



135
Rej

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

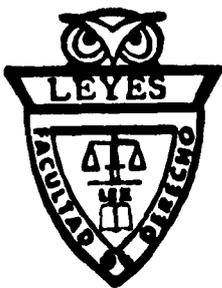
ANÁLISIS DE LA FUNCIÓN JURÍDICA
NOTARIAL

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

RITA MARÍA DE GUADALUPE CARDENAS CACHON



FALLA DE ORIGEN

MEXICO, D. F.

1995



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

AGRADECIMIENTOS

*Mi eterno agradecimiento a Dios
todo poderoso por estar presente
en cada instante de mi vida y
dame fuerzas para ir siempre
adelante, logrando uno de mis
sueños.*

*Al ser maravilloso, mi gran amor
Faustino Vega Morales, por su
cariño, ternura, paciencia, confian-
za y apoyo que me brinda día
con día alentandome en los mo-
mentos más oportunos.*

AL señor Notario, Licenciado Guadalupe Guerrero Guerrero, con mi más honda admiración, por cuya incesante muestra de preparación y trabajo como profesional del Derecho y como Catedrático Universitario, hacen de su diaria labor un ejemplo digno de seguir.

*A mis padres Rodolfo y Emilla
por su esfuerzo, dedicación y
amor, con los que me guiaron
hasta el final.*

*A mis hermanos, en especial a
Teresa, porque aún lejos los
quiero y tengo presentes.*

*A la Facultad de Derecho (Universidad
Nacional Autónoma de México), por todos
los momentos dulces y amargos que viví,
guardare por siempre el recuerdo más fiel
de mi vida por su paso.*

Por haber iluminado mi vida con su presencia, los quiero con toda el alma, Francia Paola y Farith, que han sido la motivación para terminar la tesis.

ANALISIS DE LA FUNCION JURIDICA NOTARIAL

I N D I C E

Pág.

INTRODUCCION	1
---------------------------	----------

CAPITULO I ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FUNCION NOTARIAL.

A - Evolución histórica del notariado de tipo Latino.....	2
a.- Evolución histórica en Grecia del notariado.....	2
b.- Evolución histórica en Roma del notariado.....	4
c.- Evolución histórica en España del notariado.....	8
d.- Diferencia entre el notariado Sajón y el Latino.....	10
B - Periodo prehispanico en México del notariado.....	12
C - Periodo colonial en México del notariado.....	15
a.- Legislación del período Colonial en México del notariado.....	22

D - Período independiente en México del notariado.....	26
a.- Legislación del período independiente en México del notariado.....	27

CAPITULO II FUNCIÓN NOTARIAL.

A - Concepto de la función notarial.....	37
B - Características de la función notarial.....	38
a.- Característica tecnico-jurídica de la función notarial.	38
b.- Característica legal de la función notarial.....	39
c.- Característica documental de la función notarial.....	43
d.- Característica imparcial de la función notarial.....	45
e.- Característica precautoria de la función notarial.....	47
f.- Característica pública de la función notarial.....	47
g.- La rogación característica de la función notarial.....	48
h.- Característica vitalicia de la función notarial.....	49
C - Finalidad de la función notarial.....	50
D - Diferencia entre la función notarial y la función judicial...	51

CAPITULO III ACTIVIDAD NOTARIAL.

A - Reglas básicas de la actividad notarial.....	55
a.- Reglas jurídicas de la actividad notarial.....	55

b.- Reglas morales de la actividad notarial.....	58
c.- Reglas físicas de la actividad notarial.....	61

CAPITULO IV DEBER NOTARIAL.

A - Secreto profesional en el deber notarial.....	65
B - Eficacia al actuar en el deber notarial.....	70
C - Abstenerse de postular en el deber notarial.....	70
D - Cobro de honorarios y gastos justos en el deber notarial.....	72
E - Igualdad de competencia en el deber notarial.....	74
Conclusiones.....	76
Bibliografía.....	79

INTRODUCCION

El presente trabajo pretende brindar un punto de vista para poder desentrañar la naturaleza jurídica de la ancestral función notarial, por lo cual habremos de realizar en el capitulado un breve estudio de la evolución del notariado en el devenir histórico.

Desde la antigüedad la sociedad al paso del tiempo ha tenido la necesidad de buscar protección y seguridad en sus relaciones, descanzando su confianza en ciertos individuos con cualidades especiales, los que en un principio tendrían que dominar el arte de saber escribir o plasmar las ideas en un lenguaje pictórico e ideográfico y posteriormente además con cualidades intelectuales referidas al campo jurídico, hasta llegar al notariado. Este reconocimiento lo tuvo que aceptar el Estado, que en la actualidad es unánime.

No olvidemos que la evolución histórica ha girado al rededor del hombre en sociedad, y para corroborar lo anterior, podemos citar la tesis naturalista de Aristóteles para quien el hombre es un "ZON POLITIKON", un animal político, de la cual se transcribe lo siguiente :

".....El hombre no es sólo naturalmente social sino que también es esencialmente social.

Lo humano sólo se da en sociedad.

El hombre sólo puede escapar a la sociedad siendo Dios o bestia. El lenguaje solo se da en sociedad, el Derecho solo se da igualmente en comunidades humanas, la guerra es también una bárbara expresión social. El hombre se torna humano cuando vive en sociedad (1)....."

1. López Rosado Felipe, Introducción a la Sociología, Edit. Porrúa, México, 1980, Pág. 58

CAPITULO I

**CAPITULO I ANTECEDENTES HISTORICOS DE
LA FUNCION NOTARIAL**

A - EVOLUCION HISTORICA DEL NOTARIADO DE TIPO LATINO

**a.- EVOLUCION HISTORICA EN GRECIA DEL
NOTARIADO**

En Grecia existieron oficiales públicos encargados de redactar documentos de los ciudadanos. Se hablaba de los SINGRAPHOS y los APOGRAPHOS que tenían como misión elaborar contratos, discursos, alegatos de los procesados y demás documentos de los ciudadanos, con la obligación de formular constancia de los mismos en el Registro Público. Esta obligación la lleva a cabo el singrapho.

Cagneraux se refiere a los encargados de redactar los contratos diciendo :

"....El establecimiento en Grecia de oficiales públicos encargados de redactar los contratos de los ciudadanos, fué muy antiguo, y su ministerio considerado tan necesario que Aristóteles en el año 360 antes de la Era Cristiana ya habiaba de dichos oficiales, afirmando que existían en todos los pueblos civilizados. (2)"

Las transacciones por escrito se dificultaban por la existencia de dos clases de escrituras y dos lenguajes distintos. Estas escrituras eran la científica o reglada y la vulgar. La primera fue designada por Aristóteles

2.Citado por Bañuelos Sánchez, Froylán, Derecho Notarial, Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1984, Pág. 11

con el nombre de HIEROMNEMONIA (mnemonia sagrada) y la segunda simplemente mnemonia.

La escritura gráfica vulgar era desarrollada por el funcionario llamado MNEMON, a quien le correspondía la conservación, registro y memoria de los tratados, actos públicos y contratos privados que adquirían de esta forma su autenticidad.

Los magistrados recibían el nombre de sus escrituras. La escritura vulgar se componía de notas que reproducían el lenguaje por signos primeramente dactilógicos, los que se reproducen más tarde en la época de los carolingios.

La naturaleza de la escritura vulgar o mnemonia, no permitía generalizar su empleo; además de la irregularidad, la arbitrariedad y la multiplicidad de dialectos era un obstáculo insuperable para aquél empleo. Los eruditos y personas ilustradas, sólo conocían la escritura científica o hieromnemonia, empleada generalmente para la redacción de las leyes, contratos públicos y escasamente para hacer constar las convenciones de carácter particular.

Probablemente la primera manifestación práctica se dió al autorizar SOLON el otorgamiento de testamentos, con el establecimiento de fórmulas determinadas y concretas, que se formalizaban por un magistrado que tenía gran parecido con los notarios.

Por regla general se confiaba la custodia de esos testamentos a unos sacerdotes encargados de la guarda y custodia de los archivos.

Los oficios públicos se hallaban distribuidos entre varios funcionarios, a cada uno de los cuales correspondían determinadas funciones. Estas eran calificadas en cuatro categorías principalmente, según sus atribuciones al orden civil o religioso, y se designaban a los funcionarios con los nombres de MNEMOS, PROMNEMOS, SYMPROMNEMONS y HYEROMNEMONS.

El MNEMON era el encargado de formalizar y registrar los tratados públicos, los contratos privados y las convenciones, teniendo gran parecido con los notarios, los procuradores judiciales y los escribanos.

Etimológicamente la palabra MNEMON significa hacer memoria recordar; era el que recordaba, el que mencionaba, el que tomaba notas, en conclusión el que vigilaba.

El PROMNEMON era un magistrado del mismo orden, pero de mayor autoridad, era un Arconte, especie de administrador supremo.

El SYMPROMNEMON era un funcionario adjunto al promnemon y el HIEROMNEMON tenía las mismas funciones que los pontífices romanos. Era el depositario de los archivos de los templos, de los libros sagrados y demás bienes religiosos. La función del hieromnemonia fué tan importante que en Bizancio llegó a considerarse como una de las primeras funciones del Estado.

b.- EVOLUCION HISTORICA EN ROMA DEL NOTARIADO

En Roma, la institución notarial recorre toda una trayectoria evolutiva, aún cuando estas funciones notariales estaban perfectamente delimitadas, no se presentaban con la independencia que requiere toda función por falta de crear al funcionario, pues iban adscritas a uno determinado que se hallaba al servicio de una autoridad específica, o bien estaban relacionados con los medios de prueba, que cuando era documental tomaba los nombres de TABULA, DOCUMENTA, INSTRUMENTA y SCRIPTURAE. De allí que en el Derecho romano, se encuentre aquella función dando al funcionario distintos nombres por ello, la legislación romana no había buscado al funcionario especial, que exclusivamente tuviera a su cargo la función notarial.

De entre todas las clases de funcionarios que ejercían en Roma funciones notariales, son los NOTARII, los TABULARII y los TABELLIONES que se distinguieron de los demás.

La palabra NOTARII se deriva de la voz "nota", ya que para designar al funcionario se tuvo en cuenta más que la naturaleza de la función, la forma gráfica o material de prestarla.

Entre sus funciones estaba la de recoger las discusiones de las asambleas, las sesiones públicas, las sentencias y mandatos de los magistrados y tribunales militares, a veces se les autorizaba la formulación de escritos de carácter jurídico privado.

Así pues, se encuentra el notariado actuando en su función genuina en el testamento, por AES ET LIBRAM, que era una simulación del contrato de compra-venta del testador al heredero, en la que intervenían cinco testigos, posteriormente siete, el librepens y el antestado. Estos dos últimos eran funcionarios públicos y mientras el librepens, sostenía la balanza, en la que el heredero ponía una moneda después de manifestar el testador su voluntad, la moneda significaba el precio de la venta, el antestado se acercaba a los testigos y les recordaba la obligación.

De aquí se desprenden los caracteres de perpetuidad, veracidad y autenticidad de la función notarial.

En los tiempos de la República Romana los ciudadanos solían acudir a los jurisconsultos, para aclarar sus dudas acerca de todos los actos y contratos de la vida civil, quienes además de expresar su opinión, redactaban los actos tanto judiciales como extrajudiciales y los contratos de naturaleza civil, dando las fórmulas en las cuales insertaban las cláusulas y reservas necesarias a fin de evitar interpretaciones erróneas.

Posteriormente el Derecho fué extendido a todos los súbditos del Imperio, multiplicándose así los asuntos y haciéndose insuficientes los jurisconsultos, para lo que hubo necesidad de dividir las funciones; la materia judicial recayó en los ADVOCATI o CAUSAODICI; y la misión de

redactar actos y contratos de la vida civil paso a ciertos escribientes que en los días de mercado acudían para dicho fin. A éstos redactores se les llamó PRAGMATICII o TABELIONES (de TABULA, sinónimo de documentum o Instrumentum).

A los Tabeliones no debe confundirseles con los Tabularii, pues con esta denominación se conocían a los empleados encargados de la contabilidad provincial y municipal, así como el cuidado y el resguardo de archivos municipales, debiendo intervenir en determinados actos para proporcionarles cierta autenticidad.

Sobre este aspecto Froylán Bañuelos expresa,:

"..La diferencia pues, entre los Tabeliones y los Tabularios consistía : 1°. En que los primeros hallábanse encargados de redactar los actos de la vida civil; mientras que los segundos, tenían a su cargo la contabilidad y administración provincial y municipal, y en ciertas ciudades la guarda y custodia de los archivos. 2°. En que los Tabeliones, en un principio, no tuvieron ningún carácter oficial mientras que los Tabularios, fueron considerados como empleados públicos. 3°. En que los actos de la vida civil en los que intervenían los Tabeliones, interesaban particularmente, a los particulares, y en los que intervenían los Tabularios, aunque eran de interés particular, convenía también al poder público tener conocimiento de ello; y 4°. En que los documentos formalizados por los Tabularios tuvieron siempre el carácter de auténticos; mientras que aquéllos en que intervenían los Tabeliones, no alcanzaron esta consideración hasta muy tarde, en que la institución se fué desarrollando. Es por esto que cuando tal desarrollo adquirió importancia, la

autoridad pública les sometió a cierta inspección y a determinada disciplina muy análoga a la de los Advocati, teniendo sobre aquellos Tabeliones la autoridad judicial, cierto poder disciplinario como el que tenía sobre los abogados.

Andando el tiempo los actos de los Tabeliones adquirieron el carácter de autenticidad, por lo que tomando de Instrumenta publicao confecta, su contenido constituía prueba plena con tal que, en caso de contienda judicial, el Tabelion jurase la realidad del contenido de aquel documento (3)

En la Era Cristiana habían sido dictadas leyes aisladas que regulaban la actividad del Tabellio, pero fué hasta el siglo IV en que Justiniano con su enorme obra de compilación y legislación conocida como el Corpus Iuris Civilis, dedica algunas novelas, regulando de manera más sistemática la actividad del Tabellio.

Sobre este aspecto nos dice el maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo :

"...En esa época destaca como situación de hecho, el desarrollo de la función de Tabellio. Los ciudadanos recurrían a este personaje, perito en la escritura y conocedor de las leyes. El documento redactado por el Tabellio, proporcionaba seguridad jurídica, mientras no fuera declarado nulo, y puede decirse poco a poco adquiría la categoría de documento público con pleno valor probatorio después de la confesión jurada. (Consistente en un procedimiento judicial en que las

3. Bañuelos Sánchez, Froylán, Derecho Notarial, Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1984, Pág. 22

partes declaraban haber celebrado un contrato). El desenvolvimiento e importancia de estos personajes fue tal que Justiniano se vió en la necesidad de reglamentar su actividad. En el año 528 expidió la denominada "Reglamentación Justiniana del Documento tabellónico", en 537 dicta la novela 44, contra el abstentismo notarial (4)

La actividad reglamentada en el Corpus Iuris Civilis del Tabellio debía cubrir ciertos requisitos, como la presencia de tres o cinco testigos, la redacción de la escritura debía hacerse en una minuta, la cual tenía que ser puesta en limpio, inmediatamente, había de ser firmada por las partes, testigos y el Tabellio, quien también firmaba en lugar del que no supiera hacerlo.

