

ginales, se tendrá por original cualquiera copia auténtica que de dichos registros se sacase (1).

§ 5.º

Dónde debe hacerse el registro.

El registro y toma de razon de las escrituras debe hacerse no en las capitales donde se hallen los cuerpos, comunidades y acreedores respectivos, como algunos pretenden, sino en el oficio de hipotecas del partido en donde estén situadas las mismas fincas gravadas, porque lo contrario produciria gravísima confusion y grandes perjuicios (2).

TITULO II.

NOCIONES GENERALES SOBRE EL OTORGAMIENTO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS.

CAPITULO I.

DE LOS INSTRUMENTOS Y SUS DIVERSAS ESPECIES.

§ 1.º

Qué sea instrumento.

Por instrumento en general se entiende todo lo que sirve para probar y justificar alguna cosa. Mas en su acepcion propia y rigurosa, que al mismo tiempo es la mas conforme á este tratado, significa el escrito en que se refiere un hecho cuya memoria conviene perpetuar.

(1) Ley 4 idem, idem, art. 5.

(2) Ley 4 idem, idem, art. 3. Véase á Beleña, Auto acord., tomo 2, pág. 306.

§ 2.º

Cuál es su objeto.

Tanto de la última como de la primera definicion se infiere que el objeto de los instrumentos no es otro que el de suministrar á las personas medios seguros de justificacion y de prueba. Y ninguno á la verdad puede ofrecer á la sociedad ventajas mas positivas como el de la escritura, cuyo contenido no lo destruye fácilmente el tiempo, ni el olvido ó la malicia humana (1).

§ 3.º

Su importancia.

Este beneficioso objeto de los instrumentos denota con entera claridad la gran importancia de los mismos, así como igualmente la del estudio de aquella parte de la legislacion (en que se enseñan las reglas que deben necesariamente observarse en su otorgamiento, y que es indispensable conocer) para poder determinar con acierto la fe y autoridad que las leyes les conceden cuando se encuentran válida y legítimamente extendidos.

§ 4.º

Primera division de los instrumentos.

Los instrumentos se dividen en primer lugar en públicos y privados, entre los que existen muy esenciales diferencias á pesar de que ambos tienen el mismo objeto. Estas diferencias las constituye no solo el modo diverso de su formacion, las distintas solemnidades con que se ejecutan, sino tambien y muy especialmente los muy diferentes efectos que producen, segun en adelante se expresará.

(1) Introduccion del tit. 18, P. 3.

§ 5.º

Qué es instrumento público.

Instrumento público es la escritura autorizada por una persona constituida en dignidad, siendo sobre negocio concerniente á la misma dignidad ú oficio, ó la que pasa por ante escribano público (1) que es de las que exclusivamente nos vamos á ocupar en este tratado. El instrumento público se llama por otro nombre auténtico, porque por sí mismo hace fe, y para su validez no requiere otro adminículo ni preparacion alguna, segun afirma Gregorio López en su glosa á la ley citada. No obstante esto, algunos autores distinguen el instrumento público del auténtico, llamando público al que se otorga ante escribano público, y auténtico al que autorizan las personas constituidas en dignidad; pero nosotros considerando por una parte la fe y crédito que merece el instrumento que estos autores apellidan público, y por otra que no hay autenticidad que no dimanase de autoridad pública, creemos que al instrumento público puede darse con propiedad la denominacion de auténtico y al contrario.

§ 6.º

De los instrumentos privados.

El privado es la escritura hecha por uno ó varios particulares que carecen de autoridad ó no la tienen en el asunto sobre que versa. Este instrumento solo hace fe en contra de los que lo hacen ó firman, pero no por sí mismo, sino precediendo el reconocimiento de estos ó la declaracion de dos testigos por lo ménos. En defecto de estas pruebas directas y cumplidas, se recurre al cotejo ú otra diligencia de esta clase; pero estas pruebas no son plenas, quedando al arbitrio del juez el valorar la verdadera estimacion de ellas (2).

(1) Ley 1, tit. 18, P. 3.

(2) Ley 118, tit. 18, P. 3.

§ 7.º

Várias especies de instrumentos públicos y privados.

Várias son las clases de instrumentos públicos que reconocen las leyes de Partidas, como son los documentos autorizados con el sello del papa, rey, príncipe, arzobispo, obispo y otros; pero entre ellos debemos hacer especial mencion de los autorizados con el signo del escribano, que es el funcionario creado con este objeto por la ley. Los instrumentos privados tambien son diversos. El que se llama con la voz griega quirógrafo, que en su acepcion mas comun significa el manuscrito en que el deudor confiesa la obligacion que tiene contraida; la apoca, que por el contrario, es el que extiende el acreedor en resguardo del deudor, confesando haber recibido la cantidad que se le debia; singrafa, el instrumento firmado por los dos contrayentes; los libros de cuentas, las cartas y otros.

