

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,

que se conserve registrada en su protocolo, y que en ella dé fe de conocer á los otorgantes. Esta es la autorizacion que hace público á un instrumento, por lo que es necesario explicarla con algun detenimiento.

§ 5.º

Cuál sea el escribano competente para esta autorizacion.

El escribano hábil para autorizar una escritura, es aquel á quien la ley da esta facultad. La ley la ha concedido primeramente al escribano numerario del pueblo en que se verifica el hecho, esto es, en donde se celebra el contrato, la obligacion ó disposicion testamentaria. La escritura autorizada por otro escribano distinto es nula, y el escribano incurre en la pena de veinte mil maravedises y privacion de oficio (1). Tambien están facultados para autorizarla los escribanos en los pueblos donde no haya numerario (2). Y aunque se les ha prohibido autorizar escrituras de venta, permuta y enajenacion de inmuebles en que se devengaba el abolido derecho de alcabala (3), esta prohibicion no ha estado en observancia. En los pueblos donde resida escribano numerario, pueden los escribanos autorizar escrituras en tres casos: 1.º cuando sean concernientes á la comision que se les haya confiado: 2.º cuando las autorizan con el consentimiento y para el protocolo del numerario; y 3.º en los lugares en donde haya costumbre de que autoricen los nacionales y de que tengan registro, pues en estos casos cesa la causa de la prohibicion, como se dijo cuando tratamos de los deberes y atribuciones de los escribanos.

§ 6.º

Escribanos que no pueden autorizar las escrituras que se expresan.

Siendo los escribanos reputados como testigos públicos en

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

(2) La misma ley.

(3) Ley 14, tit. 12, lib. 10 de la N. R. y su nota.

todos los actos que autorizan (1), y no pudiendo nadie serlo en causa propia ó negocio en que tenga ó pueda tener interes, se infiere que los escribanos carecen de facultad para autorizar disposiciones testamentarias ó entre vivos otorgadas á favor suyo ó de su mujer, padres, hijos, hermanos, yernos, suegros y demas parientes hasta el cuarto grado. Pero bien pueden autorizar documentos que contengan obligacion contra sí mismos ó contra los expresados parientes, y otorgar su testamento por sí y ante sí, y sustituir los poderes que se les confieran, sin necesidad de valerse de otro escribano, porque en estos actos no puede recaer sospecha alguna, pudiendo por consiguiente usar de las dos cualidades pública y privada que en su persona concurren.

§ 7.º

Escribanos que carecen de capacidad para autorizar escrituras.

Pero ademas de la competencia, ó sea de la facultad de autorizar instrumentos, se requiere en el escribano para que su autoridad sea legítima, capacidad de ejercerla. De esta capacidad carece el escribano excomulgado (2), el suspendido de sus funciones, mientras dura la suspension, y con mucha mas razon el privado de su oficio. Esta incapacidad del escribano en los casos referidos, empieza desde que se le notificare la sentencia de excomunion, suspension ó privacion de oficio; de modo que serán válidos y deben considerarse como auténticos los instrumentos que autorizare durante la causa, y aun despues de estar pronunciada la sentencia.

§ 8.º

Necesidad de la firma y signo del escribano.

El instrumento no se considera autorizado por escribano con solo la presencia de este en su otorgamiento, pues es tam-

(1) Ley 3, tit. 19, P. 3.

(2) Ley 177 del Estilo.

bien preciso que estampe en él su firma y signo (1), que es lo que le da el carácter de público, y que lo ponga y guarde en el libro de protocolos y registros; así es que mientras estas formalidades no estén cumplidas no puede darse copia signada del instrumento, bajo pena de nulidad de la copia, pérdida del oficio, inhabilidad para obtener otro y obligacion de pagar á la parte los daños y perjuicios (2). El signo que el escribano pone al fin del libro de los protocolos, creen algunos autores que es suficiente para autorizar todas las escrituras que en él se contienen; pero nos parece mas conforme á las disposiciones de las leyes citadas que se signe cada una de ellas, no solo porque el signo ó sello es el que las reviste del carácter de públicas y les da fuerza y autoridad, sino tambien porque no signándose el protocolo sino al fin de cada año, resultarían graves inconvenientes bien fáciles de conocer, como le sería el de quedarse los documentos sin autorizacion en el caso de ocurrir el fallecimiento del escribano despues de otorgada la escritura y ántes de estar signado el libro, y el no ménos pequeño de que todas las copias que ántes de la conclusion del año se diesen, estarían sacadas contra la expresa prohibicion de la ley, que no quiere se dé copia alguna de escritura sin que su matriz esté anteriormente signada (3).

