

879309



11

**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**

FACULTAD DE DERECHO

Con Estudios Incorporados a la

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MÉXICO**

CLAVE: 879309

**“LA FORMALIDAD EN EL USO DE LOS FOLIOS
QUE INTEGRAN EL PROTOCOLO ABIERTO”**

TESIS

PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

JOSE ABRAHAM CARREÑO CAMACHO.

ASESOR: LICENCIADO CARLOS ACEVEDO QUILES

CELAYA, GUANAJUATO.

MARZO DE 2002



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

INDICE

INTRODUCCION.

CAPITULO I.

1. LA FUNCION NOTARIAL Y SU IMPORTANCIA

- 1.1 Fundamento racional e histórico del Notariado. 1
- 1.2 Carácter e importancia de la institución. 7

CAPITULO II.

2. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL NOTARIADO.

- 2.1 Evolución del Notariado. 13
- 2.2 Evolución del Notariado en México. 14

CAPITULO III.

3. CONCEPTO CIENTIFICO Y DOCTRINARIO DEL NOTARIADO

- 3.1 Definiciones del Notariado dadas por algunas leyes 32
- 3.2 Obligaciones y derechos del notario. 37
- 3.3 Facultades. 42
- 3.4 Impedimentos. 46
- 3.5 Requisitos. 49

CAPITULO IV.

4. DOCUMENTO.

- 4.1 Generalidades. 55
- 4.2 Doctrina moderna. 58
- 4.3 Finalidad del documento. 60
- 4.4 Clasificación de documentos 64
- 4.5 Documentoide. 64
- 4.6 Documento privado 65
- 4.7 Títulos de crédito 66
- 4.8 La importancia del documento en el Derecho Civil y en el Derecho Procesal. 68

CAPITULO V.

5. DOCUMENTO NOTARIAL.

- 5.1 Notas distintivas del documento notarial. 73
- 5.2 Principios de matricidad. 75
- 5.3 Principio de imparcialidad. 84

A DIOS:

QUIEN ME HA LLEVADO DE LA MANO.

A MI MADRE:

**GRACIAS POR SU APOYO Y AMOR INCONDICIONAL.
LE DEDICO ESTE TRABAJO POR SER ELLA QUIEN ATRAVES DE MI
VIDA ME A INCULCADO VALORES Y ME HA IMPULZADO EN TODOS
MIS PROYECTOS.**

INTRODUCCION.

Se ha discutido desde la publicación de la Ley del Notariado del 1º de octubre de 1996, si los folios descritos en el artículo 53 debían estar perforados o no y si debían contener el número y domicilio del Notario, desde su elaboración y entrega por la Dirección de Registros Públicos y Notarías.

Al tener dicha ley en sus orígenes una *Vacatio Legis* de 1 año a partir del 1º de enero de 1997, optativa para los Notarios en el uso del protocolo abierto o por folios, muchos Notarios empezaron a usarlo desde esa misma fecha, por lo que de inmediato se dieron cuenta que la Secretaría de Gobierno a través de la Dirección de Registros Públicos y Notarías estaba entregando los folios sin las perforaciones marcadas por la Ley y sin el nombre y domicilio del Notario, esta irregularidad o anomalía desde sus inicios fue subsanada a medias por los propios Notarios, insertando su nombre y su domicilio en cada folio, sin embargo por lo que se refiere a las perforaciones, se considero al principio como una omisión intrascendente de la citada Secretaría.

A fines del año de 1997 y cuando ya estaba por vencerse el término de la *Vacatio Legis* de una años, tuvimos conocimiento de que entre el gremio notarial se gestó un movimiento preocupante, respecto a la validez o no de los folios no perforados y se acarreaban la nulidad de lo actuado por dicha omisión, al extremo de ponerse en duda por algunos Notarios si los testamentos o compraventas y en general todos los actos jurídicos consignados en dichas escrituras con la utilización de los mencionados folios sin perforar.

Como consecuencia de dicho movimiento los integrantes de la Nueva Legislatura del Estado, hicieron eco a la preocupación generalizada y para subsanar la omisión de la perforación de los folios, decidieron modificar el artículo 53 de la Ley del Notariado suprimiéndole fundamentalmente el de que las hojas de los folios fueran perforadas y debieran contener el nombre, número y domicilio del

Notario. Además de otras reformas ampliaron la *Vacatio Legis* hasta el día 30 de junio de 1998.

Bajo tales antecedentes surgió la preocupación del suscrito por analizar formalidades de los folios en el Protocolo Abierto, pues hay dos corrientes de opinión respecto a si los elementos señalados en la ley como indispensables en los folios acarrear la nulidad de su contenido en actos jurídicos, al faltar alguno de éstos, o bien, si hay algunos elementos formales no esenciales como la perforación, que desde mi particular punto de vista es intrascendente, irrelevante, y lo único que generaría sería que se le exigiera responsabilidad administrativa a la Dirección de Registros Públicos y Notarias por entregar dichos folios sin perforar. Pues imagínense Ustedes que sucedería con todas las escrituras que durante mas de un año fueron hechas por los notarios que se incorporaron al uso de los folios sin perforar desde enero del año citado.

La problemática surgida a fines de 1997, entre el gremio de Notarios Públicos respecto a la validez o nulidad de las hojas no perforadas de los folios que fueron entregadas durante todo ese año por la Dirección de Registros Públicos y Notarias a los Notarios que optaron por el uso del Protocolo Abierto, genero dos corrientes de opinión a) Los que sostenían que la falta de perforación de los folios acarrearía nulidad de los actos jurídicos consignados por ellos, y b) Los que afirman que es un elemento irrelevante en la confección del acto jurídico pues los elementos esenciales de él quedan plasmados en la escritura sin importar si el folio está perforado o no. Cosa muy diferente sería que faltara alguno de los elementos de formalidades para los folios, establecidos en el artículo 53 de la Ley citada, como son: 1.- Numeración progresiva de los folios; 2.- Tamaño y características de los folios uniformes y determinados por decreto gubernativo (Art. 58); 3.- Sello y firma o rúbrica del Notario; Coleccionados, ordenados y sólidamente empastados.

Queda claro desde mi particular punto de vista que era irrelevante la perforación de los folios, sin embargo, tal preocupación notarial obligó a que se

modificara el artículo 53, entre otros de la citada Ley, suprimiendo de dicha disposición la perforación y el nombre, numero y domicilio del Notario, y al parecer de un solo plumazo el Legislador acabo con tal preocupación.

Esto me lleva a señalar que hay necesidad de aclarar cuáles son los elementos esenciales de la escritura y cuales los del folio, pues uno es el contenido y otro es el continente, lo que obliga a analizar detenidamente las formalidades de los folios, lo cual será materia de esta tesis.

CAPITULO I

LA FUNCION NOTARIAL Y SU IMPORTANCIA

1.1.-FUNDAMENTO RACIONAL E HISTORICO DEL NOTARIADO.

Para hablar de función notarial, es necesario, en sentido idéntico al análisis realizado por Jorge Ríos Ellig, publicado en la Revista del Derecho Notarial, editada por la Asociación Nacional del Notariado para el Estado de Guanajuato, y que a la letra dice:

"Art. 1º.-El ejercicio del Notariado en el Estado de Guanajuato, es una función de orden publico, que únicamente puede conferir el ejecutivo, en los términos que establece la Ley."

Del análisis de esta definición legal se encuentran algunos aspectos de importancia, el primero de ellos consiste en determinar que consecuencias jurídicas trae aparejada la calificación que se le hace de ser una función de orden publico.

Para entender al orden publico es necesario acudir en primer termino a sus definiciones doctrinales, para lo cual sugiriendo las ideas del maestro don Juventino V. Castro, se puede definir al orden publico como "un ideal estado de tranquilidad, bienestar y paz sociales necesarios para los habitantes de un país y que les permita ejercer libremente sus derechos y desarrollar sus actividades."¹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha determinado en si al orden publico y ha manifestado en una única jurisprudencia, que corresponde al legislador establecerlo, facultando también a los jueces a determinarlo en casos concretos.

¹ Castro Juventino V. "Lecciones de Garantía y Amparo", 2ª edición, Porrúa México, 1978

Por otro lado, es importante tener en cuenta que el artículo 124 fracción II de la ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales (Ley de amparo) no concede la suspensión del acto reclamado si se transgrede al orden publico, lo cual constituye una aplicación de la practica de capital importancia en la actividad foral.

De todo lo anterior se concluye al decir de Jorge Ríos Hellig,² que la función notarial es de orden publico, esto es una función a la que el Estado ha catalogado con una importancia superior a otras, y consecuentemente cualquier acto que vaya en contra de su naturaleza es absolutamente nulo, teniendo en cuenta diversas implicaciones de carácter procesal, principalmente la señalada en materia de amparo.

Un segundo aspecto de relevancia consiste en encuadrar a la función notarial dentro de las funciones publicas del Estado, para lo cual es necesario analizar los tres diferentes tipos de descentralización administrativa a saber: a) Por región; b) Por servicio; y c) Por colaboración.

Siguiendo al maestro don Gabino Fraga,³ la función notarial corresponde a una descentralización por colaboración; esta se da cuando la resolución de los problemas estatales requiere de sujetos con una preparación técnica especializada.

El Estado autoriza a los particulares (instituciones o personas) para que colaboren con el, desarrollando tareas de la que son especialistas, pero sin formar parte directamente de la administración.

² Rios Hellig, Jorge. "La función notarial en el Distrito Federal y su importancia frente a la creación y transformación del Derecho", Revista de Derecho Notarial, Octubre de 1993, Imprenta Aladina México, 1978, p. 326.

Donati establece dos características principales de la descentralización por colaboración: a) La existencia de una función pública, desarrollada en interés del Estado; y b) Particulares colaborando con el Estado desarrollando dicha actividad en nombre propio, esto es, de la institución privada.⁴

Dentro de las descentralizaciones por servicio y región el Estado encomienda determinadas funciones a instituciones públicas, las cuales forman parte integral de la administración cosa que no sucede con la institución notarial, la cual no forma parte de la Administración como ha quedado dicho, y lo que nos obliga a afirmar que el notario en ejercicio de la función notarial no debe ser considerado un servidor público, ya que sus características doctrinales y legales no sin de adecuarse a lo dispuesto por el artículo 6º de la ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, que a la letra dice:

“Art. 6º.- Para obtener el “Fiat” de Notario se requiere:

.....IV.- Tener título de Abogado y Notario legalmente expedido;....

en la que se ubica al Notario en un plano diferente de regulación, al reiterar el carácter de privado del mismo, terminada la polémica derivada de si era o no un servidor público, toda vez que existen algunas características que podrían asimilarlo a esta, tales como la vigilancia de la autoridad, o la necesidad de rendir una protesta legal.

El artículo primero de la ley, anteriormente transcrito, siempre ha calificado al Notario de “Particular” confirmando que no forma parte de la organización del Estado como servidor público.

Un tercer aspecto de importancia consiste en analizar que la función notarial reside en el propio Estado, y esta a través de su forma de autodeterminarse (ius imperii) crea las maneras de brindar seguridad jurídica y fomentarla entre sus habitantes, una de estas, maneras es la fe pública y es

³ Interpretación hecha por Jorge Ríos Hellig de lo señalado por Gabino Fraga en el siguiente texto: FRAGA, Gabino; “Derecho Administrativo”.

donde el notario encuentra su plena justificación, pues esta es una presunción "iuris tantum" de legalidad y veracidad, obligando a un conglomerado universal a tener por cierto lo que no ha presenciado por sí; esta fe pública esencia de la función notarial, la tiene el Estado propiamente en forma original, y la reserva al titular de uno de sus poderes (el Ejecutivo de la Unión) quien a su vez atendiendo a lo dicho en la descentralización por colaboración administrativamente la delega en particulares especialistas (licenciados en derecho) para su ejercicio.

La autodeterminación estatal en materia de fe pública la encontramos regulada principalmente en el artículo 121 constitucional dentro de la doctrinalmente desconocida cláusula de "entera fe y crédito",⁵ al cual con relación al artículo 124 del mismo ordenamiento deja a los Estados la manera de regular la función fedante.

Lo anteriormente expuesto nos obliga a tratar varios puntos de deontología notarial, toda vez que la función queda confiada a particulares, los cuales deben ser especialistas en la materia, la cual tiende a dar forma a los actos jurídicos y certificar hechos que tienen relación con casi todas las materias jurídicas, de aquí que el Notario mexicano, como un Notario de estilo Latino, el cual recibe la tradición romanista por la recepción de nuestro derecho hizo en su oportunidad de ordenamientos tales como las 7 Partidas, el Fuego Juzgo, la Pragmática de Alcalá, etcétera, sea un verdadero asesor de las partes, un redactor del instrumento público, su autorizante y conservador, requiriendo para ello una preparación especial en diferentes ámbitos.

- a) **Ámbito jurídico.** Cada ramo del derecho exige una preparación sumamente especializada en la actualidad, en materia civil, mercantil, bancaria, judicial, administrativa, penal, internacional, laboral, fiscal,

⁴ Ídem. P. 224 núm. 175.

⁵ TENA Ramírez, Felipe, "Derecho Constitucional", 16ª de., Porrúa México, 1978, p. 106.

registral, familiar, etcétera. El derecho notarial no escapa a una especialización propia (Estudio de circulares, decretos, misceláneas fiscales, reformas legislativas y demás asuntos relacionados íntimamente con el notariado), amén de un estudio diario y actual de todas demás ramas con las cuales tiene contacto cotidianamente, teniendo la función notarial la peculiaridad de estar relacionadas con casi todas las demás ramas del Derecho.

Lo anterior nos obliga a recomendar con gran afán a quienes son aspirantes para el ejercicio de la función notarial al tener una practica diaria y efectiva tanto en el aspecto académico como en el practico.

- b) **Ámbito Social**, los tiempos modernos requieren de un ajuste al dinamismo de sus cambios, el notario debe de estar preparado para los cambios económicos y sociales y para brindar ayuda y servicio a su comunidad y a las funciones estatales mismas, por ende debe ser un auxiliar del fisco en la recaudación de impuestos, atender cuando la autoridad lo pida aquellas demandas inaplazables de interés social como elecciones, programas masivos de regularización, actuar aun en días feriados y horas inhábiles, así como representar a sus clientes la figura de seriedad y del profesionalizo. En resumen, el notario debe ser un ente socialmente útil y servir a todos quienes le soliciten sus servicios, teniendo en cuenta sus condiciones económicas y sociales aun para obtener su retribución, la cual debe ser accesible a personas de cualquier estrato.
- c) **Ámbito humano personal**. El notario, como cualquier profesionista, debe tener una vocación, esto es, un anhelo o ideal para realizar su función misma, no viéndola como un medio de satisfacción económica, sino como algo mas. Como una responsabilidad, puesto que en sus manos esta la facultad de autenticar documentos volviéndolos públicos, inscribibles y con fuerza ejecutiva, lo cual presupone, como ha quedado

dicho, una preparación intelectual y una entrega absoluta a su ejercicio.

Puede afirmarse, es que no existe un estado de civilización avanzada, que no tenga un Notariado, cualesquiera que sean su tipo o características. No cabe duda que en nuestra mente no puede surgir espontáneamente la necesidad de un medio para lograr un fin, si previamente no tenemos la conciencia de que queremos lograr ese fin. Nadie tiene que probar que los hombres, tienen relaciones de interdependencia económica entre si, o sea, que celebran a cada instante y a veces aun inconscientemente, actos jurídicos, de los que derivan obligaciones y derechos recíprocos. Pues bien, cuando el acto consiste – y sobre todo en un principio consistía – en un simple trueque, en que se tomaba inmediatamente posesión del bien y quedaba terminada la actividad y la relación de las partes, no hacía falta, en verdad un sistema de Notariado. Tiene que haber sido después al darse cuenta el hombre que necesitaba lograr un fin que no podría alcanzar sin un medio adecuado, cuando se hecho mano de personas especialmente capacitadas desde el punto de vista de sus conocimientos y de su responsabilidad moral, para prestar mayor garantía a las transacciones.

Si dos personas van a celebrar un acto jurídico que consiste, por ejemplo, en el otorgamiento de un préstamo hipotecario, y dejamos a esas personas a que libremente lleven a cabo su contrato, podemos estar seguros de que el mismo podría quedar viciado de muchas causas de invalidez, pues de los tres aspectos que necesariamente tienen que tomarse en consideración, o se lo problemas referentes a los sujetos que intervienen en el acto, a los objetos que son materia de contrato, y a la relación jurídica misma que entre ellos debe establecerse, con toda seguridad ninguno de los interesados tendrá la menor idea de como descubrirlos y precisarlos. En efecto, ¿por qué e que ha de prestar un dinero ha de estar enterado de la capacidad legal de la persona a que ha de otorgar u préstamo, ni de si las facultades que esa misma parte ostenta para representar a

otra persona con suficientes, ni si el acto que se va a ejecutar es de administración o de dominio, etc.? Tampoco puede saber ese mutuante se el predio que le ofrecen en garantía, es en verdad propiedad del que pretende hipotecarlo, ni si esa propiedad esta debidamente registrada para surtir efectos de publicidad contra terceros, o libre de gravamen, etc. También ignorara con toda seguridad que el hecho de que una persona le diga que su adeudo esta garantizado con su casa no basta para considerar esa garantía como la real de hipoteca, y entonces se encontrará con que después de haber entregado el préstamo no se garantiza suficientemente respecto del mismo.

1.2 CARÁCTER E IMPORTANCIA DE LA INSTITUCIÓN.

Cuando el hombre que ejerce le Notariado no tiene amor por su profesión, en vez de dignificar esta, la envilece, y como en el pasado se han dado muchos casos de ineptos y de mercenarios de la profesión, se explican los retratos de notarios indignos, mezquinos e ignorantes, presentados por maestros de la talla de Moliere, de Quevedo y de tantos otros. Pero de un simple arte empírico que fue, el Notariado se ha transformado en una ciencia que poseen y que viven profesionalmente juristas que dedican su vida y esfuerzos a superarse y a honrar esa profesión.

Como es natural, los que estudian el Notariado son notarios, y en consecuencia son estos los que ensalzan sus virtudes. Pero no hay que olvidar que figuras de primerísima magnitud en el campo del Derecho Universal, y que no son notarios, como Francisco Carnelutti en Italia y José Gastan Tobenas en España, han dicho del Notariado y de la naturaleza de su función, lo que muchos notarios por modestia, no habrían osado afirmar. Quisiera dejar asentado, además que lo que se diga aquí, en el sentido de lo que es deber de un notario, representara un anhelo, un ideal de lo que en concepto del autor debe ser, aunque por desgracia el este muy lejos de alcanzar esa perfección.

Veamos cual es la justificación de la existencia del Notariado. Ha sido tan crasa la ignorancia en México con relación al Derecho Notarial, que no pocas personas y aun abogados han osado despreciar a la institución Notarial. Todavía hay quienes afirman que el Notario es un simple autenticador de firmas, un firmon, que después de estampar un sello tiende la mano para recibir una retribución que no se justifica. ¿Qué otra cosa es sino ignorancia? La labor del Notario bien entendida y bien desempeñada, constituye un verdadero apostolado y puede asegurarse que son Notarios competentes y honorables muchísimas personas, pero especialmente de humilde condición, serian victimas diarias del abuso y del engaño.

Muy por el contrario, el Notariado es una institución nobilísima e indispensable por esencia, ni siquiera por naturaleza, pues se podría imaginar una sociedad sin Notariado como dinero en préstamo, el acto es ineficaz, ya por falta de capacidad o de representación o por defecto en el titulo de propiedad o debido a la redacción y estipulación del contrato. Por eso un Notario conciente y honesto se convierte en el consejero y en el instructor de los clientes que ya se han acostumbrado a no decidir nada que se relacione con sus intereses, sin escuchar y seguir el prudente consejo de su notario.

Si, pues, en tiempos pretéritos las personas sintieron la necesidad de encontrar a alguien que las patrocinara y protegiera en sus transacciones, quiere decir, como dice Rafael Núñez Lagos, que primero fue el documento y que después fueron los notaros, que hoy hacen el documento.

Cuando los hombres necesitaron alguien que les proporcionara seguridad en sus transacciones, ese alguien tuvieron que buscarlo entre las personas con conocimientos en la escritura (pues antaño muy contadas personas, casi solo los frailes, sabían escribir), y con experiencia en la contratación así como ejemplaridad en su conducta.

Nuestro estudio tiene que iniciarse con un procedimiento aristotélico, o sea partiendo de la realidad, del hecho, pues sabemos que así como la enfermedad precedió al medico, el documento precedió al notario.

La necesidad de la seguridad en las transacciones hace que en una sociedad moderna sea verdaderamente indispensable ya , para la vida de las sociedad, la existencia de un Notariado organizado.

En las sociedades primitivas no existen arquitectos ni ingenieros, como tampoco existen médicos ni notario. Entonces había curanderos, artesanos (que entre nosotros llamamos maestros de obras) y homes sabidores de escreuir. Ahora existe una ciencia de la medicina, una ciencia de la arquitectura, y el primitivo arte de la notaria, se ha convertido en una ciencia, que se llama Derecho Notarial.

Pero si es verdad que con la escrupulosa selección de las persona que hubiera de intervenir en la redacción de los contratos, se logro o por lo menos se busco la perfección del documento, con la intención de variar los derechos de una u otra parte, existiendo el peligro, todavía mayor, de la destrucción total del mismo documento. La exigencia, pues, de que el acto constara por escrito, fue la primordial, que ya le da al acto una característica de perdurabilidad que es el primer paso hacia la seguridad, pero resultaba que si el documento quedaba únicamente en manos de una de las partes, esta podría alterarlo en su beneficio, o destruirlo. Entonces se pensó en expedir copias iguales, para que quedaran en poder de cada parte. Mas tarde con el sistema del A, B, C, había intervenido como escribano, y como eso todavía era insuficiente para llenar las necesidades de las transacciones, se pensó en la posible reproducción de las copias. ¿Quién, sino un notario puede hacer un documento humanamente perfecto, conservarlo y reproducirlo, garantizando a todas las partes que intervienen en el acto la protección de sus derechos? Hasta a que estamos en presencia del notario productor y conservador de documento.

Si el Estado no hace posible que el particular pueda ejercitar su actividad con medios de seguridad que le permitan lograr el fin que persigue, no se puede decir que ha llenado su función. Si pudiera dudarse de la existencia o de la legalidad o bien de la integridad del contenido de una ley, de una sentencia o de un contrato, no se podría vivir en una sociedad con seguridad jurídica. Si alguien es condenado será porque existe una Ley que funda un fallo y porque este ha sido dado por un Juez competente, y además en el caso dado porque el Juez ha tenido a la vista un contrato cuya autenticidad no pudo ponerse en duda. Es pues, la autenticidad de las cosas lo que proporciona la seguridad jurídica de las transacciones. De ahí que se imponga la creación de órganos y conceptos –como el de Fe publica -, que permitan que los particulares puedan vivir tranquilos y confiados, y cuando de las relaciones entre particulares se trata, se hace indispensable que ese órgano redacte el documento, guíe e instruya a los particulares, y al mismo tiempo preste autenticidad a los actos por el autorizados, Nace entonces, también por la necesidad de lograr un fin, y como un medio para lograrlo, la idea de investir a una persona de fe publica. Para que el acto sea autorizado por un determinado funcionario y no por cualquiera, se exige que este, a quien se inviste del poder de dar fe, reúna determinados requisitos de honorabilidad, preparación y competencia indispensables para que el acto jurídico sede lo más perfecto humanamente posible, desde su nacimiento hasta su autorización ya aun hasta su registro definitivo. Aquí los fundamentos del notariado se confunden con los de la fe publica.

