

*Al que reclama.* La simple razon dicta que cada cual debe probar el hecho en que funda su intencion. Por esto el actor ó demandante debe probar el que sirve de fundamento á su accion ó demanda; en términos que si él no lo prueba, debe ser absuelto el reo, *et si nihil ipse praestet*, leyes 4, título 1, libro 2 del Código y 1, título 14, Partida 3. Por la misma razon debe el reo ó demandado probar el hecho en que apoya su excepcion; respecto de esta hace las veces de actor y afirma.

Hay casos especiales en que la presuncion favorable al actor le releva de la prueba. Cada cual, por ejemplo, se presume bueno, mientras no se le pruebe lo contrario: esta presuncion hace que, demandado el heredero forzoso desheredado, tenga que probar el heredero escrito ser cierta la causa de la desheredacion, artículo 668 y 1227: por la misma razon no está obligado á probar el poseedor, leyes 2, 8, 9 y 23, título 19, libro 4 del Código: vé los artículos 426, 1951 y 1957.

Incumbe, pues, la prueba al que afirma, como lo hace el actor en la demanda y el reo en las excepciones: de la simple negativa *naturali ratione probatio nulla est*, ley 10, título 30, libro 4 del Código. "Non se puede mostrar, nin provar segund natura," ley 1, título 14, Partida 3.

Mas puede y debe probarse la negativa, cuando está limitada por las circunstancias del lugar y tiempo, que es lo que vulgarmente se llama *coartada*. Soy demandado á virtud de un contrato, que se supone haberse celebrado en cierto lugar y dia; ó soy acusado de un delito perpetrado en iguales circunstancias.

Si niego uno y otro, añadiendo que en aquel mismo dia me hallé en otro lugar tan distante de el del contrato ó delito, que fué imposible hallarme presente en el de estos, habré de probarlo; ley 14, título 38, libro 8 del Código.

Niego la legitimidad de uno que pasa por hijo legitimo, ó la validez de un testamen-

to alegando que el testador no estaba en su sano juicio al otorgarlo: habré de probar la ilegitimidad del uno y la falta de juicio del otro.

Pero lo cierto es que en estos casos y otros de las leyes Romanas y de la 2 y siguientes, título 14, Partida 5, solo se prueba lo que realmente se afirma, aunque de ello resulta probada indirectamente la negativa.

## ARTICULO 1197.

*Las obligaciones y su extincion se prueban por instrumentos, por testigos, por presunciones, por confesion de parte y de juramento (1).*

1316 Frances, 1409 Sardo, 1903 Holandes, 973 de Vaud, 2230 de la Luisiana. "Conocimiento de parte, cartas, testigos y presunciones," ley 8, título 14, Partida 3: en el título 11 de la misma se admite tambien el juramento: títulos 3, 4 y 5, libro 22 y el 2, libro 12 del Digesto.

## ARTICULO 1198.

*Respecto de lo que no se halle especialmente determinado en el presente capítulo, se observarán las reglas establecidas en el Código de procedimientos (2).*

1º *En el caso de oponerse el vicio de falsedad, simulacion ú otro á los instrumentos, ó pedirse reconocimiento de los privados.*

2º *En el caso de resultar contradiccion entre el texto de un instrumento y la declaracion de los testigos instrumentales.*

3º *En cuanto constituye la prueba por testigos.*

4º *En lo concerniente á la confesion y juramento.*

5º *Y generalmente en todo lo relativo á la calificacion de las pruebas.*

Al discutirse este artículo expuse que po-

1. Por el artículo 536, capítulo 4º, título 6º, del Código de procedimientos civiles, se previene que la ley reconoce como medios de prueba: 1º La confesion, ya sea judicial, ya extrajudicial: 2º Los instrumentos públicos y solemnes: 3º Los documentos privados: 4º El juicio de peritos: 5º El reconocimiento ó inspeccion judicial: 6º Los testigos: 7º La fama pública y 8º Las presunciones.—N. de los EE.

