

§. I. CONDICIONES ESENCIALES
PARA LA VALIDEZ INTRINSECA DE LAS ACTAS O ESCRITURAS
OTORGADAS POR ANTE NOTARIOS.

SUMARIO.

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

469. A la cabeza de todas las condiciones exigidas para la validez del acta ó escritura, se encuentra la capacidad legal del oficial que la extiende. "El acta ó escritura auténtica, dice el art. 1317 del Código Napoleon, es aquella que se otorgó por ante oficiales públicos que tienen derecho de actuar en el lugar donde se celebró la acta con las solemnidades prevenidas." Es pues preciso para tener aptitud de consignar las convenciones de las partes: 1º, ser notario, 2º, actuar en los límites de la demarcación determinada por la ley.

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

Apartemos desde luego el caso mas grave, pero el mas difícil de suponer en la práctica, aquel en que un hombre completamente extraño al notariado hubiera usurpado sus funciones. Entonces el error de las partes, que hubieran tomado por nota-

rio, por su simple dicho, á quien no tenia aun el carácter oficial aparente, seria tan craso, que no mereceria indulgencia alguna.

Lo menos extraordinario y que se ha presentado, en efecto, en la práctica, es que las partes concedan su confianza á un oficial que no hubiera sido debidamente instituido. Por eso, antes de la organización debida del notariado en Argel, se instituyó en Bona un notario por un superintendente militar, que no le habia sujetado ni aun á la prestación de juramento. Una sentencia del tribunal superior de Argel que declaró válidas las actas de este oficial, fué anulada el 9 de Mayo de 1842: "Considerando, que si la necesidad de prevenir los desórdenes en los primeros momentos de la ocupación de un país conquistado, puede autorizar á los agentes militares á tomar las medidas de policía y de seguridad que la gravedad y la urgencia de las circunstancias pueden hacer indispensables, su autoridad no puede 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, ningun 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 mas frecuencia será, que se nombre en forma debida, pero á una persona incapaz, privada por ejemplo de la cualidad de francés. Así es como en Roma consiguió un esclavo hacerse nombrar pretor, lo cual dió lugar á esta decisión de Ulpiano, citada con tanta frecuencia (l. 3 D. de off. pret.): "Barbarius Philippus, quum servus fugitivus esset, Romæ preturam petiit, et pretor design-

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

"natus est; sed nihil ei servitutem obstitisse, ait Pomponius, quasi prætor non fuerit. Atquin verum est, prætura eum functum, et tamen videamus si servus, quamdiu lauit, dignitate prætoris functus sit, quid dicemus? quæ edixit, quæ decrevit, nullius fore momenti? Au fore, propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt vel lege, vel quo alio jure? Et verum puto; nihil eorum reprobari. Hoc enim humanius est, quum etiam potuit populus romanus servo decernere hanc potestatem, sed et si scisset servum esse, liberum effecisset; quod jus multo magis in imperatore observandum est."

¿Es preciso admitir esta 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 mas valer como escritura privada? No puede negarse que la misma necesidad práctica que dictó en Roma la ley *Barbarius Philippus*, no exista aun en el día. Los que tratan con un oficial público, no pueden hacer una información sobre su edad, sobre sus antecedentes etc.; sino que deben referirse á la autoridad que le ha dado la investidura de sus funciones. A atenderse tan solo al Código Napoleon, podría suscitarse alguna duda, puesto que el artículo 1318, que no concede mas que efecto retroactivo á la acta, habla de la incapacidad en general. Pero si nos referimos á la ley de 25 Ventoso, año XI, que es la que trata de la materia y la cual es poco verosímil que se haya querido derogar, vemos en ella, que el art. 68 que enumera espresamente las disposiciones cuya inobservancia ocasiona nulidad, no atiende ni al artículo 35, relativo á las condiciones de capacidad que se requieren, ni al art. 7, relativo á la incompatibilidad de las funciones de notario con ciertas otras funciones. A la administración es á la que conviene dirigirse entonces, á fin de obtener que retire la comisión (l. de Vent. arts. 45 y 46) entregada al desprecio de la ley; pero mientras esta comisión no se retire, se debe

prestar fé al título que aparece. Hasta aquí, debe decirse con Tácito (Anal. lib. VI, 88): "Non est nostrum aestimare quem supra cæteros, et quibus de causis extollas. Tibi summum rerum iudicium Die dedere; nobis obsequi gloria relicta est." Así es como los publicistas enseñan que los actos y sentencias pasadas bajo el imperio de la autoridad mas legítima, deben sostenerse; y nosotros creemos, siempre en virtud de la misma teoría, que no incumbe á los tribunales negarse á ejecutar una ley (1), bajo pretexto de su inconstitucionalidad (cas. 11 de Mayo de 1833): de otra suerte, el poder judicial absorbería todos los demás (2).

