

799
04

Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO



LA REPOSICION DEL
PROTOCOLO NOTARIAL

FALLA DE ORIGEN

T E S I S
Que para optar al Título de :
LICENCIADA EN DERECHO
P r e s e n t a :
MIRYAM SHAHIN KATTAS

Ciudad Universitaria, D.F.

1990



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INTRODUCCION

C A P I T U L O I

DESARROLLO HISTORICO DEL DERECHO NOTARIAL

I. HISTORIA DEL DERECHO NOTARIAL EN EUROPA	1
A) Roma	2
B) Bizancio	6
C) Bolonia	7
D) España	9
E) Constitución de Maximiliano	11
F) Revolución Francesa	13
G) España Siglo XIX	14
II. EL DERECHO NOTARIAL EN MEXICO	
A) Epoca Precolonial	17
B) Epoca de la Colonia	18
C) México Independiente	24
III. LEYES DEL NOTARIADO EN MEXICO	
A) Constitución de 1824	26
B) Leyes Constitucionales (1836-1841)	27
C) Bases Orgánicas de la República Mexicana (1844-1847)	28

D) Ley para el Arreglo de La Administración de Justicia de Los Tribunales y Juzgados del Fuero Común (1853)	23
E) Ley de Desamortización de Los Bienes Eclesiásticos (1856)	29
F) Constitución de 1857	29
G) El Imperio (1865-1867)	30
H) Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal (1867)	33
I) Período Pre-Revolucionario (1901)	34
J) Constitución de 1917	36
K) Ley del Notariado de 1932	36
L) Ley del Notariado de 1945	36
M) Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1980	39
N) Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1986	40

C A P Í T U L O I I

DEL PROTOCOLO NOTARIAL

I. CONCEPTO DE PROTOCOLO NOTARIAL EN LA LEGISLACION VIGENTE	41
---	----

II. CARACTERISTICAS Y FORMALIDADES EN LA UTILIZACION DEL PROTOCOLO

A) Razón de Autorización	46
B) Razón de Entrega	47
C) Razón de Apertura	47
D) Razón de Clausura	50

III. PROTOCOLOS ESPECIALES

A) Protocolo del Departamento del Distrito Federal	53
B) Protocolo del Patrimonio Inmueble Federal	55
C) Protocolo Consular	54
D) Protocolo Abierto Especial	55

IV. DOCUMENTO NOTARIAL

A) Escritura	62
B) Acta Notarial	63
C) Autorización	64
D) Testimonio	67
E) Copias	71

V. COMPLEMENTOS DEL PROTOCOLO

A) Apéndice	73
B) Índice	71
C) Guía	74

VI. SELLO DE AUTORIZAR

75

VII. GUARDA DEL PROTOCOLO

76

C A P I T U L O I I I

EL INSTRUMENTO PUBLICO NOTARIAL

I. EL INSTRUMENTO NOTARIAL COMO DOCUMENTO PUBLICO	78
A) Conceptos	79
B) Disposiciones Procesales Referentes al Instrumento Notarial	89
II. PERDIDA O DESTRUCCION DEL PROTOCOLO E INSTRUMENTO NOTARIAL	95
I. Supuestos que se pueden presentar en el momento de la pérdida o destrucción del Protocolo	
A) Antes de la Firma	93
B) Después de la Firma	99
- Dentro de la Autorización Preventiva	99
- Dentro de la Autorización Definitiva	100

C A P I T U L O I V

LA REPOSICION DEL PROTOCOLO E INSTRUMENTO NOTARIAL

I. INOBSERVANCIA DE LA LEY DEL NOTARIADO VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL, RESPECTO DE LA PERDIDA O DESTRUCCION DEL PROTOCOLO E INSTRUMENTO NOTARIAL	104
--	-----

II. LEYES DEL NOTARIADO DE LOS ESTADOS

A) Sonora	108
B) Puebla	111
C) Michoacán	112
D) Nayarit	113
E) Jalisco	113

III. PROPUESTAS PARA LLEVAR A CABO LA REPOSICION DEL PROTOCOLO

NOTARIAL	116
A) Copia Certificada del Instrumento	117
B) Sistema de Microfilmación del Protocolo	118
C) Sistema Computarizado	120
D) Recopilación de Documentos	124

IV. VALOR JURIDICO DEL INSTRUMENTO NOTARIAL REPUESTO

127

CONCLUSIONES

129

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

El presente trabajo tiene por objeto, destacar la importancia y trascendencia jurídica que se presentaría ante la pérdida o destrucción del protocolo notarial.

El planteamiento de este objetivo nace de la necesidad de enfrentar críticamente el problema, que para las partes interesadas y para el notario representaría la inexistencia del documento original asentado en el protocolo, en el cual se hace constar un acto jurídico, firmado por los otorgantes manifestando su voluntad y autorizado por el notario.

Es necesario hacer resaltar, que la ley del notariado vigente para el Distrito Federal en ningún momento preve dicha problemática.

Definitivamente el legislador ha dejado una laguna en la ley, misma que consideramos verdaderamente alarmante, ya que actualmente no existe una solución práctica que se pudiera aplicar en el caso de que se presentara la pérdida o destrucción del protocolo notarial.

Sólo basta recordar los sismos de 1985, para considerar que no estamos exentos de que suceda algún imprevisto y principalmente consideramos la necesidad de implantar un sistema que proteja tanto a los otorgantes como al notario, es decir, en el caso de que se presentara la destrucción del protocolo la parte interesada en el acto jurídico que se hizo

constar en el mismo, no sufra de inseguridad jurídica.

Señalados los objetivos básicos del presente trabajo, haremos referencia al tipo de análisis que aquí se intenta, de tal forma que en el -- capítulo I se trata de dar una panorámica de la función notarial desde -- sus inicios, su evolución hasta llegar a ser lo que es actualmente, todo ello con el propósito de ubicar de la mejor manera posible el surgimiento del notario y su desarrollo.

En el capítulo II hablaremos del protocolo notarial, sus diversas -- clases, sus complementos, las diversas características y formalidades que se requieren para su utilización, también hablaremos del documento notarial con el propósito de conocer cómo es la actuación del notario y cuál es la documentación que expide.

En el capítulo III expondremos la forma como nuestro Derecho Positivo regula al instrumento notarial, otorgándole el carácter de documento -- público. A continuación plantearemos la problemática medular del presente trabajo, y señalaremos los diferentes estados que puede guardar el instrumento notarial dentro del protocolo, en el momento de presentarse el imprevisto y la problemática que en cada caso se presentaría.

Finalmente en el capítulo IV exponemos algunas propuestas con el fin de prevenir y encontrar la solución más viable a tal problemática, tratan do de establecer el mejor método para llevar a cabo la reposición del --- protocolo notarial, con el objeto de restablecer la seguridad jurídica -- que es uno de los objetivos del Derecho.

CAPÍTULO I

DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO NOTARIAL

I. HISTORIA DEL DERECHO NOTARIAL EN EUROPA.

Para comprender el presente es necesario conocer el pasado, ya que el presente es resultado de la evolución histórica de la humanidad, con respecto a la disciplina notarial, ésta ha sufrido diversos cambios que consideramos necesario plantear brevemente, de tal manera que podamos tener una noción del surgimiento y los cambios que ha sufrido la disciplina notarial.

Resultaría imposible tratar de precisar el lugar y época en que surge el notario y por ende la actividad notarial, no son pocos los doctores que con el afán de encontrar vestigios de lo que se podría considerar como las bases de la actividad notarial, se han remontado a estudiar a las antiguas civilizaciones tales como los Hebreos, Egipcios y Romanos entre otros.

Sabemos que en culturas como la Hebrea existieron los llamados ESCRIBAS o ESCRIBANOS, que eran oficiales encargados de redactar convenios y que por sus amplios conocimientos caligráficos, estaban al servicio del pueblo y del gobierno, de ahí que existieran Escribanos del Pueblo, Escribanos de la Ley, Escribanos del Estado, Escribanos del Rey, desempeñando cada uno de ellos actividades inherentes a su propio cargo.

De igual forma nos encontramos con la figura del Escriba Egipcio, quien tenía carácter sacerdotal, además de ser colaborador del gobierno tenía a su cargo la redacción de documentos que asentaba en los Papiros y que para ser dotados de plena legalidad y condición valorativa debían con tener el sello del Visir o del Magistrado.

A) Roma.

Es en Roma donde la institución notarial reviste verdadera importancia y donde va tomando una configuración más ordenada, individualista y equitativa, hacia el siglo VI de la era cristiana, se expide por Justinia no la obra de compilación y legislación llamada "Corpus Juris Civilis", en la cual las llamadas novelas o constituciones XLV, XLVIII y LXXVI contienen especiales disposiciones referentes a regular la actividad del tabellio. (actualmente notario). El uso del rollo de papiro en que eran os- tentados los documentos y que pudiera ser un antecedente inmediato de --- nuestro actual protocolo, de igual forma se le otorgaba el carácter de fi dedigno al documento redactado por el tabellio. (1)

En cuanto a la preparación y redacción del documento se exigía la ac tividad personal del tabellio al respecto, el Emperador Justiniano dispuso lo siguiente.

(1) Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. Edic. 4a. Ed. Porrúa. México. 1983. p.3.
 Vid. Bañuelos Sánchez, Froylan. Derecho Notarial, Edic. 3a. Cárdenas Editor y Distribuidor. pp. 20 a 24.

" ... a los notarios que desempeñan sus funciones se les imponga por todos los medios el deber de formalizar el documento por sí y ante sí y que estén presentes hasta que se acaben. Y de otra suerte, si no se hubieran hecho así las cosas, entiéndase no se ha puesto al documento la conclusión; a fin de que ellos tengan algún medio de conocer el negocio y -- puedan ser a la sazón interrogados por los jueces.. ...teniendo entendido que si algo hicieren contra esto, perderán en absoluto las plazas (como las llaman) y que el destinado por el notario a extender el documento, habiendo intervenido en él, estará como dueño en la plaza con propia autoridad...." (2).

Como podemos observar de lo anterior, ya se contempla el principio de plaza, que podía referirse a dos aspectos: el primero respecto a la patente, nombramiento o autorización del tabellio para actuar, y el segundo, as pecto presenta la idea de la jurisdicción territorial dentro de la cual de bía actuar el tabellio, misma que podría perderse en caso de que el documento no fuere otorgado personalmente por el tabellio.

Este aspecto nos permite observar que estricto era el comportamiento que debían tener los tabellios y por ende la garantía que representaba su actuación, en cuanto a la confección del documento, el tabellio contaba con diversos colaboradores que tenían destinadas varias funciones específicas, de tal manera que complementaban su actividad.

En cuanto al documento debía extenderse en lo que pudiéramos llamar Protocolo, cumpliendo con diversos requisitos tales como lo que a continuación transcribimos:

 (2) Escobar de la Riva, Eloy. Tratado de Derecho Notarial. Ed. Marfil, Alcoy, Madrid, España. 1957. p. 37.

"Añadimos además a la presente ley que los notarios no escriban los documentos en cualquier papel en blanco, sino en el que al principio tenga el protocolo (como dicen): el nombre del conde de nuestras sacras liberalidades y la fecha en que se hizo el documento en cuestión, y lo que en tales hojas sue le anteponerse; y no corten ese protocolo, antes déjenlo inscrito en las hojas; pues hemos sabido que en tales documentos se probaron muchas falsedades..... Por ende, aunque haya alguna hoja que no contenga tales membretes en el lugar del protocolo, sino cualquiera otra escritura, y no se ha dispuesto de antemano recházcela como adulterada y poco apta para tales cosas; mas escriban los documentos únicamente en hojas de papel de la naturaleza que arriba hemos dicho. Y lo que por Nos ha sido decretado sobre la calidad de las hojas de papel y sobre la separación de los protocolos (como dicen), queremos que esté vigente en esta gloriosísima Ciudad, donde es enorme la muchedumbre de contratantes y mucha la abundancia de hojas de papel. Y es lícito intervenir en los negocios de modo acepto a las leyes y no ofrecer a nadie ocasión de que cometa un crimen de falsedad, de la cual siempre demostrarán ser responsables los que se tomaren la libertad de hacer algo contra esto... Dada en Constantinopla, a 16 de las calendas de sepbre. el año segundo después del quinto consulado de Belisario (537)." (3).

Evidentemente se tenían especiales fórmulas de redacción de los instrumentos, y se hace patente el principio de plaza, así como la obligación de asentar los documentos en papel especial.

En cuanto al documento, este se integraba por diversos momentos, comenzando con la llamada "Rogatoria" que se presentaba con la solicitud que hacían las partes al tabellio para que interviniera en la preparación del documento.

 (3) Loc. Cit.

Continuaba la "Sheda", que era una anotación suscinta de los datos preliminares de la voluntad de las partes, se redactaba un proyecto, el cual era analizado y corregido por los interesados, una vez que era corregida la Sheda era transcrita en las hojas de papiro que configuraban al Protocolo, quedando el documento corregido para completarlo con la lectura ante los testigos, las partes y el tabellio y posteriormente ser firmado (suscriptio).

La Sheda se destruía y el documento se entregaba al interesado sin que el tabellio conservara nada para sí; en cuanto al valor del documento, no tenía un valor completo, era un contrato privado que alcanzaba la categoría de documento público una vez que era sujeto a la "Insinuación"; ésta etapa consistía en que el tabellio debía acudir con el "Magister Censu" a reconocer el documento otorgado por él, afirmar bajo juramento la veracidad del acto, que ante él se realizó y en caso de que éste ya hubiese fallecido, se llamaba a los testigos que asistieron al acto y se procedía a comprobar la escritura. Con posterioridad se perfeccionó la llamada Insinuación, en el sentido de que el documento se depositaba en poder del "Magister Censu" quedando por lo tanto el documento al abrigo de cualquier controversia, de tal manera que dicho depósito dispensaba al documento de cualquier comprobación posterior. (4).

A partir del derecho justiniano, el tabellio adquirió gran importancia, se convirtió en un factor de desarrollo de la evolución del Derecho Notarial.

(4) Morales Días, Francisco de P. Historia del Notariado. en Revista de Derecho Notarial No. 71. Asoc. Nal. del Notariado Mexicano A.C. México, 1978. pp. 27 a 30.

Hacia el siglo VIII en la ley VIII de Ratchis, el *Reu Loqobardo* cambia la denominación de "tabelleion" por la de "escriba". Un siglo después Carlomagno legisla sobre la actividad notarial, y establece que el instrumento notarial tiene el valor probatorio de una sentencia ejecutoriada.

En Roma tras la conquista Bizantina existe una gran influencia política de la Iglesia, se crea un verdadero estado pontificio con sus propios funcionarios, crea sus notarios, nombrados mediante título papal, paralelamente los sucesores de los tabeliones romanos seguían funcionando como escritores profesionales independientes, no tenían nombramiento real o municipal pero para ejercer su oficio se les exigía conocimientos jurídicos y técnicos. (5).

B) Bizancio.

En la segunda mitad del siglo IX el Emperador León el Filósofo dedica en la llamada "Constitución CXV" especial atención en regular la actividad notarial, establece en primer término la obligación de que aquellas personas que quisieren ingresar al ejercicio de los "TABULARII" debían someterse a diversos exámenes además de cumplir con ciertas cualidades físicas, morales e intelectuales, crea la colegiación obligatoria, limita las plazas, y establece sanciones.

El aspirante que aprobare los exámenes y reuniera tales cualidades de

(5) Hidalgo Melgoza, Horacio. Antecedentes Históricos Generales del Notario. Revista de Derecho Notarial No. 84. Asoc. Nal. del Notariado Mexicano A.C. México, 1983. p. 81.

bía prestar juramento ante el tribunal de tabeliones, se le entregaba el Sello quedando así integrado al Colegio de Tabularios y numerado entre ellos.

En el siglo X empieza a utilizarse el sello como medio de validación externo del documento de autenticidad formal.

Es importante hacer notar que ya para aquel entonces se van configurando en forma más ordenada el derecho notarial, existen postulados de gran importancia que significan en cierta manera antecedentes de lo que actualmente continúa en vigor, tales como: los requisitos para ingresar a la actividad notarial, la presentación del examen respectivo para ser notarial, así como el uso del sello que es por consiguiente un antecesor del sello de autorizar que actualmente conocemos, y también respecto de la colegiación obligatoria, como el precedente inmediato de los Colegios y Asociaciones Notariales.

C) *Bolonia.*

La escuela de Bolonia reviste gran importancia para la ciencia del Derecho Notarial, ya que por la confrontación de ideas del Derecho Romano y el Germano, con Longobardos y Francos nació el llamado Notario Moderno.

La Escuela Notarial de Bolonia fué fundada en 1228 por Rainieri di Pe-
rúgia, ilustre maestro del Notariado que cobró fama por su libro "SUMMA
NOTARIAE o bien, ARS NOTARIAE". (6)

(6) Morales Díaz, de P. Ob. Cit. p. 31.

Dentro de esta escuela destaca por su gran importancia Rolandino Passaggeri quien dio un gran impulso al Notariado de esa época. En aquel momento el documento notarial tenía ya una configuración distinta en cuanto a que era el producto de un profesional que estaba dotado de fe, y por lo cual el documento constituía prueba plena, en tanto que no fuera demostrada su falsedad; es a Rolandino Passaggeri a quien se le atribuye por sus obras una sistematización de los conocimientos notariales, ya que fue un gran conocedor del arte notarial. Destaca también dentro de ésta escuela el jurista boloñés "Salatviel", cuya aportación fué establecer los requisitos que debe tener el aspirante al ejercicio del notariado, señalando las características físicas, morales y de conocimientos que debía tener, así como las obligaciones del notario, sus deberes, prohibiciones y sanciones. Salatviel definió la Notaría como el "Arte de Notar pública y auténticamente los negocios jurídicos de los hombres". (7).

Definía al notario en base al concepto de notaría como "La persona privilegiada, encargada de notar públicamente y auténticamente los negocios de los hombres", cabe mencionar que el notario debía de escribir materialmente los contratos, pues solo él podía notar públicamente. (8).

La composición del documento, como ya lo hemos mencionado, era producto de un profesional, dotado de fe pública, por lo cual el documento constituía prueba plena por la misma actuación del notario en cuya formalización intervino y cuyo documento autorizó, se incorporaban a la redacción del documento elementos tales como el día, mes, año, era cristiana,

(7) Ibid. p. 32.

(8) Loc. Cit.

nombre de los contratantes y por supuesto del notario; se definía el negocio que se celebraba, se describía también la cosa lugar en que se ubicaba, su extensión, los linderos, el precio que tenía y se introducía la evicción como legítima defensa para el adquirente, así como diversas penas para el caso de incumplimiento.

Se implanta el sistema de duplicat redacción del documento, la redacción previa sumaria que contenía sólo lo esencial del negocio jurídico, y la subsiguiente redacción no era más que el texto de aquella, impuesto en forma pública y que constituía el documento definitivo. (9).

D) España.

Hacia el siglo XIII, España se distingue por el desarrollo que obtuvo la ciencia notarial; gracias a Alfonso X el Sabio, quien realiza una grandiosa obra de recopilación y legislación. En un principio el Fuero Real (1255) fue en donde los Escribanos eran auxiliares de los deseos de los particulares y tomaban notas de los documentos que redactaban o en que intervenían. Estas Notas Prácticas servían para el caso de que la carta se perdiera o surgiera de ella alguna duda y así pudiera ser probada por la nota donde fue sacada.(10).

(9) Hidalgo Melgoza. H. Ob. cit. p.85.

(10) Carral y de Teresa, Luis. Derecho Notarial y Registral. Edic. 9a. Ed. Porrúa. México, 1986. p. 70.

La obra de Alfonso X, el Sabio continúa con el "ESPECULO" y las "SIETE PARTIDAS", de las cuales la tercera regula la actividad del Notario, se establecen requisitos para ejercer dicha función, se fija una demarcación territorial, el principio del secreto profesional y las incompatibilidades de desempeñar este oficio con alguna otra actividad, establece también -- sanciones a las partes por incumplimiento, y en cuanto al documento se fijan una serie de requisitos tales como, invocar a la divinidad la fecha, (día, mes, año), fe del conocimiento por parte del notario respecto del documento, así como la lectura que se hizo del mismo.

Se hace mención de la *IMBREVIATURA* que era una carta en la cual se asentaban las *NOTAS PRELIMINARES* y que era un resumen de las características del negocio jurídico; dicha carta debía ser redactada con toda minuciosidad, sin abreviaturas ni siglas.

Gran importancia tuvo con posterioridad dentro del Notariado el *Ordenamiento de Alcaza de Henares* de 1348; seguida de las *Leyes del Toro*, La *Nueva Recopilación* de Felipe II de 1567 y la *Novísima Recopilación* de 1805 dada por Carlos V.

Es por el año de 1400, cuando AMADEO VIII define el Protocolo haciendo mención de que éste representa a la "*IMBREVIATURA*", y que ésta se ha sobrepuesto a la carta, contando por lo cual con plenitud probatoria. Continúa estableciendo entre otras cosas la obligación del notario de escuchar a las partes, asesorarlas, redactar él mismo el documento y plasmar el documento en el Protocolo, en un lapso no mayor de treinta días. Se exige -

también la numeración progresiva y cronológica de los documentos por él realizados.