Es obvio que el derecho de que existieran funcionarios especiales para redactar y autenticar ciertos actos jurídicos, no implica la desaparición de los otros actos que seguían y siguen celebrándose sin la intervención de tales funcionarios. Conviven dos tipos de documentos: los que ni redactan ni escriben ni firman ellas solamente, sino en presencia del funcionario que estudiamos. He aquí la diferencia entre documento privado y un documento publico.

Para organizar ese sistema de seguridad, se hace indispensable dictar un conjunto de leyes adjetivas que regulen la función, y si estas reglas rigen a todos los funcionarios, individual y colectivamente, se concluye que el Estado ha organizado un verdadero cuerpo de auteticadores. A tal conjunto, así como a las normas jurídicas que lo rigen y al sistema mismo que resulta, se le llama Notariado. Al funcionario que interviene en la autenticación se le llama Notario, y el documento autorizado por el, que es un documento publico, precisamente por ser autorizado por un Notario, toma el nombre de un instrumento publico. Y como lo que en un principio fue simplemente el arte de escribir y después el arte de la notaria, se ha convertido en una verdadera ciencia que constituye inclusive, según muchos admiten, una rama del Derecho con la denominación breve y sencilla de lo que es el Derecho Notarial. Definición tomada de la valiosa obra de Enrique Jiménez Arnau, titulada introducción al Derecho Notarial; el Derecho Notarial es el conjunto de doctrinas o de normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del instrumento publico.

La definición que enunciamos del Derecho Notarial, no se propone como definitiva, sino como una ruta a seguir. Esta definición enfoca el Derecho Notarial desde dos puntos de vista: como Derecho Positivo y por eso se refiere al conjunto de normas jurídicas, y desde el punto de vista científico, cuando alude al conjunto de doctrinas. De todas formas siempre se refiere ese Derecho Notarial a la organización de la función Notarial y a la Teoría formal del instrumento publico, y como esta es en realidad la finalidad de la intervención notarial, esa definición contiene los fines que persigue el Derecho Notarial.

Hablaremos entonces, de Derecho Notarial. Nadie duda ni discute que el Notario aplica el derecho en todas sus formas: tiene que obedecer las leyes adjetivas que regulan su función para lograr la perfección en el documento que produce, o sea, del instrumento publico, y cumple en realidad todas las leyes casi inimaginables, que tengan alguna relación con los intereses de los particulares, como son el Derecho Civil, el Mercantil, el Bancario, etc. Es por eso que a este

derecho que cumple el notario lo rodea una complejidad de conceptos que al mismo tiempo que son jurídicos, no pueden ser incluidos entre las clasificaciones convencionales de Derecho Civil, ni dentro del Derecho Procesal, ni menos dentro del Derecho Administrativo. Las actividades del notario y las normas que rigen su función no pueden acomodarse en ninguna de las ramas conocidas y convencionales en que suele dividirse el derecho. Se siente la necesidad de crear un sistema propio, específico que estudie y además se amolde a la actividad del notario, y si la delimitación de las ramas del Derecho Civil, del Mercantil, y del Procedimiento han presentado muchas dificultades, estas son mayores cuando se trata de sistematizar las leyes y los procedimientos del Derecho Positivo Mexicano.

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL NOTARIADO

2.1 EVOLUCION DEL NOTARIADO.

El objetivo de este capítulo, es mencionar los acontecimientos y legislaciones mas destacadas en el nacimiento y evolución del Notariado Latino.

En similar situación a las demás instituciones de derecho, el Notariado ha sido producto de una evolución. En principio, los Notarios eran prácticos en la redacción de contratos y actos jurídicos, desarrollándose su oficio posteriormente y adquiriendo la fe pública; siendo esto al inicio en forma endeble, pero posteriormente, de una manera consolidada y legislativamente aceptada.

Siendo causa de especulación para los estudiosos de esta institución, la ubicación de la misma dentro del curso del tiempo y en un lugar determinado, así como el nacimiento de la fe pública, no ha sido posible hasta estos momentos determinar esta ubicación. No obstante puede argumentarse que tal o cual legislación empieza a dar valor probatorio a lo redactado y hecho constar por algunos artesanos de la escritura.

Tal suerte, que puede afirmarse que en el siglo VI de la era cristiana, por primera vez, existe una regulación positiva del Notariado, debido a Justiniano que en su obra de Compilación y Legislación conocida como el Corpus Iris Civilis, dedica en las llamadas Constituciones o Novelas XLV, XLVIII y LXXXVI a regular la actividad del notario, entonces llamado Tabellio al protocolo y otorga carácter de fidedigno con pleno valor probatorio al documento por él redactado. Este personaje era un conocedor de las leyes. Redactaba en un protocolo, leía, autorizaba y entregaba copia del documento a las partes; su actuación era

obligatoria y respondía ante las autoridades, si el documento por él elaborado era nulificado por lícitud.

2.2 EVOLUCIÓN DEL NOTARIADO EN MEXICO.

A) Época Precolonial.

Entre los pueblos que habitaban la región que hoy constituye la República Mexicana, destacaba el azteca que por ser uno de los más agresivos, conquistadores y dominadores, impuso parte de su sistema de vida, principalmente sus instituciones. Se asentó en Tenochtitlán, territorio que actualmente es el centro de la Ciudad de México.

En Tenochtitlán, antes del descubrimiento de América, no existieron en realidad notarios o escribanos en el sentido que se puede entender en la época contemporánea, funcionarios públicos que dieran fe de los acontecimientos y de los actos jurídicos en nombre del Estado, de tal manera que todo lo asentado por ello, se consideraba la verdad legal. Sin embargo, había un funcionario, el Tlaculio, que de alguna manera se parecía al escriba egipcio; a los escribanos en Israel, a los memones en Grecia, todos ellos personajes hábiles para escribir. Su práctica en la redacción y en la relación de hechos y sus conocimientos legales, los habilitaban para confeccionar documentos y asesorar a los contratantes cuando se necesitaba concertar una operación, sin tener carácter de funcionarios públicos ni de fedatarios. Así el Tlaculio, por la actividad que desempeñaba, es el antepasado del escribano, coincidía por su ocupación con los Escribas, Tabularii, Chartularii y Tabeliones de otras épocas. El Tlaculio, era el artesano azteca que dejaba constancia de los acontecimientos por medio de signos ideográficos y pinturas con lo que se guardaba memoria de ellos de una manera creíble.

Un ejemplo de documento confeccionado por un Tlaculio, lo encontramos en la segunda parte del Códice Mendocino denominado "Mapa de Tributos" o "Cordillera de los pueblos, que antes de la Conquista pagaban tributo al

Emperador Moctezuma, y que en especie y cantidad". En este documento se anotaban los impuestos o tributos que tenían que pagar los pueblos vencidos y subyugados por los aztecas. Don Francisco Antonio de Lorenzana, quien fuera arzobispo de México a finales del siglo XVII, lo describe en la siguiente forma:⁶

"Esta en papel muy grueso de metl o maguey, que le llaman pita en España. Los indios no sabían escribir en su gentilidad y el modo de entenderse era figurar o pintar lo que querían decir con varios caracteres y figuras; si eran guerras, ponían arroyos de sangre para significar el estrago.

El modo de figurar, o escribir de los indios, según va dicho, era empezando de abajo hacia arriba, y así lo primero en cada plana, es el pueblo principal, cabecera de todos los que están pintados en la obra y estaban sujetos a su jurisdicción.

Está pintado con diversos colores, todos apropiados al género del tributo que se pagaba: el algodón en su figura; las tilmas, mantas o huipiles, según las labores y colores que habían de tener. Los zurrones de grana con las manchas de ésta: los vestidos o adornos militares, según habían de pagarse y llevarse hechos a México, unos con cabeza y manchas de tigre, otros de lobo, coyote o de león, y otros animales, o bien con plumajes o pieles..."

Se le da el nombre de Códice a los libros realizados a base de dibujo o manuscritos. En un tiempo se les denominó así para distinguirlos de los realizados por medio de la imprenta.

La mayor parte de los códices forma parte de colecciones particulares o se encuentran en museos europeos. La Biblioteca Nacional de Antropología e

⁶ LORENZANA, Francisco Antonio, "Historia de la Nueva España, escrita por su esclarecido conquistador Hernán Cortés, aumentada con otros documentos y notas por Francisco Antonio Lorenzana", Secretaría de Hacienda y Crédito Público, De Miguel Angel Porrúa, SA, México, 1980.

Historia de la Ciudad de México, tiene en custodia ciento cuarenta códices, uno de los cuales es anterior a la conquista, El Colombino.

B) Descubrimiento y conquista.

Es interesante para la historia del Notariado latinoamericano:

- a) La intervención que la Bula Inter Caetera le dio al notario publico.
- b) La presencia de Don Rodrigo de Escobedo, dentro de la expedición realizada por Cristóbal Colon, escribano del consulado del mar, quien debía llevar el diario de la expedición con le registro del trafico de mercancías, hechos sobresalientes y actividades de la tripulación. Fue este, el que dio fe y testimonio de la toma de posesión, en nombre de los Reyes Católicos, de la Isla de Guanahani. Colon al regresar de España, lo deja como tercer sucesor para ocupar el gobierno de la Isla la Española, donde continuo ejerciendo sus funciones de escribano. La historia lo ha considerado como el primer escribano que ejerció en América.
- c) El hecho que durante la Conquista, los escribanos como fedatarios dejaron constancia escrita de la fundación de ciudades, creación de instituciones, de los asuntos tratados en los cabildos y de otros hechos relevantes para le historia de esta época.
- d) Singular relevancia tiene la figura de Hernán Cortés, en el desarrollo e importancia de la escribanía, por haber sido un jurista formado y adentrado en el conocimiento de las leyes, a través del trabajo que desempeñaba como ayudante de escribano, primero en Extremadura y después en Sevilla.

Mas tarde, "En Santo Domingo solicita que se le nombre escribano del Rey; pero como carecía de influencia, su solicitud es olvidada, sin embargo, pronto se presenta una oportunidad: toma parte en una expedición militar para sofocar una rebelión de indios salvajes de Amacaona, el éxito de la campana le valió como premio una encomienda de indios y la escribanía del Ayuntamiento de Azúa".

"Al fundar Diego de Velásquez Santiago de Baracoa, en 1512, Cortés tomo vecindad y obtuvo la escribanía de ese lugar. A partir de esa fecha hasta el año de 1519, Cortes alterno el oficio de escribano con actividades comerciales que hicieron aumentar en forma considerable su capital, que invierte, en unión de Diego Velásquez en organizar la expedición que iba a culminar con la conquista de la Nueva España". ⁷

Diego de Velásquez Gobernador de Cuba, había mandado a Cortes a expedicionar las costas del Golfo de México, con la prohibición expresa de conquistar territorio alguno. Este en un acto de rebeldía, fundo el Ayuntamiento de la Villa Rica de Vera Cruz el 10 de julio de 1519.

Con esta maniobra dependió jurídicamente del Ayuntamiento recién fundado y se desligo de Cuba, liberándose así de la autoridad de Diego de Velásquez pues las villas dependían directamente del Rey. Todo esta gracias a los conocimientos adquiridos en su práctica como escribano.

A su llegada, Cortes y los suyos recibieron embajadores de Moctezuma, quien gobernaba en la Gran Tenochtitlan, los cuales llevaban tlacuilos, que dibujaban en grandes mantas hombres, embarcaciones, trajes, caballos y armas, para darle al monarca indígena, una idea completa de los hispanos.

Mas tarde intervino el escribano publico que asentó por auto en forma, "el allanamiento y congregación de todos los señores de las ciudades y tierras allí comarcadas".

C) México Colonial.

Durante la Colonial y principios de la Independencia, la legislación aplicable que se impuso a los subsidios de la Nueva España y además tierras conquistadas en América, fue la vigente del reino de Castillas y no así la de otros reinos y territorios de España, pues dichas tierras eran propiedad de los Reyes de Castilla y Aragón, de acuerdo con la Bula Inter Baetera. Sin embargo, al principio se

⁷ Guzmán M. Virginia y Mecader M. Yolanda, *Bibliografía de Codices, Mapas y Lienzos de México Prehispanico y Colonial*, t.I, Colección Científica Fuentes para la Historia de México, 1979.

respetaron algunas instituciones indígenas que no contravenían al espíritu del sistema legal castellano.

El derecho de Castilla se adoptó por medio de cédulas provisiones, ordenanzas e instrucciones reales, que iban resolviendo casos concretos en la llamada Recopilación de Indias.

Existieron también como leyes posteriores a la Recopilación de Indias, las Ordenanzas del Villar de 1757, la de Intendentes el 9 de Diciembre de 1786 y la Recopilación de Autos Acordados de la Real Audiencia de la Sala del Crimen de 1787.

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: "en las casas del magnifico Hernando Cortes, Gobernador y capitán de esta Nueva España.

Entre actas del Cabildo aparece la del 13 de mayo de 1524, por la que a Hernán Pérez, se le niega su petición de desempeñar el oficio de escribano, no obstante la prohibición real que presento, por considerar el Ayuntamiento que iba en perjuicio de la ciudad. Se encuentra también, la presentada por Pedro del Castillo para ejercer el cargo de Escribano Publico y del Consejo de la Ciudad de México. Poco después en acta de 18 de junio del mismo año se hace constar que "se recibieron como escribanos a Hernán Pérez y a Pedro del Castillo por obediencia al Rey, con la condición de que si el Rey acepta que Nueva España elija sus propios funcionarios, ellos dejaran ejercer sus respectivas funciones".⁸

⁸ Guía de las Actas de Cabildo de la ciudad de México, Siglo XVI, Edit. Fondo de la Cultura Económica, México, 1970, pp. 10, 11, 18.

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 acepte a Juan Fernández del Castillo, como escribano publico. El Cabildo acepto la propuesta bajo la condición de que se presentara la provisión real en un plazo de dos años. Esto es significativo, ya que pertenece a Juan Fernández del Castillo el protocolo más antiguo que se encuentra en el Archivo General de Notarias del Distrito Federal y corresponde al año de 1525.

Durante toda la Colonia, concernió al Rey designar a los escribanos por ser una de las actividades del Estado. Así lo había establecido Alfonso X el Sabio en las 7 Partidas. En la practica, los Virreyes, los gobernadores, alcaldes y los cabildos designaban provisionalmente a los escribanos mientras eran confirmados por el Rey.

La función fedataria se ejerció en un principio como en los demás Virreinos por escribanos peninsulares después paulatinamente, fueron substituidos por criollos nacidos en las tierras conquistadas.

Una de las formas de ingreso a la escribanía, era por medio de la compra del oficio. Los monarcas españoles para resolver sus apuros pecuniarios al encontrar sus arcas en estado precario, vendían los derechos para ocupar empleos o funciones publicas. Así como vendían fueros y mercedes a perpetuidad sobre rentas reales.

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, sin guarismos y actuar personalmente. Una vez redactadas, tenían la obligación de leerlas íntegramente, 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, valor probatorio pleno de los instrumentos autorizados por el escribano y sobre todo, la prestación de un servicio público. El escribano era retribuido 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. La actividad del escribano fue muy importante durante la colonia pues no obstante la falta de estabilidad política y el cambio de funcionarios (alcaldes, regidores, etc.), el escribano fue permanente y daba seguridad y continuidad en los negocios, constituía un factor muy valioso de recaudación fiscal, sin el cual las finanzas públicas no progresarían. En cuanto a la forma de recopilar las actas de los escribanos de aquella época, los protocolos de componían de cuadernos sueltos que posteriormente cosidos, eran encuadernados, por los escribanos. Los cuadernos normalmente si inician con una portada en la que consta una fórmula de apertura.

Las 7 Partidas, señalaban 2 clases de escribano: los llamados de la Corte del Rey, que se encargaban de escribir y sellar las cartas así como los privilegios reales; y los escribanos públicos, que autorizaban las actas y contratos celebrados por particulares y hacían constar las diligencias judiciales promovidas ante un juez.

Las Leyes de Indias determinaban 3 categorías de escribanos: Públicos, Reales y del Numero.

El término escribano público se entendía en 2 sentidos: uno se refería a su función pública y el otro a su cargo, por ejemplo: escribano público en los juzgados de provincia, escribano público y mayor de visitas, escribano público y de visitas, escribano público de real hacienda y registro y, escribano público del Cabildo.

En cambio el significado de la palabra Notario se refería a los escribanos eclesiásticos. Estos tenían como jurisdicción los asuntos propios de la iglesia en los obispados y parroquias. Se dividían en Notarios mayores y ordinarios. Su designación quedó reglamentada en el capítulo X sección 22 del Concilio Tridentino. Su nombramiento correspondía al Obispo; el designado debía sustentar el examen de escribano Real ante la autoridad civil, y obtener de esta el "Fiat" respectivo.

En el siglo XVI, año 1573, apenas terminada la conquista, se creó la primera organización de escribanos de la Nueva España con sede en el Convento Grande de nuestro Padre de San Agustín, de la ciudad de México bajo el nombre de Cofradía de los 4 Santos Evangelistas, en ejercicio de la licencia del entonces Arzobispo de México, Pedro Moya de Contreras. La denominación de la Cofradía, se debe a que los Evangelistas dieron constancia de la vida y doctrina de Jesús en el Nuevo Testamento.

Posteriormente por cedula real otorgada por Carlos III, el 19 de junio de 1772 se erigió el Real Colegio de Escribanos de México, semejante al establecido en la corte de Madrid y reino de Valencia, de acuerdo con la instancia dirigida la Rey el 10 de junio 1786, por los apoderados de los escribanos de la Ciudad de México, don José Mariano Villaseca, don Fernando Pinzon y don José Antonio Morales. Entre las finalidades propuestas se encontraban las siguientes: se podrá conseguir mediante las cualidades apreciables en las personas, el objeto propio

de empleo que es la fe publica y la exterminación de abusos, que deslustran la estimación de tan noble cargo con grave detrimento de los que lo ejercen honoríficamente.

Las otras finalidades que se buscaban en dicha instancia fueron: Colegiación obligatoria, vigilancia de sus agremiados, selección de aspirantes a la escribanía mediante el examen técnico e intelectual, calificación de las cualidades morales y continuación de la ayuda económica en los términos establecidos en la Cofradía de los 4 Santos Evangelistas.

D) México independiente.

Una situación de descontrol político, favorable para el movimiento de Independencia de la Nueva España, se creó al ser España Invadida por las tropas Napoleónicas. Así el 15 de septiembre de 1810, el cura de Dolores Miguel Hidalgo y Costilla declaró la Independencia. Posteriormente el movimiento tomo otros derroteros con el cura don José María Morelos y Pavón, quien firmo el 22 de octubre 1814, el "Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana", con una idea clara y definida de Independencia frente a España.

Cuando Agustín de Iturbide la consumo el 27 de septiembre de 1821 México se independiza con una acción iniciada a favor de España y terminada por los Españoles en el Tratado de Córdoba, firmado el 24 de agosto de 1821 por Iturbide y don Juan O'Donoju.

La Legislación positiva Española, las Leyes de Indias y demás decretos, prohibiciones, cédulas Reales, etc., dados durante la Colonia continuaron aplicándose en México Independiente, así lo dispuso el Reglamento provisional político del Imperio Mexicano, del 18 de diciembre de 1822.

Sin embargo, se fueron dictando nuevas leyes y decretos que paulatinamente separaron el derecho Mexicano del Español.

A partir de la Independencia, el régimen político de la República Mexicana Fluctuó entre el Federalismo y el Centralismo. Cuando el Federalismo era el sistema establecido, la legislación notarial fue local; cuando el régimen fue centralista las disposiciones notariales fueron generales, de aplicación en todo territorio nacional.

Continuó la costumbre colonial de los oficios “públicos vendibles y renunciables” entre los cuales se encontraba la escribanía. Esta forma de ingreso a dicha función constituía una manera de proporcionar impuestos y derechos al erario.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1824, una vez derrocado el Imperio y organizada la Nación, en forma de República Federal, se dictaron algunas disposiciones aplicables a los escribanos. Se mencionan las siguientes entre otras: Decreto de noviembre 13 de 1828, Circular de la Secretaria de Justicia del 1º de agosto de 1831, Circular del la Secretaria de Justicia del 21 de mayo de 1832, Decreto del 30 de noviembre de 1824, Constitución de 1836, Circular del 27 de Octubre de 1841, Bases orgánicas de la República Mexicana, Decreto del 17 de julio de 1846, Decreto del 22 de agosto de 1846, Decreto de Gobierno de octubre de 1846, Decreto del 30 de noviembre de 1846, Decreto del 19 de diciembre de 1846, Orden del 29 de diciembre de 1849, Decreto del 26 de agosto de 1852, Comunicación del Ministro de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común de 1853, Decreto del 4 de febrero de 1854, y demás en los que se contenían disposiciones relativas a los oficios públicos y vendibles en general.

En el segundo Imperio de 1864 a 1877, bajo Maximiliano de Habsburgo, el Imperio fue Gobierno de intensa actividad legislativa. Maximiliano de Habsburgo expidió la Ley Orgánica del Notariado y del Oficio de Escribano, el 30 de diciembre de 1865.

Ley para la Organización de los Notarios Escribanos Públicos del Imperio Mexicano, Contenia los siguientes capitulos, definicion del escribano, cualidades para el ejercicio de esta Profesion, de las academias, de los exámenes, de las notarias, del numero de notarios-escribanos-públicos, y de su adscripcion de las sustituciones y reemplazos de los que tienen notaria, de la situacion de las notarias públicas y orden de los archivos, disposiciones generales para los instrumentos públicos, de los notarios-escribanos-públicos.

Define al Notario como "un funcionario revestido por el Soberano con la Fe Publica, para redactar y autorizar con su firma las escrituras de las ultimas voluntades, actos y contratos que se celebran entre las partes, así como los autos y demás diligencias de los procedimientos judiciales.

La Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal, esta ley fue promulgada por Benito Juárez el 29 de Noviembre de 1867, apenas dos años de expedida la Ley de Maximiliano, y se destaco en los siguientes avances: Termino con la venta de Notarias.

Los requisitos más importantes para ejercer la escribanía, tanto para los existentes como para los de nueva creación, eran entre otros, la calidad moral y capacidad científica y técnica.

Distinguió dos tipos de escribanos: notarios y actuarios, cargos que eran incompatibles. Definió al notario como el "funcionario establecido para reducir a instrumento público los actos, los contratos y ultimas voluntades en los casos que las leyes lo prevengan o lo permitan". Y al actuario como el funcionario que interviene en materia judicial, ya sea par autorizar las providencias de los jueces o arbitradores o para practicar las diligencias necesarias. Ambos oficios debían ser practicados personalmente.

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

Se señaló como atribución exclusiva de los notarios autorizar en sus protocolos, con total arreglo a las leyes, toda clase de instrumentos públicos. El protocolo es el único instrumento donde se podía dar fe originalmente.

El sistema del protocolo era abierto, porque se formaban en cuadernos de cinco pliegos metidos estos unos dentro de los otros, cosidos y en el papel con el sello que la ley demarcaba. El notario tenía la obligación de integrar en él todas las hojas del protocolo, comprometiéndose las de los documentos y diligencias que se le agregare, tendrían el número de su foliatura en letra y guarismo, y además el sello y rubrica del notario a quien pertenecía el protocolo.