Para evitar falsificaciones, Justiniano estableció en Constantinopla que toda copia en limpio fuera escrita en un rollo de papiro, teniendo pegado en la primera página una etiqueta o sello provisto de una inscripción con la firma del Comes Largitorium y el año de la fabricación, esto constituye un antecedente del actual libro de protocolo.

c - EVOLUCION HISTORICA EN ESPAÑA DEL NOTARIADO

España fué el lugar en donde mejor se comprendió la ventaja de aprender la "Ciencia de la Notaría" de Rolandino.

En 1682; el notario Gerónimo Gali y Ramón, de Barcelona, tomó la iniciativa con el libro de doctrina que representaba unidos la práctica y la

4. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Historia de la Escribanía en la Nueva España y del Notariado en México. 2a. edición, Edit. Porrúa S.A., México. 1988. Pág. 2

teoría de la notaría, y es a fines de la Edad Media cuando se consolida la función notarial, ya que hay mayor producción legislativa.

En un primer período que los autores consideran desde la independencia de Roma hasta el siglo XIII, se procuraba distinguir el papel de los jueces del papel de los notarios, y se afirmaba que aquéllos sólo fallan contiendas, en tanto que éstos tienen por misión el prevenirlas.

En el cuerpo legal denominado Fuero Juzgo, que fué promulgado en el año 641, hacían una división en escribanos del pueblo y comuniales, solo los escribanos escribían y leían las leyes, para evitar falseamientos, tanto en su promulgación como en su contenido.

En el año 1255, en el Fuero Real, se habla de escribanos públicos, jurados, para evitar contiendas, era obligatorio otorgar testamento ante escribano. Estos escribanos sólo auxiliaban a los particulares en sus deseos y era costumbre el tomar notas de los documentos en que intervenían o redactaban, para el caso de que se extraviasen y hubiera prueba de su existencia.

En época posterior en el Código de las Siete Partidas, se obligaba a que las notas se inscribieran en el libro llamado registro.

En este período, afirman los autores, que las cartas o el instrumento, solo acreditan lo que se celebró, por lo que no superan el género de actas, impera la voluntad de las partes, y el escribano sólo es medio para garantizar una prueba del hecho de celebración del acto o contrato, pero que no garantiza técnicamente con su competencia, el obrar justo de las partes.

El problema de la enajenación de oficios también se presentó en España que se vió en problemas por el incremento considerable de escribanos que había, ya que lo único que se necesitaba era tener monedas y algún amigo que le consiguiera el oficio, lo cual redundó en el desprestigio de la función, toda vez que carecían totalmente de la

preparación técnica-jurídica que para el desempeño de la función notarial se requiere.

Para solucionar el problema, los Reyes Católicos dictaron disposiciones para revocar los oficios de los "Consejos acrecentados", y las cartas reales que permitían heredar, renunciar y traspasar los oficios, también se dictaron disposiciones que obligaban a pasar con examen y llenar otros requisitos para poder despachar los escribanos públicos; la disposición más importante consistió en la determinación de la competencia jurisdiccional del escribano, habiéndose dispuesto que las escrituras de contratos, obligaciones y testamentos, debían pasar ante escribanos reales y públicos de número de los pueblos.

Entre los años 1501 a 1503, se dictaron una serie de disposiciones para regular cada vez mejor esta situación, también se dictan disposiciones relativas al protocolo, de los cuales es pertinente mencionar que, se ordenó que en vez de una relación se incluyera íntegro y directamente recogido el otorgamiento público; que los originales sean conservados por el escribano y éste sólo dé copias literales de él.

Que cada escribano tenga un libro de protocolo encuadernado en el que escriba por extenso las notas de las escrituras, especificando, las conclusiones, las partes y cláusulas del mismo.

De esta manera tenemos aquí un breve esbozo de la evolución del notariado, antes de que llegara al Continente Americano.

d - DIFERENCIA ENTRE EL NOTARIADO SAJON Y EL LATINO

En este capítulo solo hemos hecho alusión del notariado latino, el cual tiene características propias que lo diferencian del sajón.

En el sistema anglosajón el notario no ejerce una función pública, y no es un funcionario, en virtud de que el Estado no lo inviste de la

facultad de dar fe, aunque le señale condiciones para el ejercicio de su actividad.

Señala Fueyo Lanieri, que :

"...El notario Inglés es exclusivamente profesional y aunque parezca extraño, solo presta autenticidad a los actos,(5)"

En cuanto a su actuación el notario Inglés,

"...si bien colabora en la redacción del documento, su intervención no lo hace auténtico, ni menos solemne, pues la autenticidad no se refiere al contenido, sino solo a las firmas (5.1)....."

Por ello,

El Notary Public anglosajón por no ser profesional en derecho, no garantiza ni la legalidad ni la legitimidad en los actos y tiene que acudir al seguro de título, para ofrecer una indemnización compensatoria (en caso de incumplimiento). Entendiéndose por legalidad, (que no cuenta con el apoyo del Estado y Legitimidad, que solo presta autenticidad a la firma de los otorgantes).

El Notario Latino, en cambio, es un pilar del Estado de Derecho, por la fijeza, que imprime a los actos jurídicos, basado en la legalidad, en la seguridad y certeza que genera credibilidad y confianza, además cuenta con :

5. Fueyo Lanieri, Fernando. Teoría General de los Registros. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982. Pág. 219.
5.1 Idem.

- a) El doble aspecto del ejercicio de la actividad notarial (funcionario y profesional);
- b) Las características de la función, tales como asesor, consejero y redactor, así como la exactitud, autenticidad y valor probatorio del acto en que interviene, y
- c) La organización y estructura de la función notarial.

Por ello, el notariado latino brinda seguridad, legalidad y legitimidad a la sociedad y al Estado.

En conclusión, podemos determinar que :

El Notariado Anglosajón no tiene nexos con el Estado porque no está investido de fe pública. Su actividad se reduce a la firma de los otorgantes, ya que el documento carece de legalidad y legitimidad.

En contra posición, el Notariado Latino al ser investido de fe pública por el Estado da seguridad jurídica basado en la legalidad, la seguridad y certeza en la realización de los actos, a la Sociedad y al mismo Estado.

B - PERIODO PREHISPANICO EN MEXICO DEL NOTARIADO

Tomaremos como muestra representativa de la época precolombina al pueblo azteca, ya que esta cultura al momento de la llegada de los españoles, era la que tenía una dominación hegemónica sobre las demás civilizaciones de su época, el pueblo azteca se encontraba en una etapa de esplendor y florecimiento.

Von Hagen, citado por José Medina, opina sobre este aspecto que :

"...el considerarlos como punto de referencia obedece a que su establecimiento en la zona de Tenochtitlán (1325), que se ubica en la etapa histórica o

también conocida como horizonte histórico, cubre de 1300 a 1521. Esto permite que la fase madura de los aztecas se dé en pleno siglo XV, en el cual se va delineando su organización política, económica y social y en especial sus instituciones.

El desarrollo de los aztecas que tienen como práctica principal la guerra, posibilita la imposición de su sistema de vida, traducido en régimen jurídico, de propiedad, división del trabajo y de clases sociales, cultural, etc. De ahí que a fines del siglo XV, la difusión y observancia de la organización de los aztecas sea la más sólida y, en consecuencia, la que va resistir el embate y transculturación de los conquistadores españoles.

De esta manera la nación azteca se aproxima a las características de lo que es un Estado (6)

El Tlacatecuhtli o Tlatoani, era el personaje central del pueblo azteca, éste desempeñaba el cargo máximo, el jefe supremo del ejército, aunando a esto funciones religiosas, administrativas, judiciales (civil y penal) e incluso legislativas.

Tuvieron los mexicas instituciones jurídicas de carácter penal, civil, etc. Hubo distinción entre el Derecho Público y Derecho Privado y las relaciones con otros pueblos hicieron necesaria la creación del Derecho Internacional. El Derecho Internacional tenía normas respecto al modo de declarar la guerra, hacer prisioneros, recibir embajadas, comerciar y de otra índole, que eran respetadas y su violación significaba la guerra.

También alcanzaron a desarrollar su Derecho Civil. Su institución principal consistió en la familia y el vínculo de sangre.

6. Medina Cervantes, José Ramón, Derecho Agrario, Harla, 1987, México, Pág. 30

Reglamentaron figuras jurídicas tales como el matrimonio, el divorcio y la patria potestad.

En Tenochtitlán antes del descubrimiento de América, no existieron en realidad notarios en el sentido que actualmente conocemos, pues no existía un funcionario con las características que conocemos, ya que esta figura era ajena al pueblo azteca, puesto que fue traída por los colonizadores europeos.

Algunos autores opinan que existe un antecedente muy remoto en el Tlacuilo (artesano azteca), en virtud de que tenía encomendada la función de plasmar por medio de un lenguaje ideográfico y pictórico, los hechos y acontecimientos del pueblo azteca teniéndose por verdaderos y ciertos.

A este respecto nos dice Efrén Núñez:

".....El que pintaba un códice se llamaba Tlacuilo y era considerado como un artista. Su arte era respetado y se transmitía de padres a hijos. El contenido podía ser asunto histórico, religioso, genealógico, geográfico y naturalista (que representaba la flora y fauna) (7)"

Podemos aceptar la idea de que los actos que el Tlacuilo plas- maba, se consideraban como ciertos y por tal razón, se podría considerar que ejercía una de las funciones actuales del Notario, la fe pública; pero en realidad no actuaba por delegación del ius imperium del pueblo azteca, ni era un experto en relaciones jurídicas, toda vez era un artista.

De modo que el Notario actual, es el descendiente de todas aquéllas funciones que se ejercieron en el pasado por algunos funcio-

7. Núñez Mata, Efrén. México en la Historia, Edit. México, 1967, México. Pág. 139

arios, otros tantos intelectuales y los más artistas, y que en su conjunto a través de la evolución de la humanidad, se han reunido en el Notario moderno.

C - PERIODO COLONIAL EN MEXICO DEL NOTARIADO

Después de la llegada de los españoles al Continente Americano y de la conquista del Imperio Azteca en el año de 1521, dividimos otra etapa en la Historia del Notariado Nacional.

Según el maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo :

"...Debemos recordar que entre los integrantes de la expedición realizada por Cristóbal Colón, se encontraba Rodrigo de Escobedo, Escribano del Consulado del Mar, quien debía llevar el diario de la expedición, con el registro del tráfico de mercancías, hechos sobresalientes y actividad de la tripulación. Fue éste, el que dió fe y testimonio de la toma de posesión, en nombre de los Reyes Católicos de la Isla de Guanahani. Colón, al regresar a España lo deja como tercer sucesor, para ocupar el Gobierno de la Isla Española, donde continuó ejerciendo sus funciones de Escribano. La historia lo considera como el primer escribano que ejerció en América (8)"

De acuerdo a las constancias dejadas, sabemos que durante el período de la conquista, los escribanos como fedatarios participaron en la fundación de las Villas y Ciudades, así como en algunos hechos relevantes ocurridos en el mismo período, entre los que tenemos el

8. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. 4a. ed. Porrúa, 1989, México. Pág. 12

sucedido por Cortés cuando llegó a Tabasco por la desembocadura del Río Grijalba, pidiendo a Diego de Godoy, Escribano del Rey, que lo acompañaba, que requiriese de paz a los aborígenes; y más tarde dando fe de la posesión de esa tierra.

Señala Carral y de Teresa que un personaje importante en esa época, es el de Hernán Cortés, pues :

"...ya que primero en Valladolid practicó como un escribano y más tarde hizo lo propio en Sevilla, donde indudablemente adquirió una mayor experiencia. Ya en tierras de América solicitó en Santo Domingo una Escribanía del Rey, aunque infructosamente, y más tarde le fue otorgada la Escribanía del Ayuntamiento de Asúa (como premio por haber participado en una expedición militar), donde practicó la profesión durante cinco años (9)"

En el año de 1512, fundó Diego Velázquez, Santiago de Baracoa,

"...donde Cortés obtuvo la escribanía de ese lugar, atendiéndola hasta el año de 1519, lo que implica otros siete años de práctica de escribano, que sumados a los cinco de Asúa y a sus demás prácticas aludidas, dan un total de quince años, de los cuales son trece en calidad de escribano (10)....."

Cortés alternó el oficio de escribano con actividades que hicieron aumentar en forma considerable su patrimonio, mismo que invierte con

9. Carral y de Teresa, Luis. Derecho Notarial y Derecho Registral. Porrúa, 1970, México.

Pág. 77-78

10. Ibidem. Pág.78

Diego de Velázquez, para organizar la expedición que culminaría con la Conquista de la Nueva España.

Cortés no podía moverse con libertad para la conquista del territorio mexicano, en virtud de que estaba subordinado a las ordenes de Velázquez. Con esa perspicacia admirable que tenía, determinó y llevó a cabo la fundación de la Villa Rica de la Vera Cruz. Como no tenía autoridad legal se hacía necesario legitimar sus actos y procedió a crear el primer Ayuntamiento en la Nueva España. Con esta maniobra, dependió jurídicamente del Ayuntamiento recién fundado y se desligó de Cuba, liberándose así de la Autoridad de Diego Velázquez, pues las Villas dependían directamente del Rey. Esto lo logró hacer, gracias a los conocimientos adquiridos en su práctica como escribano.

Durante la Colonia y Principios de la Independencia, las instituciones y legislación aplicable, que se impuso a los súbditos de la Nueva España, fué la vigente en el Reino de Castilla, pues dichas tierras eran propiedad de los Reyes de Castilla y Aragón, de acuerdo con la bula Inter Caetera. Sin embargo al principio se respetaron algunas instituciones indígenas que no contravenían al espíritu del sistema legal castellano.

Una de las figuras más usadas en ese momento, fueron las Audiencias. Sobre el tema nos explica Capdequi, citado por el maestro Daniel Moreno, que estas consistieron :

"...fundamentalmente en órganos corporativos de la Administración de Justicia, pero ejercieron al propio tiempo funciones de gobierno muy importantes que en España no llegaron a desempeñar nunca. Actuando en corporación como Reales Acuerdos, controlaron en una buena parte las altas funciones de Gobierno de los propios virreyes.

La Audiencia de la Nueva España, se componía originalmente de un Presidente (el Virrey), ocho oidores, cuatro alcaldes del crimen, un fiscal de lo civil y otro de lo criminal, un alguacil mayor, un teniente de Gran Canciller y algunos oficiales menores, el escribano de cámara y los relatores(11)....."