E) *Constitución de Maximiliano.*

Es en Austria, por el año de 1512, cuando el Emperador Maximiliano I dictó su *Constitución Imperial* en la cuál reconoce que había ciertas irregularidades en el desempeño de la función notarial, por lo cual en dicho documento establecía que se debían respetar las condiciones y cualidades de la persona que ejercía la función notarial. Se debía involucrar el nombre de la divinidad y del príncipe, el lugar, día, hora, mes y año en que otorgó el documento. Los hechos y presentación de los testigos con sus nombres y apellidos claramente expresados, rubricándose y sellándose finalmente el documento con el sello y firma del notario.

En cuanto al Protocolo se establecía lo siguiente:

"Mandamos también que todos los notarios procuren con toda diligencia tener y conservar con gran cuidado, y dejar para la posteridad, un protocolo en el cual conserve catalogados por sí y para los cuales haya sido requerido. Las copias de los documentos que de allí hayan sido extraídas literalmente las retenga registradas y conserve para que, en caso que se perdieran los documentos originales, ya sea antes ya sea después de su muerte, cuando y cuantas veces ha yan de publicarse de nuevo otros documentos, ya sea por razón de sospecharse de los copistas o error, duda o altercado, pueda uno recurrir al citado protocolo y registro"

"De tal manera sea conservado, que estos documentos, incluso consintiendo las mismas partes que lo contrajeron o leyeron, si quisieren anularlo, borrarlo o pidieren fuese cancelado no sólo no se accede a ello, sino que permanezcan legibles y se conserven."

"... Si por azar se perdiera el protocolo de algún notario y éste se diera cuenta, podrá el notario actuar contra quien retuviere documentos extraídos de él, en el caso de no poder atestiguar libremente al ser preguntados los que estuvieren presentes y con sus declaraciones hacer protocolo nuevo...."

Dado en nuestra Ciudad Imperial de Colonia a 8 de octubre de 1512 etcétera. Año 27o. de nuestro Imperio Romano y 23o. de nuestro reino Húngaro." (11).

Con base en este documento alcanza el Notariado un desarrollo significativo, éste tiene una estructura más completa y regula varios aspectos tales como: que los contratos y actos contenidos en la escritura deberán ser leídos y explicados a las partes tal y como en la actualidad se hace, los documentos se debían redactar en latín o en alemán, establece la facultad de testar palabras y ser salvadas al final del documento y antes de la firma de las partes, con la prohibición de hacer alguna corrección o adición a la misma, y posterior a la firma, prohíbe el uso de palabras ambiguas, oscuras, cifras, signos u otros elementos que impidan la libre comprensión del documento, pudiendo los notarios entre otras cosas dar informes y revelar las condiciones de los actos realizados en su presencia solo a los interesados o a sus procuradores, herederos o sucesores.

Prevé la posibilidad de extravío del protocolo y el procedimiento para reponerlo. Es de verdadera relevancia hacer notar que ya existía la posibilidad de que se perdiera el protocolo y que ante tal posibilidad tenía el notario la manera de reponer el protocolo, esta es una conside-

(11) Escobar de la Riva, E. Ob. Cit. pp. 42, 44 y 45.

ración que no debe de ignorarse por que es una preocupación que ha quedado latente hasta nuestros días, pero desafortunadamente nuestra legislación para el Distrito Federal, lo ignora por completo, al parecer sin que el legislador haya reparado en la gravedad del problema; tema que constituye la parte medular del presente trabajo y que desarrollaremos más adelante.

F) *Revolución Francesa.*

La revolución francesa hizo desaparecer los Estados Generales (la Nobleza, el Clero y el Estado Llano), se regula a la actividad notarial a través de la ley del 25 de Ventoso del año II, esta ley es la primera en definir al Notario, dándole la calidad de funcionario público y estableciendo que para ser notario se requería de una práctica ininterrumpida de seis años.

En cuanto al documento debía contener al principio la indicación del día, mes, año y el lugar de otorgamiento del ciclo, así como el nombre de las partes, de los testigos y la prohibición de utilizar títulos nobiliarios. En cuanto al contenido del documento, se estableció la obligación de transcribir el título en que se acredite el derecho del enajenante, y los documentos que se extendieren en forma de minuta debían ser conservados por el notario. Esta ley también hace referencia al uso del sello tratándolo como el sistema de legalización del documento, con el cual se le dotaba de valor para cualquier región del territorio francés.

G) ESPAÑA SIGLO XX.

Este apartado constituye nuestro último antecedente del derecho notarial con respecto del viejo mundo; es en España, en el año de 1862, cuando se expide en forma calificada la primera Ley Orgánica del Notariado Español, la cual regula tanto la función del notario, como la del instrumento público.

El término notario, sustituye definitivamente al de escribano y se para la actividad judicial de la notarial, se le da al notario la calidad de funcionario público, y se establece determinadamente que para ejercer la actividad de notario se tendrá que aprobar un examen de oposición, para el cual se requería de gran preparación especializada, así como reunir ciertas cualidades físicas y morales que los hacían especiales. Como podemos observar, para ser Notario en aquella época se requería cumplir con una serie de condiciones tan estrictas que los hizo constituírse en un gremio elitista y oligopólico.

En cuanto al Protocolo, esta Ley establecía que el documento fuera íntegro y directamente asentado en éste, el cuál debía estar bajo la custodia del notario y éste debería entregar a las partes copias literales del documento (esto es, lo que actualmente conocemos como testimonio).

El Protocolo era un libro encuadernado en el que el notario escri-

bía por extenso las escrituras, especificando todas las condiciones, --- cláusulas, renunciaciones y sumisiones que establecían las partes, incluía el procedimiento a seguir cuando alguno de los otorgantes no supiere o no pudiere firmar, establecía también la obligación y el procedimiento de salvar los errores e incluir las adiciones al texto de la escritura antes de que fuera firmada por los otorgantes. Incluía también - el procedimiento para autorizar una escritura, para lo cual el notario debía estampar su firma, rúbrica, sellar el documento y registrarlo en - cada audiencia del reino.

Esta ley dejó perfectamente claro que el protocolo es propiedad del Estado y que para el notario es sólo un instrumento para desempeñar su actividad, conservando la obligación de su guarda y custodia, no pudiendo ser retirado en ningún caso de la notaría.

Con base a estos breves antecedentes pudimos observar como cada cultura tenía un personaje que en esencia es el actual notario y que estaba destinado a orientar de manera imparcial a los contratantes, siendo una persona que tenía conocimientos específicos y cualidades determinadas para desempeñar tal función; asentando la voluntad de las partes en un documento que quedaba bajo su guarda y custodia, proporcionando legalidad al acto y seguridad jurídica a los contratantes. Es importante destacar la evolución que fue teniendo el protocolo, instrumento de vital importancia para la función notarial y cuya existencia siempre es palpable en cada cultura.

Es de esta manera que al ir evolucionando los conocimientos se van transmitiendo entre los pueblos y es así como el descubrimiento de América y la Conquista de los pueblos descubiertos, las culturas se van fusionando y por lo tanto se va teniendo una normatividad más compleja.

A continuación analizaremos brevemente la historia del notariado en nuestro país hasta llegar a nuestra actual ley del Notariado para el Distrito Federal.

II. EL DERECHO NOTARIAL EN MEXICO.

A) Epoca Precolonial.

El Pueblo Azteca fué un pueblo con una gran riqueza cultural e incluía en su organización a un personaje llamado "TLACUILO", que 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. (12).

Evidentemente el Tlacuilo fue un gran artesano que tenía amplios conocimientos sobre los pueblos, los nombres de los personajes, deidades, animales y en general de todo aquello que lo rodeaba, cada uno de estos elementos eran representados por pictogramas a través de un glifo o símbolo. Dicha representación se asentaba en el llamado *Códice*, que consistían en hojas o tiras de papel indígena llamado amate, el cual se obtenía de la piel del venado, o de pencas de maguey, posteriormente a la conquista se asentaban en lienzos de algodón.

En los códices el Tlacuilo representaba desde los acontecimientos más sencillos hasta los derechos de tenencia de las tierras o herencias, recaudación de tributos, transmisiones de derechos, hechos históricos, etc.

El Tlacuilo y los Códices Aztecas son una aportación al patrimonio cultural del derecho notarial, debido a que como hemos mencionado, el

(12) Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Ob. cit. p. 9.

Tlacuilo Azteca fue un antecesor del notario Mexicano y los Códices se pueden considerar como antecedentes del protocolo notarial.

Es importante hacer destacar que el Tlacuilo carecía del carácter de funcionario público, limitando su actividad como hemos dicho a dejar asentados los actos que ocurrían ante su presencia.

B) Epoca de la Colonia.

Con la llegada de los españoles a América, se van aplicando las costumbres y la legislación hispana en todo el territorio descubierto. En la expedición de Cristobal Colón, Rodrigo de Escobedo ejercía las funciones de Escribano del Consulado del Mar, él era quien llevaba el diario de la expedición con el registro de tráfico de mercancías, hechos sobresalientes y la actividad de la tripulación.(13).

Durante la Conquista, los escribanos como fedatarios dejaron constancia escrita de la fundación de ciudades, la creación de instituciones, asuntos tratados en los cabildos y otros hechos relevantes de la historia.

Posteriormente, con la llegada de Hernán Cortés, la historia del notariado toma un matiz diferente, ya que de su biografía se desprende que fue un jurista formado amplio y completo conocimiento de las leyes, ---

(13) Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Apuntes para la Historia del Notariado en México. Asoc. Nal. del Notariado Mexicano, A.C. México, 1979. p. 17.

debido al trabajo que desempeñaba en Valladolid y Sevilla antes de su expedición.

Al llegar a América, Cortés desempeñó durante trece años la actividad de escribano. Teniendo pleno conocimiento de la importancia de su actividad, se hizo acompañar en todas sus hazañas y empresas guerreras de un escribano, así fue como Diego de Godoy nombrado al efecto por Hernán Cortés, dió fe de la fundación de la Villa Rica de la Vera Cruz.

En las Cartas de Relación de la Conquista de México escritas por Hernán Cortés, podemos encontrar las narraciones de las conquistas y por ende la intervención de Diego de Godoy como escribano.

Al culminar la conquista en el año de 1521 y llamar Cortés como *NUEVA ESPAÑA* a las tierras por él conquistadas, se fueron agregando otras provincias bajo jurisdicción del Virreinato de la Nueva España.

Durante la Colonia, la legislación aplicable a los súbditos de la Nueva España y demás provincias conquistadas fue la vigente en el Reino de Castilla, la cual fue completada posteriormente por Cédulas, Provisiones, Ordenanzas e Instrucciones Reales que resolvían casos concretos reunidos en la Recopilación de Indias (1680).

En esta época le correspondía al Rey designar a los escribanos tal y como se encontraba dispuesto en las Siete Partidas del Rey legislador,

Alfonso X, el Sabio, pero en la realidad se nombraban por los virreyes, gobernadores, alcaldes, y los cabildos también designaban a los escribanos. La función fedataria en un principio era ejercida por escribanos mandados de España, y paulatinamente fueron sustituidos por criollos nacidos en las tierras conquistadas.

Algunas de las primeras actas del cabildo que mencionaremos por ser importantes y en cierta forma parte de nuestra historia notarial son:

- "La del Cabildo de la Ciudad de México de 1524 en la que se niega a Hernando Pérez su petición ...para desempeñar el oficio de escribano, por considerar el Ayuntamiento que iba en perjuicio de la Ciudad."

- "La Provisión que presenta Pedro del Castillo para desempeñar el cargo de Escribano Público y del Concejo de la Ciudad de México."

- "La del Cabildo de la Ciudad de México de 1525, en que aparece la petición para que se acepte a Juan Fernández del Castillo como escribano público....El Cabildo aceptó la propuesta....." (14)."

Esta última acta es importante, por que precisamente el Protocolo -- más antiguo que actualmente se encuentra depositado en el Archivo General de Notarías del Distrito Federal, es el de Juan Fernández del Castillo y data de 1525.

 (14) Pérez Fernández del Castillo, B. Apuntes para la Historia del Notariado en México. Ob. cit. p. 23.

En aquella época, la forma de ingreso a la escribanía era por medio de la compra del oficio, de acuerdo con las leyes de Indias, Siete Partidas y la Novísima Recopilación, se establecían algunas características y requisitos que debían reunir los que compraran el oficio de escribano. La Escribanía era una actividad privada, ya que era realizada por un particular, pero tenía repercusiones públicas, Sus escrituras, debían hacerse en papel sellado, con letra clara y en castellano, sin abreviaturas, ni guarismos, y el escribano debía actuar personalmente, tenía que leerlas íntegramente, dando fe del conocimiento de la firma de los otorgantes con su firma y el signo que le era otorgado por el Rey. El documento así otorgado tenía pleno valor probatorio; el escribano por el trabajo -- desempeñado era retribuido por sus clientes de acuerdo a un arancel.

Es así como el escribano fué adquiriendo verdadera importancia, ya que proporcionaba seguridad, además de ser un factor de recaudación fiscal muy importante.

En cuanto al uso del Protocolo, Millares Carlo y J. I. Mantecón establecen que: "...en los siglos XVI y XVII los protocolos se componían de cuadernos sueltos que posteriormente cosidos eran encuadernados por los escribanos. Los cuadernos normalmente se inician con una portada en la que consta una fórmula de apertura concebida en estos términos: Año, Registro, de escrituras, testamentos, obligaciones y poderes otorgados ante mí, (aquí el nombre del escribano), escribano real o (escribano público) en todo el año de ..."

"Al final de los mismos se inserta una fórmula de cierre, en la que el funcionario hace constar que los documentos registrados pasaron y fueron otorgados en su presencia, insertando a continuación su signo y firma." (15)

De algunas otras disposiciones importantes relativas al notariado podemos mencionar, El Cedulaario de Puga que contiene dos cédulas en las cuales determina que el real escribano de minas debía desempeñar personalmente su función y que no se debían cobrar honorarios excesivos.

El Cedulaario Indiano de Diego de la Encina, que contiene referencias en cuanto a las características y uso del protocolo, al sistema de archivo, y al manejo del oficio de escribano de Gobernación y de Cámara de Justicia.

Continúan vigentes las disposiciones incluídas en la Recopilación de Indias y en los Autos Acordes, o sean los Reales Decretos, Pragmáticas y Cédulas recopiladas hasta 1775.

La Recopilación Sumaria de todos los autos acordes de la real audiencia y sala del crimen; y las pandectas hispano-mexicanas de Juan N. Rodríguez de San Miguel, que son una síntesis de disposiciones genuinamente mexicanas sobre el notariado. (16).

(15) Cit. por. Bañuelos Sánchez, F. Ob. cit. p. 64.

Vid. Millares Carlo y J. I. Mantecón. Índice y Extractos de Protocolos del Archivo de Notarios de México, D.F. El Colegio de México, 1945-46. p. 71.

(16) Carral y de Teresa, L. Ob. cit. pp. 79 y 80.

Cabe mencionar que durante la época de la colonia se hablaba de escribanos, pero en un sentido muy confuso, dada la diversidad de ordenamientos que rigieron en esa época, ya fueran leyes, decretos, cédulas, etc. Las Siete Partidas hablaban de los escribanos de la corte del Rey, que se encargaban de escribir y sellar las cartas y privilegios -- reales, y los escribanos públicos cuya función era autorizar las actas y contratos celebrados por particulares y las diligencias judiciales -- promovidas ante un juez.

Las Leyes de Indias hablaban de escribanos reales, públicos y de número. El Escribano Real, tenía la autorización real para desempeñar su cargo en cualquiera de los dominios del Rey.

Escribano de número era el escribano real que sólo podía ejercer - sus funciones dentro de una circunscripción determinada.

El escribano público se entendía en dos sentidos, uno para referirse a su función pública y otro para referirse a su cargo. Existían también otros funcionarios que eran fedatarios exclusivamente para el desempeño de funciones específicas. En tanto que el término notario se refería a los escribanos eclesiásticos, que estaban regulados por el Derecho Canónico, tenían como jurisdicción los asuntos propios de la iglesia, se dividían en notarios mayores y ordinarios, su nombramiento lo hacía el - Obispo. (17).

(17) Pérez Fernández del Castillo, B. Derecho Notarial. Ob. cit. p. 19.

C) México Independiente.

A partir de la Independencia de la Nueva España y la entrada en vigor de la Constitución de Cádiz de 1812. Las Cortes Españolas, como poder legislativo, expedieron un decreto sobre el Arreglo de Tribunales y sus Atribuciones, concediendo a las audiencias el conocimiento de todo lo relacionado con la materia de escribanos, facultándolos para examinar a los aspirantes a escribanos y formar un arancel para los derechos que debían percibir. No obstante habiéndose ya declarado la Independencia de la Nueva España en 1810 y siendo consumada en 1821 por Agustín de Iturbide, toda la legislación Española, como decretos, Cédulas, las Leyes de Indias, Provisiones y demás disposiciones siguieron teniendo plena vigencia y aplicación en México, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Provisional Político del Primer Imperio Mexicano del 10 de Enero de 1822 y que a la letra dice:

" Quedan sin embargo, en su fuerza y vigor las leyes, órdenes y decretos promulgados anteriormente en el territorio del imperio hasta el 24 de febrero de 1821, en cuanto no pugnen con el presente reglamento y con las leyes, órdenes y decretos expedidos, o que se expidieren en consecuencia de nuestra independencia." (18).

Posteriormente se fueron dictando nuevas leyes y decretos que eran acordes con la realidad y necesidades del México Independiente, con lo cual se fue dando la separación entre el Derecho Español y el Mexicano, (1821 - 1867).

(18) Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Los documentos Notariales del Archivo de Notarios como fuente de Investigación Histórica. Revista de Derecho Notarial, de la Asoc. Nal. del Notariado Mexicano A.C. No. 76. Año XXIII. Diciembre, 1979. México. p.120.

En esta época, dada la convulsión política por la que atravesaba --- nuestro país, fluctuando entre el federalismo y el centralismo, y cuando el sistema imperante era el federalismo, la legislación notarial era local, y cuando el régimen era el centralismo, la legislación notarial era de aplicación en todo el territorio nacional.

A continuación haremos una breve referencia a las principales leyes que rigieron ya en el México Independiente, a la disciplina notarial.

III. LEYES DEL NOTARIADO EN MEXICO.

Paulatinamente en el México Independiente, se fueron dictando nuevas leyes y decretos que para nuestro estudio adquirieron cierta importancia, dado que en su momento estuvieron en vigor y rigieron la Actividad Notarial en México, dando como resultado el Sistema Notarial y la ley vigente, a continuación haremos una breve mención de dichos ordenamientos:

A) Constitución de 1824.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1824, siendo de carácter federal se dictaron:

- El "Decreto del 13 de noviembre de 1828, Providencia de la Secretaría de Justicia a la de Hacienda. Que se dé noticia de los oficios de escribanos vendibles y renunciables con todos los pormenores que se expresan..." (19).

- "Circular del 10. de Agosto de 1831, de la Secretaría de Justicia", en la que se establecían los requisitos para obtener el título de Escribano en el Distrito Federal y territorios.

- "Decreto sobre la Organización de los Juzgados del Ramo Civil y de lo Criminal en el Distrito Federal del año de 1834". Este ordenamiento continúa con la misma línea que la legislación española, tratando al escri

(19) Ibid. p. 67.

bano de diligencias, como uno de los funcionarios que trabajaban en los tribunales civiles y los llamados del Ramo Criminal.

B) *Leyes Constitucionales (1836-1841).*

A la constitución de 1836, se le dió el nombre de "LEYES CONSTITUCIONALES" y estableció el régimen centralista por lo cuál la legislación sobre escribanos era de carácter general, es decir de aplicación en todo el territorio.

- "Ley para el Arreglo Provisional de la Administración de Justicia en los tribunales y Juzgados del Fuero Común 1837", establece entre otros requisitos que para ejercer la actividad de escribano se debía tener previamente la presentación y aprobación de un examen teórico y práctico.

- "Arancel de 1840." En este arancel quedaron específicamente determinados todos los actos del escribano y los cobros que debían hacer por la prestación de sus servicios.

En esta época existían tres clases de escribanos, según la Curia Filípica Mexicana y eran: escribanos nacionales, públicos y de diligencias, siendo los primeros los que habiendo sido examinados y aprobados habían obtenido el título correspondiente para ejercer sus funciones, antiguamente se les conocía como reales. Los Escribanos Públicos eran aquellos que tenían oficio o escribanía propia y protocolizaban o archivaban los

instrumentos pasados ante ellos. Los Escribanos de Diligencias eran aquellos que practicaban toda clase de diligencias judiciales. (20).

- "Circular del 27 de octubre de 1841." Expedida por el Ministerio de Justicia, en donde se establecen medidas de conservación y seguridad para los protocolos de los escribanos por interesarse en ellos las fortunas de los ciudadanos.

