

obligado á estatuir sobre las conclusiones que les son sometidas, no puede de oficio, devolver al demandado el papel que éste abdicó.

Hay una sentencia de la Corte de Casación en este sentido. El comprador pide la nulidad de una venta por motivo que la cosa vendida no tiene la calidad prometida por el vendedor. Le toca dar la prueba. Pero si el vendedor opone inmediatamente una excepción y pide probar que la cosa tenía la calidad que le había atribuido en la convención, el comprador no tiene ya nada que probar; el vendedor ha tomado para sí el fardo de la prueba y debe sufrir las consecuencias de su hecho. En el caso, se sostenía que el vendedor había renunciado el beneficio del art. 1,315; la Corte de Casación admite válida la renuncia que acabamos de deducir. Pero de hecho, el vendedor no había renunciado á la ventaja de la defensiva, de suerte que quedaba bajo el imperio del art. 1,315. (1) Así sucederá ordinariamente: pocos demandados cometerán la locura de renunciar un derecho que les asegura el gane, suponiendo que el demandante no pueda establecer el fundamento de su demanda.

95. Si se debe cecer un antiguo adagio, habría una segunda excepción á la regla del art. 1,315. La negativa no se prueba; luego aquel que alega un hecho negativo no está obligado á probarlo. Los glosadores habían imaginado este pretendido principio por una mala interpretación de los textos romanos; su error es reconocido por todos los autores; se puede en general probar un hecho negativo probando el hecho positivo contrario. Yo pruebo que no sois belga probando que sois francés, ó que habeis perdido vuestra calidad de belga. Es verdad que hay proposiciones negativas que no se pueden probar, tal sería la proposición que yo no soy vuestro deudor; se necesitaría probar que no soy vuestro deudor por ningún título lo que es poco menos que imposible. Pero

1 Denegada, 27 de Mayo de 1862 [Daloz, 1862, 1, 433].

la imposibilidad no proviene de que se trata de un hecho negativo, proviene de que el hecho es indefinido, lo mismo sucedería con un hecho afirmativo indefinido. Poco importa que la prueba sea más ó menos difícil, aun imposible, esto no dispensa á aquel á quien la prueba incumbe el probar el hecho. En efecto, la ley no porta ninguna excepción á la regla del art. 1,315 en lo que concierne á los hechos negativos. Aun hay más, el Código exige la prueba de los hechos negativos aun cuando no pueden ser establecidos por medio de la justificación de un hecho contrario. Aquel que pide la declaración de ausencia, debe probar que de la persona que se presume ausente, no se tiene noticia desde cuatro años. Aquel que promueve en repetición de lo indebido, debe probar que no es deudor; volverémos sobre esta última cuestión que es siempre controvertida. Á pesar de la evidencia de los principios que acabamos de exponer y que los autores los acatan, el antiguo adagio está siempre citado cuando la necesidad de la causa lo exige. Toullier, después de haber muy bien establecido la falsedad del adagio, prorrumpo: "Arrojémos, pues, de la escuela, y para siempre, la sutil é inútil doctrina de los glosadores; apartémos del Tribunal la falsa y trivial máxima, que no se prueba una negativa." Las máximas tradicionales tienen una potencia increíble; es preciso combatirlas en cada oportunidad, hasta que se establezca una tradición contraria. (1)

SECCION II.—De la prueba literal.

96. La prueba literal es la que resulta de un escrito auténtico ó privado. Cuando el escrito ha sido redactado para servir de prueba, se le llama *acta* ó *título*. Esas dos pa-

1 Toullier, t. IV, 2. pág. 12, núms. 17 y 18. Colmet de Santerre t. V, pág. 524, núm. 276 bis VIII. Aubry y Rau, t. VI, pág. 326, y notas 16, 18, pfo. 749 (tercera edición).

labras tienen también otro sentido, de donde viene el peligro de confusión. Importa evitarlo en una materia por sí misma tan difícil ya.

El escrito que está destinado por las partes á servir de prueba se llama indiferentemente acta ó título; la sección primera de nuestro capítulo está titulada: *De la prueba literal*. El párrafo primero trata *Del título auténtico*, el párrafo segundo *Del acta privada*, el párrafo cuarto es titulado *De las copias de los títulos*. Y no se trata en él sino de los títulos auténticos. Según esto, se podría creer que la ley emplea de preferencia la palabra título para designar escrituras auténticas. No es así; los arts. 1,317 y 1,319 que hablan de las escrituras auténticas, se sirven de la palabra *acta*, y el 1,320 dice: "El acta sea auténtica, sea privada."

Tal es la primera significación de la palabra *acta* ó *título*. Los escritos que no son redactados para servir de prueba, no son actas; el art. 1,332 les da el nombre de *escritura*. Sin embargo, el art. 1,331 emplea también la palabra *título* hablando de escrituras que no son formadas para servir de prueba.

97. La palabra *título* tiene todavía otro sentido. Designa el hecho jurídico, por ejemplo, la convención de ser el escrito destinado á probar. El art. 893 dice: "No se podrá disponer de sus bienes á *título gratuito* sino por donación entre vivos ó por testamento." En esta disposición, el *título gratuito* es opuesto al *título oneroso*; comprende hechos jurídicos que no son convenciones, los testamentos, que el art. 895 califica de *actas*; es también el nombre que la ley da á las donaciones que son verdaderamente contratos (art. 894) es en el sentido de la palabra *título* por lo que el art. 2,265 exige un *justo título* como condición de la prescripción de diez ó veinte años, que se llama usucapión; el justo título es aquel que hubiere transferido propiedad al adquirente, si aquel de quien emana hubiera sido propietario; es, pues, un

hecho jurídico, convención ó testamento que tiene por objeto transferir la propiedad. Es todavía en este sentido, dice el art. 2,267, por lo que el *título* nulo, por defecto de forma, no puede servir de base á la prescripción de diez y veinte años; no se trata, en este caso, del escrito, pero sí del hecho jurídico que exige una solemnidad para su perfección, como lo diremos en el título *De la Prescripción*.

La palabra *acta* designa también un hecho jurídico; acabamos de citar los artículos que emplean esta expresión para designar la donación y el testamento. En el art. 778 la ley se sirve de la palabra *acta*, primero como sinónimo de escrito, diciendo que la aceptación de una sucesión es expresa cuando se toma la calidad de heredero en una *acta auténtica* ó *privada*. En seguida la ley dice que la aceptación es tácita cuando el heredero hace una acta que supone necesariamente la intención de aceptarla. Tales son la donación, venta ó transporte que el heredero hace de sus derechos sucesorios en los términos del art. 780; luego son convenios.

98. Así, las palabras *acta* y *título* significan ya el hecho jurídico que debe ser probado, ya el escrito que sirve de prueba. Es preciso, sin embargo, no confundir esas dos órdenes de ideas. Unas son las condiciones requeridas para la validez del hecho jurídico, de la convención; y otras las condiciones prescriptas para la validez del escrito que sirve de prueba literal. Puede, pues, suceder que el escrito jurídico sea nulo, bien que el hecho jurídico sea válido; la validez del escrito no ejerce, en lo general, ninguna influencia sobre la validez del hecho jurídico. Así sucede con todos los contratos solemnes. El escrito que las partes formulan de sus convenciones, solo sirve de prueba en esos contratos; si es nulo, todo lo que resulta es que la prueba literal falta; pero si la convención reúne las condiciones requeridas por la ley, las partes interesadas serán admitidas á probar sus convencio-

nes por otras vías de pruebas legales. En contra, la validez del escrito no valida el hecho jurídico que en él consta; la convención será nula ó inexistente si el consentimiento está viciado ó si no hubo consentimiento, bien que exista el escrito, válido en la forma, en que consta la convención.

No hay excepción á estos principios, sino cuando el hecho jurídico es un acto ó un contrato solemne: la solemnidad, en este caso, es substancial: nula en la forma, la convención es, por esto solo, nula ó inexistente. Tal es la donación nula en la forma; esta nulidad es tan radical, que la ley no permite ni al donante de confirmar la liberalidad que hizo; si quiere mantenerla, debe volver á hacerla en la forma legal (art. 1,339).

La ley determina cuáles son los contratos que deben ser solemnes; los que exigen una acta auténtica para su existencia ó á lo menos, para ser válidos, son: la donación, el contrato de matrimonio y la hipoteca. En los diversos títulos de los contratos, examinaremos si hay otras convenciones para la validez de los que la ley exige un escrito privado. Las partes podrían hacer del escrito una condición de sus convenciones, en el sentido de que la convención solo existiría si el acto fuere formulado. (1) En este caso, la existencia de la convención dependerá de la redacción del escrito; mientras tanto las partes no están ligadas, pueden todavía rehusar tratar en el momento en que va á suceder la redacción del acto. ¿Si el acto está redactado, pero nulo, la convención caerá con el acto? Esto depende de la voluntad de las partes contratantes; pueden volver su contrato solemne al mismo título que la donación; lo que ellos quieran hacer ley, á la condición que su voluntad no sea contraria al orden público y á las buenas costumbres. Pero si tal es su intención, es preciso que esté manifestada de una manera

1 Traducimos en cuanto al principio, á lo que fué dicho en el título *De las Obligaciones*, (t. XV, págs. 566-567, núms. 443 y 449).

expresa, pues es una excepción al derecho común, y una excepción que no puede admitirse fácilmente, puesto que no está en las costumbres de los contratantes. Cuando las partes formulan el acto de sus convenciones, es únicamente para tener una prueba literal de ello; el acto cambia de naturaleza cuando cesa de ser una prueba para hacerse una condición sin la que la convención no existirá. Para que así sea, es necesario que las partes lo hayan terminantemente estipulado. (1) Tal es el principio; volveremos sus aplicaciones en el título *De la Venta*.

99. La confusión entre el acto y el hecho jurídico que ella hace constar es fácil; se encuentra en un gran número de sentencias. Es preciso evitarlas, aunque no fuera más que para conservar á nuestra ciencia el rigor lógico que la distingue; el error, por otra parte, es fútil en falsas consecuencias; tendremos ocasión de señalarlas. Por el momento nos limitamos á los principios, desechando todo lo que pudiera obscurecerlos. Los autores del Código no están al abrigo de todo reproche: no hay artículos más mal redactados que aquellos que conciernen á la prueba literal. Uno de los espíritus más preciso entre los que tomaron parte á los trabajos preparatorios del Código, Jaubert ha confundido el hecho jurídico con la prueba. Se lee en su segundo informe: "Respectivamente á las partes contratantes, una obligación es igualmente válida del acreedor al deudor, sea que haya sido consentida por acto público, sea que lo haya sido por escrito privado." Una obligación no *consiente* por *acta*: el acta solo hace constar el consentimiento, y una obligación no es *válida* porque conste en acta auténtica ó privada; es válido ó puede serlo, aun cuando no hubiera acta y cuando el acta

1 Duranton, t. XIII, pág. 67, núm. 79. Toullier, t. IV, 2, pág. 135, núm. 140. Larombière, t. IV, pág. 243, núm. 13 del art. 1,318 (Ed. B., t. III, pág. 502). Tolo-a. 19 de Agosto de 1806 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,006, 1º). Rennes, 7 de Julio de 1845 (*ibid.*).

fuera nula. Jaubert agrega: "Un *recibo* privado libera al deudor hácia el acreedor, tanto como un recibo ante notario." (1) No es el recibo el que libera, es el pago; el recibo solo hace constar el pago; de suerte que el recibo notariado, podría ser nulo y el pago, sin embargo, válido, y la obligación quedaría extinguida.

Lo que favorece esta confusión, es que la falta de prueba literal, puede poner al acreedor en la imposibilidad de seguir su derecho. Pero la dificultad de probar, aun cuando fuese imposibilidad, no impediría la validez de la convención. Escuchémos á Merlin, es de una precisión admirable: "Desde luego que las partes han dado su consentimiento, la obligación está formada; y sea que se pueda probar ó nó, no por eso deja de ser la virtud intrínseca la que liga á los contratantes. En buena lógica, la falta de prueba de una acta no puede llevarse su nulidad, solo puede resultar un impedimento de hecho á su ejecución; y si se llega á suplir este defecto, á levantar este impedimento por pruebas sacadas de otra cosa, ¿por qué el acto no sería plenamente ejecutado? Se diría en vano que en el principio y según la misma acta, la obligación no era susceptible de ejecución forzada; la obligación era válida en el principio, y esto basta para que tenga todo su efecto desde el momento en que la prueba se adquiere." (2) Toullier agrega: "No se puede repetir demasiado que es preciso no confundir las actas con las convenciones que en ellas se hallan escritas. Las convenciones existen independientemente de las actas que las contienen; ellas existen aun necesariamente antes que las actas que solo se hacen para hacer la prueba más fácil y más duradera." (3)

100. Puesto que es necesario respetar una verdad, que es, sin embargo, de toda evidencia, citaremos una sentencia

1 Jaubert, 2º Informe, núm. 4 (Loaré, t. VI, pág. 224).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Doble escrito*, núm. 7.

3 Toullier, t. IV, 2, pág. 131, núm. 133.

de la Corte de Bruselas que consagra los principios que acabamos de exponer. En el caso, el acta era nula como auténtica, y no podía valer como acta privada por falta de firmas. Pero, dijo la Corte: si una acta es nula en la forma y no puede servir de prueba, la convención no deja de subsistir y debe surtir sus efectos independientemente de la acta que la formuló, cuando la prueba de la existencia de la convención es adquirida de otro modo de una manera legal. La Corte establece en seguida que la venta litigiosa había recibido su perfección por el consentimiento de las partes y que era probada por la confesión de las partes y por la ejecución que había recibido. (1) Hé aquí al contrario una decisión de un tribunal de primera instancia que confunde enteramente la convención y el acta en que consta. "En la ausencia del acta que establece el concurso simultáneo de la voluntad de las partes, acta que implicando obligaciones recíprocas debía en los términos del art. 1,325 ser duplicada tantas veces como partes interesadas, no pudo formarse un contrato legal entre las partes." El error es tan palpable que es inútil insistir. A pedimento de casación intervinó, sin embargo, una sentencia de denegada. La Corte ensaya excusar el error del primer juez, diciendo que el considerando que acabamos de transcribir debe ser entendido en el sentido que el juez halló el obstáculo á la formación del contrato, no en la ausencia de una acta destinada á la prueba de su existencia, sino en la falta de concurso de las voluntades de las partes. Aun así interpretada la decisión quedaría incorrecta, porque de la falta de acta no se puede inducir la inexistencia de la convención. La Corte de Casación misma no se expresa de otra manera cuando agrega: "Admitiendo que el Tribunal hubiera confundido la prueba de la convención con los elementos de ésta, esta confusión hubiera sido

1 Bruselas, 21 de Mayo de 1814 (*Pasicrisia*, 1814, pág. 76; Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 2,898).

sin influencia en la decisión, la convención desprovista de prueba legal debiendo ser considerada como no existiendo." (1) Preferimos el lenguaje de Merlin: la convención existe, solo hay un obstáculo para que sea ejecutada.

101. Decimos que la confusión que señalamos es muy peligrosa, como lo es todo error. Este conduce fácilmente á un nuevo error que los autores del Código han cometido: ¿qué digo? Pothier mismo es culpable, como lo diremos más adelante. Las convenciones no tienen efecto sino entre las partes contratantes, no aprovechan á terceros y no les perjudica (art. 1,165). Si el acta se confunde con la convención, es preciso decir de los escritos lo que el art. 1,165 dice de las convenciones: los escritos no tendrán, pues, efectos sino entre las partes contratantes y sus herederos ó sucesores universales. Es lo que dice el art. 1,319 de la acta auténtica, y el art. 1,322 repite para las actas privadas. Es un doble error sobre el que volveremos. Lo hacemos constar desde ahora, para enseñar que nada es indiferente en derecho. La precisión del lenguaje es una seña de la precisión de las ideas; cuando el lenguaje es confuso, mucho debe temerse que las ideas lo sean igualmente. Sea esta nuestra disculpa por insistir tanto sobre nociones que parecen elementales y que lo son realmente; lo que no impide á los jueces olvidarlas, y algunas veces aun á los autores que están obligados á mayor razón puesto que enseñan el derecho.

ARTICULO I.—*Del título auténtico.*

§ I.—CONDICIONES REQUERIDAS PARA LA AUTENTICIDAD.

I. *Un oficial público.*

102. "El acta auténtica es aquella que fué hecha ante oficial público con derecho á instrumentar en el lugar en

1 Denegada, 6 de Agosto de 1851, de la Corte de Casación de Bélgica (*Pasicrisia*, 1852, 1, 465).

que el acta fué redactada, y con las solemnidades requeridas" (art. 1,317). Esta definición es incompleta, la completaremos exponiendo las condiciones requeridas para que una acta sea auténtica. La primera es que la reciba un escribano público. Es preciso agregar que el oficial debe haber recibido por la ley la misión de dar autenticidad á las actas ante él redactadas. La ley del 25 ventoso año XI, confió esta misión á los notarios: son, dice el art. 1, ^o funcionarios públicos establecidos para recibir todas las actas á las que las partes quieren ó deben dar un carácter de autenticidad ligada á los actos de la autoridad pública para asegurar su fecha, conservar el depósito y librar copias y testimonios. Hay actas que deben ser recibidas por el notario, tales son: la donación, el contrato de matrimonio y la hipoteca; en cuanto á las demás, depende de la voluntad de las partes contratantes el hacerlas ante el notario ó redactarlas ellos mismos privadamente. Pero si quieren asegurarles la autenticidad, deben dirigirse al escribano. Resulta del texto que acabamos de transcribir, que la institución del notariado tiene por objeto conferir la autenticidad de las actas. Los notarios tienen, pues, una competencia general para recibir toda especie de actas. No hay excepción más que para las actas que la ley encarga especialmente á otros funcionarios. Hemos ya encontrado las excepciones que el Código consagra. Encarga al juez de paz el recibir las actas de adopción (art. 353), así como el contrato de tutela oficiosa destinada á facilitar la adopción (art. 363). La emancipación se hace igualmente por una declaración que recibe el juez de paz asistido de su secretario (art. 477).

Fuera de esos casos, el notario es quien recibe las actas á las que las partes interesadas quieren ó deben dar el carácter de autenticidad. Esto no quiere decir que el notario esté obligado á escribirlas él mismo, excepto los testamen-

tos por acta pública que deben ser escritos por el notario bajo el dictado del testador, las actas auténticas pueden ser escritas por los escribientes. Sin embargo, es preciso que el escribiente lo haga bajo el dictado y comprobación del notario; luego, en su presencia. Decir que el notario recibe una acta es decir que debe estar presente cuando las partes declaran su voluntad. Ha sucedido que en ausencia del notario, las partes han hecho sus declaraciones al escribiente ó pasante, el cual redactó el acta, siempre en ausencia del notario; éste la firmó después, sin que las partes estuviesen presentes. La Corte de Nancy sentenció, y con razón, que esta acta no era auténtica porque no había sido recibida por el oficial público, y esto es una condición esencial exigida por el art. 1,319. Al intento de apelación la decisión fué casada; volverémos más adelante sobre el motivo de la casación; pero anulando la sentencia de la Corte de Nancy, la Corte Suprema reconoce que el acta no podía ser considerada legalmente como una acta auténtica; esto nos parece evidente. (1)

103. Hay otros oficiales públicos que tienen calidad para redactar actas auténticas en los casos determinados por la ley; su competencia, á diferencia de la de los notarios, es excepcional. Acabamos de nombrar á los jueces de paz y de citar las actas que sólo ellos tienen derecho de recibir. El Código declara también auténticas las actas del estado civil recibidas por los oficiales públicos á quienes la ley ha encargado estos cuidados (art. 45); los diligenciaros tienen calidad legal para significar las citaciones, ya judiciales, ya extrajudiciales; estas citas ó notificaciones hacen fe de los hechos que están destinados á hacer constar. Según el decreto de 14 de Junio de 1813 (art. 26), los diligenciaros tienen la atribución de hacer las notificaciones de notario á

1 Nancy, 5 de Diciembre de 1867 (Dalloz, 1868, 2, 45). Casación, 27 de Enero de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 152).

notario, de donde se sigue que estas notificaciones son actas auténticas á las que se da fe entera, hasta inscripción en falso. (1)

Los jueces de paz, los oficiales del estado civil, los diligenciaros no pueden recibir las actas que son de la competencia exclusiva del notario. Esto es seguro para los oficiales del estado civil y para los diligenciaros; el objeto de su substitución nada tiene de común con las convenciones que las partes interesadas quieren hacer auténticas. Esto es tan evidente que jamás se ha presentado caso, así lo creemos, para las actas del estado civil; tienen un objeto demasiado especial para que las partes piensen en insertar en ellas convenciones de interés privado. No sucede así con los diligenciaros, tocan los contratos puesto que se hacen para su ejecución obligatoria. Un diligenciaro hace una acta de protesta, y dice en ella que la viuda que había aceptado la letra de cambio con su esposo, había declarado "que su marido habiendo muerto desde pocos días antes, no podía hacer el pago de la letra por ella aceptada, pero que la pagaría más tarde." Perseguida por el acreedor, la asignataria opuso que su aceptación era nula, en este sentido que no había podido comprometer sus bienes dotales. Se le opuso la declaración que había hecho al diligenciaro. La Corte de Tolosa desechó la declaración como no haciendo fe, y sobre el intento de apelación esta decisión fué mantenida por la Corte de Casación. Es verdad que el Código de Comercio belga (art. 174 del Código de 1808 y 65 de la ley belga de 20 de Mayo de 1872), ordena que el diligenciaro diga en la acta de protesta los motivos de la negación del pago; pero esta disposición debe limitarse estrictamente á la negación del pago. El diligenciaro no puede dar fuerza auténtica á las contestaciones no firmadas de las partes que contienen obligaciones de otro género que los resultando de la letra de

1 Lieja, 2 de Diciembre de 1841 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 25).