Tanto para el notario como para el actuario, se requería ser abogado, o haber hecho los cursos exigidos por la ley de Instrucción Pública, ser mexicano por nacimiento, estar en pleno ejercicio de los derechos de ciudadano, haber cumplido veinticinco años, no tener impedimento físico habitual para ejercer la profesión, no haber sido condenado a pena corporal, tener buenas costumbres y haber observado constantemente una conducta que inspire al público toda la confianza que la nación deposita en esta clase de funcionario.

Estos requisitos se acreditan con las certificaciones de los exámenes, con la partida de nacimiento, con la información judicial de siete testigos.

Los notarios solo podrían ejercer su profesión en el Distrito Federal y fuera de él no tienen fe pública, y los instrumentos que otorguen carecerán de valor.

Obligaban a los escribanos las disposiciones de las leyes de papel sellado. Para el cobro de los derechos, los notarios debían sujetarse a los aranceles y leyes vigentes.

El notario para actuar, necesitaba estar asistido por dos testigos sin tacha que sepan escribir, varones, mayores de dieciocho años y vecinos de la población en que se hace el otorgamiento.

La ley de Instrucción Publica del Distrito Federal fue publicada el 2 de diciembre de 1867, señalaba los estudios que debían cursar los escribanos para poder desempeñar su cargo, dando así la seguridad sobre la competencia y preparación de estos funcionarios.

Establecía dentro de la escuela de leyes del Distrito Federal, la carrera de escribano con un curso de bachillerato, llamado entonces, preparatoria, de dos años, mas otros dos de estudios profesionales, en los que se impartían cátedras elementales de acuerdo con lo establecido en el artículo 25.

Reglamento del Colegio Nacional de Escribanos, el 14 de noviembre de 1870, se expidió ese reglamento y la fundación del Colegio se preveía en la Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal, modifico el nombre del Real, Colegio de Escribanos, creado en 1792 y sustituyo los estatutos que hasta entonces habían regido.

El Colegio se integro con los escribanos con matricula, la cual era obligatoria para ejercer la profesión en el Distrito Federal. Para los escribanos foráneos era voluntaria.

El objetivo del Colegio se reducía a tres aspectos: 1) La instrucción de los aspirantes para la profesión de escribanos. 2) El socorro inmediato a los escribanos que hubieren cumplido con motivo o causa digna que le imposibilite trabajar, se hallaren necesitados, 3) La instrucción y mayores conocimientos de los escribanos matriculados, para cuyo efecto debía destinarse una cantidad para la formación de la biblioteca.

E) México Contemporáneo.

El Notariado en México a principios del siglo, se estructura y organiza en forma definitiva, a diferencia de los siglos anteriores en que la función notarial se regulaba conjuntamente con la judicial, razón por la cual este apartado se denomina México Contemporáneo.

El carácter de función pública, el uso de protocolo, la colegiación obligatoria, el examen de admisión, la creación del Archivo de Notarías y en general la regulación sistemática de la función notarial se inicia con la ley de 1901, que perfeccionada con la de 1932 y 1945, con pocas variantes llega hasta la actual.

Ley del Notariado de 1901, dispuso que el ejercicio de la función notarial fuera de orden público conferido por el Ejecutivo de la Unión. La dirección de Notariado estaba a cargo de este a través de la Secretaría de Justicia. Mas tarde, al extinguirse la Secretaría de Justicia, por Ley de 13 de Abril de 1917, los asuntos del Notariado fueron encomendados al gobierno del Distrito Federal.

Cuando no hubiese Notario en el lugar, los jueces de Primera instancia desempeñaban las funciones de Notario por receptoría. El ejecutivo, podía autorizar a los jueces menores de los lugares donde no hubiere notaria, para que ejercieran las funciones de notario.

Aunque el Notario se caracterizaba por ser una función pública conferida por el Gobierno Federal, la prestación del servicio no ocasionaba un sueldo proveniente del erario.

La función notarial era incompatible con otros cargos, empleo o con comisiones particulares bajo la dependencia de una persona privada, con el

desempeño del mandato y el ejercicio de la profesión de abogado, comerciante, corredor, o agente de cambio y con el ministerio de cualquier culto.

Además de notarios tutelares, había notarios adscritos, que suplían al titular en su ausencia, y los asistían en su actuación. Los aspirantes a notarios podían trabajar con el titular, en calidad de adjuntos.

Para tener la patente de aspirante al ejercicio del Notariado, se requería practicar mas de seis meses, en una notaria de la Ciudad de México y ser aprobado en un examen practico. Solo podian aspirar a ese titulo, los mexicanos por nacimiento, en el ejercicio de sus derechos de ciudadano y pertenecientes al estado seglar, además de ser abogado en escuela oficial.

Con el protocolo llevaba una carpeta llamada "apéndice", donde depositaba los documentos relacionados con las actas notariales. Además llevaba una "libro de extractos", para asentar un resumen del instrumento con mención de su numero y tenia la obligación de formar un índice general de los instrumentos autorizados.

No era obligatorio para el notario llevar "minutario" de las escrituras, pero debía admitir las minutas presentadas por los interesados, dando fe de haber sido suscritas en su presencia. Preveía la expedición de uno o varios testimonios.

Se estableció un Consejo de Notarios, compuesto por un Presidente, un Secretario y nueve vocales, electos por los notarios en ejercicio. Tenían como finalidad auxiliar a la Secretaria de Justicia, en vigilancia del cumplimiento de la Ley del Notariado.

Establecía la responsabilidad de los notarios por delitos y faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones. La infracción de las leyes penales constituía responsabilidad criminal. La administrativa surgía de la infracción de algunos de los preceptos contenidos en esta Ley, y que no estuviera prevista en la Ley penal.

Las Secretaria de Justicia estaba facultada para imponer sanciones disciplinarias, que podían ser desde amonestación, hasta la destitución del cargo.

La Ley del Notariado para el Distrito y Territorios Federales de 1932, establecía al Notariado como una función de orden publico, 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 del notario. Al Departamento correspondía dictar todos los reglamentos necesarios para regular la actividad notarial. Se refería al notario como "La persona, varón o mujer, investido de fe publica para hacer constar los actos y hechos jurídicos a los que los interesados deban o quieran dar autenticidad conforme a las leyes, y autorizada para intervenir en la formación de tales actos o hechos jurídicos revistiéndolos de solemnidad y formas legales. Reconocía que el notario era un funcionario publico y tiene el deber de explicarles el valor y consecuencias legales de los actos que otorgan ante el.

El avance más importante de esta ley consistió en el establecimiento del examen de oposición para obtener la patente de notario. Solo podían participar aquellos que tuvieran la categoría de aspirante a notario. Para poder actuar, el notario necesitaba otorgar fianza por veinte mil pesos, proveerse a su costa de sello y protocolo, registrar el sello y su firma en los mismos lugares que la patente, otorgar la protesta legal ante el jefe del Departamento del Distrito Federal en la misma forma que la daban los funcionarios públicos y protestar establecer su oficina dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la protesta.

Al iniciar sus funciones, debía dar aviso al publico por medio del Diario Oficial de la Federación, y comunicarlo al jefe de Departamento del Distrito Federal, al Registro Publico de la Propiedad, al Archivo General de Notarias y al Consejo de Notarios.

El Notario era responsable por los delitos y faltas cometidas en ejercicio de su profesión, en los términos que los demás ciudadanos, por lo cual quedaban sujetos a la jurisdicción de las autoridades penales. De su responsabilidad civil conocían los Tribunales civiles, la administrativa quedaba bajo el fuero del Gobierno federal. Las sanciones administrativas que aplicaba el Departamento del Distrito Federal por violación a la ley, eran: amonestación por oficio, multas de cinco a cinco mil pesos, suspensión del cargo hasta por un año y suspensión definitiva. Pero no se indicaba determinada sanción para determinada falta.

El notario, para desempeñar su función, se valía, como en la Ley vigente del protocolo, apéndice, índice, sello y guía.

Los libros para poder usarse, necesitaban contener en la primera hoja, la razón de autorización del jefe del Departamento del Distrito Federal y a continuación al de apertura del notario, y en la última, del Director del Archivo General de Notarias.

Se señalaban los requisitos para elaborar la escritura, que debía ser con letra clara, sin abreviaturas, sin blancos, huecos, enmendaduras, ni raspaduras, debiendo salvarse las palabras testadas y enterrrenglonadas. Si la escritura no se firmaba en el término de un mes, contando a partir de la fecha en que se extendía en el protocolo, el notario le ponía la razón de "No paso".

En caso de licencia, suspensión o destitución, el notario asociado o el suplente podía desempeñar su función, a falta de cualquiera de ellos, depositaba su protocolo y sello en el Archivo General de Notarias. El cargo de notario podía terminar por muerte renuncia o destitución, tratándose de destitución, la declaración de separación definitiva la hacía el Gobierno del Distrito, siguiendo el procedimiento señalado en la ley, que permitía oír al interesado y presentar pruebas.

Se establecía que las notarias debían ser visitadas por lo menos una vez al año en este caso, la inspección era general. Cuando el Gobierno del Distrito, por queja o cualquier otro motivo tuviera conocimiento de haberse violado la ley, se efectuaban visitas especiales. Estas estaban a cargo de los inspectores de notarias, que eran empleados del Departamento del Distrito Federal y su finalidad consistía en cerciorarse de que funcionaran con regularidad y de que los notarios ajustaran sus actos a las disposiciones de la presente ley.

Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1980, esta ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 1980, e inicio su vigencia sesenta días después de su publicación, de acuerdo con el artículo 1º transitorio.

CAPITULO III

CONCEPTO CIENTIFICO, DOCTRINARIO DEL NOTARIO.

3.1 DEFINICION DEL NOTARIADO POR ALGUNAS LEYES.

Una primera básica, es que la función notarial, implica algo mas que, un servicio legal en el mercado que demande, ante la apertura comercial, su desregulación. La función notarial fundamental es ante todo: un servicio publico de ejercicio privado, con las siguientes principales características, en la mayoría de las entidades federativas de la República.

Por lo tanto, se puede indicar las siguientes características de la función a cuyo estudio se ocupa la presente:

- a) El notario es un Licenciado en Derecho a quien el Estado le encomienda la función publica de dar seguridad jurídica mediante su poder autenticador, lo que significa que el Estado autoriza que su dicho tenga carácter de verdad oficial y de prueba plena en caso de litigio. Con lo anterior, se crea un profesional "sui generis", un jurista particular titular de una función publica.
- b) En atención a que el notario brinda seguridad jurídica a la población, es que debe mantenerse independiente e imparcial en sus actuaciones. Por ello, ejerce su función de fe publica de tiempo completo, razón por la cual, debe

alejarse de otras actividades que le distraigan o resulten incompatibles con su misión.

- c) La función notarial es, además de una especialidad de la profesión de Licenciado en Derecho, una diversa y completa profesión jurídica, la cual en principio le impide litigar y le obliga a convertirse en un consejero jurídico profesional, en un conciliador de intereses y en el principal ejecutor del denominado Derecho preventivo pues evita litigios y descarga al Estado de un enorme costo por impartición de justicia.
- d) El notario es siempre responsable de su actuación y el usuario puede reclamarle las consecuencias de su deficiente servicio. El colegio Notarial respectivo, como cuerpo intermedio, responde y concilia por cada uno de los agremiados.
- e) El notario en México es un activo auxiliar de la Administración Pública tanto en su nivel Federal, como en su nivel local, pues actúa como un auxiliar fiscal en la recaudación de impuestos federales y estatales.

Según el Diccionario de Derecho Notarial del Lic. Francisco Javier Guiza Alday, el Notario es el profesional del derecho investido de fe pública, facultad para autenticar y dar forma en los términos de ley, a los instrumentos en que se consignen los actos y hechos jurídicos. Aun cuando la definición legal sea exacta en línea general, debe advertirse que no son los fedatarios exclusivos en materia extrajudicial ya que en otros varios funcionarios o autoridades poseen similares competencias, aunque en negocios concretos. Notario como se dice en España Y Francia, entre otros países, es el antiguo escribano, arcaísmo ya, mantenido en la Argentina; Y que en España quedo reservado para los fedatarios judiciales, luego denominados⁹ secretarios. Notario, sin otra adición, se les ha llamado también a los que daban fe en los asuntos eclesiásticos, en lo antiguo era así mismo el que escribía abreviadamente, como predecesor de los modernos taquígrafos. La voz equivale también a amanuense; pero su uso en esta acepción tiende a excluirse por ser justamente los amanuenses los empleados del notario. El vocablo

procede, como, la mayoría de los jurídicos, del latín, de nota, con el significado de título, escritura o cifra; y esto porque se estilaba en lo antiguo escribir en cifra o con abreviaciones los contratos y demás actos pasados ante ellos, o bien porque los instrumentos en que intervenían los notarios los autorizaban con su cifra, signo o sellos, como en la actualidad.

Para Froylan Bañuelos Sánchez, el Notario es la persona, varón o mujer, investida 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, y autorizaba para intervenir en la formación de tales hechos o actos jurídicos revistiéndolos de solemnidad y formas legales. Por último, es un profesional del derecho a la vez que un Funcionario Público.

Para Jiménez-Arnau: "El Notario es un profesional del derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia solo por razones históricas están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria."

La ley del Notariado Español, en su artículo 1º define al notario como el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales.

Carlos Emérito González, en su Teoría General del Instrumento Público, antes de dar la definición de ESCRIBANO y NOTARIO, describe sus atributos diciendo: La etapa inicial de la estructuración instrumental está a cargo del escribano autorizante. El recibe las declaraciones de voluntades de las partes intervinientes, procede a su interpretación ordenando los conceptos, va dándoles la forma conveniente en doble proceso psíquico-material (pensar y extender en el

⁹ Guiza Alday, Francisco Javier, "Diccionario de Derecho Notarial"

protocolo) y cuando ya todos los actuantes reiteraron su consentimiento sobre e contenido del instrumento, lo autoriza procediendo a su firma. Toda esta labor, va unida a la de los interesados que le requirieron su actuación y bajo la tutela del notario se redujeron los hechos que se vienen explicando en todo el desarrollo de los requisitos formales con cuyo estricto cumplimiento, el instrumento preparado llega a tener plena validez y eficacia.

Su obra es el instrumento publico, para ello el Estado le confirió la fe publica y a su nombre dirá que todo cuanto pasa en su presencia es cierto, es verdad, debe ser creíble. En la construcción del instrumento debe emplear su ciencia, su conciencia y su sentido de lo justo y lo moral. Es hombre de derecho antes que nada, por eso se le dice perito en derecho. Y no solo debe saberlo, sino que tiene que sentirlo.

La función jurídica en todos sus aspectos, reclama emoción, vocación para el derecho, sentimiento de justicia; el derecho hay que sentirlo, tanto o mas que pensarlo. De donde se colige que los escribanos como hombres de derecho deben estar unidos de esos elementos substanciales, mas que cualquier otro individuo con titulo semejante. En la fe que da todos confían y quien se atreva a negarla deberá probar la falsedad. Ningún otro hombre será legalmente creído tan categórica y firmemente. No ha sido un escribano, ni un notarialista, quien explicó mas brillantemente el quehacer del notario, sino un jurista universal cuyas elucubraciones inspiran constantemente ideas que rejuvenecen el derecho y nos alienta a "sentirlo mas y mejor.

Se aclara ante todo, que habrá variedad de notarios, según los distintos ordenamientos, pero en el fondo la figura del notario es una. Es uno de los principales operarios, o, si se quiere, técnicos del derecho, es pues una figura de primer plano. Los germanos compusieron la palabra rechtswaher, que quiere decir algo equivalente a custodio del derecho, o bien guardián del derecho. Le dice "documentador", "forjador de documentos", si bien reconoce que esa es solo una

parte de la profesión del notario, porque a él no solo se va para "hacer construir un documento", sino que interviene en la formación del juicio jurídico no tanto en vista de la Litis como el defensor, sino en vista del negocio jurídico que es el concepto complementario y antitético de litis. Le llama por eso, antes que notario, que es alusivo a la función: Consultor-Jurídico.

Entre defensor y notario, o entre abogado y notario, o entre juez y notario, la diferencia es la misma que separa la terapéutica de la higiene, esto es, la acción represiva, de la acción preventiva. Se podría afirmar sin rodeos una antítesis fundamental entre el juez, cuanto más consejo del notario, tanto menos posibilidad de Litis, y cuanto menos posibilidad de Litis, tanto menos necesidad de Juez. Entonces, además de consultor jurídico, es en mas alto grado un Consultor moral. Evita la litigiosidad y en el "ejemplo fascinador" del testamento, el notario es la balanza que regula ese milagro del derecho que es el juicio que sirve para regular la vida de los otros, después de la muerte.

Al contemplarlo con el Abogado, según Carnelutti sostiene que es más difícil estructurar un negocio jurídico para que no oculte en su rezago un litigio, que redactar un escrito procesal. El abogado interviene cuando la litis ya ha estallado o cuando esta por estallar; la obra del notario tiende primordialmente a que no estalle.

Finalmente, va perfilando "la figura jurídica del notario" con dos meditaciones mas: es el hombre de buena fe y tiene una tarea similar a las estrellas para le navegante (la brújula sufre ciertas desviaciones, las estrellas no), porque cuando el hombre negocia, que es un navegar le hace conocer el camino.

Mengual, en amplios términos nos da la definición que abarca sus conceptos esenciales. "Es el funcionario publico que jerárquicamente organizado y obrando por delegación del Poder del Estado, y por lo mismo revestido de plena autoridad en el ejercicio de su función autentica las relaciones jurídicas

normalmente creadas por la libre voluntad de las personas jurídicas, dándoles carácter de verdad, certeza y permanencia, previo el estudio, explicación y quiere decirse que sea un funcionario público en el sentido del derecho administrativo en cuanto no es parte de los poderes del Estado ni dependía directamente de ellos ni percibía sueldo, ni que este sujeto a los derechos y a los deberes de los funcionarios oficiales, por lo que no se le puede negar que tiene el carácter público, según lo expresan los artículos 1º y 11 de la Ley del Notariado en vigor.

Por último y para la definición tomando en cuenta los elementos característicos, concluye que el notario, según las definiciones dadas, es la persona, varón o mujer investida de Fe Pública y con la autorización para hacer constar los actos u hechos jurídicos, revistiéndolos de solemnidad y formas legales y a los que los interesados deban o quieran dar autenticidad conforme a las Leyes.

3.2 OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL NOTARIO.

OBLIGACIONES DEL NOTARIO.

Por algo se habla siempre de “función notarial” y de “Organización del Notariado” ya que las costumbres y las leyes toman en consideración las características, finalidades y necesidades del notariado, para reglamentarlo y para organizarlo como un todo armónico, corresponden al Notario en ese orden de ideas:

- **OBLIGACION DE ACTUAR.** Cuando el Notario legalmente requerido, esta obligado a actuar. Así los estatuyen diversos artículos, así mismo se establecen los casos en que debe rehusar su intervención. Sin embargo, aunque la ley no lo dice, debe entenderse que cualquier causa justa, y no solamente las enumeradas por la ley pueden ser causa legítima para que el notario rehuse su intervención.

- **SECRETO PROFESIONAL.** Así mismo se obliga al notario a guardar el secreto profesional sobre las "Confidencias" que recibe de sus clientes. Aunque no pudimos profundizar aquí tan interesante materia, puede hacerse la distinción que se conoce en la doctrina entre hechos objetos y confidencia y hechos.
 - a) Secretos por naturaleza, que son las convenciones y hechos constatados por el notario, junto con sus causas, explicaciones, datos para prepararlos, cartas, documentos, etc., y de cuyos datos el notario tiene que enterarse por razón de ser consejero de las partes y guía de sus voluntades. En este aspecto, el notario es considerado como un sacerdote y como este esta obligado al secreto.
 - b) Hechos objeto de confidencia, son los confiados secretamente al notario. Entre ellos se incluye toda confidencia, aun no ligaba con el acto o hecho autenticado. Sin embargo, tanto los "secretos por naturaleza" como los "objetos de confidencia", deba recibirlos el notario " en su calidad de notario", pues en caso contrario no habría mas que simple indiscreción, pero no violación de secreto profesional.

Así mismo se dispone por ley que el secreto no obliga en actos destinados a la publicidad, aunque hay autores que dicen que si esto es verdad, también lo es que la publicidad debe hacerse a través de los registros públicos y no directamente de las notarias. Creemos que esto es verdad aunque no creemos que pueda hacerse responsable a un notario por hacer publico un acto destinado a ser publicado.
- **MORALIDAD.** El notario no puede responder a la confianza que la ley y la sociedad depositan en él, sino con moralidad. El juez falla según lo que ante el se haya alegado y probado y su falla puede ser "justo", en el sentido, no obstante que moralmente la sentencia pueda ser completamente injusta (v.g. en el caso de un derecho existente pero que fue imposible comprobar judicialmente).

El notario no tiene mas norma que la moral, ya que tiene que desentrañar la intención de las partes a las que debe guiar hacia la moral y hacia el bien. La jerarquía, la dignidad y el decoro profesional del notario tienen que basarse primero en la moral y después en las otras obligaciones que la Ley impone. Otro deber del notario, es la solidaridad.

DERECHOS DEL NOTARIO.

Son estos derechos subjetivos que solo han de ejercitarse a iniciativa de los notarios, aunque todos están sujetos al cumplimiento de requisitos legales que no son mas que deberes que se imponen al notario por interés publico.

El notario, por fuerza, como cualquier otra persona, necesita descansar periódicamente, o bien atender obligaciones imprescindibles cuyo cumplimiento lo obliga a desprenderse de sus actividades profesionales. Por eso, entre los derechos de notario se cuentan:

- a) **LAS AUSENCIAS.** El notario podrá suspender el ejercicio de sus funciones, hasta por 30 días, con solo dar aviso de ello al C. Gobernador del Estado y al Consejo de Notarios, cuando la suspensión exceda de 30 días, será necesario licencia previa del Ejecutivo. La costumbre se inclina viciosamente a considerar el aviso del notario como una solicitud de licencia, y tal caso se suele contestar que esta queda concedida. Este criterio es inaceptable y no se conoce argumento para fundarlo.
- b) **LICENCIAS.** No podrá concederse licencia a un Notario, para separarse del ejercicio de sus funciones por mas de tres años y transcurrido dicho termino sin que el notario vuelva a actuar durante un año consecutivo, por lo menos se procederá a designar definitivamente al sustituto que se encargue de su protocolo en los

términos que prescribe esta ley. En los casos de licencia, se procederá como esta previsto en la ley, debiendo elegir al Notario que deba sustituirlo entre los Notarios en ejercicio en esa misma adscripción.

- c) **SUSPENSIÓN.** Se dispone que se revocara la patente del Notario por fallecimiento. Por inamovilidad debe entenderse que un funcionario solo puede ser removido por causa justa, prevista en la ley, lo que equivale a decir que si esa causa justa no se da, el cargo es vitalicio. En efecto todos los casos contemplados por la Ley, como son la queja comprobada por falta de probidad, por vicios o malas costumbres comprobados, por no conservar viva la garantía que responda de su actuación, nos indican que se trata de causas justas previstas en la ley.
- d) **EXCUSAS.** Se establecen los casos en que el notario "puede excusarse" de actuar. Debe entenderse que por cualquier causa justa, como por ejemplo incompatibilidad por tiempo y lugar, u otros casos, el notario tiene derecho indiscutible de excusarse de actuar.
- e) **LIBRE ELECCION.** Aun y cuando se obliga al notario a intervenir, cuando fuere legalmente requerido. Parece, pues que aquí se trata de un deber del notario. Sin embargo, como la libre elección (al igual que la oposición), contribuye a dar mayor jerarquía al Notariado, es indudable que un notario que se precia de serlo y que es digno de ese nombre, debe reclamar ese derecho del publico, de elección libre, como un derecho propio. Nada hay más satisfactorio para un notario que sus clientes acudan a él, existiendo tantos notarios competentes y honorables como los hay en la misma localidad en que ellos actúan. Este es, pues, en ese sentido otro derecho notarial. En vista de que el examen de oposición es sin duda lo que mas categoría da a la profesión, debe considerarse este como un derecho del Notariado (que no existía en el Estado de Guanajuato, ya que el "Fiat" era expedido a titulo gracioso por el Ejecutivo del Estado). No sabría bien como explicar que la oposición (que en realidad implica

una obligación que con sacrificios debe cumplir todo aspirante al Notariado) constituye en realidad un derecho; y es que a la vez, las oposiciones el timbre de gloria al triunfador en ella y del Notariado en general. El gremio en general tiene derecho de exigir el reconocimiento legal de ese sistema, como también lo tiene el notario triunfador para exigir que el jurado y los demás miembros del Notariado y aun de las autoridades, reconozcan su triunfo en el examen de competencia.