C) *Bases Orgánicas de la República Mexicana (1844-1847).*

Siendo presidente Antonio López de Santa Anna, fueron aprobadas las Bases Orgánicas de la República Mexicana, en las cuales se adoptaba un régimen federal como organización política.

De 1844-1847, se dictaron múltiples decretos, destacando entre otros el de: "Organización de los Juzgados del Ramo Civil y Criminal del Distrito Federal", que disponía que en cada juzgado de lo civil, debían existir anexos dos oficios públicos vendibles y renunciables, servidos por los escribanos públicos o sus substitutos, reconocía además que sólo los escribanos públicos o quienes hicieran sus veces podían actuar con los jueces de lo civil.

D) *Ley para el Arreglo de la Administración de Justicia de los Tribunales y Juzgados del Fuero Común (1853).*

Fue también expedida durante la presidencia de Antonio López de --

(20) Bañuelos Sánchez, F. Ob. cit. p. 67.

Santa Anna en 1853, estuvo vigente en todo el país y se considera que esta ley constituye la primera Organización Nacional del Notariado, establece entre otros aspectos los requisitos para ser escribano de la nación, continúa contemplando a los escribanos actuarios al servicio de los tribunales y algo muy importante es que declaran en vigor todas las disposiciones legales anteriores, siendo estas Castellanas o Nacionales, y en consecuencia siguió manteniendo las características de la legislación española.

E) *Ley de Desamortización de los Bienes Eclesiásticos (1856).*

De 1853 a 1856 se dictaron diversos ordenamientos, hasta que, en 1856, siendo presidente sustituto de la República Ignacio Comonfort, se dictó la "LEY DE DESAMORTIZACION DE LOS BIENES ECLESIASTICOS", en la cual se establecieron diversas disposiciones de observancia obligatoria, así como las sanciones por su incumplimiento, existieron también varias disposiciones que obligaban a los notarios a la vigilancia y cumplimiento de ésta ley y de las de nacionalización. Más tarde por Ley del 12 de Junio de 1859, se declaran nacionalizados los bienes eclesiásticos y se establecen entre otras disposiciones la prohibición de los notarios para autorizar algún contrato en el cuál se enajenara algún bien eclesiástico, y en caso de autorizarlo podía ser inhabilitado permanentemente de su cargo y sufrir la pena de presidio de uno a cuatro años. (21).

F) *Constitución de 1857.*

(21) Pérez Fernández del Castillo, B. Derecho Notarial. Ob. cit. p. 33.

Establecía el sistema federal como organización política, no aportó ni modificó en forma alguna el notariado.

G) *El Imperio. (1864 - 1867).*

Durante la convulsión política que se presentó en esta época, por el establecimiento de la monarquía y las luchas contra el presidente Benito Juárez, el 10. de febrero de 1864, la Regencia del Imperio dictó un Decreto en el cual por primera vez se sustituye el término de Escribano por el de Notario. De dicho documento transcribimos lo que en lo conducente dice:

"Art. 10. Los oficios públicos de escribanos que en la capital del Imperio existen hasta hoy legalmente con el nombre y carácter de vendibles y renunciables, se denominarán en lo sucesivo - Notarías Públicas; y en ellas solamente podrán existir y llevarse protocolos o registros, en que se entiendan los instrumentos públicos de cualquier clase. Los dueños y encargados de las Notarías se llamarán Notarios públicos del Imperio, y en la manera de habilitarse y de desempeñar sus obligaciones respectivas, quedarán sujetos a lo que disponen o dispusieran las leyes...". (22).

- Ley Orgánica del Notariado y del Oficio de Escribano, expedida por Maximiliano de Habsburgo en 1865.

Esta ley fue expedida durante el Imperio por el Emperador Maximiliano de Habsburgo, se le considera como la primer ley orgánica del notariado, su aplicación fue en todo el territorio nacional y abrió un horizonte diferente a la actividad notarial.

 (22) Pérez Fernández del Castillo, B. Apuntes para la Historia del Notariado en México. Ob. cit. p. 46-47.

"Se define en ella al notario público como el "Funcionario revestido por el Soberano de Fe Pública para extender y autorizar con su firma las escrituras de las últimas voluntades, actos y contratos que se celebran entre partes, así como los autos y demás diligencias de los procedimientos judiciales". (23).

"En tanto que Escribano es un funcionario revestido de Fe Pública para autorizar en los casos y forma que determine la ley los actos".(24).

El Notariado era un empleo que sólo podía conferir el emperador, y sólo a quienes tuvieran el título de abogados.

Respecto al Protocolo y a los Instrumentos Públicos, cabe hacer mención que sistematiza y ordena el uso del protocolo, de tal forma que establecía que cada notaría pública tenía la obligación de llevar un libro empastado que contuviera el inventario general del archivo, y otro comprendiendo el registro general de todos los instrumentos públicos del -- Protocolo.

Los Instrumentos Públicos debían redactarse en castellano, con letra clara, sin abreviaturas y las cantidades debían ir con letras. Establecía reglas específicas para testar y entrerrenglonar las palabras.

(23) Pérez Fernández del Castillo, B. Derecho Notarial. Ob. cit. p. 36.
(24) Bañuelos Sánchez, F. Ob. cit. p. 68.

Los instrumentos debían escribirse uno detrás de otro, sin dejar blancos o claros en el papel.

En cuanto al Protocolo este era abierto, es decir que los instrumentos debían escribirse en pliegos sueltos, enteros, con el sello correspondiente, numerados por orden progresivo, llevando con letra y número el de su respectiva foja. A cada pliego se le debían agregar cosidos los documentos relacionados con el instrumento.

Es importante destacar que en este momento ya existía el *Protocolo Abierto*, mismo que dejó de existir en nuestra legislación, hasta que nuevamente en 1986, se volvió a integrar como Protocolo Abierto Especial, con características determinadas que analizaremos más adelante.

El pliego del protocolo se dividía en tres partes iguales, salvo el doblez llamado ceja o costura, y el instrumento debía ocupar dos partes y la tercera quedaba libre para hacer algunas anotaciones, al margen del instrumento se ponía el número que le correspondía y un extracto del contenido; esta anotación es lo que actualmente se conoce con el nombre de Apostilla.

Esta ley establecía también que si el instrumento no era firmado por los interesados dentro de los cinco días contados, a partir del momento en que se dió aviso para ser firmado, autorizaba al notario para asentar

la razón de "NO PASO" por no haber sido firmada dentro de ese plazo;

Asimismo, se estableció que el notario debía llevar un índice de todos los instrumentos conforme el orden de su otorgamiento, sólo se expedía una copia del documento autorizado para los interesados y para expedir otra se requería de mandamiento judicial.

Esta ley también definió a los Notarías Públicas como "Los despachos donde ejercen sus funciones los Funcionarios de la Fe Pública, recibidos e incorporados al Colegio". (25).

II) *Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal. (1867).*

Fue promulgada por Benito Juárez el 29 de Noviembre de 1867, una vez restablecida la República; esta ley separó la actuación del notario y la del secretario de juzgado, terminó con la venta de notarías y distinguió entre Notarios y Actuarios, definiendo al Notario como: "El Funcionario establecido para reducir a instrumento público los actos, contratos y últimas voluntades". Al Actuario se le definía como: "El destinado para autorizar los decretos de los jueces, árbitros y arbitradores", es decir, que sólo podía intervenir en materia judicial, siendo la actividad de el notario y del actuario incompatibles entre sí. (26).

La presente ley cambió el signo otorgado antes por el Rey, por el uso del sello, en cuanto al protocolo señaló como atribución exclusiva

(25) Pérez Fernández del Castillo, B. Ob. cit. p. 39.

(26) Carral y de Teresa, L. Ob. cit. p. 82.

del Notario autorizar en sus protocolos con total arreglo a las leyes, toda clase de instrumentos públicos, siendo el protocolo el único instrumento donde se podía dar fe originalmente. El sistema del protocolo era abierto como en la ley de 1865, se formaba en cuadernos de cinco -- pliegos metidos unos dentro de los otros y cosidos, se asentaban los instrumentos en papel del sello que demarcara la ley, el Notario tenía la obligación de integrar el protocolo, todas las hojas tenían el número de su foliatura en letra y guarismo, además el sello y rúbrica del notario, a quien pertenecía el protocolo, éste debía de cerrarse al final de cada semestre, en junio y diciembre y debía encuadernarse al cabo de ese tiempo.

Esta ley guarda gran semejanza con algunos aspectos de la ley actual como lo veremos más adelante.

En 1875, el presidente Lerdo de Tejada declara la profesión Libre del Notariado.

1) *Período Pre-Revolucionario (1901).*

Antes de la Revolución, siendo presidente de la República Mexicana Porfirio Díaz, promulgó la ley de 1901, cuyo ámbito de aplicación fué en el Distrito y territorios federales.

Los aspectos más importantes de esta ley son los siguientes:

El ejercicio del notariado era de orden público, conferido por el Ejecutivo de la Unión a un profesional del Derecho, establece la incompatibilidad de la función notarial con otras actividades, y obligaba al notario a redactar por sí mismo las actas notariales o escrituras matrices, preveía la existencia de adscriptos y regulaba su actividad.

En cuanto a los instrumentos estatuye lo que en lo conducente dice:

"...debían constar en forma original en el protocolo formado por uno o varios libros sin pasar de cinco....." (27).

El protocolo era cerrado, de conformidad con el artículo 38 de ésta ley que en su parte conducente establecía:

"...estos libros encuadernados empastados sólidamente, constarán de ciento cincuenta fojas, cada uno numerados por páginas y una foja más al principio y sin numeración destinada al título del libro." (28).

Con el Protocolo el Notario debía llevar una carpeta llamada "Apéndice", donde depositaba los documentos base y relacionados con las actas notariales, debía llevar un libro especial de poderes y un "libro de extractos", para asentar un resumen del instrumento, con mención de su número.

 (27) Pérez Fernandez del Castillo, B. Apuntes para la Historia del Notariado Mexicano. Ob. cit. p, 67.

(28) Loc. cit.

Esta ley le daba pleno valor probatorio al documento notarial.

J) Constitución de 1917.

No hace mención o cambio alguno a la actividad notarial, deja con plena fuerza y vigor los ordenamientos "especiales", que en materia notarial fueron promulgados con anterioridad, con excepción de la ley del trece de abril del mismo año, que establece que los asuntos del notariado son competencia del Gobierno Federal y no de la Secretaría de Justicia.

K) Ley del Notariado de 1901.

Fue promulgada por el entonces presidente Pascual Ortíz Rubio, -- abrogó la ley de 1901, al respecto afirma que la función notarial es de orden público y proviene del Estado, define al notario como funcionario dotado de "Fe Pública", le da más importancia a la actuación de los notarios adscritos, suprime el libro de extractos y obliga a llevar un índice por duplicado, continúa en la misma forma el protocolo, los requisitos para el otorgamiento de escrituras y naturaleza jurídica entre otros aspectos.

L) Ley del Notariado de 1945.

Ley del Notariado para el Distrito Federal y territorios de 1945.

Esta ley conserva algunos criterios de leyes anteriores, establecía al notariado como una función de orden público, a cargo del Ejecutivo de la Unión, quien a través del Departamento del Distrito Federal, la encomendaba a profesionales del derecho que obtuvieran la patente de notario.

Definía al Notario como: "La persona, varón o mujer, investido 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 actos o hechos jurídicos revistiéndolos de solemnidad y formas legales". (29).

El Notario sólo podía actuar en el Distrito Federal, aunque los actos que autorizara se refirieran a otro lugar, suprimió los notarios adscritos. Uno de los avances más importantes de esta ley fué el establecimiento del examen de oposición para obtener la patente de notario, sólo pudiendo participar en el examen quien tuviera la calidad de aspirante, para poder actuar e iniciar sus operaciones, el notario debía otorgar fianzas y proveerse a su costa del sello y protocolo.

En cuanto al protocolo este es "Cerrado", se compone de varios libros, en suma diez, empastados, previamente encuadrados y autorizados por el Jefe del Departamento del Distrito Federal para ser utilizados.

(29) Pérez Fernández del Castillo, B. Derecho Notarial. Ob. cit. p. 55.

Proporcionaba las características para la formación de cada libro, las medidas de las hojas, al igual que las dimensiones del margen, también su forma de utilización, establecía las notas de apertura y cierre de los libros, el término de cinco años como plazo para que el notario tuviera en su poder los libros, después enviarlos para su custodia permanente al Archivo General de Notarías.

Estableció también las características del sello de autorizar, los requisitos y formalismos para realizar la escritura.

Disponía que el protocolo sólo podía ser sacado de la notaría por el notario, en los casos determinados por la ley, para recoger firmas y dentro de su jurisdicción. Preveía la existencia de el apéndice, que era una carpeta que se abría por cada volumen del protocolo y contenía los documentos relacionados con cada escritura; también debía ser encuadrada y empastada por volúmenes y debían ser entregados al Archivo General de Notarías con su protocolo correspondiente.

La citada ley señalaba la existencia del índice que se debía llevar enlistando por orden alfabético los apellidos de los otorgantes y de sus representados, anotando el número de escritura, la naturaleza del acto o hecho, la página, volumen y fecha; el índice corría la misma suerte del protocolo y el apéndice.

Se regulaba lo referente a las etapas de autorización de un instru-

mento, ya fuera preventiva o definitiva, dependiendo de la naturaleza del acto, y si la escritura no se firmaba dentro del término de un mes, contado a partir de la fecha en que se extendía en el protocolo, el notario asentaría la razón de "NO PASO" y su firma. El Notario además de extender escrituras y actas debía expedir testimonios que consistían en la transcripción íntegra o parcial de una escritura o acta notarial, anexando al testimonio los documentos que obraran en el apéndice.

Las escrituras, actas y testimonios podían estar afectados de nulidad por algunas causas que la misma ley mencionaba, pero en tanto, el documento notarial estaba dotado de pleno valor probatorio, siempre que no fuera declarada su falsedad.

La ley señalaba algunas otras disposiciones importantes en cuanto al ejercicio del cargo de notario, tales como causas de separación, sanciones, licencias, suplencias, insepcciones y también establecía la colegiación obligatoria.

La ley del notariado para el Distrito Federal de 1945, fue reformada en 1952, 1953, 1966, y 1974, dejó de ser aplicable en los Territorios Federales, al desaparecer estos conforme a la reforma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

M) *Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1960.*

Esta ley, en términos generales suprime el distingo de varón y mujer para poder aspirar a la expedición de la patente de notario, hace algunos términos confusos como el de acta y escritura, en cuanto al protocolo y su utilización, no tuvieron cambio.

N) Ley del Notariado para el Distrito Federal de 1986.

Esta ley sufrió reformas en varios aspectos, tales como que se cambia el concepto de Notario para definirlo como:

"El Licenciado en derecho investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignen los actos y hechos jurídicos..." Art. 10.
(30).

Con base a estas reformas, la ley define más claramente los conceptos de acta y escritura que hasta entonces habían sido muy confusos, introduce el sistema del Protocolo Abierto Especial, tal y como lo analizaremos más adelante.

(30) Ley del Notariado para el Distrito Federal. Diario Oficial de la Federación, de fecha de enero de 1986.

CAPÍTULO II

DEL PROTOCOLO NOTARIAL

I. CONCEPTO DE PROTOCOLO NOTARIAL EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE.

Una vez que hemos hecho un breve recorrido por la historia del derecho notarial, es necesario destacar la importancia que tiene el estudio de la actividad notarial; por consiguiente a continuación profundizaremos en el estudio del protocolo notarial, algunas cuestiones técnicas respecto a su funcionamiento y utilización, de igual manera conoceremos cuáles son los documentos que el notario expide, y qué elementos utiliza para desempeñar sus funciones de fedatario público, todo ello -- con objeto de tener una mejor comprensión de los postulados que más adelante plantearemos.

Iniciamos este apartado con el estudio del protocolo; etimológicamente la palabra protocolo proviene del latín "Protocollum" y éste a su vez de "Protokolon", cuyas raíces de origen griego son: "protos", que significa primero y "kollao" que significa pegar, es decir la primera -- hoja encolada o pegada."Serie ordenada de escrituras matrices y otros documentos que un notario o escribano autoriza y custodia con ciertas formalidades"... (31).

(31) Soberón Mainero Miguel. "Protocolo", en Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo VII. P. REO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Ed. 1a. México. 1984. pp. 299 y 300.

La palabra protocolo tiene múltiples y muy diversos significados, dependiendo de la materia de que se trate. De tal manera lo señala Emérito González al afirmar que tratándose de la actividad notarial protocolo es el "Conjunto de Escrituras Públicas matrices hechas durante un año, -- por orden cronológico y en forma que las leyes notariales prescriben". (32).

En diversas épocas se ha llamado protocolo al minutarario que el notario utilizaba para apuntar brevemente la substancia o extracto de un acto; o la escritura matriz extendida por el notario con arreglo a derecho, y finalmente el libro en que se conservan unidas unas a otras todas las escrituras matrices.

Concretando el pensamiento de diversos autores y en cuanto a la materia notarial se trata, podemos decir que el protocolo es la colección o conjunto ordenado de documentos notariales.

Por lo que toca a su origen, resulta muy difícil tratar de precisar el surgimiento del protocolo, ya que su historia corre paralela a la evolución del notariado. Como hemos podido observar, en el capítulo anterior, la palabra protocolo aparece por primera vez en la Novela 44 de Justiniano, haciendo referencia a una serie de requisitos que los tabeliones debían seguir para el desempeño de sus funciones. Cabe recordar que para

(32) Emérito González, Carlos. Teoría del Instrumento Público en Revista Internacional del Notariado. Año XII. No. 46-47. 2o. y 3er, trimestre. 1960. Madrid, España. p. 73.

los Romanos PROTOCOLLUM era lo que estaba escrito a la cabeza del documento, donde solía ponerse el tiempo de su fabricación; es decir que se refería al material que utilizaban y en el que se asentaban los actos otorgados por aquel funcionario.

Más tarde el protocolo se presentó como un asiento y por acumulación de ellos un libro, es decir, que constituye un extracto o minuta -- del documento original que suscriben las partes y conservan éstas de tal forma que los Glosadores Italianos establecían que:

"Los Escribanos Públicos tengan las notas primeras que tomaren de las cartas que ficieren, por que si la carta se perdiere o viniere sobre --- ella alguna duda que pudiere ser probada por la nota donde fué sacada". (33).

Encontramos también que en España la Pragmática de Alcalá expedida por los Reyes Católicos en 1503, disponía que cada escribano tuviera un libro de protocolo encuadernado, de pliegos de papel enteros, en los cuales había de escribir por extenso las notas de las escrituras que ante él pasaren, y se hubieren de otorgar, declarando las condiciones de su otorgamiento, estableciendo las cláusulas, renunciaciones y sumisiones-- establecidas por las partes. (34).

La importancia de la anterior disposición radica en que fué asimilada por que la Novísima Recopilación, misma que siendo parte del Dere-

(33) Giménez Arnau, Enrique. Derecho Notarial. Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, España, 1976, p. 845.

(34) Pérez Fernández del Castillo. B. Derecho Notarial. Ob. cit. p. 91.

cho Indiano influyó en la organización jurídica de las colonias, que aún ya independientes tomaron como base para dicha organización tales disposiciones y fueron conformando así su regulación jurídica vigente.

Actualmente la Ley de Notariado vigente para el Distrito Federal, contempla la existencia de dos clases de protocolo, siendo éstos, el protocolo ordinario y el protocolo abierto especial.

Por lo que se refiere al protocolo ordinario, denominado también protocolo cerrado, por ser previamente empastado, el artículo 42 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal lo define de la siguiente manera:

Art. 42.- "Protocolo es el libro o juego de libros autorizados por el Departamento del Distrito Federal, en los que el notario durante su ejercicio, asienta y autoriza con las formalidades de la presente ley, las escrituras y actas notariales que se otorguen ante su fe".

Estos libros son propiedad del Departamento del Distrito Federal, aunque el notario los tenga que adquirir de su propio peculio.

"...El protocolo es público en cuanto que no es patrimonio propio del Notario, sino un depósito que el Estado le confía, como consecuencia de la función. Más ese carácter público, mejor dicho, de propiedad pública, que tiene el protocolo, no equivale a que haya de serlo su contenido: una cosa es la solemnización o intervención oficial de los actos

privados de los que se infiere a quien corresponde la propiedad del protocolo, y otra cosa es que los actos protocolizados hayan de guardarse con la debida reserva..." (35).

El Notario deberá hacer constar en su protocolo todos los actos que él autorice, ya que la fe pública notarial es documental y no verbal, -- por ello es que las actas y escrituras públicas sólo pueden autorizarse en el protocolo, con base a lo cual se expiden copias, testimonios, y certificaciones de los instrumentos que consten en él.

El Notario deberá solicitar al Departamento del Distrito Federal, la autorización del número de libros que pasarán a formar parte del protocolo a su cargo, los cuales no podrán ser más de diez libros en cada ocasión.