2. Véase la nota anterior.—N. de los EE.

dia suprimirse absolutamente, ó por lo ménos reducirse á su primer párrafo. En el artículo se dice, "Código de procedimientos," sin expresar si civiles ó criminales; pero á no dudar alude al de civiles: uno y otro están por hacer. ¿De qué servirá la laxativa de los cinco números de este artículo, si allí se dispone otra cosa extendiéndolos ó modificándolos? No he podido descubrir ni el origen ni los motivos de este artículo.

## SECCION II.

DE LA PRUEBA INSTRUMENTAL.

## PARRAFO PRIMERO.

*De los instrumentos públicos.*

## ARTICULO 1199.

*Instrumento público es el que está autorizado por un oficial ó empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley. Todos los instrumentos públicos son títulos auténticos y como tales hacen plena fé (1).*

1. Por los artículos 602 á 604, capítulo 7º, título 6º, del Código de procedimientos vigente se dispone que:—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 de la Baja California:—4º Las certificaciones de constancias existentes en los archivos parroquiales y que se refieran á actos pasados ántes del establecimiento del Registro civil, que no pueden comprenderse en la segunda parte del art 51 del Código civil. En estos casos el juez y los interesados podrán 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, emancipacion, tutela, matrimonio y defuncion, dadas con arreglo á las prevenciones del Código civil por los encargados del registro:—6º Las actuaciones judiciales de toda especie:—Que por instrumento original se entiende la primera copia expedida por el notario ante quien se otorgó el contrato ó pasó el acto á que aquel se refiere y que auténtico se llama todo instrumento que está autorizado y firmado por funcionario público que tenga derecho de certificar y que lleve el sello ó timbre de la oficina respectiva.—N. de los EE.

Su primera parte es el 1317 Frances, 917 Sardo, 1905 Holandes, 977 de Vaud; el 2231 de la Luisiana añade, "que debe ser recibida en presencia de dos testigos libres, varones y de edad por lo ménos de catorce años, ó de tres testigos, si la parte contratante es ciega. Si la parte no sabe firmar, el notario debe hacerle poner en el instrumento su signo ordinario:" se ve, pues, que se contrae á los instrumentos autorizados por notarios ó escribanos.

Instrumento es en esta materia "scriptura ad rerum gestarum memoriam, fidei que confecta," ley 4, título 4, libro 22 del Digesto.

"Es público ó privado:" aquel descansa en la fé pública; este en la privada; ley 23, párrafo 2, título 29, libro 4 del Código: lo mismo en el principio del título 18 y su ley 114, Partida 3.

"Autorizado por un oficial ó empleado público." En esto estriban el carácter y fuerza del instrumento público; á saber, que estén autorizados por personas á quienes la ley haya investido de esta facultad, aunque los escribanos sean, entre los oficiales públicos, los creados especialmente para la autorizacion de instrumentos y á ellos aluda mas particularmente este párrafo primero. Los designados en todo el título 12 del libro 1 para llevar el registro del estado civil, y el tenedor del de hipotecas, quedan comprendidos en este artículo: vé el 1881 y siguientes.

"Competente." Puede un oficial ó empleado público, el escribano ó notario estar autorizado por la ley para ciertos actos ó instrumentos; puede esta misma autorizacion hallarse circunscrita á cierto lugar ó territorio. En estos casos el oficial público deja de ser competente desde que traspasa su autorizacion legal; y tampoco lo será el suspenso, mientras dure la suspension: vé lo expuesto en el 1203 y al final del 1223.

"Con las solemnidades." Las Novelas 47, 73 y 74, y la ley 3, título 69, libro 10 del Código, prescribian las que debian guardar-

se en los instrumentos autorizados por escribanos: la ley 114, título 18, Partida 3, y la 1, título 23, libro 10, Novísima Recopilación, trataban de lo mismo; pero esta es materia propia de la ley del Notariado.

