercitarse en su totalidad, sin perjudicar á los cointeresados, por ejemplo, de la obligación de construir una casa; en tal caso el curso que debe seguirse se halla indicado por la ley; se exigirá la totalidad del codeudor que ha sido condenado solo, pagándole una indemnización pecuniaria correspondiente á la parte de los codeudores que han triunfado (*Cod. civil*, art. 1224). Una sentencia de 19 de Diciembre de 1832 autoriza la doctrina de Pothier, es decir, la facultad de ejecutar la sentencia contra los copropietarios ó codeudores, pero reservándoles la tercera oposición.

Supongamos ahora que el fallo se ha dado en favor de uno de los copropietarios de una cosa indivisible. ¿No ha habido mandato por parte de estos copropietarios para hacer mejor su posición? Esto es lo que ha resuelto el Tribunal de Casación, aun en el caso de simple indivisión (Sent. 12 de Marzo de 1866), y esta decisión parece estar muy en armonía con el art. 709 del Código, según cuyos términos el goce de una servidumbre por uno de los copropietarios de un fundo indiviso impide la prescripción con respecto á terceras personas. Con mayor razón debe suceder lo mismo en la hipótesis de la indivisibilidad, que es la indivisión por excelencia. Desde luego conviene asimilar los copropietarios de una cosa indivisible ó aun simplemente indivisa á los fideyusores (núm. 886) y á los acreedores solidarios (núm. 887), los cuales pueden mejorar la posición de los cointeresados, pero no comprometerla (1).

Háse sostenido algunas veces que es indivisible la calidad de heredero para explicar la disposición del art. 800 del Código civil, que parece hacer depender la calidad de heredero respecto de todos los acreedores, de la sentencia obtenida por uno solo (2). Pero se

(1) * M. Colmet de Santerre objeta á todas estas opiniones, que distinguen entre los fallos favorables y desfavorables, que «para representar á una persona en un litigio, es necesario haber recibido de ella el mandato, no sólo de ganar el litigio, sino de pleitear, es decir, de correr todos los riesgos, buenos ó malos, de una contienda judicial». (*Ob. cit.*, núm. 328 bis, XXII.) *

(2) Según los términos del art. 961 del código italiano, la persona hábil para suceder es considerada como curador de derecho de la herencia; puede ser llamada á juicio para representar á ésta y contestar á las reclamaciones dirigidas contra la herencia.

reconoce en el día, de buen grado, que este artículo, según resulta evidentemente de la discusión, no ha querido establecer regla alguna especial, en lo tocante á los efectos de la cosa juzgada. Tal es la doctrina de la jurisprudencia. En cuanto á la ingeniosa opinión que ve en esta sentencia un límite más allá del cual llega á ser imposible la aceptación beneficiaria (1), tenemos dificultad en admitirla, pero no es este el sitio para discutirla (V. nuestros *Elementos de procedimiento civil*, núm. 437).

889. Señalemos, finalmente, para terminar esta exposición sumaria de los principios sobre la cosa juzgada en materia civil, una doctrina admitida en otro tiempo sin dificultad, y controvertida en el día, la del *contradictor legitimo* en lo tocante á las cuestiones de estado. Habitualmente, lo que se ha juzgado con el padre no se ha juzgado con los hijos. Así pues una persona á quien se negase la calidad de francés, y que hubiera hecho juzgar en un pleito pertenecerle esta calidad estaría obligado á litigar de nuevo contra el hijo de su primer adversario, si vinieran á disputársela en otro proceso. El interés de la estabilidad del estado de las personas ha hecho decidir, al contrario, por los autores antiguos, en materia de filiación, que basta triunfar respecto de los parientes del primer grado, reputados *contradictores legitimos*, para que todos los de los grados subsiguientes queden ligados por la decisión dada respecto de los jefes de la familia. Juliano dice, en efecto, suponiendo que se halla sometida á juicio la cuestión de la paternidad, que el que es declarado heredero suyo respecto de su padre, lo es respecto de todos: *Et fratribus suis consanguineus erit. Placet enim*, añade Ulpiano, *ejus rei judicem jus facere* (l. 2.^a y 3.^a, D. *De agn. liber.*) Háse pretendido, para destruir la autoridad de este texto, que es relativo á la falta de reconocimiento del marido, falta de reconocimiento evidentemente limitado á ciertas personas y circunscrito á ciertos plazos. Pero la distinción de la falta de reconocimiento y de la negación ó contradicción de estado es enteramente moderna; los jurisconsultos romanos tenían sobrado buen sentido para no estar penetrados de los motivos de utilidad social que no permiten renovar á cada generación las cuestiones de estado. En todos los casos, tal era la doctrina de nuestros antiguos autores. *In causa status*, dice Vinio (*Partit. jur.*, libro 4.^o, cap. 47), *sufficit pronunciatum esse, legi-*

(1) El art. 965 del mismo Código repunta heredero simple al llamado á suceder que, siendo fiador de la herencia, no ha terminado el inventario en los plazos fijados.

timo contradictore presente, de re principali, ut valeat sententia inter omnes in iis quæ status secum affert et inde pendent. Se cita en el mismo sentido una sentencia del Parlamento de París del 4 de Febrero de 1689.

Enseñada todavía por muchos autores en el derecho moderno, esta doctrina ha sido vivamente combatida, especialmente por Merlin (*Repert.*, V. *Cuestión de estado*, § 3.^o). Este juicioso autor no llega, sin embargo, hasta enseñar que cada generación puede volver á poner en cuestión lo que ha sido juzgado con la generación precedente, de manera que se eternicen los procesos sobre el estado de las personas. Aunque defendida por M. Demolombe (*Tratado de la paternidad y filiación*, 4.^a edic., núms. 307 y sigs.), una opinión tan extremada nos parece tan contraria al buen sentido práctico, que no tendría probabilidad alguna de éxito ante los tribunales (1). Todo lo que se puede razonablemente sostener es que los hijos nacidos deben ser comprendidos en los procesos que se agitan con su padre sobre los derechos de familia. Invócase en este sentido el artículo 100 del Código civil, según cuyos términos, la sentencia de rectificación de las actas de estado no puede oponerse en ningún tiempo á las partes que no han sido citadas. Esto mismo es lo que parece resulta de los considerandos de una sentencia de casación del 9 de Mayo de 1821, que declara «que los hijos adquieren los derechos de familia por el solo hecho del nacimiento de legítimo matrimonio; que respectivamente á estos derechos, sus autores no pueden obligarles por su hecho, ni representarles en las instancias en que estos hijos no han sido citados personalmente».

Pero nosotros no vemos nada bastante formal en el art. 100 que haga suponer el abandono, sin examen, sin discusión, de una doctrina apoyada en motivos tan graves como la antigua teoría del contradictor legítimo. Si la jurisprudencia ha hecho alguna vez *una prudente y útil violencia á la ley* (V. núm. 91), para introducir en ella principios nuevos, debe tener menos escrúpulos allí donde solamente se trata de modificar una regla general por medio de un temperamento que ha sido introducido desde tiempo inmemorial.

(1) Así el abogado general Ricard, sosteniendo ante el tribunal de Montpellier el 24 de Enero de 1822 la doctrina de la sentencia de casación del 9 de Mayo de 1821, tiene cuidado de declarar, que no entiende reservar los derechos sino de los hijos ya nacidos cuando se seguía el proceso, y que respecto de los que nacieran ulteriormente, sería necesario aplicarles el principio sentado en 1689 por el Parlamento de París. La concesión es peligrosa, dice M. Demolombe; pero es moralmente necesaria.

En lo tocante al fallo de 1821, cuando se examina el caso con ocasión del cual se ha dado esta sentencia, se ve que se trataba de contrarrestar una decisión escandalosa de un tribunal de familia, en 1793, decisión que atribuía la legitimidad á un hijo cuya bastardía era manifiesta, y respecto del cual el tribunal mismo reconocía que no se hallaban casados los padres. Es, pues, evidentemente, una sentencia de caso excepcional, y es preciso hacer observar, además, que el hijo legítimo á quien no se había comprendido en la causa, era donatario de todos los bienes presentes, del *de cujus*, y que, en su consecuencia, tenía un interés enteramente especial en el proceso juzgado fuera de su presencia. Habitualmente, por el contrario, en las cuestiones de estado, la reclamación lleva consigo un escándalo que el espíritu de nuestra legislación quiere que se sofoque prontamente: de aquí el ser tan breves los plazos para el desconocimiento, y observemos que sin duda alguna en la acción de desconocimiento el marido es el solo contradictor legítimo. Con motivo de esta acción de desconocimiento, en un fallo del 6 de Julio de 1836, el Tribunal de Casación, rechazando la acción de los acreedores en materia de desconocimiento, parece haber tomado á empeño reproducir en sus considerandos la teoría que se pretende rechazada por nuestras leyes modernas, cuando declara «que semejantes acciones intentadas, ejercitadas y juzgadas con los *contradictores legítimos*, miembros de la familia, sin dolo y sin fraude en perjuicio de terceros, fijan el estado de la misma familia con respecto á todos».

Pero más recientemente la jurisprudencia ha venido á pronunciarse sobre la cuestión de una manera directa. Una reclamación de estado, después de haber sido rechazada con relación al pretendido padre por un fallo pasado en autoridad de cosa juzgada, ha sido reproducida contra el mismo individuo y contra su hija, á causa de la apertura de las sucesiones de la pretendida madre y del pretendido hermano del reclamante. La Audiencia de Montpellier, para rechazar esta pretensión, ha sentado terminantemente la antigua teoría, al declarar, en 10 de Mayo de 1864, que «aquel que reclama el estado de hijo legítimo debe formular su demanda contra los dos esposos de quienes pretende haber nacido, ó sus representantes, partes principalmente interesadas; que la decisión dada con sus *contradictores naturales y legítimos* fija de un modo irrevocable, y con relación á todos, su estado de hijo legítimo, si su demanda es admitida, salvo el caso de colusión ó de fraude; que, por la misma razón, establece irrevocablemente, y con relación á todos, que

no es hijo legítimo del padre y de la madre de que pretende haber nacido, si es rechazada su demanda». El Tribunal de Casación ha esquivado de propósito el pronunciarse sobre la teoría general consagrada por la Audiencia de Montpellier, limitándose (Sent. de 3 de Enero de 1866) á decidir, fundándose en el caso en que la acción de reclamación de estado, después de haber sido rechazada, se encontró ulteriormente reproducida *ex causa nova*, «que nadie puede estar autorizado para declinar las consecuencias necesarias de la situación que él mismo ha creado; que proceder en semejante materia contra el marido sólo era aceptar de antemano para sí, como definitiva y absoluta, la decisión para intervenir». Se ha querido conciliar la sentencia de 1866 con la de 1821, apoyándose en la distinción propuesta por nuestro sabio colega M. Rodière (*Solidaridad é individualidad—Solidarité et individualité*, núm. 401), entre el fallo que admite la reclamación de estado, fallo sospechoso de colusión y susceptible de ser atacado por todo el que esté interesado, y el fallo que rechaza esta misma reclamación, el cual, dado en consideración al contradictor legítimo, tendrá fuerza de ley respecto de todos.

Esta distinción nos parece más ingeniosa que fundada en la lógica. De dos cosas una: ó es necesario apoyarse en los artículos 1351 y 100 del Código civil, y limitar la autoridad del fallo á las partes contendientes, ó hay que reconocer, con el interés social y el buen sentido, que el mismo litigio no puede ser renovado en todas y cada una de las generaciones.

El primer sistema conduce á esta extraña consecuencia, señalada por Demolombe: que aquel que se ha hecho atribuir una filiación podría reclamar otra filiación diferente. No siendo susceptible de abdicación el estado de las personas, si se aplica rigurosamente el art. 1351, el mismo reclamante no sería contradictor legítimo en cuanto á su propio estado. La cuestión se ha presentado en la práctica: un fallo del Tribunal civil de Gers, que habia admitido esta doctrina singular, ha sido casado el 5 Prairial, año VII: «Resultando que el estado civil de Juan Carlos ha sido fijado irrevocablemente por el fallo dado en virtud de su propia reclamación, el 6 de Agosto de 1790, por el antiguo senescal de Bigorra, que le ha declarado hijo natural de Teodoro Carlos y de Victoria Jubert, casados».

Es incontestable, que es preciso, dentro de nuestra manera de ver, que todas las partes principales hayan sido comprendidas en la causa; así, un hijo declarado legítimo respecto de su madre,

no lo sería por esto mismo respecto de su padre, y recíprocamente (1). (Deneg. de 28 de Junio de 1821.) Por indivisible que sea el estado de las personas en la naturaleza de las cosas, debe, no obstante, considerarse como divisible en la práctica, y se puede muy bien ser hijo legítimo de una mujer sin ser legalmente hijo de su marido (núm. 211).

*. Por derecho español, es regla general, que no perjudica á los que no fueron citados la sentencia dada entre otros, porque ninguno debe ser condenado por lo que no hace ni aprueba, de suerte que en nuestro derecho se halla admitido sobre este punto el principio del romano que cita M. Bonnier en el núm. 577, según puede verse en las leyes 2.^a, tit. 22, Part. 3.^a, y 20, tit. 22, Part. 3.^a Así, pues, solo tiene lugar entre nosotros la excepción de la cosa juzgada entre las mismas partes y con la misma calidad, de suerte que bajo este último concepto, si una persona que habiendo reivindicado á otro una cosa, y perdido el pleito, vuelve á reivindicarla como perteneciente á su tío á quien heredó, no podrá oponerle el que ganó el primer litigio la primera sentencia para repeler su acción, porque entonces pedía la cosa en su propio nombre, y ahora la pide como heredero de su tío, por lo que, aunque sea en ambos juicios la misma persona, no obra en ellos con la misma calidad.

Es un principio establecido en la ley 19, tit. 22, Part. 3.^a, que el juicio *afinado* adquiere fuerza irrevocable, y en tal concepto obliga desde adelante á los *contendores y sus herederos ó causa-habientes* (V. la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 14 de Mayo de 1868 que ha ratificado esta doctrina).

En la ley 20, tit. 22, Part. 3.^a, se consigna que no perjudica al coheredero la sentencia dada contra el heredero, aunque sea sabedor del pleito, pues uno de ellos puede ser condenado y el otro no.

Tampoco perjudica la sentencia dada contra un legatario al colegatario que tiene igual derecho y mucho menos al heredero, aunque por el contrario, la sentencia que se pronuncia contra éste por la querrela de testamento inoficioso, daña al legatario. El reformador de Febrero hace sobre esto la siguiente observación: «La sentencia en que se declara ser inoficioso el testamento no puede perjudicar al legatario, puesto que según las leyes patrias, vale aquel sin nombramiento de heredero, ó aunque se tenga por nulo el hecho. Puede verse sobre esto al Sr. Conde de la Cañada, *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, part. 1.^a, cap. 12, números 44 y sigs., en que trata de conciliar las leyes 20, tit. 22, Part. 3.^a, y la 7.^a, tit. 18, Part. 6.^a Según dicho autor, ni aun la sentencia de nulidad del testamento, pronunciada contra el heredero escrito, perjudica á los legatarios que no fueron partes en el juicio, y sus razones alcanzan igualmente al caso en que se dictare la nulidad por falta de alguna solemnidad externa.

Daña ó aprovecha la sentencia ó cosa juzgada á otros, aunque no sean citados: 1.º Cuando compete á uno primariamente alguna acción ó excepción, y permite que el siguiente á quien toca secundariamente litigue, y no lo protesta, pues la sentencia dada contra el segundo perjudica al primero, porque se presume que litiga con su consentimiento; ó cuando dos se constituyen deudores de mancomún de otro, ó se prometió á entrambos alguna cosa, de manera que cada uno la pu

(1) En este punto, no podríamos admitir la doctrina profesada por la cámara de *revisión*, en la sentencia de 3 de Enero de 1866, según la cual, si sólo el marido ha sido llevado al litigio por el reclamante, la demanda no puede reproducirse contra la *mujer* ó los hijos de aquel que se hubiese resuelto que no era el padre. Nos parece que hay aquí una confusión de ideas entre el desconocimiento, el cual, por la fuerza de las cosas, no interesa más que al marido, y la discusión de estado, en cuyo punto el marido y la mujer se hallan al mismo nivel.

diese demandar en el todo; en cuyo caso la sentencia favorable ó contraria al uno aprovecha ó perjudica al otro: ley 20, tit. 22, Part. 3.^a: 2.^o En la cosa individua y común á dos ó más, en las servidumbres ó cosas relativas, pues si se da á favor de uno, aprovecha á los otros ó, al contrario, porque la sentencia puede ser en parte válida y en parte no: 3.^o En las causas conexas: 4.^o Cuando la sentencia se da contra uno sobre cosa en que compete á muchos *in solidum* algún derecho.

Cuando el principal interesado que tiene la primera parte en la acción y derecho que se disputa promueve ó defiende la instancia y es vencido en la sentencia que pasa en cosa juzgada, le obsta de lleno esta excepción; pero igualmente trasciende á todos sus sucesores universales y particulares y á cualquiera otro que traiga y derive su derecho de aquel principal que fué vencido.

Asimismo, cuando se dan las sentencias contra los que tienen un derecho secundario y acción más remota en lo que se controvierte y defiende, perjudica á los principales que tienen en lo mismo un derecho primario, siempre que éstos sepan y toleren que se siga el pleito con aquellos, y que el derecho primario de los unos proceda de los otros á quienes se permite litigar. Así lo consigna el Sr. Conde de la Cañada en la part. 1.^a, cap. 12, números 39, 51, 54 y 56. En el primero de los dos casos insinuados, coloca dicho autor, con la ley 20, tit. 22, Part. 3.^a, las sentencias dadas sobre el estado de familia ó ingenuidad ó libertad, y añade: lo mismo se halla establecido y debe observarse en la que es dada contra el heredero que perjudica igualmente al fideicomisario, la que se da contra el heredero instituido ofende igualmente al sustituto. Al caso segundo, es decir, cuando las sentencias se dan contra los que tienen un derecho secundario y acción más remota refiere el autor, con la ley citada, el de los acreedores que tienen á empeño ó por prenda las cosas de sus deudores, y permiten que con éstos se siga el pleito sobre el dominio de la cosa dada en prenda; por esta ciencia y tolerancia les perjudicará la sentencia que se dé contra el deudor dueño de la cosa; pero no, si ignoraran el pleito. Pone también el ejemplo del comprador que sabiendo que el vendedor entra en pleito con otro sobre la cosa que tiene comprada no lo contradice. «ca si sentencia fuere dada contra el vendedor, torna á daño á aquel que compró la cosa de él, como quier que despues sea tenuto de gela fazer sana». El autor vuelve á tratar de lo mismo en el cap. 3.^o, Part. 2.^a, y en el cap. 1.^o, Part. 3.^a, dice, al número 14. Los juicios que se han seguido con los principales obligados causan ejecutoria de cosa juzgada, no sólo contra ellos, sino igualmente contra los fiadores y otros de segundo orden, aunque éstos no hayan sido citados ni convencidos en el propio juicio. — (*N. del T.*)

¹⁰ Acerca de la identidad de personas con relación á la cosa juzgada tiene declarado el Tribunal Supremo:

—Si bien por regla general, según las leyes 20, 21, tit. 22, Partida 3.^a, la cosa juzgada perjudica únicamente á los que litigaron y á los que de ellos traen causa, es, sin embargo, trascendental y obsta á otro demandante con arreglo á los principios consignados en las excepciones de dichas leyes, cuando los derechos que invoca tienen los mismos fundamentos que los sustentados en el otro pleito, por ser idéntico el objeto de ambos é idénticas la condición de las personas con relación al título de sus respectivas pretensiones (Sentencia de 22 de Mayo de 1867).

—Si la cosa juzgada á que se refiere la ley 19, tit. 22, Partida 3.^a, debe respetarse por los que han sido parte en los autos en que el fallo se pronuncia, de ningún modo alcanzan sus consecuencias á los que no son sucesores de aquéllos ni han sido oídos y vencidos en juicio (Sentencia de 11 de Noviembre de 1889).

—Si bien es cierto que la ley 20, tit. 22, Partida 3.^a, establece que la cosa juzgada no perjudica á personas que no han intervenido en el juicio, también lo es que exceptiona aquellos casos en que estas personas ejercitan la misma acción, con igual objeto, invocando los mismos derechos y fundan sus pretensiones en los mismos títulos, de manera que la situación

jurídica de las partes es la misma en uno y otro juicio (Sentencia de 6 de Octubre de 1884).

—No se opone al carácter de cosa juzgada la ampliación del número de demandados en el segundo juicio, porque este es un mero accidente, si aparece la misma causa de pedir, y obra con toda su fuerza, como indivisible, el concepto fundamental de la subsistencia del título con arreglo al primer fallo (Sentencia de 8 de Julio de 1886).»

Según el art. 1252 del Código civil, en las cuestiones relativas al estado civil de las personas, y en las de validez ó nulidad de las disposiciones testamentarias, la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado. Se entiende que hay identidad de personas, siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieran en el pleito anterior ó estén unidos á ellos por vínculos de solidaridad ó por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho á exigir las ó obligación de satisfacerlas. —(N. de la R.)

DIVISIÓN SEGUNDA

AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA EN LO CRIMINAL (1)

SUMARIO: 890. Regla *Non bis in idem*.—891. Legislaciones que se apartan de ella, directa ó indirectamente.—892. Autoridad de esta regla.—893. Cuándo es aplicable.—894. División.

890. El principio de que no es permitido volver á poner en cuestión un punto definitivamente juzgado, es más sagrado aun en materia criminal que en materia civil. ¿Qué llegaría á ser la libertad individual y la seguridad de cada ciudadano, si pudieran renovarse las acusaciones indefinidamente? El sistema contrario es de naturaleza propia para ocasionar graves perturbaciones para no ser rechazado por la razón política lo mismo que por la equidad. *Qui de crimine publico* (Diocl. l. 9.^a, Cód. *De accus.*) *in accusationem deductus est, ab alio super eodem crimine deferri non potest*. Y nuestra antigua jurisprudencia ha reproducido la misma regla, conocida en la práctica con el nombre de *Non bis in idem*. Solamente se admitía el recurso de reposición (*requête civile*) por causa de dolo por parte del acusado (2), ó de falsedad de las piezas ó documentos pro-

(1) Veanse, sobre todo lo que concierne á la cosa juzgada en lo criminal, las excelentes explanaciones contenidas en el *Tratado de la acción pública y de la acción civil*, de M. Mangin (cap. 4.^o, sección 3.^a). Ya veremos, no obstante, que el último estado de la jurisprudencia propende á corregir lo demasiado absoluto que había en la doctrina de M. Mangin, relativamente á la influencia de lo criminal en lo civil. En esta parte todavía M. Griolet ha hecho nuevas ampliaciones.

(2) Farinacio permitía también volver sobre el proceso si había habido confesión ulterior del acusado: *Possit adhuc absolutum ex sua confessione condemnari sine dubio credendum* (Cuest. 4, núm. 43).

ducidos, mientras que no existe ya en el día este recurso en materia criminal. No se había establecido dicha regla, según el derecho común inglés, más que para las acusaciones de pena de muerte (1). Los Estados Unidos habían ido algo más lejos, consagrando, como principio constitucional, que nadie podía verse expuesto por una segunda acusación, por la misma ofensa á perder la vida ó un miembro. (*Const. Amend.*, art. 5.º): *No person shall be subject, for the same offense, to be twice put in jeopardy of life or limb.*

Pero según nos dice Greenleaf (tomo 3.º, pág. 35), se generalizó la regla en la práctica inglesa y americana (2) la cual, bajo el nombre de *plea of autrefois acquit*, ó bien *of autrefois convict*, no permite poner en tela de juicio lo que se resolvió anteriormente, bien sea por una absolución ó por una condena.

891. Era violar indirectamente la regla *Non bis in idem*, admitir con la antigua jurisprudencia un más amplio informe *usquequo*, ó bien una *absolutio ab instantia*, que dejaba indefinidamente al acusado *in reatu*. El veredicto del jurado escocés, autorizado desde hace dos siglos, *no probado* (*not proved*), no tiene consecuencias tan graves, puesto que no permite una nueva acusación; pero tiene el notable inconveniente de imponer, como antiguamente, el *sobreseimiento*, al que es objeto de esta absolución imperfecta, una especie de mancilla moral (V. el núm. 56), que no le es posible borrar. Y este inconveniente es tanto más notado, como que las tres cuartas partes de veredictos dados en favor del acusado por el jurado de Escocia llevan *no aprobado*, en vez de *no culpable*. El sistema inglés y francés es más conforme al principio que quiere que la acusación se halle completamente purgada.

El derecho criminal austriaco, tal como se halla aun autorizado por el Código de 1853 (§§ 362 y 368) no teme salir abiertamente al encuentro de este principio, puesto que autoriza una nueva acusación, sea después de una condena á una pena inferior, sea después de una absolución completa. El código de procedimiento penal napolitano (arts. 149 y sigs.) permite volver durante dos años sobre la sentencia, cuando dice simplemente: *Non costa*.

(1) Según una juiciosa observación de M. Ortolán (*Elementos de derecho penal*, tomo 2.º, núm. 810), se puede explicar por la menor confianza que inspira la acusación privada, el menor respecto que se tiene á la cosa juzgada en los casos en que el procedimiento es acusatorio.

(2) Sin embargo, en el Connecticut, hasta la revisión de 1818, el tribunal, si no se hallaba satisfecho con el veredicto del jurado, podía provocar un segundo y aun un tercer veredicto (Story, *On the Constitution*, § 89).

892. Entre nosotros, el respeto de la cosa juzgada tiene tal influencia en materia criminal, que no es solamente á las partes á quienes corresponde, como en materia civil (V. especialmente Den. de 16 de Noviembre de 1864, 12 de Marzo de 1866 y 2 de Febrero de 1867), prevalerse de las sentencias dadas en su favor, si las saben y si juzgan á propósito invocarlas; este medio perentorio debe suplirse de oficio (Cas. de 3 de Mayo de 1860) en beneficio del acusado. * Puede proponerse en cualquier estado de la causa aunque sea por la primera vez ante el Tribunal Supremo (2). * Sucede con la cosa juzgada lo mismo que con la prescripción, que no se abandona á la discreción de las partes en materia criminal.

893. En cuanto á la aplicación de la máxima *Non bis in idem*, es preciso distinguir tres grados en la jurisdicción criminal. Cuando una sentencia de no ha lugar ha sido dada por el juez de instrucción (1) ó por la Sala que decide si proceden las acusaciones, el procesado no puede ser ya acusado en juicio por razón de los mismos hechos, á menos que no sobrevengan nuevos cargos (*Cód. de instr.*, art. 246). En tal caso, hay autoridad de cosa juzgada en lo relativo á los cargos sometidos á la Sala (3). Finalmente, la autoridad de la cosa juzgada protege completamente al acusado si ha habido sentencia definitiva, es decir, no solamente en el caso de liberación (*acquittalment*), de que se ha ocupado el Código de instrucción criminal (art. 360), sino en el caso de absolución, ó aun de condena, si se pretendiese que la pena pronunciada no era suficiente.