(35) Giménez Arnau, E. Ob. cit. p. 845.

11.- CARACTERISTICAS Y FORMALIDADES EN LA UTILIZACION DEL PROTOCOLO.

Para dedicarnos al estudio del protocolo, es importante destacar -- las características y formalidades que se precisan para la utilización del mismo, por ello a continuación haremos referencia a diversas cuestiones técnicas que la ley del notariado vigente para el Distrito Federal establece:

A) Razón de Autorización.

Para que el notario pueda hacer uso de los libros del protocolo, necesita obtener la autorización del Jefe del Departamento del Distrito Federal, o de la persona en quien se haya delegado dicha facultad, --- siendo actualmente la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos, a través del jefe de la Unidad del Notariado. Dicha autorización deberá asentarse en la primera página útil del libro y contendrá el lugar y fecha de autorización, el número que le corresponda al libro según los que se le hayan autorizado, el número de páginas útiles, contando inclusive la primera y última, el número de la notaría, nombre y apellidos del notario, ubicación de la notaría y la siguiente fórmula:

"Este libro solamente deberá utilizarse por el notario o su asociado, suplente o quien lo sustituya en el cargo".

Tendrá la firma del Subdirector del Notariado.

B) *Razón de Entrega.*

Es el asiento que hace el Archivo General de Notarías al final de la última página del libro, donde hace constar la entrega de los libros al notario; esta razón tiene como objeto llevar un control de los libros que tiene en su poder el notario.

C) *Razón de Apertura.*

Inmediatamente después de la "razón de autorización", en la misma primera página, el notario debe anotar la fecha en que empieza a utilizar el libro, así como su firma y el sello de autorizar.

Una vez que se ha cumplido con estos requisitos, el libro ya está en posibilidad de ser utilizado, es decir que el notario ya puede actuar en él.

La Ley señala claramente las características que debe tener el libro, por lo cual los libros del protocolo deberán estar encuadrados y empastados. Cada uno consta de trescientas páginas, más una hoja al principio sin numerar, destinada al título del libro. Las hojas del libro deben ser de papel blanco de treinta y cuatro cm. de largo por veinticuatro cm. de ancho; en su parte utilizable, con un margen izquierdo de ocho cm., separado por una línea de tinta roja. Dicho margen está destinado para poner las razones y anotaciones marginales que legalmente deben asentarse en él. Entre algunas de esas anotaciones marginales po-

dríamos mencionar:

La "APOSTILLA", anotación que contiene el número de la escritura, el nombre del acto o hecho que se consigne, el nombre de los otorgantes o de sus representados.

La nota de "NO PASO", es la anotación que se pone al instrumento -- cuando los otorgantes no se presentan a firmar la escritura dentro de los treinta días naturales siguientes al día en que se asentó en el protocolo, quedando por lo tanto dicha escritura sin efecto, o bien por estar equivocada ésta, o en el caso de que las partes ya no quisieren celebrar el acto jurídico.

Otra nota marginal es en la que se asientan los datos de expedición de testimonios y los datos de inscripción de los mismos en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio en caso de que el acto sea inscribible, ésta nota deberá estar firmada por el notario con su rúbrica o media firma.

Se asientan también en otra marginal y se agregan al apéndice del protocolo las constancias del pago de impuestos, el aviso al Archivo General de Notarías, por el otorgamiento de un testamento, etc.

Cuando se agote este márgen dedicado para poner las razones y anotaciones marginales, se pondrá razón de que éstas continúan en hoja por

separado, especialmente destinada al efecto, la cual se agregará al --- apéndice. (Art. 48).

No se deberán escribir más de cuarenta líneas por página y deberán quedar a igual distancia unas de otras. Los libros que integran el protocolo, deben ir numerados progresivamente, es decir del cero al nueve. La primera escritura se anotará en el libro uno, la segunda en el libro dos y así sucesivamente hasta terminar el último libro en uso en la primera vuelta, iniciando la segunda y demás vueltas de la misma manera hasta agotar así el juego de libros autorizado.

- La numeración de las escrituras es progresiva y no podrá interrumpirse en ningún caso aún cuando alguna escritura tenga la nota de 'no paso'. Una vez que el libro o juego de libros esté por concluirse, el notario deberá comunicarlo por escrito al Departamento del Distrito Federal a través de la autoridad correspondiente y enviará otro juego de libros para su autorización con el propósito de que el notario no se -- quede sin protocolo autorizado, de tal manera que no interrumpa el otorgamiento de las escrituras.

Una vez que el libro se ha terminado, después del último instrumento asentado, el notario pondrá la *Razón de Terminación*, que deberá contener lo siguiente: la fecha y hora del asiento, el número de páginas utilizadas, el número de instrumentos asentados, su firma y sello de autorizar. El notario dispone de treinta y cinco días naturales posteriores

a la razón de terminación para asentar la *Razón de Cierre* en la que hará constar los instrumentos extendidos, el día y hora en que se cierre el libro, así como los instrumentos que tuvieren la nota de 'no paso', los que estén pendientes de autorización o firma numerándolos y señalando el motivo por el cual estén pendientes. Enseguida estampará su firma y sello de autorizar.

Después de asentar la razón de cierre, el notario dentro de los --- treinta días hábiles siguientes a la fecha en que se asentó, enviará los libros al Archivo General de Notarías en donde el director de éste extenderá la certificación de la fecha y hora en que se cierre el libro y en su caso la autorización con su firma y sello, debiendo inutilizar por medio de líneas cruzadas o perforaciones las hojas en blanco que hayan sobrado y devolverá el libro al notario dentro de los cinco días hábiles siguientes. El notario siempre al cerrar uno de los libros del protocolo deberá cerrarlos todos. (Art. 54).

D) *Razón de Clausura.*

Se asienta cuando un notario cesa definitivamente sus funciones ya sea por muerte, renuncia o destitución, siguiendo el procedimiento para la clausura del protocolo conforme lo establecido en la propia ley del notariado.

Con base a lo anterior podemos constatar que existen una serie de

lineamientos que establece la ley y que por ende el notario debe cumplir, todo ello con el propósito de que en ningún momento se interrumpa su actividad así como que haya plena certeza en los documentos e instrumentos asentados en el protocolo, sin dar la posibilidad de que se altere su número o condiciones convenidas por las partes así como otorgar plena -- seguridad de que el instrumento fué realizado conforme a la ley.

El notario no puede autorizar acto alguno sin que lo haga constar en su protocolo, de tal forma que siempre los instrumentos se deberán asentar con letra clara, pudiendo utilizar cualquier procedimiento de impresión que sea firme, indeleble y legible, no puede haber abreviaturas, guarismos ni espacios en blanco, se prohíben las enmendaduras o raspaduras.

En caso de que una palabra esté equivocada o haya algo en el cuerpo de la escritura que por voluntad de las partes se tuviere que modificar, se testará, cruzando la palabra con una línea de tal forma que la deje legible y al final de la escritura antes de la firma de los otorgantes se salvará lo testado o entrerrenlonado, esto con motivo de que no haya posibilidad de efectuar un cambio posterior a la firma de la escritura.

Al salvar una escritura deberá hacerse con todo cuidado de señalar las palabras que no valen, así como las que sí valen especificándose el número de palabras, letras y signos testados y el de los entrerrenlo-

nados, para que posteriormente al momento de la expedición de los testimonios estos ya contengan los datos correctos, tanto de lo que se agregó como de lo que se suprimió.

Los instrumentos siempre se redactarán en idioma castellano y siguiendo las formalidades y procedimientos establecidos en la propia ley.

111.- PROTOCOLOS ESPECIALES.

Además del protocolo llamado ordinario, existen otros tipos de protocolo a los que se les ha llamado especiales, en razón de que sólo pueden ser utilizados para ciertos actos específicamente determinados por diversas leyes, como la propia ley del notariado, la Ley General de Bienes Nacionales, las Orgánicas del Departamento del Distrito Federal y del Servicio Exterior Mexicano; éstas leyes prevén la existencia de los protocolos que a continuación mencionaremos:

A) *Protocolo del Departamento del Distrito Federal.*

Se encuentra previsto en los artículos 39 y 40 de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, en el cual eran asentados los actos y contratos en que interviniera el Departamento del Distrito Federal. Este tipo de protocolo es ya inoperante, dadas las últimas reformas a la ley del notariado en virtud de las cuales su uso es substituído por el protocolo abierto especial, mismo que estudiaremos más adelante.

B) *Protocolo del Patrimonio Inmueble Federal.*

Se encuentra regulado por los artículos 72 y 73 de la Ley General de Bienes Nacionales, y establecen que en él se asentaron los actos jurídicos relacionados con inmuebles en que sea parte el Gobierno Federal y que requieran la intervención del notario de Patrimonio Inmueble Federal, que es nombrado por la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología;

este protocolo tiene las mismas características que el protocolo ordinario, además de contar con la autorización del Departamento del Distrito Federal debe tener la autorización de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología.

Esta misma Secretaría puede realizar revisiones o requerir información periódica de los protocolos y ningún notario podrá autorizar escritura alguna de adquisición o enajenación de bienes inmuebles en que sea parte el gobierno federal, si no tiene la intervención y autorización previa de la escritura por parte de ésta Secretaría, y los actos que se realizaren en contravención a lo antes dispuesto serán nulos de pleno derecho.

Los notarios llevarán este protocolo especial con sus respectivos apéndices e índices de instrumentos y con los demás requisitos que la ley exige para la validez de los actos notariales.

C) *Protocolo Consular.*

Este protocolo también es especial, puesto que es utilizado por los cónsules, que actuando en funciones de Notario, asientan los actos y con tratos celebrados por mexicanos en el extranjero y que deban ser ejecutados en territorio mexicano.

En caso de que en el lugar no hubiere funcionado consular, al jefe

de la misión diplomática le corresponde la fe pública para hacer constar los actos citados. Este tipo de protocolo debe estar autorizado por la Secretaría de Relaciones Exteriores, y se encuentra regulado por la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano y su Reglamento.

D) Protocolo Abierto Especial.

El 13 de enero de 1986 fueron publicadas en el Distrito Oficial de la Federación las modificaciones y adiciones a la ley del Notariado para el Distrito Federal, siendo materia de las cuales la reciente incorporación del Protocolo Abierto Especial, que se localiza en el Capítulo Tercero, Sección Quinta, intitulada Del Protocolo Abierto Especial.

Este tipo de protocolo no es desconocido para México, ya que desde la época de la Colonia y en el México Independiente fué el sistema utilizado, pero dejó de serlo debido al descuido y negligencia de algunos notarios, en cuanto a su forma de manejar el pliego suelto y el permitir a sus empleados que escribieran en él sin el menor cuidado, así como por la inconveniente e inoportuna forma en que eran encuadrados. Por todo ello, el legislador se vió obligado a suprimirlo e implantar el sistema de protocolo cerrado, que por su propia naturaleza le daba mayor seguridad jurídica a los instrumentos otorgados ante el notario.

Como mencionábamos anteriormente, la Ley en su artículo 59-A, establece lo que en lo conducente dice:

Art. 59-A.- "Los notarios llevarán un protocolo abierto especial para actos y contratos en que intervenga el Departamento del Departamento del Distrito Federal. En este mismo protocolo podrán también asentar las actas y escrituras en que intervengan las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal cuando actúen -- para el fomento de la vivienda o con motivo de programas para la regularización de la propiedad inmueble..." (36).

En la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, se señalan cuáles son las dependencias y entidades a que se refiere la Ley del Notariado y que por lo tanto pueden hacer uso de este tipo de protocolo. Sabemos que la Administración Pública Centralizada está integrada por: La Presidencia de la República, las secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría Federal de la República.

La Administración Pública Paraestatal la componen: los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y de fianzas y los fideicomisos. (37).

Es necesario destacar que el Protocolo Abierto Especial nació como respuesta a la preocupación de la demanda de vivienda que hay en el Distrito Federal, y que en forma conjunta el colegio de notarios y las autoridades del Distrito Federal se dieron a la tarea de tratar de solu-

(36) Ley del Notariado para el Distrito Federal. Reformas Publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha. 13 de Enero de 1986.

(37) Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Ed. Pac. México, 1988. pp. 5-6.

cionar tan grande problema, mismo que constituye un reclamo social dado el desmesurado y desordenado crecimiento urbano que en los últimos años ha sufrido ésta capital, de tal manera que se pueda dotar de vivienda a los sectores más necesitados de la población, y a su vez regularizar la tenencia de la tierra.

El protocolo abierto especial constituye un avance de notariado moderno; se forma por la colección ordenada de cien instrumentos asentados en hojas foliadas, selladas y perforadas llamadas *folios* los cuales, son uniformes, miden treinta y cuatro cm. de largo por veintitrés y medio cm. de ancho, con un margen de un cm. y medio en su orilla externa, llevan impreso o grabado el sello del colegio de notarios, están foliados y tienen el número de la notaría a la cual pertenecen y son utilizados.

El notario se provee a su costa de los folios, los cuales deben ser autorizados por el Departamento del Distrito Federal mediante perforaciones, al igual que en el protocolo cerrado, no puede haber espacios en blanco y puede ser utilizado para asentar las escrituras o actas, cualquier medio de impresión, siempre y cuando sea firme, legible e indeleble. El sello de autorizar debe estamparse en la parte superior derecha al anverso de cada folio, al contrario que en el protocolo cerrado que se estampa en la parte superior izquierda al anverso de cada hoja.

El protocolo abierto especial se integra de la siguiente manera:

Cada cien instrumentos otorgados incluyendo los que tengan la nota de no ~~pro~~, integran un *volúmen*, y cada diez volúmenes constituyen un *tomo*.

Los instrumentos, volúmenes y tomos deberán ser numerados progresivamente y siempre se pondrán antes o después del número de la escritura, tomo o volúmen las siglas "P.A.E.", dicha numeración es totalmente independiente del protocolo ordinario.

Al igual que en el protocolo cerrado, en el protocolo abierto el notario debe asentar diversas razones, tales como:

Razón de Apertura.- Para que el notario pueda hacer uso de los folios que integren un volúmen, y posteriormente un tomo, en una hoja no foliada y encuadernada antes del primer folio hará constar el lugar y la fecha en que se inicie, el número que le corresponde dentro de la serie de los que sucesivamente se hayan abierto en la notaría a su cargo, la ubicación de la misma y la mención de qué tomo se formará con los volúmenes que contengan los instrumentos utilizados por el notario o por ~~quien~~ legalmente lo substituya.

Razón de Substitución.-Se asienta cuando un volúmen se haya abierto y el notario sea suplido o substituído. En ese caso, el notario que va continuar actuando, deberá asentar después del último instrumento extendido en una hoja sin foliar su nombre, apellido, firma y sello de autorizar.

Razón de Terminación.- Dentro de los treinta días hábiles siguientes a la terminación de un tomo, el notario en una hoja sin foliar debe indicar la fecha del asiento, el número de folios que fueron utilizados, los instrumentos asentados, su firma y sello al calce; ésta hoja se agregará al final del último volumen que integra un tomo, el contenido de la presente razón se debe comunicar al Archivo General de Notarías, y a partir de la anotación de la razón de terminación el notario tiene seis meses para encuadernar los volúmenes.

Razón de Cierre.- Dentro de los treinta y cinco días naturales después de la fecha en que se asiente la razón de terminación del tomo, el notario debe hacer constar el número de tomo, los volúmenes que contiene, el número de hojas que integran cada volumen, el número de los instrumentos que contiene el tomo, así como el número correspondiente al primero y último de los instrumentos asentados en el mismo, los números de los instrumentos no autorizados y señalando la razón por la cual no lo están; al calce de esta nota, el notario estampará su firma y sello.

Dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha en que debe estar encuadernado cada tomo, el notario debe enviarlo al Archivo General de Notarías, donde se revisará la razón de cierre, y a los cinco días hábiles siguientes los tomos serán devueltos al notario para su conservación.

Para llevar el control de los folios, el notario lleva por cada to-

mo un libro de control de folios, sólidamente empastado y encuadernado, en el que se anota el número del instrumento, la fecha, naturaleza jurídica del acto, el nombre de las partes y número de folios utilizados en cada escritura.

El artículo 59-J de la Ley del Notariado vigente para el Distrito Federal, establece el procedimiento de inutilización de un folio, de tal forma que, si la inutilización del folio se presentare antes de que sea firmada la escritura por alguna de las partes, se podrá utilizar el folio inutilizado por otro aunque no siga la numeración sucesiva, con tal de que el folio sea de los que se están empleando el mismo día; se deberá hacer constar ésta situación en el libro de control de folios y se asentará al pie de la escritura antes de las firmas, anotando el número de folios utilizados e inutilizados. Además, en el folio cuyo número siga al intercalado, se asentará una mención de que el faltante entre aquel y el que precede, se usó en sustitución del otro, con numeración anterior y el número de los folios, entre los cuáles quedó intercalado.

Notas Complementarias.- A diferencia del protocolo cerrado, en el protocolo abierto especial, por falta de espacio, no existen las notas marginales. Estas notas se deben asentar en el último folio de la escritura, bajo el rubro de *Notas Complementarias*, y después de la autorización definitiva. En caso de que no hubiera espacio para las notas complementarias, no se utilizará otro folio; en ese caso, en una hoja común sellada y firmada por el notario se asentarán y agregarán al apéndice con el

número correspondiente al de la escritura a que hacen referencia.

Al igual que en el protocolo cerrado, el notario debe de llevar el apéndice respectivo por los instrumentos otorgados en el protocolo abierto especial.

Evidentemente la utilización de este tipo de protocolo es un avance importante para el notariado mexicano, ya que somos de los pocos países que conservan el sistema del protocolo cerrado, y contar actualmente con un sistema abierto significa mayor agilidad en diversos aspectos, desde el punto de vista de impresión, facilidad y ligereza para su manejo, dentro y fuera de la notaría, rapidez para la firma de los otorgantes, verbigracia cuando se trate de escrituración masiva de viviendas, -- que les proporciona tranquilidad y seguridad a las partes en el momento en que ellas pueden detentar en sus propias manos el original de su escritura, y una vez firmada por todos los otorgantes ésta no sale en ningún caso de la notaría, por consiguiente, es palpable el cuidado y disciplina que las autoridades administrativas ejercen sobre la función notarial, así como el colegio de notarios del Departamento del Distrito Federal y el profesionalismo y preparación de los notarios.

Consideramos que dentro de los folios que integran el protocolo abierto especial, debería destinarse una parte para las anotaciones marginales con el objeto de no tenerlas que asentar en hoja por separado y agregarlas al apéndice, ya que cabe la posibilidad de que esa hoja se extravíe.

IV.- DOCUMENTO NOTARIAL.

El documento notarial es aquel que se asienta en forma original en el protocolo notarial. Estos documentos son las escrituras, las actas, los testimonios, las copias certificadas y las certificaciones; cabe recordar que el notario no puede autorizar acto alguno sin que lo haga -- constar en su protocolo. A continuación haremos una breve referencia a los documentos que el notario otorga y que asienta en su protocolo:

A) Escritura.

El artículo 60 de la ley del notariado para el Distrito Federal, establece lo que se entiende por escritura, artículo que a la letra dice:

Art. 60.-"Para los efectos de esta ley, se entiende por escritura cualquiera de los siguientes instrumentos públicos:

I. El original que el notario asiente en el libro autorizado, conforme al artículo 46 de este ordenamiento, para hacer constar un acto jurídico, y que contenga las firmas de los comparecientes y la firma y sello del notario.

II. El original que se integre el documento en que se consigne el acto jurídico de que se trate, y por un extracto de éste que contenga sus elementos esenciales y se asiente en el libro autorizado.

El documento deberá llenar las formalidades que señala este capítulo, ser firmado en cada una de sus hojas y al final por los comparecientes y el notario; llevar el sello de éste en los expresados lugares, y agregarse al apéndice con sus anexos.

El extracto hará mención del número de hojas de que se compone el documento, y relación completa de sus anexos y será firmado por los comparecientes y el notario.

La autorización definitiva y las anotaciones marginales se harán sólo en el libro de protocolo."

Este artículo prevé dos alternativas para otorgar una escritura. La primera que se extienda completamente en el protocolo y la segunda,-- que en el protocolo solo se haga un extracto o resumen del documento original, y éste se agregue al apéndice.

Con base a lo anterior, podemos definir a la escritura como: el documento original asentado en el protocolo por medio del cual, se hace constar un acto jurídico, que es firmado por los comparecientes, que debe llevar la firma del notario y su sello de autorizar.

Las escrituras deben ser redactadas en idioma castellano, sin abreviaturas ni guarismos y contener todos los requisitos y formalidades que señala la propia ley.

B) Acta Notarial.

El artículo 82 de la ley del notariado para el Distrito Federal define el acta notarial de la siguiente manera:

Art. 82.- "Acta notarial es el instrumento original en el que el notario hace constar bajo su fe uno o varios hechos presenciados por él, y que és te asienta en un libro del protocolo a su cargo a solicitud de parte interesada y que autoriza mediante su firma y sello."