472. La incapacidad á que alude el artículo 1348, 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 ofi-

1. Suponemos una ley votada en forma regular por los poderes competentes. La cuestión es mucho mas 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 [V. el Senado consulto 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. Admítase no obstante, en los Estados Unidos, que el poder judicial puede negarse á aplicar una ley que juzga ser inconstitucional. M. de Tocqueville (*De la Democracia en América*, tom. I, cap. VI), 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 vemos que en Francia, bajo las diversas Constituciones que han autorizado la revisión del pacto fundamental (Const. de 1791, de 1793, del año II de 1848 y de 1852) se haya permitido á los tribunales determinar sobre la constitucionalidad de las leyes. Es pues preciso explicar la legislación americana por un motivo mas grave, la necesidad de 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 departamentos, era un medio irregular, pero á veces eficaz de templar la omnipotencia de la monarquía [V. sobre este punto el interesante capítulo de los comentarios de M. Story, sobre la Constitución de los Estados Unidos lib. 3, cap. 4]: *Who is final judge or interpreter in Constitutional controversies?* Además, la Constitución actual, á imitación de la del año VIII confía al Senado la misión de oponerse á la promulgación de las leyes que fueran contrarias ó que atentasen á la Constitución [Const. de 1852, art. 26]. Pero no hay cuerpo especial encargado, como en otro tiempo el Tribunalado, de provocar el ejercicio de este derecho; solo pueden hacerlo los particulares por vía de petición [*ibid.* art. 45]. Esta facultad no obstante ha adquirido mas importancia, desde que el decreto de 24 de Noviembre de 1860, ha permitido publicar el extracto de las sesiones del Senado.

cial de la autoridad. En efecto, el art. 52 de la ley sobre el notariado, al cual se refiere esta vez espresamente el art. 68 relativo á las nulidades, se halla concebido en estos términos: "Todo notario suspendido, "destituido ó sustituido, deberá inmediatamente despues de la notificacion que se "le haya hecho de su suspension, de su destitucion ó de su sustitucion, cesar en el "ejercicio de su estado." Es de advertir que este artículo, de acuerdo con la teoría que acabamos de esponer, admite que hasta la notificacion de la decision tomada por la autoridad superior, continúe el ejercicio de las funciones; por lo tanto, todo lo que se ha hecho anteriormente á esta notificacion, permanece siendo válido. Así se ha decidido (sent. deneg. de 25 de Noviembre de 1813) respecto de una citacion hecha por un alguacil, cuya interdiccion se habia pronunciado, sin estar aun notificada. Pero una vez habiendo tenido lugar esta notificacion, el oficial pierde todo su carácter; porque hay falta, sobre todo en un país donde las decisiones de la autoridad se hacen públicas por la vía de la prensa, en ignorar la destitucion ó la suspension debidamente notificada.

473. La segunda condicion que se exige al oficial para que se confiera autenticidad á la acta, condicion consagrada por un edicto de Noviembre de 1542, es que actúe ó autorice instrumentos en los límites de su territorio. Esta regla se observaba en el siglo XVI, como lo es en el dia. Se prescribía entonces estrictamente segun lo que nos refiere Boiceau (*Prueba por testigos*, libro II, cap. IV), que el notario no autorizase instrumentos fuera de su territorio, *cum tabelliones, extra territorium, omnino privati censeantur, sicut et iudices*. Pero en el último estado del derecho antiguo, independientemente de la prerogativa de que gozaban ciertos notarios, especialmente los de los antiguos tribunales (*Chatelets*) de París, Orleans y Montpellier, que podian autorizar instrumentos en todo el reino, la regla de que cada notario debia ejercer en su territorio, no se consideraba como prescrita