§ 8.º

Otra division de instrumentos.

Hay tambien instrumentos que se llaman de jurisdiccion voluntaria y otros de jurisdiccion contenciosa. Estos son los que se forman en el seguimiento de un juicio, y aquellos los que se hacen extrajudicialmente por solo el consentimiento de las partes. Los denominados de jurisdiccion contenciosa, como hechos en el juicio, son públicos; los de la jurisdiccion voluntaria pueden ser públicos ó privados, segun sea el carácter de las personas que en su extension intervienen.

CAPITULO II.

DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS.

§ 1.º

Circunstancias que debe tener un instrumento público.

El instrumento público considerado en su acepcion especial,

se ha definido diciendo que es un escrito autorizado por escribano, en el que se refiera un hecho cuya memoria conviene perpetuar. Mas para que produzca este efecto de conservar perpetuamente y de un modo evidente el hecho que en él se consigna, es preciso que vaya acompañado de ciertas circunstancias establecidas por las leyes, y de las que dependen su legitimidad, validez y autenticidad.

§ 2.º

Número de estas circunstancias.

Muchas son las circunstancias que los autores refieren como necesarias para la validez de un instrumento público, y aunque la mayor parte de ellas no pueden omitirse por estar expresamente prescritas por las leyes, deben sin embargo ser clasificadas para facilitar su conocimiento sin necesidad de fatigar la memoria con el recuerdo enfadoso de su largo catálogo. Con este objeto pues las reduciremos todas ellas á cuatro, en las cuales se encuentran comprendidas las demas, por crecido que sea su número.

§ 3.º

¿Cuáles son?

Estas cuatro capitales circunstancias, necesarias en toda escritura pública, son : 1.ª capacidad de los otorgantes : 2.ª hecho lícito y honesto que le sirve de objeto : 3.ª cláusulas necesarias formuladas con claridad y sencillez; y 4.ª solemnidades externas prescritas por las leyes. Las escrituras en cuyo otorgamiento ó formación concurren estas cuatro circunstancias, son las que se consideran como válidas y legítimas, y por lo tanto son tambien las que hacen fe á favor y en contra de toda clase de personas, aun del tercero que en ella no ha intervenido.

§ 4.º

Sobre la capacidad de los otorgantes.

El primero de estos requisitos es la capacidad de los otorgantes, esto es, que se hallen habilitados por la ley para la formación del hecho que en la escritura se expresa; y como los hechos que sirven de objeto á los instrumentos son los contratos y disposiciones testamentarias, se sigue que las personas que tienen la aptitud legal necesaria para contratar y para disponer de sus bienes por testamento ú otra última voluntad, son cabalmente las que tienen capacidad para otorgar de un modo válido instrumentos ó escrituras de contratos ó de última voluntad, segun mas extensamente se manifestará en su respectivo lugar.

§ 5.º

Sobre el hecho que puede servirles de objeto.

Un hecho lícito y honesto es lo que debe tener por objeto la escritura, y esta es la segunda circunstancia que se requiere para su validez. Entiéndese por hecho lícito todo acto que no sea contrario á la moral y buenas costumbres, ni esté reprobado 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 lo tanto cuya memoria interesa perpetuar. De los hechos ilícitos nacen los delitos y cuasidelitos; y la razon sola es suficiente para conocer cuán pernicioso y absurdo seria que la legislacion tolerase que hechos de esta naturaleza pudieran servir de objeto á una escritura pública.

§ 6.º

Qué se entiende por cláusula.

La tercera circunstancia necesaria en un instrumento público para que sea perfecto y pueda servir al fin á que está

destinado, es que con brevedad, sencillez y concision contenga las cláusulas necesarias. Cláusula no es otra cosa que una relacion parcial que forma parte de la escritura; y con mas claridad y exactitud se la puede definir, diciendo que cláusula es la relacion del hecho, de sus circunstancias, solemnidades y efectos, de modo que el conjunto ó la reunion de estas relaciones forman la escritura.

§ 7.º

De las cláusulas generales y especiales.

Mas no son de una misma especie todas las cláusulas de que se compone un instrumento, pues de ellas unas son generales y otras especiales. Cláusulas generales se llaman aquellas que necesariamente debe contener toda escritura, la de préstamo lo mismo que la de permuta, la de testamento lo mismo que la de donacion ó depósito. Especial es la que solo es propia y peculiar de ciertos y determinados casos, como es aquella en que se refieren las circunstancias esenciales de cada uno de los contratos.