El Derecho de Castilla se adoptó, por medio de Cédulas, Provisiones, Ordenanzas e Instrucciones Reales, que iban resolviendo casos concretos, reunidos en la llamada Recopilación de Indias.

Existieron también, las Ordenanzas del Villar de 1757, la de Intendentes del 9 de Diciembre de 1786 y la Recopilación de Autos Acordados de la real Audiencia de la Sala del Crimen de 1787.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo nos explica que :

"...en los primeros momentos del México Colonial, los conquistadores se dedicaron a organizar la vida política, jurídica, religiosa y económica de la Nueva España. La primera acta del Cabildo de la Ciudad de México, corresponde a la sesión celebrada el 8 de Marzo de 1524, de la que dio fe Francisco de Orduña, Escribano del Ayuntamiento, oriundo de Tordesillas, quien expresaba en dicho documento lo siguiente "en las casas del magnífico señor Hernán Cortés, Gobernador y Capitán General de esta Nueva España...estando presentes los señores regidores de ella viendo y platicando las cosas del ayuntamiento cumplideras al bien público".

11. Moreno, Daniel. Derecho Constitucional Mexicano. Pax-México, 1985, México. Pág. 26

Otra acta interesante para la historia del Notariado en México, es la del 21 de Julio de 1525, donde figura la solicitud de Hernán Pérez y de otros escribanos de la ciudad, para que se aceptare a Juan Fernández del Castillo, como escribano público. El Cabildo aceptó la propuesta bajo la condición de que presentara la Provisión Real en un plazo de dos años (12)....."

En el Archivo General de Notarias del Distrito Federal, el protocolo más antiguo, es del escribano Juan Fernández del Castillo, en el cual se encuentra asentado un instrumento fechado con 9 de Agosto de 1525 y que contiene un mandato.

"...Durante esta época concernió al Rey, designar a los escribanos, así lo había establecido Alfonso X, el sabio en las Siete Partidas.

Poner Escribanos es cosa que pertenece al Emperador o al Rey. Esto es, porque es tanto como uno de los ramos del Señorío del Reyno.

En la práctica, los Virreyes, Gobernadores, Alcaldes y los Cabildos, designaban provisionalmente a los escribanos mientras eran confirmados por el Rey. Como era común, los funcionarios eran españoles traídos de la Península y por consiguiente los escribanos, pero posteriormente y en forma gradual fueron sustituidos por criollos nacidos en las tierras conquistadas.

12. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. Op. Cit. Pág. 16

Una de las formas de ingreso a la función notarial, consistió en la enajenación del oficio.

Los monarcas españoles para resolver sus apuros monetarios al encontrar sus arcas en estado precario, vendían los derechos para ocupar empleos o funciones públicas (13)....."

Las Siete Partidas definían la función de los escribanos como pública y ésta se extinguía con la muerte del titular, pues un oficio público no era propiedad del particular, sino del señorío del Reino, pero esto en la práctica fue ietra muerta por la razón expuesta (Ingreso monetario a las arcas reales). Esta costumbre no tuvo ningún obstáculo para implantarse en la Nueva España, con la diferencia que aquí si se reguló en la legislación esta situación, permitiéndola por algún tiempo.

"...Las Leyes de Indias (libro 8 título 20), declararon vendibles y renunciabiles susceptibles de propiedad privada, los oficios de escribanías.

De acuerdo con las Partidas, Novísima Recopilación y Leyes de Indias, además de haber comprado el oficio, los requisitos para ser escribano eran : Ser mayor de 25 años, lego, de buena fama, leal, cristiano, reservado, de buen entendimiento, conocedor del escribir y vecino del lugar.

Los escribanos tenían que hacer sus escrituras en papel sellado, con letra clara y en castellano, sin abreviaturas ni guarismos y actuar personalmente. Una vez redactadas tenían la obligación de leerlas

13. Ibidem. Pág. 17

integramente, dando fe del conocimiento y la firma de los otorgantes, con su firma y signo.

La escribanía era una actividad privada, realizada por un particular que tenía características públicas, tales como un nombramiento especial y el uso del signo otorgado por el Rey; tenía un valor probatorio pleno de los instrumentos autorizados por el escribano y sobre todo, la prestación de un servicio público. El escribano era remunerado por sus clientes de acuerdo con un arancel de aplicación obligatoria. El Rey señalaba el signo que debía usar cada escribano. Si un instrumento público tenía la firma del escribano pero no así el signo, el documento no tenía valor probatorio alguno, pues le faltaba la autoridad del Estado que éste representaba (14).....”

A. Millares Carlo, quien es citado por Bernardo Pérez, explica que :

“...Los protocolos de los escribanos de los siglos XVI y XVII, se componían de cuadernos sueltos que posteriormente cosidos eran encuadernados.

Los cuadernos normalmente se iniciaban con una dedicatoria o agradecimiento a la virgen o algún santo protector. Asimismo contaban con un rígido formalismo, tenían una fórmula de apertura concebida en estos términos : Año, Registro de Escrituras, Testamentos, Obligaciones y Poderes otorgados. Escribano Real o Público...Al final de los mismos se insertaba una fórmula de cierre en que hacía constar el

14. Citado por Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. Op. Cit. Pág. 18

escribano, que los documentos registrados pasaron y fueron otorgados en su presencia, insertando a continuación su firma y signo (15)....."

"...Conforme a esa legislación los oficios públicos del número tenían el exclusivo derecho de radicar los negocios o pleitos judiciales como actuarios; el de tener los Protocolos propios de cada oficio; y el de admitir o no, como auxiliares a los escribanos llamados reales (16)....."

a) LEGISLACION DEL PERIODO COLONIAL EN MEXICO DEL NOTARIADO

En el período de la colonia, existieron una gran cantidad de Leyes dispersas, uno de los autores que se preocupó por recopilarlas fué Vasco de Puga, en su obra Cedulaario de Puga.

Luis Carral expresa, que :

"...entre las colecciones o recopilaciones que contienen disposiciones legales relacionadas con el ejercicio de la función notarial, son de mencionarse :

EL CEDULARIO DE PUGA, que contienen dos Reales Cédulas, la primera determina que el Real Escribano de Minas debe desempeñar personalmente su función, y la segunda que no debe cobrar honorarios excesivos.

15. Ibidem.

16. Poulet y Mier, Cristóbal. Ligeras Nociones Sobre la Profesión del Notariado. Coatepec, 1882. Pág. 16

EL CEDULARIO INDIANO DE DIEGO DE LA ENCINA que reguló las características y uso del libro protocolar el sistema de archivación y el manejo del oficio de Escribanos de Gobernación y de Escribanos de Cámara de Justicia.

RECOPIACION DE INDIAS Y EN LOS AUTOS ACORDES, ERAN LOS REALES DECRETOS, PRAGMÁTICAS Y cédulas recopilados hasta 1775.

RECOPIACION SUMARIA DE TODOS LOS AUTOS ACORDES DE LA REAL AUDIENCIA Y SALA DEL CRIMEN.

LAS PANDECTAS HISPANO-MEXICANAS DE Juan N. Rodríguez de San Miguel, que eran una síntesis de las disposiciones genuinamente mexicanas sobre el notariado (17)....."

En esta época existieron al igual que en España una diversidad de escribanos, tanto en lo referente a la función como a su competencia. Las Siete Partidas, señalaban dos clases de escribanos :

- a) los de la corte del Rey (se encargaban de escribir y sellar las cartas y privilegios reales) y
- b) los públicos (que autorizaban las actas y contratos celebrados por los particulares y hacían constar las diligencias judiciales promovidas ante Juez).

Las Leyes de Indias, determinaban tres categorías de escribanos :

- a) públicos.
- b) reales y
- c) de número.

17. Carral y de Teresa, Luis . Op. Cit. Pág. 77-80

"...El término Escribano Público se entendía en dos sentidos, uno se refería a su función pública y el otro a su cargo, por ejemplo Escribano Público en los Juzgados de Provincia, etc.

Escribano Real, era quien tenía el FIAT o autorización real para desempeñar el cargo en cualquier lugar de los dominios del Rey de España, pero para el ejercicio de su función era necesario obtener algún cargo específico.

Al lado de esos, existían otros funcionarios que eran fedatarios única y exclusivamente en el desempeño de funciones específicas, vbr. Escribano de Cámara del Consejo Real de las Indias, de la Casa de Contratación de Sevilla, Mayor de Armada, etc.(18)....."

Gómez Mercado y de Miguel, citado por Neri sostiene que :

"...las dicciones Escribano y Notario han revelado ser idénticas, pues se han visto unidas en instrumentos públicos de gran valor jurídico e histórico (19)....."

Las Instituciones Importantes para la Organización Notarial en México fueron :

- a) La Cofradía de los Cuatro Santos Evangelistas y
- b) El Real Colegio de Escribanos de México.

Carral y de Teresa, dice al respecto que :

18. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. Op. Cit. Pág. 19

19. Neri, Argentino. Tratado teórico y Práctico de Derecho Notarial. Vol. III. Depalma, 1970, Buenos Aires. Pág. 55

"...Desde 1573, los Escribanos de la Ciudad de México decidieron formar una Cofradía que llamaron de los CUATRO EVANGELISTAS, cuyas producciones y licencia son del año 1592. En 1777 decayó la institución como agrupación de Escribanos, porque admitió en su seno a toda clase de personas. Su denominación se debe a que los Evangelistas dieron constancia de la vida y doctrina de Jesús (20)....."

Posteriormente, por Cédula Real otorgada por Carlos III, el 19 de Junio de 1792, se creó el Real Colegio de Escribanos de México, de conformidad con la carta que se dirigió al rey el 10 de Junio de 1786.

Entre las finalidades propuestas, se encontraban las siguientes :

- a) la fe pública,
- b) la exterminación de abusos (que deslustraban la estimación del cargo)
- c) la colegiación obligatoria,
- d) la vigilancia de sus agremiados,
- e) la selección de aspirantes mediante examen técnico e intelectual,
- f) la calificación de las cualidades morales y
- g) la continuación de la ayuda económica propuesta en la Cofradía de los Cuatro Santos Evangelistas.

Según Bernardo Pérez del Castillo,

"...La Cédula Real, autorizó la constitución del Colegio con el calificativo de Real, y le concedió los propósitos propuestos en la petición dirigida al Rey; el uso del sello con las armas reales y la concesión y privilegios

20. Carral y de Teresa, Luis. Op. Cit. Pág. 80

del Real Colegio de Escribanos de Madrid, bajo la protección de Consejo de Indias (21)....."

Actualmente este Colegio ha llegado a nuestros días, operando bajo la denominación de Colegio de Notarios de la Ciudad de México.

D - PERIODO INDEPENDIENTE EN MEXICO DEL NOTARIADO

Durante todo el período colonial la población de la Nueva España, sostuvo una dura lucha contra la dominación Española. En el movimiento de liberación participaron no solamente el campesinado indígena y la clase pobre, sino también representantes de los estratos altos de esa sociedad.

Este descontento se canalizó a principio del siglo XIX, cuyo auge estuvo determinado por la influencia de una serie de factores económicos, sociales y políticos muy importantes. Existieron prohibiciones y limitaciones establecidas por el Reino a los habitantes, así como una carga exagerada de impuestos.

Así llegó el 15 de Septiembre de 1810 fecha en que se proclamó la Independencia de la Colonia, la cual después de una serie de vicisitudes y derramamiento de sangre, culmina el 28 de septiembre de 1821, fecha en que se consuma la Independencia con Agustín de Iturbide, el cual en el Tratado de Córdoba, firmando con Juan O'Donoju el 24 de Agosto de 1821, establece las bases de la Independencia Nacional.

Durante largo tiempo, estuvieron en pugna dos sectores de la población bien definidos, los conservadores (que proponían un régimen político centralista), y los liberales (que proponían uno federal); por ello, en materia notarial la legislación fluctuó de acuerdo al régimen imperante, unas veces eran de carácter local, otras de carácter general.

21. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. Op. Cit. Pág. 21

a) LEGISLACION DEL PERIODO INDEPENDIENTE EN MEXICO DEL
NOTARIADO

Desde los inicios de la legislación en México Independiente y dentro de la misma aparece regulada la función notarial :

"...forman parte de la validez del acto jurídico la firma, que deberá otorgarse ante notario en escritura pública, con la repercusión probatoria consiguiente. Tal aparece en el primer Código de la República en 1823, del Estado de Oaxaca, artículos 1626 a 1629; en el Código de 1870; en el Código de 1884 y en el actual Código Civil del Distrito Federal, esta regulada la escritura, en relación a la propiedad, los derechos reales y la validez de los contratos.

La Ley del Notariado del Presidente Juárez del 29 de Noviembre de 1867, exigió el requisito de ser profesional del Derecho, pues en el artículo séptimo exigió tener el título de Abogado (22)....."

Comentaremos algunas Leyes que estuvieron vigentes a lo largo de la historia, hasta llegar a la actual Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1980; no sin antes recordar que en 1812 la Corte Española expidió la Constitución de Cádiz, la cual tuvo una muy breve aplicación en México, en virtud de la situación imperante.

El estudio realizado por Bernardo Pérez Fernández del Castillo, indica que después de la Independencia Nacional se expidieron :

22. Boletín de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C. Vol. II No. 9 Ene-Feb-85.

DECRETO SOBRE ARREGLO DE TRIBUNALES Y SUS ATRIBUCIONES, EN 1812. Este le confirió facultades a las Audiencias, para examinar a los que pretendían ser Escribanos, los cuales una vez examinados, si conseguían aprobarlo, acudían ante el Rey para obtener la autorización correspondiente. También reguló lo referente al arancel de los Escribanos.

REGLAMENTO PROVISIONAL POLITICO DEL IMPERIO MEXICANO DE 18 DE DICIEMBRE DE 1822. Este dejó en vigor algunas disposiciones, Leyes y Decretos, expedidos con anterioridad a la Independencia.

DECRETO DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1834. Fue promulgado dentro del régimen federal. Reguló sobre la organización de los juzgados del Ramo Civil y del Criminal en el Distrito Federal, mismo que dispone que en cada juzgado, debían existir anexos, dos oficios públicos, vendibles y renunciables,

" en realidad continúa con las mismas características que la legislación castellana había dado al Escribano de Diligencias como un Escribano Público que trabajaba de Secretario al mismo tiempo (23)....."

LEY PARA EL ARREGLO PROVISIONAL DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA EN LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DEL FUERO COMUN

Promulgada el 23 de Mayo de 1837. Esta Ley fué detallada por el Reglamento para el Gobierno Interior de los Tribunales Superiores que se expidió el 15 de Enero de 1838. Se ubicó dentro del régimen centralista, ordenaba que quién pretendiera ser escribano, debía aprobar un exámen ante el Colegio de Escribanos y otro ante el Tribunal Superior, consistentes en la redacción de un instrumento, así como de conocimientos

23. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. Op. Cit. Pág. 24

generales de la práctica de la abogacía, los cuales una vez aprobados, se les expedía a su favor una certificación, y con ésta obtenía el Fiat, ante el Supremo Gobierno.