bajo pena de nulidad, y no tenia por sancion más que una multa (1). (V. la ley de 16 de Octubre de 1791, tít. 1, sec. I, art. 5, sent. deneg. 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 mas que un simple particular, y en su consecuencia, ha debido pronunciarse la nulidad de las actas otorgadas fuera de este territorio (ley de Vent., arts. 6 y 68). Por esto se exige la mencion del lugar donde se otorgó el acta ó escritura (*ibid.*, art. 12), mencion que será útil, pero no sustancial, en las actas ó escrituras privadas, que pueden estenderse en todas partes. Exigiendo esta mencion, obliga la ley al notario que autorizare instrumentos fuera de su territorio, ó bien á hacer una acta evidentemente nula si se abstiene de insertar en ella la enunciacion falsa, ó bien en el caso contrario, á cometer una falsedad, disimulando la nulidad, y á esponerse de esta suerte á las penas mas graves (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) autorizar escrituras en las que sean partes sus parientes consanguíneos ó afines en línea recta, en todo grado, y en la colateral hasta el grado de tío ó de sobrino inclusive; además no pueden autorizar actas ó escrituras en que tengan interés ellos mismos. Esto es lo que ha querido espresar el final del art. 8, que añade: *ó que contuvieran algunas disposiciones en su favor*; espresiones que gramaticalmente podrian referirse á los parientes de los notarios, igualmente que

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

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

á los notarios mismos, pero en buena interpretacion, no pueden aplicarse mas que á estos últimos, puesto que de otra suerte, no contendrian mas que una redundancia inútil. Nada mas justo, por otra parte, que prohibir al notario la facultad de dar testimonio en su propio interés. Así se ha juzgado por dos sentencias de casacion, fecha 15 de Junio de 1853. (V. tambien la sent. deneg. de 16 de Noviembre de 1836). Sin embargo, hemos visto (núm. 453) que se quiso indebidamente y á consecuencia de una verdadera confusion de lenguaje, aplicar el art. 175 del Código penal á un notario que habia tomado interés en el crédito consignado por una acta que habia recibido ú otorgado él mismo. Hay en esto una nulidad y una infraccion disciplinal, pero de ningun modo un delito caracterizado, delito que no podria existir sino cuando el notario hubiera tenido á su cargo el crédito mismo, en el cual tomó interés y no el acta destinada á consignarlo.

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

476. "Las actas, dice el art. 9º de la ley "de Ventoso, se recibirán por dos notarios "ó por un notario asistido de dos testigos, "ciudadanos franceses, que sepan firmar y "domiciliados en el distrito del comun en "que se estienda el acta." Esta disposicion, cuyo principio se remonta á una ordenanza de Felipe el Hermoso de 1304, es necesaria para dar á las partes garantías contra la prevaricacion de los oficiales públicos. El acuerdo de dos notarios para falsificar los contratos de las partes es infinitamente menos probable que la malversacion de uno solo. La presencia de los testigos que se han llamado *instrumentales* por razon de su concurrencia al acta (*instrumentum*), se justifica por el mismo motivo.

Pero es muchas veces difícil, en la práctica, obtener la asistencia de dos notarios;

así la prescripcion de la ordenanza de 1304, bien que renovada en 1437, habia caido en desuso en el derecho antiguo, escepto, respecto de ciertos actos de alta importancia, tales como los testamentos. El artículo 14 de los estatutos y reglamentos del colegio de los notarios de Chatelet de París, homologados por una sentencia del Parlamento de 13 de Mayo de 1681, decia, que los notarios estarían obligados á firmar uno por otro las actas y contratos que no fueran contrarios á las ordenanzas y buenas costumbres, para que fuesen requeridos, sin poder negarse á ello, y esta jurisprudencia se habia convertido en ley por los edictos de 1691 y 1706. Despues de haberse promulgado la ley de Ventoso, no se han conservado en la práctica los mismos hábitos, en cuanto al notario segundo, y repugnando nuestras costumbres á veces, confiar á testigos el secreto de nuestros asuntos, se ha introducido igualmente el uso de hacer firmar el acta despues á los testigos instrumentales. Esto era, persistimos en creerlo, una violacion manifiesta de la ley; violacion tolerada por largo tiempo por la jurisprudencia, que se fundaba en un singular motivo, la pretendida abrogacion por desuso de la disposicion de la ley de Ventoso; pero al fin fué condenada por sentencia de casacion de 25 de Enero de 1841. Esta sentencia seguida de otra decision conforme (16 de Noviembre de 1841), puso al legislador en la necesidad de custodiar los intereses comprometidos por este cambio de jurisprudencia, y de resolver para lo futuro: tal ha sido el objeto de la ley de 21 de Junio de 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).

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

Pero esta teoría, contraria por otra parte, á la de los autores mas exactos, no podia prevalecer contra el deseo legítimo de asegurar la estabilidad de los contratos y la paz de las familias, prohibiendo "anular las actas otorgadas por notario despues de la promulgacion de la ley de 25 Ventoso año XI, por la razon de que el notario segundo, ó los dos testigos instrumentales no habian estado presentes á la recepcion de dichas actas." Esto es lo que ha hecho el art. 1º de la nueva ley, contra el cual no podrian suscitarse objeciones formales.