- f) **RETRIBUCION.** Se preceptúa que los notarios no serán remunerados por el erario sino que tendrán derecho a cobrar a los interesados, en cada caso, los gastos y honorarios que devenguen conforme al arancel; así mismo, es causa de excusa por parte del notario, el que los interesados no le anticipen los gastos.
- g) **NOTARIOS ASOCIADOS, SUPLENTES Y ADSCRITOS.** Los notarios adscritos quedaron suprimidos en la Ley de Guanajuato. El adscrito podía actuar indistintamente con el titular, en el protocolo de este y por tanto, existía, de hecho, una notaria con dos notarios. Como sistema, el de la adscripción es bueno, solo que se presto a maniobras indebidas que hizo volver al Notariado a la época y al régimen de la enajenación de oficios, ya que como el adscrito podía suceder al titular, mediante una suma de dinero. Esto provoco que el notario en ciertos casos se degradara, aya que sus miembros ingresaban a él, con miras comerciales, no técnicas. En el Distrito Federal, en 1946 todos los adscritos, por ley se convirtieron en titulares, duplicándose casi, de esta manera el numero de notarias en el Distrito Federal.
- h) **ASOCIACION.** Se dice que dos notarios podrán asociarse durante el tiempo que estimen conveniente, según la ley del Notariado para el tiempo que estimen conveniente, según la Ley del Notariado para el Distrito Federal, (o sea convenio libre de tiempo voluntario) para que ambos actúen indistintamente en un mismo protocolo,, que será el

del notario mas antiguo. La asociación y la separación serán registradas y publicadas en la misma forma que los nombramientos del notario, al separarse, el más antiguo seguirá actuando en su protocolo, proveyéndose el otro de protocolo para su notaria para continuar actuando. Aunque la ley dice que la asociación durara el tiempo que estimaren conveniente los notarios, esta aunque sea fijo, tiene que considerarse como voluntario, el mismo precepto establece que los convenios de asociaciones y disolución de los mismos, por cualquier causa deberán..... Este modo de asociación es de hecho el más practico y cómodo, pues permite que exista una verdadera suplencia entre un notario y otro; pero requiere cualidades y circunstancias que deben concurrir en ambos asociados, que les permitan convivir indefinidamente, lo que es difícil de lograr. Esta disposición no la contempla la Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato.

- i) SUPLENCIA. Se obliga al notario a que dentro de los sesenta días naturales siguientes a la fecha en que el Departamento de Distrito Federal haya otorgado la patente, deberá celebrar convenio de suplencia con otro notario para que recíprocamente se cubran sus ausencias temporales. También los convenios de suplencia serán registrados y publicados como los nombramientos de notarios.

3.3 FACULTADES.

INICIACION DE LA ACTUACION:

En el Estado de Guanajuato, según se desprende del articulado correspondiente de la ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, una vez expedido el Fiat o nombramiento de Notario, se hará saber al publico por medio del Periódico Oficial del Estado y se comunicara además, por oficio al Consejo de Notarios, a la Secretaria de Acuerdos del Supremo Tribunal de Justicia, al

procurador de Justicia, al Registro Publico de la Propiedad correspondiente y a la Presidencia Municipal del lugar de adscripción del Notario.

Para estos casos la Secretaria de Gobierno y el Consejo de Notarios, llevarán cada uno un libro que se denominará de: "Registro de Notarios", en el cual se tomara razón de los "Fiats" expedidos por el Poder Ejecutivo.

El articulo 30 de la Ley, señala que el Notario antes de iniciar el ejercicio de sus funciones, participara al Ejecutivo del Estado y al Consejo de Notarios, cual es el sello y firma que usara, estampándolo al margen del oficio de participación.

Por lo que habiendo sido avisado al publico el inicio de las funciones del Notario, deberá además esta, proveerse a su costa de protocolo y sello cada uno con las características que la Ley indica, debiendo inscribir su firma y sello ante la Secretaria de Gobierno del Estado, debiendo así mismo establecer la oficina para el desempeño de su cargo.

La ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, no señala como lo hace la del Distrito Federal que deba el Notario antes de iniciar sus funciones, otorgar fianza.

En lo que respecta a la Ley del Notariado para el Distrito Federal, ni el triunfo en los dos exámenes, aspirante y oposición, ni el nombramiento mismo, permite al notario iniciar su actuación. El articulo 28 preceptúa que las personas que hayan obtenido la patente del Notario deberá:

- I. Otorgar la protesta ante el Jefe del Departamento del Distrito Federal o el servidor publico en el que este delegue esa facultad.
- II. Proveerse a su costa de protocolo y sello.
- III. Registrar el sello y su firma, rubrica o media firma, ante las Direcciones Generales Jurídica y de Estudios Legislativo y del Registro Publico de

la Propiedad y del Comercio del Departamento del Distrito Federal y en al Colegio de Notarios.

- IV. Otorgar fianza de compañía legalmente autorizada a favor del Departamento del Distrito Federal, por el término de un año, por la cantidad que resulte de multiplicar por diez mil el importe del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, a la fecha de la expedición de la misma. Dicha fianza deberá mantenerse vigente y actualizarse a su vencimiento cada año, modificándose en la misma forma en que se haya modificado a esa fecha el citado salario mínimo. En todo caso deberá presentarse la póliza correspondiente ante la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos del propio Departamento.
- V. Establecer la oficina para el desempeño de su cargo, iniciar funciones y dar aviso de todo ello a las unidades administrativas y colegio indicados en la fracción III anterior.

Iniciado el ejercicio de las funciones el notario dará "aviso al publico", por medio del Diario Oficial de la Federación y además lo comunicara al Gobierno, al Registro Publico, al Archivo de Notarias y al Consejo de Notarios.

COMPETENCIA.

Puede enfocarse la competencia desde el punto de vista del espacio en que puede ser ejercida la función, que es la territorialidad, o desde el punto de vista de la naturaleza de la función o del instrumento, lo que da idea del ámbito de la función notarial.

TERRITORIALIDAD.

En el estado de Guanajuato, de acuerdo a lo ordenado por la Ley del Notariado, específicamente en el artículo 22, que a la letra dice:

“Art. 22.- Los notarios solo podrán desempeñar el cargo, dentro de la adscripción que se les hubiere señalado y en la cual deberán tener su residencia. Cuando en alguna adscripción no hubiere notario en ejercicio ni Juez que actué por receptoría o estos estuvieren impedidos, los demás Notarios del Estado podrán autorizar en esa adscripción, previo permiso otorgado por el Ejecutivo, en cada caso, con designación expresa del Notario a quien permita actuar, en dicha adscripción, Cada Partido del Estado comprenderá una adscripción.

Así mismo en su artículo 23, se indica que a elección del Notario, este podrá cambiar de adscripción, dando los avisos de Ley. Cada cambio se anotara en el Registro de Notario y el “Fiat” respectivo.

En relación a la Ley del Distrito Federal dice el artículo 5º de la Ley, que el notario no puede ejercer sus funciones fuera de los límites territoriales que le corresponden, es decir, que demarca las facultades del notario en un territorio determinado. Y esta demarcación se hace para compaginar los intereses del público no se afecta, pues esta subsiste dentro y fuera de la demarcación. El mismo artículo 5º, continua diciendo que los actos que autoriza el notario pueden referirse a cualquier otro lugar.

AMBITO DE FUNCION.

De acuerdo a lo indicado por el artículo 10 de la Ley para el Distrito federal, que dice que el notario esta “facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignen los actos y hechos jurídicos”, lo que significa que teóricamente es lícito para el Notario autorizar cualquier hecho o acto jurídico. En México no tiene especial interés la distinción del campo que debe atribuírsele a la jurisdicción voluntaria (hay ciertos actos que se han considerado típicamente como de la jurisdicción voluntaria, como son la tramitación de las sucesiones, que ahora pueden ser tramitadas ante notario, sin necesidad del conocimiento por parte de un Juez Civil.

La fracción III del artículo 35 de la Ley del Notario establece que el Notario debe rehusar su intervención si el acto o hecho corresponde exclusivamente a la autorización de otro funcionario. De modo que esta es la única limitación al ámbito de la función notarial. Ejemplo típico de intervención exclusiva de otro funcionario, es la certificación que el secretario del juzgado hace a petición de parte legítima de las constancias de autos, trátase de certificar su contenido, o de expedir copias auténticas o de afirmar la existencia o contenido de hojas o partes de los expedientes, un Notario no podría dar fe de tales hechos, pues estaría invadiendo la esfera propia de la fe que corresponde al secretario del juzgado.

3.4 IMPEDIMENTOS

PROHIBICIONES GENERALES Y ABSOLUTAS.

A este respecto la Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, determina en diversos numerales prohibiciones al Notario con relación al ejercicio de la profesión. De tal suerte el artículo 26 de la mencionada ley señala: "Por ningún motivo podrán los notarios autorizar actos en que adquieren ellos algún derecho o lo adquieran su esposa, sus ascendientes hasta el 4º grado o sus afines hasta el 2º grado."

De similar forma en la Ley del Distrito Federal, existe la prohibición contenida en el artículo 35 fracción VIII que prohíbe a los notarios actuar en caso de que intervengan por sí o en representación de tercera persona, su cónyuge, sus parientes consanguíneos o afines en línea recta sin limitación de grados, los consanguíneos o afines en línea recta sin limitación de grados, los consanguíneos en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, y los afines en la colateral hasta el segundo grado.

Tanto en el Estado de Guanajuato como en el Distrito federal, el notario no podrá recibir y conservar en depósito sumas de dinero, valores o documentos que representen numerario con motivo de los actos o hechos en que intervengan, excepto en los siguientes casos:

- a) El dinero o cheque destinados al pago de impuestos o derechos causados por las actas o escrituras efectuadas ante ellos.
- b) Cheques librados a favor de bancos, instituciones o sociedades nacionales de crédito en pago de adeudos garantizados con hipoteca u otros cuya escritura de cancelación haya sido autorizada por ellos.
- c) En los demás casos en que las leyes así lo permitan.

La dignidad y jerarquía que los notarios deben dar a la institución han de llevar algún día al legislador a derogar esta regla que por cierto entorpece muchas operaciones, ya que el notario es la persona mas indicada, por ser neutral e imparcial, para conservar en deposito sumas que garantizan las obligaciones reciprocas de las partes, y que en ningunas manos pueden estar mejor que en las suyas. Además, hoy en día son tan elevados los impuestos, resultando que en un momento dado pueden sumar cientos de miles y aun millones de pesos.

Las otras prohibiciones generales son la llamadas incompatibilidad que implican duplicidad de cargo o de actividad, así el Artículo 17 dice que las funciones de notario son incompatibles con todo empleo, cargo o comisión públicos (esta frase nos sirve para argumentar lo que estudiamos en clases anteriores, en el sentido de que el notario "funcionario publico" en realidad, de sus diferentes preceptos se deduce que técnicamente no lo considera como tal. Al declarar incompatible la función notarial con "cargos" "empleos" o "comisiones públicos, esta diciendo claramente que la función de notario no es función de orden publico. Estas incompatibilidades se establecen, porque el legislador tiene temor de que el ejercicio del cargo, empleo o comisión, impida al notario dedicar a la función notarial todo el tiempo y el empeño que esta requiere para que cumpla

fielmente. La incompatibilidad con empleos o comisiones de particulares se explica porque es de suponerse que el notario, empleado por un particular, podría ser, en ciertos aspectos, manejado o influido poderosamente por quien lo emplea y de esa manera restarle la autoridad, independencia e imparcialidad que son requisitos indispensables del ejercicio de la función.

También declara incompatible con la función, el ejercicio del mandato judicial. Debe entenderse que si no es judicial el mandato, si puede ser ejercido por el notario, aunque la opinión general es la contraria, la fracción II, que dice que el notario puede ser mandatario de su cónyuge, etc., ha de interpretarse (ya que forma parte del articulado en que hubo primero una declaración de incompatibilidad con el mandato judicial y no con otro mandato) que se refiere a ser mandatario judicial de su cónyuge, a sus ascendientes, descendientes o hermanos, si puede ejercer el mandato judicial.

También esta prohibido el ejercicio de la profesión de abogados "cuando hay contienda", y por tanto hay que afirmar que el notario puede patrocinar a los interesados en cualquier procedimiento judicial que no sea contencioso no obstante que las fracciones VI Y VII del mismo artículo que comento, parezca limitar la facultad en los procedimientos judiciales necesarios para obtener el registro de escritura. Y patrocinar a los interesados en los procedimientos administrativos necesarios para el otorgamiento, registro o trámite fiscal de las escrituras que otorgara.

También se establece incompatibilidad con el ejercicio del comercio y con la agencia de cambios. Esta incompatibilidad es fundada, ya que estas actividades absorben por completo el tiempo de quien la ejerce. También se prohíbe al notario ser ministro de cualquier culto, aunque se le autoriza para aceptar cargos de instrucción pública, de beneficencias privadas y públicas o consejos, ser tutor, curador o albacea, resolver consultas jurídicas, ser arbitrador o secretario en juicios arbitrales, patrocinar a los interesados en los procedimientos

administrativos necesarios para el otorgamiento, registro o tramite fiscal de las escrituras en que intervengan, así como desempeñar los cargos de miembro de consejo de administración, comisario o secretario de sociedades. A este respecto, existe una circular del Departamento del Distrito Federal declarando que el notario puede autorizar escrituras relativas a las sociedades en que ejerzan esos cargos.

PROHIBICIONES ESPECIALES RELATIVAS.

Se relacionan con las personas que intervienen en el acto, o con la naturaleza de este. El artículo 35 fracción III, dice que el notario debe rehusar funciones si intervienen por si o en representación de terceras personas, su cónyuge, sus parientes consanguíneos o afines en línea recta sin limitación de grados, los consanguíneos en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, y los afines en la colateral hasta el segundo grado: La fracción IV del mismo artículo, dice que debe rehusar su intervención si el acto hecho interesa al notario, a su cónyuge o alguno de los parientes acabados de mencionar.

Estas prohibiciones obedecen a la presunción de imparcialidad del notario, a favor de personas tan ligadas con el, tanto en el punto de vista afectivo, como económico.

3.5 REQUISITOS.

De los estudios realizados del notario y de la función notarial, dando desde el punto de vista histórico como de Derecho Comparado o analíticamente, se desprenden los requisitos que deben ser indispensables para el ingreso a la carrera notarial.

Se anoto anteriormente que en los albores del Notariado, el notario era escogido libre y espontáneamente entre los interesados que se basaban en su

moralidad y en sus dotes para redactar y escribir. Este nombramiento estaba basado en la confianza que inspiraba el escogido. El otro sistema, aunque tiene muchas variantes, consistió en el nombramiento del notario por elección, y como es sabido por adquisición del oficio como si fuese una "cosa que estaba en el comercio y que por tanto podría ser objeto lícito de contrato o de herencia. Todos esos sistemas se caracterizan por la completa libertad que existía, fuera en la persona que escogía al Notario, o en la que hacía el nombramiento, lo que daba lugar a equivocaciones sobre la capacidad del escogido, y lo que es peor, a nombramientos de personas ineptas, que se escogían por compadrazgos o inclusive por interés.

Como concepción mas moderna y desde luego mucho mas perfecta e imparcial existía actualmente en varios países, la que Sanahuja llama "de adscripción legítima" en oposición a las ya mencionadas, a las que califica de "dativas". Se llama legítima porque la Ley determina si en ella concurren los presupuestos que la misma Ley determina. En tal hipótesis, el nombramiento, que antes era base decisiva, se convierte en una simple formalidad, ya que el Estado por virtud de su propia Ley, no es libre de nombrar a la persona que el escoja. Aparte de los requisitos conocidos y que ya mencionaremos, el requisito básico de este sistema de "adscripción legítima", es el del examen de oposición que deben pasar los diversos candidatos a una notaria vacante. Desde luego que para que esto pueda funcionar, se requiere una limitación en el número de notarias, pues de no ser así, siempre habría mas plazas que pretendientes.

En Guanajuato, como se menciono anteriormente no se requiere la presentación de los exámenes de aspirante y de oposición, mas sin embargo se hace necesario lo establecido por el artículo 6º, que a la letra dice:

"ART. 6º. - Para obtener el "Fiat" de Notario se requiere:

- I. Ser mexicano por nacimiento y haber cumplido 21 años de edad;
- II. No tener incapacidad ni impedimento físico permanente que impidan el ejercicio del Notariado.

- III. Tener título de abogado y notario legalmente expedido.
- IV. Haber practicado durante 1 año por lo menos en alguna de las Notarias del Estado de Guanajuato."

El artículo 3º de la Ley del Notariado establece que en el Distrito Federal, Habrá las notarias que determine el Departamento del Distrito Federal, y en la Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato no se determina nada en específico al respecto haciéndose únicamente mención a que los Fiats de notarios, serán expedidos por el Ejecutivo del Estado y que habrá un Registro de Notarios, en donde se anotaran todos los Fiats que este haya expedido.

REQUISITOS DE INGRESO PARA ASPIRANTE.

Aunque en la Ley de Notariado para el Estado de Guanajuato no se prevé la calidad de aspirante, se entienden los requisitos que a continuación se aplican a la función, en virtud de referirse a la calidad moral, física e intelectual con que deben contar los notarios.

Pueden dividirse en tres grupos los requisitos de ingreso al notariado: los físicos, los morales y los intelectuales. También podemos subdividirlos en requisitos para obtener la patente de aspirante al ejercicio del Notariado, y los necesarios para obtener la patente de notario.

- a) FÍSICOS.- Ser Mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos, tener 25 años cumplidos y no más de 60. en Guanajuato, como quedó apuntado con anterioridad la edad requerida es de 21 años de edad.
- b) MORALES.- Tener buena conducta. En Guanajuato se amplía el requisito indicándose que deberán acreditar haber tenido y tener buena conducta.

- c) **INTELECTUALES.-** Ser licenciado en derecho con la correspondiente cédula profesional y acreditar cuando menos 3 años de practica profesional a partir de la fecha de examen de Licenciatura, también comprobar que, por lo menos, durante ocho meses interrumpidos e inmediatamente anteriores a la solicitud de examen, haber realizado practicas notariales bajo la dirección y responsabilidad de algún notario del Distrito Federal. En Guanajuato se requiere así mismo tener título de Abogado y Notario legalmente expedido, así como haber practicado durante un años por lo menos en alguna de las Notarias del Estado de Guanajuato.

No haber sido condenado por sentencia ejecutoriada, por delito intencional, y solicitar ante la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos del Departamento del Distrito Federal el Examen correspondiente y ser aprobado en el mismo. En la ley del Notariado para el Estado de Guanajuato no se prevé específicamente lo anterior, mas se comprende dentro de la fracción II del artículo 6º, lo que se acreditara con las correspondientes cartas de no antecedentes penales y de buena conducta, expedidas por la autoridad judicial en el partido y el colegio de Notarios en su caso, respectivamente.

Se desprende de lo anterior que todos los requisitos son personales del individuo que pretende ingresar al Notariado.

Para obtener la patente de notario es evidente que se requieren todos los requisitos anteriores, a los cuales hay que agregar los que precisa el artículo 14 de la ley, que son:

- 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.
- IV. Haber obtenido la calificación correspondiente en los términos del artículo 23 de esta ley del Notariado.

En vista de que los oficios y la moral son obvios y que en cualquier legislación moderna se exigen, se concluyen que los mas importantes e interesantes son los requisitos intelectuales, de los cuales los mas valiosos son el requisito del titulo de licenciado en derecho u el del triunfo en el examen de oposición.

NOMBRAMIENTO.

En Guanajuato, como quedo asentado con anterioridad, el nombramiento es realizado por el Ejecutivo de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 9º que dice que el Fiat o nombramiento del Notario, expresara. La autoridad que lo expida, el nombre y apellidos paterno y materno del profesionista a quien el confiera, el numero que le corresponda, el lugar de su adscripción, el lugar y fecha de la expedición, deberá llevar también el Fiat, el retrato, la filiación, y la firma entera del interesado, debiendo cancelarse el retrato con el sello del Poder Ejecutivo. Al expedir el Fiat, el Ejecutivo expedirá una cédula de identidad correspondiente.

El artículo 24 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal nos dice que el Presidente del Jurado una vez tomada la decisión de este cuerpo sobre quien resultado triunfador en el examen de oposición, lo dará a conocer en publico. Así mismo, en su caso comunicara al Jefe del Departamento del Distrito Federal, el resultado del examen de oposición, a quien remitirá la documentación relativa.

Este sistema de nombramiento, que debe recaer en persona en quien concurren las condiciones previstas por la ley (la mas importante de las cuales, es la de que sea triunfador en el examen de oposición) es el mas adecuado y por medio del cual la carrera notarial se dignificara mas cada día. El señor Presidente

de la República, aunque quisiera, no podría dejar de acordar el nombramiento a favor de quien hubiera triunfado en la oposición y hubiese llenado los demás requisitos legales. Si al interesado le fuese negado o desconocido su derecho, podría obtener sentencia favorable en un juicio de amparo.

CAPITULO IV

DOCUMENTO

4.1 GENERALIDADES

El documento ha sido sistemáticamente estudiado, tanto por la doctrina que podríamos denominar tradicional, como por la doctrina moderna, haciéndonos notar que los tres elementos que los confirman son: material, grafía y contenido.

Procedemos a continuación a estudiar cada uno de estos elementos.

1. - MATERIAL

El material es utilizado para la elaboración del documento es el papel, invento chino introducido a Europa por los Árabes en la Alta Edad Media.

Podemos comparar la función del papel en el desarrollo de humanidad al de la rueda, ya que, conjuntamente con la imprenta, hizo posible la reproducción de suficientes libros y a bajo costo para hacerlos accesibles a los pueblos. Como sabemos, en la Edad Media y en tiempos anteriores, los libros eran preciosismos por su escasez y solo monjes y señores feudales tenían acceso a ellos.

Otros materiales han sido utilizados antes del papel, como son. Papiro (egipcios y bizantinos), pergamino (griegos y europeos), tablas enceradas (romanos) tabiques (mesopotámicos) y otro, materiales que no prevalecieron frente a las cualidades del papel.

La revolución tecnológica ha traído cierta competencia al papel. A través de filmes, fotos, fonógrafo, etc., ahora es posible fijar imágenes y sonidos, sin recurrir a la escritura.

Sin embargo el papel sigue dominando el panorama, y en nuestro mundo, la inmensa mayoría de los documentos se elaboran con este material.

2.- GRAFIA.

Partiendo de la base que el material es el papel, es necesario imprimir en el texto del documento. Esto requiere de herramientas y sustancias.

