

COMPRINDIO RAZONADO
DEL DERECHO DE TESTAR

© 1814

DE LOS INSTRUMENTOS A LA LEE DE LA NICHOLIA

PARTE QUINTA

DE LOS INSTRUMENTOS EN GENERAL Y DE LOS

TESTAMENTOS



PARTE QUINTA.

De los instrumentos en general y de los testamentos.

CAPÍTULO I.

DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS.

QUÉ es instrumento? ¿Cuántas son sus clases? ¿Qué es protocolo y cómo se forma? ¿Qué es copia original, cómo se forma, y en qué se diferencia del protocolo? ¿Qué es testimonio, traslado ó trasunto y en qué se distingue de los anteriores? ¿Quien puede protocolizar y dar copias y testimonios? ¿Siempre puede darse copias y testimonios? ¿Cuáles son los requisitos indispensables para la validéz de un instrumento público? ¿Qué es capacidad de otorgar instrumentos y quiénes la tienen? ¿En qué consiste lo lícito y honesto del objeto de los instrumentos? ¿Qué es, cuantas y cuales son las cláusulas de

un instrumento? ¿Cuáles las solemnidades esternas de los instrumentos? Con la resolución de estas cuestiones tendremos sabidas las disposiciones legales sobre la materia de este capítulo, ó sea sobre los instrumentos públicos.

Todo lo relativo á los privados lo estudiaremos en el capítulo siguiente; así como en el último nos ocuparemos de aplicar á los testamentos, lo que se deba, del primero, ó del segundo de los primeros dos capítulos. Entrémos en asunto.

§ I.

¿QUÉ ES INSTRUMENTO?

La palabra instrumento tiene por origen al verbo latino *instruire*, que significa instruir; se entiende sobre algo. Por eso las leyes 1.ª tít. 4.º lib. 22 del Digesto, ó sea la 1.ª tít. 18 part. 3.ª definen al instrumento diciendo *instrumentorum nomina, ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest.* Pero como se ve esta definición puramente es etimológica mas no nos marca el objeto, ni las ventajas de un instrumento; aunque sí nos las indica. Yo entiendo por instrumento: „la escritura en que se refiere uno ó mas echos y tal vez sus circunstancias, cuya memoria interesa perpetuar.” De esta definición se infiere que: el objeto de todo instrumento, es suministrar los medios de justificación y de prueba. Tambien se deduce de la definición etimológica, que este es su objeto; pues sirve para testar; es decir; para prueba y justificación del echo que se disputa ó puede controvertirse; ya negando su existencia, ya sus circunstancias naturales, ecenciales ó accidentales.

§ II.

¿CUANTAS SON SUS CLASES?

Segun por quien sea hecho el instrumento; y segun tambien que se guarden tales ó cuales requisitos, son los instrumentos públicos ó privados. Segun que los públicos sean de los puramente archivados, serán protocolos; de los que se dan copias ó testimonios; serán originales copias, ó trasladados los que se den; cuya definición luego daremos y explicaremos sus distintos objetos. Esto es por lo que hace á instrumentos públicos; pues respecto de los privados les viene este nombre de las personas que los hacen; y segun las circunstancias en que se hayan quienes los hagan, serán de las especies que veremos en su lugar respectivo. Mejor dicho; la publicidad auténtica, les viene y en consecuencia su nombre, del concurso de requisitos que las leyes han dispuesto haya, para el valor de tales documentos.

§ III.

¿QUÉ ES PROTOCOLO Y CÓMO SE FIRMA?

Esta palabra protocolo, es compuesta de las dos voces de que se origina; una, griega, *protos*, que significa primera en su origen; y por esto no puede el Escribano dar copias sin que haya protocolo; y otra latina, *collatum* ó *collatio* que significa comparacion ó cotejo; y esto completa la idea ántes insinuada sobre el Escribano. Tambien tiene el prótocolo el nombre de matriz; por que es la fuente de donde nacen los demas instrumentos pú-

blicos de que hablamos en el párrafo anterior. En vista de lo espuesto dirémos que protocolo, „es el instrumento público donde están originales, en confirmacion del hecho que le sirve de objeto, las firmas de los otorgantes; las de los testigos y la del escribano así como su signo.” La firma de los testigos no la ordenan las leyes, pero como vimos en otra parte es conveniente y aun necesaria para evitar males y sí producir bienes.