Anteriormente había una gran confusión entre el concepto de escritura y acta. Actualmente la diferencia medular entre las dos es que en la escritura el notario hace constar actos jurídicos, en tanto que en las actas se hacen constar hechos presenciados por el notario tales como notificaciones, comprobación de firmas, cotejo de documentos, hechos materiales y en general toda clase de abstenciones que guarden las personas y cosas que puedan ser apreciadas objetivamente.

Existen algunas otras diferencias en cuanto a su estructura y redacción, en cuanto a sus efectos. "Una escritura tiene como efecto hacer constar la expresión de la voluntad en un acto jurídico, darle la forma notarial exigida por la ley. En cambio, tratándose de las actas, su efecto es crear un medio de prueba de la existencia o realización de un hecho." (38).

C) Autorización.

Autorización de una escritura, es el acto de autoridad del notario, por medio del cual reviste al documento de autenticidad, lo dota de plena eficacia jurídica y por lo tanto de pleno valor probatorio. Existen dos formas de autorización que son: la autorización preventiva y la autorización definitiva, a continuación haremos una breve referencia por lo que a cada una de ellas se refiere:

(38) Pérez Fernández del Castillo, B. Ob. cit. p. 140.

Autorización Preventiva.

El artículo 68 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, en sus párrafos 2o. y 3o. establece:

Art. 68 ... "Inmediatamente después de que haya sido firmada la escritura por todos los otorgantes y por los testigos e intérpretes en su caso, será autorizada preventivamente por el notario con la razón "ANTE MI", su firma y sello.

Quando la escritura no sea firmada en el mismo acto por todos los comparecientes siempre que no se deba firmar en un solo acto por su naturaleza o por disposición legal, el notario irá asentando solamente el "ANTE MI", con su firma a medida de que sea firmada por las partes y cuando todos la hayan firmado, imprimirá además su sello, con lo cual -- quedará autorizada preventivamente..."

Con la autorización preventiva, la forma notarial existe, pues hay consentimiento y objeto, son exigibles los derechos y obligaciones y con esta autorización, se origina el crédito fiscal, al igual que comienzan a correr los términos para la liquidación y pago del impuesto.

Las escrituras que se autorizan preventivamente son aquellas que -- por la misma naturaleza del acto requieren cumplir con un requisito posterior a la firma de los otorgantes y que es un requisito de carácter fiscal, como por ejemplo una escritura de compra venta.

Autorización Definitiva.

El artículo 69 de la Ley de la Materia establece:

Art. 69.- "El notario deberá autorizar definitivamente la escritura al pie de la misma cuando se le haya justificado que se ha cumplido con todos los requisitos legales para autorizarla. La autorización definitiva contendrá la fecha, la firma y sello del notario y demás menciones que prescriban otras leyes..."

En cuanto una escritura sea autorizada definitivamente, el notario podrá expedir el correspondiente testimonio, y por lo tanto, llevar a cabo su inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

Hay actos jurídicos que por su naturaleza no necesitan satisfacer ningún requisito fiscal, ni administrativo posterior a la firma de los otorgantes. Por lo tanto, este tipo de escrituras inmediatamente después de la firma de los comparecientes queda autorizada definitivamente, estampando el notario su firma y sello. Algunas escrituras de este tipo -- son los poderes.

Al respecto, el mismo artículo 69 establece que:

"...Cuando una escritura haya sido firmada por todos los comparecientes y no exista impedimento para su autorización definitiva, el notario podrá hacerlo de inmediato, sin necesidad de autorización preventiva."

Todos estos requisitos legales dotan al instrumento notarial de pleno valor probatorio. Sin embargo, la escritura puede estar afectada de nulidad, en el caso de que se asentare la firma y sello del notario y --

debiera tener la razón de "NO PASO", o cuando la escritura o el acta no estén autorizadas con la firma y sello del notario; de la misma manera - puede suceder con un testimonio tal y como lo veremos más adelante, que puede ser nulo cuando no tenga los requisitos establecidos por la ley co mo son: el sello y la firma del notario, aunque se puede llegar a convalidar, asentando el elemento que le hubiere hecho falta.

D) Testimonio.

En cuanto al testimonio se refiere, el artículo 93 de la Ley del Notariado vigente para el Distrito Federal a la letra dice:

Art. 93.- "Testimonio es la copia en la que se -- transcribe o se incluyen reproducidos los documentos anexos que obran en el apéndice, con excepción de los que estuvieren redactados en idioma extranjero, a no ser que se les incluya en fotocopia, - con su respectiva traducción y los que se hayan insertado en el instrumento.

No será necesario insertar en el testimonio los documentos ya mencionados en la escritura, que ha servido solamente para la satisfacción de requisitos fiscales.

El testimonio será parcial cuando se transcriba en él solamente una parte, ya sea de la escritura o acta, o de los documentos del apéndice. Las hojas que integren un testimonio irán numeradas progresivamente y llevarán al margen la rúbrica y el sello del notario.

No deberá expedirse testimonio parcial cuando la parte omitida pueda causar perjuicio a tercera persona."

El artículo antes transcrito establece claramente que el testimonio es la copia en que se transcribe íntegramente una escritura o acta nota-

rial, Por lo tanto es incorrecto pensar como tanta gente que llega a la notaría, con la creencia de que el testimonio es su escritura, y por lo tanto que determinados derechos o la propiedad de algún bien, esté incorporada al testimonio.

El testimonio notarial, es un título que acredita los derechos, de los otorgantes, sólo la matriz de la escritura o acta, es la que se encuentra asentada en forma original en el protocolo y que ahí se conserva indefinidamente.

Las hojas del testimonio deben reunir las mismas dimensiones que las hojas del protocolo, tanto del ordinario como del especial. El testimonio llevará a cada lado un margen de una octava parte de la hoja, la cual contendrá a lo más cuarenta renglones.

En el margen superior izquierdo debe llevar el sello del notario, - quien estampará su rúbrica en el margen derecho de cada hoja.

Al final de cada testimonio se asienta lo que se llama "*Pie de Expedición*", donde se hace constar el número que le corresponde en su orden, es decir, que si es el primero, segundo o ulterior testimonio de la escritura, el volumen del protocolo del que fué sacado, la fecha de expedición, el número de fojas útiles que lo integran y el nombre de la persona a cuyo favor sea expedido, pudiendo ser a cada una de las partes, al autor del acto consignado, a sus sucesores o causahabientes, --

de igual forma se asienta la constancia de fe del notario, el cual estampa su firma y sello de autorizar.

El testimonio no puede ser expedido sin que la escritura esté firmada por todos los otorgantes y autorizada definitivamente por el notario. Como ya se ha mencionado anteriormente, deberán ir salvadas las testaduras y entrerenglonaduras que hubiera en la escritura. El notario deberá llevar a cabo la inscripción del primer testimonio en el registro público de la propiedad o del comercio en caso de que la naturaleza del acto lo requiera y por supuesto que hubiere sido requerido y expensado para ello por sus clientes.

El testimonio notarial, por ser un documento público, tiene pleno valor probatorio, pues implica que los otorgantes manifestaron su voluntad al celebrar el acto consignado en la escritura, y por lo tanto que se siguieron todas las formalidades previstas por la ley para el otorgamiento del acto. En tanto que no se declare judicialmente la nulidad de la escritura o del acta, el testimonio constituye prueba plena, tal y como lo determina el Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal, que establece dentro del capítulo VII intitulado Del Valor de las Pruebas. En los artículos 402 y 403 respectivamente, dispone que los medios de prueba aportados y admitidos serán valorados en su conjunto -- por el juzgador, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia... y el artículo 403 dispone la excepción para el caso de los documentos públicos, es decir exceptúa al documento público de la apreciación

del juzgador, otorgándole pleno valor probatorio.

Para efectos procesales, el artículo 443 del mismo ordenamiento establece en lo conducente lo siguiente:

Art. 443.- "Para que el juicio ejecutivo tenga lugar se necesita un título que lleve aparejada ejecución.

Traen aparejada ejecución: I. La primera copia de una escritura pública expedida por el juez o notario ante quien se otorgó.

II. Las ulteriores copias dadas por mandato judicial, con citación de la persona a quien interesa." (39).

Por lo que a este artículo se refiere, la primera copia de la escritura es el testimonio. En tal virtud, dicho primer testimonio trae aparejada ejecución.

Planteando el supuesto de que el primer testimonio de la escritura se hubiere extraviado, los ulteriores sólo serán título ejecutivo si son expedidos por mandato judicial, careciendo de tal carácter los segundos testimonios y ulteriores en su orden.

Evidentemente, la propia ley reconoce al instrumento notarial como un documento público, por lo que en el mismo se consigna y lo que representa, que es la voluntad de las partes y la fe pública de la que el notario dota al documento.

 (39) Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Edic. 32a. Ed. Porrúa. México, 1986.

El Copias.

El notario además de expedir testimonios puede expedir copias simples, certificadas y certificaciones, a continuación veremos lo que implica cada una de ellas:

Las copias simples.- No se encuentra contemplada su existencia en la ley .Generalmente las solicitan los clientes para información interna de los interesados, y casi siempre se expiden en fotostática, careciendo de valor probatorio.

Las copias certificadas.- Son generalmente fotostáticas o impresiones de una escritura que no ha sido autorizada definitivamente por el notario. Deben ir selladas al margen superior izquierdo y rubricadas por el notario. La certificación que se asienta en la copia y de donde proviene su nombre debe contener lo siguiente:

El nombre del notario, el número de su notaría, establecer que dicha copia es conforme al original que el notario ha tenido a la vista, y que ha sido asentado en el protocolo de la notaría a su cargo, con el número y fecha que constan en la escritura la fecha, firma y sello del notario.

Las copias certificadas, difieren del testimonio básicamente en que se expiden sin que la escritura esté autorizada definitivamente. No es título ejecutivo, no son inscribibles y generalmente se expiden para que

los interesados realicen algún trámite administrativo o como constancia de la celebración del acto, en tanto que el primer testimonio de la escritura se inscribe en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, según el caso, y es entregado por el notario a los clientes.

Frecuentemente en la práctica notarial, los clientes acuden al notario para solicitarle la expedición de copias certificadas de la escritura, incluso cuando el testimonio ya ha sido registrado y entregado a los interesados. No consideramos que la expedición de dichas copias sea lo correcto, ya que el notario debería llevar un control riguroso de la documentación que expide y el carácter de quien la solicita, y así, de la misma forma como se asienta en el protocolo al expedir testimonios, debería asentarse al expedir copias certificadas.

Certificaciones.- El artículo 96 de la Ley del Notariado para el -- Distrito Federal establece:

Art. 96.- "Podrán expedirse y autorizar testimonios, copias certificadas o certificaciones, utilizando cualquier medio de reproducción o impresión indeleble".

La certificación puede ser de un acto o hecho que debe constar en el protocolo, y se asentará el número y la fecha de la escritura o del acta respectiva. Sin éstos elementos la certificación carecerá de validez.

V. COMPLEMENTOS DEL PROTOCOLO.

El notario además del protocolo cuenta con una serie de elementos que la propia ley establece y a los que a continuación haremos referencia.

A) Apéndice

Por cada libro del protocolo, el notario llevará un apéndice, el cual se define como:

La carpeta en la cual se depositarán los documentos a que se refieren las escrituras o actas y que formarán parte integral del protocolo. (Art. 56).

El apéndice se integra por los documentos mencionados en las escrituras o actas, las cuales deberán ir annumerados o señalados con letras y se ordenarán en legajos que deberán llevar el mismo número de la escritura o acta a la que pertenecen. Los legajos que forman el apéndice deberán ser encuadernados y empastados dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la devolución de los libros sujetos a certificación de cierre, de tal modo que formen volúmenes, mismos que llevarán el número de libro al que pertenecen.

Los documentos que generalmente se envían al apéndice de una escritura son: los certificados de libertad de gravámenes, los informes de --

adeudos fiscales de inmuebles, avisos preventivos del otorgamiento de -- una escritura, los documentos que acrediten la personalidad de algún otorgante, entre otros.

El apéndice por ser parte integrante del protocolo, sigue la suerte del mismo, de tal forma que no puede desglosarse, y es enviado al Archivo General de Notarías para su custodia y archivo definitivo.

B) Índice

Es una libreta que el notario debe llevar por cada juego de libros, y en la que se asientan por orden alfabético los apellidos de cada otorgante y de su representado en su caso, con la expresión de la naturaleza del acto o hecho jurídico, el libro en el cual fué asentado, número de páginas que contuvo, el número y fecha de la escritura o acta que el notario haya utilizado.

Esta libreta se lleva por duplicado, en virtud de que una se entregue con los libros del protocolo al archivo general de notarías, y la -- otra la conserva el notario.

C) Guía

Es una libreta en la cual se lleva control interno en la notaría de los instrumentos otorgados en cada juego de libros, se asienta el número de la escritura, el número de los otorgantes, la naturaleza del acto, el

número de páginas que utilizó cada instrumento, y en la misma guía se -- puede llevar un control de la entrega de los testimonios a los interesados. La guía es un elemento no contemplado por la ley, pero que en la práctica ha cobrado demasiada importancia por el orden que representa en el manejo interno de la propia notaría.

Desde nuestro punto de vista consideramos que la guía va a dejar de ser utilizada y va a ser substituída por los modernos sistemas de informática que cada vez van adquiriendo más auge dentro del campo de las notarías.

VI. SELLO DE AUTORIZAR.

"El sello de autorizar es el instrumento que emplea el notario para ejercer su facultad fedataria, es símbolo de la fe pública del Estado, - depositada en el notario." (40).

El sello de autorizar no es propiedad del notario, éste al igual que el protocolo. Es propiedad del Estado, el sello tiene forma circular, con un diámetro de cuatro cm., al centro tiene el Escudo Nacional y la inscripción siguiente:

"México, Distrito Federal, el número de la notaría, nombre y apellido del notario".

(40) Pérez Fernández del Castillo, B. Derecho Notarial. Ob. cit. p. 106.

El sello, al igual que la firma y la media firma o rúbrica del notario, deben estar registrados en la Dirección General Jurídica y de -- Estudios Legislativos, en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio y en el colegio de notarios. El sello como hemos mencionado, es -- el elemento que dota al documento de fe pública y se estampa en todos -- los documentos que el notario autorice, con lo cual se dota de valor ple -- no, que aunado a la firma del notario, representa plena seguridad publi -- ca.

En el caso de que el notario carezca de sello por robo o extravío, lo deberá hacer del conocimiento de las autoridades competentes para que a su costa se le reponga. El sello repuesto tendrá un signo especial que lo hará diferente de lo anterior; al respecto la ley de la materia en su artículo 41 bis, establece el procedimiento para obtener un nuevo sello por deterioro del original.

Como hemos visto, la ley del notariado prevé la posibilidad e incluso el procedimiento a seguir en caso de robo, extravío o deterioro -- del sello de autorizar, y no contempla en ningún caso la posibilidad de pérdida, robo o extravío del protocolo notarial, tema que resulta por -- demás interesante y que constituye el objeto del presente trabajo, mismo que plantearemos más adelante.

VII. GUARDA DEL PROTOCOLO.

El notario debe guardar el protocolo cerrado y el abierto especial cinco años, contados a partir de la fecha en que se asienta la certificación de cierre del libro, o del tomo que integra los diez volúmenes, según el protocolo. A la expiración de ese término, los protocolos son enviados al Archivo General de Notarías para su custodia definitiva.

CAPÍTULO III

EL INSTRUMENTO PÚBLICO NOTARIAL

I.- EL INSTRUMENTO PÚBLICO NOTARIAL COMO DOCUMENTO PÚBLICO.

La actividad del notario cuando interviene en la celebración de un acto, siempre responde a solicitud de parte interesada, lo cual implica que la persona que tiene inquietud en celebrar un acto jurídico acude -- con el notario para, que por medio de él, pueda encausar sus necesidades a la forma conveniente. A continuación haremos un breve esbozo de las diferentes etapas que integran la función notarial, mismas que están encaminadas a producir el instrumento notarial como documento público, -- y que es el tema a desarrollar en el presente capítulo.

El notario debe escuchar a las partes de tal suerte que esté perfectamente enterado de cuáles son las dudas, inquietudes, los efectos que se quieren producir así como los conflictos que se pudieran presentar -- por la celebración del acto. Una vez que el notario ha escuchado detenidamente a los interesados, debe interpretar la voluntad de sus clientes, buscando la forma dentro del ámbito jurídico para satisfacer sus deseos y necesidades. El notario debe aconsejar a sus clientes y plantearles -- cuál es la vía más idónea dentro del marco jurídico, para poder adecuar sus necesidades. Posteriormente el notario debe preparar el documento, es decir realizar todos los actos y gestiones necesarias para conjugar todos los elementos básicos a fin de redactar el documento, el

cual se redacta expresando lo necesario para las partes en un lenguaje jurídico, de tal forma que el notario debe vigilar porque prevalezca el orden y la buena fe, a fin de evitar confusiones y conflictos entre las partes. Una vez asentado el instrumento en el protocolo y firmado por las partes, el notario lo *certifica*, es decir, que en su calidad de fedatario le imprime certeza al acto. A continuación, como ya lo hemos mencionado el notario autoriza el instrumento dotándolo de eficacia jurídica, permitiendo que produzca sus efectos y constituya prueba plena. Posteriormente se debe *reproducir* el instrumento que ha quedado asentado en el protocolo, y realizar las gestiones necesarias para su inscripción en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio en caso de que el acto sea inscribible.

En conjunto, toda la actividad notarial, satisface el ideal de seguridad jurídica que los clientes buscan al llegar a la notaría. Podríamos concluir diciendo, que la actividad del notario, así como la de todas las personas que intervienen y conjugan sus esfuerzos, van encaminados a que el acto se realice y quede plasmado en el instrumento notarial, tema que a continuación estudiaremos.

A) Conceptos

El documento es y ha sido la forma más idónea de la que el ser humano ha podido valerse para configurar y plasmar a través de los siglos su evolución histórica; las diferentes civilizaciones en general documentaron oralmente el conocimiento, pero éste adquiriría mayor firmeza a tra-

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

vés del carácter monumental, es decir, por la forma escrita, misma que - ha perdurado a través de los milenios. Es por ello que se considera al - documento como la representación material conveniente para poner de mani- fiesto la existencia de un hecho o acto jurídico susceptible de servir, en caso necesario como un elemento probatorio.

El término instrumento proviene del latín "*instrumentum*", que a su vez proviene de "*instruere*", que significa instruir, enseñar, dar constan- cia, y se refiere a todo aquello que sirve para fijar o conocer un acon- tecimiento. El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, - define al instrumento como: "Escritura, papel o documento con que se -- justifica o prueba alguna cosa".

En el derecho romano se entendía por instrumento todo aquello con que se podía instruir una causa, en tanto que el derecho Canónico le dió a tal vocablo varias acepciones. Así tenemos que en un sentido lato co- rrespondía al concepto romano, antes mencionado, pero en sentido estric- to, correspondía a cualquier escritura y en forma principal a la escri- tura pública, que tenía fe por sí misma.

Algunos tratadistas como Carnelutti, definen al documento como:

"Una cosa que enseña algo que hace conocer." La doctrina germánica establece que el documento es la exteriorización del pensamiento percep- tible a la vista. Por su parte, Guasp afirma que todo escrito que tiene

una función probatoria, es un documento". (41).

De lo anterior, podemos afirmar que guardan cierta similitud en cuanto a su significado el documento y el instrumento, pues en ambos se consignan actos o hechos de trascendencia probatoria, y que le dan firmeza a lo que en ellos se asentó. Por lo tanto, el instrumento y el documento constituyen el género, en tanto que el instrumento público y el documento público son la especie.

Al documento público se le ha definido como: "El documento escrito otorgado por la autoridad o funcionario público, o por persona investida del ejercicio de la fe pública dentro del ámbito de su competencia y en legal forma". (42)

La doctrina ha establecido ciertos criterios, tales como el que sostiene el maestro Eduardo Pallares, al definir al documento público - como: "El expedido por un funcionario público en ejercicio de sus facultades, y dentro de las facultades que le otorga la ley al funcionario, y con los requisitos formales que la ley requiera". (43).

Borja Soriano define al documento público como:

(41) Campillo S. Antonio. El documento Notarial. en Revista de Derecho Notarial. Número Especial de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C. Año XXIV. Veracruz - México. 1980. pp. 43-79.

(42) Pina Rafael De. Pina Vara Rafael De. Diccionario de Derecho. Edic. 12a. Ed. Porrúa. México, 1984. p. 241.

(43) Pallares Eduardo. Derecho Procesal Civil. Edic. 9a. Ed. Porrúa, México, 1981. p. 381.

"El autorizado por un funcionario público, especialmente por un notario que por delegación del Estado tiene fe pública, de manera que lo que asevera que ha pasado ante él debe creerse, a menos que de una manera evidente se demuestre lo contrario". (44).

Esta definición contiene varios elementos muy importantes que - más adelante comentaremos.