Las herramientas también han evolucionado, y se conocen diversos instrumentos como son: plumas de ave, puntas y cinceles, así como equipo mecánico (imprentas, maquinas de escribir) y cibernético (procesadores de palabras).

La sustancia es conocida como tinta, y fueron los chinos quienes proporcionaron desde la antigüedad efectivas formulas para su elaboración.

La grafía es precisamente el acto de imprimir el texto al material.

Tanto el material como la grafía forman el cuerpo del documento, estos dos elementos le dan materia y es por ello que se forma un objeto, una cosa.

Ahora bien, las cosas se vuelven a clasificar en Derecho, como muebles e inmuebles. El documento resulta ser una cosa mueble, lo que significa, que es susceptible de trasladarse, cambiar de lugar a diferencia de la cosa mueble, la cual esta fija en el suelo, y no es susceptible de traslado.

El monumento, al igual que el documento, capta hechos y su finalidad es comunicarnos a otras personas; pero es diferente a segundo, ya que se encuentra fijo en el suelo, pirámides, tumbas, obeliscos, catedrales, tienen aspectos de monumentos.

En cambio el documento puede cambiar de lugar, y por ello, puede prestar un mayor servicio porque, como vemos en la vida diaria, los documentos muestran y acreditan hechos en diferentes lugares como son: oficinas de gobierno, bancos, empresas, notarias, juzgados, etc.

Otra característica nos la enseña Francisco Carnelutti cuando afirma que el documento no es obra de la casualidad. En efecto, el hombre interviene tanto en el monumento como en el documento, al constituirlo o elaborarlo y, es más existe una intención humana en ello.

Por estas razones varios autores, entre ellos, el maestro que acabamos de citar, afirman que el documento es un opus, esto es, una obra humana.

3.- CONTENIDO

Hasta el momento nos hemos referido a dos de los elementos que siempre encontramos en todo tipo de documentos: material y grafía, ahora toca el turno al tercer elemento que es el contenido.

En relación con los dos primeros elementos, podemos decir que los autores coinciden en las ideas que hemos explicado.

Donde los autores especializados en la materia presenta radical diferencia es en el tercer elemento. Para los tradicionalistas el contenido del documento es el "pensamiento humano"

Estas ideas tradicionales, explicaron al documento a finales del siglo pasado y la mitad del presente.

Los inventos modernos puestos a disposición del hombre a través de la revolución técnica que estamos experimentando, han permitido captar imágenes y sonidos, a través de cosas, como cámaras de vídeo y cine, o sonidos a través de fonógrafos.

Todo esto auxilia al hombre y por lo mismo, ha disminuido la necesidad de que el hombre mismo presencie todo evento para ser perpetuado en un escrito.

Esta evolución de carácter técnico, ha puesto a revisión los sistemas anteriores, los cuales no contaron con ese equipo de que ahora disponemos y las consecuencias que se presentan en el campo del derecho y más en concreto, en nuestra materia, han provocado movimientos intelectuales que necesariamente producen una doctrina nueva.

4.2 DOCTRINA MODERNA.

Francisco Carnelutti es el iniciador de una nueva doctrina la negar el concepto tradicionalista sobre el contenido del documento.

Así, en su obra "La prueba civil" este autor italiano afirma:

- "Traslado así el centro de gravedad, tanto de la noción de testimonio como de la del documento, desde elemento de la manifestación del pensamiento al de la representación de un hecho".
- "El documento se concibe por lo general, como un objeto que contiene una manifestación de pensamiento; pero a mi entender, la manifestación de pensamiento no es ni necesaria, ni suficiente para la existencia del documento"

**FALTA
PAGINA**

59|

- **“La representación es un sucedáneo de la percepción; sirve para despertar, mediante un equivalente sensible, la idea que vendría primariamente determinada por la percepción de un hecho. El objeto representación, es, pues, el objeto mismo de la percepción: un hecho, es decir, una actitud concreta (determinada en el espacio y en el tiempo) del mundo exterior. Lo que no es un hecho, lo que no tiene existencia concreta, no se representa”. (1982: 102)**

Coherente con las ideas antes expuestas, Carnelutti elabora esta definición:

“El documento no es solo una cosa, sino una cosa capaz de representar un hecho”. (1982: 156)

La teoría de la representación como se le conoce, fue aceptada por numerosos juristas, tanto en Italia, como en Francia y en países de habla hispana. Y podemos afirmar que ha tenido gran difusión.

4.3 FINALIDAD DEL DOCUMENTO.

Tanto el pensamiento tradicional, como la moderna teoría, encabezada por Carnelutti proporcionan elementos para entender la esencia del documento.

Como vimos, no hay discrepancia alguna en la doctrina sobre los dos primeros elementos, material y grafía; es en el contenido donde no hay consenso.

Sin embargo, en nuestra opinión antes de indagar el contenido del documento debemos fijar nuestra atención en la intención humana. Es decir cual es el objetivo que persigue el hombre al elaborar el documento.

Para seguir explicando este tema, es necesario hacer la distinción entre “impresos” y documentos. Por impresos entendemos todo tipo de objetos

elaborados con papel, al cual se ha incorporado algún texto, algunas veces acompañado de imágenes.

Como ejemplo de impresos citaremos, tarjetas, cartas, folletos, periódicos, libros y aun documentoides, contratos privados, títulos de crédito y también escrituras publicas. Es decir el genero es el impreso y el documento escrito es una de sus especies.

Cada uno de los impresos mencionados tienen una intención primaria al ser elaborados; y a la vez satisfacen una necesidad humana, la cual fue el germen de su creación.

Los periódicos se encargan de informar; los libros científicos enseñan y difunden cultura; novelas, entretienen; postales y cartas, mantienen en contacto a personas con sentimientos especiales o sirven también para negociar.

Diferente es el caso de documentoides, contratos privados, títulos de crédito, escrituras publicas, los cuales, tienen desde el principio, lo que denominaremos, "intención documentadora original". Es decir, desde su elaboración están destinados a ser documentos.

Decíamos que el documento recoge hechos cuando estos nacen, pero no solo con la idea de recogerlos, sino para ser recordados, y además, para que puedan ser conocidos por otras personas, aun cuando estas se encuentren en otros lugares y en otros tiempos.

Además, es necesario, agregar otro ingrediente. "La credibilidad". ¿de que serviría recoger hechos, si estos no van a ser tomados en cuenta?.

Ese nuevo ingrediente "la credibilidad", implica la incorporación de efectos de tipo jurídico al documento, lo cual significa la intervención del Estado, que impone la credibilidad por su fuerza, a todas las personas.

Esta imposición es necesaria, pues solo así pueden circular bienes y derechos.

Es necesario precisar, que el documento recoge hechos, para ser recordados a los autores de los mismos, y para acreditar a otros su existencia.

En esto consiste la intención primaria documentadora, pues desde el primer momento en que se inicia su elaboración, se busca conseguir estas finalidades.

Los otros impresos (periódicos, folletos, libros, etc.) a pesar de tener una intención primaria distinta al documento, en un momento dado, pueden convertirse en tales, ya que pueden llegar a cumplir con la función de acreditar hechos.

Ejemplificaremos: un libro puede acreditar creación y originalidad del autor y producir efectos jurídicos, como son Derechos de Autor.

Un periódico puede ser el instrumento para acreditar el hecho de que determinadas publicaciones requeridas por la Ley fueron realizadas.

Los ejemplos podrían multiplicarse. Lo que hay que resaltar es el caso de la existencia de documentos sin la intención primaria que si encontramos en documentoides, contratos privados, títulos de crédito y escrituras publicas.

Volviendo al tercer elemento del documento, esto es su contenido, pensamos con Carnelutti, que representan hechos, eventos que tuvieron lugar, pero debemos aclarar que también existe pensamiento humano.

Donde hay hombres, hay pensamiento humano. En una cosa como es el documento, elaborado por el hombre, encontraremos no solo pensamiento, sino también intención humana, esto es, objetivos que conseguir, necesidades humanas que satisfacer.

También debemos añadir la circunstancia de que en un documento existe escritura, en la inmensa mayoría de los casos, y esta, como sabemos, conjuntamente con el idioma hablado, es la forma de comunicar el pensamiento humano.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que el documento es un medio de comunicación que en primer termino, pretende comunicar "hechos a otros, así como recordar a los autores los eventos acaecidos en el pasado.

Desde luego no solo pretende comunicarlos, sino acreditarlos, esto es con cierto grado de credibilidad, que varia según el tipo de documento.

Usamos la palabra acreditar en lugar de probar, ya que esta ultima puede confundimos, porque sugiere la idea de proceso, de juicio, de juzgados, lo cual no corresponde a la realidad del documento, el cual acredita hechos en oficinas de gobierno, de banqueros, de empresarios, de notarios y, solo en casos excepcionales, servirá de prueba en los juzgados.

Siendo un medio de comunicación solo puede realizarse basado en pensamientos humanos, usando un material y una grafía que puede variar y ha variado según los tiempos y circunstancias, pero los pensamientos humanos, son necesarios para describir hechos que solo así son incorporados al documento.

Por otra parte, debemos atender a la intención o finalidad que el hombre se propone al elaborar un documento.

Sobre estas bases es posible definir al documento como: "Un objeto mueble elaborado con la intención de recordar, comunicar y acreditar hechos".

4.4 CLASIFICACION DE DOCUMENTOS

Dentro de nuestro país destacan cuatro grandes géneros de documentos.

Estos son: el documentoide o documental, el contrato privado, los títulos de crédito y el documento notarial.

Creemos conveniente describir en forma elemental las características de los tres primeros, y sus efectos como recursos para mostrar las cualidades y funciones del documento notarial.

4.5 DOCUMENTOIDE

Cuando entramos a un estacionamiento nos entregan, a cambio de nuestro automóvil, un objeto con muy escaso texto del contrato de servicio que se inicia, el cual a veces es complementado por otro contrato que garantiza reponer los daños que pudieran ocasionarse.

Las exigencias de la vida moderna han creado este documentoide, el cual es solo una contraseña con un texto, lo mas reducido posible, donde frecuentemente no se mencionan los sujetos como tampoco se describe el objeto, ni mucho menos encontramos el texto del contrato que estamos celebrando.

A pesar de estas carencias, que son resultado de la frecuencia y velocidad con que se celebran estas operaciones, la contraseña entregada tiene una serie de significados y efectos jurídicos que merecen mayores estudios.

En efecto, el documentoide representa un contrato de servicio, el cual esta reglamentado y reconocido por el sistema legal. Además es un indicio para identificar el objeto, en este caso el automóvil, y por ultimo sirve de prueba con cierto grado de eficacia en un juzgado si se diere el caso.

4.6. DOCUMENTO PRIVADO

El segundo documento a tratar es el documento privado, el cual responde a la forma escrita, que la ley impone a un buen numero de contratos.

El documento privado no alcanza la categoría de "auténtico", esto es, no hace prueba plena, lo cual significa que su credibilidad no es impuesta por el Estado de manera absoluta. Sin embargo, alcanza cierto grado de Prueba dentro de un proceso judicial, si u contenido no es objetado por la otra parte (Art. 335 del Código de Procedimientos Civiles).

Es necesario aclarar que el Juez tiene la opción de cerciorarse de la veracidad de los hechos por otros medios de prueba (testigos, presunciones) aun cuando las partes presenten un documento de tipo privado.

Debemos afirmar que el documento privado tiene un gran uso en la vida moderna, porque reúne el requisito de forma escrita. En operaciones de trascendencia, para reforzar la credibilidad de este documento, la ley suele agregar el requisito de dos testigos.

Sin embargo, para operaciones de inmuebles, testamentos, constitución de sociedad y otros, no es suficiente el documento privado, es estos supuestos es obligatorio el instrumento publico.¹⁰

¹⁰ de P. Morales, Francisco, El Notario su Evolución y principios retores. México 1994. de Letras Editores. P.52 a 63.

Otro autor define al documento privado como aquellos que las partes extienden por sí o, a lo sumo, en presencia de testigos; pero sin la intervención de funcionario público que los autorice prestándoles autenticidad.

Estos documentos pueden ser de diferentes clases y reciben diversas denominaciones, que expone Baudin.

Así se llama vale, pagare, abonare, obligación o conocimiento al documento que el deudor entrega a su acreedor confesando haber recibido alguna cosa o cantidad, y obligándose a su restitución o pago; recibo, carta de pago, finiquito o resguardo, al que da el acreedor a su deudor confesando haber recibido de este la cantidad o cosa que le debía; escritura privada, convenio o contrata al instrumento privado firmado por partes contratantes o por testigos a su ruego, que se extiende por duplicado, reservándose cada una de las partes un ejemplar, y en que se consigna cualquier transacción o contrato bilateral; libro de cuentas, el que lleva un particular para anotar lo queda y lo que recibe; libro de inventarios, aquel en que se describen los bienes que a una persona le pertenecen o que tiene a su cuidado, etc. Estos documentos, como observa el citado autor, no tienen en sí autenticidad; pero como constituyen una prueba tan importante, por ser preconstituida y anterior al juicio, para que hagan plena prueba contra su autor en cuanto a las afirmaciones que le perjudiquen, es indispensable que el interesado los reconozca ante la autoridad judicial, y si no lo hace así, a pesar de haber sido citado en la forma que previene la ley, se le declarara confeso, y si no lo puede reconocer por haber muerto, es preciso el cotejo de letras por peritos con una firma indubitada.¹¹

4.7 TITULOS DE CREDITO.

¹¹ De Casso y Romero Ignacio, Cervera y Jiménez Alfaro Francisco. Diccionario de Derecho Privado. Segunda Reimpresión 1961 Editorial Labor, S.A. España 1960. p. 1618.

Documentos cuyo objeto principal es la circulación de bienes y derechos. Son de naturaleza mercantil, y resultan una herramienta sumamente eficaz para el comercio.

Su escritura es ejemplar por la serie de ideas con las cuales han sido contruidos y por los efectos legales que producen.

Su contenido es una declaración unilateral de voluntad, la cual se vuelve vinculatoria, cuando el título entra en circulación.

Los principios de autonomía y legitimación dan seguridad jurídica para el adquirente, lo cual permite una rápida circulación, prácticamente sin trabas.

El principio de literalidad garantiza al público, el exacto valor jurídico y económico del negocio a que el título se refiere.

En el área de la prueba, es lícito afirmar que el título de crédito, posee un mayor grado de fuerza jurídica, si lo comparamos con el documento o con el contrato privado ya que el juez debe ordenar el embargo precautorio sobre el patrimonio del presunto deudor, antes del inicio del juicio correspondiente.

Sin embargo, a pesar de este mayor grado de poder probatorio y de su fuerza ejecutiva, el título de crédito, no puede ser clasificado como documento auténtico, ya que no alcanza el grado jurídico de prueba plena.

La razón de lo anterior, reside en que el título de crédito puede ser objetado, desde el inicio mismo del juicio, para lo cual es necesario invocar una de las causales previstas en la misma ley; situación que no presenta en el documento auténtico. Sobre este punto ampliaremos conceptos cuando entremos al estudio del documento notarial.

La gran ventaja de la forma escrita, es que toma cuerpo en el documento, y con ello consigue una insustituible objetividad, ya que contamos con un texto, el cual en todo tiempo y en todo lugar nos indicara con precisión todos los elementos del negocio jurídico de que se trate. Este texto podrá ser consultado en el momento en que se requiera.

La palabra forma materia cuando es pronunciada y solo así es posible comunicarse por este medio que se denomina oral. Después de pronunciada, solo queda la posibilidad de recurrir a la memoria de quienes la oyeron para poder tomarla en cuenta.

Por estas razones la forma oral es de carácter subjetivo, ya que depende de la memoria de personas, quienes pueden cambiarse de domicilio, olvidar y también perecer.

En transacciones y operaciones de tipo menudeo como las que en gran numero se celebran a diario en mercados, tiendas supermercados, etc., se transmiten propiedades tanto en dinero, como en mercancía. A pesar de producirse este efecto jurídico de trascendencia, en este tipo de negocios la forma oral es suficiente y es la indicada, porque de otra manera no podrían celebrarse con la rapidez que exige su propia naturaleza.

En negocios de mayor trascendencia como adquisición de la casa habitación, constitución de sociedades, testamentos, contratos de crédito, con garantía hipotecaria, etc., la forma escrita es la indicada.

Cuando las operaciones jurídicas se realizan bajo la forma escrita, significa también que necesariamente debe elaborarse un documento, y es por ello que el documento tiene una especial importancia en Derecho Civil.

En un afán de síntesis, podemos afirmar que el Derecho Procesal es el encargado del estudio de los juicios y como consecuencia, proporciona los principios para que el legislador elabore una adecuada legislación.

Esta ciencia, para mayor comprensión del estudio, describe al proceso como un silogismo, donde la premisa mayor es la norma jurídica, la premisa menor son los hechos y la consecuencia es la sentencia.

La sentencia se encarga de establecer que norma jurídica se aplica a los hechos en cuestión.

El juez tiene la plena libertad en lo que se refiere a la norma jurídica y puede utilizar, sin cortapisa alguna, su ciencia jurídica, y elegir la norma adecuada para resolver el problema presentado; aun cuando las partes procesales no hayan mencionado tal norma.

Por el contrario, en lo que se refiere a hechos, que son la premisa menor, el juez no tiene la misma libertad, ya que solo debe considerar los datos proporcionados por el demandante o por el demandado.

Cuando ambas partes procesales afirman lo mismo, el juez deberá tomar como verdaderos esos hechos, y no podrá dejar de considerarlos en su sentencia. Cuando sobre un hecho en concreto una parte afirma su existencia y otra la niega, nos encontramos frente a una situación que en Derecho Procesal se denomina "hechos controvertidos".

En todo proceso ordinario se presentan hecho controvertidos y para que el Juez conozca la verdad, es necesario recurrir a los medios de prueba y a los principios que proporcionan la doctrina a este respecto.

De esta forma la prueba ha cobrado una relevancia de primer termino, dentro del Derecho Procesal; y en la practica le es imprescindible al juez para definir un juicio donde hay controversia.

Debido a su relación con este trabajo, también por lo difundido en su uso dentro de los medios de pruebas, solo nos referiremos a la “prueba testimonial” y a la “documental” o “instrumental”.

La testimonial se desarrolla, con interrogatorios y se refiere a hechos acontecidos en el pasado. Es curioso, pero tiene cierta similitud con la forma oral, pues es más subjetiva y por lo mismo requiere de la memoria de los testigos.

La prueba documental resulta más efectiva y como ya lo mencionamos, el documento fue antes utilizado para dar forma a los actos y negocios jurídicos; por ello es mas precisa y contiene mayores elementos de credibilidad, los cuales llegan a ser “absolutos”, en el caso del documento notarial.

Como vimos, la forma jurídica, y por ello el documento, es parte del Derecho Civil. Los especialistas en esta materia han aportado valioso material científico al respecto.

Pero debemos advertir que la existencia de cierta corriente doctrinal que pretende explicar la totalidad de la Institución del Notariado, exagerando su valor o utilizando como único factor a la función de “dar forma jurídica”, que ciertamente cumple el documento notarial.

“La forma de la forma” o “La forma por excelencia”, son dos típicas frases que expresan esta tendencia y debemos entenderlas mas como un recurso de tipo ilustrativo, que con una definición o una explicación de la esencia del Notariado.

Similares situaciones suceden en el campo del Derecho Procesal. Los estudiosos de esta materia han proporcionado tal vez los mas numerosos y profundos comentarios y han enseñado claramente los principios que encontramos en todo documento, aunque algunas definiciones se apoyan en demasía en las virtudes probatorias del documento notarial.

“Todo objeto que puede servir de prueba”, es una definición que resulta un buen ejemplo de lo que afirmamos.

Tampoco es correcto restringir al Notariado a al “preconstitución de pruebas” como su única finalidad, ya que como hemos visto, el Notariado realiza otras funciones importantes que tiene interés en la relación jurídica que los motiva. Para este maestro italiano, el documento notarial es heterografo.

Esta división bipartita del autor italiano mencionado, nos coloca en mejor posición para observar y comprender la realidad del documento notarial.

En efecto, un redactor independiente sin interés alguno en el contenido del documento, es una plataforma propicia para garantizar a la sociedad la tutela y protección de los intereses de cada parte en un contrato.

CAPITULO V

DOCUMENTO NOTARIAL

5.1 NOTAS DISTINTIVAS DEL DOCUMENTO NOTARIAL

La primera nota distintiva es que su autor, o quien elabore el documento notarial, no es parte ni tiene interés en el negocio o hecho documentado.

Es Francisco Carnelutti quien denomina los documentos de este tipo como heterografos en oposición a los autógrafos, los cuales son elaborados o emitidos por esta particularidad del documento notarial nos lleva al principio de imparcialidad, el cual, por su importancia en el Notariado, será tratado en especial en el punto siguiente.

La segunda nota distintiva del documento notarial consiste en que, el redactor no solo es un tercero sin interés en el negocio o hecho a documentar, sino que además es un experto en derecho, lo cual de vuelve necesario por las siguientes características del documento notarial.

- a) Su contenido frecuentemente son negocios jurídicos; y el notario debe oír a las partes en un principio e interpretar cual es su verdadera intención, para así estar en condiciones de definir que tipo de contrato o negocio es el que en realidad celebran las partes.
- b) El mismo fruto de la actividad principal del notario, o sea el documento, contiene eficaces efectos jurídicos que iremos presentando mas adelante.
- c) Como también veremos es parte de la función notarial explicar el valor y las consecuencias legales del acto que celebran, para lo cual se requiere necesariamente de un técnico en Derecho, con la experiencia adecuada y con debida calificación de sus aptitudes.

La tercera nota distintiva consiste en que ese tercero, experto en derecho, es a la vez autoridad, ya que el Estado le ha delegado poderes o potestades precisamente para elaborar un documento con las propiedades y efectos jurídicos, como es el notarial.

Desde los juicios fingidos, el hombre ha buscado con persistencia un instrumento suficientemente efectivo para que a la vez proteja y agilice la circulación de sus derechos subjetivos.

Como sabemos por la historia, el proceso termina con el notario: redactor, experto en derecho, al cual se delegan los poderes del juez que anteriormente intervenían para elevar a instrumento publico los documentos elaborados por particulares.

Para poder entender la naturaleza y uso de estos poderes, debemos tener claras dos circunstancias.

La primera se refiere al hecho de que el juez, antecesor del notario, era de los que hoy en día llamamos, de jurisdicción voluntaria, los cuales solo atienden negocios de particulares donde no hay controversia, es decir donde no es necesario juzgar, ni ejecutar sentencia.

La segunda circunstancia es que dichos poderes fueron delegados con la finalidad propia de jurisdicción voluntaria, esto es, para elaborar instrumentos públicos o para intervenir en cierto tipo de sucesiones.

Por lo tanto, en otras actividades realizadas por el notario moderno, como son asesorías, proyectos, redacciones de contratos o actas de asambleas de socios o accionistas, etc., el notario no obra con poderes estatales, y por lo mismo no tiene carácter de autoridad, guarda y conserva el documento notarial.

Esta última característica, que a la vez es una de las actividades principales del notario, se lleva al cabo con un sistema, cuyas características y ventajas las estudiaremos bajo el título "principio de matricidad".

5.2 PRINCIPIO DE MATRICIDAD

1. CARACTERISTICAS.

Este sistema presupone un documento matriz, el cual puede ser reproducido. En el Notariado la matriz es denominada protocolo y las reproducciones testimonios.

Como todo documento, el protocolo tiene los elementos de material, grafía y contenido. En la actualidad, el material comúnmente utilizado es el papel, aunque en ocasiones los filmes, fotos y grabaciones de sonido, también son materiales que forma el protocolo.

