



201
114

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES

LA INCLUSION DEL PROTOCOLO ABIERTO EN LA LEGISLACION NOTARIAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO
DE LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

GABRIELA LIMA LAURENTS

CD. UNIVERSITARIA

1989

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

I N T R O D U C C I O N

Ante la importancia que tiene el adquirir práctica profesional en los años en los que se es estudiante, decidí iniciar ésta en el área notarial, desconociendo por completo si acaso podría gustarme, sin embargo pronto descubrí que la actividad notarial no era la parte monótona de la práctica jurídica como se afirma en algunos sectores, sino que desempeña una función trascendental en la sociedad.

Día a día fui valorando la importancia de la actividad del notario y la repercusión que tienen en todo el ámbito jurídico los actos que ante él se realizan y que cada uno de ellos encierra una interrogante jurídica invitando al estudio y a la investigación.

La práctica realizada en las notarias en las que he trabajado me han permitido percatarme de que es necesaria la evolución legislativa en materia del uso del protocolo, romper con lo establecido es fuerte, pero el constante desarrollo social nos obliga a ello.

En el presente trabajo al que intitulo LA INCLUSION DEL PROTOCOLO ABIERTO EN LA LEGISLACION NOTARIAL presento la posibilidad de incluir en nuestra legislación el uso del sistema del Protocolo Abierto por medio del cual se evitaría el uso de los libros encuadernados que no ofrecen del todo la seguridad necesaria en el desempeño de la función notarial, disminuyendo

el riesgo del extravío de un Protocolo cuando éste debe salir.

Su desarrollo abarca un estudio sobre la evolución -- del notariado hasta nuestros días, apuntando las características del tipo de notariado y de los elementos y finalidades que lleva consigo, llegando finalmente a tratar el tema central.

El proyecto que se presenta no lleva la intención ambiciosa de ser tomada como la que realizarían los legisladores, su intención es dar una pauta para considerar su uso.

La elaboración de este trabajo es la culminación de una etapa en la vida que es el resultado de un esfuerzo tanto -- individual como de muchas otras personas a las cuales deseo agradecer.

El apoyo de mi familia ha sido fundamental, los consejos de mis padres y su ejemplo de rectitud y honestidad constituyen un pilar en mi vida, espero corresponder a su esfuerzo; la confianza y compañerismo de mis hermanos siempre han estado presentes en mí. Gracias de todo corazón por todo.

En el transcurso de mi vida han existido personas que -- han llegado a formar parte de mí de una forma muy especial: Lourdes y Paulé, ustedes saben lo que son para mí y todo lo que tengo que agradecerles.

Tanto nuestros compañeros como nuestros amigos forman -- parte importante en nuestra vida, con ellos vivimos tal vez -- los momentos más importantes ya sea de éxito o de fracaso, -- compartiendo aspiraciones que poco a poco han ido cristali-- zándose, especialmente dos han sido quienes han compartido -- conmigo esta etapa, Haydee y Tere, siempre he sabido que -- puedo contar con ustedes.

Es bien sabido por aquéllos que me conocen la influen-- cia que han tenido en mí los niños.

A José Fernando, Katia, Luis Felipe, Erick, Azucena y -- Sandy, con quienes he compartido tanto y he aprendido que -- por ellos vale la pena seguir luchando por un mundo mejor.

Al Dr. Jorge A. Domínguez Martínez, por su invaluable -
paciencia en la asesoría para la elaboración de este traba--
jo.

No sería justo de mi parte el intentar nombrar a todas-
y cada una de las personas que me han ayudado durante esta -
etapa de mi vida, puesto que podría olvidárseme alguna de --
ellas, por lo cual sin hacer una enumeración, deseo hacerles
patente mi cariño y mi agradecimiento a todas ellas.

I N D I C E

	Pág.
INTRODUCCION	1
<u>CAPITULO I</u>	
ANTECEDENTES Y EVOLUCION HISTORICA DEL NOTARIADO DE TIPO LATINO	3
<u>Antecedentes</u>	4
Egipto	4
Roma	6
Edad MEDIA	12
<u>Evolución</u>	13
La Escuela de Bolonia	13
España	15
México	23
a) Precolonial	23
b) Colonial	24
c) Independiente	33
Ley del Notariado de 1901	36
Ley del Notariado para el Distrito Federal y Ter- ritorios Federales de 1932	37
Ley del Notariado para el Distrito Federal y Ter- ritorios Federales de 1945	38
Ley del Notariado para el Distrito Federal de -- 1980	40
<u>CAPITULO II</u>	
CARACTERISTICAS DEL NOTARIADO DE TIPO LATINO Y SUS DIFERENCIAS CON EL NOTARIADO DE TIPO ANGLO- SAJON	42
I Notariado de Tipo Latino	43
II Notariado de Tipo Sajón	58
<u>CAPITULO III</u>	
ALGUNOS ASPECTOS DEL NOTARIADO LATINO	64
I El Notariado Latino	65
II El Notario	66
III Función Notarial	70
a) Instrumento Público	75
b) Conservación del Documento	78

c) Satisfactor de Necesidades de Interés Social	80
CAPITULO IV	
EL PROTOCOLO Y OTROS ELEMENTOS PARA EL DESEMPEÑO DE LA FUNCION NOTARIAL	84
A.- El Protocolo	85
Concepto y Origen	85
Comparación legislativa de la Ley del Notariado de 1901, Ley del Notariado para el Distrito y Territorios Federales de 1932 y de 1945, al respecto del Protocolo.	93
Su situación vigente	94
a) Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1980	94
Ley General de Bienes Nacionales	96
Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal	97
B.- INDICE	98
C.- GUIA	99
D.- SELLO	99
E.- NOTARIA	100
F.- OFICINA	102
G.- ROTULO	103
H.- ARCHIVO	103
CAPITULO V	
PROTOCOLO ABIERTO	107
I CONCEPTO	108
II INCLUSION EN NUESTRA LEY	110
III INTEGRACION Y FUNCIONAMIENTO	111
IV ALGUNAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL USO DEL PROTOCOLO ABIERTO	117
CONCLUSIONES	127
BIBLIOGRAFIA	128

ABREVIATURAS USADAS:

D.D.F. Departamento del Distrito Federal.

D.F. Distrito Federal.

Lic. Licenciado

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES Y EVOLUCION HISTORICA DEL NOTARIADO DE
TIPO LATINO

A N T E C E D E N T E S

La institución notarial, como la conocemos en nuestros días, es el resultado de una evolución constante por adaptarse a necesidades cambiantes a una necesidad social diferente. Además resulta difícil por cuestionable precisar su surgimiento.

Sin embargo es indudable que la función notarial, -- llevada a cabo por el escriba, jugó un papel importante desde tiempos remotos, siendo necesaria su presencia en ciertos actos, para dejar constancia de lo que había pasado. Para el desempeño de este papel, se requería de alguien que supiera escribir y tuviera conocimiento de antiguos ritos y solemnidades que fueron posteriormente sustituidas por las formalidades.

A continuación intentaremos un breve análisis de la evolución de la función Notarial:

EGIPTO

La función del Notario formaba parte de la organización religiosa. A quienes desempeñaban esta función se les tenía en una alta estima, al grado de que entre los deidades había un escriba de los Dioses llamado Thot, protector de la tierra. (1)

Eran considerados consejeros de los faraones por su conocimiento de la escritura y de los números.

En la primera época, que va del año 3100 a 1770 A. C. los egipcios poseían un documento que se llamaba Casero, el cual encierra un profundo sentido jurídico.

Sus principales rasgos eran los siguientes:

a).- Su contenido era siempre una transmisión de propiedad.

b).- El material era papiro, el cual como es sabido no resiste el paso de los tiempos.

c).- Un documento para cada objeto mueble o inmueble, es decir, no podrá expedirse un documento con contenido de Transmisión de Propiedad de varios objetos aún cuando fueren los mismos sujetos.

d).- Su redacción consistía en una declaración del Transmisor, transmitiendo la Propiedad a un Titular en concreto.

e).- Se entregaba el documento al titular.

f).- En caso de Testamento se haría la entrega al heredero, hasta el momento del fallecimiento.

g).- Era redactado por un Scriba.

h).- Intervenían tres testigos.

i).- Era sancionado por un sacerdote el cual imprimía su sello.

j).- No podrían hacerse adiciones".⁽²⁾

En el llamado Imperio Nuevo (1573 a 712 A.C.) fue usado el "Documento Nuevo" donde a diferencia del "Documento Casero", no intervenía el sacerdote. Eran conservados los demás requisitos pero era necesario llevarlo a la ciudad de Tebas para ser sellado por el visir.

Los Scribas fueron muy importantes dentro de la organización Egipcia; hacían constar prácticamente todos los actos importantes incluyendo los propios del Rey. Llevaban cuenta de los suministros del Ejército; y si tomamos en cuenta que en esa época pocos dominaban la escritura, su posición era alta en la sociedad donde desempeñaban sus funciones. Además, el ser Scriba los exceptuaba de las "duras labores, y de cargar con el peso y la azada, así como de manejar los remos".⁽³⁾

ROMA

Durante toda la evolución del Derecho Romano, existían varios personajes que ejercían el notariado, tales como Tabellio, Tabularius, Scriba, Cursor, Grafarius, Librarius, -- Scrivarius, Cognitor, Actuarius, Exceptor, Refrendarius, Cancellarius, Notarius, Libelensis, Censualis y Conciliarius.

La gran variedad de nombres nos lleva a pensar que las funciones notariales se encontraban un poco dispersas de la legislación romana y que no se había buscado al funcionario especial en quién depositar a su cargo las funciones. Es decir, existía la función pero no el funcionario.

De todos éstos toman especial importancia, el Notarius, Tabularius, y Tabellio o Tabellón, por tener rasgos más notorios como antecesores del Notario Latino.

Notarius viene de la voz "nota", estos funcionarios adquirieron esa denominación debido a la manera particular de escribir por notas o signos; y si recordamos que en la sociedad romana no se hacía accesible al pueblo la escritura, era de vital importancia tener esta cualidad.

Entre algunas de las funciones inherentes a su cargo los Notarius debían recoger las discusiones de las Asambleas, las sesiones públicas, las sentencias y mandatos de los magistrados y Tribunales militares.

también existía el Tabularius, quien participaba en la elaboración de aquellos documentos que se relacionaban con actos públicos que no tenían eficacia suficiente o supliendo la insuficiencia de los actos privados, creando un documento que sin llegar a la categoría de público, adquiría mayor eficacia jurídica que el simple documento privado.

Se distinguen algunas funciones que son interesantes de mencionar. Tenía la obligación de guardar las tablas donde se hacía constar algún acto. Era indispensable que para la validez del acto firmaran el documento de su puño y letra, atestiguando que en la redacción del documento había participado un oficial o persona jurídica, del mismo modo se requería que se indicara la expresión de la causa jurídica, la fecha del otorgamiento con indicación del día, mes y año, y el nombre de los testigos presentes que tenían la obligación, en caso de ponerse en duda la validez del contrato de afirmar que habían estado presentes en el otorgamiento, y el Tabulario declaraba que lo había escrito de su propia mano. Generalmente el documento era redactado en el foro público; era el encargado del Registro Civil, de las listas de impuestos y también ejercía como oficial del Censo. Por último guardaba los documentos privados de contenido contractual y testamentario, el original quedaba en manos de un tercero lo que impedía la falsificación o destrucción y se ganaba la autenticación del contrato privado. Según comenta el Lic. Francisco de P. Morales Díaz este último parece ser el fundamento del protocolo moderno. (4)

Como se ve, su posición fue bastante elevada, a tal grado que entraban en la categoría de ciudadanos. Llegaron a adquirir mucha confianza y simpatía, la cual fue desapareciendo en la época de la decadencia económica, en la que fueron víctimas de una presión muy fuerte por parte del Fisco. A par-

tir de ese momento se prefirió a otro tipo de escritores dejando el campo libre al Tabellión que es nuestro antecesor directo.

En un principio los Tabelliones no tuvieron carácter oficial, sin embargo la intervención de testigos en los documentos que redactaban, les dió cierta confianza y garantía, -- llegando a considerarse como instrumenta pública, o publice confecta, haciendo las declaraciones que contenían plena fé, -- con el único requisito de que el Tabellión, bajo juramento, -- afirmase la exactitud del contenido.

Posteriormente, el Estado otorga al Tabellion los poderes ejercidos por el Juez en la insinuación reuniéndose así en una sola persona la actividad redactora y la función de elevar a instrumento público.

El Emperador Justiniano reguló lo referente al Tabellión en sus Novelas XLIV, XLVII, y LXXIII, lo que resulta interesante debido a la cantidad de principios que conservamos actualmente.

Entre otros podemos comentar los siguientes:

Existía el principio de plaza, el que abarcaba dos ideas:

a) La necesidad de haber Patente o Nombramiento.

b) La Jurisdicción Territorial.

En virtud de este principio, el Tabellión estaba --- obligado a presenciar la totalidad del acto jurídico desde el inicio a su término, con la pena de perder la plaza si no cumplía esta obligación.

La sustitución del Tabellión estaba prevista y podía pedir licencia con la obligación de dejar sustituto.

La Plaza o Statio obligaba al Tabellión a establecer su oficina cerca del foro; el local no era de su uso exclusivo, ya que tenía que compartirlo con otros personajes dedicados a prestar servicios de tipo legal o administrativo.

El Tabellión podía tener ayudantes o colaboradores - como el Ministatem, mismo que podía suplirlo aún en la redacción de documentos. El admuneratores se dedicaba a los números de la notaría.

La escritura tenía que hacerse en unas hojas de papel especial y se consideraba adulterada cualquier escritura - que no fuera escrita en ese papel. Esta y algunas otras consideraciones nos dan a entender que el sistema de Papel Sellado era utilizado en el Siglo III, en el Impero Romano con Justiniano.

Existía el principio de rogatoria, por el cual el o los interesados deben solicitar los servicios del Tabellón. - Con los datos que se daban se redactaba un proyecto el cual recibía el nombre de scheda y que era enviado a las partes para ser corregido con las observaciones de los mismos. Todo esto se hacía en una primera etapa que se conocía como initum.

En la segunda etapa se transcribía la Scheda a las hojas de papiro que formarían el protocolo, este acto se conocía como Completio Contracti Vel instrumenti. Una vez realizada la transcripción definitiva en los papeles adecuados; el Tabellón los testigos y las partes otorgaban la lectura y posteriormente firmaban.

Aún cuando el Tabellón tenía una organización excelente, en lo referente al instrumento público y su valor, su fuerza no es completa, es decir, no alcanzó la categoría de instrumento público.

El emperador León "El Filósofo", publicó en su Constitución 115, en donde reglamenta el ejercicio de la función Notarial estableciendo como requisito un examen y el voto del primicerio y de los tabularios que estaban con él, para probar que era apto para el desempeño de esa función; además se le exigía el conocimiento de las leyes, estar versado en la escritura, ser sabio e inteligente, diestro en calcular, haber estudiado lo necesario para no cometer faltas en las escritu-

ras ni errores en las palabras.

Como condiciones de orden moral fija las de no ser el aspirante hablador, porfiado de conducta viciosa, sino de buenas costumbres y de singular prudencia sin obrar con precipitación ni cometer falta alguna bajo pena de destitución.

EDAD MEDIA

Con el deterioro y fin del Imperio Romano, se ocasiona un retroceso en la Institución Notarial. Los señores feudales se atribuyen el dominio directo de todas las tierras y todos sus vasallos les debían obediencia. Como en principio todo les pertenecía, el señor interviene por medio de delegados en los contratos y testamentos. El fin primordial de este Notario es el de preservar los intereses del señor y no el de servir los intereses de las partes contratantes u otorgantes.

Carece de la independencia de los tabelliones, pero tiene facultades fidelficientes impartiendo autenticidad a los actos en que interviene.

Surge también un notariado eclesiástico que no sólo actúa en los asuntos de la Iglesia, sino que interviene en forma creciente en asuntos temporales. El ejercicio del Notariado fue prohibido por el Papa Inocencio III en 1213 a los ordenados in sacris; prohibición que confirmaron los reyes y extendieron luego a todos los sacerdotes, terminando de esa forma con dicha

práctica.

Posteriormente se acude a la organización judicial - como en Roma, para darles autenticidad y ejecutoriedad a los documentos. Al principio se simulan litigios para lograr dar carácter de sentencia al documento, después estos procedimientos se van simplificando paulatinamente. En una primera etapa se suprime la forma de sentencia y bastaba que el demandado reconociera Apud iudicem la pretensión del actor, para que el juez dictase un breve praeceptum de solvendo que gozaba de la misma eficacia de una sentencia. En una segunda etapa no se necesita la demanda, siendo suficiente la confesión de una parte ante el juez a requerimiento de la otra. A partir del siglo XII, se procede gradualmente a sustituir a los jueces por los iudices chartularri o jueces notarios aliviando el trabajo de aquéllos. Posteriormente los jueces cartularios se convierten en funcionarios privados, para lo cual influyeron los intérpretes inspirados en el Derecho Romano que lograron ver resucitar una versión mejorada de los Tabeliones romanos.

E V O L U C I O N

LA ESCUELA DE BOLOGNIA

Su importancia surge a partir de un grupo de juristas que, influenciados por la escuela de glosadores, se propusieron devolver a la función notarial su carácter latino.

Fundada en 1228, su representante más importante fué Rolandino Passaggeri o Rolandino Rodolfo, Notario en Bolonia - en 1234 y Maestro de Notaría Práctica en la Universidad de Bolonia.

Su amplia cultura y su talento, le hace concebir la materia Notarial como un sistema distinto al de la abogacía -- aplicando los principios del Tabellionato a la redacción de documentos notariales. Como maestro enseñó el Derecho de una manera diferente del que se usaba para el estudio de la abogacía.