Además, las sentencias de la Sala que entiende sobre si procede la acusación, tienen un carácter definitivo, en cuanto cortan las cuestiones de derecho, respecto de las cuales la circunstancia de sobrevenir nuevos cargos es indiferente. Así, la decisión de esta Sala, que declara no haber lugar á remitir al tribunal la acusación, porque el hecho sobre que versa no es punible según las leyes penales, tiene una autoridad tan indiscutible como la de una providencia de absolución. El Tribunal de Casación ha juzgado, en su consecuencia (Cas. de 9 de Mayo de 1812), que el descu-

(1) * V. Garraud, *Compendio de derecho criminal*, núm. 653. *

(2) Es preciso, en efecto, asimilar á los fallos de no ha lugar las providencias de no ha lugar dadas por el juez de instrucción, que no hubieran sido atacadas en los plazos legales, según se ha decidido por el Tribunal de Casación, especialmente el 22 de Agosto de 1847 y el 25 de Julio de 1849.

(3) * Véase acerca de las consecuencias de este principio, Garraud, *Op. cit.* número 650. *

brimiento de nuevos cargos no puede destruir la autoridad de una providencia de no ha lugar, fundada en que no había adquirido el acusado el beneficio de la prescripción.

No hay cosa juzgada en lo criminal sino en cuanto la decisión corta así la cuestión irrevocablemente, y no cuando, motivada únicamente en la falta de pruebas, separa ciertos cargos, sin purgar la acusación (1).

894. Los caracteres que debe tener la cosa juzgada son sin duda aquí los mismos en el fondo que en materia civil. La identidad de objeto, de causa y de persona, es igualmente necesaria para hacer que no se admitan nuevas persecuciones; vamos ahora á ver, sin embargo, que la aplicación de este principio puede experimentar algunas modificaciones en materia criminal.

*. Por derecho español se halla también admitido en materia criminal, según ya hemos indicado, el principio que no permite volver á poner en cuestión un punto juzgado definitiva é irrevocablemente.

Respecto á la doctrina que expone M. Bonnier en el núm. 893 sobre la absolución de la instancia, teniendo ésta lugar cuando por una parte no se prueba la inocencia del acusado, y por otra la acusación, aunque no probada, no carece de fundamento, la absolución y efecto de la cosa juzgada se limita sólo á los autos hechos, pero deja abierta la puerta á nuevas pesquisas, pudiendo procederse contra el acusado, si después sobrevienen nuevas pruebas, en cuyo caso se juntan las antiguas reproduciéndolas de nuevo, según dice el Sr. Escriche en su *Diccionario* (V. la adición inserta á continuación del núm. 900).—(N. del T.)

*. En cuanto se refiere á la absolución de la instancia, véase nuestra nota inserta en la pág. 55 del tomo 1.º.

Concretamente á la autoridad de la cosa juzgada en materia criminal, tiene declarado el Tribunal Supremo:

—Decidida la competencia de un juzgado para conocer de una causa, no puede suscitarse bajo ningún concepto nueva contienda de jurisdicción sobre la competencia para conocer de la misma causa; porque este proceder sería contrario á las leyes y á la jurisprudencia y á la autoridad de la cosa juzgada, sin que en nada se oponga á esta inconcusa doctrina lo dispuesto en la Real orden de 15 de Marzo de 1877 (Sent. de 15 de Junio de 1877).

—No habiendo entre dos juicios identidad de acciones, como acontece si en uno se ejercitó la acción de injuria y en otro la de calumnia, falta un requisito esencial é indispensable para que pueda estimarse la excepción de cosa juzgada (Sent. de 24 de Febrero de 1886).

—Para que pueda ser apreciada la excepción de cosa juzgada es indispensable que se apoye en una resolución definitiva anterior pronunciada en el orden penal por un tribunal que tenga jurisdicción para hacerlo, cuya declaración es conforme con el espíritu y letra de nuestra antigua legislación y con la doctrina que exige, entre otras, la condición de *eadem causa petendi* para que pueda tener aplicación el principio de derecho *non*

(1) * Acerca de la aplicación del principio de la autoridad de la cosa juzgada en lo que concierne á las providencias de remisión, véase Garraud, *Op. cit.*, número 651. *

bis in idem. El juez municipal no tiene jurisdicción ninguna para conocer de los delitos, desnaturalizarlos ni castigarlos como faltas, por lo que sus decisiones no pueden afectar en ningún concepto el resultado de un procedimiento criminal seguido con arreglo á derecho para perseguir y penar un hecho constitutivo de delito, ya por razón de dicha falta de jurisdicción, ya por la de diferente índole de las acciones persecutorias de delitos ó faltas (Sent. de 30 de Septiembre de 1886).

—No tienen el carácter de sentencias definitivas ni producen la excepción de cosa juzgada las que se dicten en causas y juicios que no sean los correspondientes al hecho justiciable, según las disposiciones legales que determina la respectiva competencia de los jueces y tribunales (Sent. de 27 de Enero de 1887).

—Terminada una causa por sentencia firme absolutoria de los que figuraban como procesados, no es posible romper esta sentencia, por más que se trate de averiguar quiénes puedan ser autores del mismo delito, sin quebrantar el respeto de la cosa juzgada (Sent. de 5 de Abril de 1889).

Los artículos 954 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento criminal establecen y regulan el recurso de revisión, ordenando que habrá lugar al mismo contra las sentencias firmes, cuando estén sufriendo condena dos ó más personas en virtud de sentencias contradictorias, por un mismo delito que no haya podido ser cometido más que por una sola; cuando esté sufriendo condena alguno como autor ó encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se acredite después de la condena; cuando esté sufriendo condena alguno en virtud de sentencia cuyo fundamento haya sido un documento declarado después falso por sentencia firme en causa criminal.

Aun cuando haya fallecido el penado (ari. 961) podrán su viuda, ascendientes ó descendientes legítimos, legitimados ó naturales reconocidos, solicitar el juicio de revisión por alguna de las causas mencionadas, con objeto de rehabilitar la memoria del difunto y de que se castigue en su caso al verdadero culpable.

El art. 122 de la ley del Jurado establece también el expresado recurso.
—(N. de la R.)

§ I. Identidad de objeto.

SUMARIO: 895. Identidad del objeto en lo criminal. Carácter de las providencias disciplinarias.

895. El objeto de la acción criminal es la pena que se reclama en interés de la sociedad. El de la acción civil, que se une con frecuencia á la acción pública ante los tribunales, es la indemnización del perjuicio causado á los particulares por el delito. Veremos al tratar de las relaciones de la acción pública y de la civil bajo el punto de vista de la cosa juzgada, que dichas acciones, aunque independiente la una de la otra, para sus fines respectivos tienen á menudo cierta influencia la una sobre la otra.

La identidad del objeto en cuanto á la acción criminal, no puede crear dificultades serias. No es fácil suponer que se reclame por segunda vez la aplicación de una pena para el mismo delito.

La jurisprudencia respecto de ese extremo ha tenido que resolver sólo sobre el carácter muy particular de las providencias disciplinarias. Ha reconocido que la represión disciplinaria, no siendo más que una sencilla *emendatio domestica*, no se opone al ejercicio de la acción pública, y recíprocamente. Bien es verdad que, en el fondo, la cosa que se pide no es ya la misma. Los principios acerca de este punto se han sentado por el fallo de casación de 12 de Julio de 1834, cuyos términos dicen que «pudiendo ejercitarse la acción disciplinaria respecto de hechos que no están calificados por el Código penal, y, por otra parte estando sujetos á formas especiales, los castigos que son su consecuencia, no son penas verdaderas, y los fallos que las pronuncian no son sentencias verdaderas; la acción disciplinaria establecida para mantener en el interés del público esta severidad de delicadeza, esta dignidad de carácter, esta integridad de costumbres que siempre han de distinguir á la magistratura, es independiente de la *vindicta* (1) pública en materia criminal, correccional y de policía, lo mismo que ésta es independiente de la acción disciplinaria». Aunque se ha sentado esta regla para con la magistratura, se debe aplicar á cualquiera clase de infracción disciplinaria y la siguen todas las jurisdicciones de disciplina. Ya hemos dicho anteriormente (núm. 238) que la acción disciplinaria se halla sometida igualmente á reglas especiales para la administración de la prueba testifical.

* * En punto á las correcciones disciplinarias el art. 258 de la ley de Enjuiciamiento criminal se refiere á lo dispuesto en el tít. 13 del libro 1.º de la ley de Enjuiciamiento civil, y según ésta (artículos 437 y sigs.) si los hechos que provocan aquéllas constituyen delito ó falta, serán detenidos sus autores, é instruída la sumaria correspondiente serán puestos á disposición del Juzgado que deba conocer de la causa. Se impondrán de plano, y contra el proveído en que así se acuerde se da el recurso de audiencia en justicia sustanciada por los trámites de los incidentes. Se otorga en este procedimiento el recurso de apelación ante el Juez de instrucción ó ante la Audiencia, según proceda la sentencia en el mismo dictada del juez municipal ó del de instrucción. Contra las que dicten las audiencias ó el Tribunal Supremo no habrá ulterior recurso.—(N. de la R.)

(1) Expresión poco feliz para designar la acción represiva.

§ II.—Identidad de causa.

SUMARIO: 896. Causa en materia criminal. Distinción de la pluralidad de los hechos y del mismo hecho, considerado bajo distintas fases.—897. Delitos distintos, conexos y colectivos. ¿*Quid* si el procedimiento tiene lugar en circunstancias idénticas? Privilegios de invención.—898. Procedimientos sucesivos entablados por el mismo hecho. Derecho romano y derecho intermedio.—899. Controversia sobre el texto del Código de instrucción.—900. No hay dificultad en caso de absolución.

896. Así como la causa en materia civil es el acta jurídica que sirve de base á la acción, como por ejemplo, la donación ó el testamento invocado por el demandante, la causa, decimos, en materia penal (aquí debemos rectificar las ideas poco exactas que emitimos en nuestras anteriores ediciones sobre este punto), es el hecho punible que autoriza al Ministerio público para pedir la aplicación de la pena. Las dificultades especiales que ha suscitado, acerca de la causa ante la jurisdicción civil, el curso de ciertas acciones, especialmente de las acciones de nulidad (núm. 876) no suelen presentarse ante la jurisdicción criminal, donde las conclusiones del Ministerio público propenden siempre directamente á conseguir el objeto de la acción criminal, esto es, la penalidad. Puede presentarse la cuestión de identidad de causa, ora en la hipótesis de varios hechos punibles perseguidos sucesivamente, ora en la hipótesis más delicada de un hecho único considerado bajo diferentes fases.

897. Cuando los delitos son diferentes, aunque ligados por cierta correlación, no se puede oponer á la acusación la máxima *Non bis in idem*. Así, el que ha sido declarado libre de la acusación de muerte seguida de robo, puede ser perseguido de nuevo por el hecho posterior y distinto de ocultación de efectos proveniente de robo (Cas. de 5 de Febrero de 1829).

La circunstancia misma de que no sean los delitos, por decirlo así, más que la repetición uno de otro, no tendría por efecto confundirlos. Así se han declarado válidas (Sent. deneg. de 31 de Julio de 1823) las persecuciones por falso testimonio contra un individuo que había ya sufrido una condena por denuncia calumniosa, en un caso en que la imputación de falacia se había desde luego comunicado á un alcalde y después reiterádose á presencia de la justicia.

Sin embargo, no deben considerarse como hechos distintos todos los elementos particulares de un mismo delito. El que haya cometido muchos robos en una misma casa podrá ser perseguido

tantas veces como haya robado á personas diferentes; pero no podrá serlo más de una vez por razón de robos que haya cometido al mismo tiempo en perjuicio de una sola persona.

Los delitos pueden ser conexos, es decir, que pueden haberse cometido los unos para procurar los medios de cometer los otros (*Cód. de instr.*, art. 277), para facilitarlos, para consumir su ejecución, para asegurar su impunidad. Debe examinarse, en tal caso, si ha habido una indivisibilidad real entre el hecho juzgado y el hecho perseguido. Esta indivisibilidad existe cuando propende necesariamente la culpabilidad de uno de los hechos á la existencia del otro. Así, cuando una persona acusada de haber hecho una falsificación para cometer concusiones, ha sido reconocida no culpable de falsedad, como habiendo obrado sin intención de perjudicar, no puede ser inquietada ulteriormente, en cuanto á las pretendidas concusiones para que debia servir de medio la falsificación, puesto que el jurado ha declarado irrevocablemente no haber habido intención criminal (Cas. 23 de Frimario, año XIII). Pero los hechos, bien que conexos, pueden ser perfectamente divisibles, y, en su consecuencia, son imputables aisladamente al acusado. Por ejemplo, la decisión negativa sobre la cuestión de violación no impedirá las persecuciones por excesos y malos tratamientos que se hubieran ejercido simultáneamente en la persona de la mujer ultrajada (Sent. de Cas. de 30 de Mayo de 1812).

Si se trata de un delito colectivo habitual, como la costumbre de excitar á la disolución, los hechos anteriores á la sentencia, por numerosos que sean, constituyen un delito único y no se podría indagar los que llegasen á descubrirse más tarde sin quebrantar la autoridad de la cosa juzgada, puesto que se les ha comprendido virtualmente en las primeras diligencias. Pero podrian reanudarse las diligencias si, desde la sentencia, se hubiesen cometido nuevos delitos, bastante importantes y numerosos para constituir una nueva costumbre.

Así es que en materia civil la demanda de separación de cuerpos, no puede reproducirse después de haber sido denegada más que cuando malos tratamientos ó injurias posteriores al primer fallo han podido dar lugar á nuevas diligencias.

Al delito colectivo le liga de muy cerca á la perpetración del mismo hecho en idénticas circunstancias.

Así como lo hemos visto (núm. 860), es regla general, tanto en lo civil como en lo criminal, que la autoridad moral ó doctrinal de una resolución judicial no tiene nada que ver con la autoridad de

la cosa juzgada. Para que haya *res judicata* es preciso que la misma cuestión se haya fallado con relación á los hechos, y no al derecho sólo.

Es preciso reconocer que puede perseguirse un laboreo ó explotación como insalubre por hechos idénticos, pero posteriores á una primera sentencia, que ha declarado no ser punible (Cas. 17 de Diciembre de 1864). Háse criticado con razón, como contraria á este principio, la decisión de la Sala criminal del Tribunal de Casación (Deneg. de 18 de Abril de 1839), que ha considerado como sirviendo de obstáculo á persecuciones por el ejercicio ilegal de la medicina, una primer sentencia denegatoria por hechos anteriores, fundada en una autorización del Ministerio de Instrucción pública, que no había sido revocada. Esta misma doctrina se encuentra en un caso que ha tenido más eco por razón de su importancia práctica. Según los términos del art. 46 de la ley de 5 de Julio de 1844, el tribunal correccional que entiende de una acción por delito de falsificación determina sobre las excepciones sacadas de la nulidad ó de la caducidad del privilegio de invención. ¿Tiene semejante decisión una autoridad absoluta? Cuando quiso el legislador autorizara la jurisdicción civil para que pronunciase la nulidad absoluta del privilegio, se cuidó muy bien de explicarlo por una regla formal (la misma ley, art. 87). De otro modo nos encontraríamos sujetos á la autoridad del principio general, según el cual el fallo del juez, especialmente cuando resuelve de un modo incidental en materia penal (núm. 233), no puede invocarse más allá del caso en que debe fallar. Ciertamente es que la Sala de lo criminal (17 de Abril de 1857) había interpretado desde luego en un sentido más lato el art. 46 de la ley de 1844, al observar en la excepción un medio de derecho sobre el cual el juez no podía fallar por segunda vez. Pero semejante doctrina, rechazada por la Sala de lo civil (Cas. 25 de Abril de 1857 y 11 de Febrero de 1859) concluyó por ser abandonada por la Sala de lo criminal que recientemente ha reconocido (Den. 22 de Enero de 1870) «que el fallo dado por el juez correccional acerca de esas excepciones no puede recaer más allá del hecho acriminado; que tanto en esta materia como en cualquiera otra, el tribunal correccional puede juzgar la excepción sólo en la medida y en los límites de la acción» (1).

(1) * Cpr., acerca de estos diversos puntos, Ortolán, *Elementos de derecho penal*, 5.^a edición, revisada y puesta al corriente por M. Alb. Desjardins, números 1783 y 1787. *

898. Hablemos ahora de la hipótesis en que se establecen diligencias con motivo del mismo hecho, considerado bajo diferentes fases. Tomemos el ejemplo más saliente: un acusado de asesinato que ha sido absuelto, ¿puede ser perseguido correccionalmente por homicidio cometido por imprudencia? Careciendo completamente de texto, y racionando sólo por los principios generales, creemos que la causa de la demanda no consiste en los hechos materiales sobre los cuales el juez ha dado su fallo, sino en esos mismos hechos considerados bajo el punto de vista jurídico. Jamás se ha controvertido en derecho civil, que la misma escritura que se ha tratado vanamente de hacer valer como testamento, podía ser declarada valedera como donación, sin que se vea en ello quebrantamiento de la autoridad de la cosa juzgada. En Roma, hallábase admitido este principio incontestablemente, aun en lo criminal. *Si tamen*, dice Diocleciano (l. 9.^a, Cód. *De accus.*), *ex eodem facto plurima crimina nascuntur, et de uno crimine in accusationem fuerit deductus, de altero non prohibetur ab alio deferri*. Nuestros antiguos criminalistas han profesado constantemente la misma doctrina. Pero la legislación intermedia introdujo un sistema enteramente nuevo. Lo que se hallaba sometido al jurado según la ley de 29 de Septiembre de 1791 y según el Código de 3 de Brumario, año IV, no era solamente tal delito, por ejemplo, tal muerte, tal robo; era el hecho mismo, cuya parte material y moral debían ser especialmente apreciadas por el jurado. En su consecuencia, el acusado absuelto respecto del delito de muerte no podía ser perseguido por homicidio por imprudencia, puesto que la acusación de homicidio y la de muerte se refieren ambas á un mismo hecho que había sido generalmente apreciado bajo todas sus fases y declarado no culpable (1). Este era el sentido en que se interpretaban constantemente entonces las disposiciones legales que no permitían acusar al mismo individuo, *por razón del mismo hecho* (ley de 1791, part. 2.^a, tít. 8.º, art. 3.º; Cód. de Brum., art. 426).

899. Ahora bien: encuéntranse las mismas expresiones en el art. 360 del Código de instrucción criminal, concebido en estos términos: «Ninguna persona absuelta legalmente podrá ser acusada *por razón del mismo hecho*.» Según la máxima *Non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur* (Paulo, l. 26, D. *De legib.*), muchos

(1) Aun parece resultar de la combinación de los artículos 373, 374 y 380 del Código de Brumario, que la cuestión subsidiaria nacida de los debates debía promoverse bajo pena de nulidad. Pero en el caso de absolución, el Tribunal Supremo no podía entonces, como hoy, pronunciar su fallo sino en interés de la ley.

autores y muchos tribunales de apelación han sostenido que estas expresiones deben interpretarse lo mismo en el día, ateniéndose á la idea de que en materia criminal se debe hacer prevalecer la solución más favorable al acusado. Pero el tribunal regulador se ha pronunciado hace largo tiempo por la opinión contraria, y una sentencia de casación dada en este sentido por las secciones reunidas, el 25 de Noviembre de 1841, ha fijado irrevocablemente su jurisprudencia. * (Cpr. Cas. crim. reun. 10 de Enero de 1876.) * Si la nueva legislación debe aclararse por la que la ha precedido, esto no es cierto sino en cuanto no haya entre ellas oposición de principios, *nisi contrariæ sint* (Paulo, l. 28, *ibid.*), y esta oposición existe realmente en el caso en cuestión. El Código de instrucción criminal (art. 337) ha sustituido á las operaciones múltiples y complicadas del sistema anterior la posición de esta simple pregunta: ¿Es culpable el acusado de haber cometido tal muerte, tal robo ó tal otro crimen, con todas las circunstancias comprendidas en el resumen del acta de acusación?» (1). El jurado no pronuncia, pues, sobre el hecho, sino sobre el delito. Para que se extienda mayormente su apreciación es preciso que se le hayan propuesto cuestiones subsidiarias. No es, pues, más exacto en el día que toda acusación relativa al hecho material sometido al jurado se encuentre purgada por su veredicto. Así, cuando ha resuelto negativamente la cuestión de infanticidio, no se puede admitir que haya resuelto implícitamente la de homicidio por imprudencia, que no se le había sometido, y que ha podido dejar de presentarse á su mente. Así, pues, el *mismo hecho* debe entenderse en la ley actual del *mismo delito*. La opinión contraria, racional en un sistema de instrucción en que debía dirigirse el examen del jurado sobre el hecho mirado en todas sus fases, ocasionaría actualmente el singular resultado de que un delito correccional que no hubiera sido discutido ni juzgado, quedaría impune por haberse acusado indebidamente de un crimen al autor de este delito. Es verdad que el presidente del tribunal criminal (*d'assises*) puede proponer siempre subsidiariamente la cuestión de si se ha cometido un simple delito; pero compréndese bien que sería enervar la represión, facilitar de esta suerte las vías á la indulgencia del jurado, proponiendo cuestiones

(1) Tal era el texto del Código de instrucción de 1808, y aun de este Código revisado en 1832. Pero, en el día, según los términos del art. 1.º de la ley de 13 de Mayo de 1836, las cuestiones relativas á las circunstancias agravantes deben ponerse siempre con separación. La cuestión principal no ha conservado menos el carácter complejo que establece la jurisprudencia del Tribunal de Casación.

subsidiarias en que se detendría con frecuencia para tomar un medio término entre la absolución y la condenación completa. En opinión de los autores que combaten la jurisprudencia, es necesario llegar á sostener que el Presidente tiene obligación de hacer las preguntas subsidiarias. En el exceso contrario cae Mangin cuando afirma que el Código actual no admite otras preguntas que las que contiene. La verdad es que tiene el Presidente una mera facultad, y sería por cierto dar demasiada amplitud á los poderes de ese magistrado si se le permitiera declarar que la acción correccional se halla extinguida á consecuencia de la omisión de una medida facultativa, que la ley no menciona siquiera.

Podría creerse que el Ministerio público tiene un medio fácil de zanjar la cuestión, haciendo reservas sobre persecuciones ulteriores, antes de cerrar los debates (*Cód. de instr.*, art. 361). Pero estas reservas tienen simplemente por objeto, conforme al texto y al espíritu de la ley, impedir que se ponga en libertad al acusado absuelto; puesto que los hechos que dan lugar á estas reservas pueden ser enteramente independientes de aquellos sobre que va á pronunciar el jurado. En último resultado, el valor legal del veredicto debe depender de reglas fijas y no de la circunstancia de haber tomado el fiscal del Tribunal de Casación tales ó cuales conclusiones.

La objeción más grave contra el sistema que ha prevalecido en la práctica, es que dicho sistema parece conducirla á la siguiente consecuencia que admite la legislación inglesa, y es, que una persona cualquiera podrá ser objeto de diligencias criminales por el mismo hecho que motivó su absolución. Además de lo que hubiese de exagerado en hacer figurar varias veces á la misma persona y por el mismo hecho ante el Tribunal del jurado, habría contra dicho procedimiento un insuperable obstáculo de derecho; y sería la necesidad de conseguir una nueva providencia de la Sala de acusación, cuya providencia sería imposible obtener con nuestro sistema de procedimiento criminal, puesto que el art. 246 del Código de instrucción supone que la Sala no puede conocer de nuevo del mismo hecho (1) sino cuando sobrevienen ocupaciones nuevas.

Con efecto, reconocemos que el pensamiento de nuestro legislador ha sido que la acusación criminal se formulase de un modo definitivo por la Sala del Tribunal de apelación debidamente auto-

(1) El mismo hecho está tomado aquí en el sentido literal, porque la Sala de acusación no está llamada á pronunciarse sobre una cuestión determinada, pero debe entender aun de oficio (*Inst. crim.*, art. 231) en todos los puntos relacionados con la acusación que se ha sometido á su conocimiento.

rizada. Todas las cuestiones de derecho que se ligan al hecho acriminado deben resolverse antes de la apertura de las sesiones del jurado, que se encuentra forzosamente con conocimiento de la acusación, tal como ha sido calificada, á no ser que el Ministerio público ó el acusado hayan conseguido que el Tribunal regulador modifique dicha calificación. Desde este momento la acusación se encuentra juzgada por el resultado de los debates; no es posible ya volver á ocuparse de ella.

El modo de sentar las cuestiones subsidiarias es muy diferente. El Tribunal del jurado no entendía directamente del delito, cuyo conocimiento pertenecía en principio á la jurisdicción correccional; es solo en el caso de *ex accidente* cuando el Tribunal era llamado á conocer de él. No se trata ya de la misión necesaria del Tribunal del jurado, misión que le impone la providencia de la Sala, pero si de imitar de un modo enteramente facultativo, lo que se hace en la jurisdicción correccional con el objeto de simplificar y de acelerar los procedimientos. Se puede, por consiguiente, sin que haya contradicción, reconocer á la Sala de acusación el derecho de formular definitivamente, después de verificadas todas las indagaciones necesarias, la acusación criminal, y negar al Presidente del Tribunal del jurado el poder de ejercitar ó de suprimir á su gusto la acción subsidiaria de la jurisdicción correccional.

No por eso consideramos que el sistema sea muy satisfactorio. Lo mejor sería tal vez abandonar esta serie de cuestiones complejas, de las cuales vamos á señalar todavía los inconvenientes al tratar de las relaciones de lo criminal y de lo civil. Por querer simplificar la misión del jurado se han traído graves complicaciones.

En materia correccional, será preciso estudiar los motivos de la sentencia, para reconocer si ha determinado sobre un solo delito ó sobre el hecho en su conjunto, y para determinar en consecuencia su trascendencia (1) (núm. 863).

900. En el caso de absolución, que da lugar igualmente á la aplicación de la máxima *Non bis in idem*, aunque no se halle comprendido en la letra del Código de instrucción (V. el art. 360), debe decidirse, por el contrario, que el hecho se halla al abrigo de toda acusación en lo futuro, sobre todas sus fases. La absolución declara, en general, que el hecho cuya existencia se ha reconocido por

(1) * M. Parent propuso en dos ocasiones diferentes modificar el art. 360 del código de instrucción criminal. (V. *Journal officiel* del 30 de Mayo de 1876 y del 16 de Febrero de 1879). Cpr. Gonse, *Modificación de los artículos 327 y 360, Inst. crim.*, en la *Revista crítica*, 1875, p. 18.) *

el jurado no está prohibido por una ley penal (Ibid., art. 364). Toda persecución llega á ser, pues, imposible por razón de este hecho.