El Fiat era la autorización que otorgaba el Estado, concediendo el derecho de ejercer como escribano; actualmente ha sido sustituido por la patente de notario.

Los requisitos de preparación intelectual, técnica y moral, que exige la actual Ley del Notariado, no es algo nuevo, pues históricamente ha existido alguna disposición al respecto, y en tal sentido nos dice Juan Rodríguez de San Miguel, citado por Bernardo Pérez, que :

"...Los requisitos necesarios para que alguna persona pueda obtener el empleo de Escribano, son la edad de veinticinco años cumplidos, sufrir el exámen y merecer la aprobación de la Autoridad correspondiente.....También se requiere el presentar una certificación que justifique haber asistido por cuatro años al oficio de Escribano y por seis meses a la Academia del Colegio y una información de moralidad recibida con citación del Síndico del Ayuntamiento y del Rector del mismo Colegio. Además del exámen y aprobación, se requiere el nombramiento o título despachado por el Presidente de la RepúblicaPor último se necesita para poder actuar, haberse matriculado en el Colegio de Escribanos (24)....."

También se dictaron una serie de decretos en el período comprendido de 1841 al 1853, donde regulaban la forma de pagar impuestos, como recusar a los Escribanos anexos a los juzgados; obligación de registrar su firma y su signo así como matricularse en el Colegio

24. Citado por Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. Op. Cit. Pág. 26

y también algunas medidas para la conservación y seguridad de los protocolos.

LEY PARA EL ARREGLO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA EN LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DEL FUERO COMUN. Con esta Ley se puede concluir que existieron los Escribanos de Diligencias, adscritos al Tribunal Superior y Juzgados Civiles y Criminales, integrados al Poder Judicial, coexistiendo, los escribanos matriculados titulares de los oficios públicos, vendibles y renunciables.

Uno de los méritos de esta Ley, consistió en que puso fin a la multiplicidad de nombres con los que se les designaba a los Escribanos recibidos conforme a esa ley o las anteriores, sólo se les denominaría Escribanos Públicos de la Nación. Manifesto que no podrían abrir despacho público en el Distrito Federal los Escribanos que no tuvieran oficio público vendible y renunciable.

En la etapa conocida como las Leyes de Reforma y concretamente la expedida el 12 de Julio de 1859 por el Presidente Juárez, se declararon nacionalizados los bienes pertenecientes a la iglesia, en la cual imponía la obligación a los Escribanos, bajo pena de inhabilitación, privación de oficio e incluso de la libertad, si autorizaba un contrato, donde se enajenara algún bien que hubiera sido nacionalizado en los términos de esa Ley.

Posteriormente el 1 de Febrero de 1864, unos meses antes de que se proclame emperador de México, Maximiliano de Habsburgo, la Regencia dictó un Decreto, regulando el ejercicio notarial. "En éste destaca el empleo por primera vez del término NOTARIO para referirse al Escribano.

ART. 1.- Los oficios públicos de Escribanos que en la Capital del Imperio existen hasta hoy legalmente con el

nombre y carácter de vendibles y renunciables, se denominaran en lo sucesivo Notarías Públicas (25)....."

El Emperador Maximiliano expidió en 1865 (el 30 de Diciembre), la LEY ORGANICA DEL NOTARIADO Y DEL OFICIO DE ESCRIBANO.

Esta Ley, en sus artículos trata sobre la "definición del Escribano y cualidades para el ejercicio de la profesión; de las Academias; de los exámenes; de las Notarías; del número de notarios-escribanos públicos; y disposiciones generales para los instrumentos públicos. Define al notario público, como un funcionario revestido por el Soberano con la fe pública, para redactar y autorizar con su firma las escrituras de las últimas voluntades; actos y contratos que se celebraren entre las partes, así como los autos y demás diligencias de los procedimientos. Sus funciones eran vitalicias, para ejercerlas era necesario tener título de Abogado y pagar por él doscientos pesos.

Esta Ley hizo desaparecer los oficios públicos vendibles y renunciables. Así mismo establece reglas para la actuación de los notarios-escribanos públicos, uso del protocolo y formalismo para la elaboración de los instrumentos (26)....."

LEY ORGANICA DE NOTARIOS Y ACTUARIOS DEL DISTRITO FEDERAL. Fué promulgada por Juárez, el 29 de Noviembre de 1867, define al notario como "...el funcionario que reduce a instrumento público

25. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. Op. Cit. Pág. 35

26. Ibidem. Pág. 37

los actos, contratos y últimas voluntades, en los casos que las leyes lo permitan". (art. 2). Y al actuario "como el funcionario destinado para autorizar los decretos de los jueces, árbitros y arbitradores o para practicar las diligencias necesarias".

Estos cargos eran incompatibles entre sí,

"habiendo quedado definitivamente separadas sus funciones en dos clases, la de Notarios destinada exclusivamente a la cartulación o sea el desempeño de protocolos, de instrumentos públicos, y la de los actuarios dedicados exclusivamente a la práctica de las diligencias judiciales (27)....."

El signo otorgado antiguamente por el Rey, es sustituido por el sello.

Para obtener la patente era necesario tener los conocimientos adecuados para poder aprobar los dos exámenes, a que debían someterse. Para el ejercicio notarial se requería estar asistido por dos testigos, sin tacha, que supieran escribir, varones y mayores de dieciocho años. Sólo podían actuar en el Distrito Federal. El protocolo se formaba por acumulación de pliegos en papel sellado, se cerraba en Junio y Diciembre de cada año, verificándose los instrumentos otorgados.

Encontramos un retroceso en esta Ley, por la siguiente razón, permitió continuar con la nefasta venta de los oficios públicos, vendibles y renunciables, que reguló el decreto de 19 de Diciembre de 1846. Recordemos que éstas habían ordenado que desaparecieran, en la Ley Orgánica del Notariado y del Oficio de Escribano de 1865. de esto se desprende, que aún a pesar de que ordenó que desaparecieran, no

27. Poulet y Mier, Critóbal. Op. Cit. Pág. 18

lograron conseguirlo y esto por la evidente razón de que era una fuente de ingresos al erario público.

A partir del presente siglo se vive un cambio en la legislación notarial, donde se fija definitivamente su organización y ejercicio.

LEY DEL NOTARIADO DE 1901. Promulgada el 19 de Diciembre de 1901, entro en vigor el 1o. de Enero de 1902. En su artículo 1o. dispone que el ejercicio de la función notarial es de orden público, conferido por el Ejecutivo de la Unión, pero la prestación del servicio no ocasionaba sueldo del erario, sus honorarios se retribuían por los interesados de acuerdo a un arancel.

La Secretaría de Justicia era la encargada de la dirección y vigilancia del Notario. Más tarde al extinguirse esta Secretaría, los asuntos del Notariado fueron encomendados al Gobierno del Distrito Federal.

Esta Ley definía al Notario así :

ART. 12.- Notario es el Funcionario que tiene fe pública para hacer constar, conforme a las leyes, los actos que según éstas deben ser autorizadas por él

Requería ésta que quien pretendiera ser Notario debía ser abogado recibido en escuela oficial. Se pedía la obtención de la patente de aspirante al ejercicio al Notariado, la cual se conseguía aprobando un exámen práctico, tener veinticinco años, buena conducta, no tener enfermedad habitual y que estuviera vacante alguna de las Notarías, que se fijó en un número de cincuenta.

Una vez obtenido el nombramiento para actuar pedía que se otorgara una fianza, misma que servía para garantizar la responsabilidad en que pudiera incurrir en el desempeño del mismo. Proveerse a su costa del sello y libros del protocolo; así como registrar su firma y sello.

LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1932. Fué publicada el 20 de Enero de 1932. Esta Ley siguió los lineamientos de la anterior Ley.

Insiste en que la función Notarial es de orden público y sólo puede provenir del Estado. Definió al Notario como el funcionario que tiene fe pública para hacer constar los actos y hechos a los que los interesados deban o quieran dar autenticidad conforme a las leyes. Excluyó a los testigos de actuación. Fijó el número de Notarías en sesenta y dos y les estableció reglas para su actuación y formalidades para la redacción del instrumento público.

LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1945. Fué publicada el 23 de Febrero de 1945. Se reformó en los años 1952, 1953, y 1966.

Establecía que el notariado es una función de orden público a cargo del Ejecutivo de la Unión, quien a través del Departamento del Distrito Federal, la encomendaba a profesionales del derecho que obtuvieran la patente de Notario. Estableció el examen de oposición para obtener la patente de Notario, solo podían participar en el mencionado exámen los que hubieran obtenido la calidad de aspirante a Notario (requiriéndose para obtener ésta, que se aprobarán dos exámenes uno teórico y otro práctico).

Respecto del Notario, lo definía como :

"...la persona, varón o mujer, investidos de fe pública para hacer constar los actos y hechos jurídicos a los que los interesados deban o quieran dar autenticidad conforme a las leyes, autorizaba para intervenir en la formación de tales hechos jurídicos, vistiendolos de solemnidad y formas legales"

El sistema de oposición es el más útil y justo, pues obliga a todos los aspirantes al Notariado a prepararse técnicamente, tanto en la teoría como en la práctica, y el que obtiene la mejor calificación será quien ocupe la notaría vacante.

VIGENTE LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Fué publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de Enero de 1980. Menciona que :

ART. 10.- La función notarial es de orden público. En el Distrito Federal corresponde al Ejecutivo de la Unión ejercerla por conducto del Departamento del Distrito Federal, el cual encomendará su desempeño a particulares, licenciados en derecho, mediante la expedición de las patentes respectivas.

Define al Notario en los siguientes términos :

ART. 10.- Notario es el Licenciado en Derecho investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignen los actos y hechos jurídicos.....etc.

Establece como vigilar la correcta prestación del servicio notarial (ART. 2, 6 y 113), así como la autorización para la creación de notarias en razón de las necesidades de la población, y que al efecto determine el Gobierno del Distrito Federal (ART. 3).

La prestación del servicio es a petición de parte interesada, quien cubrirá los honorarios devengados por tal prestación.

En otro orden de ideas, establece requisitos para obtener la patente de Notario, previa obtención de la patente de aspirante, mismos que aparecen plasmados en el artículo 13 y 14 de la Ley.

Los mencionados artículos establecen preparación técnica, estudios universitarios, edad, buena fama, aprobar el examen de aspirante y posteriormente salir triunfador en el examen de oposición.

Limita el ejercicio de la profesión de abogado, así como para ocupar cargos o empleos públicos y comisiones particulares; prohibiendo su actuación en casos específicamente determinados (ART. 35).

La actuación y fe notarial siempre es documental, de acuerdo al artículo 42 que dispone :

.....El notario no podrá autorizar acto alguno sin que lo haga constar en los folios que forma el protocolo, salvo los que deban constar en los libros de registro de cotejos.

El protocolo y sello con que actúa el Notario, pertenecen al Estado, aún cuando los pague con recursos propios.

Sigue definiéndonos lo que se entiende por escritura y por acta; así como las formalidades y requisitos para redactarlas.

Como hemos notado en las diversas leyes mencionadas y analizadas de una manera muy somera, hay en todas ellas un común denominador que el legislador no ha perdido de vista y que tiene muy presente, que el servicio notarial es una función estatal, por tanto, de orden público y que por diversas razones (históricas, económicas o prácticas), no se ha prestado directamente por él, sino que la ha encomendado desde épocas remotas a ciertas personas, con cualidades y requisitos específicos a los cuales bajo su vigilancia, sanciona su actuación.

CAPITULO II

CAPITULO II FUNCION NOTARIAL

A.- CONCEPTO DE LA FUNCION NOTARIAL

Según González Palomino,

"...la función notarial es una función pública de carácter administrativo, que consiste en dar forma de ser o de valer a los negocios jurídicos o en establecer la presunción de verdad de ciertos hechos, mediante la afirmación pasiva de su evidencia por el Notario, hecha en el momento mismo en que son para él evidentes, por su producción o por su percepción, en el Instrumento público, a requerimientos de parte y generalmente con la colaboración de éstas (28)....."

Enrique Giménez Arnau, cita a Sancho Tello, y sostiene que :

"...la función notarial forma parte de la administración o Poder Ejecutivo del Estado, con la misión de colaborar en la realización pacífica del Derecho. Sus características serían muy semejantes a las de un Servicio Público (29)....."

En lo particular definiremos a la función notarial como : Una función de orden público, que corresponde ejercer al Estado, y por encargo de éste se encomienda a particulares, en ejercicio de una profesión libre a

28. González Palomino, José. Instituciones de Derecho Notarial. Reus, 1948, Madrid. Tomo I
Pág. 119

29. Giménez Arnau, Enrique. Derecho Notarial. Universidad de Navarra, 1976, Pamplona.
Pág. 30

Licenciados en Derecho, quienes son depositarios de la fe pública, dando así, seguridad y permanencia a los actos y hechos jurídicos, en los que interviene a petición de parte, teniendo a su cargo el escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; así como, la preparación, redacción, certificación, autorización, conservación y reproducción del acto a través del instrumento con estricto apego al marco legal.

B - CARACTERISTICAS DE LA FUNCION NOTARIAL

a - CARACTERISTICA TECNICO - JURIDICA DE LA FUNCION NOTARIAL

La preparación tecnico-jurídica implica ser perito en Derecho, circunstancia que convierte al Notario en un verdadero profesional.

Esta preparación es indispensable por lo siguiente:

PRIMERO: La Ley establece como uno de los requisitos para ser notario que el candidato sea un Licenciado en Derecho con tres años de práctica profesional y ocho meses de entrenamiento notarial bajo la supervisión de un notario, y además, la demostración objetiva de poseer los conocimientos indispensables para ejercer correctamente el notariado.

SEGUNDO: La función notarial, en el sistema latino del notariado, por esencia, solamente puede ser desempeñada por un jurista sumamente capacitado, quien además tiene que mantenerse constantemente actualizado y al tanto de las modificaciones a las leyes con las cuales se relaciona la profesión.

Por lo tanto, no se puede hablar de función notarial en el sistema latino sin una adecuada preparación, a la que también se la ha llamado "principio de Especialidad".

González Palomino, señala al respecto:

"...El Notario debe atenerse en su trabajo al Derecho Positivo y operar con la más escrupulosa técnica

jurídica, para lo que necesita una formación conceptual rigurosa y un sentido agudo de la realidad.

El arte más humilde tiene también su parte técnica.... creo que el empleo de los términos técnicos en los instrumentos públicos es, no solo conveniente sino necesario. Distingamos los términos técnicos de los términos teóricos, que son siempre catastróficos la técnica no es más que el arte de llamar a las cosas por su nombre, y ninguno del oficio puede considerarse hombre importante porque conozca como se llaman sus elementos de trabajo.