Entre lo más destacado de su trabajo, podemos mencionar:

a).- El Tractur Notularum que consiste en un estudio de los contratos que el Notario con mayor frecuencia analiza, así como un estudio de lo que vendría a ser la ciencia Notarial.

b).- Las Flos Testamentorum y Flos Ultimorum Voluntatum.

c).- Oficio Tabellionatus in Villi Vel Castris, -- que eran una serie de advertencias de carácter práctico a los Notarios.

d).- La Summa Artis Notarial, que se compone de tres partes: Juicios, Testamentos y Contratos. Esta obra recibe di-

ferentes nombres: Summa Aurea, Summa Orlandina, Summa Rolandi na y Diodema.

Los estudios que realizaron los maestros de Bolonia alcanzaron una extraordinaria difusión en Europa e influenciaron definitivamente las legislaciones notariales en los países de tradición latina.

ESPAÑA (5)

El Derecho Notarial en España ha tenido una variada evolución, puliéndose cada vez más para llegar a ser lo que hoy conocemos. Las invasiones que sufrieron los españoles dejaron marcadas algunas instituciones y la notarial no se quedó a salvo.

A continuación haremos un breve análisis de los cambios que han surgido desde el siglo XIII hasta principios del siglo XX.

En 1255 Alfonso X publica el Fuero Real y con esto da el primer paso de importancia en la historia del Notariado Español.

Quedaron establecidos con el nombre de Escribanos - públicos ciertos funcionarios a quienes se atribuyó la fé pública judicial y extrajudicial, los cuales habían de ser jurados y nombrados por el Rey o por quién él mandáse, debiendo -

ejercer el cargo mediante retribución y con arreglo a las leyes. Estaban obligados a conservar las notas originales de las escrituras para poder comprobar la certeza de éstas.

Además se contienen otros preceptos relacionados con el ejercicio de la función notarial, determinando la idoneidad de los testigos, el valor legal de los instrumentos públicos, el modo de otorgar testamento, etc.

En 1228 se publican las costumbres de Lerida, y entre otras cosas se determina la capacidad legal y competencia intelectual exigible a los escritores, jurados o Notarios.

Jaime I dicta varias disposiciones referentes al Notariado Aragonés y al Catalán y se crea en 1238 el Colegio de Notarios de Valencia.

En 1280 Pedro III de Aragón confirma como privilegio de los jurados de la Universidad de Zaragoza el nombramiento de Notarios.

En 1294 en las costumbres de Tortosa se señalan requisitos de capacidad, ciencia y fidelidad de los Notarios, entre otras cosas, para el ejercicio de su función.

En Cataluña la intromisión del clero en el ejercicio de la fe pública fué muy fuerte, por lo que fué necesario

una regulación; así Jaime II en 1302, Alfonso III en 1328, el mismo en las cortes de Montblanch de 1333 y Pedro IV en las de Monzón de 1362, restringieron el abuso de desempeño del oficio notarial por los eclesiásticos pero no solo salvando los derechos por estas personas y las Iglesias, sino con tendencia a favorecer a quienes ejercían dicho oficio dentro de la misma clase sacerdotal.

Los monarcas castellanos a diferencia de los otros, fueron celosos en impedir al clero el ejercicio de la fe pública y así Alfonso XI en las cortes de Madrid en 1329, prohibió a los legos el otorgamiento de escrituras ante los Notarios eclesiásticos y a éstos últimos la autorización de las mismas. Esta prohibición fué reiterada por Enrique II en las Cortes del Toro de 1371; Juan II en las de Burgos de 1453 e Isabel I en la importante pragmática de Alcalá de 1503.

Durante los años de 1256 a 1268 se formó el famoso Código de Alfonso X, conocido con el nombre de las Siete Partidas, que no entraron en vigor, según parece hasta el año de 1348.

Tocan ampliamente el tema, no solo en lo referente a su organización y al ejercicio de la función, sino llegando a contener fórmulas para la autorización de los instrumentos y formatos para la redacción de determinados contratos. Se retomó

la disposición al respecto de que ningún elérigo podía ser Escribano.

Marca la distinción entre Notarios y Escribanos, los primeros, eran los que se dedicaban exclusivamente a lo ordenado por el Rey y los Escribanos podían ser del Rey, pero en general se dedicaban a las cosas del pueblo. Tenían fé pública judicial y extrajudicial.

Los Escribanos públicos habían de ser hombres libres, cristianos, de buena fama, conocedores del arte de la escribanía, guardadores del secreto, vecinos del lugar y seglares.

Se les prohibió el uso de abreviaturas y quedó limitada la costumbre de significar por letras cantidades y fechas. Se les obligó a llevar un libro de registro donde escribían -- las notas de las escrituras convenidas por las partes ante -- ellos, posteriormente se redactaban con arreglo a las formas legales y se debía entregar la escritura a la parte interesada, aunque la otra parte no quisiera, a menos que consiguiera del Alcalde la prohibición.

El escribano por su parte debía conocer a los otorgantes y su vecindad, y de la escritura se tomaba previamente nota en presencia de uno de los testigos y después se leía a todos para que las partes mostraran su conformidad.

Estaba permitido la sustitución del Notario por en--

fermedad o por otra causa, y en caso de muerte las notas o registros debían recogerse por el Alcalde en presencia de testigos, y esta autoridad conservaba la documentación recogida para entregarla al sucesor en la escribanía.

Se dictaron reglas para librar traslados parciales de las escrituras así como para renovarlas en caso de extravío o deterioro. Se castigó la falsedad severamente con la amputación de la mano, incapacidad para ser testigo y prohibición de que el escribano público culpable pudiera recibir honores, quedando infamado para siempre.

Es especialmente importante la pragmática dada por Isabel La Católica en Alcalá el 7 de Junio de 1503. Se dispuso que cada Escribano debía tener un libro protocolo, encuadernado en pliego entero donde se debían escribir por extenso las notas de las escrituras declarando las personas otorgantes el día, mes, año y lugar del otorgamiento y el nombre de lo que se otorga, debiendo firmar por las partes o por los testigos si alguno no supiere. Se mandó salvar las enmiendas al final de la escritura antes de las firmas.

Además de otras muchas disposiciones que no es posible reproducir totalmente, sin embargo sabemos que estos preceptos se han conservado a través de las reformas reglamentarias y están incluidas en la vigente legislación notarial.

En el siglo XVII hubo algunas disposiciones que trataron de corregir abusos por la enajenación de oficios públicos. Hay algunas que merecen mencionarse como la de Felipe II en Valladolid el año de 1603 en donde se obliga a los escribanos reales a entregar al final del año una relación de las escrituras otorgadas ante ellos, lo que parece ser el antecedente histórico de los índices. El 9 de Enero de 1609 el mismo monarca a petición del consejo de Madrid exige a los que fueran a examinarse de Escribanos, una práctica previa por un período de dos años en alguna oficina de Secretarios, Escribanos, Abogados, Relateros ó Procuradores.

Durante el siglo XVIII continuaban los abusos y se acentuaron reformas en territorios no sujetos a legislación castellana.

El notariado en Valencia gozaba de gran probidad, a tal grado que no era necesaria la firma de las partes y los testigos ni la del mismo Notario.

El 29 de Junio de 1707 Felipe V suple los Fueros y queda disuelto el Colegio de Escribanos de Valencia restableciéndose en 1720 pero sin las mismas facultades que tenía antiguamente, aunque conservaba la de nombrar Escribanos hasta que en 1782 Carlos III dispuso que terminaran las facultades que el colegio tenía reservándose sólo la distinción de poder

examinar a los aspirantes para que con certificación de suficiencia acudieran al Consejo para obtener signo y título.

También durante el siglo XVIII se hicieron más fuertes los antagonismos entre los Notarios del Número y Caja y los Escribanos Reales de San Juan Evangelista, de Zaragoza; que se habían venido arrastrando desde el siglo XV y siguientes, lo que terminó con que en 1741 se recogieron los protocolos de los Escribanos Reales para entregárselos a los Notarios de Número y Caja, y finalmente el 22 de abril de 1769, Carlos III pone fin a éste declarando que los dueños de escribanías de Aragón solo tenían derecho a hacer el nombramiento pero precediendo al examen, despacho de título, pago de derechos, etc.

En Mallorca los dueños de Escribanías las arrendaban a personas de dudosa reputación por su calidad e impericia; esto trafa como consecuencia errores muy perjudiciales y además que para poder pagar la renta se excedían en derechos; por tal situación se propuso que los dueños que fueran hábiles atendieran ellos mismos y los que no pudieran las devolvieran para encargarse a otros la atención.

En 1770 Carlos III limita a 148 el número de Escribanos de Navarra y estableció la circunstancias de nombramientos que podrían ser hechos por el Consejo de aquél antiguo reino, por el Rey o por su Consejo de Cámara.

El 13 de abril de 1844 se establece, por decreto cátedras para la enseñanza de los que se dedicaban a la carrera de Escribanos y Notarios; en las capitales donde residieran -- las audiencias territoriales. Estas cátedras eran atendidas -- por Letrados colegiados, en las que se estudiaba un curso de Derecho Civil Español relacionado con el oficio de Escribano y otro de práctica forense y otorgamiento de documentos públicos. Para poder obtener el título de Escribano o Notario de Reinos era necesario acreditar haber practicado un año en el oficio de Escribano Colegiado; estos requisitos no se exigían a quienes fueran abogados.

Después de múltiples intentos para tener una legislación conveniente y aplicable a la función Notarial, el 28 de Mayo de 1862 fué promulgada la vigente ley del Notariado.⁽⁶⁾

Han sido muchas las reformas que ha sufrido esa -- ley, pero en su esencia ha quedado intacta, conservando los -- principios de la actual función notarial.

Serfa inútil que reprodujera aquí todas o aunque -- fuera las más importantes de las reformas que se han hecho, -- aún y cuando encierran interesantes avances en el desarrollo de la función notarial, sin embargo consideramos que el propósito de este punto es mostrar una visión panorámica, ve -- de por sí larga, de lo que ha sido el Derecho Notarial en España.

f) MEXICO

a).- Precolonial

Al llegar los españoles a México, se quedaron sorprendidos al encontrar una civilización en apariencia "bárbara", pero con un profundo concepto de organización social; es-
taban estructuradas instituciones de gran importancia como el matrimonio, el divorcio, la adopción, entre otras, además de las que existían en la vida comercial más importante. Sin embargo el notario como funcionario público que diera fe de los acontecimientos y de los actos jurídicos en nombre del Estado, considerándose lo escrito la verdad legal, no existía. Lo que existía era un funcionario llamado Tlacuilo, que según el Diccionario de artequismos de Cecilio Robelo, dice que: "Tlacuilo.- Escribano o pintor. El que tenía por profesión pintar -- los jeroglíficos en que consistía la escritura de los indios. Este artequismo sólo se usa en las crónicas e historias, al hablar de las pinturas de los indios".⁽⁷⁾ Era el encargado de dejar constancia de los acontecimientos por medio de signos ideográficos y pinturas, con lo que se guardaba memoria de ellos de una manera creíble.

Con el nombre de Tlacuilo se designaba tanto a los pintores, como a los escritores; de tal manera que su labor consistía en hacer constar un hecho en pocas signos y así el que redactaba lo hacía sólo de una forma escueta, con nombres

de lugares o personas, sin añadir ningún formulismo.

b).- Colonial

Es hasta el descubrimiento de América en donde se tiene la presencia del escribano, "Rodrigo de Torres escribano de toda la armada", (8) o un "Rodrigo de Escobedo, escribano del consulado del Mar, quien debía llevar el diario de la expedición". (9)

Al momento de establecer los españoles su dominio implantaron también las instituciones y funcionarios necesarios para llevar a cabo su gobierno; en materia notarial, - los escribanos al igual que otros funcionarios pasaron por una etapa que podemos llamar "formativa", en la que se trataron de resolver los problemas propios de la región.

Se sabe que Hernán Cortés antes de venir a América practicó con un escribano en Valladolid y Sevilla; ya estando aquí (en América) solicitó una escribanía del Rey que no le fué concedida y que más tarde le fué otorgada por el Ayuntamiento. (10)

A medida que fueron tomando terreno en las Indias se desarrollaron diversos tipos de escribanos que en su mayoría en nada se parecen, en cuanto a sus funciones a los notarios actuales.

A partir de ese momento parece que todo iba a pasar a una Notaría; los protocolos de esa época y los posteriores nos enseñan de mil maneras como vivía la gente se ha hablado de una monomanía escrituraria ya que todo entraba en la esfera notarial. Más bien el termino se utilizó para distinguir a un funcionario que hoy se denominaría secretario o bien registrador, además de los notarios propiamente dichos, como los escribanos públicos, reales y del número quienes si se asemejan a los notarios que hoy conocemos.

Entre los funcionarios que desempeñaron actividades parecidas a la notarial, encontramos los siguientes:

a) Escribano de Cámara del Consejo Real de Indias

Actuaba específicamente para el Consejo Real de Indias, tenía un ayudante que debía ser escribano -- Real; y su labor era la de secretario.

b) Escribano de la Casa de Contratación de Sevilla

Existían diversos tipos de escribanos que dependían de la Casa de Contratación de Sevilla, a saber éstos eran:

1.- Escribano de Cámara. - Este era un funcionario de tiempo completo, tenía prohibido ejercer como abogado, hacer peticiones o cualquier tipo de escritura en los pleitos que ante él pasaban. La ca-

sa tenía cuatro Escribanos de Cámara, ante ellos - debían realizarse las presentaciones de títulos y juramentos de los generales, almirantes, etc. Llevaban todos los procesos y pleitos desde los pormenores de notificaciones hasta el asentamiento del final de los juicios y de cualquier auto interlocutorio.

2.- Escribano Mayor de Armada.- Ante el debían efectuarse los acuerdos para la compra de bastimentos, artillería y todo lo necesario para una flota. Una de las funciones más interesantes consistía en que toda la gente de mar y guerra que se dirigiera a las Indias debía suscribirse y alistarse ante sus oficios.

3.- Escribano de Naos.- Tenía a su cargo el llevar los registros de la mercadería del barco y asentar las muertes que sucediesen en la nave así como redactar los instrumentos públicos que fuesen necesarios durante el trayecto. Les estaba prohibido realizar los instrumentos en los puertos.

c) Escribano de Gobernación

Este era un funcionario auxiliar del gobernador -- (virrey o capitán general). Ante este funcionario auxiliar se ventilaban los asuntos y diligencias -

jurisdiccionales. El Rey insistió que los escribanos debían ser personas de su nombramiento y no nombrados por los virreyes o Capitanes generales. Esta violación se castigaba con la invalidez de cualquier acto que efectuaran.

d) Escribanos de Cabildo de Ayuntamiento o de Consejo.

Estos escribanos también debían ser nombrados por su majestad. Su función era la propia de un secretario que levanta las actas de cabildo y lleva el manejo de la secretaría. Además debían llevar un libro en que asentaban la razón de las tutelas, curatelas y hacienda que estuviese a cargo de los tutores y curadores.

e) Escribanos de Minas y Registros.

Sus funciones eran sobre todo de carácter hacendario, y también vigilar la explotación de los metales preciosos de su jurisdicción. Ante ellos se hacía la relación de todas las haciendas, rentas, casas, ganado, etc., que existiesen en una provincia y todo lo que pertenecía al rey.

f) Notarios

Durante la época colonial, como ya dijimos se llamó

con el término Notario a los escribanos que entendían de los asuntos eclesiásticos. Había dos clases de Notarios: Mayores y Ordinarios. En cada diócesis había cierto número de notarios mayores y de notarios ordinarios según la voluntad de los prelad^{os} diocesanos.

g) Escribanos Públicos Reales y del Número

Estos eran los verdaderos notarios en el sentido moderno de la palabra. Ejercían su oficio en una jurisdicción especial, ciudad o villa, único lugar en el cual estaban autorizados para cartular.

En las leyes de Indias se hace uso para referirse a los escribanos de las ciudades de tres denominaciones: públicos, reales y del número, sus funciones no siempre eran reconocibles; sin embargo trataremos de mencionar algunas de ellas.

Era un funcionario que por cubrir los requisitos establecidos por la ley, tenía facultades para hacer escrituras, testamentos e instrumentos públicos, autos judiciales, así como actuar en visitas y residencias. Podía desempeñar su función en cualquier territorio o circunscripción del Rey de España, sin embargo no podía ejercer o cartular sin tener un puesto específico.

El término de Escribano Público se utilizó en dos sentidos: a) para referirse al cargo de escribano

como una función pública en sentido general, y -
b) para referirse específicamente a un cargo.

En algunas ocasiones el término de Escribano Público y de número se utilizó indistintamente, -- sin embargo ya al final de la época colonial preponderaba el uso del término escribano de números, éste era el escribano Real que no podía - - ejercer sus funciones sino dentro de su propia - jurisdicción asignada. Pueden ejercer su oficio_ en el pueblo o distrito al que están asignados, - pero lo ejercen allí con exclusión de otros y se llaman numerarios por ser fijo y determinado el_ número de los que hay en cada pueblo.

Mencionaremos algunos de los requisitos más impor-
tantes, así como sus funciones y ejercicios, tratando en general a los tres tipos de escribanos, por coincidir estos aspectos.

Requisitos.- En las siete partidas se estableció -- que los escribanos públicos que son puestos en las ciudades_ o en las Villas o en otros lugares, deben ser hombres libres y cristianos y de buena fama, además de saber escribir y - - leer. Para poder ejercer el cargo debían presentarse a un -- examen para comprobar su capacidad, el examen se realizaba - frente a la Real Audiencia. Debía ser mayor de veinticinco_

años y no se admitían mulatos ni a mestizos; presentar una fé de práctica testimoniada por el escribano ante quien se hubie re hecho ésta.

Funciones de los escribanos.- Según la legislación - indiana tenía dos tipos de funciones: las estrictamente notariales y las propias judiciales.

Funciones Notariales.- Especificamente era la de autorizar escrituras y contratos (cartas) celebrados entre particulares. Según el autor José Ma. Alvarez, las obligaciones principales eran:

- a) Extender cumplidamente las escrituras
- b) Llevar un libro de registros o protocolos para incluir todas las escrituras que las partes les demanden hacer.
- c) Asentar en el protocolo las escrituras antes de dar copia a los interesados.
- d) Conservar con todo cuidado y bajo su responsabilidad todos los registros y protocolos.
- e) Servir su oficio por sí mismo y no por sustituto.