*. Las doctrinas que sienta M. Bonnier en el núm. 896 y siguientes sobre los casos en que puede ó no oponerse la máxima *Non bis in idem*, tienen aplicación entre nosotros.

Respecto á los delitos que pueden haberse cometido para procurarse los medios de cometer otros, para facilitar éstos y consumir su ejecución, creemos oportuno recordar la doctrina que hemos expuesto en nuestro *Código penal reformado, comentado nocturnamente*, comentario al art. 3.º sobre la tentativa y el delito frustrado. «La amenaza de delinquir, decíamos, es un acto indicatorio del delito; la ley lo pena, no como acto preparatorio del delito á que se refiere, ni como acto indicatorio de la resolución del hecho, sino como constituyendo en sí misma un acto ilícito, una perturbación más ó menos grave de la seguridad individual. Tampoco constituyen tentativa los actos exteriores ó preparatorios, que aunque consisten en los principios de ejecución de un delito, quedan en la esfera de precedentes del mismo, y aunque lo facilitan, no son elementos indispensables de su ejecución, de suerte que el delito puede existir sin ellos y ellos pueden existir sin el delito; á esta clase de actos exteriores pertenecen, el acto de comprar armas, venenos, etc., actos que pena el poder social considerados en sí mismos como delitos especiales, cuando hay motivo para temer que puedan amenazar la tranquilidad pública, y que producen alarma fundada. Asimismo, la fabricación de moneda falsa, no es en sí un delito de hurto ó defraudación, sino un medio de cometer este delito por la circulación de la moneda, de suerte que la fabricación no es más que un acto preparatorio de un hurto. La ley, sin embargo, pena dicho acto por lo mucho que facilita la ejecución de este delito. La ley ha distinguido, pues, en estos actos dos delitos distintos, la fabricación de la moneda y el uso de ésta, dando al acto preparatorio el carácter de un delito principal. Así, pues, la sentencia que recaiga sobre uno de estos actos preparatorios que constituyen por sí un delito *sui generis*, no producirá excepción de cosa juzgada respecto del acto que constituye el otro delito principal, digámoslo así, en el caso de que llegara á cometerse.

Cuando la sentencia definitiva dada por el juez declara libre al acusado de la acusación que se le ha puesto con perpetuo silencio del acusador, queda cerrado el juicio, y produce á favor de éste excepción perpetua de cosa juzgada, de manera que no puede ser acusado nuevamente por el mismo hecho. «Seyendo algund acusado, dice la ley 20, tit. 22, Partida 3.ª, por razón de yerro que hubiese fecho, si este atal fuere dado por quito en juicio, et otro alguno le quisiese después acusar sobre aquel mismo yerro, non lo podría fazer, porque tal juicio como este non tan solamente empesce á los que le acusaron primeramente, mas aun á todos los otros que después le quisiesen acusar en razón de aquel fecho; á no ser que, como añade la ley 12, tit. 1.º, Partida 7.ª, se probase contra el reo que se ficiera él mismo acusar engañosamente sacando algunas pruebas que no supiesen el fecho, porque lo diesen por quito del yerro ó del mal de que él se fizo acusar, ó que otro alguno lo hubiese acusado engañosamente, con entención de librarle del yerro que hobiese fecho, ca entonce, si esto fuese probado, bien lo podrían acusar otra vez de aquel yerro en que fuesse assi quito».—(N. del T.)

*. Véase nuestra nota de art. 894.

Según la ley que regula el juicio por jurados, la competencia de estos se concreta á la cuestión de hecho: los conceptos exclusivamente jurídicos que pueden apreciarse independientemente de los elementos materiales ó morales constitutivos del delito ó de sus circunstancias, se reservarán á la apreciación de la Sección de derecho. Sin perjuicio de la cuestión de culpabilidad ó inculpabilidad del agente, los hechos contenidos en las preguntas, ya sean relativos á elementos morales, ya materiales, serán los referentes á la existencia de estos mismos elementos del delito imputado á

la participación de los acusados como autores, cómplices ó encubridores, al estado de consumación, frustramiento, tentativa, conspiración ó proposición á que llegó el delito, y á las circunstancias eximentes, atenuantes ó agravantes que hubieren concurrido. Si por la acusación ó la defensa se suscitare la cuestión de considerarse cometido el delito por imprudencia punible, se formularán las preguntas encaminadas á que el veredicto del jurado conteste respecto á si los hechos se ejecutaron con intención ó con descuido ó negligencia graves, ó con simple negligencia ó descuido. Así el fiscal como las demás partes podrán variar en el acto sus calificaciones respecto al delito, participación en él de los declarados culpables y circunstancias modificativas de la penalidad, partiendo de las declaraciones contenidas en el veredicto (artículos 72 y 92).—(N. de la R.)

§ III.—Identidad de personas.

SUMARIO: 901. Facultad de perseguir á diversas personas por el mismo hecho.— 902. La condena del autor principal no prejuzga la complicidad.—903. Cuando pone obstáculos á las persecuciones por complicidad la absolución del pretendido autor principal.— 904. Identidad de persona, bajo el punto de vista activo. Transición á la división siguiente.

901. No puede dudarse que una misma muerte, un mismo robo, son susceptibles de dar lugar á procedimientos sucesivos contra diversas personas de quienes se sospecha haberlo cometido, sin que la absolución de una pueda aprovechar á la otra. Ha sucedido, con sobrada frecuencia, que se haya perseguido al verdadero matador, después de haber sido, no solamente condenado, sino hasta ejecutado el falso matador verdadero; y si tan triste consecuencia de los errores judiciales se realiza en el día muy pocas veces, eso proviene de que la aplicación de la pena capital se evita con frecuencia por medio de la declaración de circunstancias atenuantes. Pero en principio no se opone de ninguna manera una segunda condena á una primera, aunque sean moralmente inconciliables, quedando el recurso de poder apelar después contra ambas por medio de la revisión (*Cód. instr. crim.*, arts. 433 y siguientes).

902. Pero el principio *Res inter alios judicata aliis nec prodesse nec nocere solet* no se aplica siempre con el mismo rigor cuando se trata de codefinescentes ó de cómplices.

Queda fuera de duda que la condena del autor principal no puede prejuzgar la cuestión de culpabilidad con respecto á los autores secundarios. Aun cuando el cuerpo del delito fuese reconocido de la manera más formal, así como esto puede tener lugar en los juicios correccionales, siempre sería preciso comprobar de nuevo, con relación á cada uno de los codefinescentes ó cómplices la existencia de cuantos elementos materiales ó morales constituyen ó agravan el delito. Hay un principio de derecho penal que

dice «que los jueces ó los jurados no pueden establecer una condena sino apoyándose en documentos personalmente apreciados por ellos en la instancia actual (V. Cas. 29 de Brumario del año ix).

Si se ha sentenciado (Besançon, 14 de Enero de 1859) que las condenas civiles dirigidas contra el autor principal tienen fuerza de cosa juzgada respecto de las personas civilmente responsables, es que el juez se encuentra sometido entonces al mandato de los principios del derecho civil que requieren, al menos, según la opinión dominante en la práctica (núm. 886), que la fianza se enlace por medio de la cosa juzgada al deudor principal.

903. ¿Es igualmente verdad, en sentido contrario, que la declaración, comprendida en un primer fallo, que niega completamente el delito respecto de un delincuente, no puede aprovechar á los codefines y á los cómplices, como les aprovecharía, incontestablemente, si únicamente hubiese intervenido en un solo y mismo proceso? Aunque poco sospechosos de tendencias demasiado indulgentes hacia los acusados, nuestros antiguos criminalistas no tenían temor de apartarse, en esta hipótesis, del rigor de los principios acerca de la autoridad relativa de la cosa juzgada.

«Aunque una cosa ocurrida entre ciertas personas, dice Jousse (*Instr. crim.*, tom. 3.º, p. 21), no pueda, en general, aprovechar á otras, sin embargo, esto no tiene lugar más que en el caso en que los derechos de estas personas diferentes son distintos y separados, pero no cuando estos derechos toman su origen de un solo y mismo hecho y cuando las defensas de que los acusados pueden hacer uso son las mismas.

Esta doctrina ha sido igualmente sancionada por la jurisprudencia moderna. Así, se ha resuelto (Cas. 23 de Diciembre de 1825, y 22 de Julio de 1830), que la decisión negativa acerca de la circunstancia agravante de falsificación cometida *por un funcionario público* debe aprovechar al individuo perseguido ulteriormente por complicidad. Así, bajo el imperio del antiguo art. 597 del Código de Comercio, que no admitía la complicidad en la quiebra fraudulenta sino en tanto que hubiese habido *connivencia* entre el quebrado y el pretendido cómplice, se ha resuelto (Cas. 17 de Marzo de 1834) que la declaración negativa en cuanto á la quiebra fraudulenta, con respecto al autor principal, hacía desaparecer el cuerpo mismo del delito, puesto que la *connivencia* fraudulenta no podía existir allí donde no hay fraude (1).

(1) No sucede lo mismo (Sents. 5 de Marzo de 1848 y 9 de Febrero de 1855) bajo

Esta jurisprudencia, admitida por la mayor parte de los criminalistas, ha sido combatida, con algunas reservas, por M. Ortolán (*Elementos de derecho penal.—Eléments de droit pénal*, tom. 2.º, números 1801 y sigs.), y de una manera absoluta por M. Griolet (p. 285 y sigs.).

Antes de examinar las objeciones de estos autores, debemos hacer dos observaciones esenciales, á fin de fijar y deslindar bien el campo de la discusión.

La primera es que, según los mismos términos de Jousse, su doctrina deja de ser aplicable cuando los derechos de los codeincentes son *distintos y separados*. Así, la absolución del autor principal por falta de discernimiento no puede aprovechar á un codeincente ó á un cómplice. Lo mismo sucedería si hubiese habido sobreseimiento por falta de cargos suficientes. Poco importa en estos casos que las causas se fallen separada ó simultáneamente.

Esta observación nos lleva como por la mano á una segunda, y es que, la mayor parte de las veces, en los asuntos criminales, la absolución no puede tener efecto alguno *in rem* (Sents. de 9 de Febrero de 1855 y 7 de Octubre de 1858), puesto que resulta como consecuencia de una declaración de inculpabilidad, declaración equívoca siempre en sus motivos, puesto que no se sabe si el jurado se ha decidido por la no existencia del delito ó por la existencia de circunstancias personales que excluyen la culpabilidad moral. Cuando, pues, se ha hecho observar (M. Ortolán, núm. 1804) que en el caso de bigamia el jurado ha podido admitir la existencia de un segundo matrimonio convenido antes de la disolución del primero, y sin embargo, declarar que la mujer que de esta manera contrae segundas nupcias no es culpable por no haber obrado con perfecto conocimiento de causa, se dice una cosa perfectamente verdadera, pero que no está, en manera alguna, en oposición con la doctrina de Jousse, por cuanto en el caso de que se trata, es por motivos enteramente personales por lo que se ha absuelto á la mujer y se ha condenado á su cómplice. De otra manera sería si se hubiere resuelto prejudicialmente que había nulidad del primero ó del segundo matrimonio, puesto que entonces era imposible el delito de bigamia. Puede igualmente hacerse hipótesis sobre cuestiones puestas sobre todo desde 1835 en adelante, acerca de las cir-

el imperio del Código reformado, cuyo art. 593 castiga con las mismas penas de la quiebra fraudulenta á aquellos que hayan sustraído alguna cosa *en interés del quebrado*.

cunstances agravantes, tales como la cualidad de criado ó de funcionario público; cuestiones acerca de las cuales el jurado estatuye *in rem*. En fin, cuando los fallos de los tribunales correccionales ó de simple policia son razonados, pueden facilmente presentarse ante estas jurisdicciones cuestiones ya resueltas de una manera general.

Volviendo ahora al fondo de la controversia, se dice que hay contradicción en admitir que la decisión afirmativa, cuando es *in rem*, respecto al autor principal, no perjudica al codelincuente ni al cómplice, en tanto que la decisión negativa les aprovecha. Pero aun en materia civil (números 883 y 886) no deja de haber ejemplos de que un *negotiorum gestor* pueda obtener un fallo que aproveche á un tercero, sin que, á la inversa, pueda oponerse contra el *dominus rei* el fallo condenatorio. Con mayor razón no ha lugar á rechazar en materia penal, en la cual deben prevalecer los sistemas de interpretación favorables al acusado, la distinción entre la hipótesis según la que una resolución judicial ha negado la existencia del delito, y la hipótesis según la que esta misma existencia ha sido afirmada sin defensa alguna posible por parte del actual acusado. Estas hipótesis, lejos de ofrecer una verdadera reciprocidad, como supone M. Griolet (p. 292), *toto caelo distant*.

M. Ortolán (núm. 1805) admite la doctrina de Jousse solamente en lo tocante al adulterio, á causa de la naturaleza íntima de este delito, respecto al cual la paz del hogar exige que la absolución de la mujer no sea manchada con la condena del cómplice. Pero á nosotros nos parece que, si el art. 1351 rige de una manera absoluta tanto la jurisdicción criminal como la civil, es necesario declarar, con M. Griolet, que toda excepción es arbitraria. Y si, por el contrario, se admite parcialmente la doctrina de Jousse, no está prohibido indagar si el hecho es de aquellos en que las persecuciones se hacen moralmente imposibles cuando ha habido una decisión *in rem* respecto al autor principal. Tan pronto como se abre una brecha en la regla absoluta acerca de la relatividad de la cosa juzgada, hay que seguir adelante y no pararse á la mitad del camino.

En cuanto á nosotros, nos parece contrario al buen sentido y á la equidad condenar á *Secundus* como cómplice de la deserción de *Primus*, cuando se resuelva de un modo preciso y valedero que *Primus* no ha abandonado jamás la bandera; de castigar á *Secundus* como cómplice de *Primus* en calidad de funcionario público, cuando se falle de un modo soberano que *Primus* no ha obrado en calidad

de tal. Persistimos, pues, en aprobar la doctrina de la jurisprudencia antigua y moderna.

904. La identidad de la persona puede considerarse no tan sólo pasivamente, sino aun activamente, es decir, bajo el punto de vista de las partes perseguidoras. En el caso en que la parte civil tiene calidad para tomar la iniciativa de las persecuciones, es decir, ante los tribunales de policía simple ó correccional, es evidente que le está prohibida la iniciativa, cuando se ha juzgado la acción por las conclusiones del Ministerio público. Pero ¿cuál será la suerte de la acción civil cuando se haya determinado sobre la acción pública? Esto nos conduce á nuestra última división, á la influencia de la cosa juzgada en lo civil sobre lo criminal, y recíprocamente.

** Tampoco, entre nosotros, la sentencia dada en causa criminal contra un reo perjudica al correo, porque como se lee en el *Febreiro reformado* por los señores Goyena, Aguirre y Montalbán, en lo criminal es todavía más fuerte la razón que en materia civil para que tenga efecto esta doctrina, porque allí es individual y personal el hecho sobre que versa, de manera que hay tantas causas como reos.

Por la inversa, la sentencia dada en causa criminal á favor de un acusado declarando no existir tal hecho, aprovechará á los demás presuntos coautores ó cómplices de aquel hecho, puesto que no existiendo éste no puede haber sobre él complicidad ni codelincuencia.—(N. del T.)

** Con arreglo al art. 903 de la ley de Enjuiciamiento criminal, cuando sea recurrente uno de los procesados, la nueva sentencia aprovechará á los demás en lo que les fuere favorable, siempre que se encuentren en la misma situación que él recurrente y les fueren aplicables los motivos alegados por los que se declare la casación de la sentencia. Nunca les perjudicará en lo que les fuere adverso.—(N. de la R.)

DIVISIÓN TERCERA

INFLUENCIA RESPECTIVA DE LAS SENTENCIAS CIVILES Y DE LAS SENTENCIAS CRIMINALES

SUMARIO: 905. División.

905. Fundándose la acción pública en motivos de orden superior, debe ser en general independiente de las decisiones dadas en un procedimiento puramente civil. Concíbese, por el contrario, que la acción civil, que sólo protege intereses privados, pueda subordinarse al resultado de la acción pública. Pothier (*Proc. crim.*, § 7.º, art. 1.º) califica la acción civil de *accesoria de la acusación criminal*, y ya veremos que esta idea se encuentra todavía en el derecho actual. Hablemos, desde luego, de la influencia de lo civil en lo criminal, que da lugar á pocas controversias.

§ I.—Influencia de la cosa juzgada en lo civil sobre las persecuciones criminales.

SUMARIO: 906. Independencia, en principio, de la jurisdicción criminal.—907. Casos en que la decisión del tribunal civil liga la jurisdicción criminal.—908. Cuál es la fuerza, en lo criminal, de las pruebas producidas ante el juez civil.

906. El único efecto que producen habitualmente las sentencias civiles que se refieren á un delito es extinguir la acción civil, que no puede ya entablarse incidentalmente ante los tribunales de represión, sino cuando se intentó directamente, según ha juzgado de un modo muy claro una sentencia de casación de 20 de Febrero de 1847. Pero, según la reserva hecha por esta misma sentencia, el ejercicio de la acción pública es completamente independiente de la suerte de la acción civil. Por eso es una regla de jurisprudencia (Cas. 28 de Octubre de 1813) que la denegación ó la admisión de una inscripción de falsedad incidental civil no impide al juez criminal declarar que existe la falsedad, ó negarla.

907. La decisión de los tribunales civiles no liga, sin embargo, la jurisdicción criminal sino en los casos en que, bien sea ciertos textos, bien por lo menos las inducciones sacadas de estos textos (núms. 226 y sigs.), hacen considerar la cuestión civil como prejudicial, en lo relativo, por ejemplo, á la propiedad de los inmuebles ó al estado de las personas. Entonces es evidente que el Ministerio público, aun cuando no sea parte principal ante la jurisdicción civil donde se ha llevado la cuestión prejudicial, está sujeto por la sentencia definitiva emanada de esta jurisdicción; lo cual es aun una excepción de la regla, que quiere que la autoridad de la cosa juzgada no tenga lugar sino respecto de las personas que han sido partes en el primer juicio (V. núm. 904).

En lo que concierne á las discusiones sobre la nulidad ó sobre la caducidad de las patentes de invención, las cuales, según los términos del art. 34 de la ley de 5 de Julio de 1844, deben presentarse ante los tribunales civiles, debe observarse que no son prejudiciales, en el sentido de que la jurisdicción correccional esté obligada á enviar los autos para su solución al tribunal civil, siguiendo la doctrina consagrada para las cuestiones de estado y de propiedad inmueble, puesto que el tribunal correccional, ante el que se entabla una acción de falsificación (la misma ley, art. 46), tiene facultades para estatuir incidentalmente sobre las cuestiones relativas á la propiedad de la patente. Pero cuando es el tribunal civil el

que ha sido sorprendido por la acción, su resolución, según ha fallado el Tribunal regulador (Cas. de 8 de Agosto de 1857), «corta definitivamente, entre las partes litigantes, las cuestiones de validez de la patente, y rige, entre las mismas partes, todas las contiendas futuras, lo mismo ante el tribunal correccional que ante el civil». Nosotros, por el contrario, hemos reconocido (núm. 897) que no debe atribuirse la misma autoridad á los fallos correccionales que deciden incidentalmente cuestiones de esta naturaleza. Con todo, bueno es observar que, según los términos del art. 37 de la ley de 1844, el efecto del fallo, aun civil, no es absoluto, sino en tanto que el Ministerio público ha hecho pronunciar la *nulidad* ó la *caducidad* de la patente, nulidad ó caducidad que no puede perjudicar más que á la parte interesada. Si el tribunal civil hubiera fallado que era válida, siendo este fallo susceptible de perjudicar á terceras personas, no tendría autoridad ni alcance fuera del litigio actual.

En el sistema de la jurisprudencia (Cas. de 13 de Abril de 1867), que obliga á la jurisdicción criminal á remitir á los tribunales civiles, como prejudicial, la cuestión de la validez del matrimonio, en lo cual esta jurisprudencia ve una cuestión de estado (*Cód. civil*, arts. 326, 327), es evidente que la resolución del tribunal civil, acerca del matrimonio, liga y compromete á la jurisdicción criminal. Pero nosotros, que hemos pensado (núm. 333) que no puede aplicarse á otras cuestiones más que á las de filiación la regla exorbitante que suspende la acción criminal hasta el fallo definitivo de la cuestión de estado por la jurisdicción civil, ¿no debemos admitir, por lo menos, que si la jurisdicción civil ha estatuido primero acerca de la validez del matrimonio, la cuestión criminal, especialmente en lo que se refiere al adulterio y á la bigamia, se encuentra prejuzgada? Difícil parece no reconocer á los tribunales civiles, en punto á las cuestiones de estado *lato sensu*, una autoridad equivalente á la que les concede la ley de 1844 respecto á los privilegios de invención. Si el Código (art. 198) da á los fallos criminales que establecen la prueba del matrimonio la misma fe que á las actas sobre el estado civil, ¿puede ser de otra manera tocante á las resoluciones dadas por la jurisdicción ordinaria? La lógica obliga á decir lo mismo en lo que toca á la adopción.

Pero ¿hay que ir todavía más lejos y asimilar á los fallos civiles sobre el estado aquellos que son *constitutivos de una relación de derecho*, según las expresiones de M. Griolet? (Pág. 327.) Así, suponiendo que un fallo civil haya atribuido á Pedro la propiedad de

un mueble reclamado por Pablo (si se tratase de un inmueble, la cuestión estaría evidentemente prejuzgada) este fallo no permitiría al tribunal correccional declarar a Pedro culpable del robo de este mismo mueble (1). Si esta decisión es justa, hay que dar un paso más y decir que, constituyendo el crédito una relación de derecho, lo mismo que la propiedad, debe considerarse la jurisdicción criminal como ligada por la jurisdicción civil cuando esta última ha establecido sobre la validez ó sobre la extinción de un crédito. En pocas palabras: nos encontramos con el sistema atrevido, pero consecuente, que atribuye al tribunal civil la facultad de cortar definitivamente las cuestiones llevadas ante el mismo sobre los derechos, ora reales, ora personales. Lo que nos es difícil comprender es que se crea posible conciliar esta doctrina con la que profesa el Tribunal de Casación en materia de quiebras (V. M. Griolet, pág. 331). El Tribunal, en efecto, resuelve, no solamente que el ejercicio de la acción pública relativamente á la quiebra no está subordinado á un fallo del tribunal de comercio declarativo de la quiebra (Den. de 24 de Junio de 1864); punto poco dudoso, puesto que sería necesario un texto para imponer así una prerrogativa á la jurisdicción penal;—sino lo que es más grave, que la declaración de quiebra pasada en autoridad de cosa juzgada no obliga al tribunal criminal llamado á aplicar las penas de la quiebra (Cas. de 23 de Noviembre de 1827), y, á la inversa, que el acusado de quiebra no puede invocar la decisión de la jurisdicción mercantil, según la cual, no ha lugar á declarar la quiebra (2), (Sent. de 6 de Marzo de 1857) * ó refiriéndose á un fallo anterior que la había declarado (Sent. criminal de 10 de Agosto de 1878). Lo mismo se ha fallado en el caso en que una sentencia del Tribunal de apelación anula el fallo del tribunal de comercio que había declarado la quiebra (Sent. crim. Den. de 23 de Diciembre de 1880). * Estas resoluciones no se fundan sobre motivos particulares y exclusivos, ora de la jurisdicción mercantil, ora de la quiebra, sino sobre el principio general de la

(1) M. Griolet propone tan sólo una distinción que nos parece inadmisibile, entre las cuestiones de matrimonio, que la jurisdicción civil prejuzgaría de una manera absoluta, y las cuestiones relativas á la propiedad mueble, respecto de las cuales no podría ser invocado el fallo civil más que para los hechos posteriores á su fecha. ¿Acaso los fallos sobre la propiedad no son, con el mismo título que todos los demás, declarativos, y no traslativos del derecho que los mismos consagran?

(2) Aunque la jurisprudencia parece fijada de un modo absoluto, pueden consultarse con interés en el sentido contrario: Hoffman, *Cuestiones prejudiciales (Questions préjudiciales)*, tomo 2.º, núms. 31 y sigs.; Demangeat sobre Bravard, *Tratado de derecho mercantil (Traité de droit commercial)*, tomo 6.º, págs. 3.ª y sigs.; nota de M. Villey, en Sirey, 1879, 1.º, pág. 451.

independencia de la acción pública. La sentencia de 1864 tiene hasta el cuidado de señalar los motivos particulares que han hecho atribuir una competencia exclusiva á los tribunales civiles tocante á las cuestiones de estado. Esta doctrina nos parece la verdadera, y de ella es preciso concluir que, en todos los casos en que la ley no dice nada, el fallo civil, aun cuando estatuya sobre una relación de derecho, no tiene fuerza de cosa juzgada en lo criminal.

908. Si aparte de estos casos excepcionales, la sentencia civil no liga la jurisdicción penal, debe ser lo mismo, con mayor razón, respecto de los simples actos de instrucción. Las confesiones más formales recibidas por el juez civil no podrían tener fe absoluta respecto del juez criminal. Sería un abuso peligroso considerar como adquiridas para la acusación las declaraciones que ha podido hacer el demandado con sobrada ligereza en una instancia en que no se trataba sino de intereses pecuniarios.

*. Al tratar de la redargución de falsedad de los instrumentos públicos, hemos sentado ya que puede reclamarse contra dichos documentos *civilmente*, para pedir en vista de la falsedad del instrumento, la indemnización de perjuicios, ó criminalmente, para que declarado falso el documento se aplique al falsario la pena que merece por su delito. También hemos expuesto, que según el art. 291 de la ley de Enjuiciamiento civil, en el caso de que sosteniendo una de las partes la falsedad de un documento que pueda ser de influencia notoria en el pleito, entablare la acción criminal en descubrimiento del delito y de su autor, se suspenderá el pleito en el estado en que se halle hasta que recaiga ejecutoria en la causa criminal; disposición que indica que las sentencias civiles no preponderan sobre las criminales, sino al contrario, lo cual es conforme á la doctrina que expone M. Bonnier en el núm. 906. Mas es asimismo regla fundada en nuestras leyes, que no se puede usar principalmente y á un mismo tiempo de la acción civil y de la criminal; regla que se amplía, en primer lugar, cuando la una de las dos acciones es prejudicial, de modo que la sentencia dada en ella produce excepción de cosa juzgada en la otra; en segundo lugar, cuando del mismo hecho resultan varias acciones, y en tercer lugar, cuando el turbado en la posesión intenta el remedio civil, pues mientras dura, no puede intentar el criminal, de suerte que hasta que se termine en el juicio la acción propuesta, sea civil ó criminal, y se ejecute la condenación, no ha de intentarse la otra. Pero se limita dicha regla en el caso que se haya usado principalmente de la criminal, y en el propio escrito por un otrosí ó por incidencia de la civil; pues si se intentó ésta principalmente, no se puede entablar por consecuencia la criminal hasta que la civil se concluya, reservándose á este efecto usar de ella á su tiempo, que es después de sentenciada la primera. V. la ley 18, tit. 14, Part. 7.^a y Escriche, *Diccionario*.—(N. del T.)