§ 9.º

Sobre el conocimiento de los otorgantes.

El escribano no debe firmar ni signar una escritura, aun cuando sea apto para ello, si no conoce á los otorgantes en el modo que es necesario para que pueda dar fe de este mismo conocimiento, como está obligado á hacerlo en toda clase de instrumentos (4); por cuyo motivo la expresion de esta circunstancia forma una de las cláusulas generales de las escrituras segun se ha manifestado en el párrafo 8.º del capítulo 2.º De

(1) Ley 54, tít. 18, P. 3.

(2) Ley 1 y 6, tít. 23, lib. 10 de la N. R.

(3) Ley 1 y 6, tít. 23, lib. 10, N. R.

(4) Ley 2, tít. 23, lib. 10 de la N. R.

modo que la autorizacion del escribano no será completa, ni se le podrá dar todo el valor que merece, si no comprende la identidad de la persona de los otorgantes, la cual á falta del conocimiento del escribano se podrá acreditar en la escritura presentando aquellos dos testigos de los instrumentos ú otros cualesquiera, con tal que ambos, ó por lo ménos uno de ellos, sean conocidos de aquel funcionario, los cuales aseguren bajo juramento que conocen á las partes, en cuyo caso se expresará así en la escritura, en la que tambien deberán firmar, expresando todo esto el escribano y dando fe del conocimiento de dichos testigos (1).

§ 10.

Efectos de la omision del anterior requisito.

No se crea por esto que la escritura autorizada por el escribano sin el conocimiento de las partes es nula, y que el escribano por esta sola omision incurre en alguna pena, pues la ley nada dispone sobre el particular. Pero como por una parte de esta suerte se evitan fraudes y perjuicios, y por otra las leyes prohiben á los escribanos autorizar escrituras de personas que no conocen (2), pueden con facilidad los documentos que adolecen de estos vicios ser redargüidos de falsos y dar motivo á un procedimiento criminal contra el escribano, quien en el caso mas ventajoso no podría ménos de incurrir en la gran responsabilidad que resultaba por haber autorizado una escritura contra expresa prohibicion de las leyes, riesgo del que en nuestro concepto no se pone á cubierto con que los contrayentes, siendo varios y no conocidos de él, manifiestan conocerse recíprocamente y se dan por satisfechos de su mutuo y particular conocimiento; pues si bien de este modo quedará libre de responsabilidad con respecto á los otorgantes, no sucede lo mismo con respecto al tercero á quien puede perjudicar la escritura, y cuyo nombre pueden aquellos ha-

(1) Dicha ley 2.

(2) La misma ley 2, y la 7, tít. 8, lib. 1 del Fuero Real.

berse convenido en usurpar. Por esta razón el escribano debe ser nimio observador de la doctrina legal expuesta en el párrafo anterior, no prestándose á autorizar instrumento de ninguna clase si no conoce á las partes, ó si no se le presentan los dos expresados testigos de conocimiento, ó por lo ménos documentos fidedignos por cuyo medio pueda convencerse de la identidad de sus personas.

§ 11.

Necesidad de expresar la fecha en las escrituras.

La fecha de la escritura es otra de sus solemnidades externas. La ley con sumo acierto así lo tiene prescrito, ordenando que en todo instrumento público debe hacerse constar el día, mes, año y lugar en que se hace (1), pues sabiéndose por medio de él la época en que se realizó el hecho que en el mismo se expresa, puede con facilidad venirse en conocimiento de todas las circunstancias que concurrieron á su formación, de si faltó alguna de las esenciales, ó si por el contrario se observaron completamente, como es necesario para su validez. Estos importantes extremos no podrían resultar acreditados en la escritura, si en ella no aparecía consignada la fecha del otorgamiento, la cual aprovecha para poder determinar con exactitud los interesantes efectos que dependen del trascurso del tiempo.