Estaba prohibido:

- a) Autorizar escrituras o contrato de personas desconocidas a no ser que presentaren dos testigos.
- b) Intervenir en contratos o compras al fiado que hicieren los hijos de familia o menores sin licencia de sus pa-

dres o curadores.

e) Autorizar cualquier contrato que hicieren al fiado, mayores o menores, con la condición de que pagarán al casarse, heredar o suceder en algún mayorazgo.

d) Actuar en causa de sus hermanos o primos hermanos.

Funciones Judiciales.- El Notario intervenía en la autorización de actos y determinaciones de los jueces. El escribano podía intervenir en cualquier juzgado de lo civil o en causas criminales. Es probable que en las zonas rurales el escribano judicial no haya sido solo un secretario sino el verdadero conocedor del derecho que asesoraba a los alcaldes, pues éstos fueron más o menos ajenos a estos menesteres.

Medidas disciplinarias.- El oficio de escribano era de confianza pública, por ello su persona gozaba de gran respeto, a la vez que se obligaba a grandes responsabilidades. Según la 3a. Partida, el escribano de la Corte del Rey que incurriera en falsedad debía morir por ello. El que hiciera alguna carta falsa o hiciera falsedad en juicio, le debían cortar la mano y darlo de baja para que no pudiera ser testigo ni hacer ninguna honra mientras viviera. Su cargo era digno de tan especial respeto que si alguien lo injuriaba se le imponía el doble de la pena común.

Arancel.- Todos los escribanos estaban sujetos para el cobro de honorarios a un estricto arancel que establecía -

el precio a cobrar por cada una de sus actuaciones notariales o judiciales. Tenían la obligación de anotar y firmar en el reverso de todos los instrumentos y procesos que hicieren, -- los derechos cobrados.

Colegiación.- Un hecho que es muy importante por la trascendencia que tiene hasta nuestros días es la formación de la cofradía "De los cuatro Evangelistas" con licencia de 1592, pero cuyo inicio fue de 1573. Posteriormente decae y se forma el Real Colegio de Escribanos de México, en 1792, -- erigiéndose solemnemente bajo el patrocinio de los cuatro -- evangelistas. Posteriormente el Colegio estableció una academia de pasantes y aspirantes que otorgaba certificados de competencia para el ejercicio del cargo, formándose también una Biblioteca. Este Colegio nunca dejó de funcionar y es lo que hoy se conoce como "Colegio de Notarios de la Ciudad de México".

Existió una práctica muy usada tanto en la Nueva España como en España, que consistía en la venta de los oficios, este sistema se utilizó para allegar fondos a la Hacienda -- Real. En un principio los nombramientos por compra eran solo -- por una vida, pero en 1561 cuando la estrechez económica fué -- más fuerte para la corona, el cargo se ofreció por dos genera -- ciones.

Esta situación causó protestas tanto entre los ya de -- signados como entre los posibles candidatos que esperaban que

los cargos se les concedieran y no se vendieran, en 1561 se suspendió la venta, pero en 1567 se volvió a la práctica. De vez en cuando se concedían escribanías a aquéllos que persistían suficientemente en su esfuerzo. También se dió el arrendamiento y se hacía cuando no había postores y se autorizó - por una Cédula Real que se arrendara en el ínterin, con el único requisito de que fueran personas idóneas y suficientes. Con ésto se propició que en algunos casos se nombraran sustitutos dándoles en arrendamiento el cargo sin sacarlo a la venta y con eso se quedaban perpetuamente sin adquirirlo o fungían como propietarios sin pagar el arrendamiento.

Existía otra práctica que se conocía como la renuncia de oficios, en este caso el interesado solicitaba permiso para renunciar en favor de una persona determinada, el adquirente o comprador quien demostraba ser capaz para ocupar el cargo y siendo aprobado entraba en posesión del cargo, -- quedado solo sujeto al visto bueno del consejo de Indias. (11)

c).- Independiente

El 15 de Septiembre de 1810, aprovechando la situación política en España, se dió el inicio de la Independencia. Mientras Fernando VII se encontraba cautivo en Francia, entre 1808 y 1814, se reunieron las Cortes elaborando una obra fundamental que fué la Constitución de Cádiz; posteriormente publicaron el "Decreto Sobre Arreglo de Tribunales y -

sus Atribuciones" y concedió a las audiencias algunas facultades en materia de exámenes y arancel para escribanos.

Como resultado de la lucha entre centralistas y federalistas surgieron varias leyes que involucraban la función notarial. Por ser estas leyes tan variadas mencionaremos sólo las más importantes.

Cabe hacer notar que cuando el sistema establecido era el federalismo, la legislación notarial fué local y cuando fué centralista las disposiciones generales fueron nacionales.

En 1834 (Federalista) se expide un decreto sobre organización de Juzgados del Ramo Civil y del Criminal en el Distrito Federal, establece que en cada juzgado existieran dos oficios públicos vendibles y renunciables servidos por escribanos propietarios o por sustitutos cuando proceda; conforme a lo establecido por la ley. Lo que indica que en cuanto al fondo de la organización notarial española no sufría modificación alguna. (12)

En 1853 (Centralista), se expide la "Ley para arreglo de la Administración de Justicia en los Tribunales y juzgados del fuero común" para todo el país. Aquí se incluye una nueva organización nacional para los escribanos. Se señalaron los requisitos para poder ejercer la función notarial, siendo entre otros: tener más de 25 años, escritura clara, haber cursado dos años de una de las materias de Derecho Civil relacionada con la escribanía, etc. (13)

En 1865, se expide la "Ley Orgánica del Notariado y -- del Oficio de Escribano", fué promulgada por Maximiliano de Habsburgo, se aplicó en todo el territorio nacional. Esta ley distinguía entre notario y escribano. Distingue al Notario de un Funcionario revestido por el soberano de la fé pública para extender y autorizar las escrituras de los actos y contratos "inter vivos" o "mortis causa"; y al Escribano como un -- funcionario revestido de la fé pública, para autorizar en los casos y forma que determina la ley los actos jurídicos en los que intervenga. De este concepto se puede decir que es lo que actualmente se conoce como secretario de Juzgado y actuario.

De esta ley las características más destacadas son las siguientes:

a) Es la primera Ley Orgánica del Notariado, es la primera disposición que en forma sistemática regula al notariado con exclusividad.

b) El oficio de notario lo confería el Emperador por medio del Ministerio de Justicia.

c) Exige la edad de 28 años y una información de siete testigos revisable.

d) También vale la pena comentar acerca de la sanción existente al respecto de devolver el exceso de lo cobrado fuera del arancel, más la obligación para el notario de pagar --

una multa, por el cuádruplo de lo que importen los derechos cobrados en exceso.

"Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal" de 1867. Esta ley distingue entre la función del Notariado y la del actuario, establece como requisito de ingreso el ser abogado o haber cursado dos años de preparatoria, más dos de estudios profesionales que incluyeran cursos elementales de Derecho Civil, Mercantil, Procesal y Notarial.

A partir de esta Ley se inició el acceso de los abogados al campo del notariado y la mayor cultura jurídica de éstos hizo que fueran aumentando en número y que establecieron una costumbre que más tarde se convirtió en Ley.

Ley del Notariado de 1901

La promulgó Porfirio Díaz y comenzó a regir el primero de enero de 1902, con ámbito espacial de vigencia en el Distrito Federal y Territorios Federales.

En su exposición de motivos explica que el Notario además de ser un profesor de Derecho, debe quedar sujeto al Gobierno, quién ha de nombrarlo y vigilarlo, así como limitar su número.

Aunque la función notarial era conferida por el Gobierno Federal, la prestación del servicio no gozaba de sueldo --

proveniente del erario sino que los honorarios los pagaban -- los interesados conforme al arancel. El cargo era incompati-- ble con otros cargos, empleos o comisiones públicas y se exi-- ge que el Notario sea abogado, para ejercer su función era ne-- cesario que otorgara una fianza de \$5,000.00 pesos.

Se estableció un Consejo de Notarios, compuesto por_ un Presidente, un Secretario y nueve Vocales que serían elec-- tos por los notarios en ejercicio de sus funciones residentes en la misma Ciudad y de entre ellos mismos el día 1° de Enero de cada año.

Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territo-- rios Federales de 1932.

Esta Ley se publicó el 20 de Enero de 1932 y abrogó - la de 1901. En cuanto a sistemática sigue la misma de su pre-- decesora; pero contiene dos novedades importantes, la primera es el establecimiento de dos tipos de notarios, el titular y_ el adscrito, aunque ésta ya existía en la anterior Ley, sus - características no son las mismas, pues además de otorgárse-- les más facultades, podía actuar con independencia del Nota-- rio titular y autorizar cualquier acto en el protocolo del No-- tario al que estuviera adscrito.

La segunda novedad es la actuación del Notario sin la necesidad de los testigos instrumentales, que sólo los necesi

ta para el testamento y ello debido a las disposiciones del Código Civil.

Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1945

Define al notariado como una función de orden público y señala que el Notario está investido de fé pública para hacer constar los actos y hechos jurídicos a los que los interesados deben o quieren dar autenticidad conforme a las leyes.

De acuerdo con esta ley el Notario es asesor de las partes a quienes debe señalarles el alcance legal del instrumento redactado por el notario quien dá fé de conocimiento, capacidad y del otorgamiento de las partes.

En esta ley se distingue claramente entre el instrumento-escritura y el instrumento-acta, tomando como base para la diferencia el contenido, ya que en el primer caso se trata de un negocio jurídico y en el segundo de un hecho jurídico.

Por otra parte excluye los documentos llamados minutas por su riesgo y peligrosidad, ya que nunca demostraron ser comprendidos en cuanto a su alcance por las partes.

Desaparecen las divisiones territoriales y el notario sólo podrá actuar en el D.F. independientemente de que --

los actos que autorizarse se refieran a otra entidad.

Se fijó el número de notarios en 134, habiendo pasado a ser titulares los adscritos que reunieron ciertas condiciones.

Sin lugar a dudas la aportación más importante de esta ley es la creación del examen de oposición para la obtención de la patente de Notario. Sólo podían participar quienes tuvieran la categoría de aspirante a Notario.

Estableció los requisitos para la obtención de la patente de aspirante, tales como la elaboración en 5 horas de una escritura sobre un tema práctico notarial escogido entre 20. Terminado el tiempo el sustentante presentaría el examen teórico ante un representante del D.D.F. y 4 Notarios. Si aprobaba obtenía la patente de aspirante y si no, no podía presentarse nuevamente en el transcurso de un año.

Cuando existiera una vacante de notaría el D.D.F. convocaría a examen de oposición que también consistía en la elaboración de una escritura sobre un tema de más difícil solución que el de aspirante y en el examen se le podría preguntar sobre cualquier disciplina jurídica a diferencia del de aspirante que debían preguntar solo sobre el tema desarrollado en la escritura.

Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1980

Esta Ley fué publicada en el Diario Oficial de la Federación, el ocho de Enero de 1980, iniciando su vigencia sesenta días después de su publicación.

En esta Ley se sigue la misma línea que las anteriores en cuanto a sistemática, se amplía el número de notarias a doscientas y se establece división delegacional, ésto es -- que el Departamento del Distrito Federal tiene la facultad de designar la delegación en donde el notario haya de establecer su oficina tomando en cuenta las necesidades sociales.

En esta ley se distingue entre acta y escritura, haciendo el legislador en algunas falias técnicas, debido a -- que conforme a la Ley anterior en la escritura se hacen constar actos jurídicos y en las actas hechos jurídicos; y la Ley vigente establece que en la escritura se hace constar un acto jurídico, y que en el acta se relaciona un hecho o un acto jurídico, conforme a ésto el Notario ya no hace constar hechos jurídicos, sólo los relaciona bajo su fé. También olvido que el Notario puede hacer constar o relacionar hechos materiales.

Después de esta reforma han habido otras más que en su oportunidad comentaremos .

C A P I T U L O I

CITAS

- (1) SALAS M. Derecho Notarial. pág. 21
- (2) MORALES DIAZ. Historia del Notariado. Revista de Derecho Notarial. págs. 20 y 21. Año XXII, Junio de -- 1978 No. 71.
- (3) PASEMAN GEORGES. (Estudios de la civilización egipcia). Citado por MORALES DIAZ. Ob. Cit.
- (4) MORALES DIAZ. Ob. cit. pág. 23
- (5) CASTANO MARIANO.- Derecho Notarial Español, Legislación y Jurisprudencia precedidos de una noticia histórica.
- (6) AVILA ALVAREZ PEDRO.- Estudios de Derecho Notarial.
- (7) ROBELO. Diccionario de Aztequismos. Citado por PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO. Derecho Notarial, pág. 9
- (8) BALLESTEROS. Cristóbal Colón y el Descubrimiento de América. Citado por JOSE JOAQUIN REAL DIAZ. Estudio Diplomático del documento indiano. Esto citado por - LUJAN MUÑOZ. Los escribanos en las Indias Occidentales. pág. 4
- (9) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO. Ob. cit. pág. 12
- (10) CARRAL Y DE TERESA. Derecho Notarial. Ob. cit. pág. 77
- (11) LUJAN MUÑOZ. Ob. cit. págs. 6 y siguientes
- (12) CARRAL Y DE TERESA. Ob. cit. pág. 81
- (13) Ob. cit.
- (14) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO. Apuntes de la Historia del Notariado en México, pág. 51

C A P I T U L O I I

CARACTERISTICAS DEL NOTARIADO DE TIPO LATINO
Y SUS DIFERENCIAS CON EL NOTARIADO DE TIPO
ANGLOSAJON

1.- Notariado de Tipo Latino

Los sistemas notariales de los distintos países han sido clasificados tomando en cuenta diversos criterios. Así, - se ha hablado de: El sistema sajón; el notariado de funcionarios judiciales, el notariado de funcionarios administrativos; el sistema notarial latino; el notariado de profesionales funcionarios. Aún así se observan muchas similitudes en datos - - esenciales que permiten reducir el número de clasificación: -- "...cuatro para La Grasserie, tres para Moscatello y dos únicas categorías -Notariado libre y notariado función- que parece ser el patrocinado por Azpeitia". (1)

En este capítulo sólo nos vamos a dedicar al estudio de las características de los Notariados Latino o Notario Público y Sajón o Notario Privado. (2)

Antes de empezar a señalar las características específicas del Notariado de tipo Latino, es importante señalar el por qué se le llama así.

El término latino, según un Diccionario de la lengua española significa: "...Calificación aplicada al individuo que sabe la lengua latina. Que pertenece a la lengua latina o es propio de ella..."(3); también existe la tendencia de denominar latinos, a pueblos, culturas y razas por sus manifestaciones externas similares, como una contraposición a los llamados de tipo sajón.

Sin embargo, aunque pudiera creerse que el origen -- del Notariado Latino está precisamente en el Derecho Romano, -- debido a la influencia que éste ha tenido en nuestras instituciones, nos encontramos que en este caso no es así. Y aún -- cuando hay divergencia entre algunos autores, podemos afirmar -- que se le llama latino por la gran afluencia de países lati-- noamericanos que han acogido este sistema, pero no porque su -- organización provenga de aquél.

A este tipo de Notariado también se le conoce como -- Notariado español y Notariado francés. Por una parte se tiene el antecedente de que es en Aragón en donde se da la separa--- ción de la fé pública judicial y la extrajudicial y una organi-- zación corporativa similar a la que hoy conocemos pero, por -- otra parte, es la legislación francesa la que lo difunde.

Sin embargo, como afirma el Lic. Luis Carral y De Te-- resa "...La prioridad en la publicación no le otorga a la ley -- francesa mayor originalidad o importancia, la que más bien pue-- de adjudicarse a la ley española, según la cual el notario es -- jurista (y en Francia no lo es necesariamente), la provisión -- del cargo se hace por oposición (y en Francia se adquiere como -- empresa, como negocio privado) estando abolida para siempre en -- España la enajenación de oficios. González Palomino llega a -- afirmar que las semejanzas entre los notariados español y fran-- cés, terminan después de aceptar que en ambos el notario es un -- funcionario público. Esta pequeña digresión fue para explicar

por qué nosotros no llamaremos al notariado de tipo latino, -- "notariado de tipo francés", como lo hacen algunos autores, -- aún españoles". (2)

En la historia del notariado existen cuatro acontecimientos que se dieron en distintas épocas, pero que tuvieron varios puntos en común, ellos son:

a) La obra de los glosadores medievales.

En la que se pone de manifiesto la intervención de lo que se puede llamar notario, conocido entonces como "tabellion" aplicando los principios de éste a la redacción de los documentos notariales.

Además Rolandino da bases firmes para que se considere como una función pública a la actividad autenticadora del notario e insiste en su carácter de profesional autónomo.

b) La aparición de la Constitución del Emperador Maximiliano I (8 de Octubre de 1512).

En este ordenamiento se impone para los notarios la obligación de fidelidad y para tal efecto establece: "Tengan los Notarios mucho esmero en escribir en su protocolo el actotan fielmente como sea posible sin más ni menos de lo que ha pasado ante él y los testigos, y sólo aquellas cosas que en el momento fuese rogado y no de las que antes o después o por intervalos que hallan sucedido y como también de aquellas cosas

que se perciben corporalmente, pues su oficio ó autoridad no se extiende a más; pero en las cosas sujetas a los sentidos deben distinguir, porque en cuanto a la vista y oído basta que el notario vea y oiga en presencia de testigos; pero en lo demás, como el gusto, tacto y olfato, es necesario que los testigos en presencia suya gusten, toquen y olfateen y todos atestiguen de lo que los sentidos en presencia de las partes han percibido de sus cualidades pues de estos atestados y no de su propio gusto, tacto u olfato, puede el notario testificar eficazmente; más si el notario añade que él también ha gustado, tocado, olfateado y percibido, hace mucha fé". (5)

De ésto se desprenden varios principios que entonces encerraban verdaderos deberes y que actualmente son pilar de la función notarial tales como: unidad de acto, la obligación de apearse a los hechos tan fielmente como le sea posible y como consecuencia el valor indiscutible que tiene cualquier acto realizado ante la fé del notario.

c) La aparición de la Ley de 25 Ventoso de 1803.