2. PROTOCOLO.

En un sistema moderno de protocolo, para facilitar el movimiento notarial se utilizan folios, con la impresión del texto y la inscripción (firmas) de los interesados, pero en un breve plazo, estos folios se encuadernan, formando libros o volúmenes, los cuales son más apropiados para su control, guarda y conservación.

Este sistema denominado protocolo abierto, es más recomendable; pero en la actualidad en la República Mexicana, es más común el uso del sistema de protocolo cerrado, en el que no utilizan "folios", sino libros previamente encuadernados.

Por sus ventajas, el sistema de protocolo abierto se ha impuesto, y ya se observan movimientos legislativos para implantarlo en toda la Republica.

La característica más importante del protocolo es que, es el documento original, el cual contiene las firmas o huellas de las partes o interesados, así como el texto del negocio celebrado. Este documento lo conserva el notario, es decir no será entregado a compradores, acreedores o demás titulares de derechos subjetivos, los cuales solo tienen derecho a recibir reproducciones del documento original (testimonios).

Otra característica del protocolo es que es instrumento publico, y es consecuencia natural que el Estado, en colaboración con el notario, ejerzan un minucioso control del mismo, atendiendo mutuamente a la apertura, al cierre, a la guarda y conservación, así como a las revisiones de este documento original.

Otra consecuencia de esta característica, es que el protocolo contiene los efectos jurídicos propios de un instrumento publico a los cuales nos referimos mas adelante.

Siendo instrumento publico, es fácil concluir que el propietario del protocolo es el estado, y no el notario como persona, ni las partes que crearon el negocio jurídico documentado.

Otra característica del protocolo, es que no circula. A pesar de ser una cosa mueble, esta prácticamente inmovilizado. En efecto, en muy contadas ocasiones el protocolo, como libro o como folios, es trasladado a lugares diferentes de la notaria, en ocasión de permitir la suscripción de contadas personas. Las diligencias acordadas por autoridad competente con relación a protocolos deberán realizarse en oficina del notario o en el archivo de notarias.

Las características anteriores hacen posible que el protocolo sea a la vez documento matriz. Esto significa que todos sus elementos estén aquí reunidos, y además, que en el se encuentran incorporados la fuerza jurídica que produce los efectos del documento, a los cuales nos referiremos mas adelante; también esta matriz condiciona las reproducciones del mismo (testimonios) en la firma que mas adelante precisaremos.

3. CONTENIDO

Nuestra ley, siguiendo aquí la doctrina y la legislación española, divide los instrumentos elaborados por el notario, en escrituras y actas.

Esta división bipartita nos lleva directamente a precisar que el contenido del protocolo siempre son hechos, los cuales en ocasiones forman un negocio jurídico, en cuyo caso, estamos en presencia de escrituras publicas, terminología utilizada por la doctrina y la ley, tanto española como mexicana.

Si esos hechos no llegan a formar un negocio jurídico, como en el caso de evento o acontecimientos que puedan interesar al Derecho, estamos en presencia de actas notariales.

4. TESTIMONIOS.

Afirmábamos que el protocolo no esta destinado a circular. Esa función esta reservada a los testimonios, los cuales completan el sistema.

Los testimonios, son reproducciones del protocolo, y de el toman su texto y su fuerza jurídica. No pueden existir por si mismos. Si no hay protocolo, no hay testimonio.

Es el documento destinado a los particulares, quienes con el podrían acreditar, y hacer efectivos en su caso, los derechos subjetivos que adquirieron del negocio jurídico documentado (o del hecho, en su caso).

A diferencia con el protocolo, los particulares si son dueños de los testimonios, y por esta razón lo guardan, conservan y podrán utilizarlo como dicte su criterio.

Es el notario quien lo expide, a nombre del particular conforme al contenido de la matriz, y conforme a los derechos subjetivos que le corresponden. Desde luego, dentro de sus funciones, la autoridad tendrá el derecho de solicitar y obtener testimonios, para un fin determinado.

El notario esta facultado para expedir el numero de testimonios que requiera el negocio de que se trate, reproduciendo siempre el protocolo y atendiendo a la naturaleza del negocio o hecho documentado.

Debemos aclarar que en nuestro país, solo el primer testimonio es el que posee la fuerza ejecutiva, es decir, los segundos y ulteriores testimonios expedidos por el notario no producen e efecto jurídico, conocido como acción ejecutiva, la cual permite al acreedor, si su crédito es liquido y exigible, obtener el embargo previo con el objeto de garantizar su derecho, mientras el juicio se desarrolla.

Esta ventaja procesal es muy apreciada, ya que toma por sorpresa al deudor, impidiendo que oculte bienes, al contrario de lo que sucede en un proceso normal, el cual por su duración podría resultar ineficaz si el deudor procede de mala fe.

En caso de pérdida o destrucción del primer testimonio, el interesado deberá acudir ante el juez y obtener una orden judicial para que el notario lo reponga, con lo cual es posible recontar la fuerza ejecutiva del documento.

Al respecto, en otros países se sigue el sistema de incluir, en los testimonios que el notario estime conveniente, una cláusula ejecutiva que da derecho al titular al ejercicio de esta acción.

Este procedimiento produce una economía, pues ya no es necesario acudir al juez para obtener la orden judicial a que hicimos referencia; pero por otro lado, debemos pensar si es conveniente otorgarle esta facultad al notario.

En cambio, todo testimonio produce el efecto jurídico de prueba plena, ya sea el que fue expedido primero, segundo, tercero, etc. Sobre este punto nos extenderemos en el capítulo intitulado "Proceso Documentador".

En caso de pérdida de un testimonio, el interesado no sufre daño por lo que respecta a sus derechos subjetivos, porque podrá obtener, sin requisito alguno, un segundo testimonio. Si por las circunstancias propias del negocio, el interesado requiriera de varios testimonios, el notario está facultado para expedírselos, haciendo notar el número que le corresponda.

Este sistema matriz y copias autorizadas (testimonios) no es exclusivo del Notariado. En la actualidad lo sigue el llamado Registro Civil, el cual se encarga del estatus de las personas (nacimientos, matrimonios, etc.).

En algunas actuaciones notariales en que no sea necesario expedir testimonios, bastará con una "certificación", como en los casos de ratificación de firmas, cotejo de copias, etcétera. En estos casos, el notario se limitará a imprimir un texto con la leyenda correspondiente, en el documento donde aparecen las firmas o las copias de que se trate.

5. OBLIGACIONES PROTOCOLARIAS ABSOLUTAS

Este sistema proporciona seguridad jurídica, pero para que funcione es indispensable que toda actuación del notario conste en el protocolo, para que cuando expida un testimonio o una certificación sean reproducciones del protocolo. Este presupuesto es esencial, ya que solo así será posible realizar cotejos en caso de dudas o falsificaciones. Además permite expedir nuevos testimonios en caso de pérdida o destrucción.

Si se expide una constancia sin tomar nota en el protocolo, esto es, sin recurrir a la matriz, nos encontramos ante un tipo de Notariado que no es nuestro, el cual, por cierto corresponde al "Notary Public" americano.

El lector percibe de inmediato el peligro de falsificaciones y la dificultad de prueba, si estamos en presencia de una actuación notarial sin que esta haya hecho constar en el protocolo.

Existe cierta tendencia a expedir certificaciones sin la matriz correspondiente. Los seguidores de esta corriente argumentan la urgencia de ciertas actuaciones notariales y la escasa trascendencia del asunto en cuestión.

Esta corriente, que se conoce como actuaciones notariales extra protocolarios, va en contra de la esencia del Notariado, porque viola el principio de matricidad y como hemos visto, la seguridad jurídica es reducida prácticamente a la nada, provocándose hechos y relaciones jurídicas, que dependen exclusivamente de la "buena fe" de los interesados.

Como solución intermedia para este tipo de actuaciones notariales, se empieza a utilizar un libro de "extractos" que recuerda la "inbreviatura" de la Edad Media, para dejar constancia de la operación en forma somera y mas sencilla.

De adoptarse este sistema debe garantizarse la posibilidad de cotejo para poder comprobar falsificaciones y en caso hacer posible la reposición del documento donde se hizo constar la actuación notarial.

6. OBLIGACIONES DE GUARDA Y CONSERVACION.

Es indispensable en este sistema atender debidamente a la guarda del documento, sino a su conservación. De esta exigencia nace una obligación y la correspondiente responsabilidad; lo cual, en nuestro derecho se tutela en dos etapas.

La primera etapa que comprende los cinco primeros años es a cargo del notario, quien por lo mismo, deberá proporcionar locales apropiados con el equipo y la extensión necesarias para lograr el primer objetivo, con el orden y la seguridad que se requiere.

Para lograr el segundo objetivo, es decir, la conservación del documento, no solo se requiere local y equipo apropiado, sino además condiciones de ambiente y seguridad que garanticen la no destrucción del documento.

La segunda etapa es a cargo del Estado, el cual empieza después de los cinco años, y no tiene termino. Es decir, el Estado se encarga de la guarda y conservación del documento matriz por secula seculurom.

Para cumplir con su obligación, el Estado se organiza en oficinas adecuadas que denominamos Archivo de Notarias. Los locales deben ser apropiados, porque pasados los primeros cinco años van a recibir los protocolos de todos los notarios del área, lo que significa una fuerte cantidad de volúmenes y un suministro constante.

El director del Archivo de Notarias sustituye a cada notario de su jurisdicción, y el continuara resolviendo los problemas de cada instrumento que se presentara, como autorizaciones pendientes y expediciones de nuevos testimonios.

7. VENTAJAS.

Este sistema proporciona ventajas insustituibles, de las cuales solo mencionaremos tres, ya que en otros espacios de esta obra, irán apareciendo otras virtudes del documento notarial.

- a) La primera ventaja consiste en que se hace casi imposible una falsificación, pues el publico en general no tiene acceso al protocolo. aun las partes del negocio documentado o el requeriente solo tendrán contacto con el original, en el acto de la lectura y suscripción del documento. Las mismas autoridades solo estarán frente al protocolo en casos extraordinarios, como falsificación, cotejo de firmas etcétera.
- b) Los prejuicios causados por la destrucción o perdida del documento, son reducidos también al mínimo por las mismas razones señaladas en el punto anterior, además, se ofrece la ventaja de reponer los testimonios (copias autorizadas) con facilidad.
- c) La tercera ventaja a señalar, consiste en que el camino mas indicado para producir un documento autentico es le que nos ofrece este sistema, ya que es necesario un punto de referencia y concentración de todos los elementos que se relacionan con el negocio que se celebra, y esto solo es posible si se cuenta con una matriz.

Entendemos por documento autentico, aquel que tiene credibilidad absoluta y fuerza suficiente para hacer inmediatamente efectivos los mandatos o los

derechos subjetivos que contienen; circunstancias que solo se dan en los documentos expedidos por el Estado o por Notarios.

8. AUXILIARES

Solo resta en este capitulo referimos a ciertos elementos que complementan o auxilian al protocolo, y en este caso, nos reduciremos a mencionar solo aquellos contemplados por la Ley del Notariado del Distrito Federal.

“Por cada libro del protocolo, el notario llevara una capeta denominada “apéndice, en la que se depositaran los documentos a que se refieren las escrituras y acta, y que forman parte integral del protocolo”.

Así, nos describe la Ley del Notariado, lo que es apéndice (1er párrafo del art. 56). Este apéndice completa el sistema de protocolo al texto del negocio jurídico o a la descripción de los hechos de que se trate, sin necesidad de incluir toda aquella documentación complementaria.

El notario solo se concretara a hacer referencia en el protocolo de los documentos que “mande al apéndice”.

Sin embargo, el contenido de apéndice deberá ser reproducido, con el texto del protocolo en los testimonios en que se expidan. (art. 93)

Estas carpetas deberán encuadernarse en el plazo de seis meses (art. 58) a igual que el protocolo, el notario esta obligado a la guarda y conservación por el mismo periodo de cinco años. (Art. 59).

Como vemos, el apéndice se encuentra en el área de “encuadernación a posteriori” como el caso del protocolo abierto.

En este sistema, los folios podrán ser encuadrados conjuntamente con los documentos complementarios.

La ley impone también la obligación de llevar otro libro auxiliar que denomina índice (art. 59) el cual no tiene la trascendencia jurídica de los apéndices por la razón de que no es parte del documento notarial, y su finalidad es exclusivamente facilitar la pronta identificación de los instrumentos, ya que obliga a un registro sucinto por el sistema de orden alfabético de los nombres de las partes o de los requerientes.

5.3 PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

Las circunstancias que se reúnen en la persona del notario al ejercer potestades provenientes del Estado: poseer ciencia jurídica y a la vez ser quien elabora y conserva el documento notarial, lo colocan en una posición, desde la cual puede dar un servicio valioso al público, pero también, puede mal usar o abusar de los elementos reunidos ante su persona.

Todas estas razones apuntan hacia la imparcialidad, principio que en la institución del Notariado es indispensable y en el que se soportan varios criterios y normas jurídicas que regulan la diaria actividad del notario.

Para el estudio de este esencial principio, hemos elegido empezar con los criterios subjetivos y objetivos, que son utilizados por el Derecho Positivo. A continuación expondremos los principios de unidad y dualidad, lo que nos permitirá referirnos a la "labor social del notario". Y para terminar haremos alusión al aspecto psicológico de este principio.

CRITERIO SUBJETIVO Y OBJETIVO

Estos criterios adquieren especial interés, porque son adaptados por varias leyes del Notariado que se encuentran vigentes en varias entidades soberanas, entre las cuales se encuentran las del Distrito Federal.

El primero de ellos, el subjetivo, es expresado en el artículo 35, fracción primera de la Ley del Notariado antes mencionada, en estos términos:

"Artículo 35. - Queda prohibido a los notarios:

- 1. Actuar en los asuntos que se les encomiende, si alguna circunstancia les impide atender con imparcialidad..."**

El aspecto subjetivo de este precepto, consiste en que se ha dejado al solo criterio del notario, juzgar cuando una circunstancia es suficiente para excusarse.

Debemos recordar sobre este aspecto el rasgo de público del servicio notarial y, por lo tanto, el notario deberá apoyar su decisión de excusa sobre razones sólidas.

Siempre que se establece un criterio subjetivo, la actuación de quien lo ejerce, estará sujeta a revisión, por la autoridad correspondiente.

En esta revisión, se aplicara otro criterio, el cual será también de carácter subjetivo; y tendrá facultades para decidir, si la excusa del notario es justificada o no. En este último caso, podría presentarse una responsabilidad para el notario.

El criterio objetivo, es expresado por la fracción III del mismo artículo 35 cuyos textos son los siguientes:

“Artículo 35.- Queda prohibido a los notarios....

III. Actuar como notario en caso de que intervengan por si o en representación de tercera persona, su cónyuge, sus parientes consanguíneos o afines en línea recta sin limitación de grados, los consanguíneos en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, y los afines en la colateral hasta el segundo grado”.

El criterio objetivo, trabaja de diferente manera, pues basta que sucedan los hecho comprendidos en la norma legal, para “tipificar” la violación.

Tipificada la actuación notarial conforme a los conceptos contenidos en esta ultima fracción, automáticamente se producen las consecuencias jurídicas y en este caso concreto, no hay manera de evitarlas.

Estas consecuencias jurídicas, son tres, de extrema gravedad:

La primera de ellas, esta dirigida al documento, el cual es nulo de pleno derecho (art. 103 fracción III).

La segunda, se dirige al notario, quien en este caso “Pierde oficio” (art. 125-IV).

La tercera es la regla general del Derecho que obliga a quien ocasione darnos o perjuicios a reparar aquellos y resarcir estos.

PRINCIPIO DE UNICIDAD Y DUALIDAD

El estudio de estos dos principios es sumamente provechoso no solo nos permite entender el concepto de imparcialidad, sino que también, nos da mas luz sobre la naturaleza del Notariado. Además nos proporciona mayor cultura, la cual enriquecerá nuestro criterio, colocándonos así en mejor posición para aplicar

mejores soluciones a los casos que se representan en nuestro ejercicio profesional.

El principio de unicidad se presenta en las actuaciones de jueces y notarios, quienes por la naturaleza de su función, contemplan intereses de dos o mas partes. En la función, contemplan intereses de dos o mas partes. En la labor judicial, estos intereses están contrapuestos; no hay un consenso entre las partes y frecuentemente hay controversia. En el campo notarial, también se da el caso de dos o mas partes con intereses, si no controvertidos, si diferentes.

El principio de unicidad consiste en que, tanto en el área judicial como en la notarial existe un solo personaje para atender a dos o mas partes.

Como se comprenderá, el juez y el notario, deberán proteger y velar por los legítimos intereses de cada parte, sin inclinarse u olvidarse de una de ellas.

Como vemos, la imparcialidad en la actuación tanto del juez como del notario es imprescindible, es una condición sine quam none, para hacer justicia.

El principio de dualidad es propio del ejercicio profesional de abogados, litigantes, donde cada parte es representada y asesorada por un abogado distinto, Así en un juicio observamos con frecuencia que cada parte procesal dispone de los servicios de su propio abogado.

DEBER SOCIAL DEL NOTARIADO.

Preocupación doctrinal es resolver como puede ejercer el notario su deber de imparcialidad en algunas situaciones, que se presentan en el mundo moderno.

Para ilustrar estas ideas seleccionamos dos casos tomados de la realidad mexicana.

- a) El primer caso, es cuando una de las partes, que llamaremos "poderosa", posee riquezas, cultura, capacidad negociadora, asesoramiento; y la otra parte, que para estos efectos podríamos calificarla de "débil", carece de todas estas circunstancias, es decir, es pobre, inculta y no tiene capacidad negociadora.

Esta situación puede presentar todavía una agravante mas, y es el caso cuando la parte "poderosa" resulta ser cliente habitual y de gran importancia para el notario.

- b) El segundo caso se presenta en los contratos denominados de "adhesión", esto es cuando en la redacción interviene una de las partes, y la otra se adhiere al texto.

Este fenómeno es usual en el mundo moderno, donde se celebran a diario múltiples operaciones del mismo tipo, las cuales demandan el mismo texto.

Estos textos son ya producto de la experiencia y han sido ampliamente explorados. Además, la operaciones en el mundo moderno requieren de una rapidez mayor, lo cual puede solucionarse con "contratos prefabricados".

Bancos, financieras, compañías de seguro, etcétera, recurren a este tipo de contratos, y en la actualidad dejaron de ser una novedad y están incorporados a nuestra rutina.

En las situaciones mencionadas salta inmediatamente la pregunta ¿existe libre juego de consentimiento? ¿Hubo realmente expresión de voluntad por lo que se refiere a la parte débil? ¿Son contratos afectados por lesión, y por lo mismo están viciados de nulidad?

Es claro que el redactor único, en un contrato, tendrá una inclinación a proteger sus propios intereses y también a otorgar el menor número posible de concesiones a la otra parte.

También está claro que en este tipo de situaciones, se puede llegar a la injusticia.

Sin embargo, existen múltiples factores que tienden a equilibrar este tipo de relaciones.

En primer término, la parte poderosa no está sola: tiene competencia. En efecto, en una comunidad con cierto nivel de desarrollo encontramos varias "partes poderosas" que prestan el mismo servicio, llámense bancos, financieras, compañías de seguros, etcétera.

Ello ocasiona la necesidad de disminuir sus pretensiones por exigencia de un mercado sujeto a competencia.

Otro factor, es la intervención del Estado, revisando y aprobando esos contratos de adhesión, estableciendo topes en la contratación, concediendo derechos específicos a la parte débil, y de hecho así lo hace. Prueba de ello son instituciones como la Comisión Nacional de Seguros, la Procuraduría del Consumidor, Comisiones Nacionales Bancarias, etcétera.

El notario también es otro factor, que puede servir para equilibrar esta relación jurídica.

¿Cómo debe actuar el notario en las circunstancias que hemos planteado?

El notario deberá explicar a cada una de las partes el valor y las consecuencias jurídicas de la operación que celebran, lo que proporciona al

notario una magnífica ocasión para prestar asesoramiento jurídico a la "parte débil", cuando de esto carezca.

También es magnífica ocasión para indicar al interesado donde recurrir para hacer valer sus derechos (Procuraduría del Consumidor, Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, etc.)

Ya en casos extremos, el notario podría denunciar la injusticia que se pretende cometer.

Y por último, en casos también extremos, el notario deberá excusarse.

La doctrina empieza a hablar de la "labor social del Notario"; en atención al principio de imparcialidad y de los dos casos puestos de ejemplos extraídos de la realidad mexicana, vemos como las ocasiones se presentan para realizar una efectiva labor social en el ejercicio profesional.

El notario debe estar consciente de esto; y el Estado debe recoger esta doctrina y emitir normas jurídicas que encaminen y fomenten esta labor.

ASPECTO PSICOLOGICO DE LA IMPARCIALIDAD.

Para terminar, creemos completa y elocuente la definición de Manuel González Enríquez:

"Creo que se puede definir la imparcialidad en el caso del notario, como la actuación correspondiente a una actitud psicológica, que no toma partido por ninguna razón, en los conflictos de intereses, en cuyo ámbito ha de desenvolverse la actuación profesional."

La parte psicológica de la función notarial, que se presenta con claridad en la necesidad de juzgar con imparcialidad, nos lleva al interior de la persona que desee ejercer esta función.

Es necesario constatar su formación moral, como también es necesario cerciorarse de si el aspirante a notario ha adquirido virtudes indispensables para el ejercicio de esta profesión, como son la honradez y el sentido de justicia.

CAPITULO VI

EL INSTRUMENTO NOTARIAL

6.1 LA ESCRITURA PUBLICA

- a) **DEFINICION:** La Escritura Publica, es el documento original, asentado en el protocolo por medio de la cual se hace constar un acto jurídico y que lleva la firma y sello de autorizar del Notario.

El Notario, para determinar e contenido, lenguaje y formulas de estilo al elaborar una escritura, debe tener en cuenta las disposiciones aplicables de la Ley del Notariado, del Código Civil y así como de otras leyes.

- b) **PROEMIO:** El proemio es, la parte que algunos autores denominan cabeza de escritura, es en la cual se hace una especie de introducción, se determinan los elementos del acto jurídico o contrato.

Forman parte del proemio, el señalamiento del lugar, el cual al determinarse, hace referencia al lugar de otorgamiento del instrumento, lugar de cumplimiento de las obligaciones consignadas en la escritura y lugar de la legislación aplicable.

Lugar de otorgamiento del instrumento:

Se desprende de este dato el ámbito de la jurisdicción del Notario, que comprende un doble aspecto, la jurisdicción de la actuación notarial y el lugar de ubicación de la notaria. El notario no puede ejercer sus funciones fuera de los

limites del territorio que le corresponda; la jurisdicción del Notario en los Estados de la república, puede abarcar todo el Estado o estar circunscrita a uno o varios municipios. Si actúa fuera de los limites de su jurisdicción el instrumento autorizado estará afectado de nulidad relativa.

Lugar de Cumplimiento de las obligaciones consignadas en la escritura:

Generalmente el lugar de cumplimiento de las obligaciones es el domicilio de los contratantes, salvo que hayan renunciado a el, lo cual debe establecerse en las generales de la escritura.

Lugar de la Legislación aplicable a la forma notarial.

Respecto a este, nuestras Leyes siguen en la mas de las veces el principio *Locus Regit Actum*, esto es, que se aplicara la Ley vigente en el lugar en que pase el acto; así es necesario cubrir los requisitos establecidos por la ley del lugar en que se realiza el acto.