*. Véase lo expuesto en otro lugar acerca de las cuestiones prejudiciales.

Conforme al art. 108 de la ley de Enjuiciamiento criminal, la acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio fiscal, haya ó no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación ó indemnización, el Fiscal se limitará á pedir el castigo de los culpables. Las acciones que nacen de un delito ó falta (art. 111) podrán ejercitarse junta ó separadamente, pero mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme.

Ejercitada sólo la acción penal (art. 112), se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado ó perjudicado la renunciase ó la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si á ello hubiere lugar. Si se ejercita sólo la civil que nace de un delito privado, se considera extinguida desde luego la acción penal. Promovido juicio criminal en averiguación de un delito ó falta (art. 114), no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho, suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que se halle, hasta que recaiga sentencia firme en la causa. No será necesario para el ejercicio de la acción penal que haya precedido el de la civil originada del mismo delito ó falta.

La muerte del culpable (art. 115) extingue la acción penal, pero subsiste contra sus herederos y causahabientes la acción civil, que sólo podrá ejercitarse ante la jurisdicción y por la vía civil. La extinción de la acción penal (art. 116) no lleva consigo la de la civil, á no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la penal hubiese podido nacer. En los demás casos la persona á quien corresponda la acción civil podrá ejercitarla ante la jurisdicción y por la vía civil procedente, contra quien esté obligado á la restitución de la cosa, reparación del daño ó indemnización del perjuicio. La extinción de la acción civil (art. 117) tampoco lleva consigo la de la penal nacida del mismo delito ó falta. La sentencia firme absolutoria dictada en el pleito promovido para el ejercicio de la acción civil no será obstáculo para el ejercicio de la acción penal correspondiente. Todas estas disposiciones han de entenderse sin perjuicio de lo prevenido respecto de las cuestiones prejudiciales.

Según el art. 18 del Código penal, toda persona responsable criminalmente de un delito ó falta lo será también civilmente.

La responsabilidad civil (art. 24), en cuanto al interés del condonante, se extingue por su renuncia expresa. La responsabilidad civil (art. 121) comprende la restitución, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios. La obligación de hacer efectiva esta responsabilidad y la acción á este efecto, se transmiten (art. 125) á los herederos del responsable y á los del perjudicado. — (N. de la R.)

§ II.—Influencia de la cosa juzgada en lo criminal sobre la acción civil.

SUMARIO: 909. Discusión general sobre esta influencia.—910. Textos que establecen la influencia de las sentencias criminales sobre los intereses civiles.—911. La cosa juzgada en lo criminal no puede perjudicar á los terceros.—912. Discusión en cuanto á los que han sido partes en el juicio.—913. Casos en que hay declaraciones de culpabilidad.—914. Casos en que se niega la existencia del hecho acriminado.—915. Casos en que hay declaración de inculpabilidad.—916. La jurisdicción civil debe motivar sus decisiones de manera que excluyan toda contradicción?—917. Resumen.—918. Jurisprudencia inglesa y americana sobre esta materia.—919. Qué influencia pueden tener en lo civil los documentos del procedimiento criminal.

909. ¿Debe sentarse igualmente como principio que la cosa juzgada en lo criminal carece de influencia sobre la acción civil?

Apartemos desde luego los casos en que la persona perjudicada por el delito se ha mostrado parte civil ante el tribunal de repre-

sión. Es evidente que entonces la acción civil misma ha sido irrevocablemente juzgada. Cuando se suscita la misma cuestión entre las mismas partes (V. núm. 867); poco importa, dice muy bien Ulpiano (l. 5.ª D. *De except. rei jud.*) que se obra *de diverso genere iudicii*. Esto es la justa reciprocidad de lo que hemos decidido (núm. 906) en el caso en que la acción se hubiera intentado desde luego ante la jurisdicción civil.

Debe suponerse que el Ministerio público ha obrado sólo en lo criminal. Entonces es cuando se pregunta si la sentencia dada sobre sus conclusiones en pro o en contra del acusado debe tener efecto en cuanto á los intereses civiles. Toullier (tomo 8.º, números 30 y sigs., y tomo 10, núms. 240 y sigs.) sostiene con energía la negativa, ateniéndose al principio sentado por el art. 1351 del Código civil, según el cual, no puede tener lugar la autoridad de la cosa juzgada sino en cuanto la demanda tiene el mismo objeto y se controvierte entre las mismas partes. Ahora bien: dice, el objeto de la acción civil es esencialmente diferente del de la acción pública, aunque ambas se refieran al mismo hecho, puesto que en la una se trata de la reparación de un perjuicio, y en la otra, de la aplicación de una pena. En cuanto á las partes, es claro que no son las mismas; porque si bien el Ministerio público representa la sociedad, no representa especialmente la parte civil y ni aun tiene calidad para defender sus intereses pecuniarios. Los tribunales civiles deben, pues, según Toullier, considerar como *res inter alios acta* las decisiones dadas por los tribunales criminales.

Merlin, por el contrario, ha sostenido (V. sobre todo sus *Cuestiones de derecho*, V. *Falsedad*, § 6.º) y hecho prevalecer en la jurisprudencia el principio de que la cosa juzgada en lo criminal debe considerarse como juzgada en lo civil. Opone á los ratiocinios de Toullier esta grave consideración, que sería deplorable que se pudiera hacer declarar en lo civil la inocencia de un hombre que hubiera perecido en el cadalso. Y cuando contesta Toullier que puede haberse reconocido la inocencia, prueba demasiado; porque para ser consecuente entonces, debería permitirse al condenado pedir la revisión de la sentencia que le condenó, revisión que sólo se admite en casos excepcionales. Débese, según Merlin, considerar al Ministerio público, cuando intenta la acción criminal, como representando todos los intereses, tanto generales como privados, en cuanto se trata de hacer consignar judicialmente la existencia del delito.

En el fondo hállase la verdad por parte del sistema de Merlin.

Solamente, en su controversia con Toullier, se ha fijado mal la cuestión, y como hace observar con mucha razón Zachariæ (trad. franc., 1.^a edic., tomo 5.º, § 769, 2.º, núm. 4.º) no hay que atenerse al art. 1351 para resolver la dificultad. Toullier no carece de razón cuando dice que el objeto de la acción pública es esencialmente distinto del de la acción civil, puesto que el Ministerio público no está autorizado para presentar conclusiones á fines civiles sino en el caso excepcional previsto por el art. 200 del Código civil, en que se teme una colusión entre las partes interesadas y los herederos del oficial público, relativamente á la prueba de un matrimonio. En cualquier otra hipótesis, sería inexacto, y vamos á ver que el mismo Merlin lo ha reconocido, el considerar todos los intereses civiles que pueden referirse á la causa, como representados por el Ministerio público. Si, en su consecuencia, se estuviera á lo dispuesto en el art. 1351, se llegaría infaliblemente al sistema de Toullier, sistema rechazado por graves motivos de interés social, y, según vamos á ver, también por numerosos textos. Lo cierto es, que sólo los tribunales criminales tienen calidad para decidir de un modo perentorio, si existe un cuerpo de delito, si el acusado es el autor de los hechos que se le imputan, si le son imputables según las reglas del derecho penal, y por último, si caen bajo la aplicación del texto de una ley represiva. Sus decisiones, sobre estos diversos puntos, tienen un carácter absoluto. Por una parte, aprovechan al acusado, que no puede estar ya sometido á ninguna acción de indemnización de daños y perjuicios, si se ha declarado que no existía cuerpo de delito. Por otra parte, le perjudica en el sentido que una vez declarado culpable, no puede ya sostener ante ninguna jurisdicción que no es el autor de los hechos que se le imputan, sino que solamente se le admite á contestar relativamente á los daños y perjuicios (*Cód. de instr. crim.*, art. 363). Pero estas mismas decisiones dejan intactos, según vamos á ver (número 911), los derechos de los terceros, que han permanecido extraños á las persecuciones criminales. De otra suerte, debería admitirse su intervención, lo cual complicaría singularmente el curso del procedimiento.

Hemos tenido el gusto de ver que M. Griolet (págs. 344 y siguientes) ha llegado á conclusiones iguales, fundándose en las tradiciones de nuestro derecho antiguo. Hace observar que cuando la acusación privada hubo degenerado en una acción civil sencilla, ejercitada, ora en lo criminal extraordinario, ora en lo civil ordinario, dicha acción no dejó de conservar por eso como nota de

su origen, el carácter de una persecución del delito (1). Esto nos explica la doctrina de Pothier (núm. 905), que ha reproducido Jousse, quien considera la acción civil como un *accesorio* de la pública; de donde se deduce la doble consecuencia, consagrada por la antigua jurisprudencia, de que la acción civil se halla sometida a la misma prescripción que la pública, y que la cosa juzgada respecto de la acción pública produce reacción sobre la civil, de tal modo, que hace a ésta forzosamente admisible después de la condena, y por lo tanto, inadmisibile después de la absolución.

Pues bien: así como el Código de Brumario había consagrado la primera de dichas consecuencias, también y recientemente lo ha hecho así el Código de Instrucción criminal (arts. 637 y 638). Es muy natural suponer que nuestro legislador ha querido sentar respecto de la autoridad de la cosa juzgada idéntica doctrina que para la prescripción. Consideraciones iguales han debido motivar en ambos casos una solución análoga; por una parte se ha creído que se produciría escándalo si se revelase oficialmente un delito que forzosamente había de quedar impune; por otra, que sería moralmente imposible negarse a la reparación civil de un delito que la jurisdicción criminal hubiese declarado patente. Comprendida de ese modo, encontramos perfectamente lógica la teoría del legislador.

910. Veamos cuáles son los textos que establecen la influencia en lo civil de las decisiones dadas por los tribunales criminales; después examinaremos en qué límites se ejerce esta influencia.

Y desde luego, el principio que sienta el art. 3.º del Código de instrucción criminal suministra un argumento indirecto, pero que está lejos de carecer de valor. ¿Cómo explicar, en la opinión opuesta, la disposición de este artículo que suspende el ejercicio de la acción civil, mientras no se ha pronunciado definitivamente sobre la acción pública, intentada antes ó después de la acción civil? ¿Se dirá que el legislador no se ha preocupado del juez civil, sino del juez criminal; que ha tenido la preocupación moral que podría suscitar en el espíritu de este último el juicio civil? Pero entonces, para ser consecuente, hubiera sido preciso, á la inversa de lo que se practica en las cuestiones de estado (*Cód. civil*, artículo 327), decir que la acción civil no podrá principiar jamás antes que la sentencia definitiva sobre la acción pública. Porque

(1) Hoy todavía es suficiente la acción civil para que entienda en ella la justicia penal, ante las jurisdicciones correccional y de simple policía.

siempre que se da una sentencia antes que haya tenido nacimiento la acción criminal, volvemos á incurrir en el mismo inconveniente á que tan vivamente ha extrañado, según se dice, al legislador. Esto es más natural ver en el art. 3.^o la recíproca del principio, según el cual liga al tribunal criminal la solución de las cuestiones prejudiciales civiles, es decir, la consagración de la regla que las decisiones de los tribunales criminales prejuzgan la acción civil (V. ó Deneg. de 17 de Marzo de 1813). Este texto se esclarece, si se le compara, como lo ha hecho M. Griollet (*loc. cit.*) á las tradiciones del antiguo derecho acerca del carácter accesorio de la acción civil.

Esta regla resalta de un modo más directo de la disposición del artículo 366 del Código de instrucción, según las disposiciones de la cual debe ordenar el tribunal que los efectos embargados se restituyan al propietario; atribución que ejerce de oficio, sin que sea necesario advertir al acusado (Den. 21 de Febrero de 1852), y que se aplica, según el texto de la ley, al caso de absolución, lo mismo que al caso de condena. De donde se deduce la consecuencia (Den. 5 de Febrero de 1858) que corresponde al tribunal resolver en un caso de controversia (Den. 30 de Marzo de 1843).

Hay textos formales en nuestras leyes civiles que suponen ó igualmente esta autoridad prejudicial de las sentencias criminales. Así, el art. 198 del Código civil quiere que, la prueba de la celebración legal del matrimonio una vez adquirida por resultado de un procedimiento criminal, la inscripción de la sentencia en los registros del estado civil asegure todos los efectos civiles al matrimonio. ¿Por qué habian de tener las persecuciones en materia de matrimonio una trascendencia que se les rehusaría por doquiera? (V. sin embargo, el núm. 911.)

El art. 235 del mismo Código, que invoça Foullier en su favor, suministra, por el contrario, contra él un argumento decisivo, habiendo cuando se remonta á la historia de este artículo. Tratábase de determinar lo que debía acontecer, cuando los hechos alegados por el esposo demandante en pleito de divorcio por causa determinada dieran lugar á una persecución criminal por parte del Ministerio público. Propúsose al Consejo de Estado hacer preceder al fallo criminal el fallo civil; pero contestó que habría graves inconvenientes en subordinar el procedimiento criminal al resultado del divorcio. Portalis propuso, para conciliar las diversas opiniones, decidir que el fallo criminal no sería prejudicial, al menos en lo que toca al demandante; porque podría haber bastantes hechos para pronunciar el divorcio, sin que hubiera bastantes para pro-

nunciar una pena. De aquí la redacción del art. 236: «Si alguno de los hechos alegados por el esposo demandante dan lugar á una persecución criminal por parte del Ministerio público, la acción de divorcio quedará suspendida hasta la sentencia del tribunal criminal (*d' assises*); entonces no podrá continuarse, sin que sea permitido inferir de la sentencia ninguna excepción de incontestación ó excepción prejudicial contra el esposo demandante». Esta disposición, introducida en materia de divorcio, y aplicable aún en el día por identidad de razón á la separación de cuerpos, no hace más que confirmar el principio general de la influencia de las sentencias criminales sobre los intereses civiles (1); principio que subsiste en toda su fuerza contra el esposo demandante, respecto de los que están á los hechos definitivamente probados, por sólo haber sufrido una condena criminal.

911. Veámos al presente en qué límites debe aplicarse el principio de la influencia de lo criminal sobre lo civil: ¿Debemos considerar la sentencia criminal como prejuzgando contra todos los interesados, y á pesar de su voluntad, todas las cuestiones cuya solución puede hallarse implicada en el debate? ¿Debemos ver, como lo dijo (requisitoria de M. Mourre en el Tribunal de Casación del 19 de Marzo de 1817), «un monuménto sobre el cual se imprime una verdad pública»? Esto es cierto solamente; lo repetimos (núm. 909), en el respecto de la parte condenada, que no tiene fundamento para decirse acreedora ó propietaria en virtud del título anulado por los tribunales criminales, y que puede ser condenada á la indemnización de daños y perjuicios con sólo conocer la condena (2). Pero los terceros, ¿podrán ser afectados por el resultado de un procedimiento á que son extraños, cuando el debate criminal no admite intervención (Den. 24 de Enero de 1850), á no ser que tengan calidad para mostrarse partes civiles?

Señalemos desde luego una hipótesis en la cual nos parece imposible que el fallo criminal pueda acarrear perjuicio á terceros. Es el caso en que existe en favor de los mismos una resolución anterior de la jurisdicción civil, que tiene la autoridad de la cosa juzgada.

(1) Este principio de la influencia de los fallos criminales en lo civil se ha visto aplicado por la Audiencia de Angers (26 de Mayo de 1864) á las decisiones tomadas por las autoridades gubernativas acerca de las faltas cometidas en la vía pública.

(2) Pero la condena criminal no puede invocarse, por identidad de razón, contra la misma persona, si se trata de otro asunto, según lo ha decidido en materia de privilegios de invención (Comp. núms. 897 y 907) una sentencia de casación de 29 de Abril de 1837.

juzgada. Si nosotros hemos reconocido (núm. 917) que cuando el fallo civil no tiene carácter alguno prejudicial, no liga a la jurisdicción penal, es solamente en tanto que esta jurisdicción se mueva dentro de su propio terreno, es decir, en tanto que esta estatuya exclusivamente sobre la acción pública. Pero no puede pertenecer a los tribunales de lo criminal, lo mismo que á ninguna otra jurisdicción, volver á conocer de aquello que ha sido ya soberanamente fallado con relación á terceros. La Sala de *requêtes* ha podido, por tanto, fallar (Sents. de 8 de Abril de 1812 y 16 de Agosto de 1847), sin ponerse en contradicción con su jurisprudencia ulterior acerca de la autoridad absoluta de los fallos criminales, que la comprobación de la falsedad por medio de la jurisdicción penal no puede tener efecto retroactivo sobre los derechos adquiridos por terceras personas mediante un fallo civil que ha declarado legítimas las actas anteriormente argüidas de falsedad.

Interesa igualmente, para bien precisar el campo de la discusión, poner como principio, conforme á la doctrina de Zachariæ (núm. 909), que la autoridad de los tribunales de lo criminal no se extiende más que sobre la existencia y el carácter delictuoso de los hechos sometidos á su jurisdicción. «La jurisdicción civil, dice una sentencia del Tribunal de Casación (sala de lo civil, Den. de 26 de Julio de 1865), al mismo tiempo que se encuentra ligada, no sólo por la parte dispositiva de las resoluciones dadas en lo criminal, sino aun por aquéllos de sus motivos que se refieren á las calificaciones penales (núm. 863), permanece y queda siendo absoluta dueña de apreciar de otra manera, bajo sus aspectos puramente civiles, los contratos que se relacionen con los hechos que han dado origen á la persecución criminal ó correccional y que pueden servir de base á acciones civiles que interesen á terceras personas que no sean partes en el litigio.» El Tribunal de Casación ha resuelto, por consecuencia, que no existe incompatibilidad legal entre la sentencia de la Corte de Douai, de 21 de Abril de 1862, librando á Mirès de la acusación de estafa, principalmente por el motivo de que no había habido entre él y sus clientes contrato de fianza, y la sentencia de la Audiencia de París, de 22 de Enero de 1864, condenando civilmente á Mirès según la naturaleza de las convenciones hechas por el mismo (1). * (Cpr. Den. de 29 de Abril de 1874.) *

(1) Es verdad que la Audiencia de París se había fundado, para no ponerse en contradicción con la de Douai, en que el principal motivo del sobresamiento pro-

Refiriéndonos, pues, exclusivamente á los hechos delictuosos y á las calificaciones penales que resaltan de las resoluciones tomadas por la jurisdicción criminal, puede concebirse el interés de los terceros en oponerse á ellas, ora para reclamar una calificación más rigurosa, ora, y esto ocurrirá con más frecuencia en la práctica, para hacer considerar como no ocurrida con relación á ellos la comprobación del delito.

No creemos nosotros que el espíritu de nuestra legislación autorice á las terceras personas, cualquiera que sea su interés, para perseguir ante los tribunales civiles una calificación más rigurosa del delito apreciado por la jurisdicción penal. El mismo motivo que ha hecho señalar á la acción civil igual duración que á la acción pública (*Inst. crim.*, art. 637) el temor de acarrear la revelación escandalosa de hechos que no podrían ser ya perseguidos por la justicia represiva, no debe permitir el que se revise así *in pejus* la resolución del juez criminal acerca de la calificación del delito. Una y otra solución resultan de la antigua doctrina (núms. 905 y 909), que considera la acción civil como accesoria de la acción pública. Así es como, á consecuencia de una condena correccional por estafa, habiendo querido la parte lesionada establecer ante la jurisdicción civil la existencia de un robo, á fin de poder reivindicar frente á un tercero adquirente los objetos sustraídos en su perjuicio, esta pretensión ha sido negada por el Tribunal regulador (Sent. de 23 de Diciembre de 1863.)

Las terceras personas se presentan en una posición bastante más favorable cuando piden, por el contrario, que la calificación penal sea modificada *in mitius*, en cuanto afecta á sus intereses. Muchas resoluciones de la jurisprudencia han mantenido, aun en esta hipótesis, la doctrina absoluta que no permite poner de nuevo en cuestión en lo civil una verdad judicial establecida de un modo soberano. Una sentencia de la Sala de *requêtes* de 14 de Febrero de 1860, sentando el principio absoluto de que todos los interesados están representados por el Ministerio público, ha negado á un notario, aun cuando no pudo intervenir en el proceso criminal, la facultad de establecer en lo civil que no había falsedad en el documento que había dado lugar á una acusación de falsedad. Merlin había señalado de antemano (*Repert.*, TESTAMENTO, sec.

nunciado por esta Audiencia era la ausencia de intención fraudulenta; pero el Tribunal de Casación ha prescindido de esta consideración, cualquiera que fuese su valor, para abordar de soslayo la dificultad.

ción (5.ª, § 3.º) una consecuencia extrema de esta doctrina (1); se preguntaba si yo perdería la propiedad de un objeto, porque en caso lo criminal se hubiese fallado, entre Pedro y Pablo, que Pedro es el propietario de este objeto y que Pablo se le ha robado. Pues bien: esta resolución de una iniquidad flagrante ha sido consagrada por la Audiencia de Grenoble, la cual, en 18 de Noviembre de 1863, ha opuesto á la reivindicación de bebidas formulada por el propietario, el fallo correccional que dispuso en contra de su locatario la confiscación de estas mismas bebidas en provecho de la administración. Es verdad que la Audiencia de Grenoble ha puesto su sententia al amparo del recurso de casación, añadiendo que aun cuando la excepción de cosa juzgada fuese admisible, los empleados habian descubierto señales de fraude (Sent. de 6 de Octubre de 1863). Esta doctrina, llevada á su último extremo, conduciría á reconocer que un hombre y una mujer pueden encontrarse casados contra su voluntad. Y en efecto, si se entiende el art. 198 del Código civil en el sentido de que la existencia de un matrimonio cuya prueba ha sido restablecida con arreglo á las conclusiones del Ministerio público, se halla plenamente comprobada aun respecto de las personas extrañas al proceso criminal, el fallo criminal liga á los pretendidos esposos, aun cuando ellos no se hayan mostrado partes civiles y aun cuando ni siquiera hayan tenido conocimiento del proceso (2) sup

Los autores y las sentencias que han admitido este sistema nada dejan de reconocer que es contrario al art. 1351, pues el Ministerio público no puede representar á las personas cuyo interés á diferencia de la posición de la parte civil, es generalmente opuesto al de la acusación; pero se fundan en el art. 3.º del Código de la instrucción criminal, el cual declara en suspenso la acción civil por el solo hecho de ejercitar la acción pública; de donde resulta el carácter necesariamente prejudicial de esta acción. Pero, como habria también un equívoco acerca del sentido de las palabras acción civil. No sería natural interpretar el art. 3.º por el art. 119 del mismo Código, que define esta acción la acción de reparación de los daños causados por un crimen, por un delito ó por una contravención. D

(1) Con todo, Merlin (*Adiciones á las Cuestiones de derecho, Additions aux Questions de droit*, FALSEDAD, § 6.º) ha concluido por profesar de una manera absoluta la autoridad de la cosa juzgada con relación á terceras personas.

(2) M. Griolet hace igualmente ver (pág. 343), por medio de ingeniosas observaciones acerca de las complicaciones del asunto Mirés, que la doctrina de la autoridad absoluta sobre lo civil de la cosa juzgada en lo criminal origina dificultades insolubles.

Ahora bien: la acción de reivindicación de una cosa mueble, ó la acción que tiende á establecer la existencia ó la validez del matrimonio, no tienen nada de común con la acción de reparación del daño causado por el delito. En este mismo sentido es en el que una jurisprudencia constante aplica el art. 637 del Código de instrucción criminal, el cual encierra el ejercicio de la acción civil dentro de los mismos plazos que el ejercicio de la acción pública. «Las prescripciones establecidas por las leyes criminales, dice la Sala de lo civil (Sent. de 27 de Abril de 1862), no se aplican á las acciones civiles sino en tanto que estas acciones tienen por base única y exclusiva un crimen, un delito ó una contravención; pero de otra manera ocurre cuando se trata de una acción que, fuera de los hechos delictuosos imputables al demandado, encuentra su principio en un acta ó documento ó en una disposición del derecho civil. Desde luego, si nosotros no perdemos de vista la estrecha afinidad que existía en la antigua doctrina entre los principios sobre la prescripción y los que hacen referencia á la autoridad de la cosa juzgada (núm. 909), llegaremos á reconocer que la suspensión decretada por el art. 3.º no se aplica más que á la acción de reparación del daño causado por el delito, con exclusión de las acciones de reivindicación, de reclamación de estado, etc. Una vez establecido que el art. 3.º es inaplicable en la hipótesis, toda teoría se viene abajo.

Merlín había sacado otro argumento del art. 463 del mismo Código, el cual prescribía al tribunal de lo criminal que, cuando hubiese declarado falso un acta ó documento auténtico, ordenase que el tal documento fuese restablecido, cancelado ó reformado. Pero, al mirando las cosas más de cerca, se ha reconocido, por el contrario, que este artículo reserva los derechos de terceras personas, puesto que no reproduce la facultad de ordenar la destrucción material del documento, la *supresión*, la *taceración* que autoriza en lo civil el artículo 241 del Código de procedimientos. Así es que la Sala de lo criminal del Tribunal de Casación ha resuelto (Sents. de 28 de Diciembre de 1849 y de 24 de Enero de 1850) que la radiación ó reforma decretada por el art. 463 «no produce el resultado de destruir ó aniquilar la existencia material de las actas auténticas que han sido declaradas falsas, sino que produce el efecto de marcarlas con un signo de reprobación que pueda advertir su falsedad y les quite el carácter auténtico y obligatorio en favor del condenado, salvo el derecho de aquellas personas que no hubiesen podido ser partes en el proceso criminal para hacer valer sus derechos ante los

tribunales competentes. Estos nos parece que son los verdaderos principios (1).

912. Aun en lo concerniente al condenado, la influencia sobre lo civil de la cosa juzgada en lo criminal debe combinarse con el principio fundado en razón, que quiere que se limite la autoridad de la cosa juzgada á lo que se ha decidido formalmente por la sentencia. Se han establecido en la práctica ciertas distinciones, que la discusión entre Merlin y Toullier han contribuido á hacer resaltar, y según las cuales ha modificado el primero su doctrina. Pueden concebirse, en efecto, tres hipótesis:

O bien la decisión judicial ha declarado la culpabilidad del acusado;

O bien ha declarado la no existencia del hecho que se le imputa;

O bien ha declarado simplemente su no culpabilidad.