Promulgada por el estado francés, marca la pauta para el inicio de la forma instrumental adquiriendo las características actuales. Su aportación es tan sobresaliente que los legisladores de Italia de 1875 y los de España de 1862 no se detuvieron en afirmar que se habían inspirado en ella. (6)

d) La Constitución de la Unión Internacional del Notariado Latino.

Se dió en 1948 en el primer Congreso Internacional de Notariado Latino, agrupándose todos aquellos países que tienen un sistema notarial derivado de las mismas bases aunque -- sus formas de actuar no sean exactamente iguales.

En base a ésto podemos decir que es necesario admitir como Notariados de tipo Latino, aquéllos hasta los cuales hubiesen podido llegar los tres primeros puntos mencionados, ya que el último podría considerarse como una consecuencia actual de aquéllos factores.

Así en el primer Congreso Internacional del Notariado Latino, Negri propuso lo siguiente:

Que son principios esenciales en la estructura del Notariado Latino .

I.- Mantenimiento de la configuración tradicional -- del notario como consejero, perito y asesor de derecho; receptor e intérprete de la voluntad de las partes; redactor de los actos y contratos que debe autorizar; y fedatario de los hechos y declaraciones pasados en su presencia;

II.- Exigencia para el ejercicio de la función notarial de estudios universitarios del derecho, en toda su extensión, comprobados con título de abogado o el que corresponda a disciplinas análogas, con más la especialización y práctica -- del caso;

III.- Limitación del número de notarios actuantes estrictamente de acuerdo con las necesidades públicas en cada jurisdicción, distrito o demarcación notarial preestablecida;

IV.- Selección de orden técnico y moral para el ingreso de la función notarial, por el sistema de concursos u oposiciones; y ascensos, donde así procediere, por análogo procedimiento, sin perjuicio de los derechos de antigüedad;

V.- Garantía de inamovilidad para el titular del registro o Notaría, mientras dure su buena conducta;

VI.- Autonomía institucional del notariado, con su gobierno y disciplina a cargo de los organismos corporativos;

VII.- Remuneración del notario a cargo del cliente por el sistema de aranceles y garantías en los medios decorosos de subsistencia;

VIII.- Jubilación, facultativa por antigüedad, enfermedad, o límite de edad.⁽⁷⁾

Sin embargo esta proposición no fué aceptada en dicho Congreso y la Comisión que estudió el tema, propuso esta declaración que fué aprobada:

a) "Que el Notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir

interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, - redactando los instrumentos adecuados a ese fin (y confiriéndoles autenticidad) conservar los originales de éstos y expedir copias que den fé de su contenido.

En su función está comprometida la autenticación - de hechos.

b) Que es su aspiración que todos los actos de jurisdicción voluntaria, en el sentido dado a esta expresión - en los países de habla catstellana, sean atribuídos exclusivamente a la competencia notarial". (8)

A este respecto el Licenciado Rufino Larraud crítica la definición diciendo que la omisión que se hace de la - función de asesoramiento y asistencia parece injustificada. Con relación a la facultad de expedir copias, la mención es muy pequeña. En cuanto a la referencia respecto a la jurisdicción voluntaria, sobrepasa el real contenido de la función notarial, aún tomada en su sentido histórico. (9)

De todas maneras, la anterior definición es la que se maneja y con ésta podemos hacer la caracterización del Notario de tipo Latino siguiendo el siguiente esquema:

I.- El doble aspecto de la actividad que ejerce el Notario.

II.- Los caracteres de la función demuestran una triple finalidad de construcción, solemnización y autenticidad del instrumento producido por el Notario.

III.- La competencia del Notario que abarca la esfera extrajudicial o parte de la jurisdicción voluntaria.

IV.- La organización Notarial con base en un sistema corporativo sometido al estado. (10)

1.- El doble aspecto de la actividad que ejerce el Notario. La definición dada con anterioridad nos hace ver al Notario como funcionario público y como profesional del Derecho.

Es funcionario público porque por delegación del Estado actúa para poder dar fé. Pero ésta no es una característica aislada o primera en jerarquía, ya que darle esa caracterización nos obliga a ubicar al Notario como un integrante -- más de la compleja administración estatal que cualquier país tiene, convirtiéndolo de esta forma en un "escribano estatal" con la única facultad de no aceptar su intervención en actos ilícitos. (11)

Esta calificación de funcionario público ha tenido un sinnúmero de análisis y críticas, por parte de los estudiosos en la materia. Si bien es cierto el carácter de funcionario público del Notario no puede equipararse al de otras fun-

ciones públicas ya que éste posee características especiales.

Según la ley es funcionario público por la fé de -- que está investido y por disciplina al estado. "Su misión es de aplicación de Derecho. Todo funcionario del Estado es un funcionario público pero no viceversa". Esta afirmación lo -- sitúa en una posición diferente a la de cualquier funcionario público. (12)

Un funcionario público representa lisa y llanamente los intereses del Estado y va a defenderlos. Mientras que el Notario como fedatario defiende los intereses privados. El -- funcionario público recibe una retribución por parte del Estado, mientras que el Notario no recibe ninguna retribución.

La organización del Notario queda bajo su responsabilidad y el ciudadano tiene la libertad de elegir el que mejor le parezca; lo que no sucede con el funcionario público -- ya que éste debe apegarse a las estructuras establecidas, y -- el ciudadano generalmente es designado a una oficina determinada para su atención.

Es un profesional del Derecho, su actuación no se -- limita a la simple redacción de actas y escrituras a las que -- se estampa un selio oficial, sino que al estar obligado a autorizar los actos y hechos que se le presentan conforme a las leyes, supone que para hacerlo debe tener un preciso conoci-

nimiento de ellas, es decir, ser perito en la materia por lo que es necesario ser profesional del Derecho.

El Sexto Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Montreal, Canadá en 1961, recomendó lo siguiente:

"a) Para tener acceso al ejercicio de la función Notarial sin perjuicio de otras condiciones propias de cada país para obtener el nombramiento, es necesario el grado de Licenciado o Doctor en Derecho ó un grado equivalente. Que esta capacidad profesional debe ser necesariamente completada por una especialización teórica y práctica". (13)

En México, en el artículo 13 de la ley de Notariado vigente se establece que para el ejercicio de la función notarial se requiere: "... II).- Ser Licenciado en Derecho con la correspondiente cédula profesional y acreditar cuando menos 3 años de práctica profesional a partir de la fecha del examen de licenciatura".

II.- Los caracteres de la función demuestran una triple finalidad: Directiva, Moldeadora y Constatadora o Autenticadora.

Con respecto al primer punto, es decir a la función Directiva, el maestro Castán Tobeñas hace un análisis diciendo que en esta primera etapa el Notario participa como instruc

tor, coordinador y conciliador de las pretensiones de las partes; dándose ésto en una etapa preparatoria de la real actuación Notarial (en su carácter de fedatario) pero sin dejar de ser importante. (14)

Por otro lado el maestro Sanahuja y Soler habla de una labor de dirección al participar el Notario en el nacimiento y desarrollo del negocio jurídico llamándola de Configuración Jurídica y le atribuye un valor decisivo distinguiendo los siguientes aspectos:

a) El Notario no tiene como función conciliar intereses contrarios ni limar dificultades y antagonismos; para que inicie su labor se presupone que las partes están de acuerdo y sólo se admite la discordia en aspectos secundarios; b) Es obligación del Notario dejar el acto libre de todo lo que fuere contrario a la ley, las buenas costumbres, o al orden público; c) El acto debe estar dotado de un valor específico para que no produzca cualquier efecto, sino exactamente los previstos y encajarlo dentro de uno de los modelos legales para así simplificar la forma externa y dejar que la ley hable sola; d) Debe ajustarse a los límites de las titularidades precedentes de la relación jurídica matriz; e) En caso de que el acto no tenga modelo en la ley; se pone a prueba la habilidad del Notario como creador de la relación jurídica -- creando las cláusulas adecuadas que logren alcanzar el fin deseado.

Concluyendo, "el Notario como profesor del Derecho debe dirigir la voluntad de las partes, asegurarse de la legalidad del acto, cerciorarse de su legitimidad y fundamentalmente, aconsejar a los interesados". (15)

Por lo que se refiere al segundo punto, etapa moldeadora, en esta parte el Notario no crea o constituye el acto, sino que lo prepara dotándole de forma. Aquí intervienen tres aspectos importantes: La calificación del acto, es decir ubicar la naturaleza y legalidad del mismo. La admisión del acto a su intervención en base a la calificación hecha; en esta parte el Notario se dá por requerido, si el acto se apega a la ley, o niega su actuación en caso contrario; esta etapa viene forzosamente como consecuencia de la primera. Por último, la función de redacción que lleva a cabo con plena libertad, sin más requisito que el de insertar la voluntad de las partes dentro de las normas del derecho positivo y observar lo prescrito por la ley del notariado.

Finalmente, la tercera etapa que es la Constatadora o Autenticadora, es la función más importante en lo que se refiere al aspecto público y consiste en dar a los actos en los que el Notario interviene, una presunción de veracidad que los hace aptos para imponerse por sí mismos en las relaciones jurídicas y para ser impuestos por su propia virtualidad por el poder coactivo del Estado. (16)

III.- La competencia del Notario que abarca la esfera extrajudicial o parte de la jurisdicción voluntaria.

Esta es una función muy importante; en esta etapa el Notario realiza una función pública, es decir, mediante un acto oficial, garantiza la certeza de un hecho jurídico, genéricamente hablando, que por sí solo no podría gozar de esa calidad.

Aquí el Notario debe cuidar mucho lo que se conoce como "unidad de acto", que en el II Congreso Internacional del Notariado Latino quedó definido como el conjunto de operaciones que se realizan sin perder continuidad, es decir, sin intercalarse otras extrañas. Se inician en el momento en que, reunidos los otorgantes, el conveniente número de testigos (cuando las respectivas legislaciones exigen la asistencia de éstos), y el Notario interviniente, se procede a la lectura de la escritura. Se continúa con la prestación del consentimiento finalizando con la firma y autorización del documento, todo ello sin perjuicio de las variaciones que resulten impuestas respectivamente para determinados actos jurídicos y en especial para los testamentos. (17)

Sin embargo, esta función queda un poco obscura debido a la existencia de la jurisdicción voluntaria y a la atribución de la función notarial por conveniencias administrativas o por exigencias preliminares del estado a personas ajenas a -

la profesión notarial. (18)

IV.- La organización notarial con base en un sistema corporativo.

La doble actividad que ejerce el Notario, lo sitúa en un plano en el que se requiere su colegiación ya sea como un medio de control por parte del estado, que en general ejerce sólo una función de supervisión sin guardar una relación jerárquica con ellos; o como un punto de apoyo como profesionales del Derecho.

Esta agrupación se da dependiendo de cada país, por ley o por acuerdo gremial, en México se da por ley. La agrupación no resulta de un capricho, sino de la necesidad de mantener unidos a los Notarios como profesionales de una misma línea, manteniendo la cohesión entre éstos, así como promoviendo la más alta capacitación desde el punto de vista moral, jurídico y cultural.

En México tuvo su origen en 1573, año en que los Notarios están agrupados en cofradía o congregación, que es el origen del Real Colegio de Escribanos de México erigido el 27 de Diciembre de 1792, y un año después se establece una academia de pasantes y aspirantes. (19)

Posteriormente se organiza el Notariado bajo decreto del 30 de Noviembre de 1934, con marcada influencia del Derecho Español sin introducir aspectos importantes.

El 16 de Septiembre de 1853 la Ley para arreglo de la Administración de Justicia, reorganiza el Notariado exigiendo a los aspirantes estudios universitarios, dos años de práctica, examen de aptitud ante el Tribunal Supremo y Colegiación.

Actualmente el artículo 151 de la ley del Notariado para el Distrito Federal establece la creación del Colegio de Notarios, y el 152 de la misma Ley le otorga algunas funciones como la de colaborar con el Departamento del Distrito Federal como órgano de opinión en asuntos notariales, formular y proponer reformas al jefe del Departamento del Distrito Federal; denunciar ante el Departamento del Distrito Federal violaciones de la ley del Notariado y sus reglamentos; estudiar y resolver las consultas que le formule el Departamento del Distrito Federal y los Notarios, sobre asuntos relativos al ejercicio de sus funciones.

Con respecto al funcionamiento, organización y demás atribuciones relacionadas con la función de Colegio de Notarios, existe el reglamento del Consejo de Notarios del Distrito Federal.

Además, desde el punto de vista internacional y como quedó acentado con anterioridad, existe la Unión Internacional del Notariado Latino formada en 1948 en el primer congreso de Notariado Latino que se llevó a cabo en Argentina.

II.- Notariado de Tipo Sajón

El derecho Inglés ha tenido una especial formación su origen es consuetudinario, la duración de sus leyes es muy amplia; la trascendental importancia y eficacia normativa de la Jurisprudencia; además del especial sistema de contratación basado no en un criterio formal sino causalista (debido a la existencia de la "consideration") lo que da fuerza obligatoria a los contratos, originando un tipo a todas luces distinto del Notario que conocemos. (20)

Este sistema es el que se practica esencialmente en Estados Unidos, Inglaterra y Suecia.

Por lo que se refiere al Notario, éste no tiene el carácter de funcionario público, ya que el Estado no le envía el poder de dar fe, aunque está sujeto a los requisitos y límites que para su ejercicio le señala el Estado.

El Notario Inglés es exclusivamente profesional y presta autenticidad a los actos que exige el Derecho Internacional. Aunque todos le llamen funcionario (officer) y la función sea en cierto modo pública, no es un verdadero funcionario.

Por lo que se refiere a su actuación, debido a que el Estado no delega ningún poder fideiuciente en el Notario,

está constituido como un simple testigo profesional que autentica las firmas del documento, no su contenido, sin darle al documento el carácter de solemne. Si la autenticidad es impugnada, debe probarse por la declaración de los firmantes de los testigos autenticadores y del Notario o por medio del dictamen de un perito calígrafo.

En cuanto a su competencia, no tiene la exclusividad en los actos en que interviene, éstos pueden ser intervenidos por el "barrister" (abogado), el "attorney" (procurador) o el "solicitor" y el "scrivener" (escribano).⁽²¹⁾

Los actos y contratos sin exigencia formal alguna -- pueden ser redactados privadamente o por cualquiera de los profesionales que enumeramos, ya que ni siquiera el testamento exige otra solemnidad que la intervención de testigos que firmen y afirmen su presencia al acto de la firma del testador. En donde sí tienen una jurisdicción exclusiva es en materia de Derecho Internacional ya que es a ellos a quienes les está reservado el protesto de letras internacionales y la legalización de firmas de documentos que surtan efectos en el extranjero.

Por lo que hace a la organización, no hay colegiación forzosa, debido al carácter libre de la profesión.

En los países anglosajones el instrumento no tiene -

la ritualidad que los latinos. El valor formal de un acuerdo jurídico se obtiene, como consecuencia de un proceso judicial o por la intervención del Notario, limitada sólo a la autenticación de las firmas.

En Norteamérica la eficacia del documento privado está supeditada a su autenticidad. Para obtener ésta, se puede recurrir al reconocimiento (acknowledgement) o a la prueba (proof).

El primero consiste en la declaración hecha por el firmante o los firmantes de un documento, afirmando la veracidad de éste y de la firma del declarante, si el documento estuviese firmado por éste último. Esta función la tienen -- otras personas además del Notario, pero éste sólo puede intervenir cuando la operación que se realice se refiera a un inmueble ubicado en la misma jurisdicción en la que el Notario ejerza sus funciones.

El segundo, es decir la prueba, viene a ser como un acta de declaración jurada y suscrita por un testigo del acto que se trate de probar con exhibición del documento, el testigo manifiesta que se redactó y firmó en su presencia. El Notario certifica esta declaración probatorio en el mismo documento, o en otro anexo.

En este sistema no existen protocolos, por lo que -- inmediatamente después de autorizar un documento el Notario de vuelve el original a los interesados.

Entre los requisitos para la obtención del cargo es-
tán las buenas condiciones del solicitante, no son necesarios conocimientos jurídicos especiales.(22)

C A P I T U L O II

CITAS

- (1) AZPEITIA, según cita de GIMENEZ ARNAU. Derecho Notarial. pág. 117
- (2) CARRAL Y DE TERESA. Derecho Notarial y Registral. - pág. 87
- (3) DICCIONARIO COMPLETO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.
- (4) CARRAL Y DE TERESA. Ob. cit.
- (5) NERI ARGENTINO. Tratado Teórico Práctico de Derecho Notarial.
- (6) CARLOS HEMERITO GONZALEZ. "Contribución a la existencia y límites del Derecho Notarial en Formación". Revista de Derecho Notarial Mexicano.
- (7) NEGRI. (Principios fundamentales del Notariado Latino). Citado por LARRAUD. Curso de Derecho Notarial. págs. 79 y 80.
- (8) Primer Congreso Internacional I. pág. 184; según cita de LARRAUD. Ob. cit. pág. 81
- (9) Ob. cit.
- (10) CARRAL Y DE TERESA. Ob. cit. pág. 90
- (11) CARRAL Y DE TERESA. Ob. cit. págs. 90 y 91
- (12) CARRAL Y DE TERESA. Caracteres del Notariado de tipo Latino. Revista Jurídica Notarial.
- (13) Citado por CARRAL Y DE TERESA. Ob. cit. pág. 199
- (14) CARRAL Y DE TERESA. Ob. cit. pág. 91
- (15) SANAHUJA Y SOLER. Citado por CARRAL Y DE TERESA. "Caracteres del Notariado Latino". Revista de Derecho Notarial.
- (16) CARRAL Y DE TERESA. Derecho Notarial... Ob. Cit.
- (17) CARRAL Y DE TERESA. Ob. cit.
- (18) GIMENEZ ARNAU. Ob. cit.