Don Enrique Gimenez Arnau, citando a Prieto Castro señala que, "Documento es pues, el objeto o materia en que consta por escrito una expresión del pensamiento y también el pensamiento expresado por escrito ...Citando a Carnelutti nos dice que el valor del documento público está en función de la autoridad de que el sujeto goce... así pues, si el documento emana de los mismos interesados por sí solos, o con ayuda de peritos juristas o técnicos, pero que carezcan de función de autoridad, - se configura el documento privado, pero cuando el documento lo hace un - tercero investido de fe pública para crearlo dentro de su específica -- competencia nace el Documento Público, el cual se define como: "El autorizado por notario o empleado público competente con las solemnidades requeridas por la ley". Concluye el maestro Giménez Arnau que cuando "El documento está autorizado por un notario y va destinado desde su creación a formar parte del archivo de documentos análogos custodiados por aquel (protocolo), se llama instrumento público." (45)

(44) Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Edic. 6a. Ed. Porrúa. México, 1970. p. 259.

(45) Gimenez Arnau, Enrique. Instituciones de Derecho Notarial T. II. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1954. p. 52.

El instrumento público como tal, se ha definido como: "La escritura o documento autorizado por un notario, es decir por un funcionario revestido de fe pública, que autoriza los hechos o actos correspondientes a su oficio, y en el que específicamente se consigna una disposición o convenio otorgado ante él y con arreglo a la ley." (46).

En general podemos concluir diciendo que el instrumento público es un "documento" público autorizado por un notario en ejercicio de sus funciones e investido de fe pública, producido para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos y negocios jurídicos y asegurar la eficacia de sus efectos. (47).

De los anteriores conceptos se desprenden varios elementos de gran importancia tales como que se considera al notario con la calidad de -- funcionario público. En cuanto a la naturaleza jurídica del notario por lo extenso del tema nos limitaremos a comentar que ha sido un concepto muy controvertido.

Dicha controversia data desde la ley del notariado de 1901, que fue la primera en México en calificar al notario como funcionario público, fue hasta 1986 con las últimas reformas a la ley del notariado vigente para el Distrito Federal que se estableció que el notario es un profesional del Derecho, definiéndolo en el artículo décimo de la siguiente manera:

(46) Bañuelos Sánchez, F. Ob. cit. p. 258.

(47) Gimenez Arnau, E. Ob. cit. p. 54.

Art. 10.- "Es el licenciado en derecho investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignen los actos y hechos jurídicos...

A diferencia de los conceptos antes mencionados, y de conformidad con la definición que precede, podemos constatar que el notario ya no es considerado como un funcionario público, en virtud de varias razones, tales como que:

La existencia del notario no está prevista dentro de la organización de la administración pública. Su remuneración no proviene del erario federal ni local, al contrario, proviene de los interesados a quienes presta sus servicios profesionales, dicha remuneración se calcula en base a un arancel previamente aprobado por el Departamento del Distrito Federal.

Asimismo el notario no tiene un vínculo laboral con el Estado, actúa en nombre del Estado y dentro de un marco jurídico establecido por la ley, su actividad es totalmente imparcial frente a los intereses de los particulares o del propio Estado.

La expedición de la patente del notario la obtiene mediante la aprobación del examen de aspirante y de un examen de oposición, lo cual significa que su nombramiento no es por designación, es decir, que la obtención de su patente es producto de la preparación profesional y de un alto grado académico.

En virtud de todo lo anterior, podemos concluir en que el notario no es un funcionario público, ya que en ningún caso encuadra dentro de las características que deben tener un funcionario o empleado público.

Otro aspecto que caracteriza al notario, es que está investido de fe pública, incluso se ha dicho que la verdadera fuerza probatoria del documento que él expide radica de la fe pública, de la cual está investido.

Pero surge la inquietud de saber ¿qué es la fe pública?. La palabra fe, significa creer. Cuando se tiene fe en algo, significa que se cree, que se tiene confianza en que aquello que no se ha podido percibir directamente por los sentidos, efectivamente sucedió, y por lo tanto se acepta como verdadero.

La fe pública de que está investido el notario, es un atributo del Estado, emana de él, en virtud del "*ius imperium*", misma que es ejercitada a través de los órganos estatales y del notario.

La fe pública es una manifestación de derecho aplicada a la validez y a la credibilidad de los actos concernientes a la vida civil de la sociedad; por ésta razón, el individuo que conforme a la ley hace constar esos actos, que los reviste de solemnidad y les otorga la fe pública, actúa en nombre del Estado.

Algunos doctrinarios afirman que, "la fe pública es la garantía que da el Estado, de que son ciertos determinados hechos que interesan al propio Estado." (48).

La fe pública puede ser de diversas clases, dependiendo del carácter del individuo que la ejerce, de tal suerte que. La fe pública notarial es otorgada al notario por disposición de la ley y como una facultad del Estado delegada a un particular. Por ello la fe notarial es pública, es decir, como hemos mencionado proviene del Estado y su ejercicio produce consecuencias que repercuten en la sociedad.

Al efecto, el artículo primero de la ley del notariado vigente para el Distrito Federal establece:

Art. 1o. "La función notarial es de orden público. En el Distrito Federal corresponde al Ejecutivo de la Unión, ejercerla por conducto del Departamento del Distrito Federal, el cual encomendará su desempeño a particulares, licenciados en derecho, mediante la expedición de las patentes respectivas".

Del presente artículo se desprende tal y como hemos mencionado que el titular de la fe pública es el ejecutivo, el cual la delega en forma parcial, y en virtud de dicha delegación el notario posee la fe pública.

La prestación de los servicios profesionales del notario, representa una garantía para el Estado y para el particular que acude a él, dado que se parte de la base de que lo que se otorgó ante su fe, es conforme

a derecho, de que es cierto y por lo tanto válido, proporciona en general una total seguridad jurídica, tranquilidad y certeza que son las finalidades del derecho.

En capítulos anteriores, establecimos que los actos que el notario autorice siempre debe hacerlos constar en su protocolo, por lo tanto la fe pública notarial siempre es documental, porque en el instrumento que elabora el notario, asienta lo que percibe por sus sentidos, los actos que se realizan ante él, la fecha y lugar donde se celebra el acto, la legalidad del mismo, así como la identidad de los comparecientes, sus declaraciones, la formalidad y solemnidad requerida y con que se haya celebrado el acto, así como el consentimiento de los otorgantes al firmar el documento.

Al llevarse a cabo todas estas condiciones, autorizar el notario el acto y certificarlo le imprime el valor probatorio de que está dotado el documento público.

Por lo tanto, el instrumento notarial como los testimonios, certificaciones, actas notariales, escrituras, copias certificadas, y en general los documentos que el notario expide son documentos públicos, ya que su simple comparecencia dota al documento de validez jurídica y total legalización. en cuanto a la certeza de su contenido.

El instrumento público por lo tanto, es uno de los medios más efi-

caces para comprobar que existió una expresión formal del acto o hecho jurídico. Constituye una presunción de veracidad del contenido y de validez, mientras no sea declarada su falsedad. Por las mismas razones el documento notarial constituye en todos los países un medio de prueba, y lo consideramos como un elemento indispensable para asegurar la estabilidad de las relaciones jurídicas.

Si bien es cierto que la actividad del notario satisface los ideales de seguridad jurídica, es necesario que ésta prevalezca en todo momento, de tal suerte que es indispensable que en nuestra legislación se prevea y contemple de la forma más adecuada posible la preservación y -- conservación de los instrumentos públicos, previniendo a su vez que en el caso de que se llegara a presentar algún impredecible, no sufiere -- ninguna de las partes inestabilidad jurídica y quedara en estado de indefensión.

B) Disposiciones Procesales Referentes al Instrumento Notarial.

En base a las anteriores consideraciones referentes a la validez del instrumento público y a la fuerza probatoria que tiene, comprobaremos como diversos ordenamientos legales le otorgan y reconocen su carácter de prueba plena, Así encontramos que el Código de Procedimientos Civiles -- para el Distrito Federal, se refiere al instrumento notarial en varios -- artículos, mismos que a continuación transcribiremos:

El artículo.327 del citado ordenamiento dentro de la sección 3a. - intitulada de la prueba instrumental establece:

Art. 327.- "Son documentos públicos:
1. Los testimonios de las escrituras públicas otorgadas con arreglo a derecho y las escrituras - originales mismas..."

Este artículo se refiere tanto a los testimonios notariales expedidos por el notario así como los originales asentados en el protocolo.

Art. 333.- "Los instrumentos públicos que hayan - venido a pleito sin citación contraria, se tendrán por ligitimos y eficaces, salvo que se impugne expresamente su autenticidad o exactitud por la parte a quien perjudiquen. En este caso, se decretará el cotejo con los protocolos y archivos, que se practicará por el secretario, constituyén-

dose, al efecto, en el archivo local donde se halle la matriz a presencia de las partes, si concurren, a cuyo fin se señalará previamente el día y la hora, salvo que el juez lo decretare en presencia de los litigantes o se hiciere en el acto de la audiencia de pruebas. También podrá hacerlo el juez por sí mismo cuando lo estime conveniente."

En el presente artículo podemos notar el sentido de eficacia del -- instrumento notarial como documento público. En concordancia con la Ley del Notariado, el artículo cuarenta y cinco establece el principio de -- conservación y custodia de los libros del protocolo, mismos que deberán estar siempre en la notaría, salvo los casos previstos por la propia ley. El mismo artículo en su párrafo final establece:

Art. 45.- "...Si alguna autoridad con facultades -- legales ordena inspección de uno o más libros del protocolo, el acto se efectuará en la misma oficina del notario y en presencia de éste."

Respecto del valor de las pruebas el mencionado Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece:

Art. 402.- "Los medios de prueba aportados y admitidos serán valorados en su conjunto por el juzgador, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia. En todo caso el tribunal deberá -- exponer cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica realizada y de su decisión".

Art. 403.- "Queda exceptuada de la disposición anterior la apreciación de los documentos públicos, los que tendrán valor probatorio pleno, y por tanto no se perjudicarán en cuanto a su validez por

las excepciones que se aleguen para destruir las pretensiones que en ellos se funde".

El artículo 443 establece:

"Para que el juicio ejecutivo tenga lugar, se necesita un título que lleve aparejada ejecución. Traen aparejada ejecución:
1. La primera copia de una escritura pública expedida por el juez o notario ante quien se otorgó..."

Evidentemente este artículo hace referencia al primer testimonio -- que el notario expide de la escritura asentada en el protocolo. Sabemos que el testimonio, al ser un título ejecutivo, trae aparejada ejecución, es decir, que se puede hacer cumplir por medios de apremio, o -- coactivos y resoluciones judiciales, y su existencia es el presupuesto básico para que tenga lugar el juicio ejecutivo.

Sabemos que un título ejecutivo es aquel que vale por sí mismo. Es decir que es un documento auténtico, y como tal hace fe en juicio, debiendo contener a su vez una obligación exigible, que habitualmente es de carácter patrimonial, en ocasiones, puede contener obligaciones que no sean de este carácter, pero siendo, en todo momento lícitas, ya sea que tengan carácter civil o mercantil.

Con base a lo anterior, destacamos la importancia que dentro del -- campo procesal representa el testimonio notarial.

El Código Federal de Procedimientos Civiles establece:

Art. 93. "La Ley reconoce como medios de prueba:

- I. La Confesión
- II. Los Documentos Públicos
- III. Los Documentos Privados
- IV. Los Dictámenes Periciales
- V. El Reconocimiento o Inspección Judicial
- VI. Los Testigos
- VII. Las Fotografías, escritos y notas taquigráficas y en general todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia y
- VIII. Las Presunciones".

Por su parte la propia ley define al documento público de la siguiente manera:

Art. 129.- "Son Documentos Públicos, aquellos cuya formación está encomendada por la ley, dentro de los límites de su competencia a un funcionario público revestido de la fe pública, y los expedidos por funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones.

La calidad de públicos se demuestra por la existencia regular sobre los documentos, de los sellos, firmas u otros signos exteriores que en su caso, prevengan las leyes."

Haciendo referencia a las condiciones que debe tener el documento público, podemos corroborar una vez más que el instrumento notarial cumple perfectamente con todos los requisitos legales para ser clasificado como Documento Público.

Art. 202.- "Los documentos públicos hacen prueba plena de los hechos legalmente afirmados por la autoridad de que aquellos procedan; pero si en ellos se contienen declaraciones de verdad o manifestaciones de hechos de particulares, los docu-

mentos solo prueban plenamente que, ante la autoridad que los expidió, se hicieron tales declaraciones o manifestaciones; pero no prueban la verdad de lo declarado o manifestado...

también harán prueba plena las certificaciones judiciales o notariales de las constancias de los libros parroquiales relativos a las actas del estado civil de las personas, siempre que se refieran a época anterior al establecimiento del Registro Civil. Igual prueba harán cuando no existan libros de registro original y duplicado, y cuando existiendo, estén rotas o borradas las hojas en que se encontraba el acta..."

Art. 207.- "Las copias hacen fe de la existencia de los originales conforme a las reglas precedentes, pero si se pone en duda la exactitud, deberán ordenarse su cotejo con los originales de que se tomaron."

Respecto de este artículo debemos destacar la importancia de las copias y específicamente las copias certificadas que el notario expide, -- pues como su nombre lo indica, se trata de la reproducción íntegra del original. En cuanto a este último, reiteramos la importancia de una conservación adecuada y permanente, ya que en el caso de que hubiere alguna duda sobre la fidelidad de la copia, se esté en posibilidad de comprobar su fehaciencia plena y concordancia con el original de donde fué extraída. En caso contrario, es decir que de no existir el original nos enfrentaríamos a los conflictos que más adelante se plantean.

Art. 213.- "En los casos en que se haya extraviado o destruido el documento público o privado, y en aquel en que no pueda disponer sin culpa alguna de su parte quien debiera presentarlo y beneficiarse con él, tales circunstancias pueden acreditar

tarse por medio de testigos, los que exclusivamente servirán para acreditar los hechos, por virtud de los cuales no puede la parte presentar el documento; más de ninguna manera para hacer fe del contenido de éste, el cual se probará solo por -- confesión de la contraparte, y en su defecto por pruebas de otras clases, aptas para acreditar directamente la existencia de la obligación o de la excepción que debiera probar el documento, y que el acto o contrato tuvo lugar con las formalidades exigidas para su validez, en el lugar y momento en que se efectuó..."

Art. 214.- "Salvo las excepciones del artículo anterior, el testimonio de los terceros no hará ninguna fe, cuando se trate de demostrar:

I. El contrato o acto de que debe hacer fe un documento público o privado.

II. La celebración, el contenido o la fe de un -- acto o contrato que debe constar, por lo menos en escrito privado.

III. La confesión de uno de los hechos indicados en las dos fracciones precedentes.

De las disposiciones de los artículos a que hemos hecho referencia, podemos concluir que la valoración del instrumento notarial como documento público es plena, está dotado de absoluta eficacia jurídica hasta en tanto no sea declarada su falsedad, y por ende la nulidad mediante el -- procedimiento legal respectivo.

II. PERDIDA O DESTRUCCION DEL PROTOCOLO E INSTRUMENTO NOTARIAL

Hemos explicado anteriormente lo que es la función notarial, la importancia de los instrumentos notariales y la trascendencia que tienen en la vida jurídica de una sociedad. Es por ello de gran importancia -- plantear la posibilidad de que se sufriera la pérdida, destrucción o deterioro del protocolo notarial, y prever los enormes problemas a que los interesados se enfrentarían en un momento dado, ya que como sabemos en él se encuentra el original de las actas y escrituras, que los comparecientes otorgan bajo el más estricto principio de legalidad, gozan de pleno valor probatorio.

Pero antes de plantear los supuestos, es necesario aclarar algunos conceptos, ya que al hablar de pérdida o destrucción, surge la idea de el extravío, robo, deterioro o desaparición. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define a la palabra pérdida como: "Carencia, privación, de lo que se poseía, daño o menoscabo que recibe una cosa".

Destrucción es: "la acción o efecto de destruir, ruina, asolamiento, pérdida grande, casi irreparable, en tanto destruir significa deshacer, arruinar, o asolar una cosa material. La palabra desaparecer significa ocultar, quitar de la vista una persona o cosa por lo común con rapidez." (49).

(49) Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Tomo I. Edic. 20a. Ed. Espasa-Calpe, Madrid. 1984. p. 487.

Partiendo de el significado de estos vocablos, las palabras pérdida o destrucción guardan una similitud y se equiparan a la desaparición. Es decir que el protocolo notarial puede estar desde extraviado hasta materialmente destruído, aunque hablar de desaparición no asegura en sí un aniquilamiento de algo. Es decir, se ignora si existe aún, y en caso de existir se ignora su localización. Pero también pudiera presentarse el caso de deterioro del protocolo, o sea, que se encuentre de tal forma averiado que no sea posible que cumpla eficazmente con el fin para el cuál fue creado, o bien por el simple paso del tiempo o por el excesivo uso de las hojas del protocolo, éstas estén ilegibles.

La pérdida o destrucción del protocolo notarial podría presentarse por causas de fuerza mayor, o caso fortuito, que por su propia naturaleza no sea factible de controlar, como por ejemplo los sismos, huracanes etc., o bien por algún descuido o neqligencia en el manejo del protocolo, ya sea por el propio notario o alguno de sus amanuenses. Cualquiera que sea la situación que se presente llevaría a enfrentarnos a un gravísimo problema jurídico, por la pérdida del documento mismo, por lo que en él se ha consignada y lo que para las partes representa. Además de ser un título acreditativo de los derechos de las partes.

Al hacer mención de la pérdida o destrucción del protocolo se presenta la posibilidad de que sea total o parcial. Es decir, que el siniestro lo pudiera sufrir un solo libro si se tratara de protocolo ce-

rrado, o bien todo el juego de libros, planteando también la posibilidad de que sucediera con los folios que integran el protocolo abierto especial. Recordemos que el apéndice e índice forman parte del protocolo y por lo tanto, su guarda y custodia, también es importante por la información que en ellos se encuentra depositada. En el apéndice se encuentra la documentación base de las escrituras y actas, es decir, los documentos que se relacionan con y en la escritura, en tanto que el índice contiene los datos completos de los otorgantes con la expresión de la naturaleza del acto o hecho consignado.

Si bien es cierto que al plantear a continuación los supuestos y los momentos en que pudiera presentarse la pérdida o destrucción del protocolo o del instrumento notarial, es necesario plantear dos aspectos que son: En primer término, la naturaleza y alcances de la eventualidad, y en segundo término, la necesidad de reconstruir o reponer el protocolo pero de este tema en especial tratará el siguiente capítulo.

Teniendo como base todo lo anterior, y para plantear los alcances y naturaleza de la eventualidad, seguiremos el proceso que en la práctica tiene el instrumento notarial. Encontramos que puede éste guardar varios estados dentro del protocolo, que desde nuestro punto de vista y para un mejor planteamiento, los dividiremos en antes y después de la firma. Partiendo del momento de la firma de la escritura como el medio o el momento fehaciente en que se plasma la exteriorización de la voluntad y el perfeccionamiento del contrato, revistiéndolo de la forma convenida.

I. SUPUESTOS QUE SE PUEDEN PRESENTAR EN EL MOMENTO DE LA PERDIDA O DESTRUCCION DEL PROTOCOLO.

A) Antes de la Firma.

- Puede suceder que la escritura o acta se encuentre asentada en el protocolo, pero que no sea firmada por los otorgantes dentro del término de treinta días naturales que otorga la ley, y dentro de este término se presentare la pérdida o destrucción del protocolo. Aparentemente en este supuesto, no se presentaría problema alguno, ya que al no haberse firmado el instrumento, es como si no se hubiera exteriorizado la voluntad, y por lo tanto no surtirá efectos el contrato entre las partes. Desde nuestro punto de vista su reposición en el campo notarial sí tienen importancia, ya que sirve como medio probatorio en ciertos casos para que el notario haga constar que se asentó la escritura en el protocolo, aún cuando una de las partes o ambas no comparecieren a firmar.

- Puede suceder que cuando se presentara la eventualidad, la escritura esté parcialmente firmada, es decir que el instrumento contenga varios actos jurídicos y que alguno de ellos no se hubiere firmado dentro de los treinta días que fija la ley.

Consideramos que en este caso y siguiendo lo establecido por la ley del notario, el notario deberá poner la razón "ANTE MI" en lo concierne a los actos cuyos otorgantes han firmado, su sello y firma y - al instrumento que no hubiere sido firmado la nota de "NO PASO", sin producir ningún efecto jurídico, ya que al no haberse firmado no se ha manifestado la voluntad de las partes en celebrar el acto consignado --

en el instrumento.

B) *Después de la Firma.*

En el capítulo que antecede, vimos el procedimiento para autorizar una escritura, por lo cuál sabemos que la ley prevé la autorización preventiva y la autorización definitiva. Dependiendo de la naturaleza del acto se puede autorizar el instrumento definitivamente si no es necesario cumplir con algún requisito administrativo o fiscal posterior a la firma. De no ser así, el notario está en posibilidad de expedir el testimonio respectivo a los interesados.