Respecto del porvenir, aunque el legislador pretenda no hacer mas que explicar la ley de Ven'oso (ley de 1843, art. 3º), la ha modificado realmente, puesto que ha dado la razon á la práctica, dispensando generalmente á las partes de la asistencia del segundo notario y de los testigos (*ibid.*, arts. 1º y 3º). Mas tanto durante la discusion de la ley de 1843, como despues de esta época, se ha acusado al poder legislativo de haber carecido de energia, y de no haber sabido ser consecuente en un sistema vicioso. Estas censuras no nos parecen fundadas. Desde luego, no habia motivos suficientes para enseñarse contra las dificultades prácticas que ofrecia la presencia real del segundo notario y de los testigos, puesto que estaba averiguado que los abusos del notariado no se referian en manera alguna á la falta de esta presencia real. Pero, se dice, entonces seria mas sencillo y mas lógico hacer otorgar las actas por el notario solo. Esta idea ha sido rechazada con conocimiento de causa por el legislador. "Se ha considerado por una parte," dice M. Felipe Dupin, en su informe á la Cámara de diputados (*Monitor* del 9 de Marzo de 1843), "que la formalidad de la firma, despues del acto, del segundo notario ó de los testigos, no tenia inconveniente para las partes, y era fácil de cumplir para los notarios. Por otra parte, y aunque esto no sea una garantía poderosa, este uso tiene, no obstante, algunas ventajas. Así, el notario segundo sin penetrar directamente en los secretos de las

"actas, comprueba si se han observado las formalidades exteriores, si está en debida forma el protocolo, si las notas, llamadas y enunciaciones de las palabras nulas están exactamente rubricadas, si el acta no contiene blancos ni entrerenglonados de que pueda abusarse. La necesidad de imitar la firma del notario ó de los testigos haria la falsedad mas difícil, si intentara cometerla alguno, ó indicaria mas pronto las huellas del crimen. Finalmente, es un obstáculo á las supresiones ó intercalaciones que se quisiera hacer para lo sucesivo, en detrimento de las partes y del fisco. No se ha querido quitar sin motivo estas garantías, por débiles que pudieran parecer."

Sin embargo, la ley de 1843 mantiene (art. 4º) las reglas especiales del Código Napoleon sobre la forma de los testamentos (1). Además, exige (art. 2) la presencia del notario segundo, ó de dos testigos para las actas notariadas mas importantes, las que contienen donacion entre vivos, donacion entre cónyuges durante el matrimonio (2), revocacion de donacion ó de testamento, reconocimiento de hijos naturales y los poderes para consentir estos diversos actos. Esta presencia debe mencionarse bajo pena de nulidad (art. 2, cit.). Pero, aun respecto de estos actos colocados de esta suerte en una categoría especial, no exige la nueva ley que se asista á ellos, bien sea á las proposiciones preliminares, bien á la redaccion de la minuta. "La presencia del notario segundo, ó de los dos testigos," dice el art. 2, "no se requiere sino en el momento de leerse las actas por el notario y de firmarse por las partes" (3). Véase,

1. En los testamentos la mas ligera ausencia de un testigo basta para viciar el acto [Burdeos, 8 de Mayo de 1860].

2. Se habia 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 habia una garantía suficiente en la asistencia de las dos familias á estas estipulaciones solemnes, á cuyos pormenores, no juzgamos que sea siempre conveniente mezclar terceras personas.

3. Habiendo añadido la ley de 1843: "hárse 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 de la acta, como lo decide el Código (art. 972), respecto de los testamentos, lo que debe mencionarse. No hay duda que es mas prudente mencionar siempre

pues, que el espíritu de la ley es siempre garantizar, en cuanto es posible, el secreto de las convenciones, que es esencialmente propio á nuestras costumbres.

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

478. En cuanto á las condiciones de capacidad que deben reunir los testigos, el artículo 9 exige desde luego, que sean *ciudadanos franceses*. Para sostener que estas palabras, segun lo ha juzgado una sentencia denegatoria de 10 de Junio de 1824, no deben tomarse á la letra, se invoca, ya la naturaleza de las funciones de testigo que nada tiene de política, ya el vocabulario acostumbrado en tiempo de la primera república francesa, que propendia á generalizar el sentido de la palabra *ciudadano* (1). (Sabido es, que las mujeres mismas se lla-

la lectura de la presente acta por el notario en presencia del segundo notario y de los testigos, segun el formulario prescrito por una circular del colegio de los Notarios de París con fecha de 24 de Junio de 1843. Pero creemos con una sentencia del Tribunal de Dijon, del 30 de Junio de 1857, que el pronombre *ella* de que usa la ley de 1843, se refiere gramaticalmente á la presencia exigida y no á la lectura del acta, y que en su consecuencia, no es permitido suplir una nulidad que no pronuncia el texto [V. en sentido contrario M. Demoly, *Revista crítica*, tom. XIV, pág. 434].