- (19) GIMENEZ ARNAJ. Ob. cit.
- (20) SANAHUJA Y SOLER. Citado por CARRAL Y DE TERESA. "Caracteres del Notariado Latino". Revista de Derecho Notarial.
- (21) CARRAL Y DE TERESA. Ob. cit. pág. 88
- (22) CARRAL Y DE TERESA. Caracteres del... ob. cit.

C A P I T U L O I I I

INSTITUCIONES DEL NOTARIADO LATINO.

EL NOTARIADO LATINO

Cuando nace la comunicación escrita, nace la necesidad de hacer constar en una forma fehaciente los pactos, contratos y otros actos jurídicos innegables en el espíritu humano como la seguridad jurídica el orden y la tranquilidad. (1)

Según pudimos analizar en el Capítulo II de este -- trabajo, la función notarial ha tenido un desarrollo notable, haciéndose necesaria cada vez más en la sociedad, "Ya no se -- está en presencia de un acto del poder público, sino en presencia de un fenómeno espiritual, colectivo, inherente al pueblo en su conjunto. No se habla de dar fé, sino de hacer fé. -- No se trata de atestiguar, sino de creer, en el sentido de -- confiar en lo atestiguado. La fé pública no es aquí un fenómeno activo de autoridad, que se impone de arriba a abajo, sino un fenómeno pasivo-receptivo, que se mueve de abajo hacia -- arriba, del pueblo hacia la autoridad". (2)

En el presente capítulo, analizaremos la figura del notario, así como sus finalidades, para comprobar así que su existencia no es un capricho del legislador por mantener instituciones obsoletas o para beneficiar a un sector privilegiado, sino que cumple con una necesidad de seguridad jurídica -- indubitable en el hombre.

A.- EL NOTARIO

Basándonos en la definición del Notario que da nuestra ley en su artículo 10, que señala "que el Notario es un licenciado en Derecho investido de fé pública facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignan los actos y hechos jurídicos"; se desprende que la figura del Notario encierra algunas características importantes:

Por lo que respecta a la persona, debe ser un licenciado en Derecho; y por lo que respecta a la función, está investido de fé pública, y está facultado para autenticar.

Como vimos en el Capítulo II de este trabajo, al analizar las características del Notariado Latino, al Notario se le atribuye una doble caracterización, la de funcionario público y la de profesional del Derecho, mismas que son inseparables.

Esta última caracterización de ser Profesional del Derecho, es la que hace que se centre más la atención debido a que es la que exige la mejor parte de la inteligencia y -- cultura del Notario, aunque el desarrollo de la función notarial se ve plasmada en el instrumento público, previo a él, el notario desarrolla una serie de actividades, que constituyen los deberes del Notario, que como señala Pérez Fernández del Castillo (3) se pueden resumir en los siguientes:

Escuchar.- En una primera etapa la persona o personas con algún problema jurídico acuden al notario para recibir orientación de su parte, éste los asiste con la intención de aclarar y de orientar, inclusive en aquellas situaciones que no estén previstas por las partes.

Interpretar.- Una vez que escucha a las partes, -- trata de interpretar su voluntad, adaptándola a alguna figura jurídica conveniente a las partes.

Aconsejar.- El notario después de asimilar lo establecido por las partes, puede dar un consejo eficaz. Por éste la capacidad, preparación jurídica, conocimientos y experiencia del notario, son fundamentales para aconsejar de la manera más adecuada ante los hechos presentados por las partes.

Preparar.- En algunos casos para el otorgamiento de una escritura se requieren de trámites administrativos para integrar el expediente y poder llegar a la firma.

Redactar.- Esta es una de las facetas más importantes, ya que, de la buena redacción de un instrumento depende que no exista conflicto entre las partes. Aquí se desarrolla su labor de perito en derecho así como su práctica en la redacción. Por sus conocimientos jurídicos sabe como adecuarlas y ordenarlas para formar el instrumento necesario a

las partes.

Certificar.- En la certificación del notario concretiza la función notarial al caso particular, es la parte donde manifiesta el contenido de su fé pública; el notario por su calidad de fedatario al certificar, formula un juicio de certeza que se impondrá a los demás.

Autorizar.- Este es el acto de autoridad del notario que convierte al documento en auténtico, quién ejerce sus facultades como fedatario público, da eficacia jurídica al acto de que se trate, y permite en el caso de un hecho que las circunstancias asentadas produzcan los efectos de prueba plena.

Reproducir.- La actividad del notario también responde a los principios de conservación y reproducción del documento, misma que no se puede dar en los documentos privados ya que no existe una matriz.

Por otra parte el protocolo pertenece al Estado y es conservado por el notario por cinco años y después los deposita en el Archivo General de Notarías, lo que garantiza la conservación del documento y la inalterabilidad del mismo.

Otro de los aspectos importantes de la figura del notario es la fé pública de la que está investido proveniente

del Estado quién la delega en él.

Partiendo de la base de que fé, según el diccionario de Escribano, es la creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice... Dar fé es certificar los escribanos por escrito de alguna cosa que ha pasado ante - - ellos, ⁽⁴⁾ podemos decir que la fé pública es en la esfera de los hechos la exactitud de lo que el Notario vé, oye y percibe por sus sentidos; y en la esfera del derecho la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a -- las leyes. ⁽⁵⁾

Sin embargo criterios sobre fé pública hay tantos que analizarlos implicaría apartarnos de la línea de estudio de este trabajo, por lo que nos conformaremos con señalar que la fé pública es un principio real del derecho notarial ⁽⁶⁾, - es una evidencia de sentido común que imprime de verdad oficial a la instrumentación pública.

Para terminar este punto, consideramos importante señalar cuales son los requisitos para ser Notario. La ley de la materia en sus artículos 13 y 14 señala entre otros los siguientes:

a).- Obtener la patente de aspirante, cubriendo los requisitos señalados que son: ser mexicano por nacimiento

en pleno ejercicio de sus derechos, tener veintiocho años cumplidos y no más de sesenta; ser licenciado en derecho con cédula y acreditar cuando menos tres años de práctica profesional, a partir de la fecha del examen de licenciatura; comprobar ocho meses ininterrumpidos e inmediatamente anteriores a la solicitud de examen; no haber sido condenado por sentencia ejecutoriada y solicitar el examen de aspirante y aprobarlo.

b) Una vez obtenida la patente de aspirante, podrá obtener la de notario con los siguientes requisitos:

- Presentar la patente de aspirante
- Gozar de buena reputación profesional y personal
- No haber sido condenado por sentencia ejecutoriada por delito intencional
- Haber obtenido la calificación mínima de 70 puntos.

B.- FUNCION NOTARIAL

Se analiza la función notarial desde varios puntos de vista, primero estudia su carácter jurídico y expresa que la función notarial importa una actividad estrictamente jurídica, cabalmente legal y formalmente pública. Estrictamente jurídica por causa de los efectos que irradia; cabalmente legal por proceder de una sanción del estado; y formalmente pública por ejercerse bajo el cumplimiento de extremos que afectan a todos por igual. Dicho en otros términos, la función notarial tiene caracteres propios. (7)

Así mismo señala que la función notarial está precidida de condiciones y por estar nutrida de esta cualidad es -- una e indivisible. Opera con los límites y las característi-- cas que le compete según la ley de ordenamiento; por lo que se podría señalar que en cuanto a función notarial no hay unidad de caracteres precisamente porque el ordenamiento jurídico de los principios que rige a la ré pública no es normalmente uniforme.

También estudia la cuestión bajo el aspecto de carácter social, en el que señala que el valor del derecho no es puramente jurídico, es también económico y aún social por que en vuelve al hombre.

De aquí señala que la actividad funcional del notario se desarrolla en dos sentidos: público jurídico uno y ético so cial el otro. El aspecto público-jurídico permite a su titular disponer en vida o para después de su muerte de una cosa - independientemente del fin que lo motive, y registrar hechos - naturales y actos humanos sin importar la razón que los haya - determinado con tal que el acto que los documente se ajuste a los extremos lícitos.

En el aspecto ético-social, la función notarial im-- plica una actividad de interés general, que no está limitada - a determinados sectores sociales.

De igual manera apunta que el objeto y fin de la función pública es: 1) Documentar la relación jurídica para su se guridad, eficacia y estabilidad, esto es, para su resguardo, -

valor y duración en el tiempo; 2) Realizar la verdad documentándola jurídicamente y sancionándola de creencia pública.

El que su función sea documentar la relación jurídica no quiere decir que intervenga en todas las relaciones jurídicas, ya que el notario a cargo de la función pública, no puede desarrollar sino una actividad limitada, debido a que los actos y contratos que son de su fuero están taxativamente enunciados por la ley.

Pasando a otro autor, Díaz Mieres de una manera más escueta, explica que la función notarial es la de solemnizar y dar fe de los derechos y obligaciones de los hombres⁽⁸⁾. Señala que el notario desempeña una función social por excelencia, con una jerarquía de servidor público, y con el más alto concepto de responsabilidad profesional por el tipo de asuntos que le son encomendados.

Considera que la función notarial es encaminada a la aclaración de problemas y orientación a las partes de acuerdo con las leyes en el supremo afán de resguardar equitativamente sus intereses; siendo decisiva la autenticación de un acto o contrato por el notario, y que sobre tal acto o contrato no procede ya la revisión obligada de superiores.

Pérez Fernández del Castillo⁽⁹⁾ estudia la función notarial bajo tres aspectos. La primera como una función del orden público y señala que ésta es la que se deriva del artículo primero de la Ley de la materia, que señala específicamente

que la función notarial es de orden público.

Menciona que el notario actúa por delegación del estado, siendo facultad del poder ejecutivo la de nombrar a los notarios.

La segunda como una función de servicio público que satisface necesidades de interés social, de autenticidad, certeza y seguridad jurídica. Para él una de las finalidades del Estado es proporcionar seguridad jurídica, y ésta se realiza a través del servicio público notarial.

La tercera como una función política y ésta es la que se deriva de la obligación de colaborar en la actividad política. Esta función se encuentra regulada por el artículo 8° de la Ley del Notariado que establece:

Art. 8°.-...Así mismo estarán obligados a prestar sus servicios en los casos y términos que establece la Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos electorales.

Carral y de Teresa ⁽¹⁰⁾, define la función notarial desde el punto de vista de la relación de las partes con el notario, nos indica todo un procedimiento previo al otorgamiento de una escritura, y señala que la función notarial se inicia en la primera entrevista con las partes y no con la escrituración en el protocolo; la función notarial es profesional-documental; dualismo de la figura actual del notario.

Señala que la finalidad de la función notarial es perseguir tres finalidades: de seguridad, de valor y de permanencia.

nencia. Y que las características de la misma son: que es una función jurídica, privada y legal.

Es jurídica porque atiende a una necesidad de derecho, sea privado o público, aplicando la ciencia o la legislación. Es privada aunque es calificada con efectos de publicidad y de valor frente a terceros, semejantes a los efectos de una función pública. Es legal porque su única fuente es la Ley. Agrega que ni siquiera el nombramiento del notario proviene del Estado sino de la Ley, ya que el Estado no podría libremente escoger a la persona y nombrarla, pues ésta debe reunir determinadas calificaciones.

Para algunos autores como Monasterio y Galí, Vázquez Campo y Castilla, destacan como contenido preponderante de la función notarial, el dar visibilidad, exteriorización o forma a los actos y negocios que en los documentos notariales se recogen y a los derechos que de ellos surgen. (11)

De lo expuesto podemos concluir, arriesgándonos tal vez demasiado en nuestra afirmación, que son dos las funciones específicas de la actividad notarial: 1) La elaboración del Instrumento Público y 2) La fuerza que le dá al instrumento público la capacidad autenticadora y fedataria.

De estas funciones se derivan otras no menos importantes y que analizaremos a continuación, iniciando por lo que podría ser la Teoría del Instrumento Público.

a) INSTRUMENTO PUBLICO

La aparición del instrumento público es muy antigua, se remonta a muchos siglos atrás, asume los caracteres de un elemento vital para la historia de la sociedad. Primero fué un escrito auténtico en el que se consignaban hechos o títulos conforme a las leyes y después cuando se le agrega la actividad del notario que es su autor o constructor, su valor se convierte en el primer medio de prueba pre-constituida que inspira confianza.

Actualmente es el resultado inmediato de la actuación del notario y su fin es el de dar forma legal al contrato verbal que los particulares celebran ante notario, -- quien lo estructura jurídicamente y le da vida y existencia.

Por muchos autores se ha estudiado atribuyéndole como fin primordial el de pre-constituir prueba, pero hoy se ha llegado a la conclusión de que tiene más valor formar el negocio al momento de su nacimiento, que tratar de probarlo después.

La elaboración del instrumento público tiene varias finalidades específicas que trataremos de analizar a continuación.

Lo primero que debemos distinguir es el documento y la declaración, la declaración es un acto y el documento es

una cosa. Lo que importa en la eficacia de la declaración es el escribir, lo que importa para la prueba es lo escrito. El documento nunca es negocio, ni contrato, ni pacto, sino representación.

Una vez elaborado el instrumento tiene varios efectos y que suelen dividirse en tres: probatorios, formales y ejecutivos.

Por lo que respecta a los probatorios, el artículo 102 de la Ley del Notariado establece que en tanto no se declare la falsedad de una escritura, las actas y testimonios serán prueba plena de que los otorgantes manifestaron su voluntad de celebrar el acto consignado en la escritura, que hicieron las declaraciones y se realizaron los hechos de los que el notario dió fé y de que éste observó las formalidades correspondientes.

El documento notarial es la prueba preconstituída por excelencia. De la eficacia que se dé al instrumento público como medio probatorio en el litigio, dependerá la importancia práctica del mismo.

Es importante distinguir dos clases de proceso: el declarativo que es aquél en que cabe discutir en toda su amplitud la validez de los derechos pretendidos; y los procedimientos de tipo ejecutivo, en los que se trata de actuar un -

derecho que no permite que el instrumento sea objeto de discusión o lo permite dentro de un grado mínimo.

Por lo que respecta a los efectos formales, debemos entender que no todos los actos que están viciados por falta de forma serán nulos, habrá que analizar lo que la ley señala para cada caso; por ejemplo cuando el acto es solemne ya sea por precepto legal o por voluntad de las partes, si la escritura es nula el acto es inexistente.

Cuando se exige la forma no para la existencia sino para la validez del acto, se establece la nulidad relativa lo que implica que puede ser purgada por confirmación.

Cuando se escoge la forma libremente, pero no porque la ley obligara a las partes, sino porque éstas así lo decidieron, si la escritura es nula, el acto no es nulo, vale como contrato privado.

Por lo que respecta al aspecto ejecutivo del instrumento público, existe una presunción de validez de los derechos que de ellos nacen, por lo que se da al instrumento notarial fuerza ejecutiva en los procedimientos, eliminando o tratando de reducir las posibilidades de impugnación.

b) CONSERVACION DEL DOCUMENTO

Lo que hemos hablado al respecto del instrumento público, carecería de fuerza si no existiera una forma de conservar la labor realizada por el notario que finalmente queda - - plasmada en el documento notarial.

Es por eso que una de las finalidades específicas -- del notariado latino, y que constituye una diferencia tajante_ con otros sistemas notariales, es la conservación del documento, éste es que el notario tiene la obligación de conservar, - mediante la forma que establece la ley, el original del instrum^{en}to otorgado por las partes; éste le dá valor probatorio a - la operación que de no ser así no la tendría, además existe la posibilidad y la obligación de expedir a los interesados las - copias o testimonios que necesiten.

En nuestro país el sistema que se lleva para la conservación del documento es el del protocolo cerrado, pero aún_ y cuando fuera de otro tipo, se considera que en el sistema no_ tarial latino, la existencia y fundamentación del protocolo ra_ dican en los aspectos siguientes:

a) Permanencia documental de las relaciones jurídi-- cas.- Constituye una garantía que presta el estado para la - - efectiva perdurabilidad de los actos jurídicos que requieren - de la intervención notarial para su completa validez y efica--

cia legal.

b) Garantía de ejecutoriedad de los derechos.- Los protocolos son necesarios en todos aquellos casos en que la posesión de un título es requisito esencial para ejercitar o ejecutar un derecho, de tal forma que dicho derecho se halla incorporado en cierta manera al documento.

c) Autenticidad de los derechos.- Desempeña una función autenticadora en el sentido de que las reglas legislativas atinentes a la formación y conservación del mismo dificultan enormemente la posible y eventual suplantación de documentos autorizados, lo mismo que la interrelación de otros entre los que ya constan debidamente ordenados y fechados.

d) Publicidad de los derechos.- Cumple una labor de publicidad porque los actos o negocios jurídicos que autoriza un notario suelen afectar intereses de terceras personas que no han intervenido en su otorgamiento.

Constituye el protocolo el mejor procedimiento para que un documento esté al alcance de quién tenga interés en examinarlo y hasta sacar copia del mismo.

c) SATISFACTOR DE NECESIDADES DE INTERES SOCIAL

Al decir que una de las finalidades de la función notarial es el satisfacer necesidades de interés social, no queremos decir que su participación sea limitada a determinados sectores sociales, ya que ésta beneficia a todos por igual.

El concepto abarca la idea de necesidad social, tomando en cuenta que si nos remontamos al origen de la función podemos observar que surgió básicamente por la necesidad de brindar seguridad jurídica a las operaciones que se realizaban.