§ 8.º

Cuáles son las cláusulas generales.

Son cláusulas generales aquellas por las cuales se expresa en la escritura el dia, mes y año de su otorgamiento; el nombre, apellido, capacidad y vecindad de los otorgantes; el hecho que les sirve de objeto; el nombre, apellido y vecindad de los testigos; la presencia y calidad del escribano que lo autoriza (1) y el conocimiento de los otorgantes por parte de este funcionario (2) ó de dos testigos en su defecto: ninguna de estas cláusulas puede omitirse en la escritura, de cualquier clase que sea, pues por medio de ellas se viene en conocimiento del tiempo, lugar, modo, personas y cosas que en su forma-

(1) Ley 54, tit. 18, P. 3.

(2) Dicha ley y la 2, tit. 23, lib. 10, N. R.

cion han intervenido; noticias que son indispensables para que ella produzca una conviccion completa en el ánimo del que con detenimiento la examina. Por esta razon se llaman dichas cláusulas generales.

§ 9.

Cuáles son las especiales y sus diferentes especies.

En las cláusulas especiales se refiere la naturaleza y circunstancias del hecho que es objeto de la escritura de ellas: como estos hechos pueden ser tantos y tan diversos, de aquí es que las cláusulas especiales varían en cada escritura, no siendo necesario tampoco que esta contenga todas las de esta clase que le son propias segun su naturaleza. Para conocer cuáles se pueden omitir y cuáles son las que indispensablemente debe contener cada escritura, es preciso tener presente que las circunstancias que por medio de estas cláusulas se expresan ó refieren, son de tres clases, esenciales, naturales y accidentales. Entiéndese por circunstancia esencial aquella sin la cual el hecho que sirve de objeto al instrumento no podria existir, como es el consentimiento en el contrato y el precio en la venta. La cláusula pues en que se hace constar el consentimiento, es necesaria y debe contenerla todo instrumento de contrato, y la relativa al precio toda escritura de venta.

§ 10.

De las que se refieren á las circunstancias naturales.

Circunstancia natural es aquella que se deriva ó nace inmediatamente del mismo hecho, el cual no deja existir ni se imperfecciona por defecto ú omision de aquella circunstancia. Las circunstancias de esta clase se consideran existentes, háyanse ó no mencionado en la escritura, cuando no hay un pacto expreso en contrario. La eviccion en la compra ó venta, por ejemplo, es una circunstancia natural; el vendedor, aun cuando nada se diga en el instrumento, está obligado á res-

ponder de ella desde el momento mismo en que se perfecciona el contrato; pero sin que este se vicia puede quedar libre de esa responsabilidad pactándolo así expresamente con el comprador. Y aun cuando para la existencia legal de estas circunstancias no es necesario hacerlas constar en la escritura, no obstante, para que esta sea perfecta y se encuentre redactada con inteligencia, debe contener las cláusulas en que se expresan las circunstancias naturales, á no ser que los otorgantes estipulen lo contrario, en cuyo caso deberá expresarse así en el instrumento.

§ 11.

De las relativas á las circunstancias accidentales.

Pero así como la cláusula especial relativa á las circunstancias llamadas naturales debe insertarse en los instrumentos, mientras que este efecto del hecho obligatorio no se varía ó modifica por la voluntad de los otorgantes, por el contrario, no debe en ninguna escritura insertarse la cláusula en que se relacionan las circunstancias accidentales, que son aquellas que dependen solo de la voluntad de las partes, sin que estas de comun acuerdo lo ordenen, por la sencilla razon de que esas circunstancias no son necesarias para la perfeccion del hecho ni nacen de él inmediatamente, y solo deben su existencia á un pacto especial de los contrayentes; siendo por tanto necesario que se manifieste expresamente sobre ello su voluntad. Cómo, por ejemplo, ¿podria en una escritura de venta hacerse constar por medio de una cláusula, que el precio habia de pagarse en ciertas monedas ó en determinado lugar ó tiempo, si los contrayentes al celebrar el contrato han guardado silencio sobre el particular? Pues el modo, el lugar y tiempo de realizarse el pago del precio y otros pactos de esta clase, son circunstancias accidentales del contrato de venta en cuya escritura no puede por consiguiente extenderse la cláusula en que se refieran las referidas ú otras circunstancias del mismo género, sin que previamente lo expresen el comprador y el vendedor; y lo propio debe ejecutarse en todos los demas instrumentos.

§ 12.

Sobre la redaccion de estas cláusulas.