Las solemnidades son parte integrante de la autorización legal para la validez del instrumento y no pueden separarse. Pero no todas las solemnidades tienen el mismo valor é influjo. Hay algunas que se llaman sustanciales y son exigidas pro forma, de modo que sin ellas el instrumento es nulo, por ejemplo la presencia y número de los testigos: otras cuya omisión se castiga en el escribano, salva la validez de instrumento, como la falta de fé del conocimiento de las partes y testigos. "Sub jacet pænæ tabellio: ipsis tamen documentis propter utilitatem contrahentium non infirmandis, Novela 23, capítulo 1 al fin: á la ley toca señalar las de una y otra especie.

"Auténticos y hacen prueba plena:" llámase auténtico todo instrumento que hace plena fé, Covarr. *pract. quaest.* 19, número 1, y de consiguiente no pueden menos de hacer prueba plena, salvo el derecho de poder redarguirlos civil ó criminalmente.

#### ARTICULO 1200.

*El instrumento público en que se consignan las obligaciones de los contrayentes y su descargo, debe otorgarse ante escribano competente en la forma prescrita por la ley: este instrumento se llama escritura pública (1).*

Los Códigos extranjeros no reconocen sino instrumento auténtico y privado: Febrero, tomo 4, número 300 y 310, apoyado en una ley de Partida, añade el público.

Repito que á la ley del Notariado corresponde arreglar esta materia: ¿no podrá darse algun instrumento público de obligación que] no esté autorizado por escribano y sí por un secretario de ayuntamiento? ¿Qué diferencia legal hay entre el instrumento público del artículo anterior y la escritura pública de este?

1. Véase la nota anterior.—N: de los EE.

#### ARTICULO 1201.

*La escritura pública hace plena fé de la obligación en ella comprendida entre las partes contratantes y sus herederos ó causa-habientes.*

*También hace fé contra tercero, en cuenta al hecho de haberse otorgado el contrato y á su fecha (1).*

La primera parte del artículo está en el 1319 Frances, 1416 Sardo, 979 de Vand, 2233 de la Luisiana, 1271 Napolitano: todos estos artículos tienen una segunda parte sobre suspender, ó no, la fuerza ejecutiva del instrumento segun sea redargüido de falso, civil ó criminalmente: el artículo 1907 Holandes copia la primera parte y en cuanto á la segunda el 1909 se remite al Código de procedimientos civiles. La ley 2, título 22, libro 9 del Código, dispone que se ejecute provisionalmente el instrumento, aunque se alegue ser falso: el crimen no se presume y la malicia de los deudores pudiera abusar de la disposición contraria. Las leyes 2, título 4, libro 22 del Digesto y 114, título 18, Partida 3, dicen simple y generalmente que hace fé, que "valé para probar lo que en ella dixere el escribano público:" los artículos extranjeros citados dicen como el nuestro "hace plena fé."

*Sus herederos y causa-habientes:* vé lo expuesto sobre estas palabras al artículo 1026.

*También hace fé contra tercero.* Esta segunda parte no se encuentra expresa en los Códigos extranjeros; pero se sobre-entiende y es de absoluta necesidad, ó se ha de negar que el instrumento es público. El escribano debe ser creído sobre el hecho ma-

1. Por los artículos 720 y 721, capítulo 13, título 6º del Código de procedimientos vigente se previene que los instrumentos públicos y solemnes hacen prueba plena, aunque se presenten sin citación del colitigante; salvo siempre el derecho de este para redarguirlos de falsedad y para pedir su cotejo con los protocolos y archivos y que los instrumentos públicos no se perjudicarán en cuanto á su validez por las excepciones que se aleguen para destruir la acción que en ellos se funde.—N: de los EE.

terial del contrato, sobre su fecha y sobre la declaración hecha por las partes al celebrarlo: en una palabra, sobre todo aquello de que da fé haber visto y oído al autorizado el instrumento de visu, et auditu suis sensibus.

*No hace fé de lo moral del contrato.* Puede haber simulación en él y falsedad en las declaraciones de los contrayentes: esto no es de cuenta del escribano y el instrumento podrá ser redargüido hasta de falso, civil ó criminalmente, segun se establezca en el Código de procedimientos civiles: el Frances consagra á este punto el título 11, libro 2, parte primera. Las leyes Romanas hablan también de una y otra redargüición, 24, título 19, 2 y 21, título 21, libro 4 del Código.