913. Cuando el acusado es declarado culpable, el principio de que se ha prejuzgado la cuestión civil es aplicable en toda su fuerza (Den. de 5 de Mayo de 1818; Cas. 3 de Agosto de 1864; * Cas. 11 de Julio de 1882. *)

A pesar de existir una resolución contraria, dada por la Corte de Argel en 9 de Mayo de 1866, no hay razón alguna para no aplicar la misma regla á los fallos de simple policía (2).

Pero la jurisdicción correccional no tiene facultades para prejuzgar la cuestión civil sino en tanto que la misma estatuye dentro de los límites de su competencia. Así, una sentencia de casación de 23 de Mayo de 1870, citada más arriba (núm. 863), casa el fallo de un tribunal civil que equivocadamente se había creído obligado por un fallo correccional, en que el juez hacía constar los hechos desde el punto de vista civil, reconociendo que no podían ser objeto de ninguna represión penal. Es también general el acuerdo en reconocer que, si la jurisdicción criminal no hace más que estatuir incidentalmente sobre una cuestión civil prejudicial, por ejemplo,

(1) * Esta restricción en favor de terceros, respecto á la influencia de la cosa juzgada en lo criminal sobre los intereses civiles, es generalmente rechazada. Parece contraria al motivo especial que es la base misma de esta autoridad de lo criminal sobre lo civil, y que se apoya, aparte del art. 1351, en las consideraciones de pura utilidad social (V., no obstante, Ortolán, *Elementos de derecho penal*, tomo 2.º, núm. 2145). *

(2) Como se tratara, en este asunto, de la infracción de un decreto municipal que reglamentaba el comercio, la Audiencia pudo motivar de un modo regular su resolución fallando, con el Tribunal de Casación (4 de Mayo de 1866), que, sin violar el principio de la libertad de comercio, no se puede fundar una acción de indemnización sobre la infracción de tales decretos.

la cualidad de padre en una acusación de parricidio, la cuestión de estado en lo civil queda intacta. (Núm. 233.)

914. Está prejuzgada, en sentido inverso, en la segunda hipótesis, cuando se ha juzgado formalmente que no existe el hecho inculcado ó que se ha cometido por otra persona. Esta hipótesis se presentará difícilmente en el día en lo criminal de que entiende el jurado, puesto que el veredicto de este, en su forma ordinaria, pronuncia sobre la culpabilidad del acusado en general, y no sobre la existencia del hecho acriminado, como se verificaba en el derecho intermedio (núm. 898). Si el jurado, interrogado en la forma ordinaria, responde de modo que excluya la materialidad de los hechos, se excede de sus poderes, y el tribunal criminal conserva el derecho de apreciarlos bajo el punto de vista civil, separando tan solo el elemento de criminalidad intencional. Así lo ha decidido una sentencia denegatoria del 21 de Octubre de 1835, en un caso en que, interrogados sobre si eran los acusados culpables de sustracción fraudulenta, los jurados respondieron: *No, los acusados no son los autores de estas sustracciones*. Esta respuesta no ha podido privar al tribunal del derecho de establecer sobre las reparaciones civiles (1).

Pero las sentencias de policía simple ó correccional que son motivadas (2) pueden explicarse de un modo categórico, de suerte que haga cesar toda imputabilidad. Así, cuando ha declarado la jurisdicción correccional que no hay ningún hecho imputable al acusado, no está permitido perseguirle ya en lo civil, en virtud del artículo 1382 del Código civil. En vano el demandante en lo civil alegará que no se ha mostrado parte civil ante la jurisdicción criminal, pues ha sido representado por el Ministerio público (Cas. de 7 de Marzo de 1855) en lo tocante á la consignación del delito (número 909), lo cual es la recíproca necesaria de la regla según la que las condenas obtenidas por el Ministerio público aprovechan solamente á las partes interesadas. ¿Es necesario asimilar á la negación de los hechos por la jurisdicción correccional la declaración de que los hechos no están suficientemente comprobados? La negativa, admitida por muchos autores, ha sido consagrada por una

(1) Con mayor razón no deberá darse valor alguno á un veredicto que declare un escrito falso, pero negara al mismo tiempo la culpabilidad (Sent. deneg. de 16 de Agosto de 1842).

(2) Ya hemos visto (núm. 863) que en la jurisdicción correccional la autoridad de la parte dispositiva se relaciona con los motivos en tanto que ellos califican los hechos.

- la sentencia de la Audiencia de Orleans de 15 de Abril de 1864, fun-
 - dal dándose en el motivo de que declarar que un hecho no está probado
 - es no es negar la existencia del mismo. Pero esta resolución, que ten-
 - -dería á revelar la existencia de delitos cuya represión judicial sería
 - -n imposible, está en oposición con el fin moral que se ha propuesto
 - al legislador al extender á lo civil los efectos de los fallos crimina-
 - -les. Implica además que un hecho acerca del cual no ha admitido
 - - prueba la jurisdicción penal, ni aun siquiera por testigos ni por
 - -presunciones, puede ser probado ante la jurisdicción civil. En este
 - - sentido es en el que se ha pronunciado el Tribunal de Casación.
 - - (Casación 1.º de Agosto de 1864; * Comp. Nancy, 23 de Noviembre
 - - de 1872. *)
 - - 1915. Pero cuando el acusado ha sido declarado simplemente no
 - - culpable, según la fórmula habitual del veredicto del jurado, esta
 - - decisión negativa se explica por el solo hecho de que hay duda en
 - - la mente de los jurados, ya sobre la existencia del hecho, ya sobre
 - - la culpabilidad del agente. Si no es permitido á los jueces civiles
 - - ponerse en contradicción con lo que se ha decidido por los jueces
 - - criminales, no les está prohibido entregarse á la investigación de
 - - la verdad, cuando éstos la han dejado incierta. «De la declaración
 - - del jurado, que no es culpable el acusado, dice una sentencia deneg-
 - - gatoria del 26 de Diciembre de 1863, resulta solamente, que no ha
 - - cometido ningún crimen á que pudiera ser aplicable la ley penal;
 - - más á falta de todos los motivos expresados, no se puede inducir
 - - de aquí que el hecho material no existe, ó que el acusado no fuera
 - - su autor.» Por otra parte, la no culpabilidad según la ley penal,
 - - que no castiga habitualmente más que el dolo, no lleva consigo en
 - - manera alguna la falta de culpabilidad á los ojos de la ley civil,
 - - que tiene cuenta de las faltas aun ligeras cuando inferen perjui-
 - - cio á otro (Cód. civ., art. 1382). Así resulta formalmente de las dis-
 - - posiciones del Código de instrucción criminal (arts. 358, 359 y 366),
 - - que autorizan expresamente al tribunal, tanto en el caso de libera-
 - - ción, como en el de absolución, á resolver sobre los daños y per-
 - - juicios pretendidos por la parte civil (Deneg. de 5 de Abril de 1839).
 - - Lo que puede hacer el tribunal criminal (*d'assises*) que funciona en
 - - semejante caso como una especie de jurisdicción civil aneja á un
 - - tribunal criminal (1), ¿por qué no han de poder hacerlo ulterior-
 - - mente los tribunales civiles, cuando la parte perjudicada, que no se

(1) El Tribunal criminal (*d'assises*) puede, después de la liberación, conservar
 la acción civil, declarando los daños y perjuicios no justificados en tal estado (Casa-
 ción 27 de Marzo de 1855).

ha constituido parte civil, viene á interponer ante ellos su reclamación? Es imposible encontrar una razón para distinguir entre las dos hipótesis. El Tribunal de Casación ha dado un gran número de sentencias en el sentido de esta doctrina, que no se ha controvertido actualmente en la práctica. Así, una sentencia denegatoria de 12 de Enero de 1852 ha juzgado que la solución negativa de la cuestión de esta naturaleza no impide las persecuciones en lo civil; de la misma manera, la absolución por incendio no impide la imputabilidad civil por haber ocasionado la pérdida del lugar incendiado (Sent. de 22 de Julio de 1868). Es necesario ir más lejos todavía y, en el caso mismo en que la cuestión de homicidio ó de lesiones por imprudencia hubiese sido resuelta negativamente en lo criminal, reconocer á la jurisdicción civil el poder de condenar en daños é intereses. Puede existir una falta ligerísima, civilmente imputable, aunque no caiga bajo el peso de la ley penal (Den. 19 de Noviembre de 1841 y 9 de Julio de 1866).

Si, por el contrario, ha pronunciado la jurisprudencia criminal, no solamente sobre la falta de culpabilidad á los ojos de la ley penal, sino sobre la falta completa de imputabilidad, entonces los principios que hemos sentado sobre la autoridad de la cosa juzgada en lo criminal recobran todo su imperio. Este es el caso que puede fácilmente presentarse ante la jurisdicción correccional. Así, en la sentencia citada (núm. 914) de 7 de Marzo de 1855, el Tribunal de Casación ha reconocido que el acusado se encontraba al abrigo de toda persecución, aun de las demandas civiles, puesto que el fallo correccional consignaba *que no se le podría imputar la responsabilidad de un acto al cual era completamente extraño*. Pero el veredicto del jurado, dada nuestra manera de plantear las cuestiones, no podía ser concebido en tales términos. Puede, nó obstante, ocurrir que, sin irregularidad alguna, este veredicto contenga alguna cosa más precisa que la simple negación de la culpabilidad del acusado. Si, por ejemplo, para mayor claridad, el presidente ha puesto especialmente la pregunta de legítima defensa y el jurado la ha resuelto (negativamente, al primer golpe de vista parece legalmente imposible condenar á daños é intereses al autor de un hecho que se ha juzgado ser lícito. En este sentido se ha pronunciado una sentencia de casación el 19 de Diciembre de 1817. Pero es más exacto decidir, con Jousse (*Justice criminelle*, tom. 1.º, pág. 119), que el exceso en la legítima defensa, aunque muy poco á propósito para dar entrada á una acción penal, puede ser suficiente para motivar una condena civil. Esto es lo que resuelve, al

menos en sus considerandos, una sentencia del Tribunal de Assises del Aveyron de 13 de Noviembre de 1835. En el asunto Souesme, en el cual se ha pronunciado igualmente una casación (24 de Julio de 1841), el tribunal de Assises de Orleans parecía haber afectado ponerse en oposición con la declaración del jurado, el cual había resuelto la cuestión de golpes y lesiones voluntarias, puesto que ella había concedido á la parte civil daños é intereses, motivados por *un golpe dado voluntariamente fuera del caso de legítima defensa*. Si existen grados en la imprudencia (Sents. ya citadas de 1841 y de 1866), ¿no será una gran sutileza el distinguir grados en la voluntad? El tribunal de Orleans ha obrado con más acierto ateniéndose á su primer considerando de *que la contestación negativa del jurado acerca de la criminalidad del hecho no excluye necesariamente su materialidad*, y condenando á daños é intereses por la falta, independientemente de la voluntad. (Comp. Cas. 6 de Mayo de 1852 y 10 de Diciembre de 1866; * Añad. Cas. 13 de Julio de 1874, 9 y 10 de Enero de 1877. *)

916. Cuando por estar indeterminada la declaración de culpabilidad, lo mismo puede recaer sobre el hecho material que sobre el hecho moral, ¿debe exigirse que el Tribunal de Assises, condenando en daños é intereses, haga constar de un modo expreso que estatuye sobre un punto no resuelto por el jurado? Esto es lo que ha decidido el Tribunal de Casación (Cas. 7 de Mayo de 1864) en el asunto tan obscuro del Sr. Armand, acusado de haber atado y casi estrangulado en su bodega á su doméstico Mauricio Roux. Habiendo el jurado resuelto negativamente la pregunta de golpes y lesiones voluntarias, la Audiencia de Aix había, sin embargo, declarado que resultaba de los debates que Armand había *torpemente* dado á Roux un golpe que podía serle imputado como falta, y en consecuencia le había condenado á pagar á aquél 20.000 francos de daños. La sentencia de casación que ha anulado esta condena puede ser considerada como una sentencia singular, puesto que la necesidad que impone al Tribunal de Assises de prevenir el mismo toda dificultad por medio de explicaciones categóricas, está en oposición con el principio elemental, según el cual, la violación de la cosa juzgada no se presume, y en la duda (*Cód. civil*, art. 1157) debe fallarse por la validez de una decisión judicial. En una sentencia posterior (Sent. 10 de Diciembre de 1866), el Tribunal de Casación ha rechazado apelación contra una sentencia no más motivada que la de la Audiencia de Aix, volviendo al principio, tantas veces proclamado por su jurisprudencia, que *á pesar de la declaración de*

no culpabilidad, la materialidad de los hechos puede subsistir, lo mismo que la participación que el acusado hubiese tomado en su perpetración, solamente que sin intención criminal.»

La Audiencia de Grenoble, que ha estatuido en definitiva acerca de la demanda de daños y perjuicios de Mauricio Roux (1.º de Junio de 1865), se ha fundado para rechazarla en las circunstancias excepcionales de la causa, *en la cual la materialidad del hecho y la intención eran indivisibles*; doctrina que no tiene las consecuencias extremas que lleva consigo la resolución de la sala de lo criminal, y que ha sancionado la cámara ó sala de *requêtes* (11 de Diciembre de 1866).

917. Véase, pues, que admitimos, por una parte, por la combinación de los textos, que la cosa juzgada en lo criminal es juzgada soberanamente, aun en beneficio ó en perjuicio de los que intentaran ulteriormente la acción civil; pero, por otra parte, que, para que haya así cosa juzgada en lo criminal, es necesario que no pueda suscitarse duda alguna sobre la trascendencia de la decisión. Pues bien: esta duda no puede existir: 1.º, si hay solución afirmativa sobre la cuestión de culpabilidad; 2.º, en el caso de una solución negativa, si es de naturaleza propia para excluir formalmente, sea la materialidad, sea la imputabilidad, aun civil, del delito. Una solución negativa, motivada en general sobre la no culpabilidad, se entiende de la no culpabilidad penal, y deja intacto el derecho á las reparaciones civiles, si ha lugar.

918. Según la opinión que ha prevalecido en la jurisprudencia inglesa y americana (M. Greenleaf, tomo 1.º, págs. 668 y 670), la cosa juzgada en lo criminal no tiene influencia alguna, en principio, sobre los intereses civiles. Esta jurisprudencia se funda en los motivos alegados por Toullier, que las partes no son las mismas, y que la convicción se determina de un modo diferente en lo civil y en lo criminal. Podría creerse á primera vista que hay identidad de partes, siendo habitualmente el *prosecutor*, en el procedimiento inglés, la parte perjudicada. Pero se ha concluido por considerar las persecuciones, aunque puestas en movimiento por un particular, como concerniendo, en el fondo, á la sociedad (Ibid., página 409); entonces se ha comprendido que si la decisión dada por la jurisdicción criminal debía constituir título en favor del querrelante, no podía ser oído en lo criminal (núm. 281), hallándose interesado en la decisión, y se ha zanjado la dificultad sentando el principio que la sentencia criminal no tiene efecto en lo civil, así como tampoco lo tiene la sentencia civil en lo criminal.

Bajo dos puntos de vista, sin embargo, permite la doctrina inglesa invocar en lo civil la sentencia criminal. En primer lugar (Ibid., págs. 668 y sigs.), el hecho mismo de haberse dictado la sentencia (*the fact of the mere reddition of the judgement*) puede invocarse en una acción civil. Así, el que intenta una acción civil, respecto de persecuciones injustas, prueba las persecuciones por el hecho mismo del procedimiento penal. Además de esta excepción, que, á decir verdad no lo es, puede invocarse en lo civil el procedimiento criminal, á título de confesión (Ibid., página 657) cuando el acusado, como hemos visto (núm. 385), ha tomado el partido de litigar como culpable (*upon his plea of guilty*). Así, en una demanda de divorcio formulada por una mujer por malos tratamientos, se han considerado los hechos como probados por una condena penal dada contra el marido, *of assault and battery*, habiendo litigado el marido como culpable: si hubiera litigado como no culpable, la condena no hubiera podido invocarse en lo civil.

919. La autoridad irrefragable que se atribuye á las decisiones supremas de la jurisdicción criminal, no se atribuye igualmente á los simples documentos que emanan de esta jurisdicción. Es verdad que los procesos verbales más en forma, extendidos por un oficial de policía ó por un escribano, no son pruebas legales ante las jurisdicciones civiles. Un juez civil puede, pues, sin exceso de poder, negarse á oír la lectura de las declaraciones recibidas en una instancia criminal (Den. de 2 de Junio de 1822). Pero ¿debe irse más adelante y rehusarle de un modo absoluto la facultad de tomar sus elementos de convicción en los documentos de esta naturaleza? Háse pronunciado en el sentido de esta opinión una sentencia de casación de 22 de Messidor, año vii. Parece, á primera vista, que siendo diferente el modo de instrucción, y el objeto que se propone muy distinto en cada una de las jurisdicciones, así como no puede emplearse en los tribunales criminales (*d'assises*) una información civil, no debe admitirse que se emplee en lo civil un proceso verbal de información ó un proceso verbal de los debates. Pero la jurisprudencia parece en el día (Den. de 31 de Enero de 1859 y 27 de Mayo de 1864) reconocer en el juez civil un poder más amplio. Ninguna disposición legal, en efecto, limita sus medios de información; puede tomarlos en otra instancia civil, ¿por qué no podría tomarlos también en una instrucción criminal relativa á los mismos hechos? A falta de toda prohibición especial, ¿no se debe investigar la verdad por todos los medios posibles? Si se decide lo

contrario en lo criminal en cuanto á los documentos civiles, es porque ha querido la ley que se formara la convicción de la culpabilidad, en general, sobre pruebas orales, después de un debate contradictorio, y no en virtud del examen de los autos. Nada hay semejante en lo relativo á la jurisdicción civil. Conviene, pues, dejar á esta jurisdicción amplitud para la investigación de las pruebas; pero bien entendido, no obstante, que no sería posible prevalecerse en lo civil de declaraciones recibidas ante un tribunal criminal, si estas declaraciones, por razón de la mayor latitud que se deja á los testigos en la administración de la justicia criminal, versaran de hecho sobre puntos que la ley civil prohíbe probar por testigos, y especialmente si se hubiera declarado respecto á hechos contrarios á una presunción legal, hechos que, según nuestra opinión (núm. 859), podrían obrar sobre la convicción del jurado. Asimismo, cuando la ley civil exige una información, como en materia de separación de cuerpos, esta información supone las formalidades y las garantías del procedimiento civil; no sería, pues, permitido suplirla por medio de un proceso verbal de información, redactado por un juez de instrucción sobre los mismos hechos.

Véanse las notas de los números 894 y 908.

Son reglas de jurisprudencia establecidas por el Tribunal Supremo:— La sentencia firme recaída en un juicio criminal que no declara legítimo un documento, sino que se limita á absolver libremente por falta de prueba al acusado por la supuesta falsedad de aquél, no es obstáculo para que los tribunales en otro juicio de índole diversa decidan lo que en la esfera civil proceda acerca de la validez ó eficacia de tal documento. (Sent. de 6 de Marzo de 1888).

— El fallo absolutorio, dictado en causa por delito de estafa y sustracción de unas acciones al portador, no prejuzga el hecho de haber sido éstas pagadas, ni tiene el valor de cosa juzgada para el juicio promovido para el abono del importe de dichas acciones, y en el cual se han discutido y apreciado particulares distintos de los que lo fueron en la causa criminal en que figuró el autor como procesado. (Sentencia de 4 de Abril de 1888).

— El auto de sobreseimiento libre, recaído en una querrela formulada con ocasión de la hipoteca constituida sobre bienes que el querellado ofreciera al querellante, no puede invocarse como cosa juzgada en un pleito acerca de la eficacia de la inscripción de aquel derecho del segundo, ni es obstáculo para que los tribunales decidan lo que en la esfera civil proceda, entre otras razones, porque un acto ó contrato puede no constituir delito, y carecer, sin embargo, en la indicada esfera, de validez ó fuerza obligatoria. (Sentencia de 18 de Abril de 1888).

— El auto de sobreseimiento en causa sobre falsedad de documento privado, fundado aquél en no estar acreditada la de la firma del deudor que autoriza el documento, y haber, por el contrario, motivo bastante para creer que fue legítima, no tiene el sentido de ejecutorio respecto de dicha firma y mucho menos relativamente á la eficacia del documento. (Sentencia de 3 de Julio de 1888).— (N. de la R.)

PARTE CUARTA

DEL EFECTO RÉTROACTIVO Y DEL DERECHO

INTERNACIONAL EN MATERIA DE PRUEBAS

SUMARIO: 920. Distinción de las *decisoria* y de las *ordinatoria litis*.—921. Refutación del sistema que aplica siempre la ley del tiempo y del lugar en que reside el tribunal que conoce de la causa.—922. División.

920. La aplicación á las pruebas de las reglas sobre la no retroactividad de las leyes y sobre las relaciones de nación á nación, no da lugar, en principio, á serias dificultades. Para saber cuál de las dos legislaciones sucesivas en un mismo país, ó bien de dos legislaciones de diversas partes debe aplicarse, se ha establecido hace tiempo una distinción esencial. «Hay, dice Merlin (*Repert.*, V. *Efecto retroactivo*, sec. 3.^a, § 8.^o), dos especies de formalidades judiciales: las unas que pertenecen solamente á la instrucción y no son relativas sino al procedimiento, razón por la cual los jurisperitos les llaman *ordinatoria litis*; las otras, que pertenecen al fondo mismo de la causa, cuya omisión ó falta neutraliza ó destruye la acción, y que los jurisperitos designan con las palabras *decisoria litis*.» Respecto de las primeras, es preciso referirse al tiempo y al lugar en que ha tenido origen el asunto. *In modo procedendi* (dice Strychio, *Tract. et Disp.*, t. 2.^o, pág. 27), *consuetudo iudicii attendenda, ubi lis agitur. In modo vero decidendi, seu in ipsa causæ decisione, consuetudo litigantium, seu ubi actus est gestus, attendendus.*

Podría creerse á primera vista que es preciso colocar en la primera clase todo lo relativo á la prueba, por razón de la íntima conexión que une la prueba con el procedimiento. Es verdad que las leyes sobre la prueba entran en los medios de aplicación del derecho, y constituyen lo que llama Bentham *leyes adjetivas* (V. núm. 4.^o). Pero la prueba es por su naturaleza contemporánea del hecho que

hay que probar, mientras que el procedimiento es esencialmente posterior y sometido á reglas aparte. Es preciso, en su consecuencia, atenerse en principio, en cuanto á la admisibilidad de la prueba (*decisorium litis*), á la ley del tiempo y del lugar donde ha intervenido el hecho que se trata de probar. Por el contrario, para el procedimiento de la prueba (*ordinatorium litis*) deberá estarse, en principio, como para todo otro procedimiento, á la ley del tiempo y del lugar donde reside el tribunal que conoce del negocio. Una sentencia consular del 5 de Fructidor, año IX, autoriza implícitamente esta distinción, cuando determina en estos términos: «Todo lo que toca á la instrucción de los negocios, mientras no están terminados, se arregla según las nuevas formas, sin herir el principio de no retroactividad, que jamás se ha aplicado sino al fondo del derecho.»

Hay, no obstante, una sentencia de casación, dada el 4 de Octubre de 1817, según cuyos términos, los crímenes cometidos bajo una legislación anterior deberían ser juzgados con las antiguas formas de instrucción y las garantías que de ellas resultan para los acusados. Pero no debe verse en esto más que una decisión de circunstancia, que se dirige á limitar la jurisdicción de los tribunales prebostales instituidos en 1815 (1). Desde esta época, ha juzgado el Tribunal Supremo repetidas veces, y en especial por sentencias de 12 de Octubre de 1848 y de 27 de Enero de 1855, que en toda materia «las leyes de procedimiento y de instrucción son obligatorias desde el día de su promulgación, en lo relativo á los procesos comenzados como á los procesos por nacer» (2). Así ha dicho perfectamente M. Dupin en la discusión del asunto que dió lugar á la sentencia de 1848: «Cuando en 1790 se suprimieron todos los antiguos tribunales; y se estableció el jurado en materia criminal, un

(1) Igualmente, á consecuencia del carácter extremado de la jurisdicción nuevamente establecida, quería la ley de 21 de Thermidor, que nadie pudiera ser llevado ante el tribunal revolucionario por hechos anteriores á su creación.

(2) Si en el asunto *Cadoudal* han pedido en vano los acusados ser enviados ante el alto tribunal imperial, creado por el senado-consulta de 28 de Floreal, año XII, es porque este tribunal no se hallaba aun organizado (Den. de 4 de Messidor, año XIII). El Tribunal de Casación ha sentido, en principio, por sent. deneg. de 16 de Abril de 1831, «que es regla, á no ser que el legislador disponga otra cosa, que los procesos criminales en los cuales no hay sentencia definitiva y en última instancia, deben continuarse en las formas y ante los tribunales nuevamente establecidos». Así, ha anulado (el 12 de Septiembre y el 27 de Diciembre de 1856) decisiones de tribunales correccionales, que se habían quedado con el conocimiento de las apelaciones en materia correccional, á pesar de la declinatoria propuesta por el Ministerio público, en virtud de la ley de 13 de Junio de 1856, que ha atribuido á los tribunales imperiales las sentencias de las apelaciones en estas materias.

hombre acusado de un hecho cometido antes de este cambio no hubiera sido admitido á pretender que quería mejor ser juzgado por la antigua Tournelle criminal del Parlamento. Cuando se suprimió el jurado de acusación, los que estaban entonces en prevención no hubieran podido reclamar que se volviera á emplear otra vez para ellos. (V. en el mismo sentido el decreto de la Asamblea constituyente, de fecha 22 de Enero de 1849.)