§ 12.

Firma de los otorgantes.

Antes que el escribano estampe en la escritura su firma y signo, debe esta firmarse por los otorgantes, quienes por este medio corroboran la certeza de la misma y ratifican la verdad de su contenido. Esta es la causa que las leyes han tenido presente para revestir á los instrumentos de esa nueva solemnidad

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

dad y para prescribirla como indispensable (1). Con este fin extendida la escritura, debe leerse á los otorgantes y á los testigos, y conformándose aquellos con su redacción, la firmarán con sus nombres y apellidos. Mas como no siempre los otorgantes saben ó pueden firmar, ha parecido prudente á la ley determinar que en semejante caso firme por ellos uno de los testigos ú otra persona distinta que sepa escribir, haciendo mencion el escribano al fin de como el testigo ó la otra persona firmó, porque el interesado no sabia ó no podia hacerlo. Lo mismo deberá ejecutarse cuando siendo varios los otorgantes, ninguno de ellos sepa escribir: tambien entónces es suficiente para la validez de la escritura que un solo individuo, sea ó no testigo, firme por todos, pues ademas de observarse así en la práctica, la ley no manda nada en contrario, excepto en las disposiciones testamentarias, escritas ó cerradas, en cuyo otorgamiento deberá ejecutarse lo que se expondrá en su respectivo tratado.

CAPITULO IV.

DE LOS TESTIGOS QUE DEBEN INTERVENIR EN LAS ESCRITURAS.

§ 1.º

Razon del método.

Por medio de testigos hábiles en número competente se completa la prueba que ofrece el instrumento público, el cual sin este requisito es nulo por disposición de las leyes (2). Debemos por tanto detenernos en manifestar qué sea testigo, cuáles las cualidades de que deben estar adornados, qué número es el suficiente, y cómo debe hacerse constar su intervencion en los instrumentos.

(1) Dicha ley 1.

(2) Leyes 111, 114 y 119, tit. 18, P. 3.

§ 2.º

Qué se entiende por testigos y quiénes pueden serlo.

Testigo es la persona habilitada por la ley para declarar acerca de un hecho controvertido cuya verdad se desea acreditar. Están habilitadas por la ley para poder ser testigos, todas aquellas personas de ambos sexos que no tienen para ello incapacidad absoluta ó respectiva. Llámase incapacidad absoluta la que tienen aquellas personas á quienes la ley les prohíbe ser testigos en toda clase de negocios, y respectiva la de aquellos que la tienen solo en ciertos y determinados casos.

§ 3.º

Qué personas tienen incapacidad absoluta.

Tienen incapacidad absoluta el loco, el infame, el falsario, el envenenador ó que ha ocasionado abortos; el homicida, el casado que vive amancebado, el raptor, el que ha contraído matrimonio incestuoso, el apóstata, el traidor, los que por otros vicios son públicamente tenidos en mala reputación, el hombre muy pobre y muy vil que anda en malas compañías, y los menores de catorce años en los asuntos civiles y de veinte en los criminales (1).

§ 4.º

Quiénes la respectiva.

La respectiva es la que tienen aquellas personas en quienes puede caer sospecha de parcialidad, como son los amigos íntimos del que los presenta ó los enemigos capitales del mismo, los ascendientes y descendientes en los negocios en que recíprocamente tengan interés, á no ser en causas sobre edad y

(1) Leyes 8 y 9, tit. 16, P. 3.

parentesco, los hermanos mientras están bajo la patria potestad; el familiar ó criado del presentante, á no ser en asuntos domésticos, el interesado en la causa y otros que no es conforme al objeto de este capítulo referir y que pueden verse en las leyes citadas (1).

§ 5.º

Quiénes pueden serlo en los instrumentos.