La actividad ejercida por el notario en su papel de asegurador de intereses económicos patrimoniales, traspasa los límites del ámbito privado y adquiere notoriedad y arraigo público, ya que el desenvolvimiento de sus quehaceres y su propia y expedita labor, la legitimación del instrumento que él redacta por virtud de sus atribuciones intelectuales, profesionales y jurídicos, significa la autoridad misma en función pública, actividad de gran extensión en el tiempo y en el espacio que por consultar un urgente fin jurídico se ha convertido en una función de extraordinaria valoración social. (12)

El derecho aparece por la apremiante necesidad de establecer un justo equilibrio garantizador de los intereses individuales y colectivos derivados de las relaciones sociales. Si tomamos como base el contrato social, el objetivo fué reducir -

al pueblo a un estado civil regido por un imperativo común: - la ley. Posteriormente nacen las instituciones dándole cuerpo al derecho, arraigándose la fé y así se vigorizó la función notarial. Sin embargo la institución notarial no aparece por disposición estatal sino por la necesidad de su existencia.

Surge como un elemento social proteccionista de las relaciones derivadas de la vida económica, y siempre unido -- con la fé pública; su evolución ha sido evidente y ha cimentado ciertos principios regulando y protegiendo la vida de contratación jurídica.

Por los antecedentes históricos que se han señalado así como los jurídicos, además de los que podrían agregarse, nos queda claro que la importancia de la función notarial y el papel que desempeña el titular de la actividad notarial, es de vital importancia para la sociedad. Así vemos que el notario desarrolla específicamente su actividad satisfaciendo una necesidad ya que al estar encargado de aplicar la ley en los contratos que autoriza, actúa como asesor, cualquier omisión o contradicción el debe aclararla, su función es también de evitar que los asuntos lleguen a tribunales, no en balde se señala que "Notaría abierta, juzgado cerrado".

Posee esencialmente un papel de conciliador, de árbitro entre las partes, y este papel pertenece a la jurisdicción voluntaria.

El Notario da vida a la ley, y esta vida es la expresión, tanto de la voluntad del legislador como la de las partes. Debe saber adaptarse tanto a los casos particulares como a las situaciones creadas por la evolución económica y social del país en que actúa.

C A P I T U L O III

CITAS

- (1) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO. Apuntes... Ob. cit.
pág. 1
- (2) COUTURE. Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo
II pág. 27
- (3) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO. Etica Notarial. --
págs. 27 y siguientes.
- (4) ESCRICHE. Diccionario razonado de Legislación.
- (5) AVILA ALVAREZ. Estudios de Derecho Notarial
- (6) NERI ARGENTINO. Ob. cit. Tomo I, pág. 378
- (7) Ob. cit. Tomo II, pág. 637
- (8) DIAZ MIERES. Derecho Notarial Chileno
- (9) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO. Derecho Ob. cit. págs.
156 y siguientes
- (10) CARRAL Y DE TERESA. Derecho... Ob. cit. págs. 96 y
siguientes
- (11) OLAVARRIA TELLEZ. Contenido y Fuentes del Derecho -
Notarial. Revista Jurídica Notarial
- (12) NERI. Ob. cit. Tomo I. págs. 314 y siguientes

C A P I T U L O I V

EL PROTOCOLO Y OTROS ELEMENTOS PARA EL
DESEMPEÑO DE LA FUNCION NOTARIAL

A.- EL PROTOCOLO

Concepto y origen

Existen varias acepciones de la palabra protocolo, etimológicamente; proviene del latín "protocullum" y éste a su vez proviene del griego "protokolton" cuya propia significación es de: "primera hoja encolada o engomada, de proto, primero, y Koltas.- pegar. Conforme la definición del Diccionario de Gonzalo de las Casas, Protocolo significa: "El instrumento en el que el Notario Público consigna los contratos que pasan ante él y entre las partes. El libro que forma el mismo funcionamiento con todos los protocolos que autoriza en el año". (1)

Ahora bien, conceptos de protocolo existen diversos, quizá tantos como autores de derecho notarial existen pero podemos anotar la del autor Gómez del Mercado citado por José M. Mustapich, quien nos dice que "Protocolo es la colección ordenada cronológicamente de escrituras, testamentos y actas autorizadas por fedatario en un año y conservadas para siempre, como propiedad del Estado en uno o más tomos, observando en la redacción y solemnidad de aquéllos y en la formación y encuadernación de los referidos tomos las disposiciones referentes a la conservación de los mismos". (2)

Otro concepto es el que brinda el autor Enrique Giménez Arnau, quien nos dice que la palabra protocolo "corresponde en su sentido actual a la idea de colección ó libro de instrumen

tos públicos notariales". (3)

Encontramos una definición que da la Ley del Notariado Española, la cual también nos da una idea clara del significado, citada por el autor Escobar de la Riva, nos dice que la mencionada ley en su artículo 17, establece: "Se entiende por protocolo la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año, y se formalizarán en uno o más tomos encuadernados, foliados en la letra y con los demás requisitos que se determinen en las instrucciones del caso". (4)

La Ley del Notariado para el Distrito Federal define al Protocolo como: "el libro o juego de libros autorizados por el Departamento del Distrito Federal, en los que el Notario, durante su ejercicio, asienta y autoriza, con las formalidades de la presente ley, las escrituras y actas notariales que se otorguen ante su fé".

Al mencionar estos conceptos podemos observar que son muy semejantes entre sí y que en el fondo encierran la misma idea, la conservación del instrumento notarial.

Por otra parte, en cuanto a su naturaleza y función podemos decir que el protocolo es público en cuanto que no es un patrimonio propio del notario, sino un depósito que el Estado le confía como consecuencia de la función. Más este carácter público no equivale a que haya de serlo su contenido; una cosa es la solemnización o intervención oficial de los actos priva-

dos, de los que se infiere a quien corresponde la propiedad del protocolo y otra cosa es que los actos protocolizados hayan de guardarse con la debida reserva que impone de modo directo la Ley. (5)

En cuanto a la función notarial, el autor Sa--
las nos dice que: "el protocolo notarial constituye una garan
tía que presta el Estado para la efectiva perdurabilidad de -
los actos jurídicos que requieren de la intervención notarial
para su completa validez y eficacia legal; los protocolos evi
tan que se pierdan instrumentos públicos, los cuales en manos
de las partes, están sujetos al enorme riesgo de que resulten
extraviados. (6) También desempeñan una función autenticadora -
en el sentido de que las reglas legislativas atinentes a la -
formación y conservación del mismo dificultan enormemente la -
posible y eventual suplantación de documentos autorizados, lo
mismo que la interrelación de otros entre los que ya constan -
debidamente ordenados y fechados.

Otra de sus funciones consiste en una labor de publi-
cidad, ya que los actos o negocios jurídicos que autoriza un
Notario, suelen afectar intereses de terceras personas que no
han intervenido en su otorgamiento y en consecuencia, el pro-
tocolo constituye el mejor procedimiento para que un documen-
to esté al alcance de quien tenga interés en examinarlo y hag
ta sacar copia del mismo.

En resumen, nos dice el autor, que la existencia del protocolo, se justifica porque realiza una finalidad que consiste en otorgarles permanencia documental a las relaciones jurídicas.

Por lo que se refiere a las clases de protocolos podremos decir que existen tres: Protocolo Ordinario, Protocolo Especial y Protocolo Abierto.

Protocolo Ordinario.- Este es el juego de libros que utiliza el notario diariamente para asentar los hechos y actos jurídicos en los que intervenga bajo su fe. Se encuentra definido por el Art. 5º de la Ley del Notariado vigente en el D.F. y regulado por los artículos 42 y siguientes en cuanto a las formalidades que debe llenar para su uso.

Protocolo Especial.- Es aquel que se utiliza para asentar los actos en los que interviene alguna de las dependencias del Estado como enajenante o adquiriente. Actualmente es sustituido por el Protocolo abierto Especial.

Protocolo Abierto.- Se conoce así por el sistema peculiar como se usa. Consiste en utilizar hojas sueltas debidamente foliadas y autorizadas para constituir después de cierto número de escrituras un libro encuadernado.

Por ser este tipo de protocolo el tema central de este

trabajo nos limitaremos a dar esa vaga explicación y entraremos más a fondo en el capítulo correspondiente.

Por lo que se refiere al origen del protocolo, sabemos que nació de la costumbre que seguían los particulares de dejar documentos donde constaban sus convenciones, en manos del notario que redactaba y dirigía las mismas. Así el notario fué ante todo redactor y director jurídico, después archivero, para pasar en otra etapa posterior a ser testigo de mayor excepción y funcionario auténticamente.

En Roma encontramos que la costumbre fué hacer apuntes o notas de los actos y contratos que se les encargaban, redactar notas que conservaban después de entregar a las partes el documento encomendado. Por la novela "presente legi", de Justiniano se puede deducir que se llamaba protocolo a ciertos extractos que contenía cada contrato y que era tan importante -- que la falta de él acarreaba la nulidad de dicho contrato. Nos dice Mustapich, en su tratado Teórico Práctico de Derecho Notarial, que en el año 805 en los capitulares de Carlomagno encontramos que tanto los Condes como los Obispos siempre actuaban junto con sus escribanos quienes redactaban los actos y que entregaban sus asientos a los condes u obispos de quienes dependían. (7)

En cuanto al origen del protocolo en España, nos narra Escobar de la Riva que el antecedente más antiguo se loca

liza en el Fuero Real; su Ley 2 Título VIII, libro 1, dispuso que era obligación de los escribanos públicos que tomaren nota de las cartas que redactaban para que en caso de que las mismas se extraviaran o destruyeran existiera un documento de prueba para saber su contenido. (8)

Por otra parte, la Ley 9 Título X, partida 3a. impuso a los escribanos que contuviese las notas de las cartas redactadas. Pero parafraseando al autor, donde verdaderamente se encuentra el origen del protocolo en España, es en la Pragmática de Alcalá, dada por los Reyes Católicos el 7 de Junio de 1503, de la cual transcribimos unos renglones:

"Mandamos que cada uno de los Escribanos haya de tener y tenga un libro de protocolo encuadernado de pliego de papel entero, en el cual haya de escribir y escriba por extenso las notas de las escrituras que ante él pasaren, y se hubieren de hacer; en la cual dicha nota se contenga toda la escritura que hubiera de otorgar por extenso, declarando las personas que la otorgan y el día y el mes y el año y el lugar o casa donde se otorgan y lo que otorga; especificando todas las condiciones y partes y cláusulas y renunciaciones y remisiones que las dichas partes asientan... y que en las escrituras, que así dieren asignadas, ni quiten ni añadan palabra alguna de lo que estuviere en el registro, salvo la suscripción y que aunque tomen las tales escrituras por registro memorial o en otra manera, que no las den signadas, sin que primeramente se asienten

en el dicho libro y protocolo, y se haga todo lo susodicho; so pena que la escritura, que de otra manera se diese signada, -- sea en sí ninguna, y el escribano que la hiciere, pierda el -- oficio y donde en adelante sea inhábil para haber otro, y sea_ obligado a pagar a la parte interés". (9)

Consideramos muy interesante esta pragmática y por -- ello anotamos a nuestro juicio la parte más importante de ella.

En cuanto al origen del protocolo en México, resulta -- interesante citar la Constitución del Emperador Maximiliano, -- la cual estableció que cada Notario debería procurar por todos modos tener y conservar con gran cuidado y dejar después de sí, un protocolo en el cual debía inscribir por el mismo, cada uno de los actos que hubiere autorizado haciéndolo claro está por_ orden cronológico; y registrado las copias de los instrumentos que fuesen sacados de allí concordando palabra por palabra. -- Creemos que con esta última nota debe darse por concluido el -- punto del origen del protocolo.

Sin embargo hay quienes opinan que el protocolo es un_ complemento de la función notarial, y no un elemento absolutamente necesario; creemos que esta afirmación es un poco arries_ gada por lo que haremos un breve análisis de la justificación_ de su función, basándonos en los siguientes puntos:

a) Permanencia documental de las relaciones jurídicas.

El protocolo constituye una garantía que presenta el estado para la perdurabilidad de los actos jurídicos que requieren de la intervención notarial. La existencia de protocolos evita la pérdida de instrumentos públicos que quedando en manos de las partes caerían en el riesgo de ser extraviados acarreado la pérdida de la prueba del derecho consignada en los mismos

b) Garantía de ejecutoriedad de los derechos.

También se justifica su existencia por la razón de que es conveniente que los interesados tengan a su disposición una prueba fehaciente sobre los derechos y relaciones jurídicas incorporadas en tales documentos.

En este sentido SANABUJA afirma que "si existe el protocolo, demostrada la pérdida de la copia ejecutiva que el acreedor tenía en su poder se facilita de una manera expedita la obtención de un nuevo ejemplar que supla la primera copia. Es pues, también el protocolo una garantía de ejecutoriedad".⁽¹⁰⁾

c) Autenticidad de los derechos

Constituye una función autenticadora en el sentido de que debido a las reglas legislativas que establecen cómo se forma y se conserva el protocolo, resulta muy difícil una posible suplantación de documentos, así como interrelación de otros en

tre los que ya constan debidamente ordenados y fechados.

d) Publicidad de los derechos

El notario al autorizar actos jurídicos, éstos suelen afectar intereses de terceras personas, quienes podrán solicitar, si así amerita su derecho, una copia o la simple vista del documento en cuestión.

Para concluir diremos que la existencia del protocolo se justifica porque realiza una finalidad principal que consiste en otorgarles permanencia documental a las relaciones jurídicas.

Comparación legislativa de la Ley del Notariado de 1901, Ley del Notariado para el Distrito y Territorios Federales de 1932 y de 1945, al respecto del Protocolo.

Estas tres leyes tienen un denominador común, establecen que el protocolo debe ser "cerrado" es decir empastado, -- con las fojas numeradas progresivamente, y una foja al principio y sin autorización destinada al título del libro.

Por lo que respecta a la autorización, la ley de 1901 señalaba que para obtener más protocolos, se requería el acuerdo de la Secretaría de Justicia; sin embargo a raíz de la creación del Archivo General de Notarías se le dá ingerencia, y es en la ley de 1945 en la que se establece su intervención y la de un funcionario delegado del Jefe del Departamento del Distrito Federal.

Por lo que hace a la cantidad de protocolos, en la ley de 1901, se permitía que fueran hasta cinco. Posteriormente se amplió a diez en las siguientes leyes.

En todas se establece que el notario solo puede dar fé en el protocolo y únicamente está autorizado para incluir en él escrituras y actas notariales.

SU SITUACION VIGENTE

a).- Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1930

En ésta se regula lo relacionado al protocolo en el capítulo III artículos 42 y siguientes, señalando que el protocolo es el libro o juego de libros autorizados por el Departamento del Distrito Federal, en donde el notario durante su ejercicio asienta las escrituras y actas que se otorguen ante su fé.

Los notarios deberán solicitar al Departamento del Distrito Federal, la autorización del número de libros que se vayan a utilizar, los cuales no podrán ser nunca más de 10 en cada ocasión. Por práctica y por costumbre, los notarios solicitan autorización por 10 libros cada vez.

Señala que en la primera página útil de cada libro el Departamento del Distrito Federal pondrá la razón de autorización en la que consten el lugar y fecha de la misma, el número que corresponda al libro, el número de páginas útiles, (inclusive la primera y la última; el número de notaría, nombre y apellidos del notario y por último la expresión de que ese libro sólo debe utilizarse por el notario o por su asociado o quien lo sustituya en el cargo.

Al final de la última página, se pondrá una razón de entrega sellada y suscrita por el titular del Archivo General de Notarías.

En el artículo 48 establece que los libros del protocolo deberán estar encuadrados y empastados, y cada uno - - constará de ciento cincuenta hojas foliadas, o sea trescientas páginas, más una hoja al principio sin numerar para el título del libro.

Las hojas de los libros de protocolo serán de papel blanco, uniformes de 34 cm. de largo por 24 cm. de ancho, en su parte utilizable, con un margen izquierdo de 8 cm. separado por una línea de tinta roja. también se dejarán siempre en blanco una faja de un centímetro y medio de ancho por el lado del dobles del libro y otra faja igual a la orilla para proteger lo escrito.

Tanto los libros como las escrituras y actas notariales se numerarán progresivamente. La numeración de las escrituras y actas incluirá aquellos instrumentos que no hayan pasado.

En el artículo 52 y siguientes, señala como se debe proceder cuando el protocolo esté por terminarse, estableciendo que se comunicará por escrito al Departamento del Distrito Federal; y cuando no se pueda dar cabida a otro instrumento - en los libros que tenga en uso, se asentará una razón de terminación, con expresión de la fecha y la hora de su asiento, el nú

mero de páginas utilizadas e instrumentos asentados.

Como podemos ver, el papel del protocolo en el desempeño de la función notarial es muy importante, como afirma González Palomino "el protocolo es el ancla de fijación del Notario", no es estrictamente fijación territorial, sino que la calidad formal de los documentos en que interviene el Notario, la adquieren con el requisito complementario y posterior de quedar incorporado al protocolo.

LEY GENERAL DE BIENES NACIONALES

Esta ley en su artículo 72 establece la actuación del Notario en los actos jurídicos en los que intervenga como parte el Gobierno Federal. La dependencia encargada de hacer el nombramiento al notario para poder actuar como fedatario en esas operaciones, es la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología.

Según lo que se dispone, el Notario del Patrimonio del Inmueble Federal tendrá la obligación de llevar un protocolo especial para plasmar los actos jurídicos relacionados sobre bienes inmuebles en los que intervenga el Gobierno Federal, además deberá llevar los respectivos apéndices e índices que son independientes de los que por ley se deban llevar para el protocolo ordinario.

Este protocolo deberá ser autorizado por las autoridades locales competentes que en el caso del Distrito Federal serán la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos y el Archivo General de Notarías, además de la autorización de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología.

LEY ORGANICA DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL

Esta ley en su artículo 39 señala la obligación del Notario de llevar un Protocolo Especial en el que se harán constar los actos y contratos en los que intervenga el Departamento del Distrito Federal, dicho protocolo deberá tener su propio apéndice e índice.

El 28 de Noviembre de 1983 se publicó un decreto reformando el segundo párrafo de este artículo, quedando en lo sucesivo la obligación de poner las siglas P.E. en los folios que integren dicho protocolo.