Cada escritura matriz se escribe en cuadernos compuestos del número de pliegos del sello 3.º correspondiente que segun la ley se necesitan, travados ó cosidos, unos á continuacion de otros, y estas escrituras, con los documentos que haya habido necesidad de agregarles ademas de unir las y folearlas, de modo que con solo encuadernarlos resulta formado el libro del protocolo, debe el escribano signarlos, custodiarlos, y no dejarlos ver si no á quien el juez ordene ó tenga derecho. Lo demas que debe hacerse con el protocolo no lo esponemos en este lugar por no ser de nuestro objeto.

§ IV.

¿QUÉ ES CÓPIA ORIGINAL, CÓMO SE FORMA
Y EN QUÉ SE DISTINGUE DEL PROTOCOLO?

El segundo de los instrumentos públicos, de que nos ocupamos es la copia original: esta es, el instrumento sacado, del protocolo, al pie de la letra, y que sirve de título á los interesados. Se llama original; tanto por ser la primera que se origina ó saca del protocolo, como por servir de origen de prueba; y ademas es el origen escrito y trasmisible de los títulos de propiedad; pues en ella tiene origen escrito el uso de lo que natural ó civilmente nos pertenece. Su objeto principal es suministrar al propie-

tario que la posee, la mejor y mas fehaciente prueba de sus derechos y obligaciones.

Debe estar estendido en la respectiva clase de papel sellado; firmada y signada por el escribano; quien dará fé de estar esacta y fielmente sacada ó copiada de la raiz ó protocolo. Debe ser dada por el escribano que autorizó el protocolo, salvo algunas raras veces: y por todos estos motivos, hace plena, perfecta y acabada prueba en juicio y fuera de él. En estas escrituras es no menos conveniente, necesario y útil hacer constar la intervencion firmada de los testigos, copiados sus nombres y poniéndolos por testigos de su saca y correccion.

Las diferencias que existen entre esta escritura y el protocolo son muchas, de las cuales varias se deducen de lo espuesto en los párrafos anteriores; y de las que no enumeramos ningunas por no haber necesidad supuesto lo antes dicho.

§ V.

¿QUÉ ES TESTIMONIO, TRASLADO Ó TRASUNTO;
Y EN QUÉ SE DIFERENCIA DE LOS ANTERIORES?

No sucede lo mismo que con los anteriores, con el instrumento de que nos ocupamos, ahora. Esta es la copia que por exhibicion se saca de la escritura original, ó sea primera copia, ó de la que hace sus veces aun cuando no lo sea. El traslado, mejor dicho, es, la copia de la copia; y se llama traslado, trasunto, ó concurda.

El traslado, á diferencia de la copia, puede autorizarse por el escribano ante quien se otorgó la primera, ó por otro á quien se exhiba ó presente la copia original: en el primer caso, hace plena fé; pero no trae aparejada ejecucion: y en el segundo, solo hace

fé, contra quien le produce. Y solo la hará general, cuando sea compulsado por orden del juez, y previa citacion de la otra parte; pues de esto le viene la fuerza. La razon de diferencia se deduce de que en el uno el que tuvo legitimidad para autorizar la copia primera y tal vez el protocolo, la tuvo para el traslado en clase de copia del mismo protocolo, cosa que no sucede en el segundo; pues en este le viene la autoridad de la copia que es menos que la del protocolo. El traslado ó testimonio, puede ser en relacion ó literal segun lo pide el interesado y convenga á su derecho; ambas valen lo mismo.

§ VI.

¿QUIÉN PUEDE PROTOCOLIZAR Y DAR COPIAS Y TESTIMONIOS?