La designación técnica no añade nada a la claridad de la idea, pero la reviste de una forma que simplifica infinitamente su uso. Una sola expresión técnica ahorra el empleo de cientos de palabras (30)....."

b - CARACTERISTICA LEGAL DE LA FUNCION NOTARIAL

Dentro de la teoría del Derecho, a éste, según el uso semántico de la palabra, se le ha dividido en Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo. En su acepción subjetiva, Derecho es:

Aquella facultad derivada de las normas jurídicas, y que el maestro García Maynez definió como:

"posibilidad de hacer o de omitir algo lícitamente (31) "

30. González Palomino, José. Op. Cit. Pág. 134

31. García Maynez Eduardo. Introducción a la Lógica Jurídica, 1a. Edición. Colofón, México (sin fecha). Pág. 31

El Derecho Objetivo está compuesto por las normas jurídicas consideradas en sí mismas, esto es, el derecho vigente en un lugar y tiempo determinados.

Como resultado de esfuerzos esquematizadores, al derecho objetivo se le ha clasificado de distintas maneras. Una de ellas, lo divide en derecho sustantivo y derecho adjetivo, y atiende a la clase de derechos subjetivos que se derivan de normas.

Se dice que una norma es sustantiva cuando estatuye derechos subjetivos propiamente hablando, o bien, para decirlo según Giménez Arnau es:

"...la norma que regula derechos subjetivos e impone deberes de igual índole (32)"

Al derecho sustantivo también se le ha denominado "material", puesto que sustantividad, señala Bañuelos que :

"...no es otra cosa que una categoría jurídica que, referida a un derecho determinado, le hace autónomo e independiente (33)"

El derecho adjetivo, como su propia denominación lo sugiere, se relaciona necesariamente con otro derecho, pues por sí mismo no tiene otra razón de ser :

"...es derecho para el derecho", dice Carral y de Teresa (34).

El resultado es que las normas jurídicas establecen derechos y que el adjetivo dice cómo hacerlos válidos, es decir, es el cauce que se tiene

32. Giménez Arnau, Enrique. Op. Cit. Pág. 31

33. Bañuelos Sánchez, Froylán. Op. Cit. Pág. 129

34. Carral y de Teresa, Luis. Op. Cit. Pág. 32

que emplear para actualizar las hipótesis de las normas sustantivas, razón por la cual también se le llama derecho formal. Por ello, las normas sustantivas confieren facultades, y los preceptos adjetivos imponen condiciones para ejercitarlas.

Un ejemplo clásico e ilustrativo de esta diferenciación lo encontramos en el Código Civil, en relación con el Código de Procedimientos Civiles.

El Código Civil, en su parte de obligaciones y contratos, está compuesto por normas sustantivas, pues regulan derechos y obligaciones, para las personas que se ubiquen dentro de sus hipótesis normativas; por ejemplo, si alguien me debe algo, tengo el derecho de que me pague, y el Código de Procedimientos Civiles, establece el procedimiento que debo seguir para obtener una sentencia que reconozca mi derecho, y así obtenga el pago, aun en contra de la voluntad de la otra parte.

Al analizar las normas que regulan la actividad del notario salta la pregunta de si el derecho notarial es sustantivo o adjetivo.

Enrique Giménez Arnau, a quien ha preocupado especialmente la cuestión, sostiene que,

"...en definitiva, el derecho notarial es derecho para el derecho, y por tanto adjetivo (35)....."

Según el autor, el fundamento de su postura es que:

"...la necesidad imperiosa que tiene el Notario de conocer a fondo el Derecho privado para el buen desempeño de su función, no autoriza a concluir la sustantividad Notarial.

35. Giménez Arnau, Enrique. Op. Cit. Pág. 33

El Notario habrá de estudiar y conocer la norma sustantiva como la debe conocer el Juez y el Abogado; más esa norma conserva su propio carácter y su originaria independencia... Solamente las reglas que rigen la intervención del funcionario, que modela su actividad y determinan la trascendencia jurídica de ella, son Derecho notarial (36)....."

La doctrina no es unánime en este sentido, pues, por ejemplo a Bañuelos Sánchez le parece que el derecho notarial es sustantivo,

"...axioma de una evidencia que no admite duda ni discusión .."(37), debido a "...su independencia, certeza y permanencia, cuyas características le proporcionan un lugar específico en el cuadro general de las clasificaciones del Derecho (38)....."

A pesar de esta falta de consenso, encuentro de mayor validez la opinión que considera al derecho notarial como adjetivo, porque me parece que sus normas se relacionan necesariamente con otras, toda vez que su misión es autenticar las relaciones jurídicas creadas por la voluntad de sus clientes, las cuales se encuentran siempre reguladas por otras normas.

Dentro del lenguaje notarial, el sentido de la formalidad se refiere a aquellos requisitos legales que tiene que cumplir el notario cuando actúa.

Es precisamente a esta formalidad notarial a la que nos referimos cuando decimos que la legalidad es una característica de la función

36. Idem. pág. 32

37. Bañuelos Sánchez, Froylán. Op. Cit. Pág. 130

38. Idem. Pág. 132

notarial. En otras palabras, el notario, debe cumplir con todas y cada una de las normas que regulan su actuación.

La Ley del Notariado es clara cuando dispone :

ART. 6.- El notario es responsable ante el Departamento del Distrito Federal de que la prestación del servicio en la notaría a su cargo se realice con apego a las disposiciones de esta ley y sus reglamentos.

Incluso, al notario se le toma protesta legal en forma similar que a los servidores públicos (ARTS. 25 párrafo 1o. y 28 fracc. 1), pues éstos, tienen la obligación de "guardar y hacer guardar" las leyes de la República.

Las formalidades que debe seguir el notario están fundamentalmente consignadas en los artículos 61, 62, 83 y 85 de la Ley del Notariado.

El que un notario no observe dichas formalidades lo hace incurrir en responsabilidad en los términos del artículo 126.

ART. 126.- Al notario responsable del incumplimiento de sus obligaciones derivadas de esta ley, sin perjuicio de las sanciones penales que le sean aplicables, será acreedor a las sanciones siguientesetc.

Además, la no observancia de las formas exigidas por la Ley del Notariado, también conlleva a la nulidad de la escritura o acta, artículo 103.

c - CARACTERISTICA DOCUMENTAL DE LA FUNCION NOTARIAL

Comentamos en el capítulo uno que cuando el notario (tabellio) aún no había sido investido de fe pública, su profesión se reducía a elaborar

instrumentos jurídicos, especialmente contratos. Su preparación jurídica hacía que la gente confiara en él y solicitaban sus servicios con el objeto de firmar documentos que produjeran precisamente los efectos que su voluntad deseaba.

El tabellio no añadía seguridad jurídica al negocio que se le planteaba; apenas proporcionaba una tranquilidad psicológica a sus clientes. Era evidente la necesidad de que existieran instrumentos jurídicos auténticos en la esfera privada. Esto requería, de alguna manera, la presencia del Estado en tales negocios, pues sólo éste tiene la potestad de emitir actos erga omnes. Su presencia era requerida en calidad de "testigo intachable"; pero, al mismo tiempo, la inevitable burocracia entorpecía la vida jurídica de la sociedad.

Entonces, se invistió al Tabellio ya arraigado en la vida jurídica, con la fe pública. Esta es la razón por la cual Luis Carral y de T. sostiene que:

"...el documento precedió al notario (39)....."

Habría que añadir que el documento no sólo precedió al notario, sino que, se convirtió en el único medio a través del cual puede actuar.

Es requisito del Poder Público que se actúe de manera escrita, como se encuentra consignado en el artículo 16 Constitucional. No se puede hablar de autenticidad jurídica si no es a través de un documento.

Por ello, sólo hacen prueba plena los instrumentos públicos, es decir, los documentos sancionados por la fe pública.

Al depositar en el notario la fe pública para que la preste en determinados actos, la Ley también le impuso, la obligación de hacerlos constar por escrito. Esto no lo convierte en autoridad ya que es un servidor público, pero sí lo sujeta al principio documental de los instrumentos públicos.

39. Carral y de Teresa, Luis . Op. Cit. Pág. 12

La Ley del Notariado es categórica cuando dispone :

ART. 42.-El notario no podrá autorizar acto alguno sin que lo haga constar en los folios que forma el protocolo, salvo los que deban constar en los libros de registro de cotejos.

ART. 10.-.....El notario fungirá como asesor de los comparecientes y expedirá los testimonios, copias y certificaciones a los interesados conforme lo establezcan las leyesetc.

Este artículo es revelador del compromiso del notario, consiste en fusionar al abogado consultor con la seguridad jurídica, dando como resultado al notario moderno. Es importante la limitante que la ley establece, al señalar que la actuación del notario debe ser por escrito y únicamente puede quedar asentada en el protocolo.

El protocolo es el conjunto de libros formados por folios numerados y sellados en los que el notario, observando las formalidades de la ley, asienta y autoriza las escrituras y actas que otorgue.

d - CARACTERISTICA IMPARCIAL DE LA FUNCION NOTARIAL

El diccionario define a la imparcialidad como :

" falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas, de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud (40)....."

La imparcialidad constituye una de las principales características de la función notarial, es uno de los pilares sobre los cuales se apoya dando seguridad y permanencia.

González Palomino, nos indica que el notario :

40. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

"...actúa en la esfera de los hechos, considerando la realidad jurídica, la lite, que ante él se plantea, como un hecho, como una realidad que él no crea, sino que se le presenta como dada. Es artífice de la forma sustancial del negocio, precisamente por actuar en plano extraño al negocio, superior al plano que están las partes. Su posición es no solo imparcial sino ecléctica, porque la realidad es siempre ecléctica (41)."

La imparcialidad constituye una de las bases de la función notarial, pues no se puede ser Juez y Parte, ya que esto sería un desequilibrio entre la justicia y la equidad entre las partes y es un fin contrario en el Derecho.

Por esta razón, las partes que acuden a solicitar el servicio notarial tienen la seguridad de que sus intereses se verán tutelados, tratando de ser equilibrados de una manera equitativa.

El Legislador, en todos los tiempos ha buscado la manera de separar al Notario de todo vínculo de parcialidad. Por tal motivo, en la actualidad la Ley del Notariado, proviene en sus artículos 17 y 35, las incompatibilidades y prohibiciones de la actuación notarial, para evitar su parcialidad o dependencia y así como consecuencia siempre pueda actuar libre de cualquier coacción, siendo absolutamente imparcial.

ART. 17.- Las funciones del notario son incompatibles con todo empleo, cargo o comisión públicos, con los empleos o comisiones de particulares, con el desempeño del mandato judicial y con el ejercicio de la profesión de abogado, en asuntos en que haya contienda, con la de comerciante, agente de cambio o ministro de cualquier culto.....etc.

ART. 35.- Queda prohibido a los notarios :

41. González Palomino, José. Op. Cit. Pág. 132

l.- Actuar en los asuntos que se les encomiende, si alguna circunstancia les impide atender con imparcialidad;.....etc.

e - CARACTERISTICA PRECAUTORIA DE LA FUNCION NOTARIAL

En esta característica de la función notarial, interviene la capacidad y sabiduría del Notario, al interpretar la voluntad de las partes, pues al tener la certeza de lo expresado podrá formalizar el acto jurídico deseado por éstas, se estará actuando conforme a la Ley y por lo tanto, se reduce al mínimo el engaño o fraude, por lo que la voluntad de las partes será la ley suprema y como consecuencia no habrá conflicto entre las mismas, ni litis que disputar y entonces no existirá la necesidad de recurrir al órgano jurisdiccional para dirimir controversias, es por esta razón que la función notarial es precautoria, aplicándose la frase célebre de Costa, "Notaría abierta, Juzgado cerrado".

"...Porque mientras el Juez en el conflicto, dicta sentencia para dar a cada quien lo suyo, el Notario certifica que es lo suyo de cada quien, lo declara la verdad legal y lo impone a todos por imperio de la Ley (42)....."

f - CARACTERISTICA PUBLICA DE LA FUNCION NOTARIAL

La función notarial corresponde al Estado, en virtud del ius imperium, como un atributo estatal, por tanto, es de orden público, tal como la define en su artículo primero la Ley vigente del Notariado. "ART. 1.- La función notarial es de orden público..."

Es de carácter pública, es decir, pertenece al campo del Derecho Público, porque en ellas se interesa la organización misma del Estado y

42. Academia Mexicana de Derecho Notarial, Asociación Civil. Memoria. Tomo I. Pág.6

el cumplimiento de las atribuciones que le corresponden o se les han otorgado, en razón de su prerrogativa de autoridad, en contraposición al Derecho Privado, que regula las relaciones entre los particulares.

El notario presta un servicio público, entendido éste como la actividad organizada que tiene por objeto satisfacer en forma continua, uniforme, regular y permanente, necesidades de carácter colectivo.

Es un servicio público porque corresponde al Estado esta actividad y por lo mismo la regula y califica, pues a éste interesa la seguridad en la contratación y tráfico jurídico en la sociedad, por lo tanto, no admite la ingerencia de la voluntad privada de las partes, en su delimitación.

"...El notario actúa por delegación del Estado... está investido de fe pública, que es un atributo del Estado, que tiene en virtud del *ius imperium* y es ejercitada a través de los órganos Estatales y del Notario (43)....."

g - LA ROGACION CARACTERISTICA DE LA FUNCION NOTARIAL

El artículo 10 de la Ley del notariado, en su parte final señala :

" La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte"; en otras palabras, el notario sólo puede actuar a petición de parte, conocida en la doctrina como LA ROGACION.

El argentino Carlos Nicolás Gattari define a la rogación como :

"....el acto jurídico por el cual una o más personas físicas requieren del oficial público, el ejercicio de su función con el fin de instrumentar sus voluntades en acuerdo, o fijar hechos, acontecimientos y situaciones (44)."

43. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. Op. Cit. Pág. 160

44. Gattari, Carlos nicolás. Manual de Derecho Notarial, la edición, Depalma, Buenos Aires, 1988. Pág. 94

Luego explica que su definición contempla personas físicas nada más, pues "...únicamente ellas comparecen ante el notario (45)....."

Gattari nos hace recordar el viejo debate en torno a la "ficción" de las personas morales: es obvio que una sociedad anónima puede ir y llamar a la puerta del notario a pedir sus servicios; pero esto no quiere decir que no sea la persona moral la que otorga el acto, y a fin de cuentas se realiza la rogación, aunque el que físicamente acuda a la notaría sea una persona de "carne y hueso", representándola.

El aspecto más importante de la rogación radica en sus implicaciones:

- Que el notario actúe a petición de parte, es lo mismo que decir, que no puede actuar de oficio. De esta manera la fe Pública notarial se encuentra en realidad bastante limitada, ya que tiene que constar en un documento, que siga las formalidades legales, respecto de un número limitado de actos o hechos, y finalmente, sólo puede activarse cuando alguien lo solicita al notario.