Pero si al contrario, el acto es del tipo de los que sí requieren cumplir con algún requisito posterior a la firma, el instrumento se autorizará preventivamente con la razón "ANTE MI", sello y firma del notario, y es en este momento que se pueden expedir copias certificadas del instrumento; cabe aclarar, que es solo en el momento en que la escritura está autorizada preventivamente cuando el notario debe expedir estas copias y no tiene porque expedirlas cuando el instrumento ha sido autorizado definitivamente, ya que para ese momento puede y debe expedir testimonio. En estos momentos, en que el instrumento se encuentra en autorización se pueden presentar los siguientes supuestos:

- *Dentro de la Autorización Preventiva.*

Puede suceder que el instrumento esté autorizado pero que aún no se hayan expedido las copias y se diera la desaparición del protocolo. En este caso nos enfrentamos a una carencia total de documentos ya que, las partes no tienen aún ninguna constancia fehaciente del otorgamiento del acto. Pudiera presentarse el caso de que solo se hubieren expedido copias simples, como frecuentemente en la práctica se hace. Pero estas copias como hemos mencionado anteriormente carecen de valor, podría suceder que sí se hubieren expedido las copias certificadas y en caso de que desapareciere el protocolo, los interesados ya cuentan con una constancia fehaciente de la existencia del acto y de la celebración del mismo, con pleno valor legal y a la vez representan un elemento de gran importancia para acreditar los derechos de las partes, así como para llevar a cabo la reposición del protocolo.

- Dentro de la Autorización Definitiva.

- Podría suceder que en el momento de la pérdida o destrucción del protocolo, ya se hubiera expedido el testimonio, y este a su vez ya esté inscrito en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio. En este supuesto, creemos que no habría problema, puesto que el instrumento notarial ya existe, independientemente de que la matriz o sea el protocolo hubiere desaparecido. Por lo tanto, el instrumento notarial es decir el testimonio tiene pleno valor probatorio como tal, en tanto no sea impugnado alegando su falsedad y siguiendo el procedimiento respectivo que establece la ley; pero mientras tanto, el instrumento surte to-

dos sus efectos, toda vez que ha sido autorizado y expedido por el fedatario, y acredita la existencia del acto, la voluntad de los otorgantes en obligarse en base al contenido del instrumento, así como que se ha -- cumplido con la forma establecida por la ley, siendo que el acto es opo-- nible ante terceros, debido a la inscripción registral. Además constitu-- ye un elemento de vital importancia para que en cierto momento el nota-- rio pueda llevar a cabo la reposición del protocolo.

- Otro de los supuestos que se podría presentar es que se hubiere -- expedido el testimonio y que se hubiere registrado, pero que, al igual -- que el protocolo, hubiere desaparecido. En este caso consideramos que al existir el asiento registral, se ha cumplido con los principios de publi-- cidad, legitimación y fe pública registrada, lo cual aligeraría un poco el conflicto de cómo acreditar los derechos de las partes, y en cierta -- medida podría obtenerse una constancia registral de la existencia, condi-- ciones y celebración del acto, previendo bajo esta circunstancia la posi-- bilidad de obtener alguna documentación expedida por la Tesorería del De-- partamento del Distrito Federal en base a la documentación que se hubie-- re entregado al efectuar el pago de los impuestos que hubiere causado la operación y tomando en cuenta dicha documentación poder llevar a cabo la -- reposición del protocolo.

- Podría presentarse el supuesto contrario al anterior, es decir, -- que hubiere expedido el testimonio, pero que nunca se hubiere llevado a -- cabo su inscripción registral, en el entendido, por supuesto de que se --

tratara de un acto registrable. Como hemos venido mencionando, el instrumento notarial indudablemente existe, tiene pleno valor probatorio dentro y fuera de un conflicto judicial. Por lo tanto no habría problema en cuanto a que surtiera sus efectos entre las partes. Lo que no produciría serían efectos ante terceros, es decir que el acto no es oponible ante terceros en virtud de carecer de la publicidad registral, sin descartar la remota posibilidad, que el notario enviara el testimonio a registrar de inmediato, haciéndolo perfectamente útil para reponer el protocolo.

Podemos plantear la posibilidad de que en el momento de que se presentara la pérdida o destrucción del protocolo, el notario no hubiere expedido copias certificadas del instrumento y por consiguiente no hubiere expedido el instrumento en la escritura. Por lo tanto no existe documento alguno que compruebe el otorgamiento del instrumento.

Es en este caso cuando consideramos que estamos frente a una total inseguridad jurídica, a un estado de indefensión que imposibilita a los otorgantes a acreditar sus derechos, la celebración del acto, así como los efectos producidos, a la par de que sería realmente complicado reponer el instrumento y por lo tanto el protocolo, Este sería el caso más patético al que las partes y el notario se enfrentarían.

Respecto del instrumento notarial, si este desapareciere y existe la matriz o sea el protocolo, no sería complicada su reposición, pues el notario podría expedir ulterior testimonio, desde luego siguiendo el or-

den correspondiente conforme a la ley.

Por todo lo anteriormente mencionado, es realmente importante pensar en los problemas que se presentarían en la vida jurídica por la pérdida o destrucción del protocolo notarial, y las consecuencias que ello traería a los otorgantes de cualquier acto, a sus causahabientes y en general a cualquier interesado en el otorgamiento del acto, pensando por ejemplo en una compra venta o en un testamento.

Es necesario por lo tanto prever que estos supuestos no se lleguen a presentar, ya que si el acto jurídico se celebró, éste existe y habrá de surtir sus efectos, pero cuando no se logre su demostración a través del documento público, quedaría a resultas de un juicio, en el que se aportararan otros medios probatorios que pudieran ser, o no, eficaces para acreditar la celebración de un acto jurídico asentado por los otorgantes en un instrumento notarial. Se dejaría de cumplir con los fundamentos y propósitos primordiales de la función notarial que son la autenticidad, permanencia, eficacia y seguridad jurídica.

Es en base a todo lo anterior que en el siguiente capítulo plantearemos algunas propuestas que bajo nuestro punto de vista pueden solucionar de alguna manera la problemática antes expuesta.

CAPITULO IV

LA REPOSICION DEL PROTOCOLO E INSTRUMENTO
NOTARIAL.I. INOBSERVANCIA DE LA LEY DEL NOTARIADO VIGENTE EN EL DISTRITO
FEDERAL, RESPECTO DE LA PERDIDA O DESTRUCCION DEL PROTOCOLO
E INSTRUMENTO NOTARIAL.

A través del Derecho Notarial, hemos podido observar que ya desde -- tiempos remotos fue motivo de preocupación de las antiguas civilizaciones - la permanencia y conservación de los documentos en que se hubieren asentado los actos otorgados ante el escribano.

De tal forma que desde la Constitución de Maximiliano I, en 1512, --- existió y se plasmó la posibilidad de recurrir ante quien tuviere documen- tos que podrían ser de utilidad para reponer el protocolo en caso de que - éste se extraviara, deteriorara o algo le sucediera.

Posteriormente la Pragmática de Alcalá depositaba toda la responsabi- lidad del documento en los notarios, de tal forma que fueran diligentes y - cautos en guardar los libros de registro y protocolos, haciéndolos responsa- bles de la integridad y conservación de los mismos.

En nuestro país, a través de los diferentes ordenamientos que han re- gido la vida notarial, ha sido palpable la preocupación por la conservación

de los documentos, se han establecido varias medidas de seguridad tales como que, en alguna época se instituyó el uso del protocolo cerrado, en --- sustitución de los pliegos sueltos, que por descuido y negligencia en su uso ocasionaban múltiples conflictos.

De la misma forma se estableció la prohibición de sacar de la notaría el protocolo a excepción del notario y bajo su más estricta responsabilidad.

Así como estas, algunas otras medidas van encaminadas a proteger el instrumento notarial como documento público.

En capítulos anteriores hemos hablado de la importancia del protocolo y del sello de autorizar como instrumentos que el notario utiliza para llevar a cabo su función fedataria, con base a ello es importante cuestionar - por qué la ley del notariado del Distrito Federal sí prevé la pérdida o deterioro del sello de autorizar? incluso, establece el procedimiento para llevar a cabo su reposición.

Respecto del protocolo notarial, en ningún caso prevé que algo pudiera sucederle. Si bien es cierto, el sello de autorizar es la representación del Estado en los actos que se otorgan ante el notario, al sellar el documento el notario le imprime la fe pública de la que está investido para actuar, dotando al documento de pleno valor probatorio.

Al igual que el sello de autorizar, el protocolo es un instrumento --

que el Estado otorga al notario para que en él asiente los actos y hechos jurídicos que se otorgan ante su fe, sin el protocolo el notario no podría actuar, no tendría un objeto material en que plasmar la voluntad de las partes, y por ende no existiría el instrumento notarial como documento público.

Tomando en consideración lo anteriormente mencionado, y dada la importancia de la actividad notarial y de los instrumentos notariales como documentos públicos, parece inverosímil que aquí en el Distrito Federal, no esté prevista la posibilidad de que el protocolo sufriera algún imprevisto.

Resulta increíble que aún con la experiencia que tuvimos de los terremotos de 1985 haya escapado a la actividad del legislador dicha posibilidad, son evidentes las necesidades y exigencias de la vida actual, dada la cantidad de negocios jurídicos que se celebran, y la importancia de los mismos, de tal forma que permitamos que continúe tal laguna en la ley.

Es por ello que consideramos necesario y determinante que nuestro sistema notarial se modernice, que se alejen los métodos tradicionales de escrituración y que se adecúe a las exigencias de rapidez y agilidad que requiere la vida actual. Con el objeto de proporcionar una mayor seguridad jurídica y estabilidad a los contratos que se celebren en presencia del notario.

De tal suerte que la protección que requiere el documento notarial

y los otorgantes se extienda al notario, que es el profesional directamente responsable de la validez de los negocios y cuya efectividad no consideramos que tenga que depender o estar sujeta a riesgos provenientes de casos fortuitos o de fuerza mayor.

A continuación presentaremos brevemente cómo diversas leyes del notariado de algunos Estados de la República, están en cierta forma en cuanto a ésta materia adelantados, pues ya contemplan en su legislación la -- pérdida o deterioro del protocolo e instrumento notarial y establecen una solución al respecto.

II. LEYES DEL NOTARIADO DE LOS ESTADOS.

Haciendo un recorrido por las leyes del notariado de los diversos estados de la República Mexicana, encontramos que la mayoría de ellos no prevén la pérdida o destrucción del protocolo notarial, a excepción de los estados de Sonora, Puebla, Michoacán, Nayarit y Jalisco, establecen cada uno de ellos las medidas que estiman pertinentes para encontrar la adecuada solución a éste problema.

A continuación haremos un breve planteamiento de dichas leyes del notariado, con el objeto de conocer cuáles son sus planteamientos y las soluciones a los mismos.

A) Sonora

La ley del notariado del estado de Sonora dispone en su artículo --cuarenta y ocho lo siguiente:

Art. 48.- "A cada parte podrá expedir el notario los testimonios que solicite sin necesidad de mandamiento judicial.

Cuando para el ejercicio de alguna acción sea necesaria la exhibición del primer testimonio de la escritura pública respectiva, en caso de extravío pérdida o destrucción de aquel, se podrá obtener su reposición exclusivamente por mandato judicial mediante el procedimiento que se señala en el capítulo 58 de esta ley.

El nuevo ejemplar del primer testimonio que en este caso se expida por el notario o por el Director General de Notarías si los libros se hayan en el archivo, deberá insertarse el mandamiento que haya autorizado su expedición, así como el auto -

que lo haya declarado ejecutoriado, o en su caso constancia del Supremo Tribunal de Justicia de -- que, transcurrido el término para el amparo no se promovió este juicio contra la resolución de segunda instancia."

El procedimiento a que se refiere el capítulo que antecede, se encuentra en el capítulo VI y que a continuación se menciona.

Capítulo VI
DEL DUPLICADO DE LOS INSTRUMENTOS NOTARIALES

Art. 56.- "Al firmar los otorgantes y las personas que conforme a la ley deban intervenir en una escritura pública, suscribirán también una copia literal de la misma que será autorizada por el notario."

Art. 57.- "Las copias de las escrituras, serán remitidas en pliego cerrado a la Dirección General de Notarías dentro del mes siguiente al de su autorización.

Art. 58.- "El Director General de Notarías podrá expedir testimonios de las copias mencionadas en los artículos que anteceden, a virtud de mandato judicial y a condición de que se observen los siguientes requisitos.

- I. Instancia de parte legítima.
 - II. Prueba de extravío, pérdida o destrucción de la matriz asentada en el protocolo, o del primer testimonio para el caso del artículo 48 y.
 - III. Citación del Ministerio Público del Director General de Notarías y de las personas a quienes pueda perjudicar la escritura. La oposición de éstas se substanciará en la vía sumaria.
- También podrá el Director General de Notarías, sin necesidad de mandato judicial, expedir testimonios de las matrices y documentos que formen parte de los protocolos depositados en el archivo de la dirección.

Los testimonios así autorizados tendrán el mismo valor jurídico de los testimonios notariales."

Art. 59.- "Para ordenar la expedición de los testimonios que se mencionan en la primera parte del artículo anterior, así como para conocer de los juicios que se susciten será competente el Juez de Primera Instancia del Registro Judicial en don de debiera existir la matríz de la escritura sin atender a la cuantía de las obligaciones consigna das.

La ley del notariado del Estado de Sonora plantea la posibilidad de reponer el testimonio notarial y la escritura original, teniendo como base un sistema de duplicados, es decir, de copias de los instrumentos otorgados ante el notario.

Esta ley no prevé el caso de que la escritura no esté completamente firmada por los otorgantes e incluso autorizada definitivamente por el notario, requisitos sin los cuales no se pueden expedir las copias, y por lo tanto no habría documento que acreditara la existencia del acto.

B). Puebla.

La ley del notariado del Estado de Puebla, en su artículo noventa y cuatro dispone lo siguiente:

Art. 94.- "En caso de pérdida o inutilización total o parcial de algún libro del protocolo, el notario de inmediato dará aviso de ello a la Secretaría General de Gobierno, para que ésta dicte -- las medidas que estime oportunas, sin perjuicio -- de la obligación del notario los medios que estén a su alcance, para la recuperación, o reposición si fuere posible y de la responsabilidad en que haya podido incurrir.

Si los interesados, presentaren al notario testimonio de algún instrumento dañado, podrá el Notario expedir testimonios ulteriores copiando o reproduciendo íntegramente el que se le hubiere exhibido, sin perjuicio de sujetarse para la expedición, a las reglas establecidas para el caso de segundos o ulteriores testimonios, al pie de los cuáles, hará constar que están tomados del testimonio anterior, y la causa de la expedición".

La presente disposición establece un sistema muy general para reponer el instrumento notarial, establece la obligación del notario para poner todos los medios a su alcance al fin de lograr la reposición del instrumento.

Lo cual nos hace pensar que el notario en un momento dado puede servirse incluso de documentos que no tengan un valor legal reconocido como las copias simples, todo ello con el propósito de reponer el instrumento.

Esta ley no contempla el caso de que aún no se hubiere expedido -- testimonio ni copia certificada del instrumento contenido en el protocolo para que en base a ello se pueda llevar a cabo la reposición.

C) Michoacán.

La ley del Notariado del Estado de Michoacán establece:

Art. 53.- "La pérdida o destrucción total o parcial de los libros del protocolo, deberá ser comunicada de inmediato por el Notario o por el interesado al Director del Registro Público de la Propiedad y Archivo General de Notarías, aportando las pruebas necesarias que lo acrediten.

Justificada cualquiera de éstas circunstancias, ordenará al notario la reposición a su costa, de los documentos respectivos.

En los casos de fallecimiento del notario la reposición se hará por el Director, a solicitud y a costa del interesado".

Art. 54.- "La reposición de los libros del protocolo se hará de plano y sin trámite alguno, con el testimonio o con las copias certificadas de los testimonios respectivos que a costa del notario o del interesado expida la Dirección del Registro Público de la Propiedad y Archivo General de Notarías o se aporten por aquellos para el objeto señalado.

El procedimiento respectivo será sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal derivada de la pérdida o destrucción de los libros mencionados".

Existe una creciente evidencia de que éstos artículos prevén la pérdida o destrucción total o parcial del protocolo y la obligación del notario de reponerlo a su costa, pero al igual que en los casos anteriores ninguna legislación prevé lo que ha sido nuestra preocupación constante manifestada en el presente trabajo y que es en el caso de que aún no se hayan expedido copias certificadas ni testimonios de los instrumentos.

D) Nayarit.

La Ley del Notariado del Estado de Nayarit, establece el mismo procedimiento y contiene las mismas disposiciones que la Ley del Notariado del Estado de Sonora, las cuáles ya han sido expuestas anteriormente y se tienen por reproducidas literalmente en este apartado.

E) Jalisco.

Por último la Ley del Notariado del Estado de Jalisco dispone lo siguiente:

Capítulo III
DE LOS AVISOS Y DUPLICADOS

Art. 88.- "De todo instrumento que conforme a ésta Ley se extiende en el protocolo, los notarios darán aviso por duplicado al Director del Archivo de Instrumentos Públicos dentro de las 48 horas siguientes, firmado que sea aquel por las partes y una vez autorizado por el notario.

Un ejemplar de este aviso, con la anotación de la hora y fecha en que se hubiere recibido, se devolverá al notario, quien deberá agregarlo a su libro de documentos, sentando razón marginal de ello, tratándose de notarios que ejercen sus funciones fuera de la capital del Estado, los avisos se enviarán por correo con acuse de recibo.

Cuando el notario autorice un testamento deberá dar aviso por duplicado al Procurador General de Justicia del Estado al Agente del Ministerio Público de su adscripción y al Director del Archivo de Instrumentos Públicos, a más tardar dentro de las 24 horas siguientes a la fecha de su otorgamiento, dándose noticia de haber pasado el acto y señalando el nombre del testador. En todo caso, formularán en pliego por separado, otro documento igual al instrumento, que deberán firmar asimismo los que en el hubieren intervenido.

Estos duplicados debidamente reunidos y encuadrados, se remitirán al Director del Archivo de Instrumentos Públicos dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que se hubiere autorizado la última escritura de cada tomo del protocolo. Tratándose de protocolizaciones, juntamente con el duplicado del acta, se enviará copia certificada en lo conducente, de los documentos protocolizados que hubieren ingresado al Libro de Documentos".

Art. 89.- "Las anotaciones y cancelaciones de derechos o gravámenes reales, que los notarios hagan en su protocolo, las comunicarán de oficio al Director del Archivo de Instrumentos Públicos, para que éste lo agregue al expediente respectivo en el legajo que corresponda".

Posteriormente el artículo 107 de la Ley a que venimos haciendo referencia establece:

Art. 107.- "Cuando no existan las páginas del protocolo relativas a algún instrumento, ni los testimonios que se hubieren expedido del mismo, harán legalmente las veces de éstos, las copias certificadas que el Director del Archivo de Instrumentos Públicos extienda de los duplicados a que se refiere el párrafo sexto del artículo 88. A falta de protocolo, si el testimonio no concuerda con el duplicado, éste último prevalecerá sobre aquel".

El presente sistema nos parece más completo que los anteriores, en virtud de que el notario debe dar aviso del otorgamiento del acto dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de ser firmado y autorizado preventiva o definitivamente según sea el caso.

Nos parece que el artículo 107 marca un avance en cuanto a que prevé la inexistencia de páginas del protocolo o de testimonios. Resalta la importancia de las copias certificadas, de los instrumentos, mismas que integran el Libro de Documentos, y en base a las cuales, se podría llevar a cabo la reposición del protocolo.

De igual manera que en las leyes anteriores no se prevé en esta ley el supuesto de que no exista el duplicado del instrumento original, situación que con base a los preceptos antes transcritos, consideramos sería casi imposible que se presentase.

Es de observar que estos estados, quizá por razones históricas - contemplan la pérdida o deterioro del protocolo o del instrumento notarial y establecen sistemas que para ellos son suficientes. Por lo que se refiere al Distrito Federal, no consideramos la aplicación de alguno de ellos adecuada para nuestro sistema por la cantidad de documentos que tendrían que manejar los notarios así como el Archivo General de Notarías.

III. PROPUESTAS PARA LLEVAR A CABO LA REPOSICION DEL PROTOCOLO NOTARIAL.

La palabra reposición proviene del latín "*repositio-onis*", que significa acción y efecto de reponer; en tanto la palabra *reponer* supone la existencia previa de algo que desapareció o se destruyó y que es necesaria su existencia, por ende, reponer se refiere a volver a poner, o construir una cosa en el lugar o estado que antes tenía. (50).

Por ello en el presente apartado hablaremos de la reposición del -- protocolo, basándonos en su existencia previa y en la de los instrumentos en él contenidos que fueron otorgados y autorizados ante el notario.