Otro elemento importante del proemio, lo es la fecha y esta puede ser, la fecha del instrumento, fecha de firma, fecha de autorización preventiva, fecha de autorización definitiva.

En este segmento se mencionan también los nombres de las personas que intervienen en el acto, esto es el notario, sujetos, partes, otorgantes, concurrentes y comparecientes.

Por ultimo, se contiene también la calificación del contenido del instrumento. Calificar significa dar un nombre, pero sobre todo determinar que acto jurídico desean llevar a cabo las partes.

c) ANTECEDENTES:

Esta es la parte en donde se relacionan y describen los bienes objeto del contrato y por consiguiente, los títulos que dieron origen al derecho del enajenante. Se describirán en ellos las características del bien materia del contrato, tanto en aspecto jurídico como en el físico. Desde el punto de vista jurídico tendrá que examinarse quien es la persona capacitada para enajenar; que gravámenes y limitaciones de dominio tiene el bien mueble o inmueble de que se trate, su inscripción y situación en el Registro Publico de la Propiedad y toda la demás información que muestre claramente el estado jurídico de la finca. Se incluyen también la clasificación de si se trata de un bien mueble o inmueble, fungible o no fungible, alienable o inalienable, etcétera.

d) CLAUSULADO:

Las cláusulas constituyen la parte formal mas importante de la escritura. El clausulado del contrato es el elemento medular del mismo, en el se concreta el objeto, se especifica lo que las partes desean y se establece la finalidad económica del contrato, así como se satisfacen las necesidades jurídicas de los contratantes. Aquí se determina la expresión del consentimiento que recae sobre el objeto del contrato. En la redacción de las cláusulas, el notario debe satisfacer los aspectos gramaticales y el jurídico, así como se debe realizar con la ortografía y sintaxis propias del castellano y utilizar las expresiones adecuadas a este idioma.

Respecto a las cláusulas, existen las esenciales, naturales, accidentales, de estilo y las que se imponen al contrato como irrenunciables.

e) REPRESENTACION:

Siendo esta una institución de frecuente uso en la practica notaria, existe dentro del instrumento publico de especie escritura, una parte especial para su inserción. Existe la representación voluntaria, que se da por medio del

otorgamiento de un poder y de un mandato, y la representación legal, como en el caso del albaceazgo, de la tutela, la curatela, etc.

El notario al aceptar la actuación de un representante, tiene que analizar los documentos que la acrediten y si las facultades otorgadas a este son suficientes.

f) GENERALES:

El apartado en donde se asientan las generales que comprenden algunos de los atributos de la personalidad constituye la parte que la Ley del Notariado requiere para el establecimiento de una serie de datos de quienes intervienen en una escritura.

En las generales, se indican: los nombres y apellidos, que hacen la función de individualizar y distinguir a la persona, la fecha de nacimiento, que permite determinar si el compareciente es mayor o menor de edad y por consiguiente si tiene o no capacidad para otorgar un acto y comparecer ante el notario; el estado civil, que es la situación de una persona en relación con su familia, el estado civil, que tiene relevancia notarial entre otras razones, por el poder de disposición de los bienes, el lugar de origen, que constituye también un dato más para distinguir a una persona de otra, sobre todo en caso de homónimos; la nacionalidad, que siendo el vínculo jurídico político que relaciona a la persona con el Estado, es importante para determinar en nuestro país si se encuentra o no afectado por las limitaciones y prohibiciones que a los extranjeros establece para la adquisición de bienes inmuebles, acciones o derechos, la ocupación, considerando como elemento de identificación de la persona determina si tiene o no capacidad para realizar el acto de que se trata; el domicilio, que sirve para determinar la competencia judicial, fiscal, administrativa.

g) CERTIFICACIONES:

En la certificación, el notario concretiza su función como fedatario, al certificar formula un juicio de certeza que se impondrá a los demás

El notario certifica:

-Que se aseguro de la identidad de los otrogantes, y aun a su juicio, tienen capacidad legal.

-Que les fue leída la escritura a los otorgantes, a los testigos e interpretes, en su caso, o que la leyeron por ellos mismos.

-Que explico a los otrogantes el valor y las consecuencias legales del contenido de la escritura, cuando así proceda.

-Que otorgaron la escritura los comparecientes mediante la manifestación ante el Notario de su conformidad, así como mediante su firma, o en caso, que no lo firmaron por haber declarado no saber o no poder hacerlo. En substitución del otrogante que se encuentre en cualquiera de estos casos, firmara la persona que al efecto elija.

-La fecha o fechas en que se firme la escritura por los otorgantes o por la persona o personas elegidas por ellas, y por los testigos e interpretes si los hubiere.

-Los hechos que presencie el notario y que sean integrantes del acto que autorice, como entrega de dinero o de títulos y otros.

h) AUTORIZACION:

La autorización de la escritura es el acto de autoridad del notario que convierte al documento en autentico, quien ejerce sus facultades como fedatario publico, da eficacia jurídica al acto de que se trate, permite en el caso de un hecho, que las circunstancias asentadas produzcan los efectos de prueba plena. Las autorizaciones que se contiene en una escritura pueden ser dos:

-Autorización definitiva, que hace el notario cuando la escritura ha sido firmada por todos los interesados, y trae como consecuencia que la forma material surja, pudiendo ser exigibles los derechos y obligaciones que contiene. Con esta

autorización se genera el crédito fiscal y empiezan a correr los términos para la liquidación y pago de los impuestos.

-Autorización definitiva, que hace el notario una vez que se han sido satisfechas todas las obligaciones entre las partes, se han perfeccionado.

Respecto a las formalidades de la autorización, con relación a la primera, debe esta hacerse al pie de la escritura en el protocolo. El procedimiento de autorización depende de la especie, se es preventiva o definitiva.

6.2 EL ACTA NOTARIAL.

a) DEFINICION.

Acta Notarial, es le instrumento original que el notario asienta en el protocolo para hacer constar un hecho jurídico y que tiene la firma y el sello del notario.

La anterior definición, se encuentra contenida en el artículo 58 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal y en la Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, no se menciona expresamente, mas tácitamente se hace referencia a ella al describir en los diversos artículos de los que regulan lo relativo a los instrumentos públicos, las características que deberán reunir estos, siendo las formalidades externas a las que deben sujetarse, conforme a dicho ordenamiento, las siguientes:

Todas las actas se asentaran en el protocolo. Los preceptos del punto anterior, relativo a la formalidad externa de las escrituras, serán aplicables a las actas notariales en cuanto sean compatibles con la naturaleza del hecho que sea materia del acta.

b) CLASIFICACION.

Las actas han sido motivo de clasificación doctrinal y legislativa, por eso tomando en cuenta, los hechos que debe consignar el notario en actas, es factible clasificarlas aun y cuando la referida ley, no haga una clasificación de acuerdo a su contenido, siendo los siguientes:

- a) Notificaciones, interpelaciones, requerimientos, protestos de documentos mercantiles y otras diligencias en las que deba intervenir el notario según las leyes.
- b) La existencia, identidad, capacidad legal, y comprobación de firmas de personas conocidas por el notario.
- c) Hechos materiales, como deterioros en una finca y la construcción de otra en terreno contiguo o próximo a la primera.
- d) Cotejo de documentos.
- e) Protocolización de documentos, planos, fotografías, etc.

En las actas relativas a los hechos a que se refiere el inciso a), se observara lo establecido en el artículo 34 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, con las modificaciones que a continuación se expresan:

- a) Bastara con mencionar el nombre y apellido de la persona con quien se practique la diligencia, son necesidad de agregar sus demás generales.
- b) Si no quisiere oír lectura del acta, manifestare su inconformidad en ella o se rehusare a firmar, así lo hará constar el notario, sin que sea necesario la intervención de testigos.
- c) El interprete será elegido por el notario, sin perjuicio de que el interesado pueda nombrar otro por su parte.
- d) El notario autorizara el acta, aun cuando no haya sido firmada por el interesado. En los casos de protesto, no será necesario que el notario conozca a la persona con quien se entiende. La policía prestara a los notarios el auxilio que se requiera para llevar a cabo las diligencias que

aquellos deban practicar, conforme a la ley, cuando e les oponga resistencia o se use o pueda usar violencia en contra de los mismos.

Las notificaciones que la ley permita hacer por medio del notario, o que estén expresamente reservadas a otros funcionarios, podrá hacerlas el notario por medio de instructivo que contenga la relación suscita del objeto de la notificación, siempre que a la primera busca no se encuentre a la persona que deba ser notificada, pero cerciorándose previamente de que dicha persona tiene su domicilio en la casa donde se le busca y haciéndose constar en el acta el nombre de la persona que recibe el instructivo.

En los que se refiere a la comprobación de firma, esta figurara no solo en el acta sino en los testimonios o certificaciones que de ella se expidan, y en todos estos documentos el notario hará constar que ante el se pusieron las firmas y que conoce a la persona que las puso.

Tratándose de cotejo de una copia de partida parroquial con su original, en el acta se insertara aquella, y el notario hará constar que concuerda con su original exactamente, o especificara las diferencias que hubiere encontrado. En la copia de la partida hará constar el notario que fue cotejada con su original y el resultado del cotejo.

Cuando se trate del cotejo de un documento con su copia ortográfica o fotostática, se presentara ambos al notario, quien en el acta hará constar que la copia es fiel reproducción del documento; el cual devolverá al interesado, y la repetida copia la agregara al apéndice del acta. Al testimonio respectivo se agregara otra copia igual a la protocolizada.

En las actas de protocolización hará constar el notario que el documento o las diligencias judiciales, cuya naturaleza indicara, los agregara al apéndice, en el legajo marcado por el numero del acta y bajo la letra que le corresponda. No se

podrá protocolizar el documento cuyo contenido sea contrario a las leyes de orden publico o las buenas costumbres.

Con relación a las actas notariales e articulo 46 de la Ley del Notariado para el Estado de Guanajuato, determina que las consignadas en los libros del Notario, solamente podrán mostrarse a quienes hubieren intervenido en ellas o justifiquen representar sus derechos, y con respecto a las actas de protocolización establece el articulo 64 de la referida Ley, que estas contendrán un resumen del negocio a que se refiere y de los documentos que se protocolizan, expresando el numero de hojas que contengan y el numero y folio bajo los cuales quedan agregados al Apéndice.

c) ESTRUCTURA:

En términos generales la estructura y el sistema de relación del acta notarial, son los mismos de las escritura publica: Proemio, antecedentes, representación, generales, certificación, autorización. A diferencia de las escrituras no existen cláusulas, pues no hay otorgamiento de voluntad.

Las actas notariales se redactan en forma distinta una de las otras, cada una tiene características propias, por lo tanto, es difícil dar ejemplos de redacción, sin embargo, a continuación describo algunas de las partes que pudieran ser la estructura de un acta.

PROEMIO: En el se menciona el lugar, la fecha, el nombre y numero del notario, así como el del compareciente o solicitante y la calificación del acta. A diferencia de las escrituras publicas, la fecha lugar tiene que ser mas precisos, pues por ejemplo en un requerimiento, debe asentarse el lugar exacto donde se llevo a cabo la diligencia y no solo la fecha, sino también la hora. En cuanto a la calificación del acta, es conveniente establecerla siempre en el proemio y

especificar si se trata de una protocolización, de una fe de hechos, de un cotejo etc.

ANTECEDENTES: En las actas se relacionan todos los hechos que dieron motivo a la comparecencia ante notario.

Como se menciona antes, el notario no actúa de oficio, sino debido a la rogatio, lo cual debe relacionarse en los antecedentes. Así mismo, si se trata de una protocolización de acta de asamblea, se tendrá que relacionar el dato del registro del libro donde se encuentra asentada. Si se trata de una asamblea extraordinaria, el permiso correspondiente de la Secretaría de Relaciones Exteriores será transcrito en esta parte del acta, y así, según el caso.

REPRESENTACION: En algunas actas el solicitante de la actuación notarial lo hace en representación o interés de una persona física o moral, por lo tanto, tendrá que acreditar su carácter de representante con los documentos adecuados.

GENERALES. Al igual que en la escritura pública, el solicitante declarara sus generales. Sin embargo, tratándose de notificaciones, interpelaciones, requerimientos, protestos de documentos mercantiles y otras diligencias, basta mencionar el nombre y apellidos sin necesidad de agregar sus demás generales.

CERTIFICACIONES: El notario al extender un acta certifica la verdad de los hechos relacionados, que conoce a los comparecientes o que los identifico con determinados documentos; que lo inserto y relacionado concuerda con sus originales, que les leyó el acta y les hizo las explicaciones necesarias; y quienes firmaron y quienes se negaron a hacerlo.

AUTORIZACION: La autorización del acta así como la de la escritura, es el acto de autoridad de su autor. El notario para que tenga plena validez, la autoriza con su sello y firma. En algunos casos se requiere la firma de los comparecientes. Cuando se trata de notificaciones, Interpelaciones, requerimientos, protestos de

documentos mercantiles y otras diligencias en las que pueda intervenir el notario, podrán autorizarse definitivamente aun cuando no hayan sido firmadas por las partes.

d) LIMITACIONES DEL NOTARIO EN MATERIA DE ACTAS.

La actividad del notario en la elaboración de las actas, tiene tres limitaciones:

- 1ª. Que su actuación no vaya en contra de las leyes de orden publico ni las buenas costumbres.**
- 2ª. Que no intervenga, para dar fe, en los hechos que por ley correspondan exclusiva y excluyentemente a otro funcionario. En ocasiones la actuación notarial es concurrente a los juicios de jurisdicción Voluntaria;**
- 3ª El notario en su actuación y en la elaboración de las actas debe ser imparcial.**

Por otro lado, el notario en un afán de ingresos, se responsabiliza a patrocinar asuntos contenciosos que lo convierten en Juez y parte, distrayéndolo de su ocupación de fedatario.

También puede suceder que encontrándose comprometido por lazos de amistad o parentesco, lo compulsen a actuar parcialmente. La imparcialidad en si, esta integrada por muchos deberes notariales. En vía de profilaxis como un medio preventivo, el legislador trata de preservar a notario de todo vinculo de parcialidad. Cuando el notario actúa debe hacerlo libre de cualquier nexo que le impida aconsejar a las partes o redactar los instrumentos con intereses distintos a los que la equidad y seguridad jurídica. Cuando se comparece ante un notario para solicitar la prestación de un servicio. Se esta convencido de que el fedatario va actuar imparcialmente protegiendo los intereses de las partes,

En la elaboración de las actas el notario debe abstenerse de asesorar al solicitante y tomar como propio e asunto que se le encomienda.

Fuera de las anteriores limitaciones, el notario puede dar fe de "toda clase de hechos, abstenciones, estados y situaciones que guarden las personas y cosas que puedan ser apreciadas objetivamente".

6.3 DIFERENCIAS ENTRE DOCUMENTOS JUDICIALES, ADMINISTRATIVOS Y NOTARIALES.

a) DOCUMENTOS JUDICIALES.

Cualquiera de las resoluciones de los jueces o magistrados en las jurisdicciones contenciosa o voluntaria, sentencias, autos y providencias. Los que forman parte de unos autos, aun providencias. Los que forman parte de unos autos, aun provenientes de una parte y a terceros. Citaciones, emplazamientos, notificaciones, adictos. Las diversas formas documentales de relaciones jerárquicas y con otras jurisdicciones o autoridades. Suplicatorios, exhortos, mandamientos, cartas, ordenes, despachos y oficios diversos. A los efectos del registro de la propiedad, los que cumplen la función de titularidad que en los actos y contratos inscritos o inscribibles se requiere.

b) DOCUMENTOS NOTARIALES.

Hablemos aquí de los instrumentos notariales, aquellos elaborados por el notario dentro de los cuales como se han analizado en los puntos anteriores, se contemplan las escrituras y las actas mismas que son asentadas en el protocolo. Con respecto a las certificaciones de documentos que los interesados solicitan al notario, estos por su calidad no pueden considerarse elaborados por el, sino únicamente presentados ante el y cotejados por el propio notario para asentar la correspondiente razón en las copias tomadas de ello.

CAPITULO VII

ELEMENTOS FORMALES EN FOLIO DE PROTOCOLO ABIERTO

7.1 PROLIFERACION DE TERMINOS.

Con relación a documento Notarial dos son las causas que pueden dar origen a su impugnación, y según el caso también son distintos los medios que el Derecho Positivo ha previsto para obtenerlo. Si existen vicios en su formación atribuibles al autor o por derecho de forma, la acción que surge es la nulidad. Sin embargo, existe alteración verdad, hay lugar a la falsedad, que será ideológica o material, según se trate del contenido o de la autenticidad externa.

El documento Notarial no es un acto jurídico en si mismo, sino el resultado de un acto. Existen en el documento Notarial "nulidades de fondo" que afectan directamente al acto, y "formales" por virtud de un vicio del documento que proyecta sus consecuencias en el documento y de modo indirecto al acto.

El documento Notarial es una forma jurídica, pero se realiza por un acto de voluntad de la gente, y de consecuencia puede tener tantos defectos como defectos tenga la voluntad de una sujeto del negocio, pudiendo afectar más o menos seriamente la validez del documento.

Las nulidades pueden provenir de vicios que afectan al Notario o a los requisitos de forma.

Para determinar el concepto de documento anulable o nulo y de nulidad absoluta o relativa, es necesario examinar el sistema de nulidades instituido por el

Código Civil para los actos jurídicos. Posteriormente analizaremos las nulidades previstas por la Ley del Notariado del D.F.

Afirma José Antonio Márquez González: "Es confuso el panorama que la doctrina presenta cuando se intenta estudiar el sistema general de las nulidades o de las ineficacias. Y es que el problema surge precisamente a partir de la propia determinación que se confiere a la materia misma y a los elementos que conforman el problema en estudio así, cuando se trata por ejemplo del fenómeno en general, se habla lo mismo ineficacia que de nulidad, de invalidez y hasta de irregularidad o anormalidad¹².

7.2 INVALIDEZ E INEFICACIA.

El término preciso para englobar la nulidad y la anulabilidad es el de invalidez. Hay que establecer la diferencia que existe entre invalidez e ineficacia. La ineficacia es un concepto genérico, y la invalidez es una especie. Pueden ser confundidas e identificadas porque producen mismos efectos.

Por invalidez se entiende que el acto (o documento) se halla impedido de producir sus efectos propios en todo o en parte por fallarle o estar viciado alguno de los elementos o requisitos esenciales.

Hay supuestos de ineficacia que no provienen de estos vicios, sino del no cumplimiento de una condición a la que se subordinó el negocio.

Las causas de invalidez son:

- a) La nulidad.
- b) La nulidad.

¹² Márquez González, José Antonio. Teoría General de las Nulidades, Porrúa, S.A., México, 1996, p3

Afirma Carlos A. Pelosi que: "En el documento notarial no hallaremos el que sea ineficaz sino solamente el inválido. Con latitud de criterio podría decirse que se opera la ineficacia de los documentos válidos cuando hay falsedad material por alteración"¹³.

7.3 LA INEXISTENCIA Y NULIDAD DE LOS NEGOCIOS Y ACTOS JURIDICOS.

El acto inexistente nació en Francia. Fue un fruto del genio francés, donde tuvo sus continuadores, y también sus impugnadores. Algunos Códigos como el nuestro, siguen la Tesis Clásica de la doctrina francesa, distinguiendo entre inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa, por lo que citaremos a Bonnecase, que muy claramente sintetiza en su tesis profesional Laura Beatriz Cabrera¹⁴.

7.3.1 REQUISITOS DE EXISTENCIA.

Los tratadistas señalan como tales: el consentimiento, el objetivo, la solemnidad, y la forma (Art. 1794 del CCDF).

EL CONSENTIMIENTO, implica la voluntad de querer hacer algo, esta acto del querer debe manifestarse y exteriorizarse. Esta manifestación de la voluntad puede ser expresa o tácita.

Es expresa cuando a través de signo inequívoco o símbolos se da a entender y queda claramente establecido lo que se pretende o quiere.

Es tácita, cuando por actos que se ejecutan, se infiere o deduce que es lo que se pretende o quiere.

¹³ Pelosi A. Carlos, El Documento Notarial. Edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1980, p37

¹⁴ Guiza Cabrera Laura Beatriz, Aspectos Jurídicos y éticos de la fecundación in vitro, en el caso de alquiler de matriz y sus consecuencias de filiación y sucesorias, Celaya Gto., 1995, p37

La manifestación del conocimiento debe ser de manera voluntaria y debe carecer de vicios de voluntad.

EL OBJETO, del acto jurídico puede ser directo o indirecto.

El Objeto del acto jurídico consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

El objeto indirecto consiste propiamente en que la cosa o el hecho materia del acto jurídico debe ser jurídicamente posible.

LA SOLEMNIDAD, no es otra cosa mas que el empleo de determinada formula, o el pronunciamiento de ciertas palabras, o en la celebración de ciertos actos ante los funcionarios que señala la ley, o ambas cosas. Vgr: El matrimonio civil ante el funcionario que señala la ley, el cual pronuncia ciertas palabras propias del acto.

LA NORMA, esto es la existencia del dispositivo legal necesario para sancionar efectos deseados por el autor del acto.

7.3.2 REQUISITOS DE VALIDEZ.

Se puede señalar como tales: la lisisitud, la ausencia de vicios de voluntad; la capacidad y la formalidad.

LA LICITUD, debe entenderse por tal lo que esta sujeto a derecho, lo que es conforme a la ley, lo que no es contrario a la ley ni a las buenas costumbres.

AUSENCIA DE VICIOS DE LA VOLUNTAD, o sea que la voluntad debe ser manifestada libre y espontáneamente sin que esta se vea afectada de error, dolor violencia o lesión.

EL ERROR, es un estado subjetivo que esta en desacuerdo con la realidad (creencia contraria a la realidad), es una falsa apreciación de la realidad

EL DOLO, es toda sugestión o artificio que utiliza un sujeto para inducir al error a otro o mantenerlo en el.

LA VIOLENCIA, implica el uso de la fuerza física o amenazas que impliquen poner en peligro la vida, la honra, la libertad, la salud o los bienes de una persona para obligarla a ejecutar un acto jurídico. (la violencia puede ser física o moral).

LA LESION, implica la existencia de una desproporción in equitativa entre las prestaciones reciprocas de las partes, susceptibles de causar una de ellas daño o perjuicio, enajenación al cual y a su origen, esta queda legalmente autorizada para reclamar la rescisión.

LA CAPACIDAD, es la aptitud que tiene una persona para adquirir un derecho, o para ejercerlo o para disfrutarlo o para cumplir sus obligaciones, o para celebrar un acto jurídico, etc.

LA FORMALIDAD, son requisitos que deben observarse en cuanto a la forma, y que se exigen para la validez de un acto jurídico, Vgr: Que el acto pueda hacerse en escrito privado, o que deba hacerse en escritura publica.

7.3.3 LA EXISTENCIA DEL ACTO JURIDICO (ARTS, 2224, 2225, DEL C.C.D.F.)

Cuando falta alguno de los elementos o requisitos de existencia, el acto jurídico es inexistente, es la nada en derecho, el acto no nace.

La existencia se produce por:

- a) Falta de consentimiento.
- b) Falta de objeto.
- c) Falta de solemnidad.

Las consecuencias de la inexistencia.

- a) Que el acto no produce efectos.
- b) El acto no se puede valer ni por prescripción.

Ni por confirmación (ratificación expresa que haga el autor de un acto ilícito, pretendiendo alegar su realización o validez. Vgr: Tratándose de un juego prohibido, no puede exigirse el cumplimiento del mismo en caso de que alguno de los que intervinieron hubiere ganado)

- c) La puede invocar cualquier interesado.