- El principio de la rogación implica la libertad. Para decirlo con Deimundo, la rogación:

"...tiene como fuente la libertad contractual, cuyo principio natural ha sido universalmente reconocido como uno de los derechos fundamentales del hombre (46).."

h - CARACTERISTICA VITALICIA DE LA FUNCION NOTARIAL

45. Idem.

46. Deimundo, Santiago Raúl. Pensamiento y Sentimiento sobre el Notariado, 1a. edición, Depalma, Buenos Aires, 1989. Pág. 50

Esta característica es la última y no opone controversia, ya que es muy clara, puesto que mientras el notario tenga vida en el amplio sentido de la palabra (que realice todas sus funciones físicas y biológicas normalmente), será notario de "X" notaría.

En conclusión, la función notarial es vitalicia porque se extingue con la muerte del titular.

C - FINALIDAD DE LA FUNCION NOTARIAL

En lo referente a la finalidad de la función notarial, se puede concluir que persigue, la seguridad, valor y permanencia del instrumento y del acto que contiene.

La primera de ellas se obtiene, en cuanto que el Notario analiza, perfecciona, hace juicios de capacidad, etc. del acto en que va a intervenir, reforzándose esta seguridad por medio de un régimen de responsabilidad que éste adquiera. Las partes que comparecen ante el Notario pretenden una seguridad jurídica y no se obtendría esta, si no se tuviera la firmeza y valor que la ley le atribuye al documento notarial.

La finalidad de valor, se encuentra referida a la eficacia jurídica y fuerza que se otorga mediante la intervención del Notario, entre las partes y terceros.

En cuanto a la permanencia, como otra finalidad de la función notarial, esta se explica y traduce en la proyección hacia el futuro, esto es, el documento notarial nace para proyectarse o permanecer a futuro, no pierde su validez por medio del transcurso del tiempo.

D - DIFERENCIA ENTRE LA FUNCION NOTARIAL Y LA FUNCION JUDICIAL

De acuerdo con los tratadistas de la Teoría del Estado, estas se ejercen por medio de órganos que son esferas de competencia determinada, es decir, el fin sólo puede realizarse o llevarse a cabo por medio de funciones.

La idea de función alude al sentido dinámico del Estado, al ejercicio de una actividad, al cumplimiento de sus fines.

El tratadista Gabino Fraga, indica que :

"...la actividad del Estado es el conjunto de actos materiales y jurídicos, operaciones y tareas que realiza en virtud de las atribuciones que la legislación positiva le otorga.

El otorgamiento de dichas atribuciones obedece a la necesidad de crear jurídicamente los medios adecuados para alcanzar los fines estatales (47)....."

La división de funciones o atribuciones, no puede tener hoy en día un encasillamiento estricto y tajante de actividades, con respecto a cada una de ellas, toda vez que se presentan en la práctica una serie de invasiones de competencias, con gran incidencia.

Con el objeto de distinguir entre sí, a las diversas funciones estatales (administrativas, legislativas o judiciales), existe :

- a - el criterio formal y
- b - el criterio material.

EL CRITERIO FORMAL, toma en cuenta únicamente al órgano del cual emana esa función. Así las funciones del Poder Ejecutivo serán administrativas,

47. Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. Porrúa, 1973, México. 15a. edición. Pág 9

las funciones del Poder Legislativo serán legislativas y las funciones del Poder Judicial serán jurisdiccionales.

EL CRITERIO MATERIAL, atiende a la esencia o naturaleza intrínseca de la función o del acto, independientemente del poder del cual emane esta función o acto.

Ahora explicaremos el concepto de **JURISDICCION**.

Entendemos por jurisdicción, a la función soberana del Estado, que realiza a través de una serie de actos, con la finalidad de solucionar un litigio, mediante la aplicación de la ley a un caso concreto. La culminación de la función jurisdiccional es la sentencia y su aplicación.

Los autores de Derecho Procesal, coinciden en apuntar que las características del acto jurisdiccional son :

- a - Concreto,
- b - Particular,
- c - Personalizado,
- d - Declarativo o de aplicación,
- e - necesita provocarse o excitarse por el gobernado, frente a los órganos estatales,
- f - Provoca siempre una relación triangular entre el Estado y los dos sujetos contendientes, y
- g - Esta encaminado a dirimir o resolver un litigio o controversia aplicando una ley general al caso particular controvertido.

Por lo que se refiere a la función notarial y en concordancia con las ideas expuestas, creemos que se ubica dentro de la función administrativa, como una de las categorías de atribuciones estatales.

Las características del acto administrativo y como consecuencia también de la función notarial, son :

- a - Concreción,
- b - Particularidad,
- c - Personal, y
- d - Declarativo o de aplicación.

DIFERENCIAS

FUNCION NOTARIAL

* Esta ubicada en el ámbito del PODER EJECUTIVO.

* Se realiza cuando no existe litigio, ya que trata de prever y de prevenir.

* Se lleva a cabo a petición de parte, siendo el Notario un asesor.

* Pueden existir intereses opuestos pero no constituyen una controversia porque se tratan de conciliar de la manera más equitativa para las partes.

* no puede obligar a la parte para que acate la solución dada al caso planteado.

FUNCION JUDICIAL

* Esta ubicada en el ámbito del PODER JUDICIAL.

* Tiene por finalidad la solución de un litigio.

* necesita ser provocada, frente a los Organos Estatales, siendo la parte, el actor, existiendo Demandado y Juez.

* Existe una serie de intereses opuestos que constituyen una controversia, por la pretensión de una parte y la resistencia de la otra.

Entendiendo por pretensión, la exigencia de la subordinación del interés ajeno sobre el interés propio.

* Obliga a las partes a acatar la solución dada al Caso mediante una sentencia.

CAPITULO III

CAPITULO III **ACTIVIDAD NOTARIAL**

A - REGLAS BASICAS DE LA ACTIVIDAD NOTARIAL

a - REGLAS JURIDICAS DE LA ACTIVIDAD NOTARIAL

A continuación, describiremos que necesita hacer un Licenciado en Derecho para poder obtener la patente de Notario.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal señala :

ART . 13.- Para obtener la patente de aspirante al notariado el interesado deberá satisfacer los siguientes requisitos :

I.- Ser mexicano por nacimiento en pleno ejercicio de sus derechos, tener veinticinco años cumplidos y no más de sesenta y tener buena conducta;

II.- Ser licenciado en derecho con la correspondiente cédula profesional y acreditar cuando menos tres años de práctica profesional, a partir de la fecha de examen de licenciatura;

III.- Comprobar que, por lo menos, durante ocho meses ininterrumpidos e inmediatamente anteriores a la solicitud de examen, ha realizado prácticas notariales bajo la dirección y responsabilidad de algún notario del Distrito Federal;

IV.- No haber sido condenado por sentencia ejecutoriada, por delito intencional; y

V.- Solicitar ante la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos del Departamento del Distrito Federal el examen correspondiente y ser aprobado en el mismo.

Este examen consiste en dos pruebas :

a - Teórica y

b - Práctica.

Las dos pruebas se llevan a cabo el día y hora en que señala el Departamento del Distrito Federal.

La prueba práctica consiste en la redacción de un instrumento notarial en un lapso de cinco horas, el tema a desarrollar se obtiene mediante el sorteo de veinte temas, estos son propuestos por el Colegio de Notarios y aprobados por el Departamento del Distrito Federal. Los temas se encuentran contenidos dentro de sobres cerrados y sellados por el Director General Jurídico y de Estudios Legislativos del Departamento del Distrito Federal y por el Presidente del Colegio de Notarios.

La prueba teórica consiste en interpelaciones que los miembros del jurado hagan al examinado, en relación con su tema práctico.

Una vez concluidas ambas pruebas, el jurado, a puerta cerrada las califica y comunica al sustentante si ha aprobado o no. En caso de que sea aprobado, el Jefe del Departamento del Distrito Federal por acuerdo del Ejecutivo de la Unión otorga la patente de aspirante al notariado.

La patente debe registrarse en el Registro Público de la Propiedad, en el Colegio de Notarios y en la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos del Departamento del Distrito Federal.

El jurado de este examen está compuesto por cinco miembros propietarios quienes tienen sus respectivos suplentes, todos deberán ser licenciados en derecho a excepción hecha del Jefe del Departamento del Distrito Federal, quien no necesita de este requisito.

El jurado estará integrado de la siguiente manera:

- El Jefe del Departamento del Distrito Federal o su Suplente, quien fungirá como presidente del jurado,
- Los Directores Generales Jurídico y de Estudios Legislativos y del Registro Público de la Propiedad y del Comercio del Departamento del Distrito Federal, y
- Por dos notarios del Distrito Federal designados por el Consejo del Colegio de Notarios del propio Distrito.

Después de aprobar el primer examen, el sustentante, se presentará a un segundo examen para obtener la patente de Notario, sera necesario cubrir los requisitos que establece la Ley del Notariado en su artículo 14 que a la letra dice :

"Para obtener la patente de notario se requiere :

- I.- Presentar la patente de aspirante al notariado, expedida por el Departamento del Distrito Federal;
- II.- No haber sido condenado por sentencia ejecutoriada por delito intencional;
- III.- Gozar de buena reputación personal y profesional; y
- IV.- Haber obtenido la calificación correspondiente en los términos del Artículo 23 de esta ley".

El Departamento del Distrito Federal notificará a los aspirantes al notariado el día, hora y lugar de la celebración del examen de oposición.

En el examen de oposición el aspirante cuenta con el auxilio de una mecanografa y cinco horas corridas, bajo la vigilancia de un representante.

De igual manera que en el examen de aspirante, la notificación es personal o por correo certificado con acuse de recibo.

También en la misma forma que en el examen de aspirante el interesado deberá cubrir una cantidad determinada de dinero por concepto de derechos que se encuentran previstos en la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal y que actualmente asciende a la suma de N\$ 171 00 (Ciento setenta y uno nuevos pesos M/N).

El jurado esta integrado de la misma forma que el de aspirante.

Concluidas las dos pruebas, los miembros del Jurado a puerta cerrada, emitirán una calificación para ambas pruebas. Si no hay Consenso en la puntuación el Jurado resolverá por mayoría. La puntuación mínima aprobaría será de 70 puntos en una escala numérica de 10 a 100.

El sustentante con mayor puntuación será el triunfador. La resolución del Jurado no admitirá recurso alguno.

El aspirante que obtenga menos de 65 puntos, hasta después de seis meses podrá volver a presentar examen.

El Secretario levantará el acta correspondiente, suscrita por los integrantes del Jurado.

El presidente del Jurado, ya con triunfador del examen de oposición, lo dará a conocer en público. Comunicando el resultado y remitiendo la documentación al Jefe del Departamento del Distrito Federal, quien otorgará las patentes e indicará la fecha en que se le tomará la protesta legal del fiel desempeño de sus funciones.

Las patentes de aspirante y de notario tienen que ser inscritas en:

- Las Direcciones Generales Jurídicas y de Estudios Legislativos y del registro Público de la Propiedad y del Comercio del Departamento del Distrito Federal, y
- Colegio de Notarios del Distrito Federal.

Los libros de registro y las propias patentes serán firmadas por los interesados adheriendo su fotografía.

b - REGLAS MORALES DE LA ACTIVIDAD NOTARIAL

Siempre se ha esperado una buena actuación moral del notariado. La función del notario consiste en escuchar, interpretar y aconsejar a las partes, así como, preparar, redactar, certificar y reproducir el instrumento. Esta actividad la desarrolla de la siguiente forma:

ESCUCHAR - Cuando una persona se encuentra con algún problema jurídico, ésta acude al notario y le plantea sus conflictos, éstos deben de ser escuchados con atención. El notario trata de conocer todas las circunstancias, la inquietud de las partes y sus alcances, es necesario que se le hable al notario con la verdad.

INTERPRETAR - El notario después de escuchar a las partes interesadas, busca los motivos y causas que han tenido para llevar a cabo una operación, interpretando su voluntad y pretendiendo descubrir sus deseos y el modo de satisfacerlos dentro del ámbito jurídico.

ACONSEJAR - Una vez que los problemas han sido establecidos por las partes y asimilados por el notario, éste dentro de un repertorio jurídico se encuentra en actitud de dar un consejo eficaz, es frecuente que el planteamiento jurídico tenga diferentes soluciones, la capacidad, preparación jurídica, conocimiento y experiencia del notario son fundamentales para dar una solución y aconsejar lo más adecuado ante los hechos presentados por los interesados.

PREPARAR - Para la preparación de una escritura pública se necesitan cumplir requisitos previos a la firma, por ejemplo, en las traslativas de dominio de un bien inmueble hay que obtener del Registro Público de la Propiedad, el certificado de existencia o inexistencia de gravámenes; de la autoridad fiscal, la constancia de no adeudo de impuestos y contar con el título de propiedad; acta de matrimonio del enajenante, en su caso, a fin de examinar el régimen bajo el cual contrajo nupcias; el avalúo bancario; para el caso de extranjeros, el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para adquirir el inmueble; etc.

Obtenida esta documentación, se está en posibilidad de redactar el instrumento.

REDACTAR - Para la redacción es necesario expresarse con propiedad, claridad y concisión. Además el notario debe de utilizar lenguaje jurídico, cuando las partes han expresado su deseo. De acuerdo al acto jurídico de que se trate procede a la redacción de las cláusulas en las que vuelca su creatividad profesional del derecho, demostrando su calidad de jurisconsulto, desarrolla su labor de perito en derecho reconocida por la ley, así como su práctica en la redacción adquirida a través de la experiencia.

Gracias a su estudio conoce cuales son las disposiciones que integran el orden jurídico, sabe adecuarlas y ordenarlas para formar el instrumento necesario a las partes; la redacción de las cláusulas requiere de sabiduría legal y responsabilidad profesional para evitar que en el contrato se declare con falsedad aquello que no es cierto y prevalezca el orden jurídico y la buena fe.

Si la redacción del clausulado es jurídicamente correcta y se usa propiedad y sencillez en el lenguaje no habrá conflicto entre las partes.

CERTIFICAR - En la certificación, el notario concretará la parte donde manifiesta el contenido de su fe pública que es fe de la existencia de los documentos relacionados en la escritura y explicación del instrumento, fe de capacidad de los otorgantes y finalmente de otorgamiento de la voluntad.

Ciertamente un abogado examina los antecedentes físicos y jurídicos de un documento, redacta las cláusulas, selecciona las disposiciones jurídicas aplicables y expresa en lenguaje jurídico la voluntad de las partes pero no puede certificar; esta facultad corresponde a los federatarios en este caso al **NOTARIO**.

El notario por su calidad de federatario, al certificar formula un juicio de certeza que se impondrá a los demás.