Ahora bien, con las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 13 de Febrero de 1986, en la que se crea el Protocolo Abierto Especial, queda derogado este artículo, para que en lo sucesivo se rijan con lo establecido en la Ley del Notariado y que comentaremos en el capítulo respectivo.

Siguiendo el orden del autor Pérez Fernández del Castillo, en los siguientes puntos hablaremos del Índice, Gufa, - Sello, Notaría, Oficina, Rótulo y Archivo. (11)

B.- INDICE

Entendemos por índice a la libreta donde se localizan por orden alfabético los instrumentos que ha autorizado el notario; el cual se lleva por duplicado de cada protocolo y es - en el que se asientan el nombre de las personas que han participado en una escritura o acta, así como la fecha y número del instrumento.

Conforme al artículo 59 de la Ley del Notariado vigente para el Distrito Federal, encontramos lo siguiente:

"Los Notarios tendrán obligación de llevar por duplicado y por cada juego de libros, un índice de todos los instrumentos que autoricen, por orden alfabético de apellidos de cada otorgante y de su representado, en su caso, con expresión de la naturaleza del acto o hecho, el libro y número de página y el número y fecha de la escritura o acta. Al entregarse los libros del protocolo a la Dirección del Registro Público de la Propiedad, acompañará un ejemplar de dicho índice y el otro lo conservará el notario".

C.- GUIA

La Guía básicamente es un apoyo administrativo interno en una Notaría. Esta se lleva por orden progresivo de escrituras, señalándose el acto realizado, los otorgantes y los trámites posteriores a la firma de una escritura. Aunque no existe la obligación de su uso, ya que no está contemplada dentro de nuestra legislación, resulta ser de gran utilidad ya que permite tener un control estricto de la tramitación posterior de un instrumento.

D.- SELLO

El notario tiene la obligación, para poder ejercer sus funciones, de emplear un sello de autorización para todos los documentos que sean pasados ante su fé. Según el criterio de algunos tradistas, el sello es el instrumento que emplea el notario para ejercer su facultad notarial o bien es el símbolo del Estado con el cual el notario da fé pública. Es de tal importancia que la falta de sello en un instrumento notarial acarrea la nulidad del mismo.

Conforme al artículo 39 de la ley de la materia encontramos lo siguiente.

"Artículo 39.- El sello de cada notario tendrá forma circular con un diámetro de cuatro centímetros, en el centro -

el Escudo Nacional y alrededor de éste la inscripción, México, Distrito Federal, el número de la notaría y el nombre y apellidos del notario".

"Artículo 40.- El sello de notario se imprimirá en el ángulo superior izquierdo del anverso de cada hoja del libro - que se vaya a utilizar".

El sello debe aparecer en todos los documentos que ex pida el notario, en ejercicio o en relación con su función notarial.

Para el caso de robo o extravío, el notario deberá in mediatamente que tenga conocimiento de ello, levantar un acta ante el Ministerio Público para solicitar uno nuevo en el Departamento del Distrito Federal, y deberá también comunicar de la pérdida o robo a la Dirección General Jurídica y de Gobierno y a la Dirección del Registro Público de la Propiedad.

Para el caso de que el sello se inutilice o deba depositarse, éste deberá hacerse en el Archivo General de Notarías.

E.- NOTARIA

A la palabra Notaría se le atribuyen diversas signifi caciones: De notaría como ciencia o arte por hablar de los escri tores antiguos, hubo incluso cátedras de este nombre. Existe - un excelente texto de derecho notarial llamado "TRATADO DE NO-

TARIA".

En las disposiciones legales cuando se habla de notaría se puede referir a las poblaciones, para cuyo servicio y del distrito en que están enclavadas se asigna un notario.

Finalmente se habla de notaría como un establecimiento en el que el notario realiza habitualmente su trabajo que pone a disposición del público.

Ahora bien, la notaría no es una oficina con personalidad propia en la que el notario sea un mero accesorio; sino que por el contrario, para el notario es escenario normal en él que realiza su función. Conforme al Reglamento Notarial especial nos dice el autor González Palomino, notaría, es el estudio del notario instalado en condiciones adecuadas y decorosas para el ejercicio de su ministerio y es también el archivo en que el notario custodia la documentación general y particular que se le confía. (12)

En cuanto a la notaría como domicilio; el domicilio, según lo establece el Código Civil en su artículo 29 es el lugar donde una persona física reside con el propósito de establecerse en él, a falta de éste, el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios, y a falta de uno y otro el lugar en que se halle.

El notario puede establecer su domicilio en el mismo inmueble en el que tiene su oficina por razones de economía, de comodidad y de mejor cumplimiento de su función, pero no es obligatorio el que coincidan notaría y domicilio particular.

Una de las limitaciones para el notario es que no puede tener más de un despacho.

La Notaría como archivo.- Se impone al notario la obligación de tener centralizado bajo su inspección y dirección, la documentación general y particular que se le confía. Por razón de su cargo el notario tiene confiado un archivo integrado por los protocolos.

El archivo aumenta ya que conserva todos los protocolos que vaya autorizando y puede disminuir ya que puede depositar parte de su protocolo en el archivo General de Notarías.

F.- OFICINA

Seguendo la definición de Pérez Fernández del Castillo, por oficina se entiende el lugar físico donde se establece la notaría, dentro de la demarcación de una Delegación Política, es precisamente el domicilio legal del notario donde recibe a todos los interesados, y donde conserva y guarda el protocolo, apéndice, guía, sello y archivo.

Según el artículo 28 de la ley de la materia nos dice:
"Para que el notario pueda actuar debe: Fr. IV establecer la --
oficina para el desempeño de su cargo, atendiendo a lo estable-
cido en la Convocatoria.

G. ROTULO

Se define como el anuncio colocado en la puerta de la
oficina con el nombre y apellido del notario y número de la no-
taría, este elemento no está incluido en la legislación vigen-
te, únicamente se incluyó en la ley de 1945.

H. ARCHIVO

Para que el Notario pueda realizar la función de con-
servación de los documentos, resulta imprescindible el llevar
un archivo. Este archivo no es público, sólo puede consultar-
lo el interesado o quien tenga derecho legalmente. El Notario__
guarda los documentos relacionados con los instrumentos otorga-
dos ante su fé, en el apéndice y tiene obligación de conservar__
los por cinco años; después de este tiempo remite los apénci-
ces y protocolos al Archivo General de Notarías; sin embargo -
actualmente debido a la gran acumulación de Protocolos en el -
Archivo General de Notarías, no se están recibiendo protocolos.

Por lo que se refiere al Archivo General de Notarías__
del Distrito Federal, fué creado por la ley del 11 de Noviem--

bre de 1901, y tiene como finalidad la guarda de los documentos notariales. A partir de la formación de este archivo, se recopilaban los protocolos que estaban en poder de los notarios del Ayuntamiento, y del Archivo General de la Nación.

Actualmente el Archivo General de Notarías es una dependencia del Departamento del Distrito Federal, y está regulado por la ley del notariado para el Distrito Federal y por el reglamento del Registro Público de la Propiedad.

A continuación reproduciremos los artículos de la Ley del Notariado que consideramos más importantes en lo referente al Archivo:

"Art. 146.- El Archivo de notarías dependerá del Director del Registro Público de la Propiedad que ejercerá sus funciones de acuerdo con esta ley y con el reglamento interior de la citada Dirección.

Art. 147.- El archivo de Notarías se formará:

I.- Con los documentos que los Notarios remitan a éste, según las prevenciones de esta ley;

II.- Con los protocolos cerrados y sus anexos, que no sean aquéllos que los notarios puedan conservar en su poder;

III.- Con los sellos de los notarios que deban deposi

tarse o inutilizarse conforme a las prescripciones de esta ley.

IV.- Con los expedientes, manuscritos, libros y demás documentos entregados a su custodia o que sean utilizados para la prestación del servicio del Archivo.

Art. 148.- El Archivo General de Notarías es público, respecto a todos los documentos que lo integran con más de setenta años de antigüedad y de ellos expedirá copias certificadas a las personas que así lo soliciten, exceptuándose aquéllos documentos sobre los que la ley imponga limitación o prohibición. En relación con los documentos que no tengan esa antigüedad, sólo podrán mostrarse y expedir copias certificadas a las personas que acrediten tener interés jurídico en el acto o hecho de que se trate, a los notarios o a la autoridad Judicial.

CITAS

- (1) DE LAS CASAS. Diccionario T. VII. Voz Protocolo. pág. 76. Citado por MUSTAPICH. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial. Tomo I. pág. 145
- (2) MUSTAPICH. Ob. cit. pág. 146
- (3) GIMENEZ ARNAU. Instituciones de Derecho Notarial. -- Tomo II. pág. 272.
- (4) ESCOBAR DE LA RIVA. Tratado de Derecho Notarial. pág. 505
- (5) GIMENEZ ARNAU. Ob. cit. pág. 247
- (6) SALAS. M. OSCAR. Derecho Notarial. págs. 412 y sigs.
- (7) MUSTAPICH. Ob. cit. pág. 148
- (8) ESCOBAR DE LA RIVA. Ob. cit. pág. 148
- (9) LOPEZ PALOP. Citado por ESCOBAR DE LA RIVA. Ob. cit. pág. 509
- (10) SANAHUJA. Tratado de Derecho Notarial. Citado por SA LAS M. Ob. cit. pág. 414
- (11) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO. Ob. cit. pág. 103
- (12) GONZALEZ PALOMINO. Instituciones de Derecho Notarial. Tomo I. pág. 365

CAPITULO V

PROCOLO ABIERTO

PROTOCOLO ABIERTO

1.- CONCEPTO

Se le llama así para diferenciarlo de algún modo con el concepto que conocemos, correspondiente al juego de libros empastado, cada uno de trescientas fojas, foliadas y con las características que señala la Ley del Notariado para el D.F. en los artículos 42 y siguientes, y que señalamos en el capítulo anterior.

En nuestra legislación se designa Protocolo al libro en el que se asientan los hechos y actos jurídicos que pasan ante la fé del Notario, sin embargo consideramos que debe ser el conjunto de instrumentos contenidos en un libro, ya sea previamente empastado, o con posterioridad.

Así como el concepto de Protocolo tradicional o cerrado queda perfectamente claro, no sucede lo mismo con el del Protocolo Abierto, doctrinalmente no se le dá esta designación y por el nombre se presta a confusiones pudiéndose pensar que se refiere a "Abierto" por su acceso a todo el público.

Como se mencionó, los tratadistas en general no le llaman de esta forma, sino que se refieren únicamente al sistema de formación, por folios autorizados, numerados y empastables una vez transcurrido cierto tiempo o número de escrituras.

Este sistema es llevado en algunos países de centroa-

mérica y América del Sur (Panamá, El Salvador, Chile, Argentina, etc.). Así como en algunas legislaciones españolas.

La forma en que se lleva, con algunas variantes propias de cada legislación, es la siguiente:

Ya sea que el Notario se provea por su propia responsabilidad de una cantidad determinada de folios, debidamente autorizados, sin encuadernar; o que exista una dependencia especialmente autorizada para distribuirlos. En cualquiera de los dos casos, existirá una oficina designada para llevar un estricto control y marcar de una manera efectiva cada folio -- por utilizar, de igual manera se lleva un estricto control en lo que se refiere al número de folios proporcionados para cada Notario.

En algunos países después de cierto número de folios ya utilizados, es decir aquellos en los que se haya hecho constar algún acto o hecho jurídico, se encuadernan en varios volúmenes- como todas las escrituras deben ir fechadas, su encuadernación debe hacerse del mismo modo, es decir progresivamente a la fecha de la escritura. En otros países la encuadernación se hace cada año, de tal manera que las escrituras de un año no podrán quedar empastadas en las del siguiente.

II.- INCLUSION EN NUESTRA LEY

El 13 de febrero de 1986, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, una adición a la Ley del Notariado para el Distrito Federal, en la que se establece el uso del Protocolo Abierto, dicha adición quedó establecida en la Sección Quinta con el título "Del Protocolo Abierto Especial".

Está integrado por quince artículos numerados del 59-A al 59-O entre sus disposiciones más importantes se encuentra la que señala que este tipo de protocolo se utilizará únicamente en actos y contratos en los que intervenga el Departamento del Distrito Federal. En este mismo protocolo se podrá también asentar las actas y escrituras en que intervengan las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal en los programas de vivienda.

Consideramos que el legislador incurrió aquí en una falla al señalar que "el protocolo abierto especial se utilizará para actos y contratos", ya que con haber añadido jurídicos los contratos quedarían implícitos.

III.- INTEGRACION Y FUNCIONAMIENTO (1)

En el artículo 59-B se establece la forma como habrá de integrarse el Protocolo Abierto especial, señalando que estará formado por hojas folladas, selladas y perforadas a las que se llamará folios, integrados a su vez a su apéndice.

Los folios deben utilizarse en forma progresiva por ambas caras y los instrumentos se ordenarán en volúmenes que tendrán siempre los folios en que se contengan cien instrumentos contándolos por centenas cerradas incluyendo los que no pasaron.

El Protocolo Abierto Especial, estará dividido en tomos y éstos a su vez en volúmenes. Cada diez volúmenes constituirán un tomo.

Todos los instrumentos, volúmenes y tomos que integran el Protocolo Abierto Especial, deberán ser numerados progresivamente con numeración independiente del protocolo ordinario y llevando después del número de la escritura, tomo o volumen las siglas P.A.E.

Como un acierto del legislador, se delegó en el Consejo de Notarios del Distrito Federal la tarea de proveer a los notarios, a costa de éstos, de los folios necesarios para asentar los instrumentos, (Art. 59-D), los cuales tendrán las características siguientes:

a).- Deberán ser uniformes, de 34 cm. de largo por 23½ de ancho, con un margen de un centímetro y medio en su orilla externa. Ignoramos porqué se eliminó el margen de 8 cm. en las anotaciones.

b).- Deberán tener impreso o grabado el sello del Colegio de Notarios y foliados respecto de cada Notaría progresivamente, auteponiendo el número de la Notaría en la cual se rán utilizados. En el caso de los notarios asociados se señalarán los números de cada notaría.

Los notarios entregarán los folios al Departamento - del Distrito Federal, para que les sean devueltos debidamente autorizados mediante perforaciones.

Para asentar las escrituras y actas se podrá utilizar cualquier procedimiento de escritura o impresión que sea firme, indeleble y legible. Sólo en casos urgentes a juicio del notario podrán ser manuscritas.

No podrán escribir más de cuarenta líneas por página y deberán quedar a igual distancia unas de otras. Cada línea no podrá tener más de dieciseis centímetros de largo.

Establece la obligación del uso de un libro de control por cada tomo del Protocolo Abierto Especial, el cual deberá estar encuadernado y sólidamente empastado. En dicho libro se hará constar de inmediato el número de instrumento que se haya otorgado, la fecha, los números del primero y último folios en los que fué asentado, la naturaleza del acto jurídico que contenga y los nombres de las partes. Al terminar cada hoja de este libro asentará su firma y sello de autorizar.

Ignoramos cual fue la intención del legislador con esta disposición, cierto es que no es propiamente la del Índice ya que claramente establece que el libro no será enviado al Archivo General de Notarías, tal vez sea el darle reconocimiento a la guía que tiene más o menos las características señaladas, sin embargo, el legislador no le dá ningún nombre.

En el artículo 59-J se señala el procedimiento para el caso de la inutilización de un folio, en cuyo caso se hará la sustitución de él o los folios inutilizados por otros aunque no sean de numeración progresiva pero que sean de los que se están utilizando, el mismo día, debiendo tomar nota en el libro del que hablamos en párrafos anteriores. Además de lo dicho anteriormente, se debe asentar al pie de la escritura antes de las firmas, el número de los folios utilizados, así como de los inutilizados; en el folio cuyo número siga al intercalado se asentará una mención de que el faltante entre Aquel y el que le precede se usó en sustitución de otro con numeración anterior y de los números de folios entre los cuales quedó el intercalado.

Consideramos que el procedimiento es muy complicado, sobre todo si pensamos en aquellas notarías que por el volumen de trabajo les sería muy difícil el intercalar un folio, asentar la razón, etc. Por otro lado no prevé la situación de la pérdida de uno o varios folios ya utilizados, es decir con un

instrumento o acta ya asentados en ellos.

En sus últimos artículos se establece el procedimiento del cierre de un tomo, que prácticamente es el mismo al que se lleva actualmente, debiendo asentarse una "razón" de terminación, indicando la fecha del asiento, el número de folios utilizados e instrumentos asentados, poniendo al calce de la misma su firma y su sello de autorizar. Para esto, tiene un término de treinta días contados a partir de la fecha de firma del último instrumento otorgado y que constituya la terminación de un tomo.

La hoja en la que conste la razón se agregará al final del último de los volúmenes que forman el tomo y el Notario comunicará al Archivo General de Notarías el contenido de la terminación.

Por lo que respecta a la obligación de señalar en la razón de terminación el número de los instrumentos asentados, ---- según lo dispone el artículo 59-B---- los volúmenes deberán estar integrados siempre por cien instrumentos, lo que quiere decir que si el tomo está integrado por diez volúmenes, el total deberá ser de mil instrumentos, por lo que resulta -- inútil la disposición.

En cuanto a la obligación de dar aviso al Archivo General de Notarías consideramos que no tiene razón de ser debi-

do a que el objetivo del aviso al Archivo, en el Protocolo Ordinario es el demostrar la terminación del Protocolo para iniciar uno nuevo; lo que no sucede en el caso del P.A.E. ya que, el -- que se complete un tomo (diez volúmenes con 100 instrumentos cada uno) no implica que no se tengan más folios para seguir trabajando, lo que no sucede con el Protocolo Ordinario que cuando se pone la razón de terminación es porque ya no puede usarse -- más.

Señala un término de seis meses para encuadernar los volúmenes. Consideramos que este término es muy amplio, se desprotege a las partes, ya que se presta a una posible substracción o pérdida de algún folio o instrumento.