7.3.4 LA UNIDAD DEL ACTO JURIDICO (ARS. 2226 AL 2242 DEL C.C.D.F.)

Cuando el acto jurídico carece de alguno de los requisitos de validez, el acto es nulo.

Existen dos clases de nulidad, la nulidad absoluta y la nulidad relativa o anulabilidad.

La nulidad relativa o anulabilidad se da cuando hay una imperfección en el acto, pero esta puede subsanarse la nulidad absoluta se presenta cuando el acto es contrario a la de la ley.

7.3.5 LA NULIDAD ABSOLUTA.

La nulidad absoluta se puede producir por:

- a) Ilícitud en el objeto.
- b) Ilícitud en el fin.
- c) Ilícitud en la condición.

7.3.6 CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD ABSOLUTA.

- a) Los efectos del acto se producen provisionalmente, y duran únicamente en tanto que el juez pronuncie la sentencia de la nulidad, pues para que la nulidad se produzca es necesario sentencia que la declare.
- b) Cualquier interesado puede invocarla, esto es pedir que sea declarada.
- c) El acto no es válido por confirmación, no por prescripción. (Entiéndase por confirmación la ratificación expresa o tácita de los autores del acto lícito).

7.3.7 LA NULIDAD RELATIVA (ANULABILIDAD)

Esta se puede producir por:

- a) Existencia de algún vicio de consentimiento.
- b) Por falta de capacidad.
- c) Por falta de formalidad.

7.3.8 CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD RELATIVA.

- a) Los efectos se producen provisionalmente.
- b) Puede confirmarse (ratificarse por el autor o autores del acto).
- c) Solo el interesado puede invocarla.
- d) Se necesita sentencia que la declare.

7.4 LA NULIDAD DEL INSTRUMENTO NOTARIAL

Tanto la doctrina mexicana como la del notariado latino esta dividida en materia de nulidades en dos corrientes:

- a) Las nulidades de los acto jurídicos deberán contenerse en los Códigos Civiles y las nulidades de los instrumentos notariales, deben contenerse en las leyes del notario.
- b) Las nulidades de los actos jurídicos, producen la nulidad del instrumento notarial, pues invalidándose lo principal lo accesorio sigue la misma suerte, por lo tanto no deben contenerse en las leyes notariales de muchos Estados de la Republica, como la nueva de Guanajuato, que no contempla las causas de nulidad del instrumento notarial.

7.5 NULIDAD TOTAL Y PARCIAL.

En los actos jurídicos se distingue la nulidad total de la parcial, según que el vicio se extienda a todo el acto o parte del mismo. Esto es posible cuando del acto pueda dividirse sin que se destruya la esencia del conjunto.

La nulidad formal siempre total. El documento es considerado como una unidad y si esta viciado alguno de sus elementos o requisitos, la invalidez afecta a todo el documento sin poder rescatarse partes validas.

El único caso de nulidad parcial, que establece la Ley del Notariado para el D.F. es la prevista en el articulo 99 que dice "Las correcciones no salvadas en las escrituras, actas o testimonios, se tendrán por no hechas". Esta clase de nulidad

se da cuando existen adiciones enterrrenglonadas y palabras testadas que no se salvan al fin del instrumento.

7.6 LAS NULIDADES DEL INSTRUMENTO NOTARIAL EN LA LEY DEL NOTARIO DEL D.F.

Como señalamos anteriormente, es muy difícil prever en la ley del notariado las causas de nulidad del instrumento notarial y considero que no tiene sentido que se contengan, pues basta con que la legislación civil sustantiva se contengan las nulidades de los actos jurídicos, pues la declaración de nulidad o inexistencia del acto jurídico, y también lo será del instrumento notarial.

Seguramente la Ley del Notariado del D.F. enumera las causas de nulidad del instrumento notarial (Art. 103). Para ilustrar y orientar a los Notarios en su diario quehacer, a fin de que eviten incurrir en irregularidades que invaliden el instrumento, pues la actividad del notario tiene como finalidad proporcionar seguridad jurídica y no incertidumbre y confusión.

En el XXI Congreso Internacional del Notariado latino se afirmó: "Tosa vez que la escritura como continente y el acto contenido son diversos, la nulidad de una escritura o de sus testimonios no necesariamente acarreará la del acto."¹⁵

La nulidad de la escritura solo podrá ser declarada por las causas tizadas que considera la Ley Notarial y que consisten principalmente en la falta de capacidad en el fedante, falta de otorgamiento y redacción en idioma extranjero.

Si el acto contenido en la escritura es de naturaleza solemne, la nulidad de la primera traerá como consecuencia la inexistencia de este, por falta de forma.

Si el acto contenido en la escritura es formal, la nulidad de la escritura acarreará la nulidad del acto, y cualquiera de las partes tendrá la acción "pro forma" para un nuevo otorgamiento.

Por ultimo, si se acudió al instrumento exclusivamente para efectos probatorios del acto, la nulidad de este no tendrá consecuencias en la validez del mismo solamente en su demostración, que podrá hacerse por cualquier otro medio.

7.7 CONVALIDACION.

Si el documento notarial carece de visión instrumentales pero esta firmado por las partes, vale como instrumento privado.

La mayoría de las nulidades que señala la Ley notarial del Distrito Federal, son nulidades relativas, que pueden convalidarse, suprimiendo los vicios, extendiendo una nueva escritura (Art. 77).

En este sentido se expresa Carlos Emerito Gonzáles, citado por Carlos A. Pelosi: "En las dos obras que se le conocen, incluye un cuadro de las nulidades que el llama anormalidades como antes se ha dicho, y considera a unos nulos y a otros anulables, pero en todos los casos establece que es confirmable, salvo los casos de falta de firma de los otorgantes o de la firma a ruego, y de la autorización por el Notario. De donde se sigue que todas las demás son consideradas por el nulidades relativas y ello obedece sin duda a su pensamiento de que la sanción debe crear sobre el autorizante y no sobre el instrumento".¹⁶

¹⁵ Horst Hellge Dr. XXI Congreso Internacional del Notariado Latino. Asociacion Nacional del Notariado Mexicano, A.C. Berlin Alemania, 1995. P. 114.

¹⁶ Pelosi Carlo A. Op. Cit.

En el título anterior hicimos un breve análisis de la teoría de las nulidades, no lo hicimos profundo por no ser materia de esta tesis, basta decir que el error de hecho, el error en la persona en la sustancia del acto, en las cosas materia de contrato, el dolo, la mala fe, la violencia, etc. Son causas de nulidad, no solo de instrumento en si mismo, sino del contrato que contiene.

El consentimiento de los comparecientes no es suficiente, siendo este elemento común a todos los actos y contratos, ya que deben reunir otras condiciones:

- a) La intervención completa del notario.
- b) La capacidad de autorización del fedatario en proceso de formación-
- c) Observancia de las formas legales.

7.8 FALSEDAD CIVIL Y PENAL.

Falsedad es toda alteración de la verdad, y en el documento notarial puede afirmarse con mayor precisión, que con la contraposición de la autenticidad.

La falsedad penal y la civil se distinguen principal mente, en que la primera considera al auto y la segunda a la cosa. En la Penal el ejemplo subjetivo prevalece sobre el elemento material, dándose en este modo mas importancia a la causa que al objeto. La falsedad penal envuelve a la civil pero esta no comprende la primera.

Habrà falsedad material:

- a) Si el documento no emana del notario a quien se atribuye su autoría.
- b) Si crea condiciones inexistentes respecto de la autenticidad externa; y
- c) Cuando se adultere en todo o en parte un material autentico.

La falsedad sobre la autenticidad interna o contenido del documento notarial podrá referirse a las afirmaciones de las partes o del notario o ambas, en juicio en que intervenga cada interesado.

La falsedad atribuida a las partes no afectadas al notario ni al documento de que es autor, si no a su contenido y a sus efectos. En su caso será juzgada por simulación o fraude.

a) Suspensión de sus efectos probatorios.

Declara la falsedad penal del documento notarial, desaparece para siempre la plena fe.

b) Después de la condenación del acusado en el juicio penal, no se podrá contestar validamente en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituye el delito. Sirviendo las pruebas penales en la causa civil como presunciones.

c) La nulidad por alteración de un documento en materia civil, no puede alegarse como prueba en un juicio penal, sino como indicio.

7.9 RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO.

En el capítulo I de esta tesis, dejamos muy claramente establecidas las características del notario de tipo latino como profesional del Derecho investido de fe pública, y que autentifica y da forma a los instrumentos en que se consignan los actos y los hechos jurídicos, produciendo seguridad jurídica.

Ya hemos precisado los principios rectores de la función notarial, que garantizan la seguridad contractual y producen la realización de los valores de justicia, equidad, seguridad jurídica y certeza.

La responsabilidad civil se integra con los siguientes elementos:

- a) La realización de un daño o perjuicio.
- b) La abstención o actuación ilícita compulsiva o dolosa.
- c) El nexo causal entre ambos.

La mayor parte de los tratadistas, discuten la naturaleza jurídica de la responsabilidad y podemos dividirlos en tres grupos que son:

- a) Los que sostienen que es de origen contractual.
- b) Los que afirman que la responsabilidad es extracontractual.
- c) Los eclécticos que piensan que tiene elementos contractuales y extracontractuales.
- d) Los que afirman que es la fuente de la legislación notarial.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo se inclina por la posición ecléctica y dice; "La fuente de la responsabilidad es contractual y extracontractual. La primera por tratarse de un contrato de prestación de servicios profesionales cuyo clausulado si no se establece en cada contrato es suplido por el código civil, el arancel de notarios y la ley del notariado".

La responsabilidad civil en que incurre un notario nace de la abstención o actuación ilícita, culposa, dolosa, la producción de un daño o perjuicio y un necesario nexo causal entre ellos, como precisamos en líneas anteriores.

7.9.1 CAUSALES DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

Sin tomar en consideración la naturaleza jurídica de la responsabilidad del notario, hay que recordar como asentamos en el primer capítulo que este es un profesional y técnico del derecho, que requiere de suficiente preparación y que en

su ejercicio debe corresponder a esa capacidad que supone su calidad profesional moral.

Afirma Bernardo Pérez Fernández del Castillo: "El notario responde no solo de la culpa grave y leve, si no también de la levísima.

La responsabilidad civil en que incurre un notario, nace de la abstención o actuación ilícita, culposa o dolosa que de lugar a uno de los siguientes supuestos:

1. Por causar daños y perjuicios al abstenerse, sin causa justa, de autenticar por medio de un instrumento publico un hecho o un acto jurídico.
2. Por provocar daños y perjuicios en virtud de una actuación notarial morosa, negligente o falta de técnica notarial.
3. Por causar daños y perjuicios por la declaración judicial o inexistencia de un acta o escritura publica.
4. Por originar daños y perjuicios, inscribir tardíamente en el Registro Publico de la Propiedad o del Comercio, una escritura publica acta que sea instrancribible, cuando haya recibido de su cliente para tal efecto, los gastos y honorarios.
5. Por el daño material y moral causado a la victima o a su familia en la comisión de un delito".¹⁷

¹⁷ Perez Fernandez del Catillo, Bernardo, op. Cit.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.

Cada ramo del Derecho exige una preparación sumamente especializada en la actualidad, se en materia civil, mercantil, bancaria, fiscal, registral, familiar, etc. El derecho notarial no escapa a una especialización propia (estudio de circulares, decretos, misceláneas fiscales, reformas legislativas y demás asuntos relacionados íntimamente con el Notariado) amen de un estudio diario y actual de todas las demás ramas con las cuales tiene contacto cotidianamente, teniendo la función notarial la peculiaridad de estar relacionada con casi todas las demás ramas del Derecho.

SEGUNDA.

Los tiempos modernos requieren de un ajuste al dinamismo de sus cambios, el Notario debe de estar preparado para los cambios económicos y sociales y para brindar ayuda y servicio a su comunidad y a las funciones estatales mismas, por ende debe ser un auxiliar del fisco en la recaudación de impuestos, atender cuando la autoridad lo pida, a aquellas demandas inaplazables de interés social, como elecciones, programas masivos de regulación actuar aun en días feriados u horas inhábiles así como representar a sus clientes la figura de la seriedad y del profesionalismo. En resumen, el notario debe ser un ente socialmente útil y servir a todos los que le soliciten sus servicios, teniendo en cuenta sus condiciones económicas y sociales aun para obtener su retribución la cual debe ser accesible a personas de cualquier estrato.

TERCERA.

El notario, como cualquier profesionista, debe tener una vocación, esto es, un anhelo o ideal para realizar su función misma, no viéndola como un medio de satisfacción económica, sino como algo mas, como una responsabilidad, puesto que en sus manos esta la facultad de autenticar documentos públicos, inscribibles

y con fuerza ejecutiva, lo cual presupone, una preparación intelectual y una entrega absoluta a su ejercicio. Puede afirmarse que no existe un estado de civilización avanzada que no tenga un notariado cualesquiera que sean su tipo o sus características.

CUARTA.

Los escribanos en la época virreinal tenían que hacer sus escrituras en papel sellado con letra clara y en castellano sin abreviaturas, sin guarismos, y actuar personalmente. Una vez redactadas, tenían la obligación de leerlas íntegramente dando fe de conocimiento de 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, valor probatorio pleno de los instrumentos autorizados por el escribano y sobretodo, la presentación de un servicio público. El escribano era retribuido por sus clientes de acuerdo con un arancel de aplicación obligatoria.

QUINTA.

El Notario es un Licenciado en Derecho a quien el Estado le encomienda la función pública de dar seguridad jurídica mediante su poder autenticador, lo que significa que el Estado autoriza que su dicho tenga carácter de verdad oficial y de prueba plena en caso de litigio. Con lo anterior se crea un profesional "sui generis", un jurista particular titular de una función pública.

SEXTA.

En la actividad notarial impera el principio de matricidad, este sistema presupone un documento matriz el cual puede ser reproducido. En el notariado, la matriz se denomina **protocolo** y las reproducciones **testimonios**. La característica más importante del protocolo es que el documento original el cual contiene las firmas o huellas de las partes o interesados así como el texto del negocio celebrado. Este documento lo conserva el notario, es decir no será entregado a compradores,

acreedores, ni demás titulares de derechos subjetivos, los cuales solo tienen derecho a recibir reproducciones del documento original (testimonios). El protocolo contiene los elementos jurídicos propios de un instrumento publico.

Las tendencias contemporáneas, para facilitar el movimiento notarial, son la utilización de folios, con la impresión del texto las firmas de los interesados, los cuales, en numero de 200, al ser utilizados se encuadernan formando libros o tomos, los cuales son mas apropiados para su control, guarda y conservación.

Este sistema, denominado protocolo abierto, es le mas recomendable y de acuerdo a las reformas de diciembre de 1997, será obligatorio su uso a partir del 1º de julio de 1998 en el Estado de Guanajuato.

SEPTIMA.

El documento notarial no es un acto jurídico en si mismo sino el resultado de un acto. Existen en el documento notarial "nulidades de fondo" que afectan directamente al acto y "formales", por virtud de un vicio del documento que proyecta sus consecuencias en el documento de modo indirecto al acto. El documento notarial es una forma jurídica pero se realiza por un acto de voluntad de la gente y de consecuencia puede tener tantos defectos como defectos tenga la voluntad de un sujeto del negocio, pudiendo afectar mas o menos seriamente la validez del documento.

Las nulidades pueden provenir de vicios que afectan al notario o a los requisitos de forma.

OCTAVA.

Se ah discutido desde la publicación de la Ley del Notariado del 1º de octubre de 1996, si los folios descritos en el articulo 53 debían estar perforados o no y si debían contener el numero y domicilio del notario, desde su elaboración y entrega por la dirección de Registros Públicos y Notarias.

Al tener dicha Ley en sus orígenes una *Vacatio Legis* de 1 año a partir del 1º de enero de 1997, optativa para los Notarios en el uso del protocolo abierto o por folios, muchos Notarios empezaron a usarlo desde la misma fecha, por lo que de

inmediato se dieron cuenta de que la Secretaria de Gobierno a través de la Dirección de Registros Públicos y Notarias estaba entregando los folios sin las perforaciones marcadas por la ley y sin el nombre y domicilio del Notario, esta irregularidad o anomalía desde sus inicios fue subsanada a medias por los propios notarios, insertando su nombre y su domicilio en cada folio, sin embargo por lo que se refiere a las perforaciones, se considero al principio como una omisión intrascendente de la citada Secretaria.

A fines del año de 1997 y cuando ya estaba por vencerse el termino de la *Vacatio Legis* de un año, tuvimos conocimiento de que entre el gremio notarial se gesto un movimiento preocupante, respecto a la validez o no de los folios no perforados y si acarrearían la nulidad de lo actuado por dicha omisión, al extremo de ponerse en duda por algunos Notarios si los testamentos o compraventas y en general todos los actos jurídicos consignados en dichas escrituras con la utilización de los mencionados folios sin perforar.

Como consecuencia de dicho movimiento los integrantes de la Nueva Legislatura del Estado hicieron eco a la preocupación generalizada y para subsanar la omisión de la perforación de los folios, decidieron modificar el artículo 53 de la Ley del Notariado suprimiéndole fundamentalmente el de que las hojas de los folios fueran perforadas y debieran contener el nombre, numero y domicilio del Notario.

Además de otras reformas, ampliaron la *Vacatio Legis* hasta el día 30 de junio de 1998.

NOVENA.

La problemática surgida a fines de 1997, entre el gremio de Notarios Públicos respecto a la validez o nulidad de las hojas no perforadas de los folios que fueron entregadas durante todo ese año por la Dirección de Registros Públicos respecto a la validez o nulidad de las hojas no perforadas de los folios que fueron entregadas durante todo ese año por la Dirección de Registros Públicos respecto a la validez o nulidad de las hojas no perforadas de los folios que fueron entregadas durante todo ese año por la Dirección de Registros Públicos y notarias a los Notarios que optaron por el uso del Protocolo Abierto genero dos corrientes

de opinión: a) Los que sostenían que la falta de perforación de los folios acarrearán la nulidad de los actos jurídicos consignados por ellos y b) Los que afirman que es un elemento irrelevante en la confección del acto jurídico, pues los elementos esenciales de el quedan plasmados en la escritura sin importar si el folio esta perforado o no. Cosa muy diferente seria que faltara alguno que otro elemento de las formalidades para los folios, establecidas en el artículo 53 de la Ley citada, como son: 1.- Numeración progresiva de los folios; 2.-Tamaño y características de los folios uniformes y determinados por decreto gubernativo (Art. 58); 3.- Sello y firma o rubrica del Notario, 4.- Coleccionados, ordenados y solidamente empastados.

Queda claro desde mi particular punto de vista que era irrelevante la perforación de los folios, sin embargo, tal preocupación notarial obligo a que se modificara el artículo 53, entre otros de la citada Ley, suprimiendo de dicha disposición la perforación y el nombre, numero y domicilio del Notario, y al parecer de un solo plumazo el Legislador acabo con tal preocupación. Esto lleva a señalar que hay necesidad de aclarar cuales son los elementos esenciales de la escritura y cuales los del folio, pues es uno es el contenido y otro es el continente.

BIBLIOGRAFIA.

TEXTOS.

BAÑUELOS Sánchez Froylan, **DERECHO NOTARIAL**, Cárdenas Editor y distribuidor, Tercera Edición, México, D.F., 1984.

BURGOA Ignacio, **LAS GARANTIAS INDIVIDUALES**, Vigésima Edición, Editorial Porrúa, México, 1986.

CARRAL y de Teresa Luis, **DERECHO NOTARIAL Y DERECHO REGISTRAL**, Editorial Libros de México, 1978.

DE P. Morales Francisco, **EL NOTARIADO, SU EVOLUCION Y PRONCIPIOS RECTORES**, De Letras Editores, México, 1994.

GONZALEZ Blackalles, C., **GUEVARA** Martines., **SINTESIS DE LA HISTORIA DE MÉXICO**, Editorial Herrero, S.A.

GUZMAN M. Virginia y **MERCADER**, M., Yolanda, **BIBLIOGRAFIA DE CODICES MAPAS Y LIENZOS DE MEXICO PREHISPANICO Y COLONIAL**, t.I., Colección Científica Fuentes para la Historia de México, 1979.

LORENZANA, Francisco Antonio, **HISTORIA DE LA NUEVA ESPAÑA**, Escrita por su esclarecido conquistador Hernán Cortes, aumentada con otros documentos y notas por Francisco Antonio Lorenzana, Secretaria de Hacienda y Crédito Publico, Editorial Miguel Ángel Porrúa, S.A., México, 1980.

MENGUAL Y MENGUAL José Maria, **ELEMENTOS DEL DERECHO NOTARIAL**, Editorial Bosh, Barcelona, 1934.

MORALES Francisco de P., **EL NOTARIADO, SU EVOLUCION Y SUS PRINCIPIOS RECTORES**, Edición De Letras, México, D.F., 1994

PEREZ Fernández del Castillo Bernardo, **DERECHO NOTARIAL**, Editorial Porrúa, México, 1992.

RIOS Helling Jorge, **LA PRACTICA DE DERECHO NOTARIAL**, Editorial Mc Graw Hill, México 1995.

RIOS Helling Jorge, **LA FUNCION NOTARIAL EN EL DISTRITO FEDERAL Y SU IMPORTANCIA FRENTE A LA CREACION Y TRANSFORMACION DEL DERECHO**, Revista de Derecho Notarial, Imprenta Aladina, México, Octubre de 1993.

TENA Ramírez Felipe, DERECHO CONSTITUCIONAL, Decimosexta edición, Porrúa, México, 1978.

CODIGOS Y LEYES.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Colección Porrúa, 118ª edición, Editorial Porrúa, México, 1997.

LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1980, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 1980, e inicio su vigencia 70 días después de su publicación de acuerdo con el artículo 1º transitorio.

LEY DEL NOTARIADO PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, Periódico Oficial n°. 79, 1º de octubre de 1996, decreto n°, 226 en la quincuagésima sexta legislatura del Estado de Guanajuato.

LEY DEL NOTARIADO PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, Compilación de Leyes del Estado de Guanajuato, Tomo II, LV Legislatura, Guanajuato, Gto., 1994.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

CABANELLAS, Francisco, DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, Tomo II, Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1976.

DE CASSO Y Romero, Ignacio, Cervera y Jiménez, Alfaro Francisco, DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO, Segunda Reimpresión, 1961, Editorial Labor, S.A., España, 1950.

GUIZA Alday Francisco Javier, LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, Editorial Cárdenas, Irapuato, Guanajuato, México, 1996.

INSTITUTO de investigaciones Jurídicas, DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Tomo 6, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985.

REVISTAS.

ASOCIACION Nacional del Notariado Mexicano, A.C., REVISTA DE DERECHO NOTARIAL, Octubre de 1993, n° 104, México, D.F.

JORNADA NOTARIAL ESPAÑOLA, Ciudad de Poblet., España, 1980.

RUIS Helling Jorge, LA FUNCION NOTARIAL EN EL DISTRITO FEDERAL Y SU IMPORTANCIA FRENTE A LA CREACION Y TRANSFORMACION DEL DERECHO, Revista de Derecho Notarial, IMPRENTA Aladina, México, Octubre de 1993.

OTRAS FUENTES.

DEPARTAMENTO del D.F., GUIA DE LAS ACTAS DE CABILDO DE MÉXICO, SIGLO XVI, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1970.

INTERPRETACION hecha por Jorge Ríos Helling, de los señalado por Gabino Fraga en el siguiente Texto: Fraga, Gabino, DERECHO ADMINISTRATIVO, 19ª Edición, Porrúa, Mexico, 1979.