Perjudicará, pues, el instrumento á un tercero en los dos puntos de este artículo; no en lo demás, así como tampoco le aprovechará, porque *res inter alios acta neque nocet, neque prodest*, leyes 10, título 2, libro 12 y 74, título 17, libro 50 del Digesto, salvo lo dispuesto en el artículo 977.

Los autores se explican sobre esto con bastante laconismo y energía. El instrumento público, dicen, prueba contra un tercero *rem ipsam*, la materialidad y lo dispositivo del contrato, por ejemplo que hubo una venta con la fecha que lleva el instrumento.

Pero no prueba en lo enunciativo, como si el vendedor dijera que la finca que vende tiene el derecho de cierta servidumbre en otra de un tercero; y ponen una sola excepción de esta regla; las enunciativas sostenidas en una larga posesión prueban contra un tercero en las cosas antiguas: vé el artículo 1209 y mi comentario final del 1210.

#### ARTICULO 1202.

*La falta de escritura pública no puede suplirse con ninguna otra prueba en los casos en que la ley requiere expresamente esta solemnidad, aunque las personas contratantes se hayan obligado á otorgar dicha escritura y se hayan impuesto cualquiera pena, la cual no podrá exigirse. (1).*

1 Por los artículos 10, 11 y 12 capítulo 1º

Es el 1413 Sardo. *Non atiter mulieres in tali contractu posse pro aliis se obligare nisi instrumento publice confecto, et á tribus testibus subsignato :: toda otra escritura ó prueba pro nihilo habeatur*, ley 24, título 29, libro 4 del Código: lo mismo se dispone en la ley 17, título 21 de dicho libro, cuando las partes han querido contraer precisamente por escritura pública, pues que es ya una condición del contrato: igual es el espíritu de nuestro artículo.

La ley recopilada 22, título 1, libro 10, al exigir en ciertas escrituras y vales un requisito, dispone que sea tenido por forma sustancial de cualesquiera obligaciones y contratos, y que faltando en ellos la dicha forma se tengan por no otorgados y no hagan fé ni produzcan efecto alguno en juicio ni fuera de él.

El reposo de las familias y la estabilidad de las fortunas reclaman, que ciertos contratos, á causa de su importancia, solo puedan ser consignados en escritura pública: la ley podría quedar burlada si reconociera el menor efecto en cualquiera otra forma ó manera de celebrarlos.

#### ARTICULO 1203.

*Fuera de los casos indicados en el artículo anterior, la escritura defectuosa, por incompetencia del escribano ó por otra falta en la*

tít. 1º del Código de procedimientos civiles vigente, se previene lo siguiente:

Cuando con arreglo á la ley se exija para la validez de un contrato su otorgamiento en escritura pública, y extendida esta se niegue alguno de los contratantes á firmarla, podrá el otro obligarle á hacerlo ó á que le indemnice de los daños y perjuicios.—En el caso del artículo anterior, el procedimiento será verbal, y tendrá los recursos que correspondan al interés de que se trate.—Para facilitar la prueba en los casos á que se refieren los dos artículos que preceden, los notarios no extenderán en sus protocolos ningun instrumento sin exigir antes que los interesados firmen la minuta ó borrador, ó que den su consentimiento expreso, si no saben firmar, ante el mismo notario y dos testigos mayores de toda excepción lo cual se hará asentar en el instrumento.—N: de los EE.

forma, vale como instrumento privado si está firmada por las partes (1).

1318 Frances mas general porque no tiene nuestro artículo anterior, 978 de Vaud, 1906 Holandes, 2232 de la Luisiana, 1270 Napolitano. El 1415 Sardo hace la misma excepcion y dispone lo mismo que el nuestro, añadiendo por referencia al 1433 que, si las partes ó una de ellas no saben ó no pueden escribir ni leer, hayan de haber intervenido en la escritura defectuosa tres testigos, dos de los cuales sepan escribir y la hayan firmado, poniéndose ademas la señal de los contrayentes y del testigo que no puede firmar.

