

guna apariencia de autenticidad; es igual que si un particular las hubiera recibido; el art. 1,318 es, pues, inaplicable, porque supone que el acta es obra de un oficial público; si el acta es inexistente como auténtica, esta acta no existe, y lo que no existe no puede producir ningún efecto.

Se enseña la opinión contraria (1) resultando del texto de la ley de 25 ventoso, año XI. El art. 68 de esa ley dice que toda acta hecha en contravención de las disposiciones de los artículos que se citan en ella, es nula si no está firmada por todas las partes, y que cuando está firmada por ellas no valdrá sino como acta privada. Entre los artículos relacionados con el 68, se encuentra el art. 52 que está concebido en los siguientes términos: «Todo notario suspenso, destituido ó reemplazado deberá, luego que se le haya notificado, dejar de ejercer su profesión.» Se puede suponer que á despecho de la ley, el notario continúa recibiendo actas; estas actas son nulas, pero gozan del beneficio del art. 68 y, por consiguiente, el art. 1,318 es aplicable. Esto es una derogación al rigor de los principios, que se justifica por interés de las partes contratantes que pueden ignorar la suspensión ó destitución del notario, y viéndolo continuar sus negocios, pueden de muy buena fe dirigirse á él como si estuviese en el ejercicio de su profesión. Sin embargo, es de notarse que la ley no hace con la buena fe de las partes contratantes una condición requerida para la aplicación del art. 1,318; el acta sería, pues, válida como escritura privada, aun cuando las partes tuvieran conocimiento de la suspensión ó destitución del notario, lo que no es lógico; pero tal es la ley. (2)

127. El acta que no es auténtica por defecto de forma, vale también como escrito privado si ha sido firmada por las partes. Es la aplicación la más usual que recibe el artícu-

1 Duranton, t. XIII, pág. 63, núm. 76. Mourlon, t. II, pág. 810, núm. 1,538.

2 Compárese Marcadé, t. V, pág. 21, núm. 5 del art. 1,318.

lo 1,318. Supone que se trata de un contrato no solemne. Si el acta nula como auténtica, contiene una donación, un contrato de matrimonio ó una hipoteca, el art. 1,318 es inaplicable porque en estos contratos la forma auténtica es substancial, las actas no pueden valer como escritura privada porque los contratos solemnes exigen la autenticidad para su existencia. Esto es de jurisprudencia y no puede haber en ello duda alguna. (1) Aun aquellos que desechan la teoría de las actas inexistentes, admiten que la donación no puede valer cuando consta por acta privada, lo que basta para decidir la cuestión. Lo mismo pasa con el contrato de matrimonio y la hipoteca.

El art. 1,318 se aplica á todos los contratos no solemnes cualesquiera que sean los vicios de forma que hagan el acta nula. Ha sido juzgado que el acta nula por falta de fecha vale como escritura privada cuando está firmada por las partes. (2) La ley no exige que las actas privadas sean fechadas, nada impide, pues, que las actas nulas por falta de fecha no valgan como actas privadas. Lo mismo sucedería si la fecha fuese errónea. La Corte de Orléans así lo decidió; citamos los términos de la sentencia porque se halla en ella la eterna confusión de la convención con la prueba. «El acta, dice la Corte, siendo firmada por todas las partes, valdría como escritura privada, pero no por eso dejaría menos de subsistir la *liga de derecho*.» (3) Nó, aunque firmada, el acta no prueba que hay *liga de derecho*, porque la convención puede ser nula, aunque el acta sea válida; no debía haberse hablado de *liga de derecho*, no estando en discusión la validez de la convención.

128. El art. 1,318 dice que el acta vale como *escritura*

1 Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,782.

2 La Haya, 7 de Julio de 1819 (*Pasicrisia*, 1819, pág. 420).

3 Orléans, 18 de Diciembre de 1857 (Dalloz, 1859, 2, 127).

privada. Son, pues, de aplicarse los principios que rigen la fe que tienen las actas privadas; y según el art. 1,322, el acta privada solo hace fe cuando ha sido reconocida ó comprobada en justicia. En el caso, es la firma la que debe ser reconocida ó comprobada en justicia; en cuanto á la escritura, no depende de aquel á quien el acta es opuesta, puesto que es la obra del notario ó de su escribiente. Se podría creer que la firma no necesita ser reconocida, puesto que se halla en una acta auténtica, pero el acta no es ya auténtica; luego la firma no puede gozar de los privilegios de la autenticidad, en salvo una firma privada y sometida como tal al artículo 1,322. (1)

129. Si el acta no está firmada, ó si la firma no es reconocida ni legalmente declarada como tal, no hay ya acta ni privada ni auténtica. ¿Sería nula la convención? Nó, á no ser que las partes, por una cláusula especial, hayan subordinado la existencia legal de la convención á la validez del acta (núm. 98). (2) Traducimos á lo que se ha dicho antes.

§ III.—DE LA FUERZA PROBANTE DE LAS ACTAS AUTÉNTICAS.

130. Pothier dice que el acta auténtica hace fe por sí, y no está sujeta á ningún reconocimiento; mientras que el acta privada debe ser reconocida, ó á falta de reconocimiento, comprobada en justicia. (3) El Código consagra implícitamente el principio; prescribe el reconocimiento del acta privada y no lo exige para el acta auténtica. Esta es una diferencia capital entre las dos categorías de actas: ¿cuál es su razón? Se dice ordinariamente que el acta auténtica es obra de un funcionario público, mientras que las escrituras privadas son redactadas por particulares sin carácter ni misión. La contestación no satisface. Sin duda,

1 La Haya, 7 de Julio de 1819 (*Pasicrisia*, 1819, pág. 420).

2 Durantón, t. XIII, pág. 66, núm. 78.

3 Pothier, *De las Obligaciones*, núm. 742.

si fuera cierto que la firma que calza el acta es la del notario ante quien han comparecido las partes, esta acta debería hacer fé sin reconocimiento alguno, pues sería absurdo exigir reconocimiento de lo que es seguro y no necesita ser reconocido. ¿Pero quién certifica que la firma sea la del notario que declara en el acta haber instrumentado? El acta lleva su sello, esto es ya una garantía, pero no equivale al conocimiento; un falsario puede tener un sello ó imitarlo. Lo mismo sucede con las legalizaciones, son unas garantías, pero están lejos de ser decisivas. Si la ley no prescribe el reconocimiento de la firma que lleva una acta auténtica en apariencia, la razón se halla en la apariencia misma, pues ésta ofrece una garantía suficiente. Para que el acta auténtica en apariencia, no lo sea, es preciso suponer una falsedad, y una falsedad es rara y excepcional; puede, pues, admitirse como regla, que el acta auténtica en apariencia lo es también en realidad. La doctrina contraria enervaría la autoridad que se lega á las actas notariadas. Si las partes se veían obligadas á mandar reconocer la firma del notario, no tendrían ya ningún interés en dirigirse á él, puesto que el acta privada reconocida tiene la misma fe que el acta auténtica. Si, pues, el legislador quiere que las partes hagan constar sus convenciones en acta auténtica, debe dispensarlas de las formalidades molestas y costosas del reconocimiento y de comprobación. (1)

131. De esto nace el adagio que dice que: *previsión es debida al título*. Lo que quiere decir que el juez debe respetar el título auténtico y prestar ayuda á su ejecución. (2) Regularmente la ejecución del acta auténtica no puede ser suspendida, como lo diremos más adelante, sino por la inscripción en falso (art. 1,319). No obstante, ha sido juzga-

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 66, núms. 56 y 57. Mourlon, t. II, página 802, núm. 1,523. Colmet de Santerre, t. V, pág. 533, núm. 282 bis II y III.

2 Paris, 24 de Agosto de 1872 (Dalioz, 1874, 5, 401 y siguientes).

do que la máxima según la que *previsión es debida al título*, no es absoluta. Si el acreedor tiene un título auténtico, el deudor debe ser sentenciado mientras no destruya la fe debida al título. Pero, si por su lado, el deudor produce títulos igualmente auténticos, el juez se halla en la imposibilidad de dar previsión al título del demandante porque perjudicaría al título del demandado; el juez debe entonces tomar conocimiento de las pretensiones de las partes, lo que quiere decir que previsoramente el título del acreedor no será ejecutado. (1) Pero esto no es admisible sino cuando hay conflicto de títulos contradictorios. Fuera de este caso, es preciso aplicar el principio que rige la inscripción en falso.

132. En los términos del art. 1,319, el acta auténtica hace plena fe de la convención que encierra. Esto es muy indefinido y demasiado absoluto. La cuestión es saber de qué hace fe el acta auténtica. ¿Hace fe de cuanto en ella está escrito? Nó; si el acta auténtica hace fe, es porque un oficial público intervino en ella; precisa ver, pues, si la mención del oficial público es indefinida é ilimitada. Es al contrario, en lo que toca á los notarios, á los hechos jurídicos que las partes deben ó quieren hacer constar en la forma auténtica. Todo lo que no es hecho jurídico, está fuera de la misión del notario. Si un notario, á requisición de un particular, hacía constar en las formas prescriptas por la ley de ventoso un hecho no jurídico, el acta que redactaría no haría fe como auténtica. Esto es de evidencia. Toullier recuerda á este propósito, los numerosos procesos verbales redactados en el siglo pasado para hacer constar los milagros del diácono Paris: no solo, dice, estas actas no prueban la verdad del hecho que constan á pesar del número y de la calidad de las personas que las subscriben, pero además, la crítica

1 Bruselas, 18 de Marzo de 1851 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 25) y Dene-gada, 5 de Febrero de 1853 (*ibid.*, 1853, 1, 54).

supo apreciarlos á su justo valor. (1) Esto es decir que el testimonio de un oficial público no puede transformar en verdad hechos que no son sino una ilusión de fe ó supercherías del fraude.

Por hechos jurídicos entendemos las actas y los contratos que confieren un derecho ó imponen una obligación; lo que en el lenguaje ordinario, se llama transacción civil. ¿El notario tiene calidad para hacer constar auténticamente todo lo que concierne á los hechos jurídicos? Nó, el notario hace constar hechos exteriores, lo que oye, lo que ve, ó lo que él mismo hace, lo que impresiona los sentidos: estas son las expresiones de Dumoulin. (2) Hay hechos morales de una capital importancia de los que el notario no tiene ni puede tener conocimiento por el órgano de los sentidos; no tiene ninguna misión de hacerlos constar, ni calidad para hacerlo. Ya lo hemos hecho notar al tratar de los testamentos. Los notarios tienen la costumbre de hacer constar que han encontrado al testador sano de espíritu. Esta declaración no hace ninguna fe, porque los notarios no tienen capacidad ni misión de hacer constar el estado de las facultades intelectuales del testador; lo que dicen á este respecto, no es, pues, sino un testimonio hecho sin la observación de las formas prescriptas por la ley; luego sus declaraciones no hacen ninguna fe. Lo mismo sucedería con una declaración análoga que el notario hiciese á ocasión de un contrato. Se ha presentado el caso. Se decía en una acta que la parte contratante se hallaba en un intervalo lúcido; aquel que no está interdicto, puede contraer en esos momentos en que goza de su razón; pero no pertenece al notario el hacerlo constar; su declaración no hace ninguna fe; sugiere, al con-

1 Toullier, t. IV, 2, pág. 142, núm. 145.

2 Dumoulin, *comentario acerca de las costumbres de París*, tit. I, párrafo VIII, núm. 64 (*Obras*, t. I, pág. 169): "*Cujus notitiam et scientiam habet, propriis sensibus, visus et auditus.*"

trario, una duda respecto al estado moral de la persona que compareció ante él; este estado podrá ser probado sin tener en cuenta lo que dijo el notario. (1)

Por identidad de razones, es preciso decidir que las partes interesadas son admitidas á probar que uno de los contratantes estaba en la imposibilidad de consentir, sea por enfermedad, (2) sea por embriaguez. (3) En vano se diría que el notario al hacer constar el consentimiento, comprobó, por esto mismo, que la parte estaba capaz para consentir. La capacidad para consentir no es un hecho material que caiga bajo los sentidos, es un hecho moral que el notario no tiene ni misión ni calidad de comprobar. Se limita á actuar el consentimiento que las partes dan; si mencionaba un consentimiento que no ha sido dado, su declaración haría fe pero se podría atacarla por inscripción de falsedad. Si la parte ha declarado consentir, no se acusa al notario de haber cometido una falsedad al hacer constar el hecho, aunque en parte no estuviese en estado de manifestar su voluntad; el notario no dijo que tuviese capacidad; luego no se ataca la veracidad del notario al pedir que se pruebe que la parte estaba incapaz para consentir.

133. ¿Cuál es la extensión de la fuerza probante de las actas auténticas? Sobre este punto tenemos dos disposiciones, la una y la otra inexactas. El art. 1,319, dice que el acta auténtica hace *fe plena*. ¿Qué se entiende por esto? El segundo inciso da la explicación del primero, dice que la ejecución del acta auténtica, será ó podrá ser suspendida en caso de inscripción en falso, y como el inciso comienza por la palabra *no obstante*, es preciso concluir que la regla es

1 Pau, 18 de Noviembre de 1807 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,093).

2 Burdeos, 12 de Agosto de 1828 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 3,093, 2°).

3 Lyon, 9 de Febrero de 1837 (Daloz, núm. 3,096). Colmar, 27 de Agosto de 1819 y Angers, 12 de Diciembre de 1823 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 348, 1°).

que el acta auténtica no puede ser atacada sino por queja de falsedad, criminal ó civil; lo que excluiría siempre toda otra prueba contraria. El art. 45 aplica esta regla á las actas del estado civil; asienta en principio que los extractos de los registros, y, por consiguiente, los registros del estado civil, hacen fe hasta inscripción de falsedad. El principio sería, pues, que el acta auténtica hace *fe plena* en el sentido de no poder ser combatida por ninguna prueba contraria si no es la demanda de falsedad.

La doctrina y la jurisprudencia rechazan esta pretendida regla. Está en oposición con el principio tal como Dumoulin lo formuló, principio que resulta de la naturaleza misma de la acta auténtica. ¿De qué da *plena fe* el acta? De lo que hace constar el notario como habiéndolo visto ú oído, y por consiguiente, de lo que menciona haber hecho él también. Se comprende que esas declaraciones y menciones del oficial público hagan ley hasta inscripción por falsedad, pues no pueden combatirse sino acusando al notario de haber cometido una falsedad, ó pretendido que el acta ha sido falsificada. Cuando el notario hace constar lo que las partes le han declarado ¿qué es lo que declara haber oído? Oyó á las partes declarar sus voluntades y menciona esta declaración. Luego quedará probado, hasta inscripción por falsedad, que tal declaración le fué hecha, porque el notario declara haberla oído. Pero esta declaración puede ser simulada falsa. ¿Certifica el notario al recibirla que era sincera la declaración? La sinceridad no cae bajo los sentidos, el notario no la ve y no la oye; luego, según el principio de Dumoulin, el acta no hace *fe plena* de la sinceridad de las declaraciones que relata el notario. Por ejemplo, el uno entrega al otro efectos, muebles, dinero ó valores; el notario comprueba esta entrega. ¿Hará esta mención plena fe? Sí, en lo que concierne al hecho material de la entrega, porque el notario la *vió*; testifica, pues, de aquello de que sus sentidos tuvieron conoci-

miento. Pero la entrega puede ser simulada. ¿Testifica el notario la sinceridad de la entrega? No por cierto, porque la sinceridad no se ve; si la remesa es simulada, la simulación resulta de lo que pasó fuera de vista del notario, sea antes, sea después del acta; y el notario no puede testificar aquello de que no fué testigo.

Así resulta del principio de Dumoulin que el acta auténtica no hace *plena fe* sino por lo que el notario dice haber visto ó hecho. El art. 1,319 no ignora, consagra la tradición, el texto de la ley lo prueba. No habla sino del caso en que el acta hace plena fe; es decir, fe hasta la inscripción por falsedad, como dice el art. 45. Y es evidente que el acta no puede hacer fe por lo que el notario no pudo testificar. Decimos que esto es evidente. En este punto, en efecto, la duda es imposible. Cuando pretendo que las declaraciones recibidas por el notario no son sinceras, ¿entiendo que el acta es falsa ó falsificada? Por lo demás, reconozco al contrario, implícitamente que el notario ha mencionado la declaración tal como la hicieron las partes; desde luego, no hay lugar á inscribirse por falsedad, porque tal demanda implica que el acta es falsa ó falsificada. (1)

Si la sinceridad, la realidad de los hechos que constan según el notario, no está probada hasta inscripción por falsedad, queda por saber cuál es la fuerza probante del acta en lo que concierne á la verdad de las declaraciones que se mencionan en ella. La ley no lo dice. Se admite en doctrina y en jurisprudencia que el acta auténtica no hace fe sino hasta prueba contraria de la sinceridad de las declaraciones

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 535, núm. 282 bis IV. Mourlon, t. II, pág. 803, núm. 1,524. Lieja, 12 de Agosto de 1868 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 60). Denegada, 22 de Noviembre de 1869 (Daloz, 1870, 1, 273). La Corte de Casación ha aplicado el mismo principio á las actas del estado civil; no hacen fe hasta subscripción en falsedad sino por los hechos que tienen lugar ante el oficial y de la realidad de los cuales testifica. Denegada, Sala de lo Civil, 16 de Marzo de 1841 (Daloz, en la palabra *Nombre*, núm. 19).

que menciona. Lo que quiere decir que se está admitido á probar, por los medios legales de prueba, que las declaraciones consignadas en el acta no son sinceras. La diferencia es, pues, grande entre los casos en que el acta prueba hasta inscripción de falsedad, y en los casos en que hace fe hasta prueba contraria. En la primera hipótesis no se puede combatir el acta, ni por la prueba literal, ni por la testimonial, ni por la confesión ni el juramento, una sola prueba es la admitida, la queja de falsedad, procedimiento difícil y peligroso. La queja de falsedad es rara, y es aun más raro que dé resultado en este sentido, y de hecho, se puede decir con el art. 1,319 que el acta auténtica hace *plena fe*. No sucede así cuando la ley admite la prueba contraria, la parte interesada está admitida á probar por escritos, por testigos, si hay lugar, y por presunciones, por confesión siempre y por juramento, que las declaraciones mentadas en el acta no son sinceras.

Se pudiera sostener que el acta auténtica no hace ninguna fe, ni aun hasta prueba contraria, por lo que toca á la verdad y realidad de los hechos que el oficial hace constar como asentados ó declarados por las partes. No son sino simples alegatos; ¿por qué se obliga á aquél á quien se oponen á probar que ellos son simulados? ¿No toca á aquél que se prevalece de un alegato, probar su fundamento? En teoría, es fácil justificar la regla admitida por la doctrina y por la jurisprudencia. Cuando unas partes se presentan ante el notario para que redacte una acta de sus convenciones, se debe suponer que esas convenciones son serias, y, por consiguiente, que son verdaderas; la simulación y el fraude son raras excepciones; luego casi siempre el acta auténtica será la expresión de la verdad. Solo en casos muy excepcionales las declaraciones que contiene serán falsas ó simuladas. Y toca á aquél que invoca una excepción, cargar con la prueba de ella. Hé aquí por qué el que pretende que hu-

bo simulación debe probarlo. En principio, esto es incontable, solo que el legislador debiera haberlo dicho, pues hay en el fondo de esta doctrina una presunción de sinceridad, presunción muy natural, pero que solo la ley tiene derecho de establecer como regla legal.

134. La cuestión de la fuerza probante de las actas auténticas presenta todavía otra dificultad que se liga, no con los principios, pero sí con la mala redacción de la ley. Se pregunta si el acta auténtica hace la misma fe respecto á los terceros como para las partes. En teoría, no hay ninguna duda. ¿Por qué el acta auténtica hace plena fe? Porque está recibida por un oficial público, instituido por la ley para dar autenticidad á las actas que las partes deben ó quieren formar auténticamente. Esta misión, el oficial público la tiene de un modo absoluto, en el sentido que el acta que recibe tiene el carácter de autenticidad respecto á la sociedad entera; luego para con los terceros tanto como para las partes. Ni siquiera se concibe que pueda ser de otro modo. ¿Se comprendería que una acta fuese auténtica para las partes y no lo fuese para los terceros? ¿Puede una sola y misma acta ser á la vez auténtica y no auténtica? Esto no se entiende. Tampoco se entendería la razón de la diferencia. Las actas auténticas no hacen fe por causa de las partes, la hacen porque un oficial público las recibe en presencia de testigos, los cuales testificarán contra todo lo que ha sucedido y que ellos vieron y oyeron. El motivo por el que las actas auténticas hacen fe, es, pues, un motivo general y, por tanto, la prueba debe también ser general y extenderse á todos los que invocan el acta, ó á los que contra quienes se invoca.

Sin embargo, el art. 1,319 parece decir lo contrario; no se limita á disponer en términos absolutos que el acta auténtica hace plena fe de la convención que contiene; agrega: "*Entre las partes contratantes y sus herederos.*" Lo que parece limitar la fuerza probante del acta á las partes que

figuran en ella y á sus herederos; luego la ley excluye á los terceros. ¿Debe decidirse que el acta auténtica no hace fe para los terceros ni en su contra? Esto sería sacar del silencio de la ley una conclusión contraria á todo principio, y á la esencia misma del acta auténtica. Esto es inadmisibile y jamás lo sostuvo nadie. Se sabe cuán peligrosas son las inducciones sacadas del silencio de la ley; es arriesgar hacer decir al legislador lo contrario de lo que quiso. En el caso, esto es seguro. No hay ningún motivo que pudiera justificar la distinción que se pretendería hacer entre la fuerza probante del acta con relación á las partes y á la fe que es debida al acta con relación á los terceros. No hay una palabra en los trabajos preparatorios, que indique la intención de establecer una distinción en lo que no hay motivo alguno para distinguir. La fuerza probante de las actas, es una materia tradicional. ¿Y qué dice la tradición? Pothier, quien en este asunto no está al abrigo de la crítica, no pensó en distinguir entre los terceros y las partes, al menos en cuanto al principio. Trata en dos párrafos diferentes, de la fe de las actas auténticas contra las partes, y de la fe de las mismas contra los terceros. En principio, dice, (núm. 734) el acta auténtica hace plena fe por sí de lo que contiene: contra los terceros, el acta prueba *rep ipsam*; es decir, que la convención que contiene está intervenida (núm. 738). Son poco más ó menos los términos del art. 1,319, que también hablan de la convención. En principio, pues, el acta auténtica hace fe de la convención con relación á los terceros, tanto como para las partes; omitimos los pormenores por ahora, con el fin de no obscurecer una materia ya bastante obscura por sí. (1) Volveremos á ella.

¿Por qué los autores de Código, que reprodujeron el principio de Pothier en lo que toca á la forma probante de las

1 Compárese Marcadé, t. V, pág. 25, núm. 2 del art. 1,319. Toullier, t. IV, 2, pág. 144, núm. 148.