Dentro de los treinta y cinco días naturales siguientes a la fecha de terminación del tomo, inmediatamente después de la razón señalada, se hará constar el número del mismo, así como el de volúmenes que contiene; el número de hojas de que consta cada volumen el número de instrumentos contenidos en el tomo, (nuevamente el legislador incurrió en el mismo error señalado anteriormente) señalando el número correspondiente al primero y al último de los instrumentos asentados y, señala la ley, que "eventualmente" los números de los instrumentos que no están autorizados, debiendo anotarse la razón por la que no lo están al calce de esta nota el notario asentará su firma y sello de autorizar.

Consideramos que el legislador debió ser más preciso, ya que "eventualmente" implica una situación basada en un criterio personal, y sería conveniente uniformar; o existe la obligación de señalar la razón de los que no estén autorizados o no existe tal obligación.

Posteriormente señala que dentro de los 30 días hábiles siguientes a la fecha en que deba estar encuadernado cada tomo, es decir casi 7 meses y medio después, se enviará al Archivo General de Notarías, quien revisará la exactitud de la razón de cierre y devolverá el tomo dentro de los 5 días hábiles siguientes.

Casi para finalizar, y un poco fuera de lugar para -- nuestro gusto, se establece que en el último folio utilizado de cada escritura el notario pondrá después de la autorización preventiva o definitiva, cuando la primera no sea necesaria, - el encabezado "Notas Complementarias"; consignando ahí las anotaciones que en el protocolo ordinario se hagan marginalmente. Si no hubiera suficiente espacio, dichas anotaciones se harán en una o varias hojas selladas y firmadas por el notario, consignando el número de escritura que corresponda. Dichas hojas se agregarán al apéndice.

Finalmente en el último artículo de la sección del -- P.A.E., dispone que se aplicarán a éste las demás disposiciones de la Ley que no se opongan a lo establecido.

Por lo que respecta a lo establecido para las "Notas complementarias" consideramos que es un error el establecer que si no hay suficiente espacio se deban mandar al apéndice en una hoja por separado, ésto es poco práctico, además de que esta -- disposición surge de la omisión en el ancho de los folios.

Además de lo ya establecido, existen otras disposiciones, en la misma Ley del Notariado, que se relacionan con el -- funcionamiento del Protocolo Abierto Especial; así en la parte final del artículo 68 se establece que cuando existan adiciones y éstas no se puedan añadir en el folio en el que hubiere terminado la redacción de la escritura y ya se hubiere utilizado el siguiente, se podrá utilizar uno o más diferentes siguiendo el procedimiento que se establece para el caso de inutilización de un folio.

Por otra parte el artículo 69 establece que la autorización definitiva que deba hacer el notario, para el caso del - Protocolo Abierto Especial, la asentará inmediatamente después de la nota complementaria en la que se indique que todos los requisitos anteriores para esa autorización están satisfechos.

IV.- ALGUNAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL USO DEL PROTOCOLO ABIERTO.

Para poder hacer un análisis completo de lo que serían las ventajas y desventajas del uso del protocolo abierto es necesario hacer una reco

pilación de lo mencionado anteriormente en este trabajo, respecto del Protocolo, retomando conceptos y principios generales -- doctrinales relativos a éste.

Así podemos ver, desde el punto de vista histórico, -- que en tiempos de Justiniano se llamaba Protocolo al extracto -- con que se encabezaba la carta o instrumento, así el concepto -- va evolucionando hasta llegar a denominarse así, a la colección de instrumentos otorgados ante el Notario, sin embargo su objetivo siempre ha sido el de la conservación del documento en el -- que consta la voluntad de las partes ante el fedatario público.

Como pudimos ver en el Capítulo Histórico de este trabajo, la obligación del Notario de conservar el documento era -- uno de los aspectos que daba a su intervención más fuerza por -- la seguridad que ello implicaba.

De ésto podemos afirmar que la existencia del Protocolo surge de la necesidad de conservar lo asentado ante la fé -- del Notario y prevalece en la actualidad por la seguridad que -- brinda a los otorgantes de que su voluntad queda estampada en -- un documento inviolable, ante la fé del Notario.

Desde el punto de vista jurídico el Protocolo va tomando fuerza por la inclusión que se ha hecho de su uso en las legislaciones correspondientes, obligando a su uso, su guarda y -- custodia, y aunque en la ley no se dispone expresamente, el Pro

protocolo no pertenece al Notario sino al Estado.

También desde el punto de vista psicológico el uso del protocolo como se comentó anteriormente brinda seguridad y seriedad al o los otorgantes en una operación.

Así, el uso del Protocolo va encaminado hacia la conservación jurídica de los hechos y actos pasados ante la fé del Notario, es decir del documento que resulta de la manifestación de la voluntad.

Lo importante, como se ve, no es como se lleve, sino que se lleve; es decir los sistemas notariales han establecido la forma de llevar el uso del Protocolo por una costumbre derivada de la práctica propia de cada país, en nuestro caso siempre ha sido el sistema del libro previamente empastado, con las características que ya analizamos en el Capítulo IV; sin embargo ésto no quiere decir que el sistema sea el más efectivo o que cualquier otro sistema adolezca de fallas. Por tal razón haremos un análisis de las ventajas y desventajas que nos llevaría el uso del Protocolo Abierto en nuestra legislación.

Por lo que respecta a las ventajas, como primer aspecto hay que analizar que el movimiento que tiene una Notaría es muy fuerte, constantemente el Notario debe acudir a diferentes lugares para recabar las firmas de funcionarios que, por su puesto o volumen de trabajo, no les permite asistir a la Nota--

ría o estar en el momento de la firma cuando se le requiera. Esto provoca que el libro o libros de Protocolo sean transportados con frecuencia por el Notario a distintos lugares, con el riesgo de sufrir un accidente y poner en peligro la seguridad del mismo, pudiéndose ocasionar daños a terceros cuyos documentos consten en el mismo libro que el Notario sacó.

El uso del libro encuadernado representó en otras épocas un factor de seguridad física, en el aspecto de conservación de los documentos, sin embargo la seguridad física no puede quedar limitada al uso de libros, es la creación de una buena legislación lo que debe dar esa seguridad.

Por otra parte, también representa un factor de seguridad jurídica en el aspecto de inalterabilidad de lo actuado, sin embargo no podemos atribuir la seguridad jurídica del instrumento a las pastas de un libro.

La seguridad física y jurídica del instrumento está -- fincada en la honestidad de quien ejerce la función, sin embargo aún y cuando la honorabilidad del Notario es a prueba de fuego, se requieren de medios de seguridad física para evitar la inalterabilidad del documento así como de la conservación del mismo.

Por otra parte la evolución de la Función Notarial debe ser dinámica y no puede rezagarse a instituciones obsoletas

que por temor al cambio no evolucionen y se conserven en estados primarios que aunque funcionen no puede decirse que sean los más efectivos o los únicos que ofrezcan seguridad como se comentó al inicio de este capítulo, este sistema se lleva con éxito en muchos otros países, sin ponerse en tela de juicio la seguridad jurídica o alguna otra de las finalidades atribuidas al Protocolo, tales como la permanencia documental de las relaciones jurídicas, la garantía de ejecutoriedad de los derechos, sin menoscabar la autenticidad y publicidad de los mismos.

En lo que respecta a las desventajas del sistema, podemos decir que casi todos los puntos positivos pueden ser argumentados "a contrario sensu" como negativos, es decir, en lo relativo a la seguridad jurídica, algunas personas comentan que los derechos quedan totalmente desprotegidos, ya que los folios son fácilmente sustituibles por otros. Argumentan que por la tradición jurídica del Notariado la gente que requiere de un servicio notarial en gran parte lo hace porque sabe que la operación trasciende al quedar plasmada en un libro que está custodiado y solidamente empastado.

Opinan que precisamente por el volumen de trabajo de las notarias, en aquellas operaciones en las que participan un gran número de personas, es fácil que se traspapele un folio.

Los aspectos negativos son fuertemente defendibles ya que como se comentó con anterioridad el éxito del sistema está

en una buena regulación, y en la confianza que se tiene en quienes está depositado el ejercicio de la función notarial.

El objeto de este trabajo no quedaría cubierto si no se hiciera un intento de formular una propuesta concreta para una posible inclusión del protocolo abierto en nuestro sistema, por lo que nos permitimos hacer la siguiente:

"SECCION CUARTA DEL PROTOCOLO SU APENDICE E INDICE"

ART. 42.- El protocolo es el libro en el que se contienen los instrumentos otorgados ante la fé del Notario.

ART. 43.- El protocolo está tomado por los folios en los que consten las actas y escrituras otorgados ante la fé del Notario debidamente empastado, según se establece en la presente ley.

ART. 44.- Por folio se entiende la página con su número respectivo.

ART. 45.- Los folios en los que se hagan constar, las actas o escrituras, tendrán las siguientes características:

a) Serán uniformes de color blanco, de 34 cm. de largo por 24 de ancho en su parte utilizable con un margen de 8 centímetros, el cual servirá para poner las razones y anotaciones marginales.

b) Irán numerados progresivamente, por anverso y reverso, sellados y perforados por el Depto del Distrito Federal.

ART. 46.- El Protocolo se dividirá en diez volúmenes y cada volumen será numerado progresivamente y estará formado por folios que contengan 40 instrumentos incluyendo los que no pasaron. Los instrumentos que integren el protocolo deberán ser numerados progresivamente de tal manera que al formarse los volúmenes, la escritura número uno pasará a formar parte del volumen 1, la escritura número dos al volumen dos y así sucesivamente, hasta agotar los 40 instrumentos de cada volumen.

ART. 47.- Una vez asentados los 40 instrumentos de cada volumen, incluyendo los que no hayan pasado, el Notario dispondrá de un término de 50 días hábiles, contados a partir de la fecha del último instrumento, para empastar los volúmenes correspondientes.

ART. 48.- El consejo del Colegio de Notarios del Distrito Federal proveerá de los folios necesarios para asentar los instrumentos. Los notarios entregarán los folios al Departamento del Distrito Federal para que les sean devueltos debidamente autorizados mediante perforaciones. La cantidad de folios solicitados nunca podrá exceder de 1500.

En la 1a. cara del folio deberá llevar impreso el número de Notaría a la cual pertenece.

ART. 49.- El Consejo del Colegio de Notarios llevará un libro por cada Notario en el que anotará la cantidad de folios entregados y la fecha de la entrega; debiendo ser recogidos por persona autorizada por el Notario mediante escrito firmado y sellado por él.

ART. 50.- Cuando estén por agotarse los 1500 folios del Notario, éste lo comunicará por escrito al Consejo, quien en ese acto le proveerá de otra cantidad igual debiendo seguirse el procedimiento establecido.

ART. 51.- El Consejo de Notarios es responsable de llevar la numeración respectiva de folios de cada Notaría de tal manera que los nuevos folios continuarán en numeración al último que se entregó.

ART. 54.- Una vez asentados los 40 instrumentos, hará constar en una hoja en blanco de tamaño reglamentario la razón de terminación del número de instrumentos, con expresión de la fecha y la hora de su asiento y el número de folios utilizados en cada volumen.

El Notario pondrá su firma y su sello de autorizar y comunicará al Archivo General de Notarías el contenido de dicha nota de terminación.

ART. 55.- A partir de la fecha en que se realice la razón de terminación, el Notario dispondrá de un término de 35 días -

naturales para realizar la razón de cierre de cada juego de instrumentos en la que deberá hacer constar el día y hora con que se cierre el juego, así como los instrumentos que no pasaron los que estén pendientes de autorización señalando el motivo por el que están pendientes, su firma y su sello.

Cuando se haya cumplido el término para empastar los volúmenes, el Notario dentro de los diez días hábiles siguientes los enviará al Archivo General de Notarías y recabará el recibo correspondiente.

El Archivo General de Notarías extenderá certificación de la fecha y la hora en que se cierre el libro y en su caso, la autorizará con su firma y sello devolviéndoles los volúmenes al Notario dentro de los cinco días hábiles siguientes.

ART. 56.- Cuando por cualquier causa se inutilice un folio, antes de que la escritura sea firmada por las partes, el Notario, si es posible continuará con la numeración, anotando al pie de la escritura el número de folio inutilizado, si no fue posible podrá utilizar otro aunque no sea de numeración progresiva anotando al final de la escritura el número del inutilizado y el utilizado.

De esta situación se tomará razón en el índice respectivo.

ART. 62.- El Notario redactará las escrituras en castellano y observará las reglas siguientes:

...XIII. Hará constar bajo fé

...g).- Que mostró a los otorgantes que los folios en los que consta el acto que se ha de firmar se encuentran unidos con el sello de autorizar, así como si alguno de ellos estuviere inutilizado.

En general ésta es la propuesta para la inclusión -- del protocolo abierto en nuestro sistema, de los puntos que no trato, tales como apéndices e índice y de algunos puntos más, -- se entiende que se conservan en sus mismos términos ya que no tendrían un cambio substancial.

C A P I T U L O V

(1) Ley del Notariado para el Distrito Federal.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- El uso del Protocolo constituye uno de los pilares de la función notarial.

SEGUNDA.- Los antecedentes históricos muestran que el protocolo abierto ha sido utilizado y se utiliza con éxito en - - otros países.

TERCERA.- La inclusión del protocolo abierto en nuestro sistema notarial constituye un avance en nuestras instituciones jurídicas.

CUARTA.- La validez de un acto no estriba en otorgarlo en un libro o en folios, sino en que se cumplan los requisitos que señala la ley y que deben ser celosamente observados por el Notario.

QUINTA.- El cambio del sistema requiere de un análisis profundo, con un sistema evaluativo para su mejoramiento.

B I B L I O G R A F I A

LIBROS

ALVAREZ JOSE MARIA; Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias. México, Rivera 1826.

ARGENTINO I. NERI; Tratado Teórico Práctico de Derecho Notarial Ediciones de Palma. Buenos Aires 1969.

ARROYO SOTO AUGUSTO; El Secreto Profesional del Abogado y del Notario. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 1980.

AVILA ALVAREZ PEDRO. Estudios de Derecho Notarial. Editorial -- Montecorvo. España 1932.

CARRAL Y DE TERESA LUIS; Derecho Notarial y Derecho Registral.- Editorial Porrúa, México, 1983.

CASTAÑO MARIANO; Derecho Notarial Español. Legislación y Jurisprudencia precedidos de una noticia histórica. Madrid, Hijos de Reus 1918.

GOUTURE J. EDUARDO; El Concepto de Fé Pública. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Montevideo 1947.

DIAZ MIERES LUIS; Derecho Notarial Chileno. Editorial Jurídica de Chile. 2a- Edición.

ESCOBAR DE LA RIVA ELOY; Tratado de Derecho Notarial. Editorial Marfil 1957. Valencia

GIMENEZ ARNAU ENRIQUE; Instituciones de Derecho Notarial. Instituto Editorial Reus 1954.

GIMENEZ ARNAU ENRIQUE; Derecho Notarial. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, España 1976.

GONZALEZ PALORINO JOSE; Instituciones de Derecho Notarial. Instituto Editorial Reus. Madrid 1946.

LUJAN MUÑOZ JORGE; Los escribanos en las Indias Occidentales.

UNAM.

MUSTAPICH, JOSE MARIA; Tratado Teórico y Práctico de Derecho -
Notarial. Editorial Ediar, S.A. Buenos Aires 1955.

OTS CAPDEQUI, JOSE MARIA; Estudios de Historia del Derecho Es-
pañol en las Indias. Bogotá Minerav, 1940.

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO BERNARDO; Apuntes para la Historia
del Notariado en México. Asociación Nacional del Notariado Mexi-
cano, A.C. México. 1979.

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO BERNARDO; Derecho Notarial. Edito-
rial Porrúa, S.A. México 1981.

SALAS M. OSCAR A. Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá. -
Editorial Costa Rica 1973.

SALAS M. OSCAR A. Derecho Notarial. Universidad de Costa Rica.-
Facultad de Derecho.

REVISTAS

ROBERTO MARIO ARATA. "Importancia del Notariado Latino" Revista
Jurídica Notarial. 1949 Año II.

EDUARDO Le-RIVEREND. "El Notariado Público en el Sistema de De-
recho Civil". Revista de la Facultad de Derecho de México. 95-96.
1974 (Julio-Diciembre).

HECTOR ORBELAS R. "La actividad Notarial y la función administra-
tiva". Revista de Derecho Notarial Mexicano. Vol. I No. 1. 1956

DR. JUAN VALLET DE GOUISOLO. "La Función Notarial" Conferencia
en Ocasión de la Constitución de la Academia Notarial Mexicana,

el 24 de Mayo de 1984.

ELIGIO CASTAÑARES. "El Notario Mexicano". Revista de Derecho Notarial. Año XVII No. 52 Septiembre de 1973.

HEBERT CURBELO MUÑOZ. "La forma Notarial como técnica normal y segura en la realización del Derecho Privado". Revista de Derecho Notarial Mexicano. Vol. I No. 1 1956.

CARLOS HEMERITO GONZALEZ. "Contribución al Estudio de la existencia y límites del Derecho Notarial en formación". Revista de Derecho Notarial Mexicano. Vol. I No. 1, 1956.

JOSE MARIA MUSTUPICH. "Concepto del Derecho Notarial". Revista Jurídica Notarial. Año II 1949.

ANGEL OLAVARRIA TELLEZ. "Contenido y Fuentes del Derecho Notarial". Revista Jurídica Notarial. Año II. 1949.

FRANCISCO DE P. MORALES DIAZ. "Historia del Notariado". Revista de Derecho Notarial. Año XXII Junio de 1973. No. 71

LUIS CARRAL Y DE TERESA. "Caracteres del Notariado de Tipo Latino". Revista de Derecho Notarial 1949-1.

DICCIONARIOS

ESCRICHE, JOAQUIN. Diccionario razonado de Legislación Méjico. 1842. 2a. Edición.

Diccionario Completo de la Lengua Española Editorial Saturnino Calleja, S.A. Madrid

LEGISLACION

Lej del Notariado para el Distrito Federal 1986.