Toda persona que esté facultada por la ley para autorizar instrumentos, puede hacer aquello de que nos ocupamos; pues á esto se reduce todo. Y como hemos visto en otra parte quien puede autorizar los instrumentos testamentarios, ahora decimos para complementar aquella doctrina que el escribano es la persona criada por la ley para llenar estos objetos; y que esto forma el de su profesion. Este carácter de infalibilidad civil que tiene hace muy respetable la profesion del escribano; y que éste quede mas y mas obligado á portarse con toda la honradéz, providad, veracidad, buena fé y ciencia que para no desmerecer tal concepto se necesita.

§ VII.

¿SIEMPRE PUEDEN DARSE COPIAS Y TESTIMONIOS?

La copia original debe darse tan luego como es-

té hecha, firmada y autorizada la matriz. El tiempo que las leyes 1.^a y 3.^a tit. 23 del lib. 10 de la Nov. Recop. fijan para dar las copias es: el de tres dias si tuvieren menos de dos pliegos y el de ocho si tuvieren mas; debiendo entenderse comenzado este tiempo, desde el dia en que se pida aquella: y el escribano que asi no lo hiciere, incurre en las penas que dichas leyes le imponen. El escribano que debe darla, es, el que autorizó la matriz: salvo si estuviere imposibilitado, por enfermedad, suspension, muerte ó limitacion para ejercer su profesion. Hay otras escrituras de las cuales puede ó no, darse copia; lo cual se sabrá muy bien consultando las leyes 10 tit. 19 part. 3 y 5 tit. 23 lib. 10 de la Nov. Recop.

§ VIII.

¿CUALES SON LOS REQUISITOS INDISPENSABLES PARA LA VALIDEZ DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS?

Cuatro son las principales circunstancias necesarias en todo instrumento para su validez y legitimidad; y á estas se reducen todas las que fijan las leyes y de que hablan los autores; á saber: 1.^a, capacidad de los otorgantes: 2.^a, hecho lícito y honesto que les sirva de objeto: 3.^a, cláusulas necesarias, formuladas con sencillez y claridad: y 4.^a, solemnidades esternas, prescritas por la ley. No creemos necesario decir porqué se reducen á estas, todas las circunstancias que exigen las leyes, ni porqué van en el orden numeradas; pues sería redundancia explicar cosas tan obvias para todo el que fige tanto la atención, sobre lo que lea aquí y en los párrafos siguientes.

§ IX.

¿QUÉ ES CAPACIDAD PARA ESTENDER INSTRUMENTOS; Y QUIÉNES LA TIENEN?

La facultad concedida por la ley, para la formación del hecho, objeto de la escritura, llamamos capacidad. Para comprender todo esto, recuerdese lo que tenemos dicho en otra parte de esta obra, sobre la manera con que la ley civil reconoce, reglamenta y permite el uso de la propiedad; y recuérdese también que esto no solo está en los bienes físicos ó materiales, sino aun en la simple posibilidad de ejercer nuestras facultades productoras. Y esto ultimo, cuando menos, es necesarísimo para el otorgamiento de los instrumentos.

Los que tienen, segun la ley, voluntad y libertad, ó en una palabra, pensamiento, teorico y práctico, son los que tienen capacidad. Tales son los mayores de veinticinco años &c. &c.

§ X.

¿EN QUÉ CONSISTE LO LÍCITO Y HONESTO DEL HECHO, OBJETO DE LOS INSTRUMENTOS?

Se entiende por hecho lícito y honesto, todo acto que no sea contrario á la moral y buenas costumbres, ni esté roprobado por la ley. Los hechos de esta clase son los únicos que pueden servir de causa civil de las obligaciones, y producir derechos; y los únicos por tanto cuya memoria interesa perpetuar. De los hechos ilícitos nacen los delitos y cuasi delitos; y basta la razon para convencerse

de cuan pernicioso y absurdo sería que la legislación tolerase, que hechos de esta naturaleza pudieran servir de objeto, á una escritura pública.

§ XI.

¿QUÉ ES; CUÁNTAS Y CUALES SON LAS CLASES DE CLÁUSULAS DE QUE DEBE CONSTAR UN INSTRUMENTO?

„Cláusula es una relacion parcial del hecho, de sus circunstancias, solemnidades y efectos; de modo que el conjunto, ó la reunion de estas relaciones forman la escritura.”