Manifestado quiénes son las personas que tienen en general la aptitud legal necesaria para poder ser testigos, pasemos á examinar quiénes pueden serlo en los instrumentos ó escrituras. Estas deben ser precisamente varones hábiles para declarar, y por consiguiente no pueden serlo el loco, el ciego, el sordo-mudo, el menor de catorce años ni los demás que tienen algunas de las tachas legales que se han expuesto en los párrafos anteriores. La mujer, aunque puede ser testigo en todos los negocios, excepto en los testamentos y disposiciones de última voluntad (2), no se admite por tal en las escrituras. No es preciso que los testigos tengan la cualidad de vecindad, la cual la ley únicamente la requiere en las disposiciones testamentarias, aun cuando es preciso expresar en el instrumento el pueblo de donde lo son para que puedan ser examinados, si se dudase del otorgamiento de la escritura, y se pueda conocer si tienen la idoneidad necesaria.

§ 6.º

Qué número es el necesario.

En cuanto al número de testigos que deben intervenir en la formación de un instrumento, dispone una ley de Partida que sean tres (3); pero como por una parte otras leyes del mismo código y de la Novísima Recopilación solo exigen dos, y por

(1) Ley 14 hasta la 22, tit. 16, P. 3.

(2) Ley 17, tit. 16, P. 3, y la 1 y 9, tit. 1, P. 6.

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

otra este número es suficiente para acreditar plenamente un hecho, no puede ménos de considerarse como el necesario para la validez de la escritura. No obstante esto, el escribano debe sobre este particular acomodarse á la costumbre del pueblo, teniendo presente que lo que abunda no daña, y que con la asistencia de un tercer testigo asegura mas la validez del instrumento, y se evita la nulidad á que estaba expuesto en el caso demasiado posible de que alguno de ellos resultase inhábil por cualquier defecto que al tiempo del otorgamiento haya podido ocultarse.

§ 7.º

Cómo debe hacerse constar su intervencion en la escritura.

¿Y de qué modo deberá hacerse constar en una escritura la presencia de los testigos que en su formacion deben intervenir? Expresándose en ella el nombre, apellido y vecindad de todos ellos, los cuales solo es necesario que firmen el instrumento en los casos que llevamos mencionado, esto es, cuando son testigos de conocimiento (1), cuando alguno de ellos firma por el otorgante (2); y tambien en los testamentos cerrados, como manifestaremos en su lugar. En todas las demas escrituras, las leyes no exigen la firma de los testigos, á pesar de que es indudable que este requisito contribuye de un modo muy eficaz á evitar el fraude, por lo que es conveniente que los escribanos lo hagan guardar, principalmente en las ocasiones en que su prudencia y prevision les aconseja valerse de esta provechosa precaucion, que dificulta la falsedad é impide los efectos de la retractacion y del soborno.

§ 8.º

Cómo se cumple con esta solemnidad.

Como la intervencion del número competente de testigos hábiles que la escritura exige para su validez, no es una so-

(1) Ley 2, tit. 23, lib. 40 de la N. R.

(2) Ley 1, tit. 23, lib. 40 de la N. R.

lemnidad de mera fórmula, sino que la ley la tiene establecida para robustecer la autoridad que en ella debe tener, es indispensable, para que no se invalide por defecto de esta solemnidad: 1.º que todos vean y oigan á los otorgantes: 2.º que entiendan perfectamente el contenido del instrumento: 3.º que miéntras se verifica el otorgamiento y la lectura del mismo, estén todos presentes sin faltar uno. De esta suerte y no de otro modo podrá conseguirse el objeto que la ley se propuso al prescribir como necesaria esta solemnidad.

CAPITULO V.

DE LA REDACCION DE LAS ESCRITURAS.

§ 1.º

Qué se entiende por redaccion de la escritura.

La clara y ordenada relacion de las circunstancias que una escritura requiere para su validez, es en lo que consiste su buena redaccion, requisito muy necesario para que ella sea legítima y perfecta. La buena redaccion de un instrumento la forma el idioma en que se extiende, el estilo en que se formula, el método observado en la coordinacion de sus cláusulas, y por último la limpieza y modo material en que se escribe.

§ 2.º

Del idioma en que debe extenderse.

Acerca del idioma en que las escrituras públicas deben extenderse, solo el Código de comercio se ha ocupado, estableciendo que ninguna escritura sobre negocio mercantil pueda extenderse en otro idioma que no sea el vulgar del reino (1). Las razones en que se funda esta disposicion legal son tan

(1) Art. 239 del Código.