La idea que se acaba de dar de las cláusulas y sus diferentes especies, confirma la exactitud con que en el párrafo sexto se dijo, que el conjunto ó reunion de las relaciones parciales, que se llaman cláusulas, forman el todo que se denomina instrumento, el cual no puede llenar su importante objeto ni acreditar plenamente el hecho, si este ó sus circunstancias, ó por último sus efectos, se refieren de un modo vago, oscuro y confuso; defecto que solo puede evitarse redactando las cláusulas con claridad y sencillez. Así que, el estilo ó buen gusto en el escribir, es una parte muy esencial en la tercera circunstancia de que debe estar adornado un instrumento público, y esta bella y necesaria cualidad no consiste por cierto en el ridículo y pernicioso uso de frases sonoras é inusitadas, sino en el difícil de un lenguaje puro, sencillo, propio y exacto, que solo se logra con el útil estudio de la gramática.

§ 13.

Solemnidades de la escritura.

La cuarta y última circunstancia necesaria en los instrumentos, es la de que en su otorgamiento concurren todas las solemnidades prescritas por la ley. Estas solemnidades no constituyen la esencia, sino la clase ó forma de la escritura, y son unos medios legítimos de asegurar su fe y autenticidad, evitando ó al ménos haciendo dificultosa la suplantacion y el fraude. La autoridad del instrumento depende de la concurrencia de estos requisitos legales, que son precisamente los que contribuyen á conservar, perpetuar y garantizar la verdad que ellos refieren. Sin ellos, carecerian de la gran presuncion de certeza que justamente producen, porque el hombre no puede racionalmente suponer sin grandes y muy justificados datos, que no sea cierto y verdadero el contenido de

una relacion tan solemne. La importancia de esta última circunstancia exige una detenida explicacion que empezaremos en el siguiente capítulo.

CAPITULO III.

DE LAS SOLEMNIDADES DE LOS INSTRUMENTOS PUBLICOS.

§ 1.º

Clasificacion y diferencias de estas solemnidades.

Las solemnidades que deben concurrir en el otorgamiento de los instrumentos públicos, como su cuarta indispensable circunstancia, pueden por analogía é imitacion de lo que el derecho romano disponia acerca de las de los testamentos, llamarse externas, para distinguirlas de las que se refieren á la capacidad de las personas y á la naturaleza del hecho que les sirve de objeto, á las cuales, como que pertenecen á la esencia del acto que en la escritura se refiere, puede darse con exactitud el nombre de internas. La falta ó defecto cometido en estas circunstancias internas, anula el acto é invalida por consiguiente el instrumento. Mas la omision ó falta de las externas, vician, aminoran la autoridad, ó cuando mas anulan el instrumento ó lo reducen á la clase de privado; pero deja intacta la validez del acto siempre que se tenga otro medio legítimo de justificacion (1).

§ 2.º

Un ejemplo en confirmacion de la doctrina anterior.

Un ejemplo acabará de esclarecer esta doctrina. El testamento nuncupativo hecho por una persona inhábil para testar como por un loco ó un menor que no ha salido de la edad pupilar, es notoriamente nulo, así como tambien lo es la escritura en que se haya extendido, aun cuando en el otorga-

(1) Ley 1, tit. 1, y 7, tit. 23, lib. 10 de la N. R.

miento de esta se hayan cumplido todas sus solemnidades externas. Y por el contrario, el mismo testamento otorgado por una persona de la aptitud legal necesaria, será válido y legítimo á pesar de que la escritura carezca del signo del escribano ó esté extendida en papel comun, siempre que se pueda por medio de la declaracion de los testigos y escribano hacer constar de un modo legal el contenido de aquella última voluntad.

§ 3.º

Se expresan las solemnidades externas.

Pero como los instrumentos buenos y perfectos evitan la necesidad de otra prueba que no siempre es fácil hallar, y se consigue en ellos tener dispuesta la que el derecho reputa por una de las mas cumplidas y ventajosas, deben los escribanos poner la mayor atencion sobre este particular, procurando cuidadosamente que los que redactan no carezcan de las solemnidades externas que se requieren para su legitimidad y validez, y que consiste en la autorizacion del escribano, en la fecha de la escritura, en la firma de los otorgantes, en la presencia del número competente de testigos, en el idioma y modo material de redactarlo, en la clase de papel en que deben extenderse y en alguna otra propia de ciertas y determinadas escrituras, que se expresará en su oportuno lugar.

§ 4.º

Sobre la autorizacion del escribano.

Siendo la autorizacion del escribano la que da al instrumento el carácter de público, nada tan natural como que la autorizacion de aquel funcionario se enumere como la primera de sus solemnidades externas, y que se trate de ella con preferencia á las demas. Para que una escritura se diga autorizada por el escribano, es preciso que se otorgue ante él, que sea hábil para ello, que esté firmada y signada por él mismo,