

PRIMER MEDIO DE PRUEBA
PRECONSTITUIDA.

TESTIMONIO DE TERCERO.—ACTA O ESCRITURA AUTENTICA.

SUMARIO.

456. Qué se entiende por autenticidad.

457. Doble base en que descansa la presunción de autenticidad.

458. Division.

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

457. La inmensa utilidad de esta prueba, ha inclinado á los redactores del Código, preocupados con la práctica mas que con el rigor de la teoría á colocarla en primera línea entre las pruebas autorizadas por la ley. Y no obstante, el acta auténtica está lejos de presentar la demostracion directa de los hechos que se dirige á establecer. La fé que se le dá, se apoya en dos suposiciones: 1.ª que el papel que se produce en juicio es obra del oficial cuya firma aparente lleva: 2.ª que el testimonio dado por este oficial en el ejercicio de sus funciones, es verídico ó sincero. La primer suposicion se funda en la dificultad de imitar las actas auténticas, revestidas de tan numerosas formalidades, y en la mayor severidad del Código penal (arts. 147 y 150), que castiga con trabajos forzosos temporales la falsedad cometida en escritura pública, y con la reclusion solamente, la falsedad de es-

critura privada. La segunda suposicion se apoya en las garantías que presentan el carácter y la posicion del oficial público, y en la penalidad rigurosa de trabajos forzosos perpétuamente (*ibid.*, arts. 145 y 146), en que incurre en caso de prevaricacion. Esta última suposicion entra en las reglas ordinarias de la fé debida al testimonio. Pero la primera no es mas que una presunción de hecho, una probabilidad que las exigencias de la práctica han trasformado en presunción legal. Esta fé que se presta, no solamente al acta auténtica, sino á la apariencia misma de esta acta, es el carácter mas notable que la distingue del acta privada, la cual no tiene fuerza sino en cuanto es reconocida ó debidamente comprobada.

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

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

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

Atendiendo al espíritu y aun á la letra de nuestras leyes de Partida, y en especial á la 1.ª, tít. 18, Part. 3.ª, dividian los autores los documentos solemnes en auténticos y públicos. Por auténticos entendian los enunciados en las leyes 1.ª y 114, tít. 18, Partida 3.ª, esto es, los corroborados con el sello del rey, príncipe, arzobispo, obispo, cabil-do, concejo, 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, tít. 18, Part. 3.ª. Además, Gregorio López en la glosa 2.ª á dicha ley 1.ª, enumeraba como auténticos los documentos hechos ó espedi-

dos por algun oficial ó funcionario en las cosas pertenecientes al oficio que ejerce con autoridad pública; las escrituras, documentos, libros de actas, de estatutos, matrículas y registros ó catastros de bienes que se conservan en los archivos públicos y las copias que de ellos sacan los archiveros por mandato del rey, juez ó persona que tenga autoridad para ello; los documentos que están comprobados ó corroborados por la autoridad de muchas personas ó por la observancia de largo tiempo, ó por la costumbre del lugar. Por instrumento público entiende Gregorio 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 disposicion análoga.

El mismo Gregorio López, Febrero, Paz, Jordan y otros autores, distinguen el instrumento público y el auténtico, en que el primero para que haga fé es necesario que se halle otorgado ante escribano y con las solemnidades de testigos y demás que prescribe el derecho, y en que versa sobre hechos ajenos, y el 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 solo la hace en contra del que lo otorgó y no á su favor, como dice la ley 114 de Partida citada, respecto de los documentos dados y sellados por rey, prelado, conde, condejo ó ricos homes. Escribe sienta, que la doctrina que acabamos de esponer de Febrero sobre los documentos auténticos, solo es aplicable á los dados por rey, prelado, duque y demás personas constituidas en dignidad, obligándose ellas mismas, que son á las que se refiere la ley 114 de Partida citada. El mismo Sr. Escribe opina, que son y se reputan instrumentos auténticos y públicos, y como tales hacen fé acerca de los hechos y asuntos principales de su contesto, y en cuanto respectivamente se manda ó se dispone, ó se convierte ú otorga en los mismos, todos los instrumentos autorizados en debida forma por personas públicas en los negocios correspondientes á su cargo ó empleo, como los diplomas, decretos, mandatos, edictos de cualesquiera jefes civiles, eclesiásticos, militares, de Hacienda ú otros; las provisiones, requisitorias, exhortos ú otros despachos de autoridad competente; las certificaciones ó testimonios de una actuacion ó procedimiento gubernativo ó judicial librados por el jefe ó por el secretario ó escribano respectivo con de-

creto del jefe; los escritos en que se consignan hechos practicados ó convenios otorgados por ante escribano público con arreglo á la ley; los asientos de los libros de administradores, contadores, interventores ú otros oficiales de Hacienda pública, así como los de los corredores ó agentes de cambios y otras personas autorizadas por la ley, estando arreglados á lo prevenido por sus respectivas instrucciones y reglamentos.

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

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

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

Conforme al art. 660 del Cód. de proc. son instrumentos públicos: 1º Las escrituras públicas otorgadas con arreglo á derecho: 2º Los documentos auténticos expedidos por funcionarios que desempeñen cargo público, en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones: 3º Los documentos auténticos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos ó dependientes del gobierno general ó de los particulares de los Estados, del Distrito ó de la California: 4º Las certificaciones de constancias existentes en los archivos parroquiales y que se refieran á actos pasados ántes del establecimiento del registro público, que no pueden comprenderse en la segunda parte del art. 51 del Código civil. En estos casos podrá el juez y los interesados promover el cotejo cuando proceda con arreglo á derecho y en la forma prescrita por la ley: 5º Las certificaciones de nacimiento, reconocimiento de hijos, emancipación, tutela, matrimonio y defunción, dadas con arreglo á las prevenciones del Código civil por los encargados del registro: 6º Las actuaciones judiciales de toda especie.