AUTORIZAR - La autorización de la escritura es el acto de autoridad del notario que convierte al documento en auténtico, quien ejerce sus facultades como federatario público, da eficacia jurídica al acto 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 satisface plenamente a los ideales de seguridad jurídica no solo por los elementos examinados que integran su función sino también porque su actividad responde a los principios de conservación y reproducción del documento.

c - REGLAS FISICAS DE LA ACTIVIDAD NOTARIAL

Después de haber obtenido la patente de notario y haberle asignado número de notaría, tendrá que tener todos los medios necesarios para que funcione su notaría, lo primero es: Una oficina para que se establezca el notario y realice sus funciones. La oficina es el lugar físico donde se establece una notaría y es aquí donde el notario ejerce su función federataria atendiendo a los interesados que lo soliciten, es por lo tanto, el lugar donde se encuentran todos los elementos notariales que integrarán la notaría y son:

- el protocolo,
- el sello,
- el apéndice,
- el índice,
- la guía, y
- el archivo.

PROTOCOLO - Etimológicamente la palabra protocolo proviene del bajo latín "Protocollum", que a su vez se deriva de las voces griegas "Protos, primero y Colas, pegar", es decir significan LA PRIMERA HOJA PEGADA O ENCOLADA (48).

Según el Diccionario de Legislación de Escriche, entre los romanos "Protocolum", era lo que estaba escrito a la cabeza del papel de donde solía ponerse el tiempo de su fabricación (49).

La Ley del Notariado para el Distrito Federal define al protocolo de la siguiente manera:

ART. 42.- Protocolo es el conjunto de libros formados por folios numerados y sellados en los que el notario,

48. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Pág. 984

49. Escriche, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Nueva edición. Corregida notablemente, y aumentada con nuevos artículos, notas y adiciones sobre el Derecho Americano. Librería de Ch. Bouret, México 1888. Pág. 1400

observando las formalidades que establece la presente ley, asienta y autoriza las escrituras y actas que se otorguen ante su fe, con sus respectivos apéndices; así como por los libros de registro de cotejos con sus apéndices.

Los instrumentos, libros y apéndices que integren el protocolo deberán ser numerados progresivamente. Los folios deberán utilizarse en forma progresiva por ambas caras y los instrumentos que se asienten en ellos se ordenarán en forma sucesiva y cronológica por el notario y se encuadernarán en libros que se integrarán por doscientos folios, excepto cuando el notario deba asentar un instrumento con el cual rebasare ese número, en cuyo caso, podrá dar por terminado el libro sin asentar dicho instrumento iniciando con éste el siguiente libro.

El notario no podrá autorizar acto alguno sin que lo haga constar en los folios que forma el protocolo, salvo los que deban constar en los libros de registro de cotejos.

SELLO DE AUTORIZAR - El notario para actuar necesita del sello, con éste se autorizan los documentos públicos; es el instrumento que emplea el notario para ejercer su facultad fedativa. Esta es el simbolo de la fe pública del Estado. La falta de sello produce la nulidad del instrumento o del testimonio. El sello es propiedad del Estado aunque el notario debe adquirirlo a su costa, éste al igual que la patente, firma, rúbrica o media firma del notario, se registra en la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos, en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio y en el Colegio de Notarios y aunque no es una obligación, por costumbre que debe estimarse apropiada o práctica, también se inscriben o registran con el Archivo General de Notarias.

APENDICE - Por cada uno de los protocolos, el notario debe llevar un apéndice, el cual está descrito en el artículo 53: Por cada libro, el notario llevará una carpeta denominada apéndice, en la que se coleccionarán los documentos a que se refieren los instrumentos que formarán parte integrante del protocolo.etc

INDICE - Es la libreta donde se asientan en orden alfabético los nombres de las personas que han intervenido en los instrumentos autorizados por el notario.

ART. 55.- Los notarios tendrán obligación de elaborar por duplicado y por cada decena de libros un índice de todos los instrumentos autorizados o con la razón de "no paso", en el que se expresará respecto de cada instrumento:

- I. El número progresivo de cada instrumento;
- II. El libro al que pertenece;
- III. Su fecha de asiento;
- IV. Los números de folios en los que consta;
- V. El nombre y apellidos de las personas físicas y denominaciones o razones sociales de las personas morales comparecientes;
- VI. La naturaleza del acto o hecho que contienen, y
- VII. Los datos de los trámites administrativos que el notario juzgue conveniente asentar.

El índice se formará a medida que los instrumentos se vayan asentando en forma progresiva en folios.

Por cada tomo del protocolo el notario llevará un libro de control de folios, el cual deberá estar encuadernado sólidamente y empastado.

Al entregarse definitivamente la decena de libros al Archivo General de Notarías, se acompañará un ejemplar de dichos índices y el otro lo conservará el notario.

GUIA - En ésta se anota en forma progresiva los instrumentos otorgados por el notario y el estado en que se encuentran.

ARCHIVO - Los archivos están también en la oficina y son importantes para la conservación de los documentos que en virtud de su función el notario recopila.

En caso de clausura de la notaria, el Departamento del Distrito Federal recogerá el sello, el protocolo y el archivo de la notaría.

El archivo del notario está formado fundamentalmente por los documentos que forman parte del apéndice y los protocolos pendientes de remitirse al Archivo General de Notarías.

CAPITULO IV

A - SECRETO PROFESIONAL EN EL DEBER NOTARIAL

La palabra secreto proviene del latín "secretum" y en términos generales significa "...lo que se mantiene reservado (50)..."

"...De tal manera es sólida la imagen del Notario que muchas veces se le considera depositario de confianza y discreción de problemas personales. Por las características propias de su función en muchas ocasiones recibe Información y secretos íntimos (51).."

Lo anterior se concibe fácilmente si comprendemos que el Notario, como asesor y consejero de las partes, necesita saber cual es la voluntad de ellas, por lo que deben explicarle con lujo de detalles las consecuencias que rodean al acto o hecho jurídico, que se pretende realizar.

Para Neri "...el secreto importa una reserva y sigilo (52)...", entendiendo la reserva como la guarda de una cosa o un hecho para que no pueda ser conocido y al sigilo, como el efecto de silencio.

Jiménez Huerta, define en forma genérica al secreto como :

"...aquéllo que debe permanecer ignorado, desconocido u oculto por voluntad de la persona que a consecuencia de su revelación, puede experimentar contrariedad o sufrir un perjuicio (53)....."

50. Neri, Argentino. Tratado Teórico y práctico de Derecho Notarial. Vol. III. Depalma, 1970, Buenos Aires. Pág. 111

51. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Ética Notarial, Porrúa, 1990 México. 3a. ed. Pág. 34

52. Neri, Argentino. TratadoOp. Cit. Pág. 111

53. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo III. Porrúa, 1977, México. Pág. 184

En lo que atañe a las diversas clases de secretos, Fernández Serrano, citado por Mustapich, les clasifica de la siguiente manera :

" Conmiso : constituido por la confidencia dada bajo la promesa de silencio; Promiso : aquél en que el confidente garantiza la reserva después de revelado; Natural : cuando la reserva debe de mantenerse por caridad y justicia, ya que su revelación ocasionaría un daño en la persona, fama o bienes; y el Profesional : como implícito entre el profesional y el cliente (54)...."

Desde las Leyes de las Siete Partidas, se exigía la lealtad como una regla de Dentología Profesional y calidades personales del Notario.

"...El secreto natural constituye una obligación moral para todo aquél que lo recibe, el cual al tomarse en una concepción etico-jurídica, cristaliza en el llamado deber de lealtad, el cual se traduce en un secreto profesional cuando por razones especiales, éste se establece entre el cliente y aquél que presta sus servicios profesionales (55)....."

A este secreto profesional, es al que se encuentra constreñido el Notario, (deber de lealtad) por virtud de la confianza que se deposita en él, por ser el asesor y consejero de las partes, pues le confían y ponen en sus "manos" sus intereses, patrimonio, fama, etc.

En suma, puede advertirse que el secreto profesional es un deber (por su investidura) para el Notario y un derecho del particular que

54. Mustapich, José Ma. Tratado Teórico y Práctico de derecho notarial. Ediar, 1955, Buenos Aires Pág. 192

55. Pondé, Eduardo B. El secreto en el Ejercicio del Notariado. V Congreso Internacional del Notariado Latino. Oct.-58. Pág. 133

solicita su intervención. Este secreto profesional, es canalizado en la función notarial, por dos vías;

"...una como asesor de las partes a las que escucha y aconseja y es semejante a la profesión del abogado, y la propiamente Notarial, documentar y dar fe en el protocolo. El secreto profesional del Notario involucra ambas actitudes (56)....."

Es tan importante el secreto profesional, que nuestras Leyes lo regulan en la Ley del Notariado y en el Código Penal.

El artículo 31 de la Ley del Notariado, señala :

ART. 31.- Los Notarios, en el ejercicio de su profesión, deben guardar reserva sobre lo pasado ante ellos y están sujetos a las disposiciones del Código Penal sobre secreto profesional, salvo los informes obligatorios que deben rendir con sujeción a las leyes respectivas y de los actos que deban inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, de los cuales podrán enterarse las personas que no hubiesen intervenido en ellos y siempre que a juicio del notario tengan algún interés legítimo en el asunto y que no se haya efectuado la inscripción respectiva.

La sanción por violar éste precepto, la tenemos en el artículo 126, fracc. III, incluso "b" y fracc. IV, inciso "a" de la ley en comento.

Art. 126.- Al Notario responsable del incumplimiento de sus obligaciones derivadas de esta ley, sin perjuicio de las sanciones penales que le sean aplicables, será acreedor a las sanciones siguientes :

III.- Suspensión del cargo hasta por un año :

b) Por revelación injustificada y dolorosa de datos;

IV.- Separación definitiva :

56. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Ética Notarial*. Op. Cit. Pág. 34

- a) Por reincidir en los supuestos señalados en los incisos
- b) a e) de la fracción III anterior.

La obligación de guardar secreto tiene sus excepciones (art. 31), cuando se rinda información, con sujeción a las leyes y cuando los actos que se celebren ante su fe, deban inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y no se haya efectuado la inscripción respectiva de los que podrán enterarse las personas que no hubiesen intervenido en ellos, siempre que a juicio del Notario tengan algún interés legítimo en el asunto.

Al respecto, comentaremos que esta última excepción de no guardar el secreto es muy ambigua, pues deja al criterio de cada Notario el calificar quien puede tener o no un interés legítimo en el asunto y en nuestra opinión debería la ley, ser más precisa, aclarando quien o que persona puede tener un interés o bajo que casos o circunstancias se debe entender que existe un interés legítimo.

En relación a la sanción penal, por revelación de secretos, que es como lo tipifica el Código Penal, y no como secreto profesional, que es como lo menciona la Ley del Notariado (aunque doctrinalmente entendemos el secreto bajo esta denominación), la Ley del Notariado debe ser más técnica y referirse o hacer su remisión, de la manera en que lo tipifica el Código Penal.

Ahora bien, se transcriben para su concordancia los artículos 210 y 211 del Código Penal, que señalan:

TITULO NOVENO.- Revelación de secretos.

ART.- 210.- Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto.

ART.- 211.- La sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que presta servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial.

Como la ley en ninguno de estos dos artículos es expresa en relación al Notario, consideramos que por virtud de ejercer una función pública, le será aplicable el artículo.

Para fines prácticos, el problema sería dilucidar, como afirma Giménez Arnau :

"...cuando la violación del deber de lealtad es relevante penalmente y cuando es una incorrección que no llega a integrar el delito...", es decir, "...donde termina la indiscreción y donde comienza la violación del secreto...", lo cual según éste autor deberá resolverse tomando en cuenta "...un mínimo de trascendencia dañosa, efectiva o potencial (57)....."

La Ley del Notariado en sus artículos 125 y 126 señala que el Notario incurrirá en responsabilidad siempre que cause algún perjuicio al particular, que haya solicitado el servicio notarial.

De la misma forma la Ley Penal, establece la tipicidad del delito, sólo cuando se cause un perjuicio a alguien.

Observamos que el común denominador en ambas leyes, es que debe existir o se cause, un perjuicio a alguien.

57. Giménez Arnau, Enrique. Op. Cit. Pág. 311

B - EFICACIA AL ACTUAR EN EL DEBER NOTARIAL

Una de las garantías, que ofrece la función notarial es que los interesados que acudan a solicitar el servicio, tiene la certeza de que el acto que se produzca será eficaz, pues serán escuchados, aconsejados e interpretados, por el Notario, quien adecuará la voluntad de las partes de acuerdo al caso concreto, aplicando su conocimiento y criterio jurídico.

Por tal motivo, el Notario debe constantemente prepararse y actualizar sus conocimientos, pues entre más amplia sea su cultura jurídica, mejor y más eficaz será el resultado que produzca.

"...El acta o la escritura por él redactados, deben satisfacer las necesidades de su cliente, realizando la fórmula jurídica y económica más adecuada... así además de tener conciencia de su obra creativa, su actuación será sabia y responsable....." (58).

Considero que tal nivel intelectual y cultural del Notario se encuentra generalizado con la plena eficacia que se necesita (ubicándose en el Distrito Federal) a través de los exámenes de aspirante y de oposición, que tiene que presentar para ser notario.

C - ABSTENERSE DE POSTULAR EN EL DEBER NOTARIAL

El Notario en el ejercicio de su función, su actividad, es incompatible con el ejercicio de la actividad como abogado (artículo 17 de la Ley del Notariado).

Según nuestra opinión, esto debe entenderse en el sentido, de no poder ser Abogado Patrono o Procurador en una Controversia Judicial, defendiendo el interés de alguna de las partes pues esto derrumbaría el concepto de imparcialidad.

58. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Ética Notarial*. Op. Cit. Pág. 29

De no ser interpretado de esta manera el primer párrafo del artículo comentado, no tendría sentido la fracción V del mismo, que indica que el Notario sí podrá resolver consultas jurídicas.

Esta obligación que es una incompatibilidad, es comprensible y tiene su fundamento, como se dijo antes en la imparcialidad y además en la dedicación y tiempo que necesita el Notario, en el ejercicio de su función. Porque si patrocinara a alguna de las partes estaría atacando gravemente a la imparcialidad, cualidad que no se debe perder, ya que sería un atentado en contra de la seguridad que proporciona la función notarial.

El Abogado postulante debe de defender a su cliente o a la parte que patrocine en una contienda judicial, porque es quien recurrió a solicitar su ayuda, y desde el punto de vista ético no puede defender simultáneamente en un mismo proceso a ambas partes, pues su conducta sería tipificada como delictuosa.

Por tanto, el Notario para conseguir una aplicación exacta de su criterio y conocimiento del hecho que le es presentado, necesita de tiempo y dedicación para su estudio y análisis interpretando al máximo la voluntad de las partes, y si no tuviera el tiempo necesario, por ocuparlo en recurrir a patrocinios judiciales y análisis del conflicto sería un atentado para la seguridad que pretende la función notarial.