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

maban *ciudadanas*). Pero no hay nada extraordinario en considerar como una especie de mision pública el ministerio del que es llamado á comprobar la gestion de un oficial público, con la facultad de atraer sobre su cabeza la pena contra la falsedad, en caso de prevaricacion.

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

habia entonces lugar á ocuparse de los derechos políticos, puesto que no se convocaban los estados generales sino una vez por siglo.

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

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

2. No hay duda sobre esto en cuanto á la elegibilidad, puesto que no existe sino á los 25 años, y que la cualidad de ciudadano se adquiere á los 21 años [decreto de 2 de

preocuparse en lo concerniente á los testigos instrumentales, de las restricciones especiales, mas ó menos graves, establecidas por las leyes electorales (decreto de 2 de Febrero, tít. II y III).

479. Lo que hemos dicho de la capacidad putativa del notario, debe aplicarse igualmente á la capacidad putativa de los testigos. Así, cuando hayan incurrido en una condena ignorada de todos aquellos con quienes se hallaban en relacion, el error de las partes siendo invencible, no deberia ocasionar la nulidad del acta. El tribunal de casacion se ha pronunciado en este sentido (28 de Julio de 1831 y 24 de Julio de 1839). Pero el tribunal de Aix ha avanzado demasiado al decidir, el 30 de Julio de 1838, que el error comun bastaba para validar el acta que habia firmado como testigo un zapatero con patente de edad menor de 21 años, que pasaba en el país por mayor. Es fácil hacerse presentar un extracto de los registros del estado civil, y era un medio singular de comprobacion para un notario el referirse al rumor público sobre la existencia de una cualidad que podia averiguarse con tanta facilidad. Es necesario reconocer, no obstante, que la cuestion de si hubo error invencible induce una apreciacion de puro hecho, que no es susceptible de revisarse por el tribunal de casacion (sent. den. de 24 de Julio de 1839 y de 4 de Febrero de 1850).

480. La segunda condicion de capacidad que se requiere á los testigos, sobre la cual no puede haber equivocacion porque es enteramente de hecho, es la que consiste en que sepan firmar. La ordenanza de Blois de 1579 (art. 166) queria que en las ciudades y pueblos grandes concurriese un testigo que supiese firmar, pero solamente en los casos en que las partes no firmasen por sí mismas. Hallándose mucho mas divulgado en el dia entre nosotros el uso de la escritura, la ley de Ventoso quiso que en to-

Febrero de 1852, arts. 12 y 26]. Observamos además que el derecho de formar parte de la guardia nacional, considerado por el Código penal [arts. 34 y 50] como una especie de derecho cívico, no puede ejercerse actualmente sino á los 25 años, segun los términos del decreto de 16 de Enero de 1852.

dos los casos fuesen capaces de firmar dos testigos, pero existe una tolerancia análoga á la ordenanza de Blois en cuanto á los testamentos auténticos, para los cuales se exige gran número de testigos. El art. 974 del Código Napoleon se contenta con la firma de la mitad de los testigos en el campo. En el dia, lo mismo que en otro tiempo, los tribunales tienen un poder discrecional para apreciar, segun la importancia de la poblacion, si debe ó no considerarse como perteneciente al campo (sent. den. de 10 de Junio de 1847 y 10 de Marzo de 1829).

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

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

Los testigos no deben tampoco (art. 8 cit.) ser escribientes ó servidores del notario. Pero el simple hecho de haber estendido una persona copias para un notario, cuando no está adscrita á su servicio habitual, no es bastante para que se le considere como escribiente de éste (sent. deneg. de 5 de Febrero de 1829 y de 10 de Abril de 1855). De otra suerte seria, si las relaciones entre uno y otro fuesen permanentes, todo segun la apreciacion de los jueces del hecho (sent. deneg. de 25 de Enero de 1858).

Hemos terminado lo concerniente á las personas cuyo ministerio dá la autenticidad al acta otorgada por ante notario. Hable-

mos ahora de las formalidades materiales que se requieren para la validez intrínseca de esta acta.

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

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

484. Requiérese asimismo la mencion de los nombres y morada de los testigos (*ibid.*)