Por incompetencia del escribano: sin distincion de la causa ú origen de que proceda: puede estar suspendido ó privado de sus funciones; puede estar limitada su competencia á ciertos actos, lugar ó demarcacion; puede, en fin, no ser en realidad tal escribano, aunque en la opinion comun sea tenido por tal: de manera que en esta materia cesa ya toda cuestion, y no podrá invocarse la máxima de que *error communis facit jus*.

"En materia de derecho público, y cuando se trata de reconocer en un instrumento la emanacion del poder público, no se puede tener consideracion sino á los signos indicados por este mismo poder."

Sin embargo, tengo por humana y conforme á derecho la opinion de los que, apoyándose en la ley 3, título 14, libro 1 del Digesto, sostienen que, si el error ha procedido de la autoridad misma facultada para la creacion de escribanos, y ha creado tal á una persona incapaz ó impedida de serlo, valdrá todo lo actuado por ella bajo aquel concepto: nada hay en este caso que imputar á las partes ni debe perjudicarles el error de una autoridad que suele ser la soberana: otros motivos se alegan en la dicha ley 3:

1 Este artículo está conforme con nuestra legislacion supuesto que por el artículo 605 capítulo 7º título 6º del Código de procedimientos se previene que en general documento privado es el que carece de los requisitos que expresan los artículos 602 á 604 citados ya á fojas 159 de este tomo.—N. de los EE.

vé lo expuesto sobre esto mismo en el artículo 590.

*Valdrá como instrumento privado, etc.:* No se debe presumir fácilmente que la intencion de las partes ha sido mirar la autenticidad del instrumento como una condicion esencial de la obligacion; y, desde que consta de su voluntad por sus firmas, el instrumento es una prueba de segunda clase como privado: vé lo expuesto al número 2 del artículo 1019.

Pero en este caso no es necesario que se hagan los dobles ó mas originales prescritos en el artículo 1207. Las partes no han podido pensar en hacerlos por estar persuadidas de que otorgaban una escritura pública, la que nunca se extiende por original duplicado.

Ademas, el artículo 1207 tiene por objeto impedir que, habiendo un solo original y debiendo por necesidad obrar en poder de una sola de las partes, pueda esta alterarlo ó hacerlo desaparecer segun le convenga.

En las escrituras públicas no existe este inconveniente, porque sean ó no válidas, obran en poder del escribano y están á disposicion de todas las partes.

## PARRAFO II.

### De los instrumentos privados.

#### ARTICULO 1204.

*El instrumento privado reconocido por la parte á quien se opone ó declarado debidamente por reconocido, tiene el mismo valor que la escritura pública entre los que lo han suscrito y sus herederos ó causahabientes (1).*

1. Respecto de instrumentos privados parece conveniente limitarnos á poner en esta nota lo que previenen sobre este punto tanto el Código civil como el de procedimientos civiles vigentes.

Este último en sus artículos 605 á 614, capítulo 7º, título 6º, contiene las prescripciones siguientes:

Documento privado es el que carece de los requisitos expresados en los artículos 602 á 605 citados en la nota á fojas 159.—Siempre que uno de los litigantes pidiere copia ó testimonio

1322 Frances, 1912 Holandes, 980 de Vaud, 2239 de la Luisiana, 1274 Napolitano, 14.8 Sardo; pero este da la misma fuerza al reconocimiento de la señal de que he hablado al principio del artículo anterior; y en otros artículos dispone tambien de la señal lo mismo que de la firma.