La violación de éste precepto (artículo 17) conlleva a una sanción, establecida en el artículo 126 fracción segunda de la Ley del Notariado.

Bernardo Pérez, cita a José Febrero, quien indica que :

"...no pueden los escribanos ser Abogados de las partes, favorecerles en los pleytos (sic) que ante ellos penden, ni tratar en oficio de regatonería, so pena de perder el de escribano, ni tampoco solicitar pleyto (sic) alguno, ni sus criados; pero esto se entiende actuando en el y no cuando no actúan, ni hacen otro oficio, que

el de mero agente y apoderado, como cualquier que no es escribano, porque milita la misma razón que para ser, o no abogado; y así se practica sin el menor óbice, ni reparo en los tribunales superiores e inferiores de esta corte, pues donde versa idéntica razón, que es el alma de la ley, debe obrar la propia disposición legal y por derecho sólo se prohíbe a los escribanos mayores de la corte ser procuradores de otro (59)....."

D - COBRO DE HONORARIOS Y GASTOS JUSTOS EN EL DEBER NOTARIAL

Arancel es otra de las muchas palabras que legó a nuestro idioma la cultura árabe; "alanzel" era la lista de cantidades recaudadas (60).

En el mundo jurídico la acepción más conocida de la palabra se relaciona con el comercio. José O. Ramírez Gutiérrez la define así :

"...El arancel es un instrumento legal de carácter económico, considerado como una barrera impuesta al comercio internacional, a fin de regular la entrada y salida de mercancías por territorio nacional, mediante la fijación de los impuestos al comercio exterior(61).."

Aplicado al derecho notarial, el arancel también es una barrera, pero ahora no para restringir el comercio internacional, sino la libertad de contratación. El artículo 7 de la Ley del Notariado, dice que los notarios tienen derecho a obtener de los interesados los gastos erogados y a cobrar honorarios "conforme al arancel correspondiente". Más adelante, el

59. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo . Etica Notarial. Op. Cit. Pág. 28

60. Ramírez Gutiérrez, José. Aranceles. Diccionario Jurídico Mexicano. 2a. ed. Porrúa y UNAM, México, 1970. Pág. 196

61. Idem.

artículo 153 señala que es facultad del Presidente de la República expedirlo.

El arancel es pues, un tope que señala lo que pueden cobrar los notarios por concepto de honorarios, según el servicio de que se trate. Así lo manda el artículo 3 del Arancel de Notarios para el Distrito Federal.

ART. 3.- Los notarios tendrán derecho a cobrar por los servicios que presten, como máximo, los honorarios que establece este arancel, que incluye entre otros conceptos análisis de documentos, elaboración de proyectos, asiento en el protocolo, cotejo, recepción de firmas en las notarias y la expedición del primer testimonio.

La cantidad a cobrar en un caso particular no es determinada, sino determinable, toda vez que está "indexada" al salario mínimo general vigente en el Distrito Federal. El arancel consigna cuántos días de salario mínimo puede cobrar el notario por el cual o tal acto y a veces indica porcentajes; pero no habla de pesos y centavos.

El único caso en que se permite la libre contratación entre clientes y notario, está previsto en la fracción VII del artículo 24 del arancel :

ART. 24.- Los notarios percibirán, las siguientes cantidades :

VII.- Por la realización de cualquier gestión o trámite fuera del Distrito Federal, se cobrarán los honorarios y gastos que convengan previamente con los interesados.

Hay dos razones que justifican la existencia del arancel :

I.- Para realizar cierto tipo de actos jurídicos la ley sustantiva requiere la intervención del notario, con el objeto de garantizar que se cumplan cabalmente las disposiciones relativas, la necesidad de sus servicios pondrían al notario en una situación de ventaja frente a sus clientes, dando lugar a que arbitrariamente pudiera fijar el monto de los honorarios. El arancel equilibra la situación.

II.- Todos los actos jurídicos respecto de los cuales un particular puede solicitar la intervención de un notario, tienen un valor que no puede dejarse al arbitrio de los particulares. El artículo 8 de la ley incluso considera a la función notarial como un "servicio público".

ART. 8.- El Departamento del Distrito Federal podrá requerir a los notarios de la propia entidad, para que colaboren en la prestación de los servicios públicos notariales, cuando se trate de satisfacer demandas inaplazables de interés social. A este efecto, el Departamento fijará las condiciones a las que deberá sujetarse la prestación de dichos servicios.

Atendiendo a la importancia de la función notarial, que es de interés colectivo y además consiste en la prestación de un servicio público, el legislador determinó que es facultad del Estado (en este caso del Ejecutivo) fijar unilateralmente los honorarios que pueden cobrar el notario.

E - IGUALDAD DE COMPETENCIA EN EL DEBER NOTARIAL

Entendemos por competencia leal, cuando en un plano de igualdad los notarios ofrecen a las personas sus conocimientos, criterio y aptitudes para asesorarlos y resolver sus problemas jurídicos y éstos como consecuencia y en razón de esta capacidad, regresan o continúan solicitando sus servicios.

Cuando algún notario realiza conductas serviles con determinadas personas o grupos, con el propósito de que "le pasen el asunto", además de que constituyen una degradación profesional, crea una situación de competencia desleal con los demás Notarios, pues deja de lado el carácter de Perito en Derecho y Asesor de las partes, sólo con el propósito de conseguir por cualquier medio el asunto, por muy importante y cuantioso que sea éste.

Otra forma de competencia desleal, es el no apegarse a los aranceles establecidos y cobrar por abajo del arancel (exceptuando el caso de que influyan circunstancias socioeconómicas del solicitante) con la finalidad de atraer un mayor número de clientes.

En ambos casos, hay una competencia desleal, puesto que si fuera leal, "competirían" por obtener clientes y estos solicitarían sus servicios, no porque se les cobre por debajo de lo que establece el arancel o porque sean sus amigos, sino por su capacidad como profesional, con la confianza de que éste resolverá el asunto, en virtud de sus conocimientos y sagaz interpretación, que se traducirá en una seguridad jurídica del acto celebrado.

"...La actuación entre los notarios debe ser de cooperación mutua y nunca de crítica. Por lo que se refiere a los notarios jóvenes existe una gran necesidad del consejo y ayuda por parte de los que cuentan con más experiencia. Esta se debe compartir generosamente y con gran sentido de solidaridad (62)."

62. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Ética Notarial*. Op. Cit. Pág.44

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

I.- El notario de tipo latino tiene su antecedente más remoto en los "tabelliones", surgidos de manera espontánea durante el Imperio romano, que eran expertos en la redacción de documentos jurídicos.

II.- Durante el mismo período existieron los llamados "tabularii", cuya misión consistía en la guarda y custodia de documentos.

III.- En la baja Edad Media, en una época imprecisa, se verificó la fusión de las funciones de tabellion y tabularii, lo que significó el primer paso a la creación de la figura actual del notario de tipo latino.

IV.- La consolidación definitiva del notariado se debió al otorgamiento de la fe pública por parte de los monarcas a los tabellion-tabularii, a fines de la Edad Media. Por ello, el notario moderno nació por un acto de soberanía.

V.- En otro orden de ideas, en Tenochtitlán antes de la llegada de los españoles al Continente Americano, no existieron notarios en el sentido que tenemos actualmente de ellos, pues no existía una figura que tuviera las características y función que conocemos hoy en día, ya que esta figura era ajena al pueblo azteca, en virtud de que fue traída con la ideología y sistema jurídico europeo.

VI.- Los primeros notarios, conocidos en aquél entonces como escribanos, llegaron a México junto con los españoles durante la llamada conquista.

VII.- Los escribanos en la época colonial debían su nombramiento al rey, servían de consejeros imparciales a sus clientes, eran fedatarios públicos y solo podía actuar en un documento, el cual conservaban.

VIII.- La principal garantía de la función notarial en el sistema de tipo Latino, radica en la doble responsabilidad del Notario : CON EL

ESTADO Y PARA CON LOS PARTICULARES. El sistema sajón no tiene garantía alguna pues el notario puede ser cualquier persona ya que únicamente su actividad se reduce a la ratificación de firmas, pues carece de capacidad tecnico-jurídica.

IX.- Actualmente, el notario que actúa en el Distrito Federal conserva las anteriores características, salvo que, ahora, su nombramiento se debe a méritos propios, reconocidos a través del otorgamiento de la patente de notario por parte del Departamento del Distrito Federal. Por consiguiente, el notariado permanece autónomo e independiente del Estado, al mismo tiempo que requiere de una gran especialización.

X.- La naturaleza misma de la función notarial esta dada por una serie de características, las cuales dotan de una capacidad tanto Jurídica como Moral a todo aquel que pretenda ser notario, ya que exige, además de ser Licenciado en Derecho tener una adecuada preparación tecnico-jurídica (ser perito en Derecho).

XI.- La función notarial a su vez requiere de ser estrictamente documental, es decir, todo tendrá que constar en actas, así mismo tiene que ser imparcial para que el notario tenga una solución equitativa a la problemática planteada, también deberá de ser precautoria para que se eviten las controversias.

Al ser pública la función notarial se asegura que sea continua, uniforme, regular y permanente para satisfacer necesidades colectivas, estando siempre bajo la vigilancia del Estado.

A su vez, la función notarial será a petición de parte, o sea, que sólo si la gente desea la realización del acto acudirá a ver al notario.

XII.- La actividad notarial se basa en reglas jurídicas, morales y físicas.

Las jurídicas, señalan los requisitos que debe cubrir un Licenciado en Derecho para ser Notario.

Las morales, implican que el notario tendrá que escuchar, interpretar, aconsejar, preparar y reproducir el instrumento que le sea requerido.

Mientras que las reglas físicas, describen el lugar de centro de trabajo del Notario y sus elementos (sello, protocolo, apéndice, índice guía y archivo).

XIII.- Por último, la actividad notarial, se encuentra fuertemente vinculada en el contexto social, en el que actúa. Conoce de los problemas más simples hasta los más complejos, que sufre cada grupo o estrato social, por lo que debe colaborar en su desarrollo y progreso, ya que su intervención es necesaria, primero por disposición de la ley y en segundo lugar por los beneficios que se obtienen, los cuales interesan al Estado y a la Sociedad.

BIBLIOGRAFIA

- 001.- Bañuelos Sánchez, Froylán
DERECHO NOTARIAL
3a. edición, Editorial CARDENAS EDITOR Y DISTRIBUIDOR
MEXICO, 1984
- 002.- Carral y de Teresa, Luis
DERECHO NOTARIAL Y DERECHO REGISTRAL
3a. edición, Editorial PORRUA S.A.
MEXICO, 1976
- 003.- Delmundo, Santiago Raúl
PENSAMIENTO Y SENTIMIENTO SOBRE EL NOTARIADO
1a. edición, Editorial DEPALMA
BUENOS AIRES, 1989
- 004.- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO
2a. edición, Editorial PORRUA, S.A.
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
MEXICO, 1970
- 005.- Fraga, Gabino
DERECHO ADMINISTRATIVO
15a. edición, Editorial PORRUA S.A.
MEXICO, 1973
- 006.- Fueyo Lanieri, Fernando
TEORIA GENERAL DE LOS REGISTROS
Editorial ASTREA
BUENOS AIRES, 1982
- 007.- García Maynez, Eduardo
INTRODUCCION A LA LOGICA JURIDICA
1a. edición, Editorial COLOFON
MEXICO, (sin fecha)
- 008.- Gattari, Carlos Nicolás
MANUAL DE DERECHO NOTARIAL
1a. edición, Editorial DEPALMA
BUENOS AIRES, 1988

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

- 009.- Giménez Arnau, Enrique
DERECHO NOTARIAL
UNIVERSIDAD DE NAVARRA
PAMPLONA, 1976
- 010.- González Palomino, José
INSTITUCIONES DE DERECHO NOTARIAL
TOMO I
Editorial, REUS
MADRID, 1948
- 011.- Jiménez Huerta, Mariano
DERECHO PENAL MEXICANO
Tomo III
Editorial PORRUA, S.A.
MEXICO, 1977
- 012.- Larraud, Rufino
CURSO DE DERECHO NOTARIAL
Editorial PALMA
BUENOS AIRES, 1966
- 013.- López Rosado, Felipe
INTRODUCCION A LA SOCIOLOGIA
Editorial PORRUA S.A.
MEXICO, 1980
- 014.- Medina Cervantes, José Ramón
DERECHO AGRARIO
Editorial HARLA
MEXICO, 1987
- 015.- Moreno, Daniel
DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO
9a. edición. Editorial PAXMEXICO
MEXICO, 1985
- 016.- Mustapich, José María
TRATADO TEORICO Y PRACTICO DE DERECHO NOTARIAL
Editorial EDIAR
BUENOS AIRES. 1955

- 017.- Neri, Argentino
TRATADO TEORICO Y PRACTICO DE DERECHO NOTARIAL
Vol. III . Editorial DEPALMA
BUENOS AIRES, 1970
- 018.- Núñez Mata, Efrén
MEXICO EN LA HISTORIA
Editorial MEXICO
MEXICO, 1967
- 019.- Pérez Fernández del Castillo, Bernardo
DERECHO NOTARIAL
4a. edición.
Editorial PORRUA S.A.
MEXICO, 1989
- 020.- Pérez Fernández del Castillo, Bernardo
ETICA NOTARIAL
3a. edición.
Editorial PORRUA S.A.
MEXICO, 1990
- 021.- Pérez Fernández del Castillo, Bernardo
HISTORIA DE LA ESCRIBANIA EN LA NUEVA ESPAÑA Y EL NOTARIA-
DO EN MEXICO.
2a. edición.
MEXICO, UNAM, 1983
- 022.- Pérez Fernández del Castillo, Othon
DERECHO NOTARIAL
TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO
UNAM
MEXICO, 1972
- 023.- Pondé, Eduardo B.
EL SECRETO EN EL SERVICIO DEL NOTARIADO
PONENCIA PRESENTADA AL V CONGRESO INTERNACIONAL DEL
NOTARIADO LATINO
OCTUBRE, 1958
- 024.- Poulet y Mier Cristóbal
LIGERAS NOCIONES SOBRE LA PROFESION DEL NOTARIADO
COATEPEC, 1882.

025.- Real Academia Española
DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA
19a. edición.
MADRID, 1976

LEGISLACION

- 001.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL
- 002.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL
- 003.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
- 004.- LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS
FEDERALES DE 1901
- 005.- LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL
Y TERRITORIOS DE 1945
- 006.- LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL
DE 1980

REVISTAS

001.- ACADEMIA MEXICANA DEL DERECHO NOTARIAL A.C
MEMORIA
TOMO I

002.- BOLETIN DE LA ASOCIACION NACIONAL DEL NOTARIADO
MEXICANO A.C
Vol.II, No. 11
Enero-Febrero, 1985