Al plantear el problema de la pérdida o destrucción del protocolo notarial, podemos pensar en varias alternativas de solución que podrían ser algunas como medidas previsoras y otra más que nos atrevemos a plantear como una solución inmediata al problema. Es decir, en caso de que, ahora, en este preciso momento se presentara la eventualidad, lo cual implicaría una reforma a la ley.

A continuación, plantearemos estas alternativas precisando a continuación las ventajas y desventajas que pudieran tener las mismas. Dentro de las medidas preventivas bajo nuestro punto de vista, se encuentran -- los siguientes sistemas.

(50) Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Tomo II. Ed. Espasa-Calpe. Madrid. 1984. p. 1174.

A) *Copia Certificada del Instrumento.*

Este sistema consiste en que el Notario deberá llevar una copia simultánea del instrumento que se vaya a otorgar, es decir, de cada uno de los instrumentos que se asentaren en el protocolo, desde el asentado y no firmado, hasta el ya firmado por los otorgantes, quienes también deberán firmar la copia de la escritura original.

Las copias serán autorizadas también por el notario y contendrán - las anotaciones marginales al igual que el instrumento original. Posteriormente estas copias dentro de los 45 días siguientes a la fecha de la autorización definitiva de la escritura original), las enviará para su -- custodia al Archivo General de Notarías para el efecto de que si sucediera alguna eventualidad que afectara el protocolo, sea en base a esta copia que se pueda llevar a cabo su reposición.

Las ventajas que tendría este sistema son, que existiría un documento fidedigno, en base al cuál el instrumento notarial podría reponerse, pues tendría el mismo contenido que el documento original. Además, al ser depositadas en un lugar diverso a la notaría, si ésta sufriera algún - daño en su conjunto, no existirá dificultad para reponer los instrumen- tos que fueren dañados.

Las desventajas que presenta este sistema son, que en un principio estamos en una época de modernidad, y como tal, existe la necesidad de

ser más prácticos en el manejo de la notaría, sobre todo por el cúmulo de trabajo que tienen, y el estar llevando un duplicado de cada instrumento, ocasionaría mayor papeleo, duplicidad de actividades y en relación al envío de las copias al Archivo generaría más trabajo para ellos. Y algo muy importante es que el mismo resultaría insuficiente para dar cabida a tantos documentos que tendría que albergar en razón a la falta de espacio y capacidad con que cuenta.

Este sistema de duplicado ha dado resultados en algunos Estados de la República Mexicana, quizá por lo pequeño de el lugar y por la cantidad de trabajo que tienen ahí las notarías, pero resultaría difícil, quizá, que en el Distrito Federal pueda dar resultado.

Otra de las medidas preventivas es la de el sistema de:

B) *Sistema de Microfilmación del Protocolo*

Pensar en el Microfilme, significa pensar en un sistema en la práctica notarial resultaría muy conveniente dado el avance tecnológico de la época actual. Ya que por sus características sería posible obtener una copia fiel del original que se asentó en el protocolo y que en el supuesto caso de que se presentara la pérdida o destrucción total o parcial de éste, podría al igual que el original, hacer prueba plena.

El procedimiento sería el siguiente: La escritura se asentaría en la forma prevista por la Ley del Notariado. Su otorgamiento sería también

en la forma prescrita, pero en el momento en que el notario autorice preventivamente la escritura con la razón ANTE MI, su *firma y sello*, la escritura se deberá microfilmarse inmediatamente.

Cuando la escritura sea autorizada definitivamente, esta parte de la escritura, así como las notas marginales también se microfilmarán y se agregarán a la ficha ya microfilmada de esa misma escritura. Deberá también el notario microfilmarse como propia medida de seguridad, las escrituras que fueron asentadas en el protocolo y a las cuales se les haya -- puesto la nota de *NO PASO*.

El notario por lo tanto llevará un archivo de microfilmes, que estará formado por las fichas o micas del propio microfilme de los diversos instrumentos, las cuales serán custodiadas en un lugar distinto de la notaría y bajo la responsabilidad del propio notario.

En el momento en que se presentara la pérdida o destrucción parcial o total de un protocolo, el notario podrá expedir de oficio y a la brevedad una copia sacada de la ficha microfilmada y asentará dicha razón en la copia misma, dará FE de que es fiel reproducción del original microfilmado y también asentará el carácter con que la mencionada copia se expide, es decir, si es copia certificada primer testimonio o bien ulterior en su orden.

Dicha copia obtenida del archivo de microfilmes tendrá pleno valor

probatorio, igual que el documento original.

Este sistema de microfilmación parece ser muy conveniente, en -- virtud de que se puede obtener una copia totalmente fidedigna del instrumento otorgado, tomando como base la mencionada ficha o mica de microfiliación con lo cual podemos tener la certeza de que el instrumento se --- otorgó y constituiría la forma demostrativa de que el acto se celebró -- al constatar las firmas que aparecen al calce del instrumento y que representan la prueba del otorgamiento del acto. Consideramos que el inconveniente que se presenta en el sistema de microfilmación es que tiene costos muy elevados, e implica para algunos notarios, la práctica de este sistema una actividad muy conflictiva al estar microfilmando cada momento de la escritura.

C) Sistema Computarizado.

Este sistema al igual que el sistema de microfilmación, implica un total avance de la tecnología; actualmente la informática ha alcanzado un gran desarrollo, de tal forma que casi toda actividad está siendo computarizada, y por lo tanto la actividad notarial no se ha sustraído a - este avance tecnológico.

Actualmente en el Distrito Federal la mayoría de las notarías cuentan ya con un sistema computarizado con base a lo cual resulta más fácil -- pensar en establecer un sistema permanente para la elaboración de los -- instrumentos.

El procedimiento sería el siguiente: La escritura sería elaborada en la computadora, siguiendo el sistema que esté programado para cada caso, y el cotejo de la misma se hará directamente en la propia pantalla de la computadora. Cuando la escritura ya estuviere preparada y completa para firmarse, se respaldará toda la información de tal manera que no haya posibilidad de que se borre del programa.

La escritura se asentará en el protocolo respectivo y se otorgará normalmente. Una vez firmada la escritura por los comparecientes y autorizada preventiva o definitivamente por el notario según el caso, se incluirá esa información en la propia escritura que está en la memoria de la computadora, al igual que las correcciones o adiciones que se hubieren hecho al instrumento al momento de su otorgamiento, con el propósito de que los datos de la escritura que están en la memoria de la computadora no tenga ningún error. Incluso se podrá hacer constar en el mismo las notas marginales que normalmente se asientan en el protocolo. Una vez corregida la escritura en la pantalla ésta se podrá imprimir y expedir copias certificadas o los testimonios según el caso.

Toda esa información será protegida o respaldada y estará contenida en "diskettes", con los cuales se formará un archivo de "diskettes", y en caso de que se requiera algún dato, antecedentes o diversa información de ese instrumento, ésta pueda ser bajada del "diskette", de tal forma que pueda ser consultada o bien que sirva como base para la reposición del instrumento dañado o extraviado.

Este archivo será guardado por el notario en un lugar diverso a la notaría y bajo la total responsabilidad del notario.

Consideramos, que el sistema computarizado que hemos planteado, representa todas las ventajas de un sistema que implica un avance tecnológico, rapidez y seguridad a lo cual la actividad notarial definitivamente no se puede substraer.

En el caso de que se presentara la pérdida o destrucción total o parcial del protocolo, el notario deberá:

- Levantar un acta ante el Ministerio Público de la Delegación Política correspondiente a su domicilio. Lo hará del conocimiento del Director del Archivo General de Notarías, del Director de la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos, del Director del Registro Público de la Propiedad y del Comercio del Distrito Federal, así como del Presidente del Colegio de Notarios, mediante un aviso por escrito en el que - de ser posible expresará el número del volumen, los instrumentos afectados, el acto o hecho consignado, los nombres de los otorgantes, y la razón de si se expidió testimonio o no.

- El notario deberá notificar a las partes que intervinieron en el acto, sobre la pérdida o destrucción del protocolo, y a petición de parte interesada, entendiéndose por parte interesada, la persona que a juicio del notario tenga interés legítimo en el documento de que se trate.

El notario podrá llevar a cabo la reposición del protocolo con base a la documentación contenida en los "diskettes", asentando que es una copia del original, cuya formación formaba parte del archivo de "diskettes", que es copia en razón de que el instrumento original contenido en el protocolo sufrió una eventualidad, debiendo contener la copia a la que venimos haciendo referencia el carácter con que es expedida.

El notario deberá dar fe de estos acontecimientos, así como de la -- legalidad del otorgado, con lo cual el documento gozará de pleno valor -- probatorio, debiendo llevar estampada la firma y sello del notario.

El sistema computarizado al que hemos hecho referencia, consideramos que es el mejor método para prevenir que en caso de que el protocolo notarial se destruyera total o parcialmente, los otorgantes sufrieran de - inseguridad jurídica, ya que actualmente la informática presenta múltiples opciones que en cierto momento alguna de ellas puede adecuarse perfectamente a las necesidades de la notaría.

Con base a lo anterior, es factible observar que la actividad notarial quedaría protegida frente a alguna eventualidad, con lo cual se proporcionaría mayor ligereza para la carga de trabajo que en ella se desempeña.

En esta última parte del capítulo IV, hemos venido presentando las diversas medidas que podemos considerar como previsoras para el caso de - que se presentara la pérdida o destrucción del protocolo notarial.

A continuación expondremos lo que consideramos sería una solución inmediata al supuesto de que el protocolo notarial sufriera la pérdida o de terio total o parcial, es decir para el caso de que en este preciso momento algún notario sufriera la eventualidad antes mencionada.

La presente alternativa plantea la posibilidad de que la ley del notariado del Distrito Federal fuera adicionada de la siguiente manera:

D) *Recopilación de Documentos.*

CAPITULO ...

DE LA REPOSICION DEL PROTOCOLO NOTARIAL

ARTICULO...- En caso de pérdida o destrucción total o parcial de algún libro del protocolo cerrado, o de algún folio o folios del protocolo abierto especial, el notario levantará un acta ante el Ministerio Público de la Delegación Política correspondiente y lo hará del conocimiento del titular del Archivo General de Notarías, así como del Colegio de Notarios del Distrito Federal y de las Direcciones Generales Jurídica y de Estudios Legislativos y del Registro Público de la Propiedad y del Comercio del Distrito Federal, mediante un aviso por escrito, en el que manifieste de ser posible, el número del volumen, los instrumentos afectados, el acto o hecho consignado, quienes fueron los otorgantes, y la razón sobre si se expidió testimonio o no.

ARTICULO.. - El notario deberá notificar a las -- partes que intervinieron en el acto sobre la pérdida o destrucción del protocolo a través de la documentación interna que obre en su poder y publicará el hecho de la pérdida o destrucción del protocolo en el Diario Oficial de la Federación, y en alguno de los diarios de mayor circulación en el Distrito Federal, por medio de dos avisos publicados con intervalo de diez días cada uno, con el objeto de que las personas que hubieren otorgado los instrumentos afectados acudan con el notario con el fin de tratar en lo posible de recabar la documentación que éste hubiere expedido oportunamente.

ARTICULO...- La reposición de los instrumentos afectados será realizada por el notario de oficio y a la brevedad posible, para lo cual contará con todos los elementos que hubiere podido recabar, - incluso de las diferentes dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, incluyendo la documentación proporcionada por la parte interesada en la reposición, entendiéndose como -- parte interesada, quien a juicio del notario tenga interés legítimo en el documento de que se -- trate.

ARTICULO...- La reposición del instrumento se hará sin necesidad de que se vuelva a otorgar el ac to, Bastará con una constancia documental expedida por el notario dando fe de las características del acto repuesto, ratificando las partes o la -- parte interesada en su caso y a juicio del notario, el contenido y extensión del documento otorgado con anterioridad.

ARTICULO...- El instrumento de reposición se asentará en folio abierto y una vez reunidas las ratificaciones de los instrumentos afectados, se en cuadernarán y empastarán por el notario, formando así el "PROTOCOLO DE REPOSICION", el cual también estará autorizado de la misma forma que los demás protocolos, y del cual podrán expedirse posteriores testimonios que soliciten los interesados.

ARTICULO...- El instrumento de reposición tendrá pleno valor probatorio para todos los efectos legales a que haya lugar y de la misma forma que el documento original.

Este sistema parece ser el más conveniente y quizá pudiera dar resultado en el caso de que algún notario en este momento se enfrentara a la pérdida o destrucción de un protocolo. Sin embargo existe la desventaja de que al darse el supuesto, el notario no hubiere expedido aún documento alguno que comprobara la existencia y celebración del acto, y -- por lo tanto no cabría la posibilidad de llevar a cabo su reposición, ante lo cual no habría más alternativa que acudir por vía judicial a acreditar los derechos de cada una de las partes afectadas.

IV.- VALOR JURIDICO DEL INSTRUMENTO NOTARIAL REPUESTO.

Tomando en consideración los planteamientos de los apartados anteriores, referentes a los diversos sistemas de reposición del protocolo e instrumento notarial, se le atribuirá al instrumento notarial, expedido por el notario y que ha sido producto de la reposición, la misma validez y eficacia que tenía el documento original, ya que como hemos podido constatar, el documento notarial se fundamenta en la presunción de veracidad, legalidad y seguridad, a la vez que produce los efectos probatorios, ejecutivos y registrales que garantizan precisamente la Seguridad Jurídica, que es uno de los fines del derecho.

Es decir, que al llevarse a cabo la reposición del instrumento, el notario se basa en el principio de legalidad con que otorga los actos. De tal forma que al contar el notario con las fichas o micas de la microfiliación, con la memoria de la computadora o bien con los documentos que oportunamente hubiere expedido, acredita la existencia previa del documento otorgado y autorizado por el mismo, la certeza de su contenido y la legalidad del instrumento.

Cabe mencionar que el instrumento repuesto no se referirá a otro acto, únicamente se referirá y ratificará el contenido del acto original otorgado con anterioridad, mismo que se encuentra destruido o desaparecido.

El nuevo instrumento que expedirá el notario, es decir el instrumento repuesto, de igual forma que el documento original se expedirá con -- los requerimientos del caso, dotándolo de fe pública y por ende de pleno valor probatorio, así como las copias que posteriormente se expidan del documento repuesto, asentando la razón y el carácter de dicha expedición,

CONCLUSIONES

1. La fe pública notarial es siempre documental, es decir, que el notario debe hacer constar en el protocolo todos los actos que autoriza.

2. El protocolo notarial es un instrumento que autoriza el notario para hacer constar la voluntad de las partes, es propiedad del Estado y - por lo tanto es una garantía que el Estado proporciona a los otorgantes - para la perdurabilidad de los actos jurídicos en él consignados.

3. La existencia del protocolo abierto especial, consideramos que es un acierto en virtud de la agilidad, rapidez y comodidad con que es manejado. Su incorporación a nuestro sistema notarial implica un avance dentro del notariado moderno y va acorde a las necesidades actuales.

4. No existe en la ley del notariado vigente para el Distrito Federal ninguna disposición que contemple la pérdida o destrucción parcial o total del protocolo notarial.

5. En lo que a la pérdida o destrucción total o parcial del protocolo e instrumento notarial se refiere, las leyes de los Estados de Sonora, Michoacán, Puebla, Nayarit y Jalisco, marcan un avance respecto a la ley del notariado del Distrito Federal. Estas leyes prevén el supuesto antes mencionado y establecen soluciones al respecto.

6. Es importante destacar la preocupación fundamental del presente trabajo, que consiste en la inobservancia de la Ley del Notariado vigente para el Distrito Federal, respecto de la pérdida o destrucción del protocolo e instrumento notarial. Existiendo una laguna en la ley que no es conveniente que perdure.

7. En el Distrito Federal es necesario y determinante establecer un sistema moderno de protección a los instrumentos notariales, de tal forma que no consideramos conveniente el uso del sistema de avisos y duplicados que establecen las leyes del notariado de los Estados de Sonora, Nayarit y Jalisco, debido al volumen de trabajo que la utilización de este sistema representaría para las notarías de esta Ciudad.

8. Es imperiosa la necesidad de salvaguardar la seguridad jurídica que es uno de los fines del Derecho, con el objeto de que se esté en posibilidad de acreditar de manera fehaciente el otorgamiento del acto jurídico ante el notario.

9. Consideramos que el documento notarial debe quedar más protegido, y esa protección extenderse a las partes interesadas y al notario, que es el profesional directamente responsable de la validez de los negocios jurídicos que se otorgan ante él, cuya efectividad no tiene porque estar sujeta a los riesgos provenientes de casos fortuitos o de fuerza mayor.

10. Estimamos la necesidad de que en nuestro sistema notarial se implante como medida preventiva el sistema computarizado, para la elaboración de los documentos notariales, ya que al elaborarse la escritura en la computadora y al quedar toda la información protegida o respaldada en "diskettes" se podría, en el momento de presentarse la pérdida o destrucción total o parcial del protocolo, hacer uso de dicha información para reponer el instrumento.

11. El sistema computarizado que proponemos representa todas las ventajas que trae consigo el avance tecnológico en cuanto a rapidez y seguridad, a lo cual la actividad notarial no se debe sustraer.

12. En el caso de que se presentara la pérdida o destrucción del protocolo notarial en este preciso momento, se debería seguir el procedimiento que proponemos de Recopilación de Documentos, en virtud de lo cual, será necesario adicionar la ley del notariado, de tal forma que existan los lineamientos a seguir para efectuar la reposición del protocolo.

13. Dentro del sistema de recopilación de documentos que se propone y al contar el notario con medios legales que acrediten la previa existencia del acto, la reposición del documento será posible. Esta se integrará con la ratificación del contenido del documento original, en virtud de que el acto ya se otorgó con anterioridad y bastará con la certificación y autorización del notario para darle fuerza legal al documento.

14. Al documento notarial, producto de la reposición del protocolo, se le atribuiría pleno valor probatorio y efectividad, al igual que si se tratara del documento original. Dicho documento se deberá reponer apegado a un principio de legalidad y bajo la más estricta responsabilidad del notario, con esto, el documento estará investido de fe pública y producirá sus efectos ejecutivos, probatorios y registrales.

BIBLIOGRAFIA

Bañuelos Sánchez, Froylan. Derecho Notarial. Edic. 3a. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1984.

Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Edic. 6a. Ed. Porrúa. México, 1970.

Bonnier M, Eduardo. Tratado Teórico y Práctico de las Pruebas en Derecho Civil y Penal. Imprenta de la Biblioteca de Jurisprudencia. México, 1874.

Carral y de Teresa, Luis. Derecho Notarial y Registral. Edic. 9a. Ed. Porrúa. México, 1986.

Campillo S, Antonio. El Documento Notarial. en Revista de Derecho Notarial. Número Especial. Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C. Año XXIV. Veracruz. México, 1980.

De Miguel, Juan Palomar. Diccionario para Juristas. Edic. 1a. Mayo Ediciones. México, 1981.

Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. T. I y II. Edic. 20a. Ed. Espasa-Calpe. Madrid, 1984.

Escobar de la Riva, Eloy. Tratado de Derecho Notarial. Ed. Marfil.
Alcoy, Madrid, España, 1957.

Emérito González, Carlos. Teoría del Instrumento Público en Revista
Internacional del Notariado. Año XII. Números 46 y 47. Madrid, España,
1960.

Gimenez Arnau, Enrique. Derecho Notarial. Ediciones de la Universi-
dad de Navarra. Pamplona, España, 1976.

——— Instituciones del Derecho Notarial. T. II. Instituto Editorial Reus.
Madrid, España, 1954.

Hidalgo Melgoza, Horacio. Antecedentes Históricos Generales del No-
tario. en Revista de Derecho Notarial. Número 84. Asociación Nacional del
Notariado Mexicano A.C. México, 1983.

Morales Díaz, Francisco de P. Historia del Notariado. en Revista de
Derecho Notarial. Número 71. Asociación Nacional del Notariado Mexicano
A.C. México, 1978.

Pallares, Eduardo. Derecho Procesal Civil. Edic. 9a. Ed. Porrúa.
México, 1981.

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial. Edic. 4a.
Ed. Porrúa. México, 1989.

— Apuntes para la Historia del Notariado en México. Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C. México, 1979.

— Los Documentos Notariales del Archivo de Notarios, Como Fuente de -- Investigación Histórica, en Revista de Derecho Notarial, Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C. Número 76. Año XIII. México, 1979.

Pina Rafael De. Pina Vara Rafael De. Diccionario de Derecho. Edic. 12a. Ed. Porrúa. México, 1984.

Soberón Mainero, Miguel. Protocolo. En Diccionario Jurídico Mexicano. T. VII. P. REO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Edic. 1a. México, 1984.

LEGISLACION

Código Federal de Procedimientos Civiles.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Ley del Notariado para el Distrito Federal.

Reformas a la Ley del Notariado publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha 13 de Enero de 1986.

Ley del Notariado del Estado de Sonora.

Ley del Notariado del Estado de Puebla.

Ley del Notariado del Estado de Michoacán

Ley del Notariado del Estado de Nayarit.

Ley del Notariado del Estado de Jalisco.