921. M. Mittermaier (*Archivos de la jurisprudencia en materia civil*, tomo 13, pag. 315), quiere, por el contrario, que se aplique siempre la ley del tiempo y del lugar donde reside el tribunal que entiende del negocio. El motivo principal en que se funda, es que la prueba no tiene por objeto sino convencer al juez, y que el juez no puede adquirir su convicción más que en los elementos autorizados por las leyes de su país. Esta doctrina parece haber sido admitida en Inglaterra por la Cámara de los Lores, según el principio sentado por lord Brougham: *The Law of evidence is the LEX FORI* (Story, *Conflict of laws*, §. 635 b.). El principio es verdadero en el sentido de no ser permitido tomar al derecho antiguo, ó á las leyes extranjeras, medios de comprobación absolutamente reprobados por la ley vigente en el país donde reside el tribunal. Así, cuando fue abolido en Francia el *congreso* (núm. 112), no se habría podido pedir su aplicación á las causas anteriores á esta abolición, y aun cuando subsistía en Francia, no hubiera podido una mujer francesa reclamarlo contra su marido, en un país en que no se hallaba admitido, bajo pretexto de que le autorizaba á ello formalmente su estatuto personal. Y había evidentemente lugar de aplicar la misma decisión cuando la abolición del combate judicial. Pero estas son hipótesis enteramente excepcionales. En general, las disposiciones de la ley que proscriben ciertas pruebas no tienen más que una fuerza enteramente relativa; estas disposiciones rechazan dichas pruebas como peligrosas en ciertos países y en ciertos tiempos, y no como contrarias al orden público y á las buenas costumbres. No hay, pues, nada que contrarie el sistema de la ley, en la aplicación de estas mismas pruebas, en una época en que no se habían juzgado necesarias dichas restricciones, ó bien á extranjeros en cuyo país son desconocidas. Creemos, pues, que es tomar la excepción por la regla adoptar esta nueva doctrina, opuesta á la jurisprudencia más general y que nos parece contraria á la equidad. Porque, ¿es razonable someter al que contrata en el día á las leyes que regirán en lo futuro, ó al que contrata en Inglaterra á las leyes que rijan en Francia?

922. Veamos con qué modificaciones deben aplicarse los principios que acabamos de sentar, primeramente a los hechos pasados bajo el imperio de las leyes antiguas, y después a las relaciones internacionales.

*. La doctrina sostenida por M. Bonnier en este párrafo es análoga a la que se halla admitida entre nosotros. En lo relativo al fondo del proceso, como cuando se trata de contratos, de adquisiciones, de transmisión de la propiedad, debe atenderse en los juicios a la ley vigente al tiempo en que tuvieron lugar, aunque una ley nueva cambie las condiciones en virtud de las cuales se adquirían anteriormente estos derechos. Mas cuando se trata de las leyes que se refieren a la organización judicial y a las de procedimientos, no tiene lugar esta regla, por predominar en ellas el interés público sobre el particular. No sería posible restablecer tribunales y formas incompatibles ya con el estado que a la sazón tenía la administración de justicia, ni podrían coexistir sin graves inconvenientes organizaciones múltiples de tribunales y sistemas ya caducados y condenados por la ley y por la ciencia. Así es, que si en leyes de esta clase se hacen cambios importantes, suele el legislador expresar desde qué día han de empezar a regir y establecer el tránsito de una legislación a otra; pues de lo contrario, se entiende que deben subordinarse las leyes antiguas a la nueva. — (N. de la R.)

*. En todo cambio de legislación procesal se otorga a los interesados en los asuntos pendientes la facultad de optar por el antiguo ó el nuevo procedimiento. Esta disposición se encuentra a la cabeza de las leyes de Enjuiciamiento civil y criminal vigentes.

El art. 3.º del Código civil declara que las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario, y sin perjuicio de la disposición general denegatoria (art. 1976) establece las transitorias que han de observarse en la aplicación de sus preceptos a los derechos, actos y contratos anteriores al nuevo estado de derecho. — (N. de la R.)

SECCIÓN PRIMERA

Efecto retroactivo. (1)

SUMARIO: 923. Aplicación de la ley antigua en cuanto a la admisibilidad de la prueba. — 924. De la ley nueva en cuanto al procedimiento de la prueba. — 925. Casos en que se rechaza la prueba de un modo absoluto. — 926. Disposiciones transitorias sobre los hijos naturales. — 927. Principios sobre el efecto retroactivo de la ley penal.

923. Resulta de la distinción que hemos establecido entre los puntos que tocan al fondo del procedimiento, y los que se refieren

(1) En el caso en que un documento legislativo contuviese el vicio de retroactividad, sería preciso resolver, con el Tribunal de Casación (Sent. de 15 de Abril de 1883), que el principio del art. 2.º del Código civil, después, en el estado actual de la legislación, una regla constitucional cuya violación deba hacer anular de pleno derecho la ley ó el reglamento de administración pública al cual pudiera reprocharse el vicio de retroactividad; que semejante disposición, si se encontrase en ciertas materias, debía ser obedecida hasta que el mismo legislador la modificase. >

tan sólo á la forma, que cuando se trata de la admisibilidad de tal ó tal modo de prueba, especialmente de la prueba testimonial, hay que referirse á la época en que han intervenido los hechos cuya existencia quiere probarse: *Tempus regit actum*, dice M. Savigny (*Derecho romano*, tomo 8.º, pág. 402). La adopción virtual por las partes de ciertos medios de prueba, para consignar lo que ha pasado, es ella misma una convención implícita á la cual no puede afectar la nueva ley (1). Así se ha decidido por el Tribunal de Casación en una multitud de casos, especialmente por una sentencia denegatoria de 16 de Agosto de 1831, en que sienta por principio, «que el medio de prueba de una convención no se refiere á la forma de proceder, sino que se refiere esencialmente al fondo; que, por consiguiente, la ley que debe consultarse es la del tiempo á que las partes hacen remontar esta convención.» En otro caso, en que podía haber más duda, puesto que se trataba de probar, no ya una convención, sino la posesión de un derecho de uso, ha decidido igualmente el mismo tribunal (Den. de 23 de Mayo de 1832), «que el medio de prueba de hechos de posesión, que se refieren al fondo del derecho, debía regularse por la ley del tiempo á que se refieren estos hechos». La prueba del matrimonio se rige igualmente por la ley de la época en que ha sido contraído el matrimonio (Merlin, *Cuestiones de derecho*, V. *Matrimonio*, § 8.º). El tribunal de Bruselas ha aplicado el mismo principio (Sent. de 15 de Febrero de 1810) á la misma prueba de un punto de derecho, autorizando á las partes á acreditar por actas de notoriedad la antigua jurisprudencia del condado de Namur sobre un punto disputado, pues habían acontecido los hechos bajo el imperio de la costumbre de este condado. Por extraño que parezca este medio de prueba en nuestros hábitos modernos, no hubiera podido rehusarle la administración en el caso de que se trataba, sin cometer una denegación de justicia (V. también Bruselas, 24 de Julio de 1810).

924. Por el contrario, cuando se trata de reglas que rigen el procedimiento de la prueba, es únicamente aplicable la ley nueva, en cuanto á las demandas formadas desde su promulgación. Así es que el modo de practicarse la prueba testifical respecto de los hechos que han pasado bajo el imperio de las leyes anteriores, debe regirse por el Código de procedimiento cuando se abre la información bajo el imperio de dicho Código. En cuanto á los procesos inten-

(1) Así, en lo relativo al escrito por duplicado, en los países en que no se admitía la teoría de los duplicados (núm. 684), no se podría aplicar esta teoría á la redacción de contratos anteriores al Código (Deneg. de 4 de Enero de 1814).

tados anteriormente (1), una disposición formal de procedimiento civil (art. 1041) sostiene la aplicación de las antiguas leyes, y la ley del 28 de Mayo de 1838 (disposición preliminar) está concebida en el mismo espíritu, cuando no aplica el nuevo modo de reglarse las quiebras sino á las que se hubieran declarado desde su promulgación. Si conveniencias prácticas pueden justificar semejantes decisiones transitorias, es preciso, no obstante, reconocer que esto no es la aplicación rigurosa de los principios de la materia, puesto que los procesos principiados no constituyen un derecho adquirido á tal ó cual forma de instrucción. En efecto, no podríamos suscribir á la doctrina sostenida por Real en la exposición de los motivos de la ley transitoria de 26 de Germinal, año xi, doctrina según la cual *adquiere el derecho el que ha formado la demanda*. La sentencia sólo constituye un derecho adquirido. Según los términos de la Novela 19, la nueva ley debe solamente respetar lo que se ha terminado *decreto judicium*, y la jurisprudencia antigua y moderna se halla en este sentido (V. la ley de 14 Floreal, año xi, art. 5.º; *Cod. civil*, artículos 1211, 1226 y 1263). Decidiendo que las demandas de divorcio formadas anteriormente á la publicación del Código civil, continuarían instruyéndose *conforme á las leyes que existían cuando se entabló la demanda*, leyes tan fáciles para el divorcio, la ley de 26 de Germinal tenía por objeto, no ya consagrar un principio, sino suavizar la transición entre la legislación revolucionaria y la del Código civil. Aun cuando hubiera habido un derecho adquirido al divorcio, no podía en verdad haber derecho adquirido á proponer la demanda de divorcio según tal ó cual forma. La ley abolutiva del divorcio nos parece, al contrario, no haber hecho más que usar del derecho que pertenece al legislador, cuando ha convertido dicha ley las demandas de divorcio por causa determinada en demandas de separación de cuerpos, y anulado todos los actos hechos para llegar al divorcio por consentimiento mutuo (ley de 8 de Mayo de 1816, arts. 2.º y 3.º).

En su consecuencia, según la doctrina de Merlin (*Repert.*, V. *Efecto retroactivo*, secc. 3.ª, § 7.º, núm. 1.º), «si la nueva ley no dispone otra cosa, deben reglarse por ello en los procedimientos principiados antes de su publicación todos los actos que se hacen pos-

(1) Sin embargo, según los términos de un dictamen del Consejo de Estado de 16 de Febrero de 1807, las apelaciones, embargos, etc., efectuadas desde que se puso en vigor el Código de procedimiento, son el *principio de un nuevo procedimiento que se introduce á consecuencia de otro precedente*, y deben, en su consecuencia, regirse exclusivamente por este Código.

teriormente». Así se ha decidido, en efecto, por el Tribunal de Casación, aplicando á las instancias ya principiadas las formas introducidas por el Código civil en cuanto al juicio pericial en materia de rescisión de venta por causa de lesión (Denegs. de 23 de Febrero de 1807 y de 23 de Julio de 1831). De otra suerte sería, según los términos de una sentencia denegatoria del 22 de Julio de 1806, si se hubiera principiado ya el juicio pericial, porque entonces, como ha dicho el Ministerio público al Tribunal de Casación, «un acto de procedimiento compuesto de muchos procedimientos, como el acto más sencillo, debe acabarse según las leyes que presidieron á su principio, sin que haya en él destrucción de cosas hechas, y en su consecuencia, alteración de derechos adquiridos».

925. Sin embargo, según hemos ya observado (núm. 921), ciertas pruebas pueden ser rechazadas por la ley de un modo absoluto, como presentando más escándalo que ventaja real, y entonces la ley nueva recibe su aplicación; aun respecto de los intereses que se habian creado antes que fuese promulgada. Esto es incontestable en el caso de suprimirse el medio de prueba mismo por inmoral, como sucedió cuando la abolición del *Congreso* por el Parlamento de París. Asimismo, según el sistema que hemos adoptado con el Tribunal de Casación, y según el cual no se admite á investigar una filiación incestuosa ó adulterina, aun para el efecto de obtener alimentos (núms. 212 y 571), no es permitido hacer consignar por los Tribunales civiles los incestos ó adulterios, aun cometidos bajo el imperio de las leyes antiguas, como no lo sería en semejante hipótesis dirigir contra el incesto persecuciones criminales. El Tribunal de Grenoble se ha pronunciado en este sentido el 12 de Junio de 1831, denegando el recurso contra esta decisión (el 6 de Febrero de 1833), el Tribunal de Casación, sin tocar la dificultad en el fondo, se ha atenido á una excepción tomada de la legislación transitoria de que vamos á ocuparnos.

926. En cuanto á la filiación simplemente natural, el escándalo es menos grave, y se comprendería que la prueba bajo este respecto permitiese siendo regida por la ley de la época á la que se remonta la filiación que se trata de acreditar. No obstante, Mérlin (*Questiones de derecho*, V. *Legitimidad*, § 2.º), reconociendo que en tesis general deba regirse la prueba de la filiación por la ley antigua, admite, sin embargo, reglas aparte para la indagación de la paternidad natural, que no se puede autorizar por el mero hecho de haberse permitido cuando nació el hijo, sin contravenir á un principio de orden público. Además se han sentado reglas especiales

por la ley de 12 de Brumario, año II, para el período que separa la antigua legislación de la promulgación del Código civil (1). Las disposiciones de esta ley, que es la primera que ha prohibido la investigación de la paternidad natural (núm. 222) distinguen tres clases de hijos naturales: 1.^a, aquellos cuyo padre murió antes de publicarse las leyes que dieron á estos hijos derechos de sucesión; respecto de éstos, nada de retroactividad (2), pero no tienen derecho más que á los alimentos, si bien pueden investigar la paternidad por todos los medios admitidos en la antigua jurisprudencia (Cas. 14 Thermidor año VIII: 2.^a, aquellos cuyo padre sobrevivió á la publicación de las mismas leyes, pero que murió cuando se promulgó el Código civil; éstos se aprovechan del beneficio del derecho intermedio, pero con la condición de probar su filiación, sea por medio de escritos públicos ó privados, sea por la posesión de estado (3). (Ley de Brumario, art. 8.^o) Por una especie de compensación, poco conforme con los principios de una estricta justicia, la ley de Brumario ha sido más severa para la prueba de la filiación, al mismo tiempo que daba á esta filiación ventajas considerables. Hubiera habido contradicción en conceder alimentos, conforme á los principios del antiguo derecho, al hijo que hubiera acreditado la paternidad por medio de la prueba testifical, y en recusar á este mismo hijo los derechos sucesorios (4); pues bien: precisamente no se ha querido llegar hasta ese punto (Merlín, *loc. cit.* cas. 25 de Marzo de 1806: 3.^a, aquellos cuyo padre ha sobrevivido á la promulgación del Código civil, y cuya suerte se halla enteramente regulada por este Código, tanto respecto de la extensión como

(1) Esta ley debía formar parte del Código civil, de que se ocupaba entonces la Convención. Esto es lo que explica por qué la remita en ella el Código civil, cuya promulgación se consideraba como próxima, pero que no se publicó de hecho sino diez años más tarde. Este retardo, que estaba lejos de prever el legislador, tuvo en suspenso muchos intereses, que se encontraron determinados, después de creados, no solamente en cuanto á su importe, sino en cuanto á su prueba misma, por la nueva legislación.

(2) Al menos, según la ley del 15 Thermidor, año IV, abolutiva de las disposiciones que hacían ascender el efecto de la legislación revolucionaria al 14 de Julio de 1789.

(3) Esta disposición, invocada por la opinión que admite la prueba de la paternidad natural por medio de la posesión de estado, prueba en realidad contra esta opinión, puesto que el legislador de Brumario no admite la posesión de estado sino en el período de transición (V. el núm. 222).

(4) Si el hijo había ya intentado la acción de investigación de la paternidad antes de la publicación de la ley de Brumario, la convención resolvió, por un decreto de 4 Pluvioso, año II, que conservase el derecho de seguir esta acción. Esta resolución, sin ser conforme al rigor del principio (núm. 224), se concibe como temperamento á una legislación verdaderamente inficionada de retroactividad.

de la prueba de su derecho. (Ley de Brumario, art. 10; ley del 14 de Floreal, año XI, art. 1.º) No obstante, la promulgación del Código civil no ha podido atacar las convenciones y las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada. (Ley cit. del 14 de Floreal, año XI, art. 3.º)

Debe notarse además, en cuanto á la condición prescrita por el Código civil respecto del reconocimiento de los hijos naturales, la autenticidad, que basta que exista según las formas usadas en la época de la redacción de la escritura de reconocimiento. Así como se dice en las relaciones internacionales: *Locus regit actum*, debe decirse aquí: *Tempus regit actum*. Esto es lo que ha decidido el Tribunal de Casación por sentencia denegatoria, dada el 14 de Floreal, año XII, en un caso en que el título de reconocimiento del hijo era su acta de nacimiento, extendida en 1787 por el sacerdote que hacía entonces las funciones de oficial del estado civil (V. en este sentido una disertación en Sirey, 1831, parte 1.ª, página 132).

927. En materia criminal, el principio de que la prueba debe ser la del tiempo en que han acontecido los hechos tiene su aplicación siempre que se trata de cuestiones civiles prejudiciales, como respecto de la prueba de un depósito, en el caso de acusación de abuso de confianza. Pero la prueba de un delito, bien sea ante los tribunales criminales, bien aún ante los tribunales civiles, no puede regirse sino por la ley nueva. No se trata aquí de saber qué prueba han debido tener las partes á la vista. La ley nueva, cuando hace la prueba más fácil para el Ministerio público ó para la parte perjudicada, no tiene en cuenta la esperanza ilícita que ha podido concebir el culpable de no ser descubierto, según las disposiciones de ley existente. Así la máxima: *Testis unus, testis nullus*, no ha podido invocarse por los que habían cometido un delito en presencia de un solo testigo, después que el derecho moderno la ha rechazado completamente. Si, por el contrario, se prohíbe á la acusación los medios de prueba, mirados hasta entones como suficientes, no se les deberá emplear para los hechos pasados más que para los hechos presentes. Y aquí el interés de los acusados está de acuerdo con la razón, para hacer aplicable la nueva ley. Así, la regla que no permite invocar contra el acusado de complicidad, en materia de adulterio, más que el flagrante delito ó la correspondencia (*Cód. pen.*, art. 338), ha debido tener aplicación aun respecto de los adulterios cometidos antes de la publicación del Código penal.

Entre nosotros, también hay que referirse, respecto de la admisibilidad de tal ó cual medio de prueba, á la época en que intervinieron los hechos cuya existencia se trata de probar, según expone M. Bonnier en el núm. 923. Así es que si se estableciera en el día la supresión de la prueba testifical en las obligaciones que provienen de contratos, los ya celebrados no estarían comprendidos en la nueva ley, pues de otra suerte podría acontecer que privando al acreedor de la única prueba que tenía se echara por tierra el derecho perfecto que le había dado el contrato.

Asimismo rige la doctrina expuesta por M. Bonnier en el núm. 924 sobre que cuando se trata de las reglas por que se rige el procedimiento se aplique la ley nueva respecto de las demandas que se entablen después de su promulgación, á no ser que en dicha ley se determine lo contrario.—(N. del T.)

Previene el art. 22 del Código penal vigente que no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por la ley anterior á su perpetración.

Según el art. 23, las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito ó falta, aunque al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo condena.—(N. de la B.)

SECCION SEGUNDA

Derecho internacional (1)

SUMARIO: 927. Principios generales de la materia.—928. Regla *Locus regit actum*.—930. Su aplicación á las actas ó escrituras auténticas.—931. A las actas ó escrituras privadas.—932. A los libros de comercio.—933. A la prueba testimonial.—934. A las presunciones.—935. La presentación del juramento.—936. Investigaciones rechazadas de un modo absoluto.—937. Derecho internacional sobre la prueba en materia criminal.—938. Voto por la unidad de la legislación.

928. Háse admitido, ha largo tiempo en Francia, que dirigiéndose las reglas sobre la prueba, en cuanto al fondo, *ad litem decisio-*

(1) Véase el libro 2.º, tit. 3.º del *Tratado del derecho internacional privado*, por M. Félix, obra que debe consultar quien quiera profundizar las relaciones de la Francia con los demás países de Europa bajo el punto de vista del derecho privado, sobre todo desde las explanaciones que ha recibido en la adición que ha dado en 1856 nuestro sabio colega M. Demangeat. En el tomo 8.º de su *Tratado del derecho romano* sienta M. Savigny autorizadamente los principios del derecho internacional. Finalmente, la 5.ª edición de *Conflict of laws*, de M. Story (Boston, 1865) es la obra más útil que puede consultarse sobre el estado actual del derecho inglés y americano en esta materia. * La lista de obras consagradas al derecho internacional privado se ha aumentado desde que M. Bonnier ha escrito estas líneas. Por lo demás, es solo una consecuencia forzosa de la importancia siempre creciente de esta parte de la ciencia jurídica. Concretándonos á las obras que tratan de la totalidad del derecho internacional privado, citaremos: F. Laurent, *El derecho civil internacional*, 8 vols.; Ch. Brocher, *Curso de derecho internacional privado*, 3 vols.; Pasquale Fiore, traducciones francesas de M. Pradier Fodéré y de M. Antoine, *Derecho internacional privado*, un vol.; Alph. Bard, *Compendio de derecho internacional, derecho penal y privado*, un vol.; *Treatise on the conflict of Laws*, un vol.; Asser, *Schets van het internationaal privaatrecht*, un vol.; esta última obra ha sido traducida en alemán

buena (núm. 920), debe seguirse respecto á esto la ley del país en que se contrataran las partes. Ya se consideren las reglas sobre la prueba como formalidades *extrínsecas*, ya como formalidades *intrínsecas*, refiriéndose á una convención tácita, debe estarse á la ley del país, mientras las formalidades *habilitantes* se regulan por la ley del domicilio, y las formalidades de ejecución por la ley del tribunal en que se litiga (1). Danty (Ad. sobre el cap. 1.º de Boiceau, § 2.º) nos refiere haberse autorizado por dos sentencias, desde el siglo XVI, á algunos ingleses que litigaban en Francia á probar por medio de testigos un contrato verificado en Inglaterra, cuyo objeto tenía un valor de más de cien libras. De otra suerte hubiera sido, según el mismo autor, si se hubiera tratado de dos ingleses que hubiesen contratado en Francia, porque se presumiría que habían contratado según la ley del país en que hacían sus convenciones. «En vano se pretendería, dice Merlin (*Repert.*, véase *Ley*, § 6.º, núm. 2.º), que no debe tener lugar esta regla sino en los casos en que los contratantes son ciudadanos ó súbditos del país en que tratan juntos. ¿Cuál sería, según esta sentencia, la ley que debería interpretar un contrato efectuado en Francia entre un español y un alemán?» Por eso M. Story (*Conflict of laws*, § 630) declara nulo, aun en Escocia, un acto hecho en Inglaterra, conforme á la ley escocesa, pero contrario á la ley inglesa. Por el contrario, se admitiría á un inglés á aprovecharse de una convención celebrada en país extranjero, según la *lex loci*, aunque no conforme con la ley inglesa (2). Los actos, según Pablo de Castro (Cons. 13), reciben el ser en el lugar en que se han celebrado. *Statutum afficit actus celebratos in loco statuentium, quia dicuntur ibi oriri et nasci*. «Cada país, dice Mer-

por M. Cohn, y en francés, con adiciones y notas, por M. A. Rivier, bajo este título: *Elementos de derecho internacional privado*, un vol.; Weiss, *Tratado elemental de derecho internacional privado*, un vol.; Despagnet, *Compendio de derecho internacional privado*, un vol.; sñádase la notable colección del *Diario de derecho internacional privado y de la jurisprudencia comparada* de M. Ed. Claret, que se publica desde 1874.

(1) Esta distinción parece haberse desconocido en una sentencia de la Cámara de los liores, citada por M. Story (§ 625, b y c), al que nos hemos referido (núm. 921). Lord Brougham, al pronunciar esta sentencia, dice que la ley de la prueba es la *lex fori*; somete igualmente á la competencia del tribunal que entiende de la causa la discusión de las tachas (*competency of a witness*), que se refiere á las formalidades de ejecución, y la admisibilidad de la prueba por testigos ó por escrito *Whether a certain matter requires to be proved by writing or not*, cuestión de prueba propiamente dicha. No refiriendo M. Story el texto ni aun la fecha de la sentencia, no podemos comprobar si la decisión del tribunal tiene toda la trascendencia que le da lord Brougham.

(2) Véase también las autoridades y los precedentes judiciales citados por Merlin (*Repert.*, N.º *Prueba*, secc. 3.ª, § 3.º, art. 1.º, núm. 3.º).

lin (*Repert.*, V. *Prueba*, secc. 2.^a, § 3.^o, art. 1.^o, núm. 3.^o), tiene sus leyes para las formas probatorias de los actos, y estas leyes se hallan todas fundadas en motivos diferentes. Aquí se admite indistintamente la prueba testimonial, porque el legislador ha presumido mucho de la veracidad de sus súbditos; allí está restringida á ciertos límites, porque la experiencia ha probado que los habitantes se apartan con frecuencia de la verdad; en otro país se halla casi reducida á la nada, porque se ha advertido que la buena fe era en él aún más rara. Así, todo depende en esta materia de la opinión que cada legislador tiene de sus súbditos, y por consiguiente, las leyes relativas á la forma probatoria de los actos se fundan en razones puramente locales y particulares á cada territorio. Solamente, pues, la ley del lugar donde se celebró el acto es la que puede atestiguar su veracidad; las del domicilio de las partes ó del lugar donde están situados los bienes no tienen este poder, porque las razones que determinaron sus disposiciones son enteramente distintas de las que han dictado las formalidades prescritas en el lugar del contrato. Tal era la doctrina de Dumoulin (1) (*Consult.* 43): *Est omnium doctorum sententia, ubicumque consuetudo vel statum locale disponit de solemnitate vel forma actus, ligari etiam exteros actum illum gerentes*. Debe suponerse, no obstante, que los contratantes no se han ido expresamente á país extranjero para eludir la ley de su domicilio. Con esta reserva, el principio general es universalmente admitido (2). (Cas. de 23 de Febrero de 1864.)

Dumoulin añade: *El gestum esse validum et efficacem ubique; etiam super bonis soli extra territorium consuetudinis vel statuti*. Pero ¿se podrá igualmente conformarse respecto de los inmuebles á la ley de

(1) M. de Savigny piensa que fué en el siglo XVI cuando se admitió generalmente la regla *Locus regit actum*, regla que se ha querido hacer derivar de ciertos textos del Derecho Romano, tales como la ley 34 D. *De usuris*, pero estos textos son relativos á la materia, más bien que á la forma de los contratos (M. de Savigny, tom. 8.^o, § 382). * V. acerca de la regla *Locus regit actum* la monografía de M. L. Duguit, *De los conflictos de la legislación relativos á la forma de los actos civiles*.

(2) * No todos admiten esta restricción al principio general. ¿Por qué no había uno de estar libre de escoger para extender un acta al país cuyas leyes permiten hacer esta operación de la manera más sencilla y más rápida quizá? Hay en esto una restricción á la libertad de las partes que no parece fácil justificar (Cpr. Asser y Rivier, *Elementos de derecho internacional privado*, núm. 28; Weiss, *Tratado elemental de derecho internacional privado*, p. 526). Sucedería otra cosa, por supuesto, si una ley prohibiese terminantemente hacer en el extranjero ciertas actas en otra forma que la determinada. (Cpr. art. 992, *Cod. civ. Neerlandés*, que prohibía á los holandeses hacer testamento en el extranjero de otro modo que con los requisitos auténticos V. Despagnet, *Compendio de derecho internacional privado*, núm. 276.)

la situación, según se hace en Inglaterra, en Escocia y en los Estados Unidos (M. Story *Conflict of laws*, §§ 435, 474, 478), y respecto de los muebles, á la ley del domicilio? Según una opinión conciliadora admitida por muchos autores, desde Godofredo hasta Mittermaier, el uso de la regla *Locus regit actum* es puramente facultativa. Puede invocarse en este sentido la disposición del artículo 999 del Código civil, el cual, según vamos á ver, autoriza al francés que testa en país extranjero á emplear, según prefiera, la forma ológrafa, aun cuando es rechazada por el estatuto local, ó las formas usadas en la localidad. Pero la jurisprudencia considera esta disposición como de puro favor, y no autoriza, á la inversa, al extranjero que testa en Francia á contentarse con las formas usadas en su país, especialmente para un testamento ológrafo (Dene-gatoria de 9 de Marzo de 1853). En su consecuencia, adopta en principio la teoría de Merlin, que se atiene de una manera absoluta al *locus actus*. Así como lo ha hecho notar perfectamente Grotius (Epist. 467), cuando se trata de la capacidad ó de la disponibilidad, debe uno fijarse, bien en el domicilio, bien en la situación de los bienes.

Sin embargo, no debe confundirse con las formalidades probatorias las que se refieren á la ejecución. Para estas últimas, según hemos dicho en un principio, debe estarse exclusivamente al *locus rei sita*. Así es, que las formalidades prescritas para la transmisión de la propiedad inmueble, especialmente la transcripción (Fœlix, número 96) se rigen exclusivamente por la ley de la situación (1). (*Cod. civil*, art. 3.º)

(1). * Fœlix no coloca las formalidades prescritas para la transmisión de la propiedad en la clase de las *formalidades de ejecución*. Limitase á decir que la cuestión de saber si, por ejemplo, para la transmisión de los inmuebles es ó no necesaria una transcripción, debe ser resuelta de conformidad á la *lex rei sita*. No hay que confundir estas formalidades, que tienen por objeto asegurar la publicidad del acta traslativa, con aquellas otras cuyo objeto es permitir que se proceda á demandar de ejecución, como la aplicación de la fórmula ejecutoria. Las *formalidades de publicidad* deben ser cumplidas allí donde se presume que han de encontrarse terceras personas á las cuales interesa tener advertidas, ó por lo menos en el sitio mismo en que puede creerse que irán á informarse, á buscar datos. Por este motivo es por el que la formalidad de la transcripción deberá cumplirse si la ley del país en que se encuentra situado el inmueble lo exige, y en las condiciones que la misma indique, porque allí es donde debe realizarse útilmente la publicidad que ha querido el legislador. En cuanto á las *formalidades de ejecución*, dicho se está que no pueden regularse, como dice Fœlix (núm. 313), sino allí donde se persigue la ejecución, (Consult. sobre esta materia: Fœlix, *Tratado de derecho internacional privado*, *Traité de droit international privé*, tom. 2.º, números 233 y siguientes; Laurent, *el Derecho civil internacional*, *Le droit civil international*, tom. 2.º, números 252 y 253.) *

Además, en virtud del derecho riguroso de soberanía, como hace observar M. de Savigny, en las importantes explanaciones que dedica á esta materia (*Tratado del derecho romano*, tomo 8.º, § 348), se podría prescribir á los jueces de paz que aplicaran exclusivamente su derecho nacional, y tal es, en efecto, la teoría adoptada por M. Mittermaier (*Archivo de jurisprud. civil*, tomo 13, páginas 315 y 316), y que profesa lord Brougham (pág. 521, nota 1.ª); pero por una justa deferencia, *comiter*, según la expresión de los autores antiguos (Huberus, *De conflictu legum*, lib. 1.º, tit. 3.º, § 2.º), los Estados autorizan á los tribunales á tomar sus decisiones en una legislación extranjera cuando la intención presunta de las partes (1) ó la utilidad general reclama este procedimiento.

929. Ocupémonos desde luego de lo concerniente á la prueba literal. Cuando se redactó el Código civil, se había propuesto insertar en él este principio general: «La forma de las actas se regula por las leyes del lugar en que se hicieron ó celebraron.» Si no ha llegado á ser ley esta disposición entre nosotros, como lo ha sido en otros países (ley prusiana, Part. 1.ª, tit. 5.º, § 3.º; ley holandesa de 1829, art. 10), no es porque se haya negado en el fondo, sino porque por una parte, se ha juzgado inútil en Francia, donde rige en el día la misma legislación en todo el territorio, y, por otra parte, en las relaciones internacionales, se ha temido, que si se la establecía de esta suerte de un modo general, se aplicara abusivamente, aun á las condiciones de validez intrínseca, las cuales no podrían regirse por el estatuto local, puesto que las formalidades habilitantes (V. núm. 928) se refieren esencialmente á la persona del autor del acta. Es, pues, preciso generalizar el principio sentado, en materia de testamentos, por la sentencia de 9 de Marzo de 1853, según cuyos términos «todo lo que se refiere al estado del testador, á la extensión y al límite de sus derechos y de su capacidad se rige por el estatuto personal que sigue á la persona por donde quiera que se encuentre: no es así respecto de la solemnidad del acta y de su forma exterior, que se hallan regladas por la ley del país en que hace testamento el testador.»

Además, el mismo Código ha aplicado esta regla en lo concerniente á las actas del estado civil (art. 47) y á los testamentos (artículo 999). Fácil es comprender cuánta utilidad práctica ofrece

(1) M. Story, sin embargo, hace notar con razón (§ 38, a) que cuando se trata de interpretar la voluntad de las partes, la aplicación de la ley extranjera no es una simple deferencia, sino un acto de justicia.

esta regla. Que un prusiano caiga enfermo en Francia, por ejemplo; si se le prohibiera seguir las formas francesas, se encontraría en la imposibilidad de hacer su testamento, puesto que, según la ley de su país, no puede testar sino ante un tribunal, y no encontraría ningún tribunal en Francia que recibiera su testamento. * La jurisprudencia francesa es unánime en aplicar aun á las *formalidades de solemnidad* la regla *Locus regit actum*, que algunos querrian restringir á las *formalidades instrumentales ó probatorias*. Sin dificultad da validez á los contratos de matrimonio celebrados en país extranjero mediante documento privado, con arreglo á la ley del lugar (V. Cas. 18 de Abril de 1865). Las dos mejores razones que pueden darse en apoyo de esta opinión son, por una parte, que la regla contraria entrañaría á veces para un francés la imposibilidad práctica de hacer en el extranjero un acto que tiene necesidad de realizar, y por otra, que el Código civil ha consagrado esta decision para el acto jurídico en que la formalidad es exigida *ad solemnitatem*, y en primer término, esto es, para el matrimonio. La cuestión es muy controvertida en el terreno doctrinal. (En nuestro sentido, Aubry y Rau, tomo 1.º, § 31; Weiss, *ob. cit.*, pág. 523. En sentido contrario, Bertauld, *Cuestiones doctrinales, Questions doctrinales*, núm. 154; Laurent, *Derecho civil internacional, Droit civil international*, tomo 1.º, núm. 99; Duguit, *ob. cit.*, 2.ª parte, capítulo 1.º, secc. 4.ª, § 1.º) *

930. Veamos desde luego lo concerniente á las actas auténticas. «Las actas celebradas en país extranjero, dice Merlin (*Repert.*, V. *Convenciones matrimoniales*, § 1.º), ante los oficiales públicos de los lugares, se consideran en la misma Francia como escrituras públicas, y hacen fe hasta que se redarguyen de falsedad» (1). «Es de derecho de gentes, dice el nuevo Denissart (V. *Hipoteques*, § 3.º, núm. 15), que lo que es auténtico en un país lo sea en todas las naciones.» Es, pues, exacto decir de un modo absoluto, con Mornac (sobre la ley ult., D. *De jurispr.*, núm. 11): *Obligatio extra Galliam contracta, pro simplici chirographo est in Gallia* (2). Esto no es cierto

(1) Ya hicimos observar cuán exagerada es dicha fórmula (p. 495, nota 1.ª). Ahora repetiremos que el acta auténtica extendida en el extranjero debe sin duda alguna conservar en Francia los beneficios de esta autenticidad, pero que dicha autenticidad con relación á los efectos que ha de producir debe considerarse bajo el punto de vista de la ley bajo cuyo imperio tuvo origen.

(2) Encuéntrase la misma confusión en el art. 121 de la Ordenanza de 1629, según cuyos términos, los contratos celebrados en los reinos extranjeros no deben tener hipoteca ni ejecución alguna en Francia (V. la nota siguiente) y se consideran como simples promesas.

sino de la fuerza ejecutoria, fuerza que no tiene nada de común (núm. 467) con la autenticidad intrínseca reconocida en el antiguo como en el nuevo derecho á las actas ó escrituras otorgadas en el extranjero según las formas del país (1). Así es que el Tribunal Supremo (Den. 16 de Junio de 1829) declaró regular, conformándose con el Concilio de Trento, una partida de matrimonio firmada en la Habana por el cura párroco, aunque no llevaba la firma ni de las partes ni de los testigos.

Suscitase, no obstante, una grave dificultad en el caso en que la ley francesa no exige solamente la autenticidad, sino ciertas formas especiales, por ejemplo, la asistencia de notarios, cuando se trata de un testamento por acta pública (*Cód. civil*, art. 971). Ya hemos hecho observar (núm. 464) que la institución del notariado, tal como se halla organizada entre nosotros, está lejos de ser universal en Europa. Así, en Inglaterra, no hay oficiales públicos para la redacción de los testamentos; basta la firma del testador y de dos testigos, que vienen á declarar, después de la muerte, ante el tribunal eclesiástico, que oyeron al testador manifestar su última voluntad (Stat. 1.º de Viet., cap. 26, secc. 9.ª). El Código de Luisiana (arts. 1574 y 1575) admite testamentos *nuncupativos bajo firmas privadas*, dictados por el testador en presencia de cinco testigos y escritos por uno de ellos. Sin embargo, el Tribunal de Casación ha reconocido (Deneg. de 6 de Febrero de 1843) la validez del testamento de un francés hecho en Inglaterra, cuya prueba se había consignado de esta suerte (2). Ha admitido asimismo (Deneg. de 3 de Julio de 1854) la validez de un testamento hecho según las prescripciones del Código de la Luisiana (V. también las sent. denegs. de 28 de Febrero de 1854 y de 17 de Agosto de 1858).

Según estas sentencias, debe entenderse por autenticidad, no las formas propias á nuestras actas notariales, sino las solemnidades

(1) Confundiendo de esta suerte la autenticidad con la fuerza ejecutoria, es como el art. 2128 del Código civil, no quiere que los contratos celebrados en países extranjeros puedan constituir hipoteca en los bienes de franceses. Esta disposición, racional en el antiguo derecho, según el cual resultaba una hipoteca general de la forma sola de las actas notariales, no se comprende ya en el día en que es la hipoteca especial, y no resulta sino de una convención expresa, convención que un oficial extranjero tiene cualidad para recibir, lo mismo que si se tratara de una venta ó de un cambio. El art. 1990 del código civil italiano se limita á someter á la legalización las actas extendidas en país extranjero, que son presentadas á la inscripción.

(2) Este asunto se había regido por un estatuto más antiguo, que exigía tres ó cuatro testigos: diferencia que no tiene importancia alguna en cuanto al fondo de la cuestión.

dades, cualesquiera que sean, usadas en el lugar en que el francés ha testado. Resta una cuestión previa (1), y es, la de si en semejante caso debe contener la fecha del testamento la mención del lugar en que se ha hecho; de otra suerte, se dice, se podrá testar en Francia usando las formas extranjeras. Es verdad que entre nosotros la ley de Ventoso, año XI (art. 12), exige la mención del lugar donde se celebraron las actas. Pero, puesto que partimos del principio *Locus regit actum*, si el estatuto local no exige la mención del lugar (lo cual acontecía con la ley inglesa en cuanto al testamento), no es posible exigir esta mención en virtud de la ley francesa, salvo en los jueces la facultad de inquirir si efectivamente el testamento se celebró en país extranjero.

931. La aplicación de las formas locales es más controvertible en lo tocante á las actas privadas. Pudiendo cada cual hacer semejantes actas por sí mismo, sin la asistencia de oficiales públicos, se podría sostener que deben regirse por la ley del domicilio ó la ley nacional de las partes contratantes. Tal era en otro tiempo, en cuanto al testamento ológrafo, la doctrina de ciertos autores, en especial la del presidente Bonhier (2) (*Cost. de Borgoña*, cap. 28, núm. 20), doctrina que parece confirmada por el art. 999 del Código civil, según cuyos términos, el francés que se encuentre en país extranjero se halla autorizado, cualquiera que sea el estatuto local, para hacer sus disposiciones testamentarias por acta ó escritura privada. Pero este sistema, suponiéndolo aplicable á los testamentos, no puede aplicarse de un modo general á las actas privadas; porque si se trataba de un contrato sinalagmático hecho en París entre un inglés y un alemán (V. núm. 928), ¿á qué legislación referirse para la prueba? Sería preciso forzosamente atenerse al *forum contractus*. En cuanto al testamento ológrafo mismo, la regla del art. 999 es un favor enteramente especial para el francés que se halla en país extranjero. En las relaciones de las diversas provincias de la antigua Francia, se aplicaba constantemente en otro tiempo la regla *Locus regit actum*, cuando el que testaba en un distrito se hallaba domiciliado en otro (Sent. del Parlamento de París de 15 de Julio de 1777; Deneg. de 15 de Lluvioso, año II). Esta

(1) En el caso de la sentencia de 1.º de Febrero de 1843, se ha decidido, de hecho, que las enunciaciões del acta probaban que habia tenido efecto en Londres. En los demás casos no se ha negado el lugar de la confección del testamento.

(2) * La misma doctrina es sostenida hoy día por M. Duguit, *De los conflictos de la legislación relativos á la forma de las actas civiles* (V. especialmente la part. 2.ª, cap. 1.º, secc. 5.ª, § 2.º) *

doctrina se refería antiguamente á las ideas de feudalismo, que reputaba súbdito temporal á todo individuo que residía en el país. En el día se refiere á la voluntad presunta del disponente. En su consecuencia, se permite al extranjero que testa en Francia emplear la forma ológrafa, aunque no se halle admitida en su país (Deneg. de 25 de Agosto de 1847); pero no se le permite excepcionar con calidad de extranjero para validar un testamento por acta privada hecha en Francia que no esté conforme á la legislación francesa, y especialmente que no se halle escrita enteramente de su puño y letra (Deneg. de 8 de Marzo de 1853).

932. La fe de los libros de comercio se juzga según la ley de los lugares donde se han llevado los libros. El extranjero que trata con un negociante, cuyos libros tienen una fe más ó menos extensa, se reputa referirse al uso local. Esta doctrina, consagrada por M. de Savigny (Ibid., § 381) según la jurisprudencia prusiana (Sent. de 1826 del Tribunal Supremo de Cassal) es de naturaleza propia para admitirse en todos los países (1).

933. La prueba testimonial se rige por los mismos principios que la prueba escrita. «El que ofrece la prueba testimonial de una obligación ó de una disposición de última voluntad (2), dice Fœlix (núm. 233), pretende al usar este medio de prueba para reemplazar la prueba más clara y más precisa que resulta de las actas escritas; pretende, por decirlo así, construir con declaraciones de testigos, un acta idéntica á la que existiría por escrito, si la parte que ha contraído el empeño, ó que ha hecho la disposición, lo hubiera hecho constar inmediatamente por escrito.» De donde la consecuencia, que es preciso referirse al estatuto local en cuanto á la admisibilidad de la prueba por testigos, bien se trate de la prueba de convenciones no consignadas por escrito, bien se trate de la prueba contra y fuera de lo contenido en las actas ó escrituras; así lo ha decidido para la admisión de la prueba testifical entre musulmanes en la Argelia la sentencia denegatoria de 20 de Junio de 1864.

(1) * Los autores están muy divididos sobre esta cuestión. Parece que racionalmente se debe admitir que, en caso de conflicto, la fuerza probatoria de los libros mercantiles debe determinarse por la ley que rige el acta misma que es preciso probar. (Cpr. Asser y Rivier, *Elementos de derecho internacional privado*, número 94.) *

(2) El Código bávaro (lib. 3.º, cap. 3.º, art. 10) admite un testamento nuncupativo en presencia de siete testigos, y el Código prusiano (tit. 12, part. 1.ª, art. 172) la facultad de comprometer de un modo válido á su heredero de viva voz y ante testigos á pagar legados hasta la concurrencia de la vigésima parte de la herencia.

* Asimismo, el Tribunal Supremo ha casado un fallo del tribunal de Boulogne de 25 de Julio de 1878, que había declarado que no era admisible la prueba por testigos de una obligación contraída en Inglaterra por un francés á favor de un inglés (1). (Cas. civ. 24 de Agosto de 1880.) * Sin embargo, esta regla debe combinarse con aquella según la cual, todo lo concerniente á la forma y la instrucción se rige por la ley del país en que está pendiente el asunto. Así, cuando se dirige una comisión rogatoria por un tribunal extranjero á un juez francés, este juez debe dirigir la información según las formas de la ley francesa, y en cuanto al fondo, debe atenderse á las prescripciones de la ley que rige las convenciones de las partes. Sucede lo mismo, de un modo inverso (Pau, 29 de Abril de 1861), con relación á los exhortos (*commissions rogatoires*) dirigidas por un tribunal francés á otro extranjero. En la fórmula de las actas rogatorias expedidas por el presidente de los Estados-Unidos (M. Greenleaf, tomo 1.º, pág. 430, nota 1.ª), el juez es invitado á oír á los testigos según la fórmula empleada en el país: *By the proper and usual process of your court.*

Las condenaciones á penas que llevan consigo incapacidad de testificar pronunciadas en país extranjero, no llevan consigo incapacidad de declarar en Francia, según el principio general que limita el efecto de los condenas penales á los límites de la soberanía bajo el imperio de la cual han sido pronunciadas. Así, aun antes de la reciente ruptura del lazo federal entre los diversos Estados de la América del Norte, se admitía, que la sentencia dada en uno de estos Estados no llevase consigo incapacidad de testificar en otro, salvo al jurado el tener en cuenta los precedentes morales del testigo (2). (M. Greenleaf, tomo 1.º, pág. 496.)

934. Respecto de las presunciones simples, como de la prueba testimonial, debe estarse á la ley del país en que han acontecido los hechos litigiosos (Foelix, núm. 237). La cuestión es más delicada respecto de las presunciones legales. Dejando aparte las reglas

(1) * V. sobre este fallo las excelentes observaciones de M. S. Renault, *Examen doctrinal*, en la *Revista práctica*, 1881, pág. 486. *

(2) * *El Instituto de derecho internacional*, en sus sesiones de Zurich en 1877, ha adoptado sobre este punto una resolución contraria. Véase cómo está concebida esta resolución: «La admisibilidad de los medios de prueba (prueba literal, testimonial, juramento, libros de comercio, etc.) y su fuerza probatoria se determinarán por la ley del lugar donde ha pasado el hecho ó el acto que se trata de probar. La misma regla se aplicará á la capacidad de los testigos, salvo las excepciones que los Estados contratantes juzguen conveniente sancionar en sus tratados» (V. *Anuario del Instituto de derecho internacional*, II año, p. 151.) *

particulares del derecho internacional sobre la autoridad de la cosa juzgada, parece que el tribunal no puede sujetarse á seguir la presunción de una ley extranjera, sino en cuanto se refiera al estatuto personal, como la presunción de paternidad respecto del marido. En cualquiera otra hipótesis, creemos con M. Story (§ 630) que la presunción legal no puede tomarse sino de la ley del país en que el litigio se juzga (1).

935. La prestación del juramento da también lugar con bastante frecuencia, en el derecho internacional, á la expedición de comisiones rogatorias. Nadie duda que la cuestión de la admisibilidad del juramento debe regularse por la ley que rige en el fondo la controversia y no por la del país donde resida el juez llamado á recibirla. Pero la fórmula del juramento, ¿debe considerarse como *decisoria litis*? ¿Se dirá que la forma y el fondo son inseparables, puesto que la legislación extranjera no considera ciertas declaraciones como probatorias sino en cuanto se reciben siguiendo un modo determinado? Es verdad que la autoridad del juramento, dependiendo de la opinión religiosa de las partes, puede hallarse más ó menos debilitada, según se conciba la fórmula en tal ó cual sentido. En Bélgica, especialmente, la fórmula del juramento es para los católicos: «¡Así Dios me ayude y sus santos!» Y para los protestantes: «¡Así Dios me ayude y su santo Evangelio!» Cuando un tribunal francés se halla encargado por un tribunal de Bélgica de recibir el juramento según las formas de este país, ¿debe sustituirse á ellas la fórmula general de la ley francesa? El tribunal de comercio del Sena lo ha decidido en principio el 6 de Agosto de 1833: «Considerando, en derecho, que los tribunales franceses no pueden quedar sujetos á recibir un juramento sino en las formas ordinarias y acostumbradas, y según el uso del reino.» De hecho

(1) M. Greenleaf (tomo 1.º, §§ 29 y 30) parte de este principio al tratar de la presunción de supervivencia, no admitida por el derecho común inglés en la hipótesis de los *commorientes*. * No vemos razones suficientes para apartarnos en materia de presunciones legales, de la regla que se sigue para la prueba testifical, para las simples presunciones, y en términos generales, para todos los medios de prueba. Siempre es la ley del lugar en que se ha verificado el hecho ó el acto que se trata de probar la que debe señalar el género de prueba admisible, así como su fuerza probatoria. Perfectamente lo explana Asser (*Op. cit.*, núm. 79). «Los medios de prueba deben determinarse desde un principio, *à priori*, no pueden depender del lugar más ó menos fortuito en que el litigio se incoa. El ejercicio de un derecho se afianza de un modo completo sólo cuando se puede probar su existencia en caso de controversia. El uso de pruebas es inseparable del mismo derecho.» (Cfr., Laurent, *Dr. civ. int.*, tomo 8.º, núms. 46 y siguientes; Brocher, *Curso de derecho internacional privado*, tomo 1.º, núm. 128, y 2.º, núm. 180; Weiss, *Tratado elemental de derecho internacional privado*, p. 951.) *

el juramento se prestó, según la forma belga, de consentimiento de la parte á quien se defería. Pero si no tuviera lugar esta conformidad, podría llegar á ser imposible la decisión del proceso, en el caso en que la fórmula francesa hubiese sido juzgada insuficiente en Bélgica. Cuando nuestros jueces proceden por delegación de los jueces extranjeros, conviene generalmente adoptar la fórmula que es la única probatoria en el país de los litigantes. Pero en principio no podría sujetarse á nuestros tribunales á recibir toda especie de juramento, porque sería faltar á la dignidad de la justicia autorizar de esta suerte toda clase de superstición, hasta el fetiquismo más grosero. En otra decisión del 29 de Octubre de 1829, el tribunal de comercio del Sena ha adoptado un medio término entre la fórmula francesa y aquella cuyo uso se le pedía. Invitado por el tribunal de Colonia á recibir el juramento de negociantes israelitas, *more judaico* (V. núm. 422), ha declarado en su sentencia, «que si se ha dicho (en la comisión rogatoria) que se preste el juramento en las formas prescritas por la religión judía, estas formas no pueden entenderse sino de aquellas que son susceptibles de practicarse en el recinto de la audiencia; por estos motivos, el tribunal ordena, que, conforme á las prescripciones de la ley judía, M. M... prestarán el juramento que se ha exigido de ellos, puesta la mano en el Decálogo, según uso de esta religión.» El tribunal de Colonia se contentó con que se prestara el juramento de esta suerte (1).

936. Creemos también que cuando se deniega una indagación como escandalosa por la ley francesa, no debe admitirse, aun respecto de extranjeros. Por una consecuencia natural de lo que hemos decidido en materia de retroactividad, la investigación de la paternidad no nos parece admisible en Francia contra los que no son regnicolas, aunque se autorizara por la ley de su país. Por el contrario, es admisible contra los extranjeros, por el solo hecho de estar autorizada por la ley del país donde fué seducida la mujer. Es verdad que el art. 196 del Código del cantón de Vaud no admite la acción de paternidad de una vaudense contra un extranjero, sino en cuanto fuera admisible la investigación de la paternidad en el país á que pertenece este extranjero. Pero esta disposición no es la aplicación rigurosa de los principios de la materia, y se podría muy bien considerar las leyes protectoras del honor de las mujeres como leyes de policía y seguridad, y obligatorias á to-

(1) * Cpr. acerca del juramento bajo el punto de vista internacional privado, Laurent, *Op. cit.*, tomo 8.º, números 54 y siguientes. *

dos los que habitan el territorio (*Cód. civil*, art. 3.º). Como quiera que sea, de que el Código vadense es más favorable á los extranjeros que á los nacionales, no se sigue que deba admitirse lo contrario entre nosotros y que pueda una francesa, cuando no pudiera atacar á un francés, declarar, con éxito, á un extranjero como autor de su embarazo, porque la ley del extranjero autorizara semejantes reclamaciones (1). El espíritu de nuestra legislación, que proscribire semejantes investigaciones, considerándolas, con razón ó sin ella, tan inútiles como escandalosas, debe hacer que se aplique la regla de una manera absoluta. En este sentido ha dado su fallo el Tribunal Supremo (Den. 25 de Mayo de 1868). Pero si la sentencia que acredita la paternidad se ha dado en país extranjero, los Tribunales franceses tienen derecho perfecto para declararla ejecutoria en Francia (Pau, 17 de Enero de 1872. V. M. Demangeat, sobre Félix, tomo 1.º, pág. 432, nota a).

937. Finalmente, en materia criminal, siendo la justicia generalmente territorial y no personal, los delitos que den lugar á persecuciones contra extranjeros habrán sido cometidos casi siempre en nuestro territorio, y las pruebas serán, en su consecuencia, las que se hallan establecidas por la ley francesa. No se concibe casi la aplicación de una ley extranjera en semejante hipótesis, sino cuando se tratara de una cuestión prejudicial, relativa á convenciones celebradas en país extranjero. Es preciso observar además, que al someter á la ley penal francesa para la prueba, así como para el resto de la instrucción ó procedimiento, á los extranjeros que cometen un delito en el territorio, no se hace más que aplicar el principio general, según el cual, se rige la prueba por la ley del país en que han acontecido los hechos. No es lo mismo, en el caso en que se trate de crímenes cometidos en país extranjero, sea por un francés, sea por un extranjero, cuando la ley francesa (*Cód. de inst.*, art. 5-7 modificado por la ley de 27 de Junio de 1866), autoriza excepcionalmente la persecución ante los tribunales franceses. El adagio *Locus regit actum*, suponiendo una convención implícita, no se ha aplicado jamás á los crímenes. El extranjero que ataca la seguridad ó la fortuna de la Francia, y, en todos los casos, el francés que infringe nuestras leyes penales en país extranjero, debía conocer nuestras leyes: en su consecuencia, tanto en esto

(1) La jurisprudencia alemana presenta mucha diversidad sobre esta delicada cuestión (V. las sentencias citadas por M. de Savigny, tom. 8.º, trad. franc., pág. 276, nota).

como relativamente al efecto retroactivo, las jurisdicciones criminales no pueden aplicar otra legislación que la ley actualmente en vigor en el país en que éstas se ejercen.

938. Por respetables que sean el principio de la nacionalidad y el de la no retroactividad de las leyes, ¡quiera Dios que nuestros nietos vean realizarse la época, en que, según las expresiones de Cicerón (*De Repub.*), *non erit alia lex Romæ, alia Athenis, alia nunc, alia posthac; sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna, et immortalis, continebit!*

*. La doctrina expuesta en esta sección por M. Bonnier es en la generalidad aplicable entre nosotros, como que comprende las reglas generales sobre derecho internacional, y habiéndose expuesto extensamente las disposiciones especiales del derecho español sobre esta materia en las eruditas notas insertas en el *Tratado de derecho internacional privado* de M. Felix por los directores de la *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, nos creemos dispensados de exponerlas en este lugar, lo cual, por su mucha extensión, nos obligaría a exceder los límites de unas adiciones, y deber remitir á nuestros lectores á la obra mencionada. Pueden consultarse, sin embargo, las leyes 15, tit. 1.º, Part. 1.ª; la 15, tit. 24, Part. 3.ª; la 24, tit. 11, Part. 4.ª; la 18, tit. 20, lib. 10, y 8.ª, tit. 36, lib. 12 de la Nov. Rec.; el Real decreto de 17 de Octubre de 1851; los artículos 17, 19 y 32 del Real decreto de 17 de Noviembre de 1852, y las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de 6 de Noviembre de 1837, de 27 de Noviembre de 1868, y del 1.º de Febrero de 1867. — (*N. del T.*)

*. Dispone el art. 600 de la ley de Enjuiciamiento civil, que los documentos otorgados en otras naciones tendrán el mismo valor en juicio que los autorizados en España, si reúnen los requisitos siguientes: que el asunto ó materia del acto ó contrato sea lícito y permitido por las leyes de España; que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse con arreglo á las leyes de su país; que en el otorgamiento se hayan observado las formalidades y solemnidades establecidas en el país donde se han verificado los actos ó contratos, y que el documento contenga la legalización y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

Con arreglo al art. 475 del Código de Comercio, las letras giradas en territorio español sobre países extranjeros se presentarán con arreglo á la legislación vigente en la plaza donde hubieren de ser pagadas.

Preceptúa el art. 8.º del Código civil, que las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública, obligan á todos los que habiten en territorio español. Según el art. 11, las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos, se rigen por las leyes del país en que se otorgan. Cuando estos actos sean autorizados por funcionarios diplomáticos ó consulares de España en el extranjero, se observarán en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las leyes españolas. Las leyes prohibitivas concernientes á las personas, sus actos ó sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes ó sentencias dictadas, ni por disposiciones ó convenciones acordadas en país extranjero. — (*N. de la R.*)

ÍNDICE

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN EL TOMO SEGUNDO

	<u>Páginas.</u>
LIBRO SEGUNDO	
Pruebas preconstituídas.	
Generalmente escritas.....	5
<i>Adición sobre el derecho español.....</i>	11
PRIMER MEDIO DE PRUEBA PRECONSTITUÍDA	
Testimonio de tercero.—Acta ó escritura auténtica.....	13
<i>Adición sobre el derecho español.....</i>	14
SECCIÓN PRIMERA	
Acta ó escritura auténtica en materia civil.....	16
<i>División primera.</i> —Actas ó escrituras autorizadas por notarios.....	17
<i>Adición sobre el derecho español.....</i>	24
<i>Punto primero.</i> —Forma de las actas ó escrituras notariales.....	25
<i>Adición sobre el derecho español.....</i>	26
§ 1. Condiciones esenciales para la validez intrínseca de las actas ó escrituras otorgadas por ante notarios.....	27
<i>Adición sobre el derecho español.....</i>	47
§ 2. Efecto de la falta de condiciones esenciales para la validez de las actas ó escrituras autorizadas por notario.....	52
<i>Adición sobre el derecho español.....</i>	57
§ 3. Formalidades extrínsecas de las actas ó escrituras otorgadas ante notario.....	58
<i>Adición sobre el derecho español.....</i>	65
<i>Segundo punto.</i> —Fuerza ó fe de las actas ó escrituras otorgadas ante notario, y de las actas ó escrituras auténticas en general...	69
§ 1. Qué prueban las actas ó escrituras auténticas.....	70
<i>Adición sobre el derecho español.....</i>	82
§ 2. Fe que se debe á las contraescrituras.....	85
<i>Adición sobre el derecho español.....</i>	97

<i>División segunda.</i> —De las actas del estado civil, y especialmente de la fe que se refiere á estas actas.....	98
<i>Adición sobre el derecho español.</i>	110
§ 1. Nacimiento y defunción.....	110
<i>Adición sobre el derecho español.</i>	116
§ 2. Matrimonio.....	117
<i>Adición sobre el derecho español.</i>	119
§ 3. Filiación.....	120
<i>Adición sobre el derecho español.</i>	123
1.º Filiación legítima.....	124
<i>Adición sobre el derecho español.</i>	132
2.º Filiación natural.....	133
<i>Adición sobre el derecho español.</i>	147
SECCIÓN SEGUNDA	
Acta ó escritura auténtica en materia criminal.....	147
<i>Adición sobre el derecho español.</i>	149
<i>División primera.</i> —Actas auténticas propias de las materias criminales.—Procesos verbales ó sumarias.....	149
<i>Adición sobre el derecho español.</i>	153
§ 1. Condiciones esenciales para la validez de los procesos verbales.....	154
<i>Adición sobre el derecho español.</i>	162
§ 2. Fe de los procesos verbales.....	162
<i>Adición sobre el derecho español.</i>	169
<i>División segunda.</i> —Fe de las actas ó escrituras auténticas ordinarias ante los tribunales criminales.....	169
<i>Adición sobre el derecho español.</i>	174
SECCIÓN TERCERA	
Curso que debe seguirse para destruir la autenticidad.—Redargución de falsedad.....	176
<i>Adición sobre el derecho español.</i>	184
<i>División primera.</i> —Falsedad civil.....	187
§ 1. Procedimiento para ser admitido á redargüir de falsedad.....	189
§ 2. Procedimiento á fin de ser admitido á probar los fundamentos de falsedad.....	196
§ 3. Procedimiento dirigido á la prueba de la falsedad.....	202
§ 4. Resultado del procedimiento.....	211
<i>División segunda.</i> —Falsedad incidental criminal.....	216
SEGUNDO MÉDIO DE PRUEBA PRECONSTITUÍDA	
Confesión del demandado.—Escrituras privadas.....	220

SECCIÓN PRIMERA		Páginas.
Escrituras firmadas.—Acta ó escritura privada.....		221
<i>Adición sobre el derecho español</i>		224
<i>División primera.</i> —Fe del acta ó escritura privada.....		225
§ 1. Fe entre las partes.....		226
<i>Adición sobre el derecho español</i>		250
§ 2. Fe respecto de los terceros.....		253
<i>Adición sobre el derecho español</i>		269
<i>División segunda.</i> —Comprobación y cotejo de escrituras.....		270
<i>Adición sobre el derecho español</i>		272
§ 1. Procedimiento dirigido á obtener el reconocimiento del escrito.....		273
<i>Adición sobre el derecho español</i>		276
§ 2. Cotejo ó comprobación del escrito.....		277
<i>Adición sobre el derecho español</i>		287
§ 3. Sentencia definitiva.....		288
<i>Adición sobre el derecho español</i>		291
§ 4. Suscripción ó redargución de falsedad respecto de las escrituras privadas.....		291
<i>Adición sobre el derecho español</i>		293
SECCIÓN SEGUNDA		
Escritos no firmados.....		293
<i>Adición sobre el derecho español</i>		303
SECCIÓN TERCERA		
Tarjas.....		303
<i>Adición sobre el derecho español</i>		306
SECCIÓN CUARTA		
Fe ó fuerza de los escritos privados en materia criminal.....		306
<i>Adición sobre el derecho español</i>		312
TERCER MEDIO DE PRUEBA ESCRITA		
Declaración del demandante.—Libros de los comerciantes.....		314
<i>Adición sobre el derecho español</i>		316
SECCIÓN PRIMERA		
Fe de los libros entre comerciantes.....		316
<i>Adición sobre el derecho español</i>		319
SECCIÓN SEGUNDA		
Fe con respecto á los particulares.....		319
<i>Adición sobre el derecho español</i>		324

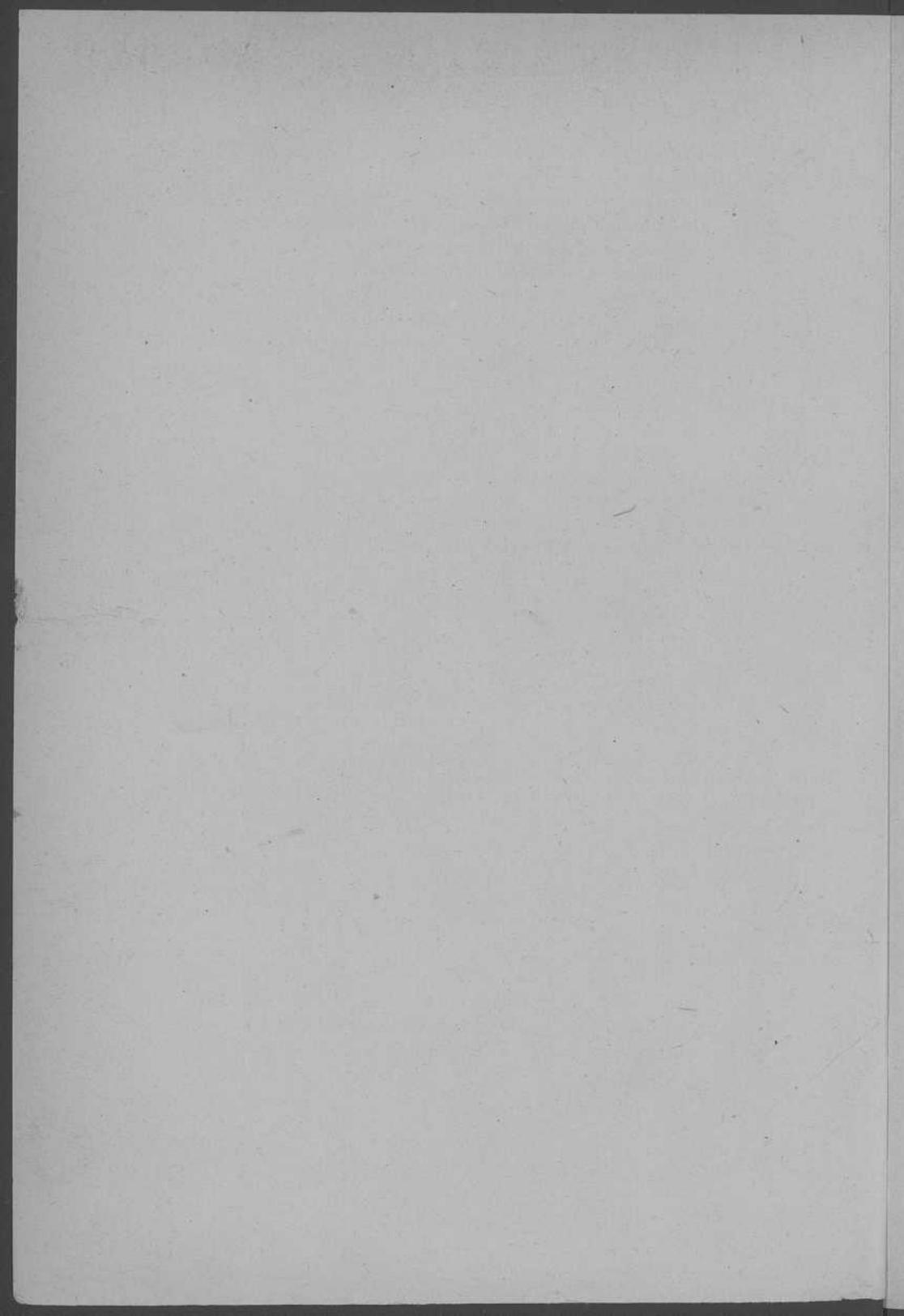
	Páginas.
APÉNDICE.—Prueba de prueba literal.....	325
§ 1. Actas de reconocimiento.....	325
<i>Adición sobre el derecho español.....</i>	333
§ 2. Copias.....	333
<i>Adición sobre el derecho español.....</i>	343
PARTE TERCERA	
PRESUNCIONES.....	345
<i>Adición sobre el derecho español.....</i>	348
LIBRO PRIMERO	
Presunciones simples.....	348
<i>Adición sobre el derecho español.....</i>	349
SECCIÓN PRIMERA	
Presunciones simples en materia civil.....	350
<i>Adición sobre el derecho español.....</i>	354
SECCIÓN SEGUNDA	
Presunciones simples en materia criminal.....	355
§ 1. Admisibilidad de los indicios.....	355
<i>Adición sobre el derecho español.....</i>	361
§ 2. Clasificación de los indicios.....	362
<i>Adición sobre el derecho español.....</i>	366
§ 3. Discusión de los indicios.....	366
LIBRO SEGUNDO	
Presunciones legales.....	368
SECCIÓN PRIMERA	
Presunciones legales en materia civil.....	370
<i>Adición sobre el derecho español.....</i>	379
SECCIÓN SEGUNDA	
Presunciones legales en materia criminal.....	380
<i>Adición sobre el derecho español.....</i>	384
§ 1. Presunciones propias del derecho penal.....	384
<i>Adición sobre el derecho español.....</i>	388
§ 2. Presunciones del derecho común.....	389
SECCIÓN TERCERA	
Autoridad de la cosa juzgada.....	391
<i>Adición sobre el derecho español.....</i>	402

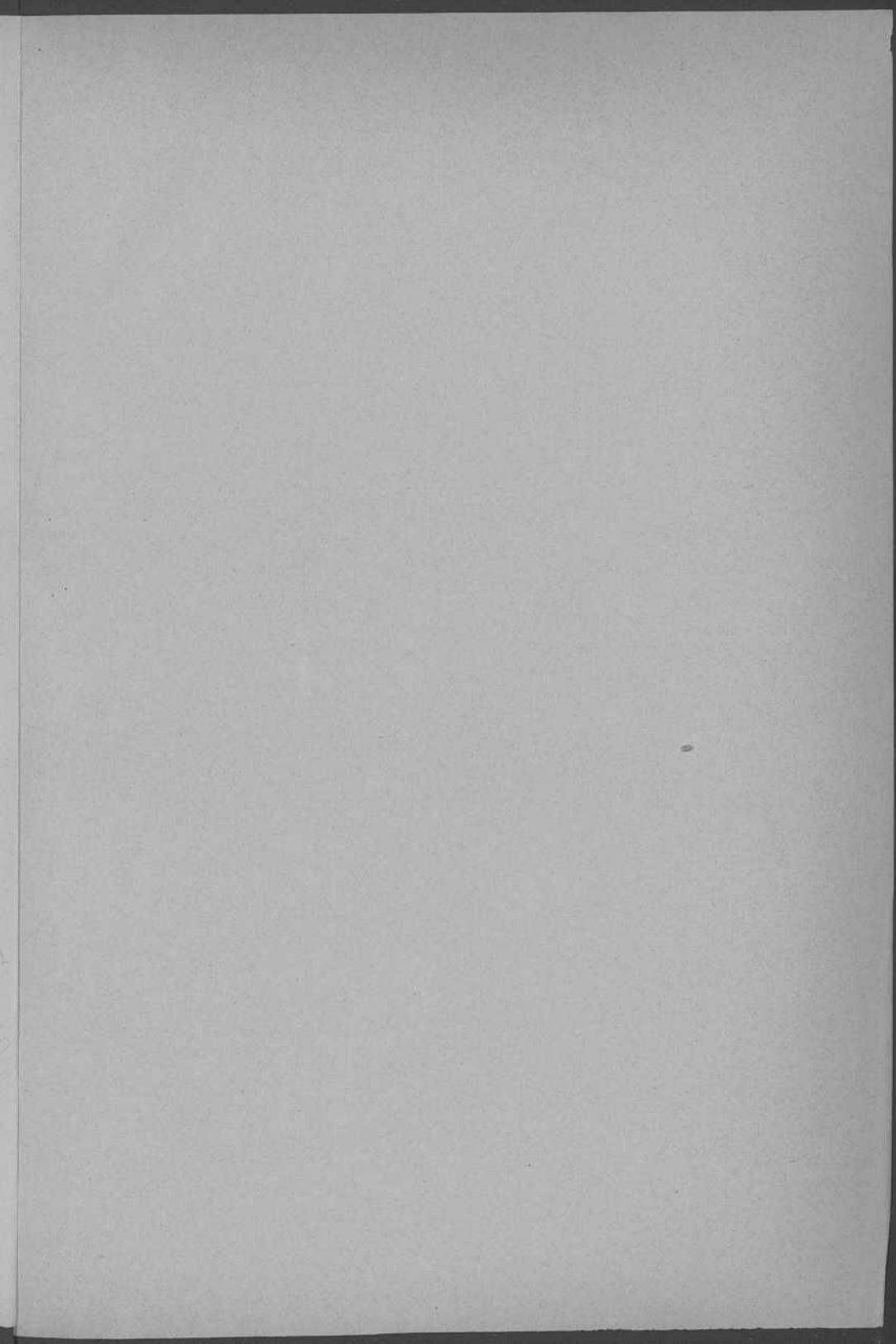
<i>Primera división.</i> —Cosa juzgada en lo civil.....	404
§ 1. Identidad de la cuestión.....	407
1.º Identidad del derecho.....	408
2.º Identidad del objeto.....	410
3.º Identidad del título de la demanda.....	415
<i>Adición sobre el derecho español</i>	422
§ 2. Identidad de las partes y de sus cualidades.....	423
<i>Adición sobre el derecho español</i>	441
<i>Segunda división.</i> —Autoridad de la cosa juzgada en lo criminal....	443
<i>Adición sobre el derecho español</i>	446
§ 1. Identidad de objeto.....	447
<i>Adición sobre el derecho español</i>	448
§ 2. Identidad de causa.....	449
<i>Adición sobre el derecho español</i>	456
§ 3. Identidad de personas.....	457
<i>Adición sobre el derecho español</i>	461
<i>Tercera división.</i> —Influencia respectiva de las sentencias civiles y de las sentencias criminales.....	461
§ 1. Influencia de la cosa juzgada en lo civil sobre las persecuciones criminales.....	462
<i>Adición sobre el derecho español</i>	465
§ 2. Influencia de la cosa juzgada en lo criminal sobre la acción civil.....	466
<i>Adición sobre el derecho español</i>	483

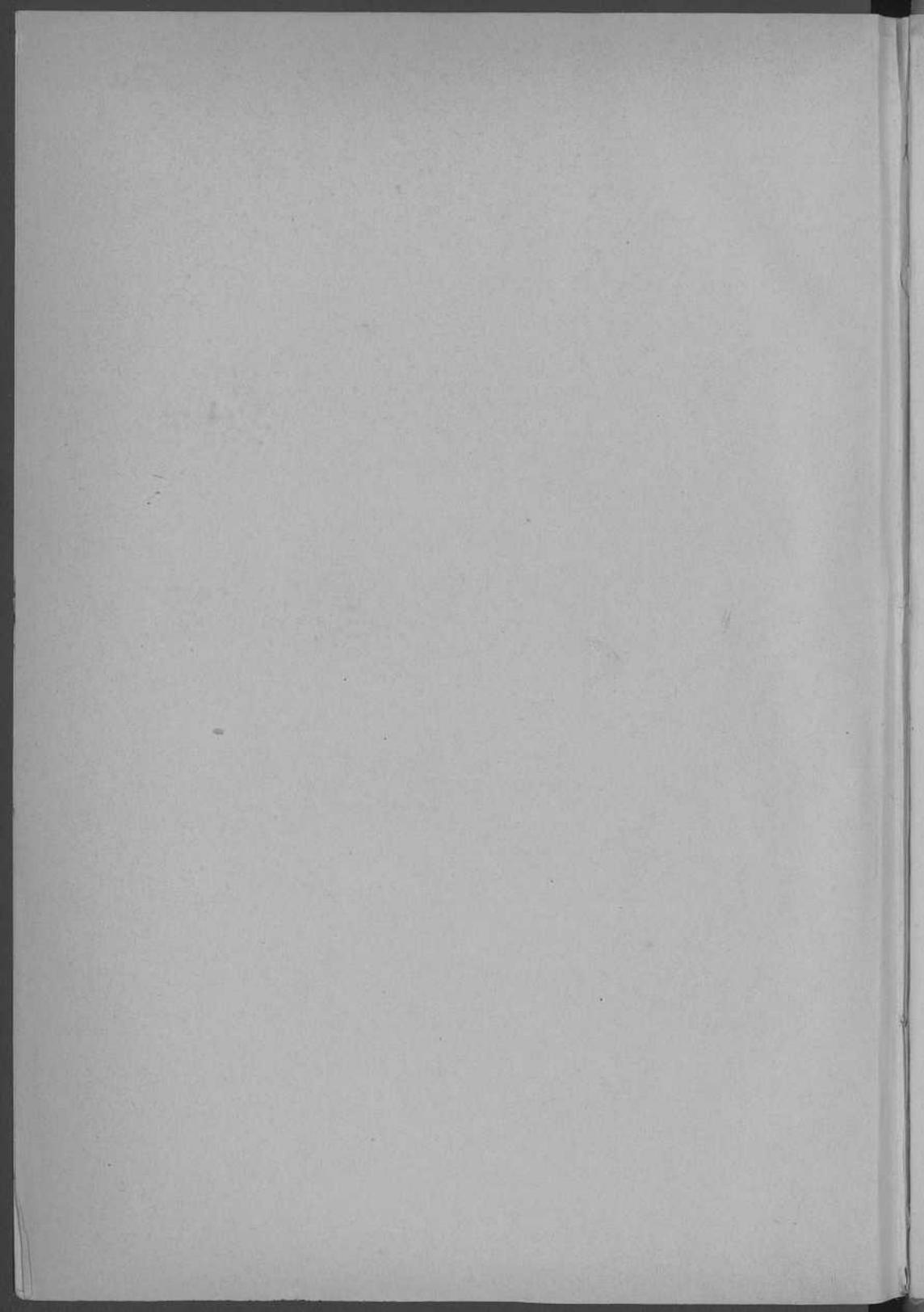
PARTE CUARTA

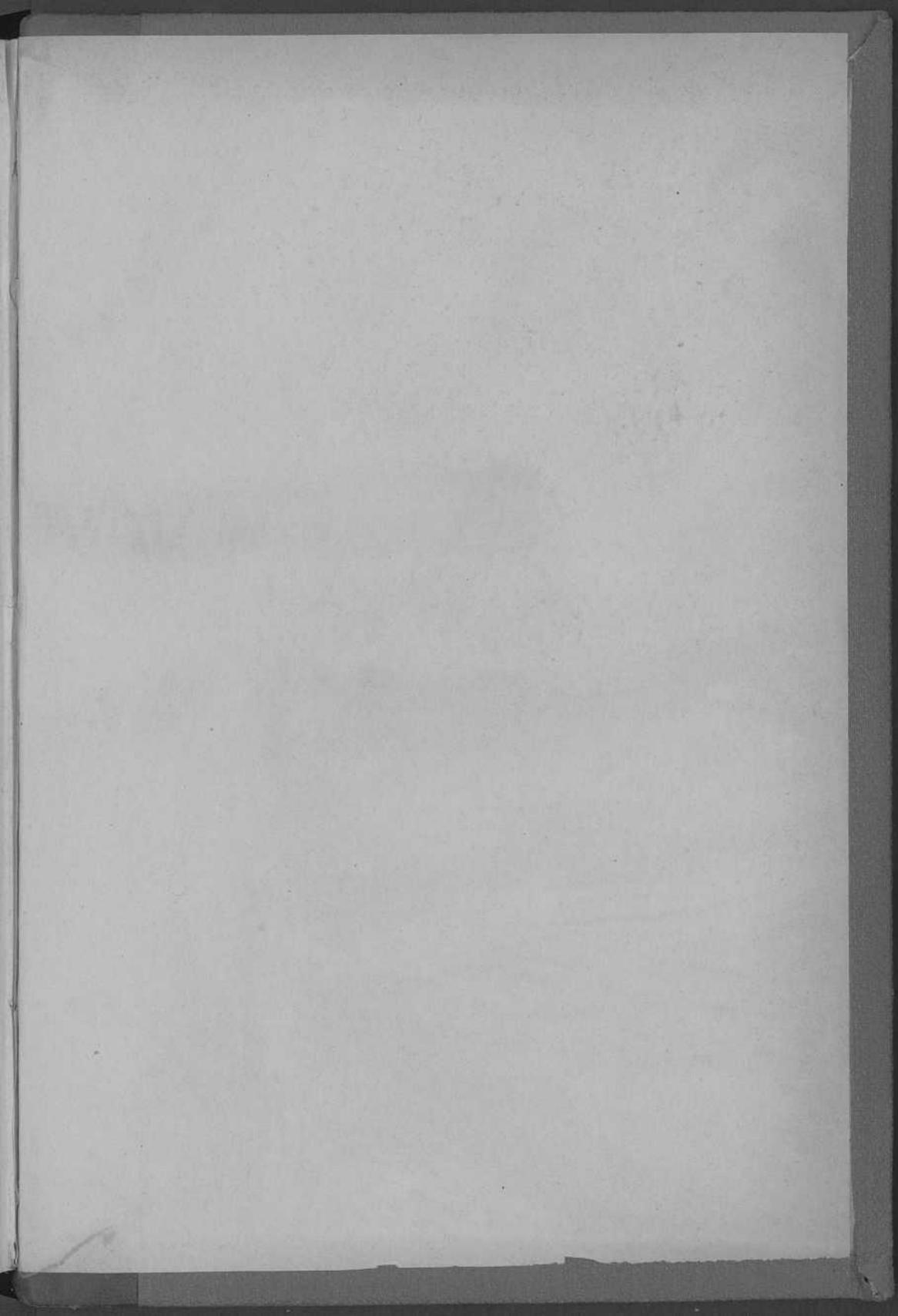
DEL EFECTO RETROACTIVO Y DEL DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA DE PRUEBAS.....	484
SECCIÓN PRIMERA	
Efecto retroactivo.....	487
<i>Adición sobre el derecho español</i>	493
SECCIÓN SEGUNDA	
Derecho internacional.....	493
<i>Adición sobre el derecho español</i>	506

FIN DEL ÍNDICE









THE
HISTORY
OF

18

BONNIER

TRATADO
EN DERECHO CIVIL
Y PENAL

2

15.613