Hay dos clases de cláusulas: unas generales, porque convienen á todo instrumento y debe tenerlas; y otras especiales; por serlo solo de ciertos instrumentos. A las primeras pertenecen aquellas por las cuales se espresa en la escritura, el dia, mes y año de su otorgamiento, el nombre, vecindad, apellido, capacidad, &c., de los otorgantes.

Las cláusulas especiales son de tres clases: esenciales, naturales y accidentales. Las primeras, son aquellas sin las cuales el hecho, objeto de la escritura, no puede existir; tal es el conocimiento en el contrato, el precio en la venta.

Las segundas ó naturales, son aquellas que se derivan ó nacen inmediatamente, del mismo hecho; pero cuyo echo no deja de existir por omision de las circunstancias en la espresion ó como manifiesta en la escritura. Tales condiciones se reputan como existentes, háyanse ó no enumerado ó puesto, en la escritura; tal es, la eviccion y saneamiento, en el contrato de compra y venta, ú otras. Pero estas circunstancias pueden acentarse inversamente, esto es; que el vendedor no quede obligado á la eviccion, y

al saneamiento, constando así en la escritura: y esto, á petición y por mutuo convenio de las partes. Las últimas ó accidentales son aquellas de cuya existencia no pende la del hecho objeto de las escrituras, ni son consecuencias naturales del mismo hecho: y las cuales para que consten en el instrumento es necesario el espreso convenio y mandato de los interesados. A estas pertenece, el modo de pagar el lugar donde se haga el pago &c. &c.

§ XII.

¿CUALES SON LAS SOLEMNIDADES ESTERNAS DE UN INSTRUMENTO PÚBLICO?

A semejanza del derecho romano podemos decir que son dos las solemnidades de todo instrumento: unas internas y otras externas. Las primeras veen á aquellas circunstancias, constitutivas del acto mismo; tales son la capacidad de los otorgantes, su consentimiento &c. &c. Las segundas se refieren á lo puramente externo; por eso son de esta clase, la autorizacion del escribano, el papel del respectivo sello &c. &c. La falta de cualquiera de las primeras, anula el acto é invalida el instrumento; y la de una de las segundas, vicia, ó aminora la autoridad del instrumento, ó lo anula, pero permanece intacta la validéz del hecho ó acto escriturado, segun las leyes 1 y 7 tít. 23 lib. 10 de la Nov.

Para mejor comprender la anterior doctrina, pongo el ejemplo siguiente: el testamento nuncupativo hecho por quien no puede legalmente, como por un loco, ó un menor que aun esté en la edad pupilar, es notoriamente nulo: así como tambien lo es la escritura que se haya estendido. Y este mismo testamento otorgado por una persona capaz en derecho,

es válido aun cuando esté estendido en papel comun y sin autorizacion de un escribano y ni aun testigos; pero entonces es instrumento privado.

A estas reduzco las solemnidades de un instrumento; y no las especifico, tanto por no permitirme el carácter de esta obra, como tambien por estar en el curso de ella tratadas muchas de dichas solemnidades; por ejemplo, la de los testigos. Solo debo advertir, que cuando faltan una ó mas de las solemnidades, externas, el instrumento público queda reducido á privado: y necesita para tener fuerza ejecutiva que lo reconozcan los interesados, ante un juez; pues este acto los revive, y hace traigan lo que habian perdido, esto es; aparejada ejecucion, prueba probada.

CAPÍTULO II.

DE LOS INSTRUMENTOS PRIVADOS.

¿Qué es instrumento privado? ¿Cuántas son sus clases? ¿Cuáles sus objetos? ¿Cuáles los requisitos para su valor? ¿Cuáles los efectos que tanto los privados como los públicos producen? Entremos en el exámen de estas cuestiones, conforme al método observado, en los siguientes párrafos.

§ I.

¿QUÉ ES INSTRUMENTO PRIVADO?

„El escrito hecho por personas particulares ó sin autoridad, sin intervencion de escribano, ni de otra persona con facultad de autorizar los instrumentos.”

A esta clase queda reducido el instrumento pú-