

604



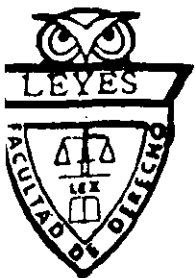
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

LA INTERVENCION DEL NOTARIO
EN LA FUNCION JUDICIAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
RAUL MILLARES JURADO



CD.UNIVERSITARIA,

29/5/12

2001



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
PROCESAL

Cd. Universitaria a 6 noviembre del 2000.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECCION GENERAL DE ADMINISTRACION ESCOLAR
P r e s e n t e .

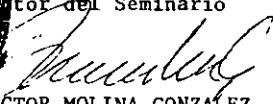
En virtud de llenarse en el caso, los requisitos del Reglamento de Seminarios, se autoriza la presen tación al jurado de examen profesional que al efecto se desig ne de la Tesis de Licenciatura que ha elaborado el señor MILLA RES JURADO RAUL, denominada "LA INTERVENCION DEL NOTARIO EN LA FUNCION JUDICIAL".

Este Seminario podría diferir de algu nas de las opiniones contenidas en el aludido trabajo, las cu les quedan bajo la responsabilidad del sustentante.

El interesado deberá iniciar su trámi te para su titulación dentro de los seis meses siguientes --- (contados de día en día) a aquél que le sea entregado el presen te oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se concede -- para someter su tesis a examen profesional, misma autorización-- que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el tra bajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportu na iniciación del trámite para la celebración del examen haya - sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará - la Secretaría General de la Facultad.

Quedo de Usted su atento y seguro ser-
vidor.

T A M E N T E
"POR LO QUE HABLARA EL ESPIRITU"
Director del Seminario


LIC. HECTOR MOLINA GONZALEZ
SEMINARIO DE
DERECHO PROCESAL

AL ALFA Y OMEGA:

Al Dador de Vida, que nos enseña su JUSTICIA;

Al Creador, que nos bendice con su AMOR;

Al Omnipotente, que nos protege con su GRANDEZA;

Al Omnipresente, que nos GUIA por sus veredas;

Al Unico Dios, que nunca nos DEJARA;

Al Espiritu, que INSPIRA nuestro intelecto;

Al Maestro, que nos llena de su SABIDURIA;

Al Amigo FIEL y VERDADERO.

Todo lo que el hombre pueda crear es PASAJERO,

Más todo lo que el hombre pueda SOÑAR es ETERNO.

Cuando el hombre CREE en lo que SUEÑA,
Puede vivir lo que DIOS LE ENSEÑA.

**A MI PADRE, SR. LUIS MILLARES
CARRANZA:**

A mi mejor AMIGO que Dios me dio en esta vida;

Al HOMBRE que siempre estuvo dispuesto a tenderme su mano para apoyarme, aun en las locuras de mi juventud; que me alentó sin juzgar mis errores para seguir adelante y para quien me motivó para poner mis ojos en la cima de la montaña, indicándome que los obstáculos en la vida solo serían momentos de enseñanza y disciplina.

Al hombre que dejó en mi CORAZON el dulce RECUERDO de haber sido mi PADRE.

Los malos momentos que pasamos se quedaron en la historia, pero las alegrías que compartimos son parte de mi felicidad.

Al hombre que SOÑO con verme como un GRAN ABOGADO y que ya no esta aquí; sin embargo quiero decirle que lo LOGRE, y que nunca lo defraudaré porque siempre buscaré el BIEN y la JUSTICIA para el hermoso pueblo de México.

**A MI MADRE, SRA. EDELMIRA
JURADO VILLALBA:**

Con todo el corazón y mis anhelos, recuerdo siempre tus dulces palabras de amiga que sabe escuchar en los momentos más difíciles.

Por tu apoyo incondicional dejaste a un lado tu interés personal; no es sino un suspiro el que inspiras, cuando recuerdo todo lo hermoso que me has dado en esta vida.

Tu fortaleza y tu empuje revolucionario me enseñaron a luchar sin temer al enemigo, cuando por una causa justa mi vida tenga que dar.

Me enseñaste MAMA que, el dinero y la fama se pueden alcanzar pero el honor y la lealtad ningún tesoro puede comprar.

A MI ALMA MATER:

A la que me tendió la mano cuando yo no tenía nada que ofrecer; abriéndome sus puertas y la luz de su conocimiento, otorgándome la oportunidad de cursar una carrera profesional.

A la tan devastada y ultrajada UNIVERSIDAD no me queda más que decirle que, un hijo de tu pueblo, sólo a ti podía acudir con la esperanza de formar un criterio racional.

Ahora reconozco tu GRANDEZA, misma que me obliga a conducirme con HONESTIDAD cuando ejerza mi carrera; no te defraudaré, pues en mi corazón se hallan sembrados los ideales que me inculcaste; tu serás mi baluarte en mi vida profesional.

Me retiro con orgullo de ser un profesionista de la UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO; posiblemente regrese; eso el tiempo lo dirá, pero lo que sí te puedo asegurar, es que te recordaré con dignidad y a donde quiera que fuere enalteceré tu nombre, pues los conocimientos que tengo tu me los prodigaste.

A LA FACULTAD DE DERECHO:

El aprendizaje en tus aulas más que esfuerzo fue regocijo; al llegar cada día a tus pasillos, después de la lucha por sobrevivir, tu cordialidad académica me recibía, soñándome desde entonces convertido en un profesionalista.

A MIS MAESTROS:

A todos y cada uno de ellos, pues sin interés alguno compartieron sus experiencias y conocimientos conmigo; agradezco infinitamente hallan motivado en mí la perseverante búsqueda de la JUSTICIA, misma que podré conseguir, en la recta aplicación de mis conocimientos de Derecho.

Derecho y Justicia son dos lámparas que guiarán mi desempeño profesional.

**PARA EL DR. JOEL CHIRINO
CASTILLO
(Notario 90 del Distrito Federal):**

Al guía que me motivó a caminar en
rectitud, al hombre que respetó mis
ideales, al final de mi camino universitario.

A quien demuestra humildad sin importar
su posición social e intelectual.

Al maestro que inspira respeto, le doy las
gracias por alumbrarme con su
conocimiento.

AL PUEBLO DE MEXICO:

La ESPERANZA y la JUSTICIA han sido tu bandera;
al pueblo dadivoso y honorable que no pide nada a cambio;
a todos los olvidados, que sin reclamos sólo quieren felicidad;
es por ti que lucharé incansablemente sin desfallecer.

Mi boca no se cansará de proclamar tu libertad y mi pluma no se cansará de escribir por tu lealtad.

Se que el camino es largo pero estaremos juntos y de la mano.

No tienes que pelear por el poder, porque ya está en tu corazón.

PARA EUGENIA:

Mi amiga y maestra que con su paciencia me ha enseñado el arte de estudiar el derecho; quien con su ejemplo me ha demostrado que la vida se rige por principios permanentes e invaluablees y que sin esto el ejercicio de la profesión sería hueca y sin fruto.

A quien agradezco todos sus consejos, que han sido libres de todo interés personal, sólo por el hecho de guiarme a conocer el sentido de mi carrera profesional.

INDICE

INTRODUCCION	I
---------------------	----------

CAPITULO I CONCEPTOS FUNDAMENTALES

I.1. Función notarial	1
I.2. Notario	24
I.3. Fe pública	30
I.3.1. Concepto	30
I.3.2. Características	36

CAPITULO II ANTECEDENTES HISTORICOS Y JURIDICOS DE LA FUNCION NOTARIAL

II.1. En la antigüedad	43
II.2. En Roma	50
II.3. Edad Media	73
II.4. En Francia	84
II.5. En México	92

CAPITULO III LA INTERVENCION DEL NOTARIO EN LA FUNCION JUDICIAL

III.1. Concepto de jurisdicción	124
---------------------------------	-----

III.2. Concepto de jurisdicción voluntaria	140
III.3. Naturaleza jurídica	149
III.3.1. La jurisdicción voluntaria como actividad genuinamente jurisdiccional	151
III.3.2. La jurisdicción voluntaria no es jurisdicción	161
III.3.3. La jurisdicción como una actividad de carácter administrativo	163
III.3.4. La jurisdicción voluntaria considerada como esencialmente administrativa pero formalmente jurisdiccional	166
III.3.5. La jurisdicción voluntaria como administración pública del derecho privado	167
III.3.6. La jurisdicción voluntaria como actividad autónoma y equidistante de la propia jurisdicción y de la propia administración	170
III.4. La intervención del notario en asuntos extrajudiciales	174

CAPITULO IV

DIFERENTES FEDATARIOS

IV.1. Secretario de Acuerdo	180
IV.2. Ministerio Público	191
IV.3. Juez del Registro Civil	217
IV.4. Cónsul	226
IV.5. Registrador	234
CONCLUSIONES	241
BIBLIOGRAFIA	245

INTRODUCCION

Si bien es cierto que la ciencia del Derecho debe adecuarse a los cambios que se presentan en la sociedad mexicana, deben conservar su esencia. En el Distrito Federal se ha expedido una nueva Ley del Notariado por decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 14 de febrero de 2000, ¹ y en el Estado de Coahuila se han reformado los Códigos Civil y el de Procedimientos Civiles para darles intervención a los notarios en los actos de jurisdicción voluntaria.

La inquietud que prevalecía en mi espíritu he querido aprovecharla para elaborar mi trabajo recepcional, con el propósito de obtener mi título profesional, titulando la investigación: ***LA INTERVENCION DEL NOTARIO EN LA FUNCION JUDICIAL.***

Siempre debemos tener presente que, el pueblo de México es honorable y dadivoso, siendo que el servicio profesional que prestamos no es sino una oportunidad de participar en la toma de decisiones de quienes guardan con recelo una confianza heredada por generaciones en la figura del notario; por lo anterior, trataremos de adoptar una posición humilde pero firme, para que nuestros intereses no contravengan con aquellos que tienen una esperanza en la Justicia.

Trataremos de introducir al lector en un tema que ha causado controversias durante muchos siglos, buscando siempre ser objetivos e imparciales, no perdiendo de vista que todo lo que escribamos busque

¹ Entrando en vigor sesenta días naturales después de su publicación, de acuerdo al Artículo Primero Transitorio de la propia Ley.

beneficiar el interés común de la sociedad. Definiremos la posición que el notario debe fungir en la función judicial.

El notario surge para unificar diversas funciones que se encontraban dispersas. Es con el paso de la historia que se han fijado sus características, dependiendo de la autoridad del Estado.

Al conocer todos los elementos que conforman la función notarial podremos establecer criterios para darnos cuenta que, posiblemente, durante los próximos años, el notariado podría tener una intervención muy importante en la globalización, al ser una figura reconocida mundialmente.

Pero, para determinar cómo interviene el notario en la función judicial, hemos estructurado la investigación de la siguiente manera:

En un primer capítulo, abordaremos conceptos fundamentales para nuestra investigación tales como: función notarial, notario y fe pública, desentrañando sus características.

En el capítulo segundo, relativo a los antecedentes históricos y jurídicos de la función notarial, haremos un recorrido por diversas épocas y lugares, con el propósito de hilvanar el nacimiento del notariado. En este apartado el lector se percatará de que la función notarial ha sido difusa e inconsistente, siendo hasta el presente siglo que, en nuestro país, se inició su regulación de manera más sistemática.

En el siguiente apartado (capítulo tercero), con el propósito de comprobar el desarrollo de la intervención del notario en actos de jurisdicción voluntaria, desentrañamos el concepto de jurisdicción; enseguida analizamos lo que se entiende como jurisdicción voluntaria, plasmando conceptos de diversos

estudios del tema; posteriormente, un punto controvertido: la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, inciso en el que el lector apreciará las diversas posturas de los doctrinarios, quienes han pretendido embonar a esta figura jurídica en diversidad de ámbitos.

En un cuarto y último capítulo, analizamos a otras figuras que ostentan fe pública, tales como: el secretario de acuerdos, el ministerio público, juez del registro civil, cónsul, registrador y corredor público, con el propósito de que el lector advierta las diferencias entre éstos y el notario.

Esperamos transmitir a los apreciables lectores, todas las ilusiones, esfuerzos y cariño con que realizamos este trabajo, ya que significa más que un título de Licenciado en Derecho, es el comienzo de nuestra vida profesional.

Por último, todo aquel que se precie de ser Licenciado en Derecho, no deberá olvidar que el faro que ilumina a esta profesión es la **JUSTICIA**.

CAPITULO I

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

Conceptos tales como función notarial, notario, fe pública y jurisdicción voluntaria los hemos conocido durante el plan de estudios que cursamos en nuestra *Alma Mater*, sin embargo, con el transcurso del tiempo se desvanece el conocimiento que de los mismos pudimos obtener y si a la situación anterior, aunamos el deseo personal de realizar una investigación decorosa, resulta por demás imprescindible volver a recordarlos y estudiarlos de manera que, contemos con fundamentos sólidos para realizar nuestro trabajo recepcional.

Luego entonces, comenzaremos analizando el concepto de:

I.1. Función notarial.

“... desde el momento en que la fe notarial, la función de autenticar, se extiende al nexo jurídico ya no es simplemente autenticación, porque ésta hace referencia a algo que realmente existe, y en el caso en cuestión se afirma, se certifica, que ese algo tiene validez en Derecho. Se emite, pues un juicio de valor, que no encaja en el puro concepto de autenticidad, sino que es aditamento sin duda ineludible del mismo”.¹

El notario analiza el enlace jurídico, el punto donde se centra el acuerdo de las partes y verifica que se apegue a Derecho por lo que, presencia el nacimiento de nuevos derechos y obligaciones, constatando que tenga validez conforme a Derecho.

¹ BAÑUELOS SANCHEZ, Froylán. Derecho Notarial. T. I. Cuarta Edición. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1990. Págs. 156-157.

En esta definición la opinión de que emite un juicio de valor no es muy clara ya que, puede prestarse a confusiones, sobre todo en su participación como auxiliar de la administración de justicia ya que, al ejercer dicha función algunos autores consideran que el notario puede tomar el lugar del juez, en asuntos que conciernen al Poder Judicial.

“La función notarial es poder certificante puro, propio e inconfundible de intereses puramente jurídicos, tutelados por la fe pública y testimoniados en el instrumento público que formaliza el notario en virtud de la autoridad que inviste por delegación del Estado”.²

Habla de que el Estado delega poder que se caracteriza porque es único. Con la ley anterior, entendíamos que el Poder Ejecutivo era quien realizaba esta función de delegar para que el notario pudiera ejercerla; en la ley actual, en su artículo cuarto se establece que el Jefe de Gobierno del Distrito Federal es quien expide la patente, otorgándole la cualidad para dar fe en su actividad (conforme al artículo 7º., fracción VI); dando también participación al Poder Legislativo según se desprende del artículo tercero ya que, por medio de su comisión de notariado, le corresponde regular dicha función.

Ahora bien, por lo que a su naturaleza se refiere, el maestro Neri nos enseña que, “a la función notarial, se le ha tratado de reconocer como una facultad privativa y delegada del Estado, por imperativo del poder estatal supremo y por la seguridad jurídica que otorga, ha sido legislada para autenticar *erga omnes* el contenido formal de las declaraciones humanas y consecuentemente realizada por un órgano profesional dador de fe pública, y analizando alrededor de la función misma legalmente erigida para el ejercicio de

² NERI, Argenti no I. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial. Vol. I. Depalma. Argentina. 1980. Pág. 443.

los hechos y actos jurídicos e íntegramente dominada por el instrumento público".³

Cabe destacar que esta función es inherente al Poder Estatal por su supremacía sobre los gobernados, que si bien busca que las relaciones que se suscitan entre los miembros de una sociedad, tengan la garantía de que su voluntad quedará plasmada como una verdad jurídica; es por tal motivo, que autoriza a un profesional del Derecho para que actúe con imparcialidad, colaborando y orientando a los comparecientes, sin que se encuentre nunca sobre la voluntad de ellos y mucho menos pueda tomar el lugar de alguno para decidir por él.

En el Diccionario Jurídico Mexicano, se señala que, el Estado es quien establece las directrices de la prestación de la función notarial para que se cumpla con la prestación de un servicio público, siendo ésta "una institución jurídico administrativa en la que el titular es el Estado y cuya única finalidad consiste en satisfacer de una manera regular, continua y uniforme necesidades públicas de carácter esencial, básico o fundamental; se concreta a través de prestaciones individualizadas las cuales podrán ser suministradas directamente por el Estado o por particulares mediante concesión".⁴

Esta definición señala que es una necesidad de carácter público por lo que debe suplirse de manera constante, siendo un medio *alternativo* que cubre requerimientos individualizados de nuestra sociedad y de los cuales existan supuestos jurídicos en nuestra legislación a los que puedan apegarse los comparecientes.

³ Idem.

⁴ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. T. III. Octava Edición. Porrúa. México. 1995. Pág. 2906.

En este mismo sentido Núñez Moreno, menciona que “la misión del notario no es sólo autenticar el documento como podría hacerlo cualquier funcionario del Estado ya que la facultad certificante no es sólo exclusiva del notario, sino ordenar la voluntad privada a un modo de expansión técnica, que produzca por su adecuación con la ley, efectos jurídicos, y esto se refiere al fondo del documento, al contenido del acto jurídico, contenido al que las partes sólo han aportado sus pretensiones interesadas (con interés económico o moral), y cuya ordenación y expresión hasta construir la relación jurídica, con validez interna y eficacia constitutiva, ha quedado encomendada a la primacía del notario”.⁵

Coincidimos con Núñez Moreno en que el notario haciendo uso de sus conocimientos de legislación, ordena y adecúa todas las normas jurídicas que regulan alguna situación específica para guiar la voluntad privada; de ahí que el notario deba explicar el valor y las consecuencias del contenido de los instrumentos públicos, para hacer constar que la voluntad de los comparecientes y *no la de él* es la que tiene valor y fuerza legales.

Digamos que de principio el notario facilita el camino para que los hechos que constata y actos que se formalizan, sean apegados a Derecho; construye la relación jurídica *de acuerdo con las especificaciones de los interesados*, por lo que los comparecientes siempre deben estar en posibilidad de elegir lo que a su derecho les convenga, de acuerdo a lo establecido por la ley.

El notario adecúa la voluntad de las partes para que surja un instrumento público, que cumpla con todos los requisitos que establece nuestra legislación.

⁵ Citado por BAÑUELOS SANCHEZ, Froylán. Op. Cit. Pág. 160.

Por su parte, el maestro Bañuelos Sánchez, señala que, "la función del notario es, dentro del ámbito de los negocios jurídicos, además de autenticadora, jurisdiccional; pudiendo añadir que en el propio terreno se convierte práctica y accidentalmente en normativa y aun algunas veces en ejecutiva".⁶

Ahora bien, de acuerdo a lo que señala el jurista que indicamos en el párrafo anterior, las características de la función notarial, son las siguientes:

a). "La función notarial es esencialmente autenticación de hechos. Si el hecho no se presenta como auténtico, el juez comprueba y determina el hecho concreto, para enlazar a él una consecuencia jurídica. La autenticidad evita al juez la operación de comprobación del hecho, para circunscribirse al conocimiento del Derecho. Suple, pues, la función notarial una fase de la judicial, y como ésta, sólo puede imputarse al Estado como unidad del orden público".⁷

Cuando el notario interviene en la autenticación de hechos lo hace con el fin de otorgar autenticidad a tales hechos, que posiblemente en un momento posterior (juicio) sean constitutivos de pruebas.

b). "La función notarial se extiende por naturaleza a la legalidad de las relaciones jurídicas. La legalización es una operación lógica consistente en encajar dentro de la proposición general de la ley el negocio jurídico particular que pasa ante notario, en investir y constatar la validez del acto; pero el proceso lógicamente concluso queda en varios aspectos jurídicamente abierto, de suerte que en cualquier momento puede someterse al conocimiento del juez

⁶ Idem.

⁷ Ibidem. Pág. 158.

y éste es únicamente quien puede dar a conclusión, por voluntad del Estado, la fuerza de cosa juzgada”.⁸

La actuación del notario está regida por la ley, por lo que para ejercer la función de la cual está investido por delegación del Estado, siempre deberá constarle que los asuntos celebrados ante él, encuadren dentro de los presupuestos que nuestra legislación establece.

La validez de las que son investidas las relaciones jurídicas bilaterales celebradas ante notario, siempre estará supeditada a que los interesados cumplan con lo establecido; en el momento en que alguno de ellos decida no someterse a lo pactado, el otro interesado podrá solicitar la protección del Estado, quien actuará por medio del juez, para que éste someta la voluntad de la parte contraventora al cumplimiento de lo estipulado por medio de la fuerza legal de la cosa juzgada.

c). “La función notarial es asimismo función de dirección o configuración de las relaciones jurídicas. Este aspecto, que prácticamente es de suma importancia, no es con todo un imperativo legal, ni una consecuencia indeclinable de la autenticación, sino una consecuencia accidental de la misma, motivada por la circunstancia de someterse los negocios jurídicos a la fe notarial en el momento de su nacimiento”.⁹

El notario al tener la oportunidad de conocer las relaciones jurídicas desde su nacimiento; es decir, a partir del momento de que surge la voluntad de los comparecientes, puede encaminarlas y guiarlas por el sendero de la legalidad, buscando siempre el equilibrio de la justicia.

⁸ Idem.

⁹ Idem.

Es evidente que el notario no puede intervenir en la elaboración de los actos jurídicos de los participantes sin que se lo soliciten; este es un derecho que los interesados están en la libertad de ejercerlo o no.

d). "Aunque no puede decirse que la función notarial sea ejecutiva, sí que puede afirmarse: que se presenta en algunos casos como reguladora de cierto poder ejecutivo que se otorga a los particulares (Arts. 443, fracc. I y 468 del Código de Procedimientos Civiles y 2907 del Código Civil); que por su sola virtud y mediante fórmulas que la práctica sugiere, el derecho se cumple sin contención y como por modo automático; y que tiene la virtud de dar a los documentos a ella sometidos, mediante las circunstancias prevenidas, la calidad de títulos que llevan aparejada ejecución (Art. 1391, II del Código de Comercio)".¹⁰

Por último recordemos que, la anterior Ley del Notariado en su artículo primero, especificaba que 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, siendo que la vigente, menciona en su artículo primero, que el objeto de esta Ley es regular, con carácter de orden e interés público y social la función notarial y al notariado en el Distrito Federal.

Tengamos presente que, la delegación realizada por el Estado del ejercicio de la función notarial, pretende obtener la coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad.¹¹

¹⁰ Ibidem. Pág. 159.

¹¹ Cfr. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Op. Cit. Pág. 2279.

El Estado busca cumplir una de sus funciones con el notario al encomendarle la tarea de verificar que las relaciones jurídicas sean apegadas a la ley. Consideramos conveniente especificar que la participación preventiva que realice el notario para obtener la coexistencia pacífica de los miembros de una comunidad, no coincide con la participación del juez en los asuntos de la llamada jurisdicción voluntaria que impliquen actividad jurisdiccional.

Aunque algunos autores mencionan que el juez interviene preventivamente en los asuntos de jurisdicción voluntaria, existe una diferencia radical entre la actuación notarial y la jurisdiccional, pues en la segunda, el juez independientemente de actuar con prevención, protege los intereses de aquellos que no pueden expresar su voluntad en un momento dado, v.gr. menores de edad, incapacitados o ausentes.

Por ende, la función notarial, lleva en sí misma "la atribución de paz y de seguridad del Derecho... es función de seguridad jurídica, pues sólo el Estado es quien delega la facultad de ejercer esa función".¹²

Tengamos presente que, la seguridad jurídica se define como "la garantía que representa la organización estatal en orden al mantenimiento del Derecho y a la consiguiente protección del individuo, nacional o extranjero",¹³ siendo necesario la existencia de un criterio racional de la justicia para que exista seguridad jurídica.¹⁴

El notario en el ejercicio de su función, aplica criterios que benefician a los comparecientes al momento de redactar los instrumentos

¹² NERI, Argentino I. Op. Cit. Pág. 441-442.

¹³ DE PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara. Diccionario de Derecho. Décimo Novena Edición. Porrúa. México. 1993. Pág. 451.

¹⁴ Cfr. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. T. III. Op. Cit. Pág. 2885.

públicos y al apegarse su actuación conforme a la legislación, pudiendo decir que garantiza la seguridad y certeza jurídicas.

Tal situación se apreciaba en la redacción de los artículos 4º y 6º de la anterior Ley del Notariado, que a continuación transcribimos:

Art. 6º. El notario es responsable ante el Departamento del Distrito Federal de que la prestación del servicio en la notaría a su cargo, se realice con apego a las disposiciones de esta Ley y sus Reglamentos.

Art. 4º. El Ejecutivo Federal en la esfera administrativa, dictará las medidas que estime pertinentes para el exacto cumplimiento de esa Ley y para la eficaz prestación del servicio público del notariado.

Y en la actual Ley del Notariado, lo patentiza al establecerlo en su artículo 27 que a la letra establece: ***Siendo la función notarial de orden e interés público, corresponde a la ley y a las instituciones que contempla procurar las condiciones que garanticen la profesionalidad, la independencia, la imparcialidad y autonomía del Notario en el ejercicio de la fe pública de que está investido, a fin de que esta última pueda manifestarse libremente en beneficio de la certeza y seguridad jurídicas que demanda la sociedad y sin más limitaciones ni formalidades que las previstas en la Ley. ...***

Con la intervención del notario apegada a la legislación, se protegen los intereses de los individuos por lo que, la seguridad y la certeza jurídicas quedan impresas; sin embargo tal actitud no implica su extensión a otros ámbitos de competencia, en donde el notario no tiene cabida y si bien es

cierto que en el Estado de Coahuila, les han otorgado a los notarios mayor injerencia para intervenir en asuntos que implican actividad jurisdiccional; tal hecho provoca inseguridad jurídica.

La justicia para el notario estriba en que la voluntad de los comparecientes se apegue a la legislación objetiva; contrariamente, el juez cuando dice o declara el derecho, imprime en sus resoluciones un concepto más amplio de justicia, porque no se limita (en muchos casos) a las constancias del proceso, sino que investido del *imperium*, de facultades discrecionales y de su capacidad racional, le otorga la razón a aquella (parte dentro del conflicto) que *verdaderamente* le asiste un derecho, o emite una resolución en procedimientos en donde no existe controversia, pero que requieren de su apreciación subjetiva del Derecho, para impartir justicia y dar protección a menores e incapaces.

Como bien ha quedado señalado en páginas anteriores, el notario *suple* una necesidad pública; de ahí que el Estado le haya otorgado esas funciones e investido de fe pública donde la imparcialidad es la nota característica de sus actividades, no pudiendo comprender porqué en el Estado de Coahuila, se le asignan facultades tan extraordinarias, contraviniendo flagrantemente la naturaleza de sus funciones (autenticar, verificar, asesorar, dar fe, etc.) tales como: a) ***Certificar y ratificar FUERA DE PROTOCOLO contratos y documentos privados en los términos de la presente ley y de las demás disposiciones aplicables*** (Art. 9º. fracc. II).

Para reforzar los desaciertos de la Ley Notarial del Estado de Coahuila debemos recordar que, entre los principios que rigen la función notarial, se encuentra el de matricidad y que éste consiste en un "sistema que presupone un documento matriz, el cual puede ser reproducido en el notariado.

En el notariado la matriz es denominada protocolo y las reproducciones, testimonios".¹⁵

Como se deduce, la existencia del protocolo presupone la existencia de la matriz. En el momento mismo en que en Coahuila se permite a los notarios certificar y ratificar FUERA DE PROTOCOLO, se rompe con este principio y por ende, se resquebraja la seguridad y certeza jurídicas.

Esta opinión se encuentra avalada por el criterio del maestro Francisco de P. Morales, quien sobre el particular expresa: "Esta corriente que se conoce como actuaciones notariales extraprotocolarias va en contra de la esencia del notariado porque viola el principio de matricidad y... la seguridad jurídica es reducida prácticamente a la nada; provocándose hechos y relaciones jurídicas, que dependen exclusivamente de la buena fe de los interesados".¹⁶

Abundando en relación al protocolo, señalaremos que el artículo 42 de la anterior Ley del Notariado para el Distrito Federal, manifestaba lo siguiente: ***Art. 42. Protocolo es el conjunto de libros formados por los folios numerados y sellados en los que el notario, observando las formalidades que establece la presente Ley, asienta y autoriza las escrituras y actas que se otorguen ante su fe, con sus respectivos apéndices; así como por los libros de registro de cotejos con sus apéndices. Los instrumentos, libros y apéndices que integren el protocolo deberán ser numerados progresivamente. Los folios deberán utilizarse en forma progresiva por ambas caras y los instrumentos que se asienten en ellos se ordenarán en forma sucesiva y cronológica por el notario y se encuadernarán en libros que se integrarán por***

¹⁵ MORALES, Francisco de P. El Notariado: su evolución y principios rectores. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C. México. 1994. Pág. 74.

¹⁶ Ibidem. Págs. 80-81.

doscientos folios, excepto cuando el notario deba asentar un instrumento con el cual rebasare ese número, en cuyo caso, podrá dar por terminado el libro sin asentar dicho instrumento iniciando con éste el siguiente libro. El notario no podrá autorizar acto alguno sin que lo haga constar en los folios que forman el protocolo, salvo los que deban constar en el libro de registro de cotejos.

Ahora bien, la actual Ley del Notariado en su artículo 76 señala que lo siguiente:

Protocolo es el conjunto de libros formados por folios numerados y sellados en los que el notario, observando las formalidades que establece la presente Ley, asienta y autoriza las escrituras y actas que se otorguen ante su fe, con sus respectivos apéndices; así como por los libros de registro de cotejos con sus apéndices.

En sentido amplio es la expresión que se refiere a todos los documentos que obran en el haber de cada notaría. El protocolo es abierto, por cuanto lo forman folios encuadernables con número progresivo de instrumentos y de libros. En sentido estricto es tanto el conjunto de instrumentos públicos fuente original o matriz en los que se hace constar las relaciones jurídicas constituidas por los interesados, bajo la fe notarial; como la colección ordenada cronológicamente de escrituras y actas autorizadas por el Notario aquellas que no pasaron, y de sus respectivos apéndices, conforme a una periodicidad, procedimiento y formalidades reglados en esta Ley; y que adquiridos a costa del Notario respectivo son

conservados permanentemente por él o por su sustituto en términos de esta Ley afectos exclusivamente al fin encomendado y, posteriormente, destinados permanentemente al servicio y matricidad notarial del documento en el Archivo como propiedad del Estado, a partir de la entrega de los mismos a dicha oficina, en uno o más libros, observando para su redacción y conformación de actos y hechos las formalidades y solemnidades previstas por esta Ley, todo lo que constituye materia de garantía institucional de origen constitucional regulada por esta Ley.

Los folios que forman el protocolo son aquellas hojas que constituyen la papelería oficial que el notario usa para ejercer la función notarial. Son el sustracto (sic) o base material del instrumento público notarial, en términos de esta Ley.

“El acta y la escritura pública son la obra del notario. Estas se asientan originalmente en el protocolo y proporcionan seguridad jurídica, toda vez que son documentos **veraces**, con pleno valor probatorio y fuerza ejecutiva.

Cuando el notario confecciona un documento, se convierte en el paradigma de la verdad y la seguridad jurídica, valores que representan el contenido y la finalidad de su actuación.

Santo Tomás de Aquino definía la verdad como **la adecuación de la inteligencia a la cosa**; es decir, una coincidencia entre lo que se percibe por los sentidos y su apreciación intelectual.

Ahora bien, de acuerdo con la Ley del Notariado (del Distrito Federal) el documento notarial hace prueba plena de su contenido, aun en los casos en que no haya coincidencia con la verdad, razón por la cual históricamente el legislador se ha preocupado porque el notario goce de ser una persona calificada desde el punto de vista moral. Así por ejemplo, Alfonso X El Sabio, en las Siete Partidas, establecía que: *... y si el Escribano de Ciudad, o de Villa, hiciere alguna carta falsa o hiciere alguna falsedad en juicio en los pleitos que le mandaren escribir, débenle cortar la mano, con que la hizo, y darle por malo, de manera que no pueda ser testigo, ni hacer ninguna honra mientras viviere.* ... Si el notario actúa con veracidad, proporciona seguridad jurídica, que entre otras, es una de las finalidades del Estado. La seguridad jurídica es un *saber a qué atenerse*; es conocer donde inicia y donde termina el derecho de una persona. Por lo que toca al documento notarial, es tener la certeza de que éste es válido; que refleja la verdad de lo sucedido y acontecido; y que tiene pleno valor probatorio y fuerza ejecutiva".¹⁷

Como se aprecia, al estatuirse en Coahuila que los cotejos se harán fuera de protocolo, se quebrantan el principio de matricidad, de seguridad y certeza jurídicas de las actuaciones que se efectúan frente al notario.

En el Distrito Federal, la seguridad y certeza jurídicas de los cotejos, está garantizada porque en el apéndice del libro de cotejos, se integran documentos tales como: copia cotejada de cada uno de los documentos que se ponen a la vista del notario.

Otra contradicción de la función notarial en Coahuila es que la misma fracción II del artículo 9º. que analizamos, permite que los contratos y documentos privados (actos jurídicos), pueden ser certificados y ratificados

¹⁷ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Ética Notarial*. Cuarta Edición. Porrúa. México. 1993. Págs. 21-23.

fuera de protocolo; sin embargo, en el Capítulo Octavo de la Ley del Notariado del Estado de Coahuila, específicamente el artículo 60, nos indica que ***acta es el instrumento original que el notario levanta fuera de protocolo y autoriza con su firma y sello, para hacer constar un hecho, que acontezca en su presencia.***

La contradicción estriba en que en la fracción II del artículo 9º. se alude a actos jurídicos y en el artículo 60 se refiere a hechos, pero para ahondar más tal contradicción, en el artículo 62 se señala que, ***entre los hechos que puede consignar el notario en actos fuera de protocolo, se encuentran enunciativa y no limitativamente, los siguientes: a) Notificaciones, interpelaciones, requerimientos, protesto de documentos mercantiles, tramitación de sucesiones testamentarias o intestamentarias, diligencias de jurisdicción voluntaria y otras diligencias en las que debe intervenir el notario según las leyes.***

Para fortalecer el criterio expuesto con anterioridad, consideramos pertinente identificar los conceptos de acto y hecho jurídicos, mismos que expondremos a continuación:

De acuerdo al Diccionario Jurídico Mexicano, hecho jurídico es "suceso que el ordenamiento jurídico toma en cuenta otorgándole efectos jurídicos... es posible entender al hecho jurídico como cada uno de los acontecimientos que producen consecuencias de derecho. ... El hecho jurídico es entonces un acontecimiento engendrado por la actividad humana o puramente material, que el Derecho toma en consideración para hacer derivar de él, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir una

situación jurídica general o permanente o, por el contrario un efecto de derecho limitado".¹⁸

Por su parte, acto jurídico "es una manifestación exterior de voluntad bilateral o unilateral, cuyo fin directo consiste en engendrar, con fundamento en una regla de derecho o en una institución jurídica, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general y permanente o, por el contrario un efecto de derecho limitado, que conduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho".¹⁹

Otra contradicción que hallamos en la función notarial de Coahuila y que desvirtúa su naturaleza es que, a los notarios coahuilenses se les permite, de acuerdo con la fracción III del artículo 9º. de la ley respectiva a ***desempeñar el mandato judicial y ejercer la profesión de abogado en aquellos negocios que no haya intervenido en su carácter de notario,*** violándose flagrantemente los principios de imparcialidad, de conservación y reproducción del documento y de dualidad.

El primero de ellos (el de imparcialidad) consiste en la "falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o cosas, de que resulta poderse juzgar o procederse con rectitud. ... Cuando el notario actúa debe hacerlo libre de cualquier nexo que le impida aconsejar a las partes y redactar los instrumentos con intereses distintos a los de la equidad, la justicia y la seguridad jurídica. Cuando se comparece ante notario para solicitar la prestación de sus servicios, se debe estar convencido de que el fedatario actuará imparcialmente protegiendo los intereses de las partes. Este deber de

¹⁸ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. T. I y II. Décimo Primera Edición. Porrúa. México. 1998. Págs. 85 y 1573.

¹⁹ Ibidem. T. I. Pág. 85.

imparcialidad es especialmente significativo en aquellos lugares como los países latinoamericanos, donde existe analfabetismo e ignorancia del derecho, toda vez que las personas requieren de un especial asesoramiento y protección jurídica. También hay que practicarla principalmente con el cliente subdesarrollado, con la pobre viuda, voluble e irresoluta, que no sabe lo que quiere, con el que atraviesa una grave crisis económica, con los matrimonios desavenidos, y con esta juventud impaciente, audaz y extraviada, procurando corregir el ademán airado, la palabra violenta o la impronta de la insumisión".²⁰

La imparcialidad es un principio propio del notariado, quedando demostrado porque el legislador de la anterior Ley del Notariado para el Distrito Federal, lo tuvo previsto en las prohibiciones e incompatibilidades al decir:

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

Art. 35. Queda prohibido a los notarios:

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

II. Intervenir en el acto o hecho que por la ley corresponda exclusivamente a algún funcionario público;

²⁰ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Op. Cit. Págs. 24-25.

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

IV. Ejercer sus funciones si el acto o hecho interesa al notario, a su cónyuge o a alguno de sus parientes en los grados que expresa la fracción inmediata anterior;...

Por lo que respecta, la actual Ley del Notariado para el Distrito Federal señala:

Art. 32. Igualmente el ejercicio del oficio notarial es incompatible con toda dependencia a empleo, cargo o comisión público o privado, y con el ejercicio de la profesión de abogado en asuntos en que haya contienda. El notario tampoco podrá ser comerciante, ministro de culto o agente económico de cualquier clase en términos de las leyes respectivas.

Art. 45. Queda prohibido a los notarios:

I. Actuar con parcialidad en el ejercicio de sus funciones y en todas las demás actividades que esta ley señala; ...

VII. Dar fe de manera no objetiva o parcial.

En virtud de la importancia que tiene este deber y la preocupación de que se ajuste a la actividad del notario, en el XVI Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Lima, Perú, en junio de 1982, uno de los temas tratados fue ***La imparcialidad del notario latino como característica esencial de su función***. Por considerar de gran interés el análisis ahí realizado, a continuación se transcriben algunas de sus conclusiones:

"Aunque posiblemente se trate de una simplificación excesiva, cabe distinguir tres grandes grados de supuestos:

1. Contratos aún no perfeccionados.

Las partes se disponen a celebrar un contrato, pero aún no están de acuerdo sobre sus elementos esenciales. En ese caso, el notario interviene desde el primer momento en la fase de formación del contrato y, por consiguiente, es entonces cuando puede cumplir con mayor amplitud su función de asesoramiento y consejo.

2. Contratos que llegan al notario ya perfeccionados y muchas veces formalizados en un simple documento privado.

El notario, además de comprobar la legalidad de los pactos ya estipulados y de informar a los contratantes sobre los efectos jurídicos del contrato que han celebrado, debe constatar si las partes han previsto determinadas cuestiones cuya reglamentación entra en el campo de la autonomía de la voluntad, y debe aconsejar imparcialmente a los interesados sobre la conveniencia de completar el contenido del documento privado, así como llamar la atención sobre los términos muchas veces equívocos o poco claros en que el documento está concebido, a fin de conseguir que los contratantes acepten que

en el documento público se utilice una terminología más precisa y técnica que evite ulteriores problemas interpretativos".²¹

El deber de imparcialidad en la actuación del notario, siempre ha sido una garantía social que el ciudadano común la comprende y aquilata como una de las cualidades que dan la certeza de que otorga trato justo y equitativo, independientemente de la clase social o intereses personales.

El segundo (de conservación y reproducción) radica en que, el notario satisface plenamente los ideales de seguridad jurídica, no sólo por la actividad examinadora que integra su función, sino también porque responde a los principios de conservación y reproducción del documento.

En el documento privado no hay la posibilidad de reproducción, pues a diferencia del notarial, no existe una matriz que lo conserve en forma permanente.

El protocolo pertenece al Estado y el notario lo conserva durante cinco años a cuyo término, se deposita en el Archivo General de Notarías, en donde permanece definitivamente, de tal suerte que en la ciudad de México pueden consultarse documentos notariales elaborados desde 1525. Dicho Archivo de conformidad con el artículo 239 de la actual Ley del Notariado para el Distrito Federal, será privado para los documentos que tengan una antigüedad menor de setenta años y será público para los documentos que tengan más tiempo, de conformidad con el artículo 240 de la misma ley, siempre y cuando se cumpla con lo establecido en las fracciones de este artículo, mismas que especifican que, si tienen entre setenta y cien años, pagarán los derechos correspondientes para su consulta y reproducción; si

²¹ Ibidem. Págs. 27-30.

tienen entre cien y ciento cincuenta años, el análisis y consulta estará bajo la supervisión de un historiador designado por el archivo; en el caso de que se quiera la reproducción, será necesario el pago de derechos y la autorización del titular del Archivo o del Director General Jurídico y de Estudios Legislativos; para los documentos con más de ciento cincuenta años, se podrán consultar y analizar bajo la supervisión estricta de un historiador designado por el archivo, pero para su reproducción la fracción III en su párrafo segundo del artículo citado establece lo siguiente: ***... Para su reproducción, se requerirá la autorización del Consejero Jurídico y de Servicios Legales o del Director General Jurídico y de Estudios Legales o del Director General Jurídico y de Estudios Legislativos, a través de los acuerdos o convenios respectivos. Esta reproducción sólo se llevará a cabo para fines científicos, docentes y culturales mediante tecnología que garantice el cuidado y la preservación de dichos documentos y a través de instituciones gubernamentales o de Derecho privado, o particulares, peritos en el cuidado extremo de los mismos y en la aplicación de dicha tecnología, con la participación y supervisión de un historiador designado por el Archivo; para esta reproducción se pagarán los derechos señalados en el Código Financiero del Distrito Federal.***

A la reproducción del documento se le llama testimonio y generalmente se expide a cada una de las partes o al autor del acto consignado, o bien a los sucesores o causahabientes. También puede mostrarse el documento original a las personas que tengan interés jurídico.

En todas estas etapas de la actividad del notario, o sea, escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar, conservar y reproducir el instrumento, debe caracterizarlo por su veracidad, imparcialidad, espíritu conciliador, discreción en los secretos recibidos,

preparación técnica y jurídica, desempeño personal, equidad en el cobro de los honorarios y cumplimiento de las demás normas éticas y jurídicas.

Por último, el de dualidad, que de acuerdo con el maestro Francisco de P. Morales, "es propio del ejercicio profesional de abogados, litigantes, donde cada parte es representada y asesorada por un abogado distinto. Así en un juicio observamos con frecuencia que cada parte procesal dispone de los servicios de su propio abogado".²²

Esta función debe ser ejercida con calidad de prevención legal y asesoría, siendo una de las razones importantes para que el notario no intervenga en asuntos que impliquen actividad jurisdiccional.

Uno de los fundamentos en el Estado de Coahuila que sustenta la intervención de los notarios en asuntos de jurisdicción voluntaria, lo encontramos en la fracción X del artículo 9º que hemos estado analizando, pues dispone que ***los notarios tienen facultad para protocolizar todos los documentos y demás actos que les soliciten, siempre y cuando no sean contrarios a las leyes y a las buenas costumbres*** siendo esto una verdad insuficiente, ya que efectivamente la voluntad de los comparecientes interviene al expresar su solicitud, dependiendo si son actos o hechos jurídicos, pero no se equipara la función que ejerce el Poder Judicial en los asuntos que implican actividad jurisdiccional con la función que ejerce el notariado.

Como lo establece el artículo 9º, fracción XIII de la multicitada Ley del Notariado del Estado de Coahuila, el notario puede intervenir, cuando el interesado opte por esta vía y no por la judicial, conforme a las disposiciones

²² MORALES, Francisco de P. Op. Cit. Pág. 88.

legales aplicables, en los procedimientos a que se refiere el Título Décimo Quinto del Código de Procedimientos Civiles del Estado.

Considerando la actual Ley del Notariado para el Distrito Federal, comentaremos algunos de los principios que se establecen para comprender la posición del actual ejercicio de la función notarial.

Esta actividad la establecen como una garantía institucional, consistente en una carrera notarial y un sistema que organiza a dicha función, fundamentándola principalmente en la equidad, el Estado Constitucional de Derecho, la legalidad y el marco del Notariado Latino.

Al reflexionar sobre la situación del notariado como garantía institucional, busca garantizar la intervención de los comparecientes (o podemos decir con más precisión), que la expresión de su voluntad es la principal actora, exteriorizada mediante hechos o actos jurídicos y es a quienes el Estado protege, otorgándoles seguridad y certeza jurídicas, utilizando como un medio idóneo los instrumentos notariales.

Es por esta razón, que se establecen condiciones adecuadas para el desarrollo de su actividad como un tipo de ejercicio profesional del derecho y las cuales son la dictaminación objetiva, legitimación, sustentabilidad, independencia, colegiado, libre, calificada y autónomo, permitiendo que la profesionalización del notariado sea más estricta.

Al establecerse como un oficio jurídico, permite conjuntar su actuación como jurista, auxiliar de la administración de justicia, consejero, árbitro, asesor internacional y mediador; para su correcto ejercicio, el propio

Colegio de Notarios, ejercerá una constante capacitación para que apliquen los principios que ya antes eran conocidos y que actualmente son regulados por la ley como lo son, entre otros: la probidad, la prevención, la prudencia jurídica, la excelencia, la objetividad y la imparcialidad, permitiendo que su actitud de servicio se encamine a velar por los intereses de quienes depositan su confianza en el notariado.

I.2. Notario.

Ya que hemos visto lo que implica la función notarial, es momento de definir el concepto de notario público y para ello, comenzaremos manifestando que este vocablo deriva del latín *notarius*, que significa *marca, carácter y abreviatura*. *Notarius* significaba en la época romana *taquígrafo, secretario* y casi al término de la Edad Media adquirió su acepción moderna.²³

Como se advierte de la definición etimológica, el notario en sus inicios únicamente se limitaba a tomar nota, a asentar en un papel aquello que otros decían.

El maestro Couture, señala que notario es el “profesional universitario que, en su calidad de depositario de la fe pública, se halla facultado por la ley para prestar asesoramiento en materia notarial, y recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes en materia jurídica, mediante documentos a los cuales la ley asigna, normalmente, el valor de plena prueba”.

24

²³ Cfr. COUTURE, Eduardo J. Vocabulario Jurídico. Quinta Reimpresión. Depalma. Argentina. 1993. Pág. 421.

²⁴ Idem.

El autor anterior, fundamenta su definición en principios de la actuación notarial siendo: asesorar, recibir, interpretar y dar forma legal, procedimiento válido en todo el notariado latino.

Ahora bien, como la definición anterior no señala que el notario deberá ser profesional en Derecho, cae en imprecisiones.

También serán considerados estos documentos como legítimos y eficaces conforme al artículo 333 del Código de Procedimientos Civiles, otorgándoles calidad de plena prueba dentro de un juicio, siempre y cuando los mismos no sean impugnados por falta de autenticidad y exactitud por alguna de las partes que intervengan en la controversia, que crea se vea afectada por el mismo.

Por su parte, Froylán Bañuelos Sánchez, manifiesta que notario "es el funcionario público que jerárquicamente organizado y obrando por delegación del Poder del Estado, y por lo mismo revestido de plena autoridad en el ejercicio de su función, autentica las relaciones jurídicas normalmente creadas por la libre voluntad de las personas jurídicas, dándoles carácter de verdad, certeza y permanencia, previo el estudio, explicación y aplicación del Derecho Positivo, a cada uno de los actos jurídicos de carácter normal en los cuales interviene".²⁵

El maestro mexicano engloba en su definición de notario, las actividades que implican la función notarial: autenticar, otorgar carácter verdadero, certeza y permanencia a los actos jurídicos.

El mismo maestro que estamos estudiando, sintetiza su definición, afirmando que notario es "el funcionario público, que por delegación del poder

²⁵ BAÑUELOS SANCHEZ, Froylán. Op. Cit. Pág. 141.

del Estado y con plena autoridad en sus funciones, aplica científicamente el derecho en su estado normal cuando a ello es requerido por las personas jurídicas".²⁶

No consideramos que el notario sea un funcionario público, porque no desempeña ningún cargo que se encuentre dentro de la estructura orgánica de la administración pública ni está sometido a un jefe superior inmediato ni tiene algún sueldo establecido por el erario federal y al efecto, la actual Ley del Notariado nos dice en su artículo 32 lo siguiente: ***Igualmente el ejercicio del oficio notarial es incompatible con toda dependencia a empleo, cargo o comisión público o privado...***

Lavandera menciona que, "el notario es un profesional del Derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia sólo por razones históricas están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria".²⁷

Lavandera puede aclararnos la idea de que el notario no es un funcionario público, sólo ejerce por delegación del Estado una función pública. En cuanto a los negocios jurídicos privados debemos entender que, un elemento esencial es la voluntad que debe ser expresada por los interesados, por lo que el notario no puede intervenir para tomar alguna decisión que a él no le corresponde.

Por otro lado, en el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, se señaló que, "el notario latino es el profesional del derecho, encargado

²⁶ *Idem.*

²⁷ LAVANDERA, M. El Notario. Revista de Derecho Privado. España. 1917. Pág. 23.

de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos".²⁸

En esta definición queda muy claro que el notario es un encargado de una función pública, coincidiendo estos principios con la actual Ley del Notariado toda vez que, el notario tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que acuden ante él.

Con la definición anterior, se hace patente que el notario es una guía para quienes solicitan sus servicios toda vez que, la voluntad que éstos externan debe apegarse al Derecho y aquí es donde el notario entra en acción, pues en ciertos casos los comparecientes pretenden asentar su voluntad caprichosamente, situación que no puede permitirse, porque aunque prevalece la teoría de la autonomía de la voluntad, la misma siempre deberá estar apegada a Derecho.

Otro autor, Mengual y Mengual, afirma que el notario es "el funcionario público que jerárquicamente organizado y obrando por delegación del Poder del Estado y por lo mismo, revestido de plena autoridad en el ejercicio de su función auténtica las relaciones jurídicas normalmente creadas por la libre voluntad de las personas jurídicas, dándoles carácter de verdad, certeza y permanencia, previo el estudio, explicación y aplicación del Derecho positivo, a cada uno de los actos jurídicos de carácter normal en los cuales interviene".²⁹

²⁸ BAÑUELOS SANCHEZ, Froylán. Op. Cit. Pág. 143.

²⁹ MENGUAL Y MENGUAL, José María. Citado por Ibidem. Pág. 147.

Como se aprecia de las definiciones anotadas, palabras más o menos, la mayoría de los autores coinciden en las actividades que realiza: autentica los actos jurídicos, otorgándoles carácter de verdaderos, ciertos y permanentes.

Por último, Antonio P. Colomar, señala que el notario "es profesional del derecho, que a instancia de las partes a quienes interesa su exteriorización, da forma a los actos y contratos y los autentica ejercitando una función pública".³⁰

Una vez más, este autor con diferentes palabras, muestra la calidad de autenticador que tiene el notario al realizar la función notarial.

Para nosotros, ***el notario es un profesional del Derecho, independiente, investido de fe pública delegada por el Estado, obligado a prestar un servicio a las personas que se lo requieran. El notario debe intervenir y otorgar autenticidad a los actos o hechos jurídicos de interés de los comparecientes, de manera imparcial y encaminarlos de acuerdo con la expresión de su voluntad, por el sendero de la legalidad.***

Ahora bien, la anterior Ley del Notariado para el Distrito Federal, definía al notario, en su artículo 10, 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.***

³⁰ COLOMAR, Antonio P. El Escribano Público. Losada. Buenos Aires. 1946. Pág. 59.

El notario fungirá como asesor de los comparecientes y expedirá los testimonios, copias o certificaciones a los interesados conforme lo establecen las leyes: la formulación de instrumentos se hará a petición de parte.

La actual Ley del Notariado, lo define en su artículo 42 de la manera siguiente:

Notario es el profesional del Derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría.

El notario conserva los instrumentos en el protocolo a su cargo, los reproduce y da fe de ellos. Actúa como auxiliar de la administración de justicia, como consejero, árbitro o asesor internacional, en los términos que señalen las disposiciones legales relativas.

De las definiciones anteriores, podemos advertir que el notario es un particular que ejerce el Derecho como profesión; de ahí que no pueda considerarse funcionario público; siendo investido de fe pública para autenticar y dar forma a determinados instrumentos.

En el momento mismo en que al notario se le considera asesor o consejero, como su nombre lo indica, da consejo a aquellos que requieren sus servicios conjuntando y encaminando sus intereses.

I.3. Fe pública.

I.3.1. Concepto.

Dada la complejidad de las relaciones jurídicas en una sociedad, fue necesario crear todo un sistema a fin de que pudieran ser aceptados como ciertos, algunos negocios jurídicos a pesar de no haberse presenciado su realización. Este sistema inicia con la investidura de determinadas personas con una función autenticadora a nombre del Estado, de tal manera que su dicho es una verdad oficial cuya creencia es obligatoria, así fue como surgió la fe pública.

Ahora bien, es preciso señalar (en primer lugar) que, el vocablo *fe* deriva "del latín *fides* es una virtud fundamental del ser humano que lleva en sí la expresión de seguridad, de aseveración, de que una cosa es cierta, sea que se manifieste con o sin ceremonial; esto es, solemnemente o no, en cualquier orden, privado o público... (luego entonces)... la *fe* se define como la creencia de lo que no hemos visto por el testimonio del que lo refiere".³¹

Por su parte, Bernardo Pérez Fernández del Castillo, nos dice que "fe es creer en aquello que no se ha percibido directamente por los sentidos: acepto lo que otro dice; acepto que tal acontecimiento es cierto".³²

El Dr. Eduardo J. Couture, manifiesta que, "fe es la creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice o por la fama pública. Etimológicamente deriva de *fides*; indirectamente del griego *peiteio*, yo persuado".³³

³¹ NERI, Argentino I. Op. Cit. Pág. 406.

³² PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Derecho Notarial. Sexta Edición. Porrúa, México. 1993. Pág. 158.

³³ COUTURE, Eduardo J. Revista del Notariado, No. 546. Argentina. 1947. Pág. 187.

Ahora bien, el vocablo pública "quiere decir notoria, patente, manifiesta, que la ven o la saben todos. Etimológicamente, quiere decir del pueblo (*populicum*)".³⁴

La fe representa la confianza, ésta tomándola como un presupuesto para poder creer.

Luego entonces, fe pública vendría a ser en el sentido literal de sus dos extremos, creencia notoria o manifiesta.³⁵

Este mismo autor señala que, etimológicamente, es una "frase jurídica castellana, que no fue tomada directamente del latín. Público proviene del latín *publicus*, (*a, um público*), perteneciente a todo el pueblo, sirve de adjetivo a pueblo, pero etimológicamente no deriva de ahí, sino de *pubula*, diminutivo de pubes *el pelo que caracteriza la pubertad*. Este adjetivo significó entonces originalmente *referente o perteneciente al conjunto de la población masculina adulta*".³⁶

De modo que si el pueblo cree debemos entender que es la confianza de toda la comunidad.

Por su parte, Mengual y Mengual define a la fe pública como "el asentimiento que, con carácter de verdad y certeza, prestamos a lo manifestado por aquellos a quienes el poder público reviste de autoridad asignándoles una función".³⁷

³⁴ Idem.

³⁵ Cfr. Idem.

³⁶ COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*. Op. Cit. Pág. 286.

³⁷ Citado por NERI, Argentino I. Op. Cit. Pág. 416.

Para este autor, la fe pública es sinónimo de autoridad otorgada por el Estado toda vez que, quien no la detenta, sus manifestaciones no serán consideradas verdaderas y ciertas.

El maestro Couture nos enseña que, es la "calidad genérica que la ley acuerda, independientemente de su eficacia probatoria, a determinados documentos notariales, en razón de la investidura propia del escribano que los autoriza".³⁸

Para Couture la eficacia probatoria de documentos diversos que se otorguen ante notario, son el resultado de la investidura del mismo.

Contrariamente a lo expuesto por el autor citado en párrafos anteriores, en la Enciclopedia Jurídica Omeba, se señala lo siguiente: "...la doctrina uniforme que se da en buen número de tratados, llama fe pública a la calidad de documentos determinados, suscritos por funcionarios cuyas aseveraciones, cumplidas determinadas formalidades, tienen en virtud de garantizar la autenticidad de los hechos narrados, y por consiguiente su validez y eficacia jurídica".³⁹

Como se aprecia del concepto anterior, a los documentos notariales se les otorga plena validez y eficacia jurídicas, pero siempre y cuando cumplan las formalidades que para un caso en específico, se señalen en los ordenamientos legales.

En términos similares, pero en una definición más corta, Gattari, señala que, fe pública "es aquella cualidad ínsita en los documentos emitidos

³⁸ COUTURE, Eduardo J. Vocabulario Jurídico. Op. Cit. Pág. 286.

³⁹ Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XII. Driskill. Argentina. 1978. Pág. 64.

por el Estado o por quienes éste autoriza para resguardar su veracidad y seguridad".⁴⁰

Para Gattari es el Estado, con su intervención, quien reviste de fe pública a los documentos.

Por su parte, Carral y Teresa, explica que "mediante la fe pública se está en presencia de afirmaciones que objetivamente deben ser aceptadas como verdaderas por los miembros de una sociedad civil, en acatamiento del ordenamiento jurídico que lo sustenta".⁴¹

Carral y Teresa dice que es por obediencia a la legislación.

Del concepto anterior, se desprende la certeza y veracidad de que gozan aquellos actos y hechos jurídicos que son autenticados por diversos funcionarios que gozan de esta característica.

Gonzalo de las Casas dice que fe pública es "presunción legal de veracidad respecto a ciertos funcionarios a quienes la ley reconoce como probos y verdaderos, facultándoles para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos".⁴²

Quienes detentan la fe pública, se presume que son personas honestas y auténticas, características que transfieren a los actos y hechos que se realizan bajo su amparo.

⁴⁰ GATTARI, Carlos Nicolás. Manual de Derecho Notarial. Depalma. Argentina. 1992. Págs. 301-302.

⁴¹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. T. II. Op. Cit. Pág. 430.

⁴² Citado por BAÑUELOS SANCHEZ, Froylán. Op. Cit. Pág. 168.

Moron Liminiana, comenta que "...puede definirse la fe pública como la función específica, de carácter pública, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo".⁴³

Si de entrada determinado acto o hecho jurídico es verdadero, tal carácter se robustece aun más cuando se realiza frente a una persona que goza de fe pública.

Por último, veamos qué se entiende por fe notarial y al respecto Bartolomé Fiorini señala que, "... la fe notarial o legitimada explica la función notarial en su esencia fundamentando diversos aspectos: a) subjetivo, pues sin ella no tiene razón de existir el notario tal como hoy lo concebimos; b) funcional, sin ella la función actual carecería de sentido; c) institucional: tampoco existiría la institución notarial con sus caracteres; d) objeto: el acto notarial no podría en sus actuales condiciones tipificantes: forma e instrumento público auténticos, hecho de las partes autenticado, hechos del notario autenticados, auténticos y autenticadores; e) teleológico: la certeza y la seguridad (opuesta a la inicial duda procesal) perderían un medio relevante y efficacísimo de acceso; f) eficacia: la constitución, la prueba y la forma se verían privadas de uno de los modos destacables de existencia jurídica trascendente".

44

Ahora bien, la fe notarial obedece, a la necesidad general de toda prueba, ya que si el derecho objetivo se formula abstracta y condicionalmente, forzosamente su aplicación requiere la prueba del hecho presupuesto en la norma; y la fe notarial satisface esa necesidad porque los notarios actúan en el instante mismo en que el hecho se produce, a diferencia de los sistemas de prueba en general, que procuran comprobar el hecho, naturalmente, después

⁴³ Citado por Ibidem.

⁴⁴ Citado por GATTARI, Carlos Nicolás. Op. Cit. Pág. 305.

de que ocurrió, aprovechando datos o huellas que generalmente son imperfectos o insuficientes.

Asimismo, la fe pública notarial: 1. En principio no opera sobre el derecho objetivo, sino sobre el hecho; 2. Los hechos sobre los cuales opera son únicamente aquellos que originan derechos subjetivos y no los que engendran principalmente sanciones u obligaciones y el hecho de que no opere la fe pública notarial sobre hechos que engendren sanciones u obligaciones, separa y distingue la prueba judicial y la prueba (de las operaciones de documentación y registro) de los organismos administrativos, de la prueba notarial, que es una prueba preconstituida.

En este sentido, Froylán Bañuelos Sánchez afirma que, la fe pública notarial "equivale a la necesidad de aceptar por todos los ciudadanos cuanto el notario autorice y afirme por su propia autoridad, a la cual va unido el conocimiento científico y, por lo mismo, verdadero y cierto de lo autenticado y dado por válido y existente".⁴⁵

El resultado de la intervención notarial trae como consecuencias la credibilidad, la validez y la existencia de todo lo actuado.

Por último, el maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo, nos ilustra manifestando que, la fe pública notarial "es una facultad del Estado otorgada por la Ley. La fe del notario es pública porque proviene del Estado y porque tiene consecuencias que repercuten en la sociedad. ... La fe pública notarial es la exactitud de lo que el notario ve, oye y percibe por sus sentidos... significa la capacidad para aquello que certifica sea creíble. Esta función del

⁴⁵ BAÑUELOS SANCHEZ, Froylán. Op. Cit. Pág. 161.

notario contribuye al orden público, a la tranquilidad de la sociedad en que actúa y da certeza que es una finalidad del derecho".⁴⁶

La certeza, la veracidad y la fidelidad de los hechos y actos entre los comparecientes, pueden ser investidos de credibilidad ante todos los individuos que no han estado presentes en el momento de la celebración, en virtud de que actúa por la delegación de facultades del Estado, así es que por esta razón que el Estado delega esta confiabilidad en un particular, con la finalidad de que esté presente en los momentos oportunos de la constitución de derechos y obligaciones entre los comparecientes.

I.3.2. Características.

Autores como Froylán Bañuelos y Luis Carral y Teresa, así como en obras tales como: Nueva Enciclopedia Jurídica, Diccionario Jurídico Mexicano y Enciclopedia Jurídica Omeba, coinciden en señalar las mismas características de la fe pública; por ello, haremos alusión a las mismas genéricamente, sin hacer referencia en específico a cada uno de los autores u obras mencionados, para no caer en repeticiones innecesarias.

Así, la fe pública, para serlo exige de los siguientes requisitos:

a) Una fase de evidencia. De este aspecto hay que distinguir entre el autor del documento y el destinatario. Si nos referimos a su autor se requiere:

Autor. Que sea persona pública, que vea el hecho ajeno o que narre el propio (evidencia).

⁴⁶ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Derecho Notarial. Op. Cit. 159.

Como se ve, de este autor no se precisa acto de fe, sino de conocimiento directo. Se trata del autor, de quien dimana el acto de fe para el destinatario. El autor jamás produce un acto de fe, pues para él el hecho o el acto es evidente. El acto de fe se requiere para todos los demás entre los que debe surtir efectos ese acto, o sea, para los destinatarios del documento. Por eso, antiguamente, se decía que el autor **recibe el acto y da fe de él. No recibe la fe**, sino que la **da**. El caso es completamente contrario cuando se trata del destinatario que **no recibe el acto**, sino que recibe la fe.

El notario sirve como un canal para que la fe pública que le es dada por la investidura que representa, pueda transmitirse por haberse cumplido todos los requisitos establecidos por la ley y así el destinatario pueda recibirla; v.gr. la lectura del instrumento público a los comparecientes al momento de la firma de éstos.

b). El acto de evidencia puede producirse llanamente o bien revestido de solemnidad. En el primer caso, el acto no tiene fe pública y en el segundo sí, por haber sido producido dentro de un procedimiento ritual fijado por la ley. Por eso el artículo 10 de la anterior Ley del Notariado, dice que el Notario **está facultado para autenticar y dar forma en términos de ley a los instrumentos en que se consignen los actos y hechos jurídicos**. Esto es lo que se llama el **rigor formal** de la fe pública. Y en su artículo 42, la nueva Ley del Notariado, señala, que el notario **confiere autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe**. La evidencia se produce dentro de la solemnidad; es decir, encerrada en un conjunto de garantías legales que aseguran la fiel percepción, expresión y conservación de los hechos históricos.

c). Una fase de objetivación. Si el funcionario que ha de autenticar el hecho histórico no lo fija en la *dimensión papel*, de nada serviría, pues su memoria es tan frágil como la de cualquier otro humano. Por eso, el hecho percibido debe convertirse en *cosa corporal*. El *hecho histórico*, ha de convertirse en *hecho narrado*, mediante una *grafía* sobre el papel, sin lo cual no habría documento, el cual exige corporeidad, o sea, una objetivación física. Esta objetivación física produce la fe escrita (emancipada de su autor), que está previamente valorada por la ley y que subsiste íntegra como hecho o documento auténtico y como tal tiene que ser estimada por el juez. En cambio, cuando se trata de un hecho no objetivado (como el testimonio), el juez (destinatario) podrá estimar *subjetivamente*, la veracidad del autor (testigo), que al deponer, está sujeto a una serie de requisitos de lealtad, fidelidad, desinterés, pasión, percepción retentiva (memoria), etc., que convierte su afirmación en subjetiva, lo que no sucede cuando se trata de fe pública escrita y por lo tanto autonomizada en el papel.

La veracidad que se otorga en el documento se transmite por el transcurso del tiempo al existir un instrumento que cumple con los requisitos establecidos por la ley.

d) Una fase de coetaneidad. Los requisitos de *evidencia*, de *solemnidad* y de *objetivación*, deben producirse al mismo tiempo (coetáneamente). Esas tres fases, evidencia, ceremonia del acto solemne y su conversión en papel, deben producirse en un solo acto; pero la coincidencia tiene que darse de acuerdo con ciertas normas de forma, previstas por la ley y obligatorias para el funcionario que interviene. Como dichas normas de forma (que son de forma porque se dirigen al autor, fedatario del acto presente) no se concebirían si no se tratara de surtir efectos en el futuro (o sea, las normas de

forma se convierten en **normas de prueba**), resulta que aquéllas (las normas de forma) son la garantía para el futuro valor probatorio del documento. En otras palabras, el valor de la prueba se alcanza por las garantías de su forma, esto es, por las garantías que acompañan a las fases de evidencia, solemnidad, objetivación y coetaneidad.

La celebración instantánea de los requisitos de la fe pública, producen como consecuencia un valor probatorio del documento sin que éste haya sido el fin primordial que se buscaba al celebrarse el acto o hecho jurídico.

Las notas de la fe pública son dos: exactitud e integridad.

a). Exactitud. La exactitud se refiere al hecho histórico presente y exige la fidelidad, o sea, la adecuación de la narración al hecho; es la identidad entre **actum** y **dictum**, es la verdad del espejo, de la fotografía: la imagen en su actualidad.⁴⁷

La exactitud puede ser:

1. Exactitud natural. Se refiere a la narración completa de un hecho confinado entre determinados límites de tiempo: unidad de acto formal o tiempo de presencia funcionalista.

2. Exactitud funcional. Debe ceñirse sólo a lo que del hecho interesa a un asunto o a la ley (circunstancias de un acto o de una inscripción).

⁴⁸

⁴⁷ Cfr. Nueva Enciclopedia Jurídica, T. IX. Francisco Seix. España. 1982. Pág. 640.

⁴⁸ Idem.

Efectos de la exactitud de la fe pública. La fe pública tiene eficacia *erga omnes*, incluso contra tercero, o mejor *precisamente contra tercero*, pues no existe fe pública *interpartes*, ya que cuando se trata de que la fe pública autentique un negocio jurídico, las partes, con el notario, intervienen en el *hecho histórico* que es plasmado en el instrumento. Por lo tanto y principalmente porque las partes *consienten y otorgan*, el instrumento y además lo firman, abonan su veracidad; y la fuerza del instrumento público está precisamente en que ninguna de las partes, por haber intervenido en el acto, puede negarlo, como tampoco lo puede negar el notario que lo preside desde el principio hasta el fin.⁴⁹

Pero no hay que confundir la fuerza de probar (Art. 102 de la anterior Ley del Notariado) con la fuerza de obligar (Art. 3007 del Código Civil). El artículo 102 de la anterior Ley del Notariado establecía que la fe pública tiene eficacia *erga omnes*; y aunque no menciona la palabra tercero (que en este caso debe tomarse en el sentido de persona extraña a la intervención del acto aunque no sea causahabiente de alguno de los comparecientes), es evidente que está estableciendo una eficacia probatoria de la fe pública, *erga omnes*; pero eso no significa que el documento público sea conocido por todos; lo que se quiere decir es que aquel *tercero* que llegue a conocerlo no podrá nunca negarle su fuerza de probar, o sea, su veracidad. Es así como en la actual Ley del Notariado establece en su artículo 156 que, *en tanto no se declare judicialmente la falsedad o nulidad de un instrumento, registro, testimonio o certificación notariales, estos serán prueba plena de que los otorgantes manifestaron su voluntad de celebrar el acto consignado en el instrumento de que se trate, que hicieron las declaraciones que se narran como suyas, así como de la verdad y*

⁴⁹ Cfr. *Ibidem*. Pág. 641.

realidad de los hechos de los que el notario dio fe tal como los refirió y de que observó las formalidades correspondientes.

En cambio, el artículo 3007 del Código Civil contiene una fuerza no de probar sino de obligar, especialmente si se le relaciona con el artículo 3013, que es base del principio de prioridad registral entre nosotros. De estos dos artículos, se deduce que si un acto que debiera estar registrado no se registra y en cambio se registra uno posterior, éste tendrá eficacia y no el primero; pero el hecho de que el Derecho Registral pueda hacer total o parcialmente ineficaz un acto por no estar inscrito, no significa que esté declarada la **falsedad** del hecho auténtico contenido en el instrumento no inscrito.

La anterior Ley del Notariado en su artículo 102 nos señala que, ***en tanto no se declare judicialmente la falsedad o la nulidad de una escritura, las actas y testimonios serán prueba plena de que los otorgantes manifestaron su voluntad de celebrar el acto consignado en la escritura; que hicieron las declaraciones y se realizaron los hechos de los que el notario dio fe y de que éste observó las formalidades correspondientes.***

Por su parte, la actual Ley del Notariado, en su numeral 159, manifiesta lo siguiente: ***Salvo disposición en contrario, la simple protocolización acreditará la existencia del documento objeto de la misma en la fecha de su presentación ante notario y la de su conservación posterior. La elevación a escritura pública o la celebración ante notario como escritura de actos meramente protocolizables tendrán valor de prueba plena.***

b) Integridad. Ya dijimos que la exactitud hace referencia al hecho histórico en el momento en que se realiza exige su fiel narración. La integridad,

en cambio, proyecta esa misma exactitud, pero hacia el futuro. Si la fe pública está reglamentada y establecida para ser aceptada por los que *no ven* o *no les consta* directamente la veracidad del contenido del instrumento, es natural que la misma fe pública tiene que estar contenida corporalmente en un tiempo y lugar determinados, que son el documento público que, es *la estatua inmóvil de la fe pública, estático con su extensión espacial entre paredes formales de fe pública*. La integridad es la exactitud, pero no como verdad del espejo o fotografía *instantánea*, sino la verdad *hecha piedra inmóvil en la escultura*.⁵⁰

La integridad conjunta todo lo expresado, todo lo actuado en un solo instante con una sola expresión visible, palpable y comprobable.

⁵⁰ Cfr. Ibidem. Pág. 641.

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTORICOS Y JURIDICOS DE LA FUNCION NOTARIAL

Ya que han quedado precisados los conceptos de función notarial y fe pública (cualidad característica de la función notarial) en el capítulo anterior, resulta procedente conocer los antecedentes de dicha actividad con el propósito de ubicar en el tiempo y espacio, cómo ha sido que el notario ha intervenido en los actos jurídicos a través de la historia; por ello, comenzaremos nuestro recorrido ubicándonos en la antigüedad, buscando entre las culturas de esa época, los primeros vestigios de la tarea notarial.

II.1. En la antigüedad.

El primer pueblo que se tiene noticia de la función notarial en actos jurídicos, es el hebreo y sobre el particular, el maestro Froylán Bañuelos Sánchez, menciona lo siguiente:

“Entre los hebreos, el conocimiento del arte de escribir que poseía cualquiera de las partes contratantes, era motivo suficiente para que se redactara y formalizara el convenio. Pero si los contratantes ignoraban, que era lo más frecuente, aquel arte, entonces estaban obligados a reclamar la intervención del oficial o funcionario público destinado a tales fines, cuyo oficial recibía el nombre de Escriba o Escribano”.⁵¹

El pueblo hebreo conoció cuatro tipos de escribas: Escribas o Escribanos Reales; Escribas de la Ley; Escribas del Pueblo y Escribas del Estado.

⁵¹ BAÑUELOS SANCHEZ, Froylán. Op. Cit. Pág. 16.

Los primeros, tenían como fin principal autentificar los actos del Rey.

Por su parte, los Escribas de la Ley, tenían por misión interpretar los textos legales con toda pureza y fidelidad y siempre en sentido ortodoxo, dando lectura de los mismos ante el pueblo; formulaban el derecho contenido en aquellos textos y lo aplicaban a casos prácticos.

Maximiliano Aguilar, nos enseña que, estos escribas, "solían asesorar a los jueces laicos que presidían los tribunales de escasa importancia".⁵²

A los Escribas del Pueblo se les consideraba como más prácticos y más concedores de la ley y de las costumbres, presentaban su ministerio a los ciudadanos que les requerían, redactando las convenciones entre particulares, tales como matrimonios, ventas, arrendamientos, etc.

Para ejemplificar la intervención de este tipo de escribanos, el maestro Bañuelos Sánchez nos dice que, la fórmula de matrimonio entre los hebreos era la siguiente:

"En el día ... del mes de del año según nuestro modo de calcular, Salomün (sic), hijo de David, ha dado a Raquel, hija de Simeón, en estado de virginidad: ***Seas mi esposa según la ley de Moisés y de Israel y yo con la voluntad de Dios os llenaré de respetos, os honraré, proveeré vuestro sustento y vuestro cuidado, a vuestras costumbres según los esposos hebreos lo verificasen. Yo os doy como precio de vuestra virginidad doscientos zurim que equivalen a veinte y cinco monedas de***

⁵² Citado por Ibidem.

plata que os reconoce la ley. Además, os prometo pureza, alimentos, vestido y todo lo que sea necesario y exige el deber conyugal según la costumbre de todos los pueblos del universo. Y Raquel consiente en ser esposa de Salomón, de quien con gran agradecimiento recoge la suma de ... Los bienes aportados por la mujer, son valorados en ... El marido manifiesta haberlos recibido todos, tenerlos bajo su custodia y en su poder, constituirse en depositario, todo lo cual declara en estos términos: ***Yo tomo bajo mi custodia y garantía, todos los bienes dotales y no dotales que a mi esposa he llevado, o pueda adquirir luego, sea como aumento de dote o de cualquier otra manera. Sujeto, no sólo por mí, sino por sus sucesores y todos mis herederos, cuanto tenga de valor, posea o pueda poseer, muebles o inmuebles como prenda o hipoteca, tanto por la dote y demás cosas aportadas al matrimonio, si que también por lo adquirido posteriormente como aumento de dote, a fin de que dicha mi esposa pueda recuperarlo al ocurrir mi fallecimiento. Os sujeto también la capa con la cual cubro mi espada. Oblígame a cuanto he dicho, prometiéndolo cumplirlo, y renuncio a todas las ventajas que se deduzcan de este contrato, y a cuanto por la fuerza o por los efectos ordinarios de este convenio matrimonial sea costumbre entre los israelitas conforme a la tradición y a los preceptos de nuestros Rabinos de piadosa memoria. Y para que todo ello sea firme y estable entre nosotros firmamos el presente contrato en el día, mes y año antes dichos***.⁵³

Los Escribas de Estado, ejercían las funciones de secretario y escribanos del Consejo de Estado, de los tribunales y de todos los establecimientos públicos. A estos funcionarios les pertenecían, solamente, el

⁵³ Ibidem, Págs. 17-18.

derecho de poner el sello público sobre las leyes, las sentencias de los tribunales y los actos de los particulares que tenían necesidad de adquirir la debida autenticidad para poder ejecutarse.

Ahora bien, otro pueblo de la antigüedad son los *egipcios*, en donde "existían escuelas como las de Heliópolis y Abydos, donde seguían sus estudios los que aspiraban a las altas magistraturas. El Escriba era, en principio, una especie de delegado de los colegios sacerdotales, que tenía a su cargo la redacción de los contratos. El sacerdote, por su cualidad de funcionario público, era el verdadero notario. El documento autorizado por el escriba, carecía, por sí, de autenticidad, acudiéndose al Magistrado cuando quería revestírsele de tal carácter. El Magistrado estampaba el sello, con lo cual el instrumento privado se convertía en público".⁵⁴

En Egipto, el escriba se ocupaba, cuando se desplazaban las columnas de avanzada del ejército, de organizar, a la llegada de las tropas, el avituallamiento de ellas y de toda la ordenación que pudiera ser precisa mientras permanecieran acantonadas en determinado lugar. Era también el que, en una función entre inventariador y contador, controlaba las cosechas agrícolas que constituían el pezón de ese Imperio en que la agricultura era la principal fuente de riqueza para el Estado.

Por los conocimientos adquiridos (entre los cuales estaba saber escribir en un medio social en que esa preparación intelectual y técnica no era común), es natural que su fama aflorase en esa época y se expandiera a través de los siglos. Cumplían propiamente una carrera administrativa con organización jerárquica: había mando según la categoría que se alcanzara.

⁵⁴ Ibidem. Pág. 18.

Fundamentalmente eran y se les consideraba funcionarios del Estado, ubicándolo como antecesor del notario y por el hecho de ser apto para la redacción, no es de extrañar que en el Imperio Antiguo y en el Imperio Medio, se requiriesen sus servicios para redactar documentos en papel de papiro, pero que, para que tuvieran valoración instrumental, debían llevar como cierre el sello de un funcionario, ya fuera sacerdote u otro de elevada jerarquía, en quien hubiera asignado esas funciones el sacerdote, pero nunca por la sola obra del escriba.

Ya en el Imperio Nuevo, el documento que redactaba el escriba egipcio, sí llevaba, por cierre, su firma, pudiendo suponer que se le otorgaba cierto valor; sin embargo no era así, porque para adquirir esa condición valorativa, debía ser remitido a Tebas, capital del Imperio por ese entonces, para que fuera sellado por el visir, con lo que adquiriría carácter de instrumento público.

Por otro lado, en *Grecia* , existían los oficiales públicos encargados de redactar los contratos. A ellos se refiere Cagneraus manifestando que, "el establecimiento en Grecia de oficiales públicos encargados de redactar los contratos de los ciudadanos, fue muy antiguo, y su ministerio considerado tan necesario, que Aristóteles en el año 360 antes de la Era Cristiana ya hablaba de dichos oficiales, afirmando que existían en todos los pueblos civilizados; este filósofo indica el número y clase de aquellos oficiales que se consideraban necesarios en una ciudad bien organizada, entre los cuales menciona al encargado de redactar los convenios que celebraban los habitantes de la ciudad".⁵⁵

⁵⁵ Citado por Ibidem. Págs. 19-20.

Otro oficial público que puede señalarse como antecedente del notario en este país, es el *Mnemon*, a quien correspondía en Grecia, la conservación, registro y memoria de los tratados y actos públicos y de los contratos privados que adquirirían de esa manera autenticidad.

Debemos destacar, que los oficiales públicos griegos, tenían serias dificultades para dejar plasmados por escrito las transacciones o actos que se celebraban en virtud de que, durante largos años existieron dos clases de escrituras y de dos especies de lenguaje. Dichas escrituras se calificaban de dos maneras: Escritura científica o reglada y escritura vulgar. La primera fue designada por Aristóteles con el nombre e *Hieromnemonía* (memoria sagrada) y la segunda, simplemente *mnemonia*. También los magistrados se llamaban *hieromnemons* y *mnemons*. La escritura vulgar se componía de notas que reproducían el lenguaje por signos primeramente dactilógicos, siendo calificados (posteriormente) por San Agustín, como *verga visibilia* y por Alguin como *notoria verba*.⁵⁶

En virtud de la naturaleza de las notas *mnemónicas* (escritura vulgar), no permitía generalizar su empleo; además, la irregularidad, arbitrariedad y multiplicidad de dialectos era obstáculo insuperable para aquel empleo. Los eruditos y personas ilustradas, sólo conocían la escritura científica o *hieromnemonia*, empleada generalmente para la redacción de las leyes y contratos públicos y escasamente para hacer constar las convenciones de carácter particular.

Posiblemente, su primera manifestación práctica se verificó cuando Solón autorizó el otorgamiento de testamentos, con el establecimiento de fórmulas determinadas y concretas, cuyos testamentos se formalizaban por un

⁵⁶ Cfr. Ibidem. Pág. 20.

Magistrado que tenían un gran parecido con los notarios. Los testamentos de Aristóteles y Teofrasto, son buen ejemplo de la forma de testar empleada por los griegos; debiendo tener en cuenta que si bien no era obligatoria la custodia en archivos, sin embargo, por regla general, se confiaba su custodia a unos sacerdotes encargados de la guarda y custodia de los archivos.

Los oficios públicos se hallaban distribuidos entre varios funcionarios, correspondiéndole a cada uno de ellos determinadas funciones, mismas que se clasificaban en cuatro categorías, según sus atribuciones se refiriesen al orden civil o religioso, designándose a dichos funcionarios con los nombres de *Mnemons*, *Promnemons*, *Sympromnemons* e *Hieromnemons*.

El primero de ellos (*Mnemons*) se encargaba de formalizar y registrar los tratados públicos, los contratos privados y las convenciones, teniendo un gran parecido con los notarios, los procuradores judiciales y los escribanos.

El sentido etimológico de la palabra *Mnemon* es *hacer memoria, recordar*, de ahí que etimológicamente, *Mnemon* era el que recordaba, el que mencionaba, el que tomaba notas y en conclusión, el que vigilaba.⁵⁷

Por su parte, el *Promnemon* era un magistrado del mismo orden, pero de mayor autoridad; era un Arconte, especie de administrador supremo.

El *Sympromnemon* era un funcionario adjunto al *Promnemon*.

⁵⁷ Cfr. Ibidem. Pág. 22.

Por último, el *Hieromnemon* tenía las mismas funciones que los Pontífices romanos. Era el depositario de los archivos de los templos, de los libros sagrados y además, el administrador de los bienes religiosos.

La función del *Hieromnemon* fue tan importante que en Bizancio llegó a considerarse como uno de los primeros funcionarios del Estado y en Alejandría, el edificio más antiguo se hallaba destinado a un cuerpo de escribanos cuyas funciones eran muy parecidas a las de los *Mnemons*.

No obstante la organización de los *Mnemons* que parece remontarse a tiempos muy antiguos, cabe admitir que aquellos funcionarios fueron, en la antigua Grecia, los encargados de redactar los contratos celebrados entre particulares.

II.2. En Roma.

Es indudable que el Derecho Romano nos ha proporcionado el germen de las instituciones de legalidad, fundamentales para la seguridad y certidumbres jurídicas.

El primer ejemplo de una institución de legalidad, la hallamos en la *ficta confessio*, en la que la no comparecencia del demandado, suponía el allanamiento a la demanda del actor, figura que ha trascendido hasta nuestros días, ubicándose en el Derecho Procesal Civil.

Ahora bien, el ensayo más antiguo de función legitimadora, lo encontramos en Roma, mediante la jurisdicción, con la *cessio in jure*, cuyos orígenes se remontan probablemente a los tiempos anteriores a las XII Tablas, si bien no alcanza pleno desarrollo hasta después de esta ley.

Según las XII Tablas, cuando la persona demandaba y llevada ante el magistrado (*in iure*) confesaba el derecho que asistía al demandante, se le tenía por condenada sin necesidad de sentencia: *confessus pro indicato est*.

Para transferir el dominio de una cosa por un concepto cualquiera, bastaba con acudir ante el Magistrado simulando un pleito: el adquirente, como fingido demandante, alega su derecho de propiedad y el transmitente como demandado, allánase a reconocerlo, visto lo cual, el Magistrado pronuncia la orden confirmatoria (*addictio*) a favor del primero.

Sobre esta figura, Sara Bialostosky, señala que era “un negocio jurídico bilateral, formal y ficticio que servía para transmitir la propiedad tanto de cosas *mancipi* como las *nec mancipi*; se utilizaba también para constituir servidumbres personales, urbanas, o para efectuar la emancipación y la adopción”.⁵⁸

Como se desprende de lo anterior, la *cessio in iure*, servía como un medio rápido y eficaz para realizar transmisiones de bienes y aunque era la suposición de un juicio, se procedía como si lo fuera realmente, siendo que los contratantes o partes, acudían ante un magistrado para efectuar la operación y uno fingía tener un mejor derecho adquirido con anterioridad, pronunciando una fórmula, por lo que el deudor se allanaba a las exigencias del acreedor y para cumplir entregaba la propiedad de algún bien.

Es prudente señalar que, la distinción entre *res mancipi* y *res nec mancipi*, tiene su origen en el sistema de economía agraria de la antigua Roma: Son *mancipi* los terrenos en suelo itálico, los esclavos, los animales de tiro y carga, las servidumbres, etc. y se transmitían por la *mancipatio* o la *in*

⁵⁸ BIALOSTOSKY, Sara. Panorama del Derecho Romano. U.N.A.M. México. 1985. Pág. 111.

iure cessio, constituyendo la base de las cosas *nec mancipi* el ganado mayor (*pecus*) y más tarde, el dinero. Estas cosas se transmitían por simple entrega (*traditio*). La distinción entre *res mancipi* y *res nec mancipi*, válida e importante aun en el derecho clásico, es abolida por Justiniano,⁵⁹ misma que se identifica como un proceso ficticio de reivindicación y llevándose a cabo ante el magistrado, en un acto de jurisdicción voluntaria o graciosa.⁶⁰

“La *cessio in iure* era un antiguo e interpretado negocio jurídico, virtual realizado por personas *sui juris* y por el magistrado, con el fin de transmitir en forma inmediata y con carácter incondicional derechos de propiedad sobre cosas corporales y de constituir derechos personales y reales sobre cosas incorporeales”.⁶¹

La facultad del magistrado para dictar derecho se desprendía de la investidura de su poder de ejecución que derivaba de su potestad de jurisdicción por la que confirmaba oficialmente la pertenencia del derecho, después de la negación del demandado.

“El magistrado, o el juez, no dirimía diferencias, sólo homologaba la postulación de una voluntad encaminada a la ejecución de un acto, y de este modo confirmaba el deseo de las partes, dando al acto firmeza y solemnidad”.

62

La norma procesal de *confessus pro indicato est*, sirve de base a un nuevo acto privado refrendado por autoridad, que debe su fuerza jurídica y su sanción pública la intervención confirmatoria del magistrado presente.

⁵⁹ Cfr. *Ibidem*, Pág. 98.

⁶⁰ Cfr. Citado por *Enciclopedia Jurídica Omeba*. T. XV. Op. Cit. Pág. 230.

⁶¹ *Ibidem*. Pág. 231.

⁶² NERI, Argentino I. Vol. I. Op. Cit. Pág. 420.

Además de su indiscutible autenticidad, el acto adquiere un valor constitutivo, que equivale a un acto de disposición. De aquí también la eficacia jurídica de la **cessio in iure** contra terceros. El acto de disposición que envuelve la confesión legítima es la adquisición del cesionario frente a todo el mundo. Acudiendo al mismo expediente de la vindicación simulada, pudieron crearse otros derechos; así, tenemos que la **cessio in iure** dio nacimiento, a una larga serie de negocios jurídicos referentes a emancipación, tutela, derechos hereditarios, etc.

Posteriormente, en la segunda etapa de la **cessio in iure**, se utilizó la fórmula **verba volant scripta manet** (las palabras vuelan y los escritos quedan), circunstancia que provoca que los negocios de orden civil y procesal, se comenzaran a dar por escrito, surgiendo instrumentos públicos con protección jurídica.

Como consecuencia de lo anterior, el ejercicio de la fe (**fides**), dejó de ser casuista para convertirse en expresión jurídica del pueblo, razón por la que, el Estado "se hizo potestativo de ella y reglamentó su orden funcional dispensando al magistrado su sucesivo empleo y dando al **tabulario**, al **tabellio** y al **notarii** intervención en asuntos de orden público y así es como la intervención notarial logró aseverar el acto y su contenido, su **veritatis substantia** y hacer auténticos, por su fe a los instrumentos públicos".⁶³

Al amparo del proceso simulado o pseudo-contencioso, afloran, a la realidad de la vía jurídica, los conceptos de autenticidad, legitimación y forma constitutiva, como cualidades del acto, necesarias para asegurar su existencia dentro de la normalidad y paz pública. De aquí que al proceso romano se le consideraba apto para los ensayos de certidumbre jurídica en sus más elevadas manifestaciones. Así se nos presenta unas veces no como un organismo de

⁶³ Cfr. Ibidem. Pág. 410.

coacción, sino como un mero y puro instrumento de especificación de la voluntad expresada en la ley en forma general, previendo los actos ilegítimos ante sanciones con el peso de graves responsabilidades. A ello obedecían las *formulae proejudiciales*, a las que el pretor concedía la *intentio*. Su objeto consistía en una mera declaración de legalidad de relaciones jurídicas o hechos jurídicos. El reconocimiento del sujeto pasivo no puede alcanzar a legalizar el derecho del acreedor. Sólo la declaración del magistrado o pretor podía tener este valor social que requiere el interés del acreedor o titular del derecho.

En Roma, la institución notarial recorre una verdadera trayectoria evolutiva, aunque siempre con acentos marcados de fisonomía propia y destacable entre las distintas instituciones jurídicas, que a consecuencia de su historia social y política, tuvo necesidad de crear; pero estas funciones notariales (aunque estaban bastante delimitadas), no se presentaban con la independencia que requiere toda función porque no se creó un funcionario en específico, sino que las funciones notariales se atribuían a una persona que se hallaba al servicio de determinada autoridad, o bien se encontraban relacionados con los medios de prueba y cuando era documental tomaba los nombres de *Tabula, Documenta, Instrumenta* y *Scripturae*; por ello, en el cuerpo del Derecho Civil Romano, se encuentra enunciada aquella función dando al funcionario distintos nombres.

Debe señalarse que, en virtud de que las funciones notariales flotaban en el amplio y enigmático mar de la legislación romana, fue que en Roma a este funcionario público se le denominase con diversidad de nombres, no habiéndose buscado en esa época a un funcionario especial, en quien recayese exclusivamente la responsabilidad de las labores notariales.

Así, "en el Digesto, al hablar de los cargos y honores se citan los que se daban a los escribanos y también a los archiveros y notarios de

Hacienda. En el Código se habla de la institución en un título que lleva por epígrafe el del *Tabularii, Scribii, Logographii et censualibus* y también del *Primiscerius et secundicerius et Notariis*. En las Novelas se habla de los *Tabellionibus et ut protocolia dimittant in chartis*.⁶⁴

Así, la primera manifestación de estos trabajos, se cree encontrarlas en una tabla de bronce hallada en Roma, en el siglo XVI, la cual contiene el fragmento de una ley cuyo objeto era reglamentar el servicio de los que estaban a las órdenes de los magistrados romanos, cuyos empleados tomaron los nombres de *Scribae, Viatores* y *Proeconae*. Esta ley fue conocida como *Lex Scribis, Viatoribus et Proeconibus*.

Funciones notariales ejercían también los funcionarios de la cancillería imperial, los cuales regenteaban, en la época anterior a los emperadores cristianos, las oficinas conocidas con los nombres de *Scrinia, Memoriae, Libellorum* y *Epistolarum*, a cuyas oficinas, en la época de dichos emperadores cristianos, se añadió una nueva, que se le dio el nombre de *Scrinium Dispositionum*. Al frente de las mismas, se hallaban los *Magistriis Scriniorum*, de superior categoría que los vicarios de las Diócesis y como subordinados, los *Proximi Scriniorum* asimilados a los vicarios.

A los magistrados de la República sustituyeron en Roma, en la época de los emperadores paganos, los procónsules que representaban el poder absoluto, déspota y absorbente del emperador. El procónsul contaba con una corte de servidores, siempre dispuestos a ser ejecutores de la voluntad imperial. Esta corte se componía de elementos militares y civiles y en esta última clase se hallaban diferentes oficinas que estaban encargadas de recibir las comunicaciones relativas a los negocios personales del emperador y

⁶⁴ BAÑUELOS SANCHEZ, Froylán. Op. Cit. Pág. 25.

transmitir las resoluciones a las partes interesadas. La multiplicación de las atribuciones imperiales, dio lugar a que se pensara en la clasificación de las oficinas, siendo Adriano el que llevó a cabo la reforma, haciendo depender de la administración central a los *Scriniab Epistolis* y a los *Scrimia a Libellis* y fue tanta la importancia que adquirieron, que para obtener las funciones de *Magister Scrinii* era necesario tener, a lo menos, la categoría de caballero.

“Los empleados adscritos a ciertas oficinas como los *Proefectiani*, los *Magisteriari*, los *Cesariani*, etc., formaban colegios o *Scholoe*, figurando en primer lugar los *Notarii* que desempeñaban el oficio de escribanos al lado de las autoridades constituidas. Estos *Notarii* vinieron a sustituir a los antiguos *Scribae* de la Roma republicana, formando su agrupación llamada *Scholoe Notariarum*, al lado de la cual existía la *Schola Exceptorum*, que suministraba escribientes para desempeñar funciones interiores”.⁶⁵

Los *Scribae* eran los encargados de redactar las escrituras formando parte, aunque en forma preeminente, del grupo de funcionarios (*Librarii, Lectores, Viatores, Praecones, Accensi*) conocido con el nombre de *Apparitores*, que se hallaban al servicio de las autoridades públicas, con retribución de sus funciones.

En tiempo de los emperadores cristianos, los *Scribae*, eran sustituidos por los *Notarius*, que originariamente fueron estenógrafos y más tarde, a fines del Imperio, aparecieron en sustitución de los *Scribae* y de los *Notarii*, otros funcionarios llamados *Tabelliones*, que nada tenían de parecido a los *Tabularii*. Después de Justiniano, se confundían con los vocablos *Tabularii* y *Tabelliones* y en los reinados bárbaros, los prácticos se ocupaban de la redacción de los actos jurídicos, se designaban todavía con los nombres de

⁶⁵ Ibidem. Pág. 29.

Scribae, Cancellarii y Notarii. Después, en la Edad media, prevaleció esta última denominación. Los ***Scribas*** anotaban en las tablas los actos jurídicos y tomaban el nombre del Magistrado a quien auxiliaban. Así se llamaban ***Scriba Pretonis, Scriba Questoris, Scriba Edilitis***, etc.

En la ***Scholae Exceptorum***, se instituyó una escuela en donde recibían la enseñanza teórica y práctica los oficiales y auxiliares de la notaría.

Ahora bien, de entre todas las clases de funcionarios notariales, las más importantes son los ***Notarii***, los ***Tabularii*** y los ***Tabeliones***, a quienes nos referiremos en las páginas siguientes.

La palabra ***notarii*** deriva de la voz ***nota***, porque para designar al funcionario se tuvo en cuenta más que la naturaleza de la función, la forma gráfica o material de prestarla. Razón ha tenido Aguilar para decir que “los ***notarii*** tomaron esta denominación a causa de su manera particular de escribir por notas o signos”;⁶⁶ y lo hacían con tanta celeridad que el mismo Marcial nos asegura que “por mucho que corriesen las palabras, la mano iba más de prisa todavía”.⁶⁷

La particularidad de estas notas consistía en que muchas veces reemplazaban una palabra cualquiera por la primera letra de la misma, en cuyo caso se llamaban siglas, de cuya palabra derivó del nombre de ***singularii*** (***singulum litera***); y otras veces, las notas eran signos o rasgos convencionales que reemplazaban las palabras y entonces tomaban los funcionarios o escritores de aquellas notas el nombre de ***notarii***.

⁶⁶ Citado por Ibidem. Pág. 30.

⁶⁷ Citado por Ibidem. Págs. 30-31.

Tulio Tiro, liberto de Cicerón, fue el primero que inventó aquellos rasgos o signos, tomando por ello las notas el nombre de *Tironianas*. Esta especie de escritura formulista cayó en desuso y llegó a perderse hasta que Julio Tardif las reveló de nuevo a mediados del siglo XIX.

Ejemplos de este tipo de escritura, nos la muestra el maestro Bañuelos Sánchez: "S.P.R. significaba *Senatus Populus Romanus*; Q.S.S.S. equivalía a *Quae Supra Scripta Sunt*; C.R.C.P. quería decir *Cujus, Rei, Causa Promittit*, etc."⁶⁸

Los notarios tenían como atribuciones inherentes a su cargo, recoger las discusiones de las asambleas, las sesiones públicas, las sentencias y mandatos de los magistrados y tribunales militares y alguna vez se les autorizaba para formular escritos de carácter jurídico privado. Adquirieron tanta importancia en la vida social y privada, que no vaciló el Cristianismo, desde sus primeros tiempos, en utilizar los servicios notariales, haciendo que los notarios entrasen a formar parte del personal auxiliar del Consejo Superior de la comunidad cristiana, dignificándoles con la ampliación de sus atribuciones.

Pasando por alto los tiempos de Augusto, Tiberio, Tito Livio, Constantino y otros emperadores, en los que el derecho tomó tantas alternativas, rigurosas muchas veces; de una gran benignidad y suavidad, otras, como ocurrió en los tiempos de Constantino y ocupándonos en cuanto a nuestro objetivo se refiere a los tiempos de Justiniano (en los cuales el Derecho tomó nueva forma más individualista y equitativa), nos encontramos con una porción de leyes que consideramos importante hacer mención también.

⁶⁸ Ibidem. Pág. 31.

“En la *Auténtica* se previene que los rescriptos (sic) de todas clases vayan suscritos por el *Questor* bajo pena de no ser admitidos, como derecho, por ningún juez ni tribunal. Estos *Questores*, eran los encargados de conferir las dignidades de segundo orden, de cuyas dignidades era presidente el *Questor*, siéndolo de las dignidades mayores el *Premiscerio*, de los notarios. Y en el mismo Código existe el Título XXXII, en el que se afirma que los notarios tenían como una de sus principales atribuciones, certificar, en caso de necesidad y de existencia, de la negligencia de los jueces, a la vez de formular, fundadamente, la queja.

Siguiendo a grandes rasgos el contenido de la legislación romana, debe decirse que en el mismo Código se encuentra la Ley 1ª, Título I, Libro XII, en la que se habla de los *Numerarius, Actuarius y Charlotarius*, y luego en la Ley 2ª. de los mismos títulos y libro, se ordenaba a los *Numerarius* de los cónsules y presidentes, se les designase con el nombre de *Tabularius*, a quienes se les daba la facultad de certificar o autenticar los actos de los jueces que vayan a las provincias y de los que tuvieren la misión de cobrar los impuestos, rentas y tributos del erario público. Después en la Ley 6ª. (de iguales libros y título), se separaban las funciones de los Cartularios y Numerarios, señalándoles, en leyes sucesivas, atribuciones propias a cada una de esta clase de funcionarios”.⁶⁹

Mas en donde se encuentra ya al notario actuando en su genuina función, aunque no se le designe con tal nombre, es el otorgamiento del testamento por *aes et libram*. Recordando que esta forma de testar, no era otra cosa que una simulación del contrato de compraventa, pues se fingía la

⁶⁹ Ibidem. Págs. 32-33.

venta de la herencia hecha por el testador al heredero, en cuyo negocio jurídico intervenían cinco testigos, más tarde siete, el *librepens* y el *antestado*. Estos dos últimos eran funcionarios públicos y mientras el *librepens*, en aquella forma de testar, sostenía la balanza, en la cual el heredero ponía una moneda después de manifestar el testador su voluntad y cuya moneda significaba el precio de la venta, el *antestado* se acercaba a los testigos y les recordaba la obligación. He aquí los caracteres de perpetuidad, veracidad y autenticidad de la función notarial.

Otros funcionarios que ejercían en Roma atribuciones notariales, ya más concretamente y que se distinguieron de los demás funcionarios similares, fueron los *Tabularii* o *Tabularios* y los *Tabelliones*.

En tiempo de la República Romana, los jurisconsultos eran consultados por los ciudadanos romanos acerca de todos los actos y contratos de la vida civil y aquellos jurisconsultos, no sólo se concretaban a dar sus opiniones, sino que deseosos de que éstas constasen de una manera indubitada y fuesen, quizá, aceptadas por los tribunales, redactaban los actos tanto judiciales como extrajudiciales y los contratos de naturaleza civil, dando las fórmulas en las cuales insertaban las cláusulas y reservas necesarias a fin de que los contratos de sus clientes no estuviesen sometidos, en su día, a una interpretación nada favorable.

Los requisitos con los que debían cumplir los *Tabularii* o *Tabularios* para ser admitidos en esta función, los señala García del Corral quien menciona que, "se le debería aplicar un examen y ser sujeto a votación por el primicerio y los tabularios que se encontraban con él, para verificar que efectivamente fuera conocedor de la legislación y tuviera buen manejo de la escritura manual, cuidando que no fuera charlatán, terco o descarriado y por el contrario, fuera un hombre sobresaliente por su educación, prudente, reflexivo e

inteligente, hábil para expresarse, con la finalidad de que reconociera inmediatamente documentos falsos así como a quienes quisieran envolverlo con argumentos para obtener beneficios personales”.⁷⁰

Debería tener a la mano los cuarenta títulos del Manual de las Leyes y conocer los Setenta Libros, para no cometer errores en las escrituras, ser examinado en inteligencia y en lo físico, no debiendo ser un improvisado en la redacción de las escrituras de tal modo que, si no cumpliera con esto sería destituido.⁷¹

La ceremonia de admisión, después de haber cumplido los requisitos, se desarrollaba de la siguiente manera:

“Más él debe ser admitido de este modo: después de la testificación y de la investigación sea presentado, revestido con la efestride, con el Colegio de Tabularios y el primicerio al ilustrísimo prefecto de la ciudad, jurando éstos por Dios y por la salud de los emperadores que lo promovieron a ese grado por gracia alguna o por favor, o parentesco, o amistad, sino porque también él es apto para todo por su virtud, su saber y su prudencia; y después de la afirmación de los juramentos es él admitido al sello en la oficina del Prefecto por el que tiene la dirección de la misma; luego es así incluido en el Colegio y contado entre los tabularios; entra después en el templo cerca del cual tiene su habitación, yendo todos los tabularios revestidos con la efestride, y es consagrado por la oración del sacerdote estando despojado de la efestride y cubierto con una vestidura blanca y rodeado de todos los tabularios revestidos con la efestride, sosteniendo el primicerio, el incensario y dirigiéndole el buen olor, en tanto tiene en las manos la ley, para dirigir el camino de él, simbolizando por el incensario, como el incienso a la presencia del Señor; y de

⁷⁰ Citado por Ibidem. Pág. 43.

⁷¹ Cfr. Idem.

este modo es gloriosamente colocado en la cátedra, que ha obtenido; y por último, regresa a su casa con el aparato de su dignidad, celebra al punto un banquete con los concurrentes y recibe las felicitaciones".⁷²

Después, vino una época en que Caracalla extendió el Derecho Romano a todos los súbditos del Imperio y como los asuntos se multiplicaban y el número de los jurisconsultos era insuficiente para emitir dictamen se apeló al remedio de dividir las funciones. La mayoría judicial recayó en los **Advocati** o **Causadici** y la misión de redactar actos y contratos de la vida civil pasó a ciertos escribientes, que acudían los días de mercado (donde éstos se celebraban), a dicho fin. A estos redactores o escribientes empezó desde entonces a llamárseles con el nombre de **Pragmaticii** o **Tabeliones** (de **Tabula**, sinónimo de **documentum** o **instrumentum**). A estos **Tabeliones** no se les debe confundir con los **Tabularii**, pues bajo este último nombre se comprendía a los empleados encargados de la contabilidad provincial y municipal. Los **Tabularii** en las ciudades estaban también encargados de la guarda y custodia de los archivos municipales, debiendo intervenir en distintos actos a fin de darles determinada autenticidad, principalmente en la rogación de los impúberes, en los testamentos de los ciegos y en los inventarios de los bienes después de la muerte del propietario de éstos.

No está probada la existencia de los **Tabeliones** bajo el imperio de la Ley de las XII Tablas tal y como apareció más tarde en el Derecho Justiniano. Sus funciones, al publicarse aquella ley, existían indudablemente, puesto que ya se tiene noticia, de una tabla de bronce que contiene un fragmento de una ley conocida, generalmente con el nombre de **Lex de Scribes Viatoribus**. Lo que ocurre es que en aquella época, la atención a la guerra y a la agricultura absorbía la vida social del ciudadano romano y las

⁷² Ibidem. Pág. 44.

ciencias, las artes y a las que llamaríamos ahora profesiones liberales, estaban en manos de los esclavos. Puede afirmarse, que la creación del funcionario fue debido al reconocimiento legal de una situación preexistente. La función estaba delimitada; el funcionario era únicamente lo que faltaba por crear. Dicha tarea estaba en manos de los esclavos; pero cuando Caracalla extendió el derecho de ciudadanía, los esclavos en quienes radicaba la función notarial, pasaron a la categoría de hombres libres y ya no fue difícil que los empleadores Arcadio y Honorio publicasen aquella ley que principia con las palabras *Generali Leges Sancimus*, la cual reconoció la necesidad de que el *Tabellión* fuese hombre libre.

Estos *Tabelliones*, al principio, no tuvieron ningún carácter oficial, pero la intervención de testigos en los documentos que redactaban, rodeó a dichos documentos de cierta confianza y garantía, hasta el extremo de llegar a considerarse como *Instrumenta Pública* o *Publice Confecta*, haciendo las declaraciones que contenían plena fe, con tal que el *Tabellión*, bajo juramento, afirmase la exactitud de su contenido. A consecuencia de todo ello, tuvo necesidad el Emperador Justiniano de determinar y señalar los requisitos que debían contener los *Instrumenta Forensia*.

Según la *Novela 43*, Capítulo 2, los requisitos eran los siguientes:

1º. La Existencia de tres testigos, o de cinco, cuando las partes no sabían o no podían escribir;

2º. Redacción de la escritura en una minuta, *Scheda*, por el *Tabellión* y puesto inmediatamente en limpio, *mundum*, ser firmado por los testigos y por el *Tabellión*; y

3º. Que toda copia en limpio, *mundum*, se escribiese en un rollo de papiro, el cual, en su primera página tenía escrita una etiqueta o pegado un sello, *Protocolum* con una inscripción que llevaba la firma del *Comes Largitorium*, el año de la fabricación del papel y otras indicaciones.

Creemos que la necesidad de evitar errores y falsedades, fueron causa de que Justiniano señalara los requisitos de aquellos documentos.

En este rollo de papiro, quizá no fuera difícil encontrar el origen remoto e indirecto del moderno protocolo notarial; sin embargo, a pesar de todo lo expresado, la profesión de *Tabellión* no fue considerada como una de las honoríficas, pues hasta los *Decuriones* tenían prohibido el ejercicio de dicha profesión.

La diferencia entre los *Tabelliones* y los *Tabularios* consistía en:

1º. Los primeros se encargaban de redactar los actos de la vida civil, mientras que los segundos tenían a su cargo la contabilidad y administración provincial y municipal y en ciertas ciudades, la guarda y custodia de los archivos;

2º. En un principio, los *Tabelliones* no tuvieron ningún carácter oficial, mientras que los *Tabularios*, fueron considerados como empleados públicos;

3º. En los actos de la vida civil en que intervenían los *Tabelliones*, interesaban, especialmente, a los particulares; y en los que intervenían los *Tabularios*, aunque eran de interés personal, convenía al Poder Público tener conocimiento de ellos; y

4º. Los documentos formalizados por los *Tabularios*, tuvieron siempre el carácter de auténticos, mientras que aquellos en que intervenían los *Tabelliones* no alcanzaron esta consideración, sino hasta tiempo más tarde, cuando la institución se fue desarrollando. Es por ello que, mientras tal desarrollo adquirió importancia, la autoridad pública los sometió a cierta inspección y a determinada disciplina muy análoga a la de los *Advocati*, teniendo sobre aquellos *Tabelliones* la autoridad judicial, cierto poder disciplinario como el que ejercía sobre los abogados. Andando el tiempo, los actos de los *Tabelliones* adquirieron el carácter de autenticidad, por lo que tomando el nombre de *instrumenta pública* o *publicae confecta*, su contenido constituía prueba plena con tal que, en caso de contienda judicial, el *Tabellión* jurase la realidad del contenido de aquel documento.

Además, se debe relacionar el *Tabellionato* romano en la documentación entonces reconocida. En Italia, en la época romana existían dos clases de documentos, a saber: *Publica*, *Privata* y *Publicae Confecta* y tres clases de escritores principalmente: *Tabularii* o *Tabelliones*, *Exceptores* y *Notarii*.

Los documentos públicos, llamados también *Publica Monumenta*, eran los expedidos por un magistrado o tribunal competente por razón de la materia o del territorio y que redactaba de oficio un funcionario adecuado. Estos actos tenían fuerza y fe públicas, porque no había necesidad de testigos; además, eran de un valor irrefragable al no poder ser impugnados ni por testigos ni por documentos privados. Se consideraban actos públicos: los de insinuación y los del censo.

Los actos privados eran aquellos que se redactaban privadamente, tales como: las cartas, las escrituras y apuntes privados; los quirógrafos de los

deudores, el *Apochae* de los acreedores y el *Antepochae* de los deudores. Su valor era muy distinto de los públicos. A una categoría de éstos, la ley les negaba expresamente la fe; es decir, a los actos privados que estaban escritos de mano o por mandato de cualquiera que los presentaba o que eran de hecho privados.

Para completar aquellos actos públicos que no tenían eficacia o para suplir la insuficiencia de los actos privados, se fue formando una nueva clase de documentos de los que participaban unos y otros y que sin llegar a la categoría de un documento público, adquirían mayor eficacia jurídica que el simple documento privado. Estos actos fueron aquellos que las constituciones imperiales calificaron de actos públicos elaborados por *Tabularios* o por *Tabeliones*, porque eran redactados por unos o por otros, según indica la *Novela 76* de Justiniano, en su Capítulo V.

Estos actos (*Instrumenta Publicae Confecta*), eran redactados ordinariamente en el foro público y muy especialmente en los despachos de los *Tabularios* para comodidad del público que deseaba se les escribiesen documentos, a atemperarse a las formalidades de la insinuación que tenía que cumplirse en el palacio cívico, situado, generalmente, cerca del foro.

Para la validez de estos documentos, se requerían tres clases de requisitos: unos relativos a la cualidad del redactor; otros a la forma del documento y los últimos relativos a la presencia de los testigos.

El redactor de estos documentos debía ser una persona con funciones públicas; es decir, una persona encargada de guardar la *Tabla* o sea un *Tabulario* y que llevaba al documento una presunción de veracidad superior

a la de los documentos privados y era indispensable para la validez del acto, que el *Tabulario* o el *Tabeli6n* presentasen su aprobaci6n al mismo, firm6ndolo de su propia mano, y adem6s, atestiguar que en la redacci6n del documento haba participado un oficial o persona p6blica. Al propio tiempo, se requera la expresi6n de la causa jur6dica, la fecha del otorgamiento con indicaci6n del dfa, mes y a6o, asentando (adem6s) el nombre de los testigos presentes, cuya misi6n, en caso de discutirse la validez del contrato, era afirmar que haban estado presentes en el otorgamiento, a la vez que el *Tabulario* o *Tabeli6n* declaraba que lo haba escrito de su propia mano.

Como se ha se6alado con anterioridad, los escritores de los documentos en la 6poca romana fueron 3: Los *Tabularios* o *Tabeliones*, los *Exceptores* y los *Notarii* y con el objeto de clarificar aun m6s sus funciones hemos decidido plasmar lo siguiente:

Los *Tabularios* eran, oficiales del Censo; su posici6n social era bastante elevada, pues entraban en la categorfa de ciudadanos siendo la magistratura m6s elevada de la ciudad y era tal la confianza y simpatfa que llegaron a inspirar, que se les encargaba hasta de la custodia de los testamentos. Mas esta confianza p6blica fue desapareciendo al llegar el per6odo de decadencia econ6mica, en cuyo per6odo fueron v6ctimas de la m6s desenfrenada presi6n por parte del fisco. Desde entonces, para la custodia de los testamentos y para la redacci6n de los documentos privados, fue preferida otra clase de escritores, conocida con el nombre de *Tabeliones*.

Tambi6n los *Tabeliones* eran ciudadanos de clases elevadas, siendo el *Tabelionato* t6tulo suficiente para pertenecer a la *Curia*; es decir, al Consejo Mayor Ciudadano, incluy6ndolos Ulpiano en el foro cerca del archivo p6blico, formando, como todas las artes y profesiones reunidas, un Colegio.

Los *notarii* y los *exceptores*, fueron redactadores de documentos. Las fórmulas excesivamente rigoristas y complicadas del Derecho Civil Romano, no podían ser recogidas y aplicadas por aquellos que únicamente se dedicaban al estudio; de ahí que los escribanos o escritores particulares, privados o públicos, se les designase de diversos nombres (*Scribae, Tabularii, Notarii, Censores y Logographi*), de acuerdo a la actividad que desarrollaban en particular.

Los ciudadanos ricos tenían en sus casas varios esclavos encargados de ocupaciones profesionales distintas. Uno de estos esclavos llamado *Gramaticus*, enseñaba a leer a los niños. Otro ejercía la medicina y la cirugía y se le denominaba *Medicus Chirurgus*. Otro era el *Mercator*, estando a su cargo cuanto concernía a las subsistencias y vestuarios de la casa. Aquel que enseñaba religión y los principios científicos, se le conocía con el nombre de *Philosophus*. Además existía también el poeta y el escribano o escribiente, a cuyos últimos empleados domésticos se les estaba confiado, principalmente, el registro doméstico, en el cual todo padre de familia anotaba diariamente los gastos de la casa, los convenios y las obligaciones contraídas. Los *Tabularios* con carácter de escribanos públicos, podían tomarse, igualmente, de entre los esclavos y a los cuales podían dirigirse todos los ciudadanos.

Justiniano imprimió a toda esta materia mayor orden y seriedad, legislando sobre ella en el Código y en las Nuevas Constituciones y Auténticas. En el Código o *Codicis Repetitae Praelectionis*, aparece el Libro X, Título LXIX dedicado a los *Tabularis, Scribis, Logographis et Censualibus* y el Libro XII, Título VII, que lleva por epígrafe *De Premicerio et secundicerio et notariis* y en el *Liber Constitutionum Novellarum*, se encuentran la Constitución XLV que lleva por título *De Tabellionibus et ut Protocolia dimittat in chartis* y la LXXXVI que legisla sobre las siguientes materias: La

seguridad y la fe de los instrumentos y en primer lugar del depósito, del mutuo y de otros documentos escritos privadamente, con o sin intervención de testigos; de los cotejos de escrituras de propia mano, de los documentos expuestos por personas que no saben o saben poco de letras, de los contratos no escritos, de los contratos hasta la cuantía de una libra de oro, de los que se hacen en los campos y de que la ley tenga aplicación en los documentos y contratos futuros.

Ahora bien, en relación a la regulación de la actividad notarial realizada por Justiniano en el Capítulo XLV de su Constitución, encontramos entre las obligaciones del notario, las siguientes:

a). Formalizar por sí mismos los documentos, estando presentes hasta que se terminasen y se hubiese puesto la conclusión, con el propósito de que conociesen el negocio y en caso de que se les requiriese se presentasen ante el Juez para ser interrogados, pudiesen responder lo que se les preguntase acerca de las etapas que se siguieron para formalizar el asunto.

Con esta precaución, las personas que no supieran de letras, no podían negar lo que se realizó ante el notario.

Aquí encontramos una parte de la sustancia de la función notarial, ya que el notario debe conocer la intención de las partes y encaminarla para tomar el camino correcto en un acuerdo por lo que, debe estar pendiente del desarrollo en la elaboración de un instrumento y de la culminación de este.

b). Respetar la ley que regulaba su función donde quiera que ellos se encontraran, tanto en la ciudad como en las provincias. Si ellos no cumplían con los preceptos establecidos, perderían las plazas y las ocuparían quienes a ellos los servían.

Vemos que el ámbito de aplicación de la ley era en todo el territorio romano y se menciona a colaboradores suyos que eran el *Ministatem* quienes podían suplirlo en la redacción de documentos y el *Ad-Numeratorem*, quien era el encargado de llevar la contabilidad.⁷³

c). La finalidad de estos preceptos era que buscaran en la elaboración de los documentos la excelencia, la justicia, el ser precavidos y la responsabilidad para proteger los intereses ajenos.

“El notario de buen consejo debía advertir a los comparecientes la significación y consecuencias legales de las cláusulas del instrumento, a fin de que las partes quedaran perfectamente cercioradas de la significación y alcance de sus actos. Cerciorada la parte no podía alegar ignorancia (*certiorata parte, ignorantia non excusat*)”.⁷⁴

d) A quien se le hubiese encomendado un documento, y fuese indigno de recibir autoridad perdería la plaza y se nombraría otro en su lugar, sin perjudicar al dueño de la plaza ya que si hubiere sido un extraño y no el mismo notario el que no cumplió su cometido y se desinteresó de cumplir su obligación, el notario no perdería las ganancias que hubiere obtenido y solo el extraño sería destituido de su encargo protegiendo a los dueños de la plaza para que conservasen sus derechos sobre ésta.

e) Les estaba permitido alejarse de sus labores en caso de enfermedad o situaciones del tal naturaleza, pudiendo citar a los contratantes quienes podían llevar a cabo la operación, por sí mismos con la asistencia del notario, ya que por muy justa que pareciera la situación siempre hay un riesgo

⁷³ Cfr. MORALES, Francisco de P. Op. Cit.. Pág. 26.

⁷⁴ Nueva Enciclopedia Jurídica. T. IX. Francisco Seix. España. 1982. Pág. 656.

que debe cuidarse, esto no demeritaba la participación del notario en cuanto a sus ganancias.

f) Ya que la ley era estricta en cuanto a que el notario tenía que estar presente en toda la redacción del documento, se le autorizaba en caso de dudas poder acudir ante el maestro del censo de la ciudad y de darle el permiso de encomendarle la elaboración de los documentos y presentarse al ser finalizados, sin que se le pudiese autorizar a cualquier otro iniciar el documento o para presentarse cuando se terminase, con excepción de la persona que el notario hubiese autorizado. Pero si enviara a otro el notario quedaría sujeto a una sanción, aunque esto no causaría la invalidez de los documentos por así convenir a los contratantes. La ley daba por hecho que por el miedo a las sanciones, los notarios elaborarían los documentos con mucho cuidado y no se arriesgarían.

La regulación que existió sobre la formalidad de redactar los documentos es de suma importancia, ya que actualmente se sigue usando en la redacción de instrumentos notariales para brindar certeza y seguridad jurídicas a los comparecientes y evitar que se falsifiquen dichos documentos o en su caso, detectarlos fácilmente cuando se ha cometido algún ilícito, por lo que transcribimos lo que se reguló en las Novelas Constitución LII. Capítulo II: ***Los notarios no escriban los documentos en papel en blanco, sino en el principio tenga (lo que se llama protocolo). El nombre del que á la sazón sea gloriosísimo conde de nuestras sacras liberalidades, la fecha en que se hizo el documento y lo que en tales hojas se escribe, y que no corten el protocolo, sino que lo dejen unido. Porque hemos sabido que en tales documentos se probaron antes y ahora muchas falsedades, y por lo tanto, aunque haya alguna hoja de papel (porque también hemos sabido esto), que no tenga el protocolo escrito de este modo, sino que lleve otra cualquiera escritura, no la admitan, como***

adulterada y no apta para tales cosas, sino escriban los documentos solamente en hoja de papel tal, como antes hemos dicho. Así pues, queremos que lo que para nosotros ha sido decretado sobre la cualidad de tales hojas, y sobre la separación de lo que se llama protocolo, esté en vigor solamente en esta felicísima ciudad, donde es ciertamente grande la muchedumbre de contratantes, y hay mucha abundancia de hojas de papel. Y sea lícito intervenir en legal modo en los negocios y no darles a algunos ocasión para cometer falsedad, de lo cual demostrarán que son responsables los que contra esto se hubieren atrevido á hacer alguna cosa.

Una característica que no puede pasarse por alto y que importó una fórmula general en todo el Estado, fue la misión que se le asignó a la **autoridad pública** de revestir de **autenticidad** de **autor cierto** a cuanta documentación se hacía necesaria para preconstituir la prueba del acto.

Bajo este aspecto, "determinados actos privados de especial significación, ya sea inherentes a las personas, ya sea inherentes a los bienes, reclamaban una especial solemnidad. Se pensó así **que sólo la autoridad podía darla**. Y para ello, se emplearon lógicamente, distintos procesos. En las etapas finales del derecho romano, por ejemplo, comenzaron a simularse actos de autoridad para revestir de formas solemnes a los actos privados. El documento, en suma y síntesis, ya se empleaba como medio para identificar un acto o contrato y, por tanto, inducía a creer en su contenido y en las personas que en él se expresaban; tanto más, cuanto que la elaborase a través de un proceso que fiscalizaba el juez, éste le imprimía **el sello de autoridad** y con más razón si por la atestación que se le aditaba al documento se convertía en instrumento público. Después de todo, no se puede suponer que el juez actuase solo: él tenía sus colaboradores, uno de carácter técnico y de mucha ayuda, vino a ser el tabelión o notario, pues era quien tomaba las declaraciones, dirigía

el ceremonial, controlaba las pruebas, recibía las peticiones, todo a rigor de una severa fiscalización del juez. De ello se concluye que la actuación del notario o tabelión daba al proceso *un signo de mayor autenticidad*.⁷⁵

En la época del siglo V D.C., el Imperio Romano sufrió innovaciones provocando su caída, por lo que se dio una conjunción del derecho de los pueblos invasores con el pueblo romano surgiendo ideas que ambos pueblos habían desarrollado y de tal forma se dieron manifestaciones notariales de gran interés previas a la Escuela de Bolonia.⁷⁶

De los invasores tenemos algunas figuras que sobresalieron por los principios que establecieron sobre el notariado.

Casiodoro, senador del rey godo Teodorico, distingue "el papel de los jueces del papel de los notarios, afirmando que aquéllos sólo fallan contiendas, en tanto que éstos tienen por misión el prevenirlas".⁷⁷

II.3. Edad Media.

En el siglo VIII D.C. se levanta un rey lombardo llamado Ratchis, quien fue uno de los primeros en conferir la fe pública al notario, en el año 740 D.C., con la Ley individualizadora marcada con el número VIII, cuyo texto en la parte que nos interesa expresa: "Si hubiera carta redactada por escriba, firmada o signada por el vendedor y los testigos, de la cual resultase que fue pagado el precio, no podrá alterarse por ningún juramento".⁷⁸

⁷⁵ NERI, Argentino I. Vol. I. Op. Cit. Págs. 430-431.

⁷⁶ Cfr. MORALES, Francisco de P. Op. Cit. Págs. 42-43.

⁷⁷ CARRAL Y DE TERESA, Luis. Derecho Notarial y Derecho Registral. Décimo Tercera Edición. Porrúa. México. 1995. Pág. 69.

⁷⁸ BAUTISTA PONDE Juan Eduardo. Origen e Historia del Notariado. Depalma. Argentina. 1945. Pág. 62.

En el siglo IX D.C. existieron algunas otras legislaciones que nos revelan datos interesantes como en el capitular de Thionville de diciembre del 805 D.C. en la que Carlomagno exige que "cada obispo y abad y cada uno de los condes tenga su propio notario. En las iglesias catedrales, en los patios de los castillos y en el *mallum*, ante la comunidad, se celebraban algunos contratos que el notario volcaba luego en la charta"; ⁷⁹ por esta razón fue llamada *iudex chartularius*, como un desprendimiento de la judicatura, compete en los actos que revelaban acuerdo. ⁸⁰

La Ley de Lotario del año 832 D.C. que se expedía con el fin de que existieran jueces especializados que atendieran de los negocios de los particulares, definía al Notario como persona que debe dedicarse a entender actos vinculados con el Derecho privado, equiparándose a los jueces. ⁸¹

La legislación Carolingia marca las pautas para que apareciera una figura llamada el *Scabini* y que "era una especie de juez o funcionario auxiliar del juez del que algunos autores han sostenido su competencia en asuntos de jurisdicción voluntaria; entre otros, los de la insinuación (la función de elevar a instrumento público documentos formulados por los particulares)". ⁸²

Ante los auxiliares de los jueces se practicó una forma procesal de origen bizantino llamada *confesus in iure* (pacto ejecutivo privilegiado) y que tuvo arraigamiento en el Derecho procesal italiano de la Edad Media, siendo una forma de sustanciación simulada, que admitía un acto exclusivamente jurisdiccional. ⁸³

⁷⁹ MORALES, Francisco de P. Op. Cit. Pág. 42. La palabra *chartae* se refería al actual documento notarial.

⁸⁰ Cfr. GATTARI, Carlos Nicolás. Op. Cit. Pág. 13.

⁸¹ Cfr. MORALES, Francisco de P. Op. Cit. Pág. 42.

⁸² Idem.

⁸³ Cfr. NERI, Argentino I. Vol. I. Op. Cit. Pág. 422.

Tomando principios básicos de la legislación germana (Capitulaciones de Lotario y de las leyes de los reyes lingonbardos), se regularon los juicios fingidos que se celebraban ante los auxiliares de los jueces (notarios secretarios) llamados *iudex chartularis*⁸⁴ o jueces de la *cartam* y ante los mismos se consignaban las garantías siempre y cuando estuvieran de acuerdo las partes. Para cumplir sus funciones, aparecieron dos tipos de instrumentos: los *instrumenta confessionata* llevada a cabo por el juez contencioso y los *instrumenta guarentigiam* atendidos por el *iudex chartularis*.⁸⁵

Con las facultades que se le dieron al juez *in iure* siempre investido de jurisdicción voluntaria (también llamado *iudex chartularis*) para celebrar *instrumenta guarentigiam* o con cláusula *guarentigia*, comenzó el ejercicio de una práctica ficticia, justificada por los exegetas del Derecho romano, quienes sostenían que la *confessus in iure* se equiparaba al *iudicatus*.⁸⁶

Y de esta "práctica de los procesos simulados ante el juez, se pasó a la constitución de instrumentos con cláusula de garantía, otorgados ante notario".⁸⁷

En el siglo XII, las partes concurrían ante los *iudices chartularii* para celebrar actos y contratos extrajudiciales, ya que dichos personajes auxiliaban con su intervención la tarea judicial y participaban en el campo del

⁸⁴ Cfr. MORALES, Francisco de P. Op. Cit. Pág. 43.

El *iudice chartularii* era una figura, auxiliar del juez y encargada de la jurisdicción voluntaria.

⁸⁵ Cfr. GATTARI, Carlos Nicolás. Op. Cit. Pág. 304.

⁸⁶ Cfr. MARGADANT S., Guillermo F. Derecho Romano. Décimo Sexta Edición. Porrúa. México. 1989. Pág. 141.

La *iudicatio* del *iudex* era la facultad de dictar sentencia. Y el *iudex* era durante las dos primeras etapas de la historia procesal romana un simple juez particular. En la tercera etapa, al suprimir los jueces privados, un magistrado absorbía la función del *iudex*.

⁸⁷ NERI, Argentino I. Vol. I. Op. Cit. Pág. 422.

Derecho con la aplicación de la jurisdicción voluntaria. Esta colaboración de los auxiliares del juez, resultó ser muy funcional porque no se involucraban en procedimientos para litigar, encargándose solamente de diseñar fórmulas para contratar, cumpliendo una misión de redacción y formalización de documentos que daba como resultado por su intervención una autenticación derivada de su investidura, garantizando la operación.

“Aquella función de *amanuense*, más de habilidad y dominio técnico y que denotaba un oficio subsidiario del juzgado, fue, a no dudarlo, el punto de partida de iniciación y arraigo de una nueva función pública. Naturalmente que actos así habrían de considerarse, en un comienzo, como realizados bajo, un puro estímulo de fe privada: por sí y ante sí, para las partes esos actos revestían certeza, empero, *erga omnes* no, por lo mismo que el signo de la fe pública, que ya era conocido como sello de autenticidad y garantía en razón de la intervención del funcionario público, todavía no estaba concedido para la jurisdicción voluntaria. Mas, como no se concibe un instrumento público sin fe pública, y ésta es sólo delegable por imperio del poder público, se hizo forzoso atribuir al nuevo funcionario un poder certificante y, por continuidad histórica, adjudicarle los atributos de autoridad y hacerlo partícipe, en consecuencia, de la seguridad y garantía que entraña toda jurisdicción”.⁸⁸

“Numerosos autores ven en el desprendimiento de estos funcionarios del juzgado la creación del notario latino”.⁸⁹

En el siglo XIII aparece el notario como representante de la fe pública y su intervención de autenticidad a los documentos.⁹⁰

⁸⁸ Ibidem. Pág. 433.

⁸⁹ MORALES, Francisco de P. Op. Cit. Pág. 42.

⁹⁰ Cfr. BAÑUELOS SANCHEZ, Froylán. Op. Cit. Pág. 70.

En esta época se fija una tendencia en Europa encaminada a reforzar su papel de fedatarios, aumentando el prestigio del *instrumentum* extendido y suscrito por el notario.⁹¹

“Los autores italianos reconocen, que la Escuela de Bolonia ejerció la mayor influencia, constituyéndose como el pilar del auge de la ciencia notarial. En Castilla se afirma mediante el Fuero Real (1255) que determinaba que el *oficio de escribano es público e honrado e comunal para todos*”.

92

Alfonso X, conocido como el rey sabio, inició la formación del libro de las leyes (también llamado Las Siete Partidas), siendo el código más completo y superior a todos los de la Edad Media, en un intento de unificar la legislación española de la época, que aparecía disgregada en múltiples fueros locales.⁹³

Esta legislación, recogió y unificó criterios sobre el notariado diciendo que los oficios que tienen funciones documentales se llaman o bien escribanos de la corte del rey (Leyes VII y VIII, Título IX, Partida 2.a) o bien, simplemente escribanos (con las funciones que hoy tienen notarios y secretarios judiciales) (Título XIX, partida 3.a). Pero todos los requisitos de la prueba documental pública (escrituras) son comunes a ambas clases de escribanos. Toda la doctrina legal está condicionada, llamándose en el siglo XIII *ars notariatus* e irradiaba de la universidad de Bolonia. Los documentos de los escribanos del rey y de los escribanos comunes se contienen en el mismo título XVIII de la Partida 3.a. La misma técnica de la matriz, registro o *nota* se

⁹¹ Cfr. CARRAL Y DE TERESA, Luis. Op. Cit. Pág. 67.

⁹² BAÑUELOS SANCHEZ, Froylán. Op. Cit. Pág. 70.

⁹³ Cfr. Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XXI. Op. Cit. Págs. 543-544.

establece en las Leyes 7, Título IX, Partida 2.a (notarios del rey) 3 y 4, título XVIII de la Partida 3.a. (privilegios y cartas plomadas, otorgados por el rey) y 54 del mismo Título XVIII, respecto de los restantes documentos públicos. A lo que se entrega al interesado se le llama **carta**. El sistema de las Partidas subsiste hasta la Ley del Notariado y la publicación del Código Civil, parcialmente modificado por la Pragmática de Alcalá de 7 de junio de 1503.⁹⁴

Y en los títulos 16 y 19 de la Partida Tercera, se señalan los fundamentos para que el notariado ejercite una función pública. Estos principios influyeron durante siglos, constituyéndose en principios importantes de la función notarial.⁹⁵

Estas leyes definían al notario como "escribano tanto quiere decir, como **ome que es sabidor de escreuir; e son dos maneras dellos. Los vnos, que escriuen los preuillejos, e las cartas, e los actos de casa del Rey e los otros, que son los escriuanos publicos, que escriuen las cartas vendidas, e de las compras, e los peleytos, e las posturas que los omes ponen entre si en las Cibdades, e en las Villas**".⁹⁶

Los escribanos deben tener las siguientes cualidades: "**Leales e buenos e entendidos deuen ser los Escriuanos de la Corte del Rey, e que sepan bien escreuir; de manera que las cartas que ellos fizieren, que bien semeje que de Corte del Rey salen, e que la fazen omes de buen entendimiento:... E otros ideuen ser sabidores de escreuir bien, e entendidos de la Arte de la Escriuaniam de manera que sepan bien**

⁹⁴ Cfr. Nueva Enciclopedia Jurídica. T. IX. Op. Cit. Págs. 653-654.

⁹⁵ Cfr. BANUELOS SANCHEZ, Froylán. Op. Cit. Pág. 70.

⁹⁶ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Derecho Notarial. Op. Cit. Pág. 7.

*tomar las razones, o las posturas que los omes pusieren entre sí ante ellos'.*⁹⁷

Carral y de Teresa nos da algunas características de la función notarial en esa época, destacando que, el notario ejercía una función instrumental en beneficio del interés social, interviniendo en transmisión de inmuebles y testamentos; debía procurar conocer a los comparecientes; en dichos instrumentos comparecían por lo menos tres testigos. Tenía la obligación de llevar un registro anual conteniendo su seña o signo, mismo que debía conservarlo. Se le exigía una redacción manuscrita clara, sin abreviaturas. Para la reproducción de las cartas, era necesario la autorización del Alcalde quien poseía atribuciones judiciales. A su muerte, sus archivos los recogía el Alcalde, ante testigos para entregárselos al sucesor. También se determinaron los requisitos de las escrituras y los modelos o fórmulas, sobre los actos y contratos más usados.⁹⁸

“El arte notarial, estudiado en las universidades medievales, se distribuyó en tres partes: contratos, testamentos y juicios y la *confessio iudicialis* y sus fórmulas escribaniles quedaron distribuidas entre los contratos notariales y los juicios, según que fueran ante o *post litem contestam*. De esta forma, la *confessio iudiciales*, se integró al entonces nuevo mundo del instrumento público. Se dio de baja como miembro de la confesión judicial para incluirse en la notarial, sin perjuicio de conservar su naturaleza y su preceptiva de confesión judicial. Las instituciones sobreviven a pesar del cambio de nombre o de sede en el sistema”.⁹⁹

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Cfr. CARRAL Y DE TERESA, Luis. Op. Cit. Pág. 70.

⁹⁹ Nueva Enciclopedia Jurídica. T. IX. Op. Cit. Pág. 659.

De lo anterior deriva el principio de que ***toda confesión es una declaración pero no toda declaración es una confesión***, dando lugar actualmente a lo que se llama información testimonial llevada a cabo ante los notarios.¹⁰⁰

La escuela del notariado en Bolonia influyó en Europa con las obras de Rolandino quien fue notario en 1234 y profesor de las cátedras públicas de notaría. Se destacó por impulsar al notariado para organizar y disciplinar a la función notarial afirmando que esta es ciencia y es arte, por lo que también definió, estructuró al notario y al instrumento público.¹⁰¹

Rolandino fue reconocido por su prestigio personal, su trabajo y su genialidad, pues instrumentó la actuación del notario, demostrando que además del conocimiento legal, el notario debía ser sensible a la creación de cada instrumento, toda vez que cada situación que se le presenta es distinta, por lo que debe ser redactada con la intención de crear un documento hecho a la medida, buscando el bienestar de las partes. También con sus obras, sentó las bases del notariado actual facilitando así su estudio y análisis, por lo que se le ha reconocido como el notario más grande de todos los tiempos.¹⁰²

Sus principales obras fueron: "La ***Summa Artis Notarie***, llamada también ***Summa Aurea*** (que busca corregir y mejorar las fórmulas notariales en uso".¹⁰³ "***Diadema, Summa Rolandina, Summa Orlandina*** (constó de tres partes: contratos, testamentos y juicios)".¹⁰⁴

En la obra de la ***Aurora*** nos señala las cualidades del notario:

¹⁰⁰ Cfr. Idem.

¹⁰¹ Cfr. BAÑUELOS SANCHEZ, Froylán. Op. Cit. Pág. 71.

¹⁰² Cfr. Ibidem. Págs. 71-72.

¹⁰³ CARRAL Y DE TERESA, Luis. Op. Cit. Pág. 69.

¹⁰⁴ BAÑUELOS SANCHEZ, Froylán. Op. Cit. Págs. 71-72.

“En cualquiera negocios humanos de cuya organización legal se ocupe el notariado, conviene advertir dos extremos, a saber: el *ius* y el *factum*; la cuestión de derecho y la de hecho; ambos se estudian minuciosamente en esta obra, que es como el lucero matutino del arte notarial. En efecto, el derecho lleva de la mano al conocimiento del arte notarial; el hecho, a la facilidad en el ejercicio; se engaña quien, sin estos dos recursos, pretenda conocer el arte notarial, de donde se deduce que han de armonizarse en un buen notario. De uno y otro surgirá cierta coyunda armoniosa para que, sin arte, no yerre como ciego en la aplicación de las leyes, ni resulte infructuoso por falta de habilidad en el ejercicio notarial”.¹⁰⁵

Otras obras son: “El *Tractus Notularum*, introducción a la ciencia de notaría y estudio de contratos. Las *Flos Testamentorum* o *Flos Ultimarum Voluntatem*. De *Oficio Testamentorum in Villi vel Castris*, son lecciones prácticas y consejos a notarios rurales”.¹⁰⁶

“En Cataluña, primero en el Código de las costumbres de Tortosa (1294), y más tarde en las Cortes de Barcelona, 1298 (época de don Jaime II), se dictaron admirables disposiciones sobre la organización notarial, que alcanzó pleno desarrollo en las Cortes de don Pedro III (1331) y Alfonso III (1333), con modalidades peculiarísimas, que reflejan no sólo pleno progreso hacia la autonomía corporativa, sino la diferenciación de funciones a base de la separación de la fe pública judicial y de la extrajudicial, matizadas en las diversas clases de colegios notariales que existían”.¹⁰⁷

¹⁰⁵ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Derecho Notarial*. Op. Cit. Págs. 6-7.

¹⁰⁶ BAÑUELOS SANCHEZ, Froylán. Op. Cit. Pág. 72.

¹⁰⁷ *Ibidem*. Pág. 74.

"Faltaba distinguir la fe notarial de la judicial, que se hallaban confundidas. Pondé atribuye tal distinción al estatuto del Conde Verde aprobado por Amadeo VI de Saboya hacia 1379".¹⁰⁸

Antes del descubrimiento de América, existe la **Reforma de los Reyes Católicos** que en 1480 revocaron los oficios de los Consejos acrecentados y las Cartas Reales aportando entre otras disposiciones una muy importante que consistía en la "determinación de la competencia jurisdiccional del escribano, disponiéndose que las escrituras de contratos, obligaciones y testamentos, debían pasar ante escribanos reales y públicos del número de los pueblos y para que **puedan dar fe de todos los autos extrajudiciales sin pena alguna**".¹⁰⁹

En 1491 se vuelve a insistir sobre la competencia de los escribanos, ya que existían reales, apostólicos, de Cabildos, de cámara y otros pero sólo a "los escribanos reales y los públicos de número fueron los únicos capacitados para intervenir en asuntos extrajudiciales y relacionados con bienes raíces".¹¹⁰

Juan Eduardo Bautista Pondé, nos dice: "El notario podría haber nacido al amparo del juez como consecuencia de la imposibilidad de que éste atendiera tantos quehaceres, especialmente en lo que se referían a los de la llamada **jurisdicción voluntaria**. Vemos que se refuerza la tesis que sustentamos en el sentido de que el titular de derechos subjetivos, en su afán de protegerlos, logra incorporar la fuerza de una sentencia judicial al documento y así, trasladar al instrumento público no sólo a asuntos oficiales, sino también a negocios de particulares. Esto se logra en la persona del notario, quien reúne

¹⁰⁸ GATTARI, Carlos Nicolás. Op. Cit. Pág. 17.

¹⁰⁹ CARRAL Y DE TERESA, LUIS. Op. Cit. Pág. 73.

¹¹⁰ Ibidem. Pág. 74.

tanto la especialidad de redactor (aspecto profesional) como la de autoridad, al delegarle el Estado las potestades necesarias para emitir documentos públicos".

111

"Dada la seguridad de la existencia de leyes españolas muy antiguas, quizá por el ejemplo de España, en toda Europa se va paulatinamente consagrando la figura del escribano como un cargo público y de esa manera, se consolida la función notarial. Durante toda esta época, hay lucha de jurisdicciones, lucha de competencias entre escribanos, lucha contra la enajenación de oficios, lucha por la unificación de la función, lucha por la obtención de funcionario público y la que actualmente vivimos, lucha por la integración total de la función".¹¹²

En el siglo XVIII, encontramos que los notarios eran nombrados por los jueces que gozaban de jurisdicción delegada, así que en esta etapa existieron en España dos tipos de jurisdicción: la ordinaria y la delegada.

La jurisdicción se dividía en ordinaria y delegada: "ordinaria es la introducida para un universo causas, aunque sean de un mismo género, por vía de comisión, siendo perpetua; pero si es temporal (por tiempo limitado) se consideraba delegada".¹¹³

Con la designación de los notarios realizada por el Poder Ejecutivo, se beneficia a la función notarial, poniendo fin a la confusión que existía entre la fe pública judicial y la extrajudicial y a la enajenación de oficios.¹¹⁴

¹¹¹ BAUTISTA PONDE, Juan Eduardo. Op. Cit. Págs. 75-76.

¹¹² CARRAL Y DE TERESA, Luis. Op. Cit. Pág. 68.

¹¹³ RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan. *Curia Filípica Mexicana*. Librería General de Eugenio Maillefent y Compañía. México. 1858. Pág. 19.

¹¹⁴ Cfr. BAÑUELOS SANCHEZ, Froylán. Op. Cit. Págs. 8^o-81.

En España, "a lo largo del siglo XIX hasta la LOPJ de 1870, aparecen una serie de cargos y categorías dispersos en distintas leyes que son antecedente de los que luego sería el Secretario Judicial. Así, existían los Escribanos de Cámaras, los Oficiales Mayores de Escribanía, los Tasadores (de costas), el Secretario Archivero, categorías éstas que trata de unificar la LOPJ de 1870 bajo la denominación común de Secretarios (Arts. 483 y ss) sin conseguirlo, dado que algunas de sus disposiciones transitorias (XI a XVII) mantienen la situación anterior, hasta que hubiera una nueva organización. El intento de la LOPJ de 1870 lo culmina definitivamente un decreto de 1º. de junio de 1911, donde suprime todas las denominaciones que no sea la de secretario...".¹¹⁵

Muchos registradores opinaban que los asuntos de jurisdicción voluntaria deberían apartarse del conocimiento de los juzgados por cuanto a ellos corresponde dar fe en toda clase de negocios extrajudiciales.¹¹⁶

II.4. En Francia.

En este país, los notarios fueron considerados, en un inicio, como "oficiales públicos encargados de redactar y autorizar los documentos a los cuales los particulares quieran conferir autenticidad. Están encargados de conservar los originales y de expedir copias de ellos".¹¹⁷

La Ley Ventosa del año 1803, define al notario en su artículo 1º. de la siguiente manera: ***Los notarios son los funcionarios públicos establecidos para recibir los actos y contratos a que las partes deban o***

¹¹⁵ Enciclopedia Jurídica Básica. Civitas. España. 1995. Pág. 6080.

¹¹⁶ Cfr. COSTA, Joaquín. Reorganización del Notariado. Porrúa. México. 1917. Pág. 103.

¹¹⁷ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. T. VI. Pedagógica Iberoamericana. Traducc. Leonel Péreznieta Castro. México. 1996. Pág. 605.

quieran dar carácter de autenticidad propio de los públicos y para asegurar la fecha, conservar su depósito y librar copias y testimonios.

En esta definición identificamos principios interesantes, tales como la obligación de los notarios de atender a las partes que acudan ante él y le soliciten su intervención, en virtud del principio de rogación, otorgándole autenticidad a los actos o contratos, así como el principio de matricidad, por medio del cual, el documento original queda bajo su custodia y el de fe pública al verificar los datos proporcionados y calificar su veracidad, concluir los instrumentos y expedir los testimonios y las copias necesarias.

Ahora bien, a Francia le debemos el renacimiento actual del formalismo; pero antes de estudiarlo debemos anotar como fue que renació tal principio:

Luego entonces, "en las legislaciones primitivas el derecho es un procedimiento; la voluntad humana es impotente, por sí misma, para engendrar la obligación. En el Derecho romano el modo normal de obligarse era la ***estipulación***, consistente en una pregunta y una respuesta hechas en forma solemne. No obstante la atenuación del rigor primitivo, no obstante el reconocimiento de los contratos formados ***re*** y de los contratos ***consensu*** (compra-venta, arrendamiento, sociedad y mandato) y, posteriormente, de los pactos sancionados y de los contratos innominados, siempre fue regla general: ***Ex nudo pacto actio non nascitur***".¹¹⁸

En Roma era un pacto solemne el que daba nacimiento a derechos y obligaciones. La solemnidad eran los ritos que rodeaban la expresión de la voluntad de los interesados.

¹¹⁸ Ibidem. Pág. 965.

“Las invasiones bárbaras impusieron un retorno al formalismo más arcaico, o sea, el de los *fides facta*, promesa unilateral acompañada de imprecaciones, de gestos (*festuca*) o de garantías materiales (*wadium*) o, aún de la entrega de la cosa o del dinero que fueron objeto del contrato. Tales ritos se convirtieron con el tiempo en símbolos (palmada, arras, dinero, a Dios y más tarde en medios probatorios), sin desaparecer todos completamente. Actualmente todavía, en las ferias, los campesinos declaran *la venta celebrada* por medio de golpes en las manos y bebiendo a veces, juntos, *el vino de la compra*”.¹¹⁹

En esta época se limitaban a ciertos rituales entre los interesados, que era lo que daba fuerza y valor legal a sus pactos.

En el antiguo derecho francés, “la gran variedad de formas para contratar originó, en la práctica de los escribanos y de los contratantes ignorantes, el decaimiento del respeto a las formas, con los contratos reales, los simbólicos, los por escrito (*per-cartam*)¹²⁰ y, en fin, los contratos *por juramento*.

Estos últimos fueron desarrollados en el Derecho Canónico, porque caían bajo la competencia de los tribunales eclesiásticos. El promitente comprometía su fe jurando sobre los Libros sagrados y sobre reliquias. El juramento promisorio, unilateral y solemne, se parecía a la antigua estipulación en que cada fuerza obligatoria a toda clase de compromisos. Pero, debido a su enorme difusión y a la índole religiosa de las sanciones, hizo penetrar en las costumbres del predominio del espíritu sobre la letra y el respeto a la fe jurada.

¹¹⁹ Ibidem. Pág. 123.

¹²⁰ El contrato *per cartam* o *scripturum* tenía por sí mismo fuerza obligatoria; pero debido a una confusión entre el contrato y su prueba, ya que originalmente mencionaba a fin de demostrarlo, el cumplimiento de la estipulación (*stipulatione interposita*). La mención ha subsistido, si bien carente de todo alcance real.

Convencidos de que aquél que no mantiene su promesa incurre en mentira y, por tanto peca, los canonistas reconocían de paso el carácter obligatorio de los simples pactos aún de los *nudos*, o sea, de los que iban acompañados de juramento. Así vemos que desde mediados del siglo XIII, ciertos juristas del Derecho consuetudinario, empezaron a afirmar que *la fe humana* es favorable a la observación de los simples *convenios*'.¹²¹

El derecho francés heredó las costumbres anteriores; posteriormente tomó como un valor superior en el que todos podían confiar, el juramento religioso que se hacía al celebrar cualquier compromiso.

En el siglo XIII tomaban en cuenta la fe humana; esto es, en derivación de la fe religiosa.

"La resistencia ofrecida por los romanistas, muy apegados a la tradicional contraposición entre los contratos nominados, que se formen sólo *consensu* y los simples pactos o contratos innominados, que se formaban por la *cosa*, retardó por bastante tiempo el triunfo del principio *solus consensus obligat*. Pero, desde principios del siglo XVI era usual para los prácticos y en el siglo XVII quedó definitivamente consagrado por Loysel y Domat.¹²² En vísperas del Código Civil, Pothier, invocando el derecho natural, repudia la distinción entre contratos y simples pactos, y solamente contrapone a los contratos que se forman por el sólo consentimiento, los reales (préstamos, comodato, depósito, prenda) en los que *es necesario que medie alguna*

¹²¹ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. Cit. Pág. 124.

¹²² *Se atan los bueyes por los cuernos y los hombres por la palabra y tanto vale una simple promesa o convenio como las estipulaciones del Derecho Romano.*

cosa aparte del consentimiento y a los cuales hay que agregar unos cuantos contratos solemnes".¹²³

Aquí vemos que toman en cuenta, que sólo el consentimiento obliga, proponiendo, además, que debe existir solemnidad para ciertos contratos.

Ahora bien, el renacimiento actual del formalismo se debió a lo siguiente: "El sistema consensual no obstante sus méritos indiscutibles no se halla exento de inconvenientes. Cuando los contratos se hallan desprovistos de toda formalidad las complicadas relaciones que se producen en una civilización avanzada multiplican para las partes, muchas veces poco expertas, y para los terceros, los riesgos de error o fraude. Independientemente de las facilidades que ofrece en cuanto a la prueba, el formalismo ampara a las partes contra los riesgos inherentes a la operación, ya sea por su precisión un tanto rígida, sea por la intervención de un funcionario público capacitado para aconsejarlas. Además, proporciona una garantía muy valiosa para los terceros interesados en conocer la existencia del contrato".¹²⁴

Son sin duda muy grandes las ventajas que ofrece el formalismo, es así como los franceses toman en cuenta sus beneficios, ya que es base fundamental en donde convergen todos los principios del notario público.

Por lo anterior, "en el antiguo derecho francés, el triunfo de la regla *solus consensus obligat* fue casi inmediatamente atenuado por medio de edictos que exigían prueba escrita en todo contrato por más de la suma de ciento cincuenta libras. Desde hace medio siglo (principios del siglo XX), la

¹²³ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Op. Cit. Págs. 124-125.

¹²⁴ Ibidem. Pág. 125.

complicación de las relaciones sociales ha originado un indiscutible renacimiento del formalismo. Bajo diversos aspectos y con un rigor creciente, redacción de escritos tendientes a la prueba o al registro, medidas de publicidad, contratos auténticos o privados, contratos abstractos, etc.), el principio según el cual la fuerza de las obligaciones depende de su carácter solemne recupera una importante parte de la función de que le había privado el principio de la finalidad tras una lucha secular. No es de lamentar esa evolución siempre que refuerce las garantías en cuanto a ciertas transacciones sin estorbarlas demasiado; la coexistencia de los actos consensuales y de los sujetos a un formalismo más o menos riguroso, dotados cada uno de un dominio propio, responde mejor a las necesidades complejas de nuestra civilización moderna que el imperio exclusivo de uno solo de ellos".¹²⁵

Este formalismo se refuerza por la necesidad de evitar complicaciones en las relaciones de la sociedad.

El notariado francés fue "reorganizado por la Ley del 25 ventoso año XI, que actualmente está en vigor; pero ciertas reglas importantes relativas a la redacción de las actas notariales fueron establecidas por la ley del 21 de junio de 1843 y la Ley del 12 de agosto de 1902 hizo reformas mucho más considerables tanto sobre la organización del notariado como sobre la recepción de los documentos. Existen, además, algunos datos secundarios.

El documento notarial es la forma habitual de conferir autenticidad a las operaciones de los particulares, aunque en la práctica *documento auténtico* y *documento notarial* a menudo son tomados como sinónimos, cuando en realidad hay muchos documentos auténticos diferentes de los

¹²⁵ Ibidem. Págs. 125-126.

notariales. La ley sólo exige a veces la intervención de los notarios; pero de hecho casi todas las convenciones importantes son celebradas ante ellos".¹²⁶

Con el documento notarial los particulares tendrían la seguridad de que sus actos serían permanentes.

Recordemos que "el notariado moderno tiene su origen en la Edad Media. Los *notarii* eran especies de escribanos adscritos a las diversas jurisdicciones laicas y eclesiásticas, cuyos documentos redactaban. Comprobaban igualmente las convenciones de los particulares cuando eran reconocidas judicialmente. Las redacciones de estos contratos *en la corte* no era sino una aplicación de las ideas romanas sobre la *confessio in jure*. Poco a poco los notarios TOMARON la costumbre de redactar las actas SIN la presencia del juez, pero SIEMPRE EN SU NOMBRE.

Este origen del notario explica las fórmulas que se leen en los antiguos documentos notariales, en las que se dice que las partes han *comparecido ante el notario como en derecho o en juicio* y, al fin, que los comparecientes *han sido por su propio consentimiento juzgados y condenados y condenados a ejecutar y mantener todo lo que está contenido en el contrato*. El origen histórico del notariado nos explica también la fuerza ejecutiva de sus documentos. Por su origen, el notariado no es sino una rama del poder judicial, que se separó de él, para ejercer, mediante una especie de delegación, una de las aplicaciones más importantes de la jurisdicción voluntaria".¹²⁷

¹²⁶ Ibidem. Págs. 605-606.

¹²⁷ Ibidem. Pág. 606.

Por otro lado es menester señalar que, "la Ley ventoso únicamente proporciona una idea incompleta del papel real de los notarios. No solamente son redactores de actas, especies de escribas oficiales, sino que desempeñan naturalmente una función muy importante, la de consejeros oficiosos de las familias. Se les consulta y se siguen sus opiniones sobre cuestiones familiares y económicas; matrimonios, sucesiones, particiones, asociación de fondos, compra y venta de casas y tierras, etc., todo esto les es familiar y conocido y su opinión tiene forzosamente un gran valor.

De aquí a la función de banquero y agentes de negocios no había más que un paso. Los notarios aceptaban a menudo ser depositarios de sumas considerables pertenecientes a sus clientes. Estos, teniendo confianza en sus notarios, les dejaban, estos fondos, a veces, indefinidamente, para invertirlos. Muchas personas tenían así una parte de su fortuna en poder de un notario, quien les entregaba los intereses y a menudo el cliente no sabía qué empleo se había hecho con sus fondos. De esto resultó, en primer lugar, un crecimiento de las responsabilidades de los notarios y, sobre todo, se multiplicaron las ocasiones de que dispusieran mal de esos fondos".¹²⁸

Aunque los notarios empezaron a actuar sin la presencia del juez, siempre lo hicieron en nombre de éste. A decir verdad, el notario podía intervenir en los asuntos del juez, porque dependía de él.

El notario al separarse del Poder Judicial, queda fuera de la jurisdicción de éste.

¹²⁸ Ibidem. Pág. 607.

El notario al seguir conociendo de los contratos, quedan dentro de su función, más no consideramos que continuaran interviniendo en asuntos de la jurisdicción voluntaria.

“El gobierno se vio obligado a intervenir. La Ordenanza del 4 de enero de 1843 y el Decreto del 30 de enero de 1890, completado por dos textos accesorios (Decreto del 2 de enero de 1890 y Decreto ministerial del 15 de febrero de 1890) limitaron severamente las operaciones de los notarios relativas al manejo de los fondos pertenecientes a sus clientes. En 1843 se les prohibió realizar, por sí mismos o por medio de testaferros, operaciones de banca y de corretaje, especulaciones sobre inmuebles, y de una manera general todas aquellas operaciones en que estuviesen interesados personalmente. En 1890 se llegó más lejos, prohibiéndoles recibir fondos con obligación de pagar intereses y de emplearlos temporalmente en usos no autorizados por sus clientes; en este plazo, si el dinero no es entregado a quien tenga derecho a él, debe depositarse en las cajas de depósitos y consignaciones. Al mismo tiempo se reorganizó y reglamentó la contabilidad de los notarios”.¹²⁹

También fungieron como asesores de las familias acomodadas, pues recibían sumas de dinero para invertir las, pero por los malos manejos que hicieron de éste, vemos tal circunstancia como una de las causas por las que la actual Ley del Notariado les prohíba recibir sumas de dinero para su administración.

II.5. En México.

“La historia de Hispanoamérica empieza con el descubrimiento de América, debiendo recordar, que entre los integrantes de la expedición realizada

¹²⁹ Idem.

por Cristóbal Colón, se encontraba Rodrigo de Escobedo, escribano del Consulado del Mar, quien debía llevar el diario de la expedición, con el registro del tráfico de mercancías, hechos sobresalientes y actividad de la tripulación. Fue éste, quien dio fe y testimonio de la toma de posesión, en nombre de los Reyes Católicos, de la isla de Guanahaní (San Salvador)... La historia lo ha considerado como el primer escribano que ejerció en América".¹³⁰

"Hernán Cortés con sus estudios literarios en Salamanca, su ocupación de ayudante de escribano en Valladolid y en Sevilla y posteriormente con el desempeño de escribano en Azúa, en Santo Domingo durante cinco años y en Baracoa, Cuba otro tanto, se volvió una persona cuidadosa de las formas jurídicas y así, antes de entrar en batalla, en forma solemne y mediante escribano, interpeló a los indios a la orilla del Rio Grijalva, que según al decir de Bernal Díaz del Castillo, fue de la siguiente manera: ***Y desde que así vio la cosa, mandó Cortés que nos detuviésemos un poco y que no soltasen ballesta ni escopeta ni tiros; y como todas las cosas quería llevar muy justificadas, les hizo otro requerimiento delante de un escribano del rey que se decía Diego de Godoy, y por la lengua de Aguilar, para que nos dejaran saltar en tierra y tomar agua y hablarles cosas de Dios y de su Majestad; y que si guerra nos daban, que si por defendernos algunas muertes hubiese, u otros cualquier daños, fuesen a su culpa y cargo y no a la nuestra***".¹³¹

Después de una esforzada batalla en que fueron replegando poco a poco a los habitantes de esas tierras, llegaron hasta el centro de la Ciudad, donde Cortés ordenó suspender el ataque pues la parte contraria se dio a la

¹³⁰ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Historia de la Escribanía en la Nueva España del Notariado en México. Segunda Edición. Porrúa. México. 1988. Pág. 29.

¹³¹ Idem.

fuga. Procedió, ante escribano, a tomar formal posesión de la Ciudad conquistada, según Bernal: ***y allí tomó Cortés posesión de aquella tierra por su Majestad y él en su real nombre, y fue de esta manera: Que desenvainaba su espada, dio tres cuchilladas en señal de posesión en un árbol grande que se dice ceiba, que estaba en la plaza de aquel gran patio, y dijo que si había alguna persona que se lo contradijese, que él lo defendería con su espada y una rodela que tenía embarazada. Y todos los soldados que presentes nos hallamos cuando aquello pasó, respondimos que era bien tomar aquella real posesión en nombre de su Majestad, y que nosotros seríamos en ayudarle si alguna persona otra cosa contradijese. Y por ante escribano del rey se hizo aquel auto.***

Estas dos actuaciones son las primeras realizadas en tierra firme del Continente Americano.

De las actuaciones que se dieron ante escribano consta la fundación de la Ciudad de México por "acta de la sesión celebrada el 8 de marzo de 1524 de la que dio fe Francisco de Orduña, escribano del Ayuntamiento, oriundo de Tordesillas, quien expresó en dicho documento: ***...Reunidos en la casa del magnífico señor Hernando Cortés, gobernador y capitán de esta Nueva España... estando presentes los señores regidores de ella viendo y platicando las cosas de Ayuntamiento cumplideras al bien público...***"¹³².

En materia de escribanía las leyes que se aplicaron, fueron las Siete Partidas, en especial la III en la que se regula sistemáticamente al escribano y su actividad.

¹³² Ibidem. Págs. 42-43.

Existieron también como disposiciones anteriores a la recopilación de leyes de los reinos de las Indias, las Ordenanzas de Villar de 1757, la Intendentes del 9 de diciembre de 1786 y la Recopilación de Autos Acordados de la Real Audiencia de la Sala del Crimen de la Nueva España de 1787.

Es de Juan Fernández del Castillo el protocolo más antiguo que se encuentra en el Archivo General de Notarías del Distrito Federal y corresponde al año de 1525.¹³³

Durante todo el virreinato, concernió al rey designar a los escribanos.

En la práctica, los virreyes, gobernadores, alcaldes y los cabildos, designaban provisionalmente los escribanos mientras eran confirmados por el rey.

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

Las Leyes de Indias, declararon vendibles y renunciables, susceptibles de propiedad privada, los oficios de escribanías, alférez mayores, depositarios generales, receptores de audiencias.

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

¹³³ Cfr. *Ibidem*. Pág. 48.

lugar. Las características morales las demostraban mediante una información judicial y las habilidades técnicas e intelectuales, mediante un examen ante la Real Audiencia. Respecto de este último requisito, el examen versaba más bien sobre el escribir y redactar adecuadamente los contratos y actos jurídicos, que sobre los conocimientos legales. Los escribanos para redactar sus instrumentos se ayudaban de formularios".¹³⁴

Los escribanos tenían que hacer sus escrituras en papel sellado, con letra clara y en castellano, sin abreviaturas ni guarismos y actuar personalmente. Una vez redactadas, tenían la obligación de leerlas íntegramente, dando fe del conocimiento y la firma de los otorgantes, con su firma y signo.

La escribanía era una actividad privada, realizada por un particular que tenía repercusiones públicas, tales como un nombramiento especial y el uso del signo otorgado por el rey; valor probatorio pleno de los instrumentos autorizados por el escribano y sobre todo, la prestación de un servicio público. El escribano era retribuido por sus clientes de acuerdo con un arancel de aplicación obligatoria.

"El rey señalaba el signo que debía usar cada escribano. Si un instrumento público tenía la firma del escribano, pero no así el signo, el documento no tenía valor probatorio alguno, pues le faltaba la autoridad del Estado, representado por aquél".¹³⁵

"En cuanto a la forma de llevar a cabo sus actividades, los escribanos de aquella época, según Carlo Millares y J. I. Mantecón, en los siglos XVI y XVII los protocolos se componían de: cuadernos sueltos, que

¹³⁴ BAUTISTA PONDE, Juan Eduardo. Op. Cit. Pág. 71.

¹³⁵ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Historia de la Escribanía en la Nueva España del Notariado en México. Op. Cit. Pág. 52.

posteriormente cosidos eran encuadernados por los escribanos. Los cuadernos, normalmente, se inician con una portada en la que constaba una fórmula de apertura, concebida en estos términos: ***Año. Registro de escrituras, testamentos, obligaciones y poderes otorgados ante mí (nombre del escribano), escribano real (o escribano público) en todo el año de ...***. Al final de los mismos, se insertaba una fórmula de cierre, en la que el funcionario hacía constar que los documentos registrados pasaron y fueron otorgados en su presencia, insertando a continuación su signo y firma".¹³⁶

Las Leyes de Indias, determinaban tres categorías de escribanos: públicos, reales y del número.

Según Luján, escribano real era "quien tenía el fiat o autorización real para desempeñar el cargo de cualquier lugar de los dominios del rey de España, pero para el ejercicio de su función era necesario obtener algún otro cargo específico. Los escribanos reales podían ejercer en todo el territorio menos donde hubiese numerarios; parece ser que el compilador de las Leyes de Indias no deseó que los escribanos del número y los reales ejercieran juntos, en un mismo lugar. Así, por oposición escribano del número era el escribano real que sólo podía ejercer sus funciones dentro de una circunscripción determinada. Con frecuencia, la terminología escribano del número y escribano público se usó indistintamente, para designar una u otra función. Se llamaban numerarios por estar dentro del número de escribanos señalados para determinar lugar, cuando había ***numerus clausus***".¹³⁷

¹³⁶ MILLARES, Carlo y J. I. Mantecón. Índice y Extractos de Protocolos del Archivo de Notarios de México, D.F. El Colegio de México. México. 1945. Pág. 71.

¹³⁷ LUJAN MUÑOZ, Jorge. Los Escribanos de las Indias Occidentales. Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Guatemala. 1977. Pág. 19.

Para obtener el fiat como escribano real, era necesario: 1) Acreditar mediante fe de bautismo el tener cuando menos veinticinco años cumplidos; 2) Información sobre la habilidad y fidelidad del aspirante, expedida por *el justicia* del lugar; 3) Acreditar el haber realizado práctica con algún escribano, por un período mínimo de dos años y ser personas hábiles y suficientes; 4) Presentar examen ante el Consejo de Indias o la Audiencia correspondiente; y 5) A partir de 1793, haber cursado completas las doce academias preistas por auto de la Audiencia de 24 de enero de 1793.

Una vez obtenido el fiat de escribano real, su titular podía actuar en todos los territorios de la Monarquía, con la única limitación de no poder hacerlo en aquellos lugares donde existían escribanos públicos del número.

“El término escribano público se entendía en dos sentidos: uno se refería a su función pública y el otro a su cargo; por ejemplo: escribano público en los juzgados de provincia, escribano público y mayor de visitas, escribano público y de visitas, escribano público de real hacienda y registro, y escribano público del cabildo”.¹³⁸

Los estatutos del Real Colegio de Escribanos de México en su artículo tercero disponían: *Que a este colegio no se admitan otros que los que fueren escribanos de Cámara, de Provincia, Públicos, Reales y Receptores, bien residen fuera o en esta Corte.*

¹³⁸ Ibidem.

Al lado de esos existían otros funcionarios que eran fedatarios única y exclusivamente en el desempeño de funciones específicas, por ejemplo: escribano de Cámara del Consejo Real de Indias, de la casa de Contratación de Sevilla, Mayor de Armada, de Naos, de Gobernación, del Cabildo, de Ayuntamiento o del Consejo, de Minas y Registros, de Visitas, de Bienes de Difuntos en los Juzgados, de Entradas de las Cárceles, de los Consulados de Comercio y de la Santa Hermandad.

De los principales ingresos para la Real Hacienda, importantes fueron los llamados *oficios de la pluma*, que eran aquellos cargos públicos cuyo desempeño se realizaba principalmente escribiendo, como era el caso de los escribanos. Aunque en realidad lo vendible no era en sí el título de escribano, sino la escribanía o más bien la exclusividad para entender determinada clase de negocios. Así encontramos los escribanos de cámara, de la acordada, del cabildo, del consulado, etc. Ahora bien, para poder adquirir alguna de esas escribanías vendibles, era requisito previo e ineludible el tener título de escribano real y se decía que eran renunciables porque su titular podía renunciarlos o transmitirlos bajo ciertos requisitos a un tercero que reuniera los requisitos de idoneidad exigidos para el cargo.

Bajo esta orden de ideas, los escribanos de cámara eran escribanos reales que habían obtenido la escribanía de cámara de la audiencia. En ese tiempo no se distinguía entre notario público y secretario de juzgado, de tal forma que el escribano de cámara era el encargado de la autenticación de las diligencias judiciales realizadas ante la real audiencia, que era el máximo tribunal en los territorios de Indias.

Los escribanos de provincia, mencionados en segundo lugar en dicho capítulo, eran también secretarios de juzgado. El juzgado de provincia de la ciudad de México, era un peculiar tribunal dependiente de la Real Audiencia,

que conocía de las causas civiles y criminales en la ciudad de México y cinco leguas a la redonda.

Por lo que se refiere a los escribanos públicos, llamados también del *número o de villas y ciudades*, su función era similar a la de los actuales notarios, pues eran escribanos reales que habían obtenido una escribanía pública en alguna ciudad o villa determinada. El número de los autorizados para actuar dentro de su territorio era limitado y estaban encargados de autenticar los actos y hechos jurídicos entre los particulares, tal como hoy sucede.

Por último, encontramos mencionados como posibles miembros del Colegio a los receptores, de quienes se ocupa el libro II, título XXVII, de la Recopilación de Leyes de Indias; y eran éstos, escribanos reales comisionados por alguno de los tribunales para recibir las pruebas, realizar cobranzas y otros autos de carácter judicial.

III. Que en este Colegio no se admitan otros que los que fueren Escribanos de cámara, de Provincia, Públicos, Reales y Receptores, bien residan fuera, o en esta Corte; y siendo así, se matricule el Pretendiente jurando previamente ante el Rector y Secretario defender el Ministerio de la concepción en gracia de nuestra Señora, obedecer al Rector, y observar estas Constituciones; establecido el Colegio se formará una Matrícula general de los Escribanos que hay en esta Corte...

Ahora bien, en las Leyes de las Indias, encontramos disposiciones en relación a la función de escribanía, de la siguiente manera:

Libro segundo, título octavo:

Del escribano de Cámara del Consejo Real de Indias.

Ley I. Que al escribano de cámara, tocan los pleitos de justicia y que halla de tener oficial mayor, escribano real aprobado por el consejo.

Ley V. Que el escribano de cámara, haga las ejecutorias, y despachos de justicia, y los que el Rey hubiere de firmar, los de después señalados del Consejo, al Secretario a quien tocaren, el cual los refrende y se los vuelva; y el dicho escribano de Cámara los haga asentar en sus libros, y las consultas hagan los Secretarios, conforme a la Ley XXIV, del dicho título seis.

Ley XI. Que el escribano de cámara, tenga libro de los juramentos que han de hacer ante él, los de el Consejo, y Oficiales, y los que juraren en él.

Ley XIII. Que el escribano de cámara, tenga inventario de los procesos, y estado de ellos; y no sea Registrador.

Libro Segundo, título Vigésimo Segundo.

De los Escribanos de Cámara de las Audiencias y Cancillerías Reales de las Indias.

Ley X. Que no reciban presentación de proceso, ni demanda, que se halla de repartir, aunque se diga, que pertenece por

dependencia, sino que se envíe al Repartidor: pero pueda el escribano, a quien se diere, asentar la presentación.

Ley XIII. Que el escribano de la causa sea relator de los testigos, que se examinaren, donde estuviere el Audiencia, sin más salario que sus derechos: y fuera de el lugar, vaya receptor.

Ley XIX. Que los escribanos de cámara, escriban de su mano las sentencias: so pena de seis pesos, para los estrados.

Ley XXI. Que notifiquen las sentencias a las partes luego; y la fiscal, si no estuviere presente: so la dicha pena.

Ley XLII. Que los escribanos de cámara, den testimonio a los de la Ciudad, de lo que presentaren en la Audiencia.

Ley LIX. Que los escribanos de cámara de los Alcaldes del Crimen, puedan tener Escribanos Reales en sus oficios, para el despacho, que no hagan autos; y los de provincia, y otros, hagan las relaciones en pie, y dejen los procesos a los de cámara; que hechos, y señalados los autos, se los vuelvan.

Libro Tercero, Título Nueve.

Del Escribano Mayor, Escribanos y Repartidor de la Casa de la Contratación de Sevilla.

Ley IV. Que ante los escribanos de la Casa, pase las presentaciones, de títulos, de todos los oficios, que el Rey provee para las Armadas.

Libro Tercero, Título Décimo Sexto.

Del Escribano Mayor de Armadas y Escribanos de Naos y de Raciones.

Ley III. Que ante el Escribano Mayor de Armadas, pasen los acuerdos, embargos de navíos, y demás cosas tocantes al vacío, y a presto de las Armas, nombramientos, y asientos de navíos de aviso, fianzas de Maestres, conciertos de Pilotos, permisiones por mermas, daños y arqueamientos, libranzas en la Avería, y cartas de pago, de lo que se comprare, asientos de gente de mar, y guerra, alardes, pagas, y cuentas de ida, y vuelta; y todo lo que a esto tocante: y los Escribanos de la Casa, no se lo impidan: so pena de cada veinte mil maravedis, para la cámara.

Libro Cuarto, Título Vigésimo.

De los Escribanos de Gobernación, de Cabildo y del Número, Públicos y Reales y Notarios Eclesiásticos.

Ley II. Que no se de título de escribano de cámara, ni público sino a persona hábil, y examinada, y con título del Rey: y donde hubiere escribanos del número no usen oficio otros.

Ley X. Que ningún escribano pueda dar fe, no siendo escribano real, o aprobado por el Consejo sin embargo de cualquier costumbre; so pena de falsario y nulidad.

Ley XIII. Que los escribanos en los autos, que notificaren, pongan testigos.

Ley XXII. Que no se discierna tutela, ni curaduría, sin que el escribano de cabildo asiente los bienes, personas y fianzas en su libro; para que se les pueda tomar en cuenta: al cual se asiente también él.

Ley XXIV. Que los escribanos tengan registros, de todas las escrituras, que otorgaren; aunque las partes consientan, que no queden.

Ley XXVI. Que cuando se apelare de las Justicias Ordinarias o Juez Ejecutor, para la Audiencia, de auto interlocutorio, los Escribanos vayan al otro día a hazer (sic) relación, sin guardar a que se lo manden; so pena de seis pesos; y las causas de Juez Ejecutor, sean preferidas.

Ley XLII. Que las justicias no ejerzan sus oficios, sino con los Escribanos, y Alguaziles (sic) ordinarios.

En cambio, el significado de la palabra notario, se refería a los escribanos eclesiásticos. Tenían como jurisdicción los asuntos propios de la Iglesia en los obispados y parroquias; se dividían en notarios mayores y

ordinarios. Su designación quedó reglamentada en el capítulo X, sección 22 del Concilio Tridentino. Su nombramiento correspondía al obispo; el designado debía sustentar examen de escribano real ante la autoridad civil, y obtener de ésta el fiat respectivo (Leyes I y II, Tít. 14, Libro 2, Novísima Recopilación) .

Ya que las leyes españolas son antecedente de nuestra legislación notarial, es prudente estudiarlas con el objeto de estructurar este inciso correctamente. Así, encontramos la ***Instrucción de los Señores Fiscales*** de 1768, que en su artículo XII, se dispone :

XII. El escribano de cabildo, a cuyo cargo ha de correr el oficio de hipotecas, ha de ser nombrado por la justicia y regimiento de las cabezas de partido, procediendo las fianzas correspondientes de su cuenta y riesgo; y si hubiere dos escribanos de ayuntamiento, eligirá este de ellos el que tuviere por más a propósito.

En la ***Instrucción de los Señores Fiscales de Hacienda*** aplicable a la Nueva España, aprobada por la Audiencia el 27 de septiembre de 1784, fue una de las primeras legislaciones en regular el Oficio de Hipotecas y en tal documento, encontramos lo siguiente:

I. Se tendrán por creados en calidad de vendibles y renunciables los oficios de escribanos anotadores de hipotecas en todas las ciudades y villas de esta Nueva España... serán distintos de los escribanos de ayuntamiento los anotadores de hipotecas; en las demás se unirán estos

oficios a los públicos de ayuntamientos o de las respectivas jurisdicciones.

II. En los demás pueblos cabezas de jurisdicción se entenderán también creados y erigidos los oficios de anotadores, pero unidos a las escribanías públicas, y el territorio asignado a unos y otros se entenderán si no hay en la jurisdicción, villa o ciudad todo el que comprenda aquella: si la hay, se excluye del partido del de la cabecera el territorio que corresponde al tenientazgo de la villa o ciudad que debe ser el escribano anotador que ha de haber en estas.

El V previene que cuando estuviere vacante el oficio de escribano anotador, que no se puede servir por teniente, *los justicias* diesen cuenta al virrey, y se hiciesen cargo de los libros, y de registrar, tomar razón y anotar los instrumentos como jueces receptores.

X. Ejecutando el registro, pondrá el escribano anotador en el instrumento exhibido la nota siguiente: Tomada la razón en el libro de hipotecas de la ciudad, villa o pueblo tal, al folio tantos, en el día de hoy, y concluirá con la fecha: la autorizará con firma entera, y los jueces receptores con firma y testigos de asistencia: devolverá el instrumento a la parte, a fin de que si el interesado quisiere exhibirlo al escribano originario ante quien se otorgó, para que se anote en el protocolo estar tomada la razón, lo puede hacer, el cual esté obligado a advertirlo en dicho protocolo sin llevar por esto derechos.

XII. Cuando se pidiere al oficio de hipotecas alguna apuntación extrajudicial de las cargas que constaren en sus registros, podrá el escribano anotador darla simplemente o por certificación autorizada, sin necesidad de que intervenga decreto judicial para ahorrar costos.

XVI. Todos los escribanos y justicias ante quienes como jueces receptores se otorguen escrituras en que se hipotequen especial, señalada y expresamente bienes raíces o tenidos por tales, deberán hacer en los instrumentos la advertencia de que se ha de tomar la razón dentro del preciso término de seis días, si el otorgamiento más de cien leguas, a, las del término expresado de un mes, tendrán el correspondiente a razón de cuatro leguas por día; pena de privación de oficio, daños y cuatro tantos, como está dispuesto en cuenta a los jueces por el auto acordado citado, y de que se les hará cargo en la residencia, lo que se expresará en los títulos que se les libren y pases que se les den.

XIX. Para castigar los excesos, delitos, omisiones o descuidos del escribano anotador en el uso y ejercicio de su oficio serán jueces a prevención el ordinario de territorio, el justicia del partido y aquel ante quien se presente el instrumento.

Más tarde, ya constituido México en una República Federal, en el Estado de Veracruz, se dictó un decreto el 3 de junio de 1861, donde se dispuso lo siguiente:

Art. 1. *En todas las poblaciones que siendo cabeceras de cantón, tengan juzgado de primera instancia y carezcan de oficios públicos de escribano para el otorgamiento de escrituras públicas y el registro de las que contengan hipoteca especial, podrán otorgarse y registrarse dichas escrituras, formándose con ellas y con la debida separación los correspondientes protocolos: así éstos como las copias que de ellos se saquen, tendrán tanto valor y fuerza como los protocolos de los mencionados oficios públicos y sus copias.*

Art. 2. *Los protocolos ya formados o que se formen de nuevo en las indicadas poblaciones, para extender las escrituras públicas y registrar las de hipotecas serán propiedad del Estado, y a falta de escribano público y de abogado hábil, estarán a cargo del juez, de primera instancia del cantón, quien, actuando por receptoría con testigos de asistencia, autorizará los instrumentos y registrará las hipotecas de la manera y con la responsabilidad que lo hacen los escribanos...*

Art. 5. *... Lo mismo se practicará respecto de los pasantes que, examinados y aprobados por el Tribunal superior para ejercer la profesión de escribano, ocurran al Gobierno por el fiat.*

Al tiempo que los Reyes de Castilla otorgaban una patente (fiat), concedían también el signo que el escribano debía utilizar, con una frase casi sacramental, expresada de la siguiente forma:

"Yo por el presente os doy poder y facultad para usarle y ejercerle; y todas las cartas, ventas, poderes, obligaciones, testamentos, codicilos, y otras cualesquiera escrituras y autos judiciales y extrajudiciales que ante vos pasaren y se otorgaren, en que fueren presenten y vuestro signo tal como éste (se dibujaba el signo) que es el que os doy y de que quiera uséis, mando que valgan, y hagan fe en juicio y fuera de él como cartas y escrituras firmadas y signadas de mano de escribano real y notario público de las indias... ".¹³⁹

El 9 de octubre de 1812, las Cortes expedieron el **Decreto Sobre Arreglo de Tribunales y sus Atribuciones**, concedió a las Audiencias, algunas facultades en materia de exámenes y arancel para escribanías, entre las que se hallan:

Art. 23. ... formará cada audiencia... un arancel que deban recibir así los dependientes del tribunal como los jueces de partido, alcaldes, escribanos...

Bajo la vigencia de la Constitución de 1824, una vez derrocado el imperio y organizada la Nación en forma de República Federal, se dictaron algunas disposiciones aplicables a los escribanos, entre otras se mencionan las siguientes:

El Decreto de 30 de noviembre de 1834. Otra de las primeras disposiciones legales referentes al escribano, se encuentra en este decreto sobre la **Organización de los Juzgados del Ramo Civil y del Criminal en el Distrito Federal**. Continúa con las características que la legislación

¹³⁹ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Historia de la Escribanía en la Nueva España del Notariado en México. Op. Cit. Págs. 101-107.

castellana había dado al escribano de diligencias, como un escribano público que trabajaba como secretario al mismo tiempo, en los tribunales civiles y los llamados del ramo criminal.¹⁴⁰

El 30 de diciembre de 1836, se dictó una nueva Constitución y se le dio el nombre de *Leyes Constitucionales*,... estableciendo el centralismo, disponiendo que la legislación sobre escribanos era de aplicación nacional.

El 23 de mayo de 1837 se dictó la *Ley para el arreglo Provisional de la Administración de Justicia de los Tribunales y Juzgados del Fuero Común*. Esta ley fue explicada por el *Reglamento para el Gobierno Interior de los Tribunales Superiores*, formado por la Suprema Corte de Justicia y entre sus disposiciones se hallan lo siguiente:.

Art. 21. ... previo el examen del colegio de escribanos donde lo hubiere, se señalará día para el del Tribunal...

Por el año de 1843 existían tres clases de escribanos, según la Curia Filípica Mexicana: nacionales, públicos y de diligencias.

"Los primeros son los que habiendo sido examinados y aprobados por la Suprema Corte de Justicia en el Distrito ó por los tribunales superiores en los Estados, han obtenido el título correspondiente; antiguamente se les daba a éstos el epíteto de reales. Los públicos son aquellos que tienen oficio o escribanía propia, en la que protocolan o archivan los instrumentos que ante ellos se otorgan. Los escribanos de diligencias, son los que practican las notificaciones y demás diligencias judiciales".¹⁴¹

¹⁴⁰ Cfr. Ibidem. Págs. 122.

¹⁴¹ RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan. Op. Cit. Pág. 110.

El 22 de agosto de 1846 se dictó un decreto, basado en el *Plan de la Ciudadela*, por el cual se restableció la Constitución de 1824, volviendo al sistema de organización federal por un lapso de 7 años. En este período, se dictaron los siguientes ordenamientos:

En el Decreto de Gobierno de octubre de 1846, se regulaba lo concerniente a cesación costas en los tribunales y juzgados, disponiendo además, que la justicia se administrase gratis en el Distrito y territorios.

En su artículo 9º, se dispuso que, *se nombrarán, con arreglo a las leyes vigentes, cinco escribanos públicos más para los juzgados de letras que hasta ahora han sido de lo civil.*

El Decreto de 30 de noviembre de 1846, relativo a la *Organización de los Juzgados del Ramo Civil y Criminal del Distrito Federal*, al referirse a los escribanos públicos y escribanos de diligencias en materia civil, determina en su parte conducente lo siguiente:

2. A cada uno de los juzgados de lo civil estarán invariablemente anexos dos oficios públicos, vendibles y renunciables, de los que existen legalmente en la capital, y estos serán servidos por los escribanos propietarios de ellos, o por tenientes o sustitutos en sus casos respectivos, conforme a lo establecido en las disposiciones de la materia.

5. En cada oficio habrá, además, un escribano de diligencias nombrado por el gobierno supremo, a propuesta del juez propietario respectivo, quien oírá previamente el informe del escribano público a quien corresponda...

El Decreto de 19 de diciembre de 1846, publicado por Bando el 22 del mismo mes y año, dispuso:

Art. 1. Los oficios públicos vendibles y renunciables del Distrito Federal, cuya existencia no se ha derogado por la ley alguna, son los que se decían de provincia y actuaban con los Alcaldes que se llamaban de Corte, los que lo hacían con los Alcaldes originarios, en el antiguo juzgado de naturales y el de entradas...

Mariano Arista, General de División y Presidente de los Estados Unidos Mexicanos (sic), expidió un decreto para el ejercicio de la escribanía con el propósito de evitar fraudes y en el que en su disposición 13 establece que: ***Estando prohibido por las leyes que los escribanos protocolicen en sus casas, y previniéndose por otras que todos los escribanos que ejerzan estén agregados a algún juzgado o tribunal, o a algún oficio, se vigilará por la Suprema Corte de Justicia que ningún escribano protocolice en su casa. Los escribanos de diligencias de la Suprema Corte de Justicia protocolizarán en ella y los de las escribanías de guerra en sus respectivas secretarías.***

Durante la Presidencia de Antonio López de Santa Anna se expidió, el 16 de diciembre de 1853, la Ley para el Arreglo de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común, que estuvo vigente en todo el país y conforme a esta ley, los escribanos estaban integrados dentro del Poder Judicial y continuaron existiendo los oficios públicos vendibles y renunciables.

En el Capítulo XIV bajo el título *De los subalternos de los jueces y tribunales*, integra a los escribanos adscritos a los juzgados, disponiendo para tal efecto:

Art. 72. *En los tribunales superiores habrá un secretario letrado, un oficial y un portero para cada sala, un ministro ejecutor y un escribano de diligencias para todo el tribunal, y los abogados de pobres, escribientes y demás subalternos que expresará su respectiva planta, los que disfrutarán el sueldo que en ella se designa.*

Art. 73. *En los juzgados criminales habrá un escribano, un escribiente y un comisario, que servirá asimismo de ministro ejecutor. Los mismos subalternos habrá en el juzgado del partido en que por ser un solo juez reúna los dos ramos expresados.*

Art. 74. *En los juzgados civiles habrá un escribiente, un ministro ejecutor y un comisario.*

Art. 75. *En la ciudad de México se formarán los juzgados criminales, con un escribano, que lo será nato del tribunal, otro que se denominará de diligencias, dos escribientes, un ministro ejecutor y dos comisarios. Y los civiles tendrán un escribiente, un ministro ejecutor y un comisario.*

Art. 309. *Para ser escribano se requiere:*

III. *Haber practicado dos años, después del examen de segundo curso, en el oficio de algún escribano público*

matriculado, o escritorio de algún secretario de tribunal superior, o en el estudio de algún abogado incorporado, y haber cursado un año la academia del Colegio de Escribanos, los que hicieren su práctica en México.

Esta Ley termina con la variedad de nombres que se empleaban para designar a los escribanos, disponiendo en el artículo 317 que, ***Los escribanos recibidos e incorporados conforme a esta ley o a las anteriores, no tendrán otra denominación que la de escribanos públicos de la nación.***

Art. 324. El número de escribanos que fije la Suprema Corte en la capital, será el que basta para atender a los objetos siguientes:

A los juzgados del ramo criminal, en cada uno de los cuales deberán quedar un escribano actuario y otro de diligencias.

A los juzgados menores, para que (según la ley de 17 de enero de 1853), puedan actuar con escribano.

A los juzgados del ramo civil, a cada uno de los cuales deben quedar, invariablemente anexos, dos oficios públicos (de los que declaró vendibles y renunciables el artículo 1 de la ley de 19 de diciembre de 1846).

Al oficio de hipotecas.

A las escribanías de diligencias que debe haber en cada oficio público vendible y renunciable, y en el tribunal supremo y tribunales mercantiles y de hacienda.

A las escribanías de guerra.

A los oficios públicos abiertos con autorización legítima (que conservó el artículo 4 de la citada ley de 19 de diciembre de 1846).

A los demás tribunales, juzgados especiales, oficinas y establecimientos en que deba haber escribanos conforme a las leyes.

El decreto de julio 14 de 1854, expedido por el ***Ministerio de Justicia, Negocios Eclesiásticos e Instrucción Pública***, impone a los escribanos la obligación, de avisar a las autoridades políticas de los testamentos, una vez muerto el testador, cuando se promueve ante ellos un juicio de inventarios o se presenten para su protocolización.

El 25 de junio de 1856, siendo presidente sustituto de la República Ignacio Comonfort, se dictó la Ley de Desamortización de los Bienes Eclesiásticos y en este documento se estableció lo siguiente:

Art. 28. Al fin de cada semana, desde la publicación de esta ley, los escribanos del Distrito enviarán directamente al ministerio de hacienda una noticia de todas las escrituras de adjudicación o remate otorgadas ante ellos, expresando la corporación que enagena, (sic) el precio y el nombre del comprador. Los escribanos de los Estados y Territorios enviarán la misma noticia al Jefe Superior de Hacienda respectivo, para que éste la diriga (sic) al Ministerio. A los escribanos que no cumplan con esta obligación, por solo el

aviso de la falta que dé el Ministerio o el Jefe Superior de Hacienda a la primera autoridad política del partido les impondrá ésta, gubernativamente por primera vez, una multa que no baje de cien pesos, ni esceda (sic) de doscientos, o en defecto de pago, un mes de prisión; por segunda vez, doble multa o prisión y por tercera un año de suspensión de oficio.

Recordemos que, Maximiliano fue proclamado emperador de México el 10 de abril de 1864 en el castillo de Miramar, aunque Juárez continuó en la Presidencia de la República, siendo que la Regencia en ejercicio de sus facultades dictó el decreto de 1 de febrero de 1864, firmado por Juan N. Almonte y José Mariano Salas, que regulaba el ejercicio del notariado. En éste destacaba el empleo por primera vez del término notario para referirse al escribano.

Art. 1. Los oficios públicos de escribanos que en la capital del Imperio existen hasta hoy legalmente con el nombre y carácter de vendibles y renunciables, se 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 cualquiera 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 los que disponen o dispusieran las leyes.

Art. 3. Los escribanos que sin poseer oficio propio, están hoy listados por tener el despacho abierto con el nombre de Casilla, quedan obligados a manifestar por escrito dentro de

cinco días de publicado este decreto, al juez 1 de lo civil para que éste en el acto comunique a los demás, si quieren continuar como notarios o como escribanos de diligencias: una vez hecha la elección, no podrá retractarse ni reformarse, y a este efecto el referido juzgado primero participará desde luego esa elección, a la Secretaría de la Primera Sala del Tribunal y a la del Despacho de Justicia.

Maximiliano de Habsburgo expidió la Ley Orgánica del Notariado y del Oficio de Escribano, el 30 de diciembre de 1865, disponiendo que, ***en las capitales de los Departamentos, las notarías públicas serían las determinadas por los Tribunales Superiores, los que fijaban el número de notarías y notarios que debían haber en su jurisdicción*** (Arts. 43 y 46)... ***En los lugares donde hubieren Juzgados de Primera Instancia, funcionaría una notaría de hipotecas y obra pública*** (Art. 43).

El número de notarios se determinaba en función de los destinos designados por la ley (Art. 47).

Desaparecieron los oficios públicos vendibles y renunciables (Art. 36).

Para que un notario pudiera actuar en un juzgado se necesitaba estar adscrito a él. (Art. 192).

Las notarías públicas tenían anexas las escribanías de diligencias. Los notarios públicos adscritos a un juzgado debían rendir cuenta personalmente al notario, sólo en los casos de urgencia o de impedimento físico, a calificación del juez, podían dar cuenta los notarios (escribanos) públicos de diligencias (Art. 103); estos últimos sólo podían practicar las diligencias

encomendadas por el juez a cuya notaría estuvieren adscritos y las encargadas por la notaría correspondiente (Art. 106). Los notarios actuarios y los de diligencias estaban sujetos a los jueces de su adscripción; el ejercicio de sus funciones estaba limitado a éstos; se necesitaba mandato especial por escrito para certificar actos, autorizar testimonios, hacer reconocimientos de firmas de documentos privados y de cartas (Art. 108) .

Esta ley definió a las notarías públicas como *los despachos donde ejercen sus funciones los funcionarios de la fe pública, recibidos e incorporados al Colegio*. (Art. 35).

Por su parte, la *Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal*, la que fue promulgada por Benito Juárez el 29 de noviembre de 1867: 1. Terminó con la venta de notarías y 2. Separó la actuación del notario y la del secretario de juzgado. Asimismo, distinguió dos tipos de escribanos: notarios y actuarios (Art. 1).

Definió al notario como el *funcionario establecido para reducir a instrumento público los actos, los contratos y últimas voluntades en los casos que las leyes lo prevengan o lo permitan* (Art. 2). Y al actuario como *el funcionario que interviene en materia judicial, ya sea para autorizar las providencias de los jueces o arbitradores o para practicar las diligencias necesarias* (Art. 3).

Señaló como atribución exclusiva a los notarios *autorizar en sus protocolos, con total arreglo a las leyes, toda clase de instrumentos públicos* (Art. 5). Al protocolo se le consideró como el único instrumento donde se podía dar fe originalmente (Art. 41).

Ahora bien, la regulación sistemática de la función notarial en nuestro país se inicia con la Ley del Notariado de 19 de diciembre 1901, promulgada por Porfirio Díaz, que entró en vigor el 1º. de enero de 1902.

En este ordenamiento se dispuso que ***el ejercicio de la función notarial era de orden público, conferido por el Ejecutivo de la Unión*** (Art. 1º.)

La dirección del notariado estaba a cargo del Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Justicia (Art. 10), siendo importante destacar que, por ley del 13 de abril de 1917, los asuntos del notariado fueron encomendados al gobierno del Distrito Federal.

La ley de 1901 definía al notario (en su artículo 12) como ***el funcionario que tiene fe pública para hacer constar, conforme a las leyes, los actos que según éstas deben ser autorizados por él; que deposita escritas y firmadas en el protocolo, las actas notariales de dichos actos, juntamente con los documentos que para su guarda o depósito presenten los interesados, y expide aquéllas y éstas las copias que legalmente puedan darse.***

Posteriormente, en el año de 1932 (20 de enero), Pascual Ortiz Rubio (Presidente de la República de aquél entonces) promulgó otra Ley del Notariado para el Distrito y Territorios Federales, misma que abrogó la de 1901.

De acuerdo al criterio del autor Pérez Fernández del Castillo, "esta ley evolucionó en los siguientes aspectos: 1. Excluyó a los testigos de la actuación notarial. Por disposición del Código Civil, sólo subsisten los testigos

instrumentales en el testamento. 2. Estableció el examen de aspirante a notario, con un jurado integrado por cuatro notarios y un representante del Departamento del Distrito Federal. 3. Dio al Consejo de Notarios, el carácter de órgano consultivo del Departamento del Distrito Federal".¹⁴²

Ya en el año de 1945, se promulgó otra Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios, siendo publicada el 23 de febrero de 1946 iniciando su vigencia (según lo dispuesto por su primer artículo transitorio) treinta días después de su publicación.

En dicha ley, se 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* (Art. 1º).

Asimismo se dispuso que, le correspondía al Departamento dictar todos los reglamentos necesarios para regular la actividad notaria, según lo establecido en el artículo 87 del ordenamiento legal que analizamos.

Al notario se refería en los siguientes términos: *la persona, varón o mujer, investida de fe pública para hacer constar los actos y hechos jurídicos a los que los interesados deban o quieran dar autenticidad conforme a las leyes, y autorizada para intervenir en la formación de tales actos o hechos jurídicos revistiéndolos de solemnidad y formas legales* (Art. 2º). Reconocía al notario como un funcionario público y un profesional del derecho que ilustra a las partes en materia jurídica, quien tiene el deber de explicarles el valor y consecuencias de los actos que fueran a otorgarse (Art. 11).

¹⁴² PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Historia de la Escribanía en la Nueva España del Notariado en México. Op. Cit. Pág. 166.

“El avance más importante de esta ley, consistió en el establecimiento del examen de oposición para obtener la patente de notario. Sólo podían participar aquellos que tuvieran la categoría de aspirante a notario”.

143

La anterior Ley del Notariado para el Distrito Federal, disponía, en su artículo 1º. que, ***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.***

Ahora bien, la ***vigilancia del cumplimiento de esta ley corresponde al Ejecutivo Federal, el cual la ejercerá por conducto del Jefe del Departamento del Distrito Federal y en las demás autoridades que señale esta ley*** (Art. 2º). ***El Ejecutivo Federal en la esfera administrativa, dictará las medidas que estime pertinentes para el exacto cumplimiento de esta ley y para la eficaz prestación del servicio público del notariado*** (Art. 4º).

La actual Ley del Notariado para el Distrito Federal, establece en su artículo 1º que, ***el objeto de esta Ley es regular, con carácter de orden e interés público y social la función notarial y al notariado en el Distrito Federal.***

El artículo 3º señala que, ***en el Distrito Federal corresponde al Notariado el ejercicio de la función notarial, de conformidad con el artículo 122 de la Constitución.***

¹⁴³ Ibidem. Pág. 167.

El notariado es una garantía institucional que la Constitución establece para la Ciudad de México, a través de la reserva y determinación de facultades de la Asamblea y es tarea de esta regularla y efectuar sobre ella una supervisión legislativa por medio de su Comisión de Notariado...

Por su parte, el numeral 4º manifiesta lo siguiente: ***Corresponde al Jefe de Gobierno la facultad de expedir las patentes de notario y de aspirante a notario, conforme a las disposiciones contenidas en la presente Ley.***

Por último y en el mismo orden de ideas, el artículo 5º de la Ley en comento afirma que, ***a las autoridades competentes del Distrito Federal les corresponde aplicar la presente ley y vigilar su cumplimiento.***

Un cambio sustancial de esta Ley respecto de la anterior es que actualmente, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal es quién tiene la facultad de expedir las patentes, sin que este ordenamiento legal establezca que el Ejecutivo local ostente en forma exclusiva el ejercicio de la función notarial, ya que ahora también participa la Asamblea Legislativa del Distrito Federal por medio de su Comisión de Notariado en la regulación y supervisión legislativa, originando una naturaleza compleja que establece el artículo 26, al decir que es ***pública su función porque proviene de los poderes del Estado y de la ley*** sin especificar objetivamente qué poderes, por lo que interpretando los artículos 3º y 4º debemos entender que son el Poder Legislativo y Ejecutivo locales.

La Ley menciona al Poder Judicial en su artículo 27 al establecer que, ... ***las autoridades administrativas y judiciales proveerán lo***

conducente para hacer efectiva y expedita la independencia funcional del Notariado, auxiliándole de la misma forma, cuando así lo requiera el notariado, para el eficaz ejercicio de sus funciones.

De lo anterior podemos deducir que, actualmente no existe ninguna delegación de facultades por parte del Poder Judicial, salvo la ejercida por el secretario de acuerdos; de ahí que desde el momento mismo en que los notarios se separaron de este poder (a partir de la vigencia de la Ley del 29 de noviembre de 1867), no se comprende el hecho de considerar tanto a este Poder como a la Asamblea Legislativa y a la administración local como coadyutores en el desempeño de sus funciones.

Luego entonces, en la actualidad y de acuerdo a la ley vigente, el Poder Judicial y el Tribunal sólo auxilian y coadyuvan a la función notarial, situación nada congruente toda vez que, el notariado carece de facultades para determinar la justicia o tener alguna apreciación subjetiva de ella.

Por último debemos señalar que en la fracción X del artículo 33, establece, entre otras cosas, que en el ejercicio de la función notarial, el notario podrá: ***intervenir, patrocinar y representar a los interesados en los procedimientos judiciales en los que no haya contienda entre particulares, así como en trámites y procedimientos administrativos; dichas funciones no inhabilitan al notario para autorizar, en su caso, cualquier instrumento relacionado. ...***

Lo anterior consideramos que lo haría como jurista y en actitud de ulteralteridad de conformidad con los artículos 7º y 30, siendo un consultor, consejero y asesor de los interesados, actuando con profesionalismo como lo dispone el artículo 27.

CAPITULO III

LA INTERVENCION DEL NOTARIO EN LA FUNCION JUDICIAL

Para que el notario intervenga en la función judicial, debe hacer uso de la jurisdicción voluntaria; de ahí que en este capítulo desentrañaremos la naturaleza jurídica de esta figura, pero antes de hacerlo comenzaremos analizando el concepto de jurisdicción para luego abocarnos a estudiar lo que los autores llaman jurisdicción voluntaria; más adelante nos adentraremos en su naturaleza jurídica para así, ubicar la posición que debe asumir el notario frente a la figura central de nuestra investigación.

III.1. Concepto de jurisdicción.

Etimológicamente jurisdicción "proviene del vocablo latino *jurisdictionis*, que significa: poder o autoridad que se tiene para gobernar o poner en ejecución las leyes, o para aplicarlas en juicio. O bien, se entiende a las voces latinas *us*, derecho, recto y *dicere* proclamar el derecho".¹⁴⁴

De acuerdo a la definición etimológica de jurisdicción apreciamos que, el notario no encuadra en el mismo, porque la función que le ha delegado el Estado no le permite ni gobernar, ni ejecutar leyes, mucho menos aplicarlas en juicio; de ahí que nos atrevamos a decir que es una atribución específica y por lo mismo, restringida a determinados actos y hechos jurídicos de los particulares; luego entonces, el notario únicamente ostenta atribución específica restringida.

¹⁴⁴ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Op. Cit. Pág. 1884.

Eduardo Pallares, nos enseña que, "la palabra jurisdicción, significa decir o declarar el derecho".¹⁴⁵

El maestro Pallares únicamente señala que jurisdicción es decir o declarar el derecho; aspecto que se lleva a cabo en los juicios.

Por su parte, José Becerra Bautista, manifiesta que "la palabra *jurisdicción* viene del término latino *jus dicere*, que significa: declarar el derecho procedente, cuando se invoca la lesión de él".¹⁴⁶

Al igual que el autor anterior, Becerra Bautista no va más allá del pronunciamiento del derecho.

El maestro Cipriano Gómez Lara, define este concepto como "una función soberana del Estado, realizada a través de una serie de actos que están proyectados o encaminados a la solución de un litigio o controversia, mediante la aplicación de una ley general a ese caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo".¹⁴⁷

La definición del maestro Gómez Lara se enfoca hacia la vertiente de poder en la vía judicial toda vez que, lo ve como facultad de solucionar o dirimir controversias.

¹⁴⁵ PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Cuarta Edición. Porrúa. México. 1963. Pág. 510.

¹⁴⁶ BECERRA BAUTISTA, José. El Proceso Civil en México. Sexta Edición. Porrúa. México. 1977. Pág. 30.

¹⁴⁷ GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. Sexta Edición. Textos Universitarios. México. 1983. Pág. 110.

Emilio Gómez Orbaneja dice que, "la jurisdicción es la función del Estado que se desarrolla en el proceso. La jurisdicción es una función de la soberanía del Estado y, por tanto, exclusivamente suya. Dos son sus caracteres esenciales: es aplicación de la Ley y por tanto, actuación en el caso concreto de una voluntad ajena, y es una actividad autónoma, en cuanto ejercida por órganos independientes no sometidos en su función a ningún otro poder, de derecho ni de hecho, del propio Estado".¹⁴⁸

El autor anterior señala que la jurisdicción es una función autónoma derivada de la soberanía del Estado, ejercida a través de órganos independientes y caracteriza la función jurisdiccional en la aplicación de la ley en un caso concreto, regulando la voluntad ajena.

Becerra Bautista nos dice que se puede conceptualizar a la jurisdicción o función jurisdiccional como "la facultad del Estado de dirimir con fuerza vinculativa para las partes una determinada situación jurídica controvertida. Corresponde al Estado, la función jurisdiccional, a través de los órganos especiales creados por él mismo (tribunales), cuando los particulares no logran una solución pacífica, resolver sus controversias y así contribuir al logro del fin estatal del bien común. ...".¹⁴⁹

También José Becerra Bautista, destaca que existe una fuerza vinculativa emanada del proceso que obliga a las partes a someterse a la resolución de la autoridad judicial con el propósito de conseguir una de las funciones del Estado: el bien común.

¹⁴⁸ GOMEZ ORBANEJA, Emilio. Derecho Procesal Civil. T. I. Civitas. España. 1979. Pág. 48.

¹⁴⁹ BECERRA BAUTISTA, José. Op. Cit. Pág. 31.

Neri (autor argentino) comenta, que la jurisdicción "es una función propia del poder soberano, ejercida en la medida que las leyes disponen... En principio, la jurisdicción está atribuida al poder judicial; empero, también hay una jurisdicción administrativa, y es precisamente la que atañe al *poder administrador frente a los administrados*... la finalidad de la jurisdicción judicial no es otra que la de tender a resolver los asuntos litigiosos que le son sometidos a su órgano natural".¹⁵⁰

La definición anterior resulta controversial porque distingue dos tipos de jurisdicción: judicial y administrativa (Poder Ejecutivo); ejercida en la medida de las normas contenidas en las leyes. Hace notar además, que la función jurisdiccional desde sus inicios fue asociada al Poder Judicial; de ahí que cada vez que escuchamos el vocablo jurisdicción, mentalmente lo relacionamos con aspectos judiciales.

Rosemberg, sostiene que "la jurisdicción constituye una parte de la administración que debe distinguirse de la legislación. ... La delimitación usual entre justicia y administración consiste en que las autoridades administrativas persiguen el interés estatal exclusivamente; dependen del gobierno actual y deben seguir sus instrucciones, mientras que los tribunales, como protectores del orden jurídico y de la justicia objetiva, deben abstenerse de la influencia del actual detentador del poder y de sus concepciones; para ella no hay distinción sino meramente formal y externa, entre la función administrativa y la función jurisdiccional".¹⁵¹

Este autor identifica tres tipos de jurisdicción: legislativa, administrativa (ejecutiva) y judicial. Diferencia la administrativa de la judicial en

¹⁵⁰ NERI, Argentino I. Vol. I. Op. Cit. Págs. 424-425.

¹⁵¹ Citado por COUTURE, Eduardo J. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Tercera Edición. Depalma. Argentina. 1988. Pág. 32.

que la primera persigue el interés estatal (social) mientras que la segunda se erige como protectora del orden jurídico y la justicia objetiva, aplicando la legislación vigente en un Estado determinado. Destaca además que la única diferencia entre la jurisdicción administrativa y la judicial radica en la diversa forma de ejercerse.

Con mayor detalle, Movilla Alvarez señala que la jurisdicción "es un poder o, si se quiere una potestad que deriva de la soberanía del Estado y que tiene virtualidad para imponer lo que constituye su ejercicio (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), aunque sea contra la oposición de los afectados. El ingrediente esencial de la jurisdicción, es esa potestad de imponer a todos, de exigir incluso coactivamente, el cumplimiento de lo previamente decidido en el proceso, potestad que tiene su única legitimación en la soberanía popular".¹⁵²

Mas que un concepto, describe los elementos que integran a la jurisdicción, considerando como elemento primordial la facultad de imponer y exigir coactivamente lo resuelto dentro de un proceso judicial.

Guasp ha sustentado la jurisdicción en sentido estricto y para este autor es "una función específica estatal por la cual el Poder público satisface pretensiones".¹⁵³

Trataremos de interpretar la definición de Guasp: En primer lugar, estamos de acuerdo en que es una función específica. Ahora bien, cada uno de estos tres poderes, delega a su vez cierto porcentaje (por decirlo así) de esa función específica amplia a un sector determinado de la sociedad; en nuestro

¹⁵² MOVILLA ALVAREZ, Claudio. El Poder Judicial. Tecnos. España. 1975. Pág. 157.

¹⁵³ GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. T. II. Segunda Edición. Instituto de Estudios Políticos. España. 1968. Pág. 105.

caso a los notarios, quienes detentan una atribución específica restringida, porque fungen como auxiliares de la administración de justicia.

Decimos que es restringida porque no declara el derecho, no dirime controversias y sus instrumentos públicos carecen de la presunción de la cosa juzgada.

Pero este autor añade que, llegó a la definición anterior, después de analizar los conceptos siguientes: "La noción vulgar de jurisdicción, que la define como **la función que realiza cualquier órgano o conjunto de órganos, preferentemente del Estado, al intervenir dentro de la esfera de atribuciones que le es propia**. En sentido etimológico, señala que, en tal caso, es la función jurídica por la cual se declara el derecho en un caso concreto, individualizado, precisando o concretando el mandato general y abstracto que la norma jurídica encierra. Se halla de acuerdo con el sentido etimológico de *ius dicere* o *ius dictio* y literal de la palabra misma. Pero, también la administración declara el derecho en casos concretos y en las actividades de ejecución el juez no verifica declaración de derecho alguna. Jurisdicción y proceso. Ambos conceptos son inescindibles. No hay jurisdicción sin proceso, ni proceso sin jurisdicción y la jurisdicción es función específica estatal que tiende a la satisfacción de pretensiones".¹⁵⁴

Coincidimos plenamente en que **no hay proceso sin jurisdicción, ni jurisdicción sin proceso**, porque esta forma ideada por el Estado ha sido para satisfacer las pretensiones de las partes implicadas en un proceso. En caso de no existir conflicto de derecho, no hay necesidad de un proceso; en cambio, cuando sí lo hay, debe existir un tercer elemento imparcial (juez) que diga a quien le asiste el derecho reclamado (potestad juzgadora).

¹⁵⁴ Ibidem. Pág. 106.

“La jurisdicción es una actividad pública destinada a mantener la eficacia de la legalidad establecida por el legislador”.¹⁵⁵

Es cierto que la jurisdicción se ejerce a través de actividades públicas, siempre y cuando estas actividades se adecúen a las normas contenidas en la legislación vigente ya que, de no hacerlo se resquebrajaría la eficacia de las mismas.

Debemos hacer notar que, para el maestro De Pina, la jurisdicción no se restringe a una democracia, sino que en el momento mismo que se desdobla a la jurisdicción en actividades públicas, puede adecuarse a otro tipo de gobernantes; v.gr. monarquía, tiranía, dictadura, pues en cada uno de éstos, existen órganos para ejercer el poder del soberano, independientemente de donde emane.

Esriche define la jurisdicción como “el poder o autoridad que tiene alguno para gobernar y poner en ejecución las leyes; y especialmente, la potestad de que se hayan revestido los jueces para administrar justicia, o sea, para conocer de los asuntos civiles o criminales o así de unos como de otros, y decidirlos o sentenciarlos con arreglo a las leyes”.¹⁵⁶

Este autor divide a la jurisdicción en ejecutiva y judicial, caracterizando a la primera al gobernar y ejecutar las leyes y a la segunda como potestad para administrar justicia (decir o declarar el derecho); pero no olvida la jurisdicción legislativa toda vez que, tanto al gobernar, ejecutar las leyes y administrar justicia, deben ser apegadas a la ley.

¹⁵⁵ DE PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara. Op. Cit. Pág. 339.

¹⁵⁶ Citado por PALLARES, Eduardo. Op. Cit. Pág. 510.

Eduardo J. Couture, nos indica que jurisdicción es la "función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución".¹⁵⁷

Cabe destacar de la anterior definición que, la jurisdicción es ejercida por órganos competentes; es decir, dicha competencia deriva de la delegación de un pueblo soberano a los poderes torales del Estado y éstos a su vez ejercen dicho poder a través de órganos legalmente establecidos.

Chioenda afirma que "la declaración constitucional de que la justicia emana del jefe del Estado no significa otra cosa sino la exclusiva pertenencia de la jurisdicción a la soberanía del Estado (residiendo en éste la soberanía y la jurisdicción).

La jurisdicción se divide (por razón de la materia) en civil y penal o criminal. Dentro de la jurisdicción civil, se admite la distinción entre jurisdicción contenciosa (que actúa para resolver una divergencia de carácter jurídico) y jurisdicción voluntaria (en que la intervención judicial no supone oposición de intereses)".¹⁵⁸

Chioenda resalta que la jurisdicción emana de una declaratoria constitucional, misma que en nuestro país se materializa en los tres poderes que nos rigen, siendo tal declaratoria el fundamento del ejercicio de la jurisdicción,

¹⁵⁷ COUTURE, Eduardo J. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Op. Cit. Pág. 40.

¹⁵⁸ CHIOENDA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Reus. Traducc. Emilio Gómez Orbaneja. España. 1954. Pág. 45.

que se divide a su vez en constitucional, laboral, penal, administrativa, mercantil, familiar, etc.

Ugo Rocco, señala que, "la función jurisdiccional es la actividad con que el Estado, interviniendo a instancia de particulares, procura la realización de los intereses protegidos por el derecho, que han quedado insatisfechos por la falta de actuación de la norma jurídica que los ampara".¹⁵⁹

Interpretando la definición anterior podemos decir que, el Estado a través de los órganos del Poder Judicial, protege el orden jurídico.

Ahora bien, el maestro Couture, nos hace ver que el acto jurisdiccional consta de tres elementos, a saber: forma (o elementos externos), contenido y función.

"Por **forma** o elementos externos del acto jurisdiccional, se entiende la presencia de partes, de jueces y de procedimientos establecidos en la ley.

Por **contenido** se considera la existencia de un conflicto, controversia o diferendo de relevancia jurídica, que debe ser dirimido por los agentes de la jurisdicción, mediante una decisión que pasa en cosa juzgada.

Por **función** se entiende el cometido, o sea asegurar la justicia, la paz social y demás valores jurídicos, mediante la aplicación, eventualmente coercible, del derecho".¹⁶⁰

¹⁵⁹ Citado por PALLARES, Eduardo. Op. Cit. Pág. 510.

¹⁶⁰ COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Op. Cit. Págs. 33-34.

El maestro Couture de manera por demás acertada, identifica tres elementos que constituyen el acto jurisdiccional (forma, contenido y función); de ahí que cuando se carezca de uno de ellos, no puede considerarse jurisdicción.

En el caso de la jurisdicción voluntaria (y adelantando nuestro criterio), no podemos afirmar que sea una jurisdicción propiamente dicha, porque carece de contenido, aunque cumple parcialmente con la función, porque se aplica el derecho; sin embargo no posee fuerza coercitiva.

En relación al primer elemento (forma o elementos externos), el jurista uruguayo nos dice que, "las partes son, normalmente, un actor y un demandado. Eventualmente los terceros pueden o deben asumir la condición de partes en los casos previstos en la ley.

También es elemento formal el procedimiento. La jurisdicción opera con arreglo a un método de debate que se denomina procedimiento. La presencia externa de este procedimiento, en forma de proceso, normalmente revela la existencia del acto jurisdiccional, pero no es forzoso que sea así.

Algunas corrientes de doctrina, en la imposibilidad de configurar la función jurisdiccional por elementos sustanciales, se han atenido a sus elementos de forma.

La forma, pues, caracteriza normalmente a la jurisdicción; pero no es su único elemento integrante: solamente cuando a las formas jurisdiccionales se unen los otros atributos de esta función, puede hacerse de ella una calificación correcta".¹⁶¹

¹⁶¹ Ibidem. Págs. 34-36.

El maestro que estudiamos, nos dice que, por contenido de la jurisdicción se entiende "la existencia de un conflicto con relevancia jurídica que es necesario decidir mediante resoluciones susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada. Es lo que en doctrina se denomina el carácter material del acto.

La cosa juzgada pertenece a la esencia de la jurisdicción. Si el acto no adquiere real o eventualmente autoridad de cosa juzgada, no es jurisdiccional. Si un acto adquiere autoridad de cosa juzgada es jurisdiccional. No hay jurisdicción sin autoridad de cosa juzgada".¹⁶²

Estamos de acuerdo con el maestro uruguayo en que ***no hay jurisdicción sin autoridad de cosa juzgada***, porque ésta constituye la esencia del contenido de la jurisdicción.

"También pertenece a la esencia de la cosa juzgada y, en consecuencia, de la jurisdicción, el elemento de la coercibilidad o ejecución de las sentencias de condena, siempre eventualmente ejecutables.

No han faltado escritores que, habiendo partido de nociones puramente formales, han debido luego evolucionar hacia los conceptos más complejos que traten de abarcar forma y contenido.

Otros han creído suficiente la determinación del contenido genérico de la función para caracterizar a ésta. Pero en estos casos se advierte, también, la insuficiencia de ese tipo de delimitaciones. Los llamados actos de jurisdicción laboral legislativa y administrativa, son también verdaderos subrogados de la jurisdicción con su mismo contenido; pero no son jurisdicción, sino legislación y administración.

¹⁶² Ibidem. Pág. 36.

Pero este conjunto de circunstancias no puede hacer perder de vista que la delimitación del contenido de la jurisdicción es, sin duda, el elemento más importante para resolver las cuestiones prácticas que este problema propone. La jurisdicción es tal por su contenido y por su función, no por su forma. La forma es la envoltura. El contenido caracteriza la función.

Ese contenido ha sido delimitado, frecuentemente, como la reparación del derecho lesionado, la tutela del derecho subjetivo, la restitución de los bienes despojados, etc. Pero esta corriente de doctrina, en la que se hallan casi todos los representantes de la escuela francesa, aun los más prestigiosos, y no pocos de la escuela alemana, no han reparado que la jurisdicción no sólo expide sentencias de condena, ...".¹⁶³

Por último, Couture manifiesta en relación a la función de la jurisdicción, lo siguiente:

"La actividad de dirimir conflictos y decidir controversias es uno de los fines primarios del Estado. Sin esa función, el Estado no se concibe como tal. Privados los individuos de la facultad de hacerse justicia por su propia mano, el orden jurídico les ha investido del derecho de acción y al Estado del deber de la jurisdicción.

Entre la autoridad de la cosa juzgada y la efectiva vigencia del derecho hay una relación de medio a fin. La cosa juzgada se concibe sólo como medio de despejar la incertidumbre del derecho y como forma de hacerlo coactivo en los casos de resistencia u omisión de su cumplimiento.

¹⁶³ Ibidem. Pág. 38.

Pero la cosa juzgada y su eventual coercibilidad, son inherentes a la jurisdicción. El carácter de irreversibilidad que da a las decisiones judiciales la autoridad de la cosa juzgada, no aparece en ninguno de los otros modos de actuación del poder público. Una Constitución puede ser sustituida por otra Constitución; una ley puede ser derogada por otra ley; un acto administrativo puede ser revocado por otro acto administrativo; un acto jurídico privado puede ser modificado y reemplazado por otro acto jurídico; pero una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, no puede ser sustituida, derogada, ni revocada por otra sentencia.

Considerando este problema en sentido teleológico, la observación de que la cosa juzgada es un fin de la jurisdicción, resulta limitativa de los propios fines del Estado. Esto es así, porque la cosa juzgada por sí misma no se justifica; su singular energía vale como medio y no como fin.

El fin no es, por supuesto, la inmutabilidad. Lo es la justicia, la paz, el orden, la seguridad, es decir, *los valores* a los cuales el derecho accede y sirve.

La función jurisdiccional en su eficacia es, pues, un medio de asegurar la necesaria continuidad del derecho. Y el derecho, a su vez, es un medio de acceso a *los valores* que son, éstos sí, los que merecen la tutela del Estado".¹⁶⁴

La jurisdicción se cumple mediante un adecuado proceso. El proceso es la relación jurídica continuativa, consistente en un método de debate

¹⁶⁴ Ibidem. Págs. 39-40.

con análogas posibilidades de defensa y de prueba para ambas partes, mediante el cual se asegura una justa decisión susceptible de cosa juzgada.

El proceso jurisdiccional debe ser bilateral, con garantías de ser escuchadas ambas partes y con posibilidades eficaces de probar la verdad de sus proposiciones de hecho.

Un debido proceso se halla de tal modo adscrito al concepto mismo de jurisdicción que buena parte de las vacilaciones de la doctrina provienen, como se ha dicho, de concebir como términos idénticos jurisdicción y proceso.

Declara el derecho preexistente y crea nuevos estados jurídicos de certidumbre y de coerción inexistentes antes de la cosa juzgada.

El cometido inmediato de la jurisdicción es decidir conflictos y controversias de relevancia jurídica. Por conflicto se entiende toda pretensión resistida o toda pretensión insatisfecha. Por *controversias* se entienden todas aquellas cuestiones de hecho o de derecho que, no pudiendo resolverse mediante los procedimientos de autotutela o autocomposición, reclaman el pronunciamiento de los órganos del Estado.

El objeto propio de la jurisdicción es la cosa juzgada. Este contenido no pertenece ni a la función legislativa ni a la función administrativa. Los actos administrativos irreversibles para la administración pueden ser siempre revisados en la verificación jurisdiccional de los actos de ella.

La cosa juzgada es, en este orden de elementos, la piedra de toque del acto jurisdiccional.

Esa cosa juzgada es susceptible de ejecución en el caso de que imponga una condena. El triunfador no está *obligado* a ejecutar la sentencia de condena; pero debe estar *facultado* para hacerlo cuando desee. Sin esa facultad la jurisdicción se frustra.

“El fin de la jurisdicción es asegurar la efectividad del derecho. En el despliegue jerárquico de preceptos, propio de la normatividad, la jurisdicción asegura la continuidad del orden jurídico. Es, en ese sentido, un medio de producción jurídica. El derecho instituido en la Constitución se desenvuelve jerárquicamente en las leyes; el derecho reconocido en las leyes, se hace efectivo en las sentencias judiciales. Esto asegura no sólo la continuidad del derecho, sino también su eficacia necesaria”.¹⁶⁵

El maestro Couture, también nos hace saber que al vocablo jurisdicción tiene por lo menos cuatro acepciones: como ámbito territorial; como sinónimo de competencia, como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del poder público; y en sentido preciso y técnico de función pública de hacer justicia, por lo que en las páginas siguientes, nos abocaremos a estudiar tales modalidades:

“La primera de las acepciones mencionadas es la que dice relación con un ámbito territorial determinado.”¹⁶⁶

“La competencia es una medida de jurisdicción. Todos los jueces tienen jurisdicción; pero no todos tienen competencia para conocer en un determinado asunto. Un juez competente es, al mismo tiempo, juez con jurisdicción; pero un juez incompetente es un juez con jurisdicción y sin

¹⁶⁵ Ibidem. Pág. 44.

¹⁶⁶ Ibidem. Págs. 27-28.

competencia. La competencia es el fragmento de jurisdicción atribuido a un juez.

La relación entre la jurisdicción y la competencia, es la relación que existe entre el todo y la parte. La jurisdicción es el todo; la competencia es la parte: un fragmento de la jurisdicción. La competencia es la potestad de jurisdicción para una parte del sector jurídico: aquel específicamente asignado al conocimiento de determinado órgano jurisdiccional. En todo aquello que no le ha sido atribuido, un juez, aunque sigue teniendo jurisdicción, es incompetente".¹⁶⁷

Asimismo, el vocablo jurisdicción se utiliza para referirse "*a la prerrogativa, autoridad o poder de determinados órganos públicos, especialmente los del Poder Judicial. Se alude a la investidura, a la jerarquía, más que a la función*".¹⁶⁸

La noción de jurisdicción como poder es insuficiente porque la jurisdicción es un poder-deber. Junto de la *facultad* de juzgar, el juez tiene el *deber* administrativo de hacerlo. El concepto de poder debe ser sustituido por el concepto de función.

La jurisdicción como función, de acuerdo al criterio del maestro Couture, "en una primera aproximación al concepto de función jurisdiccional debemos reconocer que existe una cierta sinonimia entre función judicial y función jurisdiccional. No toda la función propia del Poder Judicial es función jurisdiccional. No lo es, por ejemplo, la llamada jurisdicción voluntaria... en

¹⁶⁷ Ibidem. Págs. 28-29.

¹⁶⁸ Idem. Pág. 29.

términos generales, normalmente, la función jurisdiccional coincide con la función judicial".¹⁶⁹.

III.2. Concepto de jurisdicción voluntaria.

Antes que nada, debemos advertir, de que el término jurisdicción voluntaria es inexacto, pues los actos que en ella se realizan no son ni de tipo jurisdiccional, pues en ellos no decide el juez una controversia entre partes, ni tampoco son voluntarios, pues las partes interesadas no acuden al Juez por su voluntad, sino que para desahogarlos, por disposición de la ley, los particulares deben acudir a la competencia judicial (En el caso del Distrito Federal no así en el Estado de Coahuila).

La primera definición de jurisdicción voluntaria que hallamos en el tiempo, es la emitida por Marciano Digesto, quien denominó a la jurisdicción voluntaria a "los procedimientos judiciales seguidos SIN oposición de partes, y en los cuales la decisión que el juez profiere no causa perjuicio a persona conocida".¹⁷⁰

Digesto encuadraba los procedimientos de jurisdicción voluntaria en el ámbito judicial y señala dos elementos esenciales de la misma: a). que no hubiere oposición de partes y b). que la decisión del juez no provocase daños a tercero.

Con lo anterior Digesto nos da un elemento importante por el cual los llamados asuntos de jurisdicción voluntaria deben ser conocidos por la autoridad judicial y es la ***decisión que toma el juez***, ejerciendo una facultad de apreciación subjetiva de la justicia y la determinación del derecho.

¹⁶⁹ Ibidem. Págs. 29-30.

¹⁷⁰ COUTURE, Eduardo J. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Op. Cit. Pág. 45.

“Con la expresión jurisdicción voluntaria, se suelen designar aquellos actos y procedimientos que se realizan ante funcionarios judiciales, con el objeto de que éstos verifiquen la existencia de ciertas situaciones jurídicas o la satisfacción de determinados requisitos legales, sin que haya conflicto entre partes y sin que las resoluciones que aquéllos lleguen a pronunciar puedan adquirir la autoridad de la cosa juzgada”.¹⁷¹

La definición que nos da el Instituto de Investigaciones Jurídicas se apega a lo que hoy conocemos como jurisdicción voluntaria.

Rafael de Pina, señala que es una “especie de jurisdicción civil que es ejercida (de acuerdo con el criterio generalmente admitido) en relación con los actos en que, por disposición de la ley, se requiere la intervención del juez sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas”.¹⁷²

De Pina fundamenta la existencia de la jurisdicción voluntaria en una disposición legal, sin entrar al estudio de sus elementos y naturaleza.

Don José Vicente y Caravantes, decía: “Entiéndese por jurisdicción voluntaria la que ejerce el juez en actos o asuntos que, o por su naturaleza o por el estado en que se hallan, no admiten contradicción de parte, emanando su parte intrínseca de los mismos interesados, que acuden ante la autoridad judicial, la cual se limita a dar fuerza y valor legal a aquellos actos por medio de su intervención o de sus providencias, procediendo sin las formalidades esenciales de los juicios”.¹⁷³

¹⁷¹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. T. III. Op. Cit. Pág. 1889.

¹⁷² DE PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara. Op. Cit. Pág. 340.

¹⁷³ Citado por Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XVII. Op. Cit. Pág. 605.

El autor anterior menciona que el juez al intervenir en un procedimiento de jurisdicción voluntaria otorga fuerza y valor legal a los actos de los particulares.

Goldschmidth dice que la jurisdicción voluntaria "se distingue de la contenciosa en que aquella es preventiva y realiza una función de policía jurídica, mientras que la contenciosa es de represión o justicia compensativa".

174

Tal prevención consiste en que al declararse o constituirse derechos y obligaciones ante el juez, evita posibles conflictos posteriores; aquí cobra vigencia el criterio del maestro Héctor Fix Zamudio, quien señala lo siguiente:

"... la decisión que concluye el procedimiento voluntario, ya sea acogiendo o desestimando la solicitud del o de los participantes, tienen el carácter de **definitiva**, es decir, que no puede variarse por la autoridad judicial que la pronunció, a no ser que se demuestre que cambiaron las circunstancias que la motivaron, lo que implica que tales decisiones no son inmutables sino que están sujetas al principio **rebus sic stantibus**, ya que... las mismas no adquieren **autoridad de cosa juzgada**, que es privativa de los fallos procesales, sino que exclusivamente están dotadas de una **eficacia preclusiva**. ... No es posible hablar de cosa juzgada, ni siquiera formal, como lo hace Camelutti en relación al mandato contenido en las resoluciones pronunciadas en los procedimientos voluntarios, ya que una de las características de estos procedimientos, radica en la ausencia de la cosa juzgada, pues no existiendo la decisión de un litigio, no puede producirse una

¹⁷⁴ Citado por PALLARES, Eduardo. Op. Cit. Pág. 510.

materia juzgada. En cambio, no obstante su equívoco significado y a falta de un término más adecuado, nos atrevemos a proponer la fórmula de *autoridad preclusiva* para significar la modalidad de los efectos de los acuerdos de jurisdicción voluntaria".¹⁷⁵

Para Carnelutti, la jurisdicción voluntaria es "un proceso voluntario que tiene como fin la prevención de la litis".¹⁷⁶

También Carnelutti le otorga a la jurisdicción voluntaria carácter preventivo; pero igual que la definición anterior; tal carácter preventivo queda supeditado a que la resolución pronunciada por el Juez no se recurra en un futuro.

"En la jurisdicción voluntaria, no hay conflicto de intereses; la intervención del juez sólo tiene por objeto satisfacer exigencias de orden público".¹⁷⁷

En otras palabras, el juez se cerciora de que no se vulneren derechos de terceros y que lo solicitado en la jurisdicción voluntaria se apegue a la ley.

"La jurisdicción voluntaria aparece como una verdadera denominación que cabe aplicar por ser ínsita de la función misma, consustancial de las tareas que despliega el notario en el quehacer formativo y sancionador del instrumento público... la jurisdicción voluntaria entraña, por lo fácilmente

¹⁷⁵ FIX ZAMUDIO, Héctor. Eficacia de la Jurisdicción Voluntaria. U.N.A.M. Revista de la Facultad de Derecho de México. T. XII. Enero-Marzo. Núm. 45. México. 1962. Págs. 99-101.

¹⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Derecho Procesal Civil, Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa-América. México. 1959. Pág. 44.

¹⁷⁷ ALSINA, Hugo. Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Ediar. Argentina. 1961. Pág. 56.

perceptible, un elemento fundamental, de armónica conexión y ensamble con la forma pública dadora de fe... cada persona conserva su autonomía y aplica sus actividades a la obtención de sus propios fines... Pero estas actividades están condicionadas por la ley, y por sobre ellas existe un poder capaz de mantenerlas dentro de los límites que esa organización supone, mediante los atributos necesarios para la realización de los fines colectivos. Así, con relación al *orden jurídico* existen normas creadas: a) para *regular las relaciones entre los individuos*; b) para restablecer el orden *cuando fuese alterado* y c) para proveer las *necesidades de seguridad*. Condensando: estas funciones son realizables a través de tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial".¹⁷⁸

Resulta cuestionable que Neri afirme que la jurisdicción voluntaria entraña un elemento fundamental de armónica conexión y ensamble con la forma pública dadora de fe y que la misma se perciba con facilidad toda vez que, si bien es cierto son hechos patentes u obvios, la certeza que otorgue el notario en determinados actos de particulares es irrefutable, no podemos afirmar lo mismo cuando en los actos de los particulares el notario tenga que decidir cuál hipótesis de la ley debe aplicar; v.gr. en la tutela, donde debe elegirse, de entre los hermanos, el idóneo para ser tutor de un hermano menor de edad. Si bien tiene la capacidad de discernimiento por ser un hombre racional; no detenta jurisdicción, por lo que toda decisión o elección queda como mera opinión.

Escriba la conceptúa en los términos siguientes: "Llácese así por oposición a la contenciosa, la que se ejerce por el Juez en las demandas, que ya

¹⁷⁸ NERI, Argentino I. Vol. I. Op. Cit. Págs. 418, 422-423.

que por su naturaleza, ya por razón del estado de las cosas, no admiten contradicción".¹⁷⁹

El maestro Escriche nos da una apreciación muy personal (al igual que muchos autores) de los vocablos toda vez que, el antónimo de voluntario es obligatorio y no contencioso; prevaleciendo ese error hasta nuestros días. Este maestro del Derecho restringe la existencia de la jurisdicción voluntaria a un solo elemento; que no exista controversia entre las partes.

Prieto Castro, define a la jurisdicción voluntaria como "una actividad ejecutiva, realizada por órganos judiciales o no judiciales, encaminada a tutelar el orden jurídico mediante la constitución, aseguramiento, desenvolvimiento y modificación de estados y relaciones jurídicas con carácter general, o sea, frente a todos".¹⁸⁰

Este autor señala que la jurisdicción voluntaria puede llevarse a cabo frente a órganos judiciales o no, abriendo paso a los auxiliares de la administración de justicia, tales como los notarios.

Chiovenda, manifiesta que, "la jurisdicción voluntaria es diversa de la contenciosa, no porque en una hay controversia y en la otra no (puesto que en los juicios en rebeldía los interesados no controvierten), sino porque en la jurisdicción voluntaria falta el elemento esencial del juicio, a cuestión entre partes. ... Mas aun, no hay partes aunque sean varias personas las que

¹⁷⁹ Citado por PALLARES, Eduardo. Op. Cit. Pág. 511.

¹⁸⁰ PRIETO CASTRO, S. Derecho Procesal Civil. Vol. II. Revista de Derecho privado. España. 1969. Pág. 557.

promueven porque entre ellas no hay cuestión jurídica a resolver. Que las sentencias dadas en jurisdicción voluntaria no causan estado".¹⁸¹

Estamos de acuerdo que las resoluciones pronunciadas en la jurisdicción voluntaria no causan estado, porque carecen de la fuerza de la cosa juzgada.

Quien posiblemente se ha esforzado en hallar con más minuciosidad la contraposición entre ambos, es Alcalá Zamora y Castillo, quien en su mencionado trabajo enfrenta el proceso (que sólo lo sería el contencioso) con el expediente (modo de actuación del procedimiento voluntario) y refleja los siguientes pares antagónicos (que corresponden el primero al contencioso y el segundo al llamado voluntario): litigio-negocio; partes-participantes, acción-pedimento; demanda-solicitud; jurisdicción-atribución; juzgador-funcionario judicial; sentencia-resolución; apelación-alzada (en los casos en que se admite esta última en las actuaciones voluntarias).¹⁸²

Es asombroso advertir la minuciosidad y escrupulosidad del insigne maestro Alcalá Zamora y Castillo, cuando diferencia la jurisdicción contenciosa de la jurisdicción voluntaria a través de los elementos que intervienen en ambas figuras; radicando ahí justamente la diferencia.

"Desde el punto de vista de la diferenciación entre una y otra jurisdicción corresponde anotar: 1) que en la contenciosa el juez actúa con conocimiento legítimo, y la ejerce dictando un fallo uniformado a todo lo expuesto y probado por las partes en el expediente, e imponiendo la sentencia

¹⁸¹ CHIOVENDA, Giuseppe. Op. Cit. Pág. 53-54.

¹⁸² Cfr. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa. Segunda Edición. U.N.A.M. México. 1970. Pág. 93.

(de carácter declarativo), la que por efecto del pronunciamiento del juez se hace válida y firme, vale decir, viene a importar *cosa juzgada* y por tanto, no apelable; por donde, ni las partes pueden cuestionar la validez del procedimiento, ni el juez puede modificar la sentencia. Lo dicho, cabe comprenderlo así: al agotar la jurisdicción, la cosa juzgada impone la inmutabilidad de la sentencia: *res iudicata pro veritate accipitur*, la cosa juzgada se admite como verdad; y 2) que en la voluntaria el juez es a veces pasivo, y otras actúa con conocimiento informativo, el pronunciamiento es simplemente enunciativo, carece de valor de cosa juzgada, y por ello es que puede ser objeto de revisión; de todos modos tiende a dar viso de legalidad a un acto, o aseverar que se cumplió la forma legal. En una palabra: el pronunciamiento configura, o tiene el aspecto de una sentencia, pero no es tal porque si bien contiene *vistos y considerando*, no se dicta ahí ningún fallo sino simplemente una resolución favorable al pedido”.¹⁸³

Como se advierte, los criterios de los dos últimos autores se complementan: Alcalá-Zamora y Castillo identifica los elementos que diferencian a la jurisdicción contenciosa de la jurisdicción voluntaria y Alsina los analiza conjuntamente, plasmando su punto de vista con suma claridad.

Por otro lado, hemos de decir, que el artículo 893 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala que: *La jurisdicción voluntaria, comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiere de la intervención de un Juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.*

¹⁸³ ALSINA, Hugo. Op. Cit. Pág. 59.

De nuestro texto legal (Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), podemos determinar que las características de los actos de jurisdicción voluntaria son:

a) Su fuente es la ley: que en el acto, es la ley quien requiere la intervención del juez. (Art. 893 CPC).

b) Que no haya controversia: Que en el acto, haya una ausencia de conflicto, de controversia entre partes acerca de un derecho, pero que se someta a la decisión del órgano jurisdiccional (Art. 893 CPC).

c) Citación de toda persona relacionada: Cuando sea necesaria la concurrencia de una persona, se le citará (personalmente) para el día y hora determinados, indicándole que en la secretaría del juzgado respectivo, podrá consultar, por un plazo de tres días, el expediente correspondiente (Art. 894 CPC).

d) Debe intervenir el Ministerio Público en algunos casos. Deberá ser escuchado el Ministerio Público siempre que la petición formulada en el procedimiento de jurisdicción voluntaria se encuentre en alguno de los siguientes casos: 1) afecte intereses públicos; 2) se refiera a la persona o los bienes de menores e incapacitados; 3) tenga relación con los bienes o derechos de un ausente o 4) cuando así lo dispongan las leyes (Art. 895 CPC).

e) Concluye, si hay oposición. Cuando se presente oposición de parte legítima contra la petición formulada en el procedimiento, concluirá la jurisdicción voluntaria y la oposición se tramitará en el juicio que corresponda (Art. 896 CPC).

f) Son actos esencialmente revocables. El juez puede variar o modificar las providencias que dicte, en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, cuando cambien las circunstancias en las cuales se fundó para pronunciarlas (Art. 897 CPC).

g) Deja a salvo derechos de terceros. Tales providencias a su vez son impugnables a través del recurso de apelación, admisible en ambos efectos (suspensivo), si lo interpone el solicitante, y en un solo efecto (ejecutivo), si lo solicita cualquier otra persona interesada; el recurso se tramita en los mismos términos que la apelación de interlocutorias (Arts. 898 y 899 CPC).

h) La sentencia no hace efecto de *cosa juzgada*. Las resoluciones dictadas en los procedimientos de jurisdicción voluntaria no adquieren la autoridad de *cosa juzgada*, a diferencia de las resoluciones dictadas en los procedimientos contenciosos. La Suprema Corte de Justicia (Tesis 218 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975, 47ª. Parte. Pág. 693), ha sostenido que las resoluciones dictadas en jurisdicción voluntaria son actos fuera de juicio y contra ellas cabe el amparo.

Como el tema medular del presente capítulo es desentrañar la intervención del notario en la función judicial, dejaremos el análisis respectivo para el último inciso de este capítulo, lugar donde confrontaremos las disposiciones en materia de jurisdicción voluntaria locales, con las establecidas en el Estado de Coahuila, para concluir si es procedente o no la intervención del notario en este tipo de actuaciones judiciales.

III.3. Naturaleza jurídica.

Ahora bien, determinar la **naturaleza jurídica** de la jurisdicción voluntaria no es asunto sencillo toda vez que, los autores se adhieren a diversas

corrientes: algunos de ellos señalan que **es actividad jurisdiccional**, otros por el contrario, afirman que **no es jurisdicción**; algunos más indican **que constituye una actividad administrativa** y por último, otros manifiestan que **es una figura resultante de jurisdicción y administración**; de ahí que tengamos que señalar a los autores que se adhieren a cada una de las corrientes indicadas.

Es un error frecuente pretender oponer ***lo voluntario*** (lo libre y querido por una persona) a lo ***contencioso*** (que implica una controversia sobre un derecho pretendido). En realidad, lo que si es opuesto a ***lo voluntario*** es ***lo obligatorio***; es decir, aquella conducta que por Ley debe observarse.

Los denominados actos de jurisdicción voluntaria o de jurisdicción no contenciosa, son más bien ***actos judiciales obligatorios***. En Chile, el Código de Procedimientos Civiles, los denomina ***actos judiciales no contenciosos***. Se les da un tratamiento de actos de naturaleza judicial y de competencia obligatoria, porque los particulares deben promover ante el Juez la instancia, para obtener la declaración del derecho o del hecho objeto del acto, aun en el entendido que no hay controversia que dirimir, ni derecho que reestablecer o duda sobre quien tiene la razón sobre una pretensión jurídica.

Surge aquí una interrogante: ¿Por qué han llegado a la competencia judicial, este tipo de actos? La respuesta está en la historia, en la tradición judicial, en la manera como se ha vivido en nuestras culturas nacionales el desahogo de tales asuntos y que es muy difícil desarraigar. El origen de esta tradición, está en el Derecho Romano, donde ya existía una división de poderes y se reconocía la conveniencia de rodear de autenticidad a

ciertas manifestaciones de la vida privada, razón por la que se hizo intervenir a los magistrados judiciales en tales actos, para revestirles de seriedad y solemnidad. Con el tiempo, algunas de esas atribuciones pasaron a los notarios y otras quedaron a los jueces y en ocasiones, se ha tratado de una competencia *concurrente*, pues el particular puede elegir ante quien tramita el caso.

III.3.1. La jurisdicción voluntaria como actividad genuinamente jurisdiccional.

Para un sector de la doctrina, la jurisdicción voluntaria *constituye una actividad genuinamente jurisdiccional*, bien *porque interviene un órgano imparcial e independiente*, o porque en la jurisdicción voluntaria *se declara o aplica el derecho al caso concreto*.

Destacan a este respecto, quienes como Micheli afirman que "donde hay un proceso e interviene un juez, como órgano imparcial e institucionalmente indiferente respecto del efecto jurídico, allí hay jurisdicción. Siendo independiente e imparcial el juez en la jurisdicción voluntaria, ésta debe ser respetada como actividad jurisdiccional, aunque no exista contraste de intereses entre las partes ni se produzca cosa juzgada".¹⁸⁴

Los elementos que constituyen la jurisdicción voluntaria para Micheli, según se deduce de su definición son: un juez, un proceso, en donde existe controversia ni cosa juzgada.

También señala que el juez debe ser indiferente respecto de los efectos jurídicos, imparcial e independiente.

¹⁸⁴ MICHELI, Gian Antonio. *Estudios de Derecho Procesal*. Vol. II. Depalma. Argentina. 1970. Pág. 3.

Ahora bien, resulta comprensible que el juez deba ser imparcial e independiente; lo que no nos queda claro es la indiferencia que debe asumir en relación a los efectos jurídicos del negocio que está conociendo, pues una de las características del acto jurisdiccional consiste en asegurar la justicia, característica que se desprende del tercer elemento del acto jurisdiccional (función) y por ende, si es indiferente pasa de impartidor de justicia a espectador de un negocio de terceros.

Debemos aclarar que tienen significación muy diferente tres vocablos que usa el autor: indiferente, independiente e imparcial.

Un juez como tal debe ser independiente e imparcial pero no indiferente. En un supuesto caso, tal indiferencia radicaría en que ninguna de las partes se viera favorecida por el acuerdo al que llegaron (interés subjetivo); con esa indiferencia sí estamos de acuerdo.

Este autor reduce a la jurisdicción voluntaria a una actividad genuinamente jurisdiccional por la intervención del juez, sin tomar en consideración el *imperium* que la ley le otorga a éste.

Debieran, sin embargo, a través de los siglos al darse la jurisdicción voluntaria se creó una figura amorfa que no embona con las características de la jurisdicción (remitimos al lector cuando estudiamos los elementos que constituyen la jurisdicción desde el punto de vista de Couture); de ahí que todos los autores caigan en contradicciones e imprecisiones al pretender definir o encuadrar a la jurisdicción voluntaria en una corriente determinada.

Por lo señalado , no coincidimos con Micheli.

Gómez Colomer, afirma que, "interviniendo un juez aplicando derecho privado, esto sólo justifica *per se* la posición jurisdiccionalista. El juez no ejerce en este caso jurisdicción, eso es verdad, sino que interviene cumpliendo con otra función, muy cercana a ella, pero igualmente importante, ya que ha merecido nada menos que un reconocimiento constitucional explícito: el juez tutela y garantiza por su *autoritas*, derechos privados, ... ejerce en este caso el juez una función expresamente atribuida por la ley en garantía de un derecho".¹⁸⁵

Este autor, al igual que el anterior, reduce a la jurisdicción voluntaria como acto genuinamente jurisdiccional por la intervención del juez; también reconoce que no ejerce jurisdicción; sin embargo esta actividad jurisdiccional la paraleliza con la jurisdicción, no restándole importancia, en virtud de que el juez, tutela y garantiza derechos entre los particulares por la autoridad otorgada por mandato expreso de la Constitución, creándose una función especializada, en donde el juez al intervenir en la jurisdicción voluntaria otorga certeza jurídica.

De la misma opinión es Ramos Méndez, cuando afirma que "la presencia del juez es un sólido argumento a favor de la jurisdiccionalidad de estas actuaciones... Si se desvaloriza el argumento personalista, para determinar la naturaleza de un acto, habría que llegar a conclusiones un tanto atrevidas: v.gr. un notario en un acta de presencia con el mismo contenido que una información para perpetua memoria, desarrollaría función jurisdiccional... En las actuaciones de jurisdicción voluntaria existe *procesus iudicii*, aunque este se acomode a una estructura acorde con las exigencias de los actos... Los actos de jurisdicción voluntaria denominados constitutivos gráficamente

¹⁸⁵ GOMEZ COLMER, Juan Luis. Derecho Jurisdiccional. T. II. Bosch. España. 1989. Pág. 757.

demuestran su jurisdiccionalidad porque deben al *iudicium* su existencia jurídica: tienen significación jurídica gracias al juicio que los crea como tales".

186

Como este autor también es español, al igual que para el anterior, la jurisdicción voluntaria es un proceso adecuado a esta figura jurídica, que le otorga a los actos de los particulares certeza jurídica indubitable.

El Dr. Joel Chirino (nuestro asesor) también se adhiere a la corriente de que la jurisdicción voluntaria es actividad genuinamente jurisdiccional, manifestando su criterio de la siguiente manera:

"Analizando las dos ¹⁸⁷ corrientes doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria se debe considerar que la jurisdicción voluntaria no puede formar parte de la actividad administrativa del Estado por corresponder ésta a la autoridad pública del poder ejecutivo, en esa idea el juez no puede realizar un acto administrativo cuando actúa en diligencias propias de su función tanto en jurisdicción contenciosa como en jurisdicción voluntaria. El acto administrativo que realiza el juez sólo queda circunscrito a actos de administración en su jerarquía administrativa como titular de un juzgado a su cargo pero únicamente con el personal que labora en él, como lo dispone la Ley Orgánica. Toda actuación judicial queda circunscrita a la jurisdicción, consecuentemente, no puede considerarse la jurisdicción voluntaria como un acto administrativo del poder judicial o del Estado ya que la jurisdicción, ... en sentido restringido es una función pública por la que el Estado administra la justicia mediante la aplicación de las normas jurídicas, independientemente de que haya o no una pretensión sobre un derecho en conflicto. El poder judicial a

¹⁸⁶ RAMOS MENDEZ, Francisco. *Derecho Procesal Civil*. Reus. España. 1980. Pág. 121.

¹⁸⁷ Aquella que considera a la jurisdicción voluntaria como actividad administrativa y la otra que circunscribe a dicha figura jurídica a actividad genuinamente jurisdiccional.

quien por su naturaleza le corresponde la administración de justicia, por su propia naturaleza todos sus actos son jurisdiccionales aún cuando el juzgado actúe en los casos en que no exista controversia alguna. La jurisdicción no implica que el juez intervenga sólo cuando hay controversia entre partes, también hay jurisdicción cuando interviene como tal a solicitud de los interesados sin que para ello sea necesario que se promueva controversia alguna entre partes determinadas.

La jurisdicción voluntaria es un acto de jurisdicción por la intervención de la autoridad judicial ante quien se acredita la preexistencia de un derecho o el reconocimiento de otro. La jurisdicción voluntaria tiene un sentido amplio en cuanto a los actos que comprende y que el propio Código de Procedimientos Civiles reglamenta en forma especial al señalar que ésta comprende todos los actos en que, por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas (Art. 893 C.P.C.).

Del texto anterior se deduce que en la jurisdicción voluntaria se actúa en todos los casos específicos que decreta la ley, o en todos aquellos que siendo lícitos a solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez, pero en uno y en otro caso no debe promoverse controversia alguna entre partes determinadas, es decir, en la jurisdicción voluntaria no se da el trinomio procesal de juez, actor y demandado, sino un binomio jurisdiccional y promovente¹⁸⁸.

Otros autores también afirman que la jurisdicción voluntaria es una actividad jurisdiccional porque *tutela un interés privado* y en este sentido De Marini afirma que "teniendo la jurisdicción contenciosa y la voluntaria un

¹⁸⁸ Conferencia del Dr. CHIRINO CASTILLO, Joel.

sustrato común: actuación del Derecho objetivo en el caso concreto para la tutela de intereses particulares reconocidos por el mismo Derecho por obra de un órgano estatal imparcial, y siendo precisamente este sustrato común la definición de la jurisdicción comúnmente admitida, la jurisdicción voluntaria debía ser estimada verdadera jurisdicción".¹⁸⁹

De Marini afirma que a la jurisdicción voluntaria se le debería considerar como actividad genuinamente jurisdiccional por tres elementos que se deducen de su criterio: a). aplicación del derecho objetivo; b). porque tutela intereses de particulares y c) por la intervención de un órgano estatal imparcial; sin embargo, podemos advertir que dicho autor no se adentra en la naturaleza de la jurisdicción voluntaria; simplemente pretende explicarla a través de elementos formales.

Ahora bien, las críticas a esta postura no se han dejado esperar y así, Serra, ha manifestado que, "no basta que dichos actos sean confiados al juez... han sido simplemente motivos de política legislativa los que han movido al legislador a confiar al juez los actos de jurisdicción voluntaria, sin que exista razón sustancial para ello. Podrían perfectamente suprimirse los actos de jurisdicción voluntaria o confiarse a órgano distinto del judicial sin que sufriera con ello la esencia de la jurisdicción, por muy nefastos que fueran los resultados en el total cuadro del ordenamiento jurídico. Es más, la atribución a los órganos judiciales de los actos de jurisdicción voluntaria repugna en forma tal a su verdadera función, que tanto doctrinal como prácticamente tales actos son reducidos a un simple apéndice de la función judicial. En definitiva, todo criterio

¹⁸⁹ DE MARINI, L. Consideraciones sobre la naturaleza de la jurisdicción voluntaria. R.D. Proc. 1954. Pág. 225.

que parta de la consideración del órgano forzosamente debe conducir a resultados no satisfactorios".¹⁹⁰

Serra comenta que por política legislativa, la jurisdicción voluntaria fue atribuida al Poder Judicial; también afirma que la jurisdicción voluntaria está en franca contradicción con la función judicial; de ahí que proponga que tales actuaciones se realicen ante otro órgano distinto del Judicial (Ejecutivo) de donde podemos deducir que para este autor, jurisdicción judicial y jurisdicción administrativa es lo mismo.

En cuanto a las afirmaciones de que la jurisdicción voluntaria es jurisdicción porque se aplica también en ella el derecho al caso concreto, Gimeno Gamarra ha subrayado que "la función jurisdiccional no puede ser equiparada a la actividad mediante la cual se declara el derecho o se aplican las normas en los casos concretos, porque, la finalidad de realización o aplicación del orden jurídico es, en cierto modo y con unos u otros matices, común a todas las funciones jurídicas estatales".¹⁹¹

Para este autor entre la jurisdicción judicial, legislativa y ejecutiva no hay diferencia; sin embargo olvida que los órganos legislativos y ejecutivo de un Estado democrático no gozan del imperio otorgado por la ley al Poder Judicial y que por tal facultad quienes dicen o declaran el derecho son los jueces y magistrados que lo componen.

Dentro de esta misma corriente, los autores afirman que la jurisdicción voluntaria es actividad jurisdiccional porque ***forma mandatos concretos mediante la colaboración de las partes con el juez.***

¹⁹⁰ Citado en Nueva Enciclopedia Jurídica. T. XIV. Op. Cit. Pág. 588.

¹⁹¹ GIMENO GAMARRA, Rafael. Jurisdicción Voluntaria. Instituto Español de Derecho Procesal. España. 1955. Pág. 460.

Es la posición defendida por Carnelutti. La opinión de este indiscutible maestro, es sin duda de las más elaboradas y originales que se han formulado, lo que exige dar a la exposición de sus tesis una mayor extensión.

Para alcanzar el significado de jurisdicción voluntaria propuesto por Carnelutti, es preciso partir de sus concepciones de jurisdicción y administración.

En cuanto a la *jurisdicción*, manifiesta que "lo que la ley declara es que un deber *puede existir* pero no que *existe* y esto no es todavía *dicere ius* porque *ex facto oritur ius*, el derecho nace del hecho y el hecho no es un posible sino un existente. En otros términos, el mandato, para ser mandato, debe ser concreto, no abstracto, no hipotético sino actual. He aquí porque el *ius* en rigor, no es *dictum* hasta tanto el juez, establecida la certeza del hecho y su conformidad con la hipótesis legal, no la declara. No basta, el *ius* no es *ius* si no reacciona contra la *iniuria*... la reacción del derecho a la violación se resuelve ante todo en el pronunciamiento de nuevos mandatos. También este pronunciamiento está comprendido en el *dicere ius*: la *dictio* no es completa si tiende sólo a prescribir lo que debe ser sin tratar de convertir el deber ser en existencia cuando el precepto no es suficiente a tal fin. En suma, establecer el orden no es posible sin restablecerlo cuando el orden ha sido violado. ... (Según tal criterio), el proceso es el método, mediante el cual se obtiene el pronunciamiento oficial de mandatos jurídicos (concretos) ya preexistan o no preexistan leyes (jurídicas), de las cuales los mandatos concretos constituyan aplicación".¹⁹²

Por lo que atañe a la administración, sostiene que "administrar significa obrar para el cuidado de un interés propio o ajeno... El concepto de

¹⁹² CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso*, Editorial Jurídica Europa-América. Traduc. de Santiago Sentís Melendo. Argentina. 1971. Pág. 50.

administración jurídica, sin duda, se ha formado en el campo del derecho público. El derecho público, comúnmente entendido como el conjunto de fenómenos jurídicos que se refieren al interés público, comprende ante todo las zonas de la legislación y de la jurisdicción, puesto que así la formación de la ley lo mismo que la gestión del proceso se hacen no ya en interés de personas determinadas, sino de todos aquellos que constituyen la comunidad; pero es antigua la intuición de que estas dos zonas no lo agotan. Desde hace largo tiempo se ha observado que los intereses públicos no se proveen suficientemente con las leyes y con los procesos, sino que debe concurrir una actividad análoga a aquella que cumplen los particulares para satisfacer sus necesidades elementales... a la que primeramente se dio el nombre de *ejecución* y hoy, en cambio, se le da el de *administración*. En consecuencia, la administración es... aquella forma o aquel método de producción del derecho, que comprende además del derecho público también el campo del derecho privado; mientras legislación y jurisdicción se refieren exclusivamente al derecho público, la administración se extiende al derecho privado. La administración es pública en cuanto las partes no están normalmente en pie de igualdad; de todos modos, el carácter público de la parte garantiza una conducta, que tenga en cuenta según justicia también el interés de la otra parte y por eso la hace idónea para producir el mandato".¹⁹³

Determinados los conceptos de jurisdicción y administración Carnelutti se refiere al *proceso voluntario*, lo que es de por sí significativo, y considera a la jurisdicción voluntaria como jurisdicción no contenciosa; es decir, *el proceso, en el cual se ejercita la jurisdicción voluntaria, es típicamente un proceso sin litis*.

A fin de saber lo que el juez hace, en estos casos, no basta haber observado que no opera en presencia de una litis; así, todo lo que se

¹⁹³ Ibidem. Págs. 32-33.

comprende es la jurisdicción voluntaria no es la jurisdicción contenciosa, lo que precisamente con el adjetivo es lo que se quiere decir, pero el problema se refiere al sustantivo y no al adjetivo: se trata de saber si estamos todavía frente a algo que merece llamarse jurisdicción.

Lo que reclama la obra del juez, en estos casos, en lugar de ser una litis, es un **negocio**. Negocio (quehacer) en verdad, no quiere decir otra cosa que **algo a hacer**.

Pues bien, se pregunta si entre la litis y el negocio hay algo en común, siendo su respuesta la siguiente:

El punto de sutura está en el concepto de **desobediencia**. Pero también esta es una palabra que debe ser vigilada; en otro caso se corre el riesgo de confundirla con **incumplimiento**. Obedecer (**ob-audire**) significa verdaderamente dar **oidos**; por eso, la simple pretensión lo mismo que la simple oposición infundada se resuelve en una desobediencia, aunque de ellas no nazca un incumplimiento.

¿Cómo se hace, pues, para reaccionar cuando la desobediencia toma la forma de la litis de pretensión a la cual corresponde el proceso de mera declaración de certeza? Sabemos que la reacción consiste en encomendar al juez una **interpretación vinculante de la norma jurídica**. Esta solución sugiere la solución análoga para el caso en que desobedecer esté solamente en potencia en lugar de estar ya en acto. Hasta tanto que se dirige a un consultor, el **subditus** no está nunca a seguro del error; para ponerlo a seguro basta que se dirija al juez. Y cuando por la importancia del negocio, el peligro de la desobediencia es particularmente grave, es natural que al dirigirse al juez aparezca puesto en condición de la eficacia de los actos a cumplir para el desarrollo del negocio. De estas reflexiones resulta claramente la analogía del

proceso de declaración de certeza, el cual tiende a reprimir la desobediencia ya verificada, con aquel otro proceso, mediante el cual se previene una desobediencia, que se puede verificar.

Por tanto (concluye Carnelutti) que la jurisdicción voluntaria es verdadera jurisdicción resulta tanto del fin como del medio: del fin, porque ella constituye, lo mismo que la jurisdicción contenciosa, un remedio contra la desobediencia, aun cuando en potencia mas bien que en acto; del medio, porque la reacción se cumple mediante la declaración de certeza, respecto de la cual ya sabemos que consiste en una elección oficial que se sustituye a la elección del particular; y precisamente en una elección hecha *super partes* y por eso *imparcial*, confiada a un órgano como es el juez que opera no en interés sino con la colaboración de las partes, para garantizar el orden, necesario para la salvación del individuo lo mismo que de la sociedad.¹⁹⁴

La originalidad del criterio de Carnelutti radica en fundamentos de carácter preventivo de la jurisdicción voluntaria como remedio contra las desobediencias, que aun están latentes y no concretizadas.

III.3.2. La jurisdicción voluntaria no es jurisdicción.

Por otro lado y frente al anterior criterio, autores como Gómez Orbaneja y Alcalá-Zamora, entre otros muchos, han declarado que la jurisdicción voluntaria NO ES jurisdicción, justificando su adhesión a esta corriente de la manera siguiente:

El primero de ellos (Gómez Orbaneja) afirma que "la llamada jurisdicción voluntaria no es jurisdicción; la actividad (no necesariamente

¹⁹⁴ Cfr. Ibidem. Págs. 71-74.

judicial) que se cumple en ella, no es proceso. Por tanto la materia no entra por sí misma en el Derecho procesal. Pero este no puede desentenderse de ella en cuanto... actividad atribuida en parte a los jueces y tribunales...".¹⁹⁵

Estamos de acuerdo con el autor español de que la jurisdicción voluntaria no es un proceso porque los elementos de éste son: partes, juez y conflicto, mismos que no se presentan en la jurisdicción voluntaria.

Por su parte, Alcalá-Zamora, afirma que "la jurisdicción voluntaria no sería mas que actividad judicial (no jurisdiccional) *extraprocesal* o *extralitigiosa*; ya que en la jurisdicción voluntaria el litigio está *ausente*, a veces *latente* (como en la conciliación, el deposito para litigar o la habilitación para comparecer en juicio), pero nunca *presente*. Y concluye que en todo caso el investigador de la jurisdicción voluntaria habrá de consagrar especialísima atención a un aspecto que muchos aprioristas desdeñaron: adentrarse por el abigarrado conjunto para *clarificar* los procedimientos que la integran de acuerdo, por ejemplo, con su objeto, con su naturaleza o con su finalidad. Sólo cuando se hayan realizado a fondo esa tarea estaremos en condiciones de afirmar si la jurisdicción voluntaria forma uno sólo o bien diversos territorios jurídicos".¹⁹⁶

El maestro Alcalá-Zamora y Castillo considera que la jurisdicción voluntaria como mera actividad judicial porque la misma se desarrolla fuera de un proceso o litigio.

¹⁹⁵ GOMEZ ORBANEJA, Emilio. Op. Cit. Pág. 58.

¹⁹⁶ ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria. En Estudio en Honor de Enrico Redente. Italia. 1951. Págs. 51-52.

III.3.3. La jurisdicción como una actividad de carácter administrativo.

La adhesión a la tercer corriente (aquella que considera a la jurisdicción voluntaria como una actividad de carácter administrativo), es mayoritaria y el fundamento de este criterio lo hallamos en Guasp, quien indica que "no es auténtica jurisdicción por no comprender verdaderas actuaciones procesales, ni existir conflicto inter partes. Por tanto, la naturaleza de la llamada jurisdicción voluntaria, tiene que buscarse en otro ámbito jurídico. Es indudablemente en el campo de la administración, pues siendo administración cualquier actividad de realización de los fines de interés general, distinta tan sólo de la actividad legislativa y de la actividad procesal, no queda otro cauce, dentro de las figuras del derecho público, al que la jurisdicción voluntaria indudablemente pertenece, dada la presencia en ella de un órgano del Estado, que atribuirle un cometido estrictamente administrativo. ... La jurisdicción voluntaria implica todas las funciones en que un órgano de la jurisdicción actúa como administrador, pero como administrador del derecho privado; esto es, realizando, cerca de las relaciones jurídicas de derecho privado, cometidos que no son jurisdiccionales, sino administrativos, esto implica la presencia de órgano jurisdiccional y existencia de un objeto jurídico privado, sobre el cual se verifica una tarea que no es procesal; sin embargo, sino administrativa. La jurisdicción voluntaria es, por lo tanto, la administración judicial del derecho. En la jurisdicción voluntaria no hay una pretensión procesal por no existir un conflicto entre partes, esta es la distinción fundamental entre la jurisdicción contenciosa frente a la voluntaria".¹⁹⁷

Con sólo dos elementos (carencia de verdadera actuación procesal y conflicto), este autor pretende sustraer del ámbito judicial a la jurisdicción

¹⁹⁷ GUASP, Jaime. Op. Cit. Pág. 156-157 y 346.

voluntaria.

Guasp al referirse a la correlación que existe entre jurisdicción y proceso, afirma que "se desconoce este principio cuando, por un criterio demasiado amplio, se agrupan los órdenes jurisdiccionales incluyendo algunas categorías que no tienen verdadera significación procesal; así cuando se divide a la jurisdicción en **contenciosa y voluntaria**, pues la jurisdicción voluntaria no es una figura jurídica procesal auténtica, sino una figura administrativa que, por razones de diversa índole, se confía a órganos judiciales".¹⁹⁸

Este autor no fundamenta con claridad el por qué debe atribuirse a la jurisdicción voluntaria carácter administrativo; únicamente se limita a señalar que **por diversas razones** sin enunciarlas.

Son de esta opinión, Francisco Velasco Gallo y Aldo Bacre, siendo que el primero señala que, "la jurisdicción graciosa o jurisdicción administrativa, llamada voluntaria, es aquella en la que el juez realiza funciones administrativas y las ejerce cuando los particulares solicitan su intervención para el perfeccionamiento o legalización de determinados actos... Se ejerce siempre **inter volentes**, esto es, a solicitud o por consentimiento de las dos partes".¹⁹⁹

Este autor reduce la investidura del juez a un autenticador toda vez que, lo limita a perfeccionar y legalizar los actos entre particulares.

El segundo, manifiesta que, "en la llamada **jurisdicción voluntaria**, el órgano judicial despliega actividades de carácter administrativo, las cuales le pueden ser sustraídas a su conocimiento para ser entregadas a organismos de la Administración Pública, sin desmedro de las garantías

¹⁹⁸ Ibidem. Pág. 110.

¹⁹⁹ VELASCO GALLO, Francisco. Derecho Procesal Civil. Sexta Edición. Cuzco. 1987. Pág. 159.

constitucionales del proceso, cosa que no puede ocurrir en la jurisdicción contenciosa... no se trata de jurisdicción sino de administración... Tampoco es *voluntaria*, toda vez que necesariamente se ha de recurrir al juez para resguardo de los determinados derechos que la ley pone en su custodia".²⁰⁰

Aldo Bacre refuerza su criterio diciendo que no se vulneran las garantías constitucionales del proceso, si le fueran sustraídas al Poder Judicial las actividades de jurisdicción voluntaria.

Justifican que la jurisdicción voluntaria es una actividad administrativa por *la ausencia de cosa juzgada* y en este sentido, Allorio, señala que, "el efecto declarativo (cosa juzgada) es el signo inequívoco de la jurisdicción verdadera y propia y es incompatible con la llamada jurisdicción voluntaria que debe relegarse entre la actividad administrativa. Ninguna clasificación de los actos estatales puede resultar, precisamente, más fructuosa que la que los agrupa en actos *jurisdiccionales*, es decir, desprovistos de esa eficacia, por el otro. Por ello, esa excepcional prerrogativa de conformar a su propio contenido la situación de derecho, en vez de estar condicionado a ella en su propia validez, son de ordinario el resultado final de un procedimiento particularmente calificado, denominado *proceso de declaración de certeza*, cuya solemnidad, complejidad y gradualidad representan la justificación política del efecto declarativo, toda vez que ofrecen las garantías sin las cuales no se hubiera dispuesto aquel grave efecto. En consecuencia, la jurisdicción voluntaria es actividad administrativa; esto es, desprovista de cosa juzgada, por ser el resultado de un procedimiento no idóneo para justificar este último efecto, pero signada, en cuanto a la competencia, a órganos habitualmente jurisdiccionales; es decir, que normalmente cumplen una actividad jurisdiccional en sentido

²⁰⁰ BACRE, Aldo. *Teoría General del Proceso*. T. I. Abeledo-Perrot. Argentina. 1989. Págs. 124-125.

propio, productora de la cosa juzgada".²⁰¹

El autor anterior reduce a la jurisdicción voluntaria a mera actividad administrativa del Poder Judicial al carecer ésta de cosa juzgada.

III.3.4. La jurisdicción voluntaria considerada como esencialmente administrativa pero formalmente jurisdiccional.

Asimismo, otros afirman que la jurisdicción voluntaria es una actividad esencialmente administrativa, pero formalmente jurisdiccional y entre los autores que defienden la anterior postura, hallamos a Hernando Morales Molina, quien resume esta posición cuando dice que "existen procesos que se desarrollan sin contradictor, pero en los cuales el Estado debe intervenir por medio del órgano judicial para integrar, constituir o dar eficacia a ciertos actos jurídicos privados. Se confían a los jueces porque estos ofrecen garantía de mayor seguridad que las autoridades administrativas. Además, se asemejan a la jurisdicción en que el órgano judicial es ajeno a la materia sobre la que recae la actuación, se trata de tutelar un interés privado e implican la actuación del derecho objetivo en individualización de la norma para el caso. La jurisdicción voluntaria, constituye uno de los casos más típicos del fenómeno por el que órganos constituidos para ejercer una de las tres funciones ejercen otra que sustancialmente pertenecía a una de las otras funciones existentes: aquí, en el caso de la jurisdicción voluntaria, los actos realizados por el órgano judicial, que por razones subjetivas deberían calificarse de jurisdiccionales, son administrativos, por su fin y efectos. En sustancia pues, la contraposición entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa está en que ésta es jurisdicción, mientras la jurisdicción llamada voluntaria no es jurisdicción sino que es

²⁰¹ Ibidem. Pág. 125.

administración ejercida por órganos judiciales".²⁰²

De acuerdo al autor anterior, la jurisdicción voluntaria se reduce a un trámite que los particulares realizan; pero para que dicho trámite adquiera mayor eficacia, éstos deben acudir ante el órgano judicial; de ahí que señala que la jurisdicción voluntaria es administración ejercida por órganos judiciales.

III.3.5. La jurisdicción voluntaria como administración pública del derecho privado.

Otros más, señalan a la jurisdicción voluntaria como ***administración pública del derecho privado*** y Calamandrei, entre otros, sostiene este criterio, cuando nos enseña que, "constituye uno de los casos más típicos del fenómeno... por el cual, órganos constituidos para ejercer una de las tres funciones de la soberanía, ejercen por excepción, funciones que sustancialmente pertenecerían a una de las otras dos funciones existentes: aquí, en el caso de la jurisdicción voluntaria, los actos realizados por el órgano judicial, que por razones subjetivas deberían calificarse de jurisdiccionales, son administrativos por su fin y por sus efectos. Sólo la jurisdicción llamada contenciosa es jurisdicción, mientras la jurisdicción llamada voluntaria no es jurisdicción, sino que es administración ejercida por órganos judiciales.

Por su contenido, la jurisdicción voluntaria entra en la rama más vasta de la función administrativa que se suele llamar ***administración pública del derecho privado*** y que comprende todas aquellas actividades con las cuales, en formas múltiples y a través de órganos variados, el Estado interviene

²⁰² MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Octava Edición. A.B.C. Colombia. 1983. Pág. 135.

para integrar la actividad de los particulares dirigida a la satisfacción de sus intereses mediante el desarrollo de las relaciones jurídicas. En algunos casos, basta la voluntad de los interesados, manifestada en ciertas formas, para producir los efectos jurídicos deseados, en otros, el efecto no puede producirse si la voluntad de las partes no es integrada con la intervención de un órgano del Estado, el cual o limitándose a una simple verificación de legalidad o también, a veces, entrando a examinar, la oportunidad del acto con criterios discrecionales, obra como colaborador de los particulares para la producción del efecto jurídico deseado por ellos y, por consiguiente, para la satisfacción de los fines que los particulares, a través del negocio se proponen.

Esta administración pública de derecho privado... sin que por esto cambie su naturaleza, se confía por razones de conveniencia práctica o de tradición histórica, a los órganos judiciales y entonces toma el nombre de jurisdicción voluntaria. Esta se puede, por consiguiente, definir como la *administración pública del derecho privado ejercida por órganos judiciales*".²⁰³

El maestro Calamandrei considera a la jurisdicción voluntaria como un trámite integrador de la voluntad de los particulares para satisfacer sus intereses. Además, habla de que la jurisdicción voluntaria ha sido confiada a los órganos judiciales por conveniencia práctica y tradición histórica.

Otro autor, Gimeno Gamarra considera que la jurisdicción voluntaria es administrativa aunque con ciertos rasgos que la aproximan a la actividad jurisdiccional, señalando las diferencias entre la función jurisdiccional y la función administrativa al decir que "la función jurisdiccional tiene por misión

²⁰³ CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América. Argentina. 1973. Págs. 192-193.

específica la realización del derecho o aplicación de la ley a los casos concretos, mientras que la administrativa tiene por misión la realización o cumplimiento de fines de interés general y, si al hacerlo aplica la ley al caso concreto, no lo hace como fin de su actuación, sino como medio de que tiene que servirse para la realización de los intereses que tiene a su cuidado: para la jurisdicción la aplicación del derecho es el fin, mientras que para la administración no es más que un medio para la consecución de sus fines de carácter social.

(Indica también) ... como nota o característica diferencial entre las funciones administrativas y judicial, que en aquella el órgano no actúa como en ésta por encima de los intereses de las partes, sino que ha de situarse en la misma línea de intereses que se tratan de proteger en cada caso. Y ello corrobora la opinión de que la jurisdicción voluntaria es más bien una actividad administrativa que jurisdiccional pues el órgano judicial, en los negocios de jurisdicción voluntaria en que interviene, como actúa con el fin de proteger los derechos de los particulares en ciertos casos en que así se estima procedente, no ha de actuar por encima de los intereses de las partes, sino que ha de procurar la defensa de los intereses cuya protección se le encomienda.

(Concluye)... aunque la jurisdicción voluntaria haya de ser considerada como una función administrativa, presenta ciertos caracteres que la diferencian de la generalidad de los actos administrativos y la aproximan a la actividad jurisdiccional, pues en la mayor parte de la actividad administrativa, el órgano que la ejerce, es sujeto o está interesado en la relación sobre la que recae su actuación lo cual no sucede en la jurisdicción voluntaria, en la que, de modo análogo a lo que sucede en la actividad jurisdiccional, el órgano es ajeno a la materia sobre la que recae su actuación".²⁰⁴

²⁰⁴ GIMENO GAMARRA, Rafael. Op. Cit. Págs. 460-461.

Desde su punto de vista, este autor nos hace ver que la administración se halla encima de la jurisdicción (el Ejecutivo tiene a su mando al Judicial), olvidándose que ambos poderes integran la triada que fundamenta la Teoría de la División de los Poderes de un Estado democrático como el nuestro. Ahora bien, si el Poder Administrativo tiene a su cuidado el interés general o social de la nación, ha encontrado (desde el criterio del autor) un colaborador de muy alto rango, pues considera al Poder Judicial como su ayudante no como un poder independiente que tiene a su cargo la particularísima función de ser el tutelador del orden jurídico.

III.3.6. La jurisdicción voluntaria como actividad autónoma y equidistante de la propia jurisdicción y de la propia administración.

Entre aquellos que opinan que la jurisdicción voluntaria constituye una actividad autónoma y equidistante de la propia jurisdicción y de la propia administración, hallamos a Fazzalari, Font Boix y Mezquita del Cacho.

El primero de ellos, Elio Fazzalari, menciona que la jurisdicción voluntaria "no es propia jurisdicción porque no hay incumplimiento-lesión del Derecho sustantivo; tampoco es administración porque son distintos, el sujeto u órgano a quien se encomiendan, así como el régimen de controles e impugnaciones, y los mismos integran una categoría unitaria con características comunes distintas de la jurisdicción y de la administración".²⁰⁵

La definición anterior no resulta clara, porque habla de que la jurisdicción voluntaria ni es jurisdicción propia ni es función administrativa, sino una tercer especie, que no define ni tampoco menciona sus características y que

²⁰⁵ FAZZALARI, Elio. Instituciones de Derecho Procesal. Quinta Edición. Padova. Italia. 1953. Pág. 156.

la denomina autónoma.

Según Vicente Font Boix, la jurisdicción voluntaria "no es verdadera jurisdicción, porque no concurren en ella los datos definidores de esta última, destacados por la doctrina procesalista. La ampliación del concepto *aplicación o actuación del derecho* para poder englobar en él la actividad judicial contenciosa y voluntaria es repudiable, pues de aceptarse una idea tan general, resulta que no sólo los jueces, sino los otros órganos del Estado aplican o actúan el derecho. Tampoco puede afirmarse que sea administración. La opinión general que atribuye naturaleza administrativa a la jurisdicción voluntaria parte de un concepto residual de aquella, propio de la teoría de división de poderes. Admitida hoy la crisis de la clasificación tripartita, no hay razón alguna para seguir estimando como actividad administrativa la propia de la jurisdicción voluntaria en la que la circunstancia de ejercitarse sobre intereses típicamente privados, contrasta con la ejercida por la administración, que tiene como criterio teleológico definidor el perseguir inmediatamente la satisfacción de un interés público; es distinto, además, el régimen de jerarquía y el de recursos. La llamada jurisdicción voluntaria constituye una actividad autónoma del Estado, caracterizada por la circunstancia de actuarse una función pública sobre relaciones o intereses jurídicos privados".²⁰⁶

Font Boix, ubica a la jurisdicción voluntaria como figura autónoma sin fundamentos sólidos, porque no es suficiente sustraerla del ámbito judicial por no contener todos los elementos definidores del proceso; tampoco es bastante que en virtud de la crisis tripartita del poder y del carácter administrativo residual, para sustraerla del Poder Ejecutivo, pues no se puede concebir una actividad autónoma que no otorgue seguridad a los intereses de

²⁰⁶ FONT BOIX, Vicente. El Notario y la Jurisdicción Voluntaria. Congresos Internacionales del Notariado Latino. España. 1975. Pág. 142.

los particulares.

Más recientemente, José Luis Mezquita del Cacho, ha destacado que "urge... en toda sociedad que se halle en proceso avanzado de desarrollo, impedir a toda costa incrementos conflictuales en torno a la disponibilidad movilizadora de los bienes básicos y de inversión... Se precisa un sistema de garantías que permita asegurar que en este tipo de cuestiones, el recurso al sobrecargado aparato judicial (y a sus necesariamente lentas deliberaciones) no sobrepasará unos índices moderados, compatibles con el pulso ordinario del conjunto de los procesos de producción y cambio, y asumibles por tanto por la sociedad. Y ello sólo es factible si se organiza un adecuado sistema cautelar de *prevenciones disuasorias de la controversia especulativa*, al tiempo que propiciadoras de la concurrencia, en los actos de tráfico, de todos los presupuestos de realidad y de legalidad cuya falta sea susceptible de provocar el conflicto; así como enervadoras... de cuantas circunstancias allanan el terreno a la mala fe en la contratación; mas siempre que esta organización no suponga recurrir sistemáticamente de nuevo a la estructura judicial, de manera que se le recargue por un lado lo que intenta aliviársele por el otro...".²⁰⁷

Ese sistema cautelar está integrado como subsistemas por el notarial, el registral y el de la denominada jurisdicción voluntaria a cargo de jueces y fiscales con fines de amparo especial, preventivo y de autoridad, de intereses de minusdefensos. Ese sistema cautelar no es administrativo, ni procesal, sino que el Derecho cautelar es una rama que ha de cobrar existencia propia junto al Derecho procesal y al derecho administrativo.²⁰⁸

²⁰⁷ MEZQUITA DEL CACHO, José Luis. Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar. Vol. I. Bosch. España. 1989. Pág. 339.

²⁰⁸ Cfr. *Ibidem*. Pág. 353.

Por ello dice, "no es pues procesal sino cautelar, de amparo preventivo, la actividad judicial y del Ministerio Público en toda actuación del orden tan impropia como tradicionalmente llamado jurisdicción voluntaria; y las razones de que la tutela jurídica preventiva sea en estos casos una tutela de autoridad a cargo de las instituciones de amparo, sin que al Ordenamiento pareciera bastante una simple tutela de función técnica, se hallan en las circunstancias de necesidad de amparo, ya subrayadas insistentemente, que concurren en estas situaciones especiales.

No percibir exactamente estos contornos hizo caer en una propuesta tan ambigua, perpleja y en definitiva errónea en el plano sistemático, como la de la jurisdicción voluntaria, vestimenta prestada que venía grande para el objetivo caracterizador, e impedía diferenciar y emancipar el sector de acción, haciendo que el conjunto se reenviara a bandazos de la jurisdicción a la administración y vuelta a empezar. Aspiramos a que la noción de sistema cautelar, y dentro de él la de amparo judicial preventivo sirvan a poner fin a esa historia interminable".²⁰⁹

En un primer momento, no entendíamos porque este autor pugna por un sistema de garantías que permita asegurar que se eviten a toda costa incrementos conflictuales en torno a la disponibilidad movilizadora de bienes básicos y de inversión (por mala fe), aún cuando el primero de julio de 1985, se promulgó en España la Ley Orgánica del Poder Judicial, dotando de autonomía absoluta a este Poder, así como la facultad exclusiva de conocer de todo tipo de procesos; pero deteniéndonos un poco y reflexionando concluimos que, José Luis Mezquita del Cacho propuso la creación del Derecho Cautelar porque tales reformas realizadas al Poder Judicial, no han sido suficientes, desde su punto de

²⁰⁹ Ibidem. Pág. 192.

vista, para seguir el paso a la actividad económica global.

III.4. La intervención del notario en asuntos extrajudiciales.

El fundamento de la intervención del notario en asuntos extrajudiciales, lo hallamos en el artículo 166 de la vigente Ley del Notariado, que a la letra establece lo siguiente:

Art. 166. En los términos de esta ley se consideran asuntos susceptibles de conformación por el Notario mediante el ejercicio de su fe pública , en términos de esta Ley:

I. Todos aquellos actos en los que haya o no controversia judicial, los interesados le soliciten haga constar bajo su fe y asesoría los acuerdos, hechos o situaciones de que se trate;

II. Todos aquellos en los que, exista o no controversia judicial, lleguen los interesados voluntariamente a un acuerdo sobre uno o varios puntos del asunto, o sobre su totalidad, y se encuentren conformes en que el notario haga constar bajo su fe y con su asesoría los acuerdos, hechos o situaciones de que se trate, siempre que se haya solicitado su intervención mediante rogación.

²¹⁰ III. Todos aquellos asuntos que en términos del Código de Procedimientos Civiles conozcan los jueces en vía de jurisdicción voluntaria en los cuales el notario podrá intervenir en tanto no hubiere menores no emancipados o

²¹⁰ Reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de fecha 14 de septiembre de 2000.

mayores incapacitados. En forma específica, ejemplificativa y no taxativa, en términos de este capítulo y de esta ley:

a) En las sucesiones en términos del párrafo anterior y de la sección segunda de este capítulo;

b) En la celebración y modificación de capitulaciones matrimoniales, disolución y liquidación de sociedad conyugal,

c) En las informaciones ad perpetuam, apeos y deslindes y demás diligencias, excepto las informaciones de dominio.

Ahora bien, de acuerdo a la actual Ley del Notariado, dicha función tiene como coraza la Constitución, la ley, la equidad, el orden público y las autoridades que en conjunción con la buena fe, dan como estructura un notariado fuerte e independiente, fundamentando su intervención en el instrumento público como un recipiente en donde todos los ingredientes se mezclan, actuando y participando mediante un sistema como garantía de seguridad jurídica que tendrá como finalidad dar protección a los individuos, que en el ejercicio de sus derechos tendrán libertad de elección, para suplir sus necesidades mediante una función de orden público que el notariado ejerce como oficio jurídico, otorgando asesoría imparcial que quedará plasmada en el instrumento público, que tendrá reconocimiento público y social y la conservación del fondo y la forma, para estar al servicio del bien y paz jurídicos, en la justa medida que se les requiera.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, el notario interviene como auxiliar de la administración de justicia, con atribución específica restringi-

da para dar formalidad a los mandatos judiciales y asuntos de los particulares que no impliquen actividad jurisdiccional.

En el Título Segundo, Capítulo Cuarto de la actual Ley del Notariado, lo titulan ***De la competencia para realizar funciones notariales en asuntos extrajudiciales y de la tramitación sucesoria ante notario***, considerando que tal competencia deriva de la atribución específica restringida toda vez que, interviene en asuntos extrajudiciales para dar formalidad a los mandatos judiciales y asuntos de los particulares que no estén reservados a la autoridad judicial.

Por otro lado, para nosotros el notario no solo es un auxiliar de la administración de la justicia sino es auxiliar de la justicia preventiva; tal vez nuestra falta de entendimiento nos ha llevado a buscar en la historia y reacomodar a quienes han ejercido la función notarial y, ¿quiénes han intervenido en esto? Pues sólo aquellos que fundamentan su ejercicio profesional en valores que han perdurado por todos los siglos y que han aceptado que su conciencia es la primera que debe ser cambiada, despojándose de sí mismos para poder percibir las consecuencias que se suscitarán al exteriorizar un acuerdo de voluntades o de la expresión del consentimiento o por una asesoría equivocada. El plano general que abarca esta justicia preventiva incumbe a todas las instituciones que ejerzan una jurisdicción avalada por nuestra Constitución; es decir, no es propiedad exclusiva de algún Poder, porque todos estos deben fundamentarse en ella, señalándonos quienes pueden ejercerla y delegarla, de acuerdo a la función que les corresponde.

El papel que ha desempeñado el notariado en toda la historia ha beneficiado como instrumento a la seguridad jurídica; de ahí que ***el notariado surja a causa de la seguridad jurídica y no que la seguridad jurídica***

emerja por causa del notariado.

La justicia como virtud se manifiesta de diversas formas: una de ellas es la delegación del poder individual a órganos estatales (Legislativo, Ejecutivo y Judicial locales) para que éstos seleccionen a un grupo de individuos (notarios) donde delegar dicho poder del pueblo para que a la vez éstos se conviertan en guías de la justicia a través de la asesoría legal.

Con lo anterior se clarifican los valores que compondrán el orden ético, social y normativo que se proyecten en una libertad de acción de los notarios que buscarán el bien común, teniendo como resultado una justicia preventiva. Esta se ve materializada (la justicia preventiva) en las garantías que disfrutan los individuos, conjuntándose el derecho con la justicia preventiva; es decir, lo que es con el deber ser, dándole a la justicia preventiva una característica de permanente y continua, para lo cual, el Estado participará constatándola, verificándola y haciéndola cumplir, para que los individuos la disfruten por medio de la ley.

La ley (Constitución) como origen y causa de las facultades otorgadas a cada poder, tiene como objetivo su unificación para proteger a la población; por ende, el notariado es un instrumento del Estado que mediante la delegación de facultades, coadyuva por medio de un sistema, a que el propio Estado cumpla con uno de sus fines primordiales que es la justicia preventiva; de ahí que el notariado goce de autonomía limitada. Decimos que es limitada porque no puede ser independiente de la supervisión, control y regulación por parte del Estado.

La justicia preventiva se traduce en seguridad jurídica, siendo una garantía de los individuos y teniendo como instrumento de apoyo al notariado, como lo establece el artículo 3º de la Ley del Notariado para el Distrito Federal

que dice que, el notariado es una garantía institucional; si tomamos en cuenta lo establecido en Roma en la segunda etapa de la *cessio in iure*, se dieron por escrito los negocios de orden civil y procesal, formando instrumentos públicos con protección jurídica para la expresión jurídica del pueblo, haciéndose el Estado potestativo de ella y para lo cual reglamentó su orden y su función ejerciendo la fe pública, etapa en la que se dispensó al Magistrado, dándosela al Tabulario, al Tabellio y al Notarii en asuntos de orden público.

Ahora bien y de acuerdo a la actual Ley del Notariado, se establece en su artículo 6º que, esta Ley regula el tipo de ejercicio profesional del derecho como oficio jurídico consistente en que el notario, en virtud de su asesoría y conformación imparcial de su documentación en lo justo y concreto del caso, en el marco de la equidad y el Estado Constitucional de Derecho y de la legalidad derivada del mismo, reciba por fuerza legal del Estado, el reconocimiento público y social de sus instrumentos notariales con las finalidades de protección de la seguridad jurídica de los otorgantes y solicitantes de su actividad documentadora.

El artículo 7º de la propia Ley señala lo siguiente: Esta ley establece como principios regulatorios e interpretativos de la función y documentación notarial: I. El de conservación jurídica de fondo y forma del instrumento notarial y de su efecto adecuado; II. El de la conservación del instrumento notarial y de la matricidad en todo tiempo del mismo...

Por su parte, el artículo 6º habla de los instrumentos notariales, considerando que la esencia de su contenido es la voluntad de los interesados y la fe pública de la que el Estado es potestativo, delegándola a la función notarial. Aunado a lo anterior, el artículo 76 de la propia ley establece que, los

instrumentos públicos son propiedad del Estado.

Ahora bien, debemos tener presente que le corresponde al Estado la protección jurídica, pues es uno de sus fines primordiales; de ahí que delegue a los notarios la atribución específica restringida para que, en su nombre y representación, se ostenten como auxiliares de la administración de justicia; luego entonces, los instrumentos notariales tienen fuerza legal, no en virtud del reconocimiento público y social, sino por el ejercicio de la atribución específica restringida.

Es por las razones anteriores, que el Estado interviene proveyendo de estas necesidades a los gobernados para prevenirlos en sus actuaciones frente a los demás, dando al notario el poder-deber; es decir, intervenir restrictivamente en determinados asuntos, siempre y cuando se ajuste a la legislación aplicable y no rompa el principio de seguridad jurídica.

Es necesario determinar la forma, contenido y función de la atribución específica restringida que ejercen los notarios:

FORMA:

- a) Comparecientes.
- b) Notario.
- c) Función notarial.
- d) Sistema notarial.
- e) Instrumento público.

CONTENIDO:

- a) Consentimiento o acuerdo de voluntades.
- b) Actos o hechos jurídicos.
- c) Fe pública notarial.

FUNCION:

- a) Prevención de conflictos.
- b) Valor y fuerza legales.

CAPITULO IV

DIFERENTES FEDATARIOS

IV.1. Secretario de Acuerdos.

El secretariado surge, "por obra de la complicación del proceso y subsiguiente necesidad de reducir a escrito las actuaciones y merced a él actúa el que llamamos poder de documentación. La historia confirma este punto de vista; competentes en el arte de escribir eran los escribas egipcios; especie de taquígrafos los *logographi* del Derecho imperial y los *notarii* y *charlutarii*, que perduraron hasta la época del Bajo Imperio. Estas funciones originalmente mecánicas, adquieren rango más alto cuando se les atribuye fe pública y la condición de funcionarios que, en uso de un poder que especialmente se les confiere, prestan autenticidad al escrito que redactan o al pacto en que intervienen, otorgándoles condición más *relevante* que la de sencillo testimonio privado, efecto, el más importante de la fe pública judicial y extrajudicial. Este carácter de *fedatarios* les otorgaban las antiguas leyes españolas, tales como el Fuero Juzgo (Ley IX, tít. V, lib. VIII) y las Partidas (Tít. IX, ley I, part. III), que ya atisbaban la importancia de la misión que a los Secretarios se confía, cuando decían que *el pro que pasce de ellos es muy grande quando fazen su oficio fiel e lealmente, ca se desembargan las cosas que, son menester en el Reyno por ellos, a finca remembranza de las cosas pasadas, en sus registros, en las notas que guardan en las cartas que fazen*".²¹¹

Secretario deriva de la voz latina "*secretarius* (*secretaria*, *secretarium*) que significa *confidente*, depositario de secretos, derivado a su vez de *secretum* (*secreti*) secreto".²¹²

²¹¹ PLATA, Manuel de la. Citado por PALLARES, Eduardo. Op. Cit. Pág. 721.

²¹² COUTURE, Eduardo J. Vocabulario Jurídico. Op. Cit. Pág. 533.

Por secreto debemos entender "reserva; sigilo; deber inherente a la función de los abogados, procuradores, jueces y secretarios, que les impone la omisión de hacer saber a otras personas las circunstancias relativas a los procesos en que intervienen y que por su índole no deben ser difundidas".²¹³

Ahora bien, por su forma y contenido, por ser relatos o reconocimientos insertos en las actuaciones judiciales o en los pronunciamientos decisivos del juez, la fe pública judicial "se origina en el ámbito procesal circunscrito a los asuntos y cuestiones sometidos a su decisión, que es tanto como decir en presencia de conflictos o desinteligencias que no han tenido solución privada. En tal sentido se debe tener presente la distinción que se hace entre las normas jurídicas que resuelven el conflicto y aquellas que se dirigen a lograr su reconocimiento o realización denominados de forma instrumentales. Rigores formales circunscriben y relegan la fe pública judicial al orden jurisdiccional. Jurisdicción, a ese respecto, es potestad de conocer y decir declarando (o diciendo) derecho en caso cuestionado (jurisdicción). El funcionario público competente para dar fe del acto procesal y autorizar el documento respectivo