SECCION PRIMERA.

ACTA O ESCRITURA AUTENTICA EN MATERIA CIVIL.

SUMARIO.

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

459. Las actas auténticas por escelencia, aquellas á que se refieren sobre todo las disposiciones del Código Napoleon, son las actas autorizadas por notario, de que vamos á tratar en primer lugar. La esplanación que harémos sobre estas actas, nos dispensará de entrar en detalles poco interesantes sobre las actas auténticas recibidas ó otorgadas por ante otros oficiales

públicos, actas que se rigen en el fondo por los mismos principios. Pero examinaremos á parte las delicadas cuestiones que promueve la fé debida á las actas del estado civil.

DIVISION PRIMERA.

ACTAS O 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 institucion de oficiales especiales que tienen carácter para dar autenticidad á las actas que consignan las convenciones entre las partes, se halla tan arraigada en nuestras costumbres judiciales, que nos parece deber existir en todos los pueblos civilizados. "Periret omnis iudiciorum vis," dice Chassané (Catal. gloria mundi, lib. IV, consid. 19), "nisi essent notarii, qui acta conscriberent; periret ipsa veritas et fides in contractibus et commerciis." Y no obstante, el notario, tal como se halla constituido entre nosotros, no existia en Roma, y aun en el día, no le encontramos en Inglaterra y en Austria (1).

461. Habia, sin duda, en Roma tabeliones que, establecidos en el *forum*, redactaban, á petición de las partes, escritos, consiguando sus convenciones ó contratos. Pero estos escritos, aun en el último estado del derecho, cuando habia adquirido grande importancia la escritura, no tenían la autoridad que se atribuye á nuestras actas ó escrituras autorizadas por notarios. Era preciso que el tabelion acudiera por sí mismo

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

mo á reconocer la escritura y á afirmar bajo juramento su veracidad; si habia fallecido, se llamaba á los testigos que habian asistido al acto, y se procedia á comprobar la escritura (V. nov. 44 y nov. 73, cap. 7º). Véase, pues, que las actas de los tabeliones, *scripturae forenses*, no ofrecian á las partes mas que una garantía sumamente imperfecta. Esto no era, en último resultado, mas que la prueba testimonial aplicada á la confección del acta, cuyo escribano y testigos acudian á declarar, como si hubieran declarado de cualquier otro hecho. En cuanto á los *notarii*, no eran oficiales con la mision de recibir los convenios de las partes, eran simples escribas, por lo comun esclavos públicos, que escribian en abreviatura (*notis*, de donde les provino su nombre) actas ó escrituras de toda clase. Los habia tambien agregados á los tabeliones y tambien á los magistrados, los cuales redactaban el borrador, que ponía despues el tabelion en limpio, *in mundum* (V. Just., l. 17, Cód. de *fid. instrum.*). De estos *notarii* es de quienes habla Paulo, en la ley 40, pr. D. de *test. mil.* "Lucius Titius miles, testamentum scribendum notis dictavit, et antequam litteris praescriberetur, vita defunctus est." Este empleo no tenía mas importancia que la que tiene en el día la del estenógrafo.

En el último estado de la legislación romana, se imaginó un medio de suplir la autenticidad que los tabeliones no tenían la mision de conferir. Tal fué la *insinuación*, que consistia 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 queria poner al abrigo de toda controversia. Este depósito que hacian del escrito original las partes interesadas, dispensaba de toda comprobación ulterior. No era preciso entonces ni tabelion ni testigos; la intervencion de la autoridad pública aseguraba por sí sola la fé del acta que se le habia confiado. "Superfluum est, dice Zenon (l. 31, Cód. de *donat.*), *privatum testimonium, quum publica monumenta sufficient.*" La utilidad de esta *scripturae publi-*

cae (1) se conoció tan perfectamente en los últimos tiempos, que Justiniano mandó la creación de archivos en todas las poblaciones donde no los habia (nov. 15, cap. V, §. 2).

462. En la Edad Media se distinguia tambien, en el mismo sentido que en el Bajo Imperio (V. Mabillon, *de re diplom.* lib. III, cap. IV), las *notitiae privatae* y las *notitiae publicae*. Las escrituras privadas eran las que se estendian en presencia de testigos, ó tambien del tabelion, que entre nosotros, en un principio, no era, como en Roma, mas que un testigo que gozaba de un poco mas crédito. Hállanse pocas actas redactadas ante un tabelion antes del siglo XI. Las escrituras públicas eran, ó bien actas privadas insinuadas en los archivos, como en el Bajo Imperio, ó bien actas otorgadas en presencia del juez ó del obispo.

De esta última institucion fué de la que sacó su origen el carácter enteramente particular que ha revestido al notariado en los tiempos modernos. En la Edad Media, cuando no eran complicadas las transacciones sociales, los mismos *notarii* que ponian en minutas las actas de los funcionarios seculares ó eclesiásticos, adquirieron la costumbre de estender igualmente las convenciones de las partes, lo cual no era en un principio mas que el ejercicio mismo de su oficio, puesto que el dignatario, á que estaban adscritos, recibia ó autorizaba actos de jurisdicción graciosa, pero que hicieron despues, aun fuera de la presencia de este funcionario (2). "Hemos adquirido el hábito," dice Loyseau (Oficios, lib. II, cap. V, §. 50 "y siguientes), de verificar nuestros contratos fuera de la presencia del juez; pero "como quiera que sea, siempre es el juez

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

2. Todavía actualmente en España, los escribanos son á la vez notarios de las partes y escribanos de los tribunales; en Rusia, redacta los actos relativos á los inmuebles un escribano [Felix, loc. cit.].