de parte de un documento ó pieza que obre en los archivos públicos, el contrario tendrá derecho de que á su costa se adicione con lo que crea conducente del mismo documento.—Los documentos existentes en Partido distinto del en que se siga el juicio, se compulsarán á virtud de exhorto que dirija el juez de los autos al del lugar en que aquellos se encuentren.—Los documentos privados y la correspondencia, procedentes de uno de los interesados, que se presenten por el otro, se reconocerán por aquel para hacer fé.—Con este objeto se le manifestarán originales y se le dejará ver todo el documento, no solo la firma.—Si no supiere firmar ú otro lo hubiere hecho por él, se le dará conocimiento de su contenido para el efecto del reconocimiento.—En el reconocimiento se observará lo dispuesto en los arts. 571 á 573, 575 y 712 fracs. 1ª y 2ª cuyos artículos disponen que cuando el impedimento ó la causa legal de excusa ocurrieren despues de la admision de la tutela, los términos señalados en el artículo anterior, correrán desde el dia en que el tutor conoció el impedimento ó la causa legal de la excusa.—Por el lapso de los términos se entiende renunciada la excusa.—Si el tutor tuviere dos ó mas excusas, las propondrá simultáneamente dentro del plazo; y si propone una sola, se tendrán por renunciadas las demas.—El tutor testamentario que se excusare de la tutela, perderá todo el derecho á lo que le hubiere legado el testador.—El cargo de representante acaba:—I. Con el regreso del ausente:—II. Con la presentacion de apoderado legítimo.—Solo pueden reconocer un documento privado el que lo firma, el que lo manda extender, ó el legítimo representante de ellos con poder ó cláusula especial.—Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo que precede, los casos previstos en los arts. 3797 y 3799 del Código civil, cuyos artículos dicen que el testamento cerrado no puede ser abierto sino despues que el notario y los testigos instrumentales hayan reconocido ante el juez sus firmas, y la del testador ó la de la persona que por este hubiere firmado, y hayan declarado si en su concepto está cerrado y sellado como lo estaba en el acto de la entrega.—Si por iguales causas no pudieren comparecer el notario, la mayor parte de los testigos ó ninguno de ellos; el juez lo hará constar así por informacion, como tambien la legitimidad de las firmas, y que en la fecha que lleva el testamento, se encontraban aquellos en el lugar en que este se otorgó.—El documento privado presentado en juicio por vía

Leyes 25, párrafo último, título 3, libro 22, 26, párrafo 2, título 3, libro 16; 24, y 26, título 5, libro 13 del Digesto, y la 11, título 18, libro 8 del Código. "Si la parte contra quien aduxere tal carta, como esta, la otorgare; debe valer; bien así, como si fuere fecha por mano de escribano público;" ley 119, título 18, Partida 3.

"Los conocimientos reconocidos por las partes ante el Juez trayan aparejada execucion," ley recopilada 4, título 28, libro 11, y las 1 y 2; título 9 del mismo libro sobre posiciones.

*Privado:* se llama así por oposicion al público que hace por sí solo plena fé, como fundado en la atestacion del escribano ú oficial público que lo ha autorizado y en la de los testigos presenciales.

En el privado, por el contrario, no hay elemento alguno que pueda hacer conocer al Juez que la firma es del mismo contra quien se aduce: es por lo tanto preciso que se le haga reconocer.

En el sentido indicado pueden llamarse, y son con toda propiedad, privados los instrumentos de los artículos 1210 y 1211; pero en este y demas siguientes hasta los dichos solo se trata de los firmados por las partes ó alguna de ellas, estén ó no escritos de otra mano; de modo que sin el requisito de la firma importará poco que estén escritos enteramente de mano de aquel contra quien se presenten.

*Reconocido:* en juicio ó en un instrumento auténtico posterior; si lo fuera en otro instrumento privado, seria preciso el reconocimiento de este.

*Declarado debidamente por reconocido:* previa sentencia, por no comparecer el demandado

de prueba, y no objetado por la parte contraria, se tendrá por admitido y surtirá sus efectos como si hubiera sido reconocido.

Los artículos 725 á 728 capítulo 13, título 6º del mismo Código de procedimientos ordenan lo siguiente:—Los documentos privados solo harán prueba plena, y contra su autor, cuando fueren reconocidos legalmente, conforme á los artículos 608 á 614, á que hemos hecho referencia en esta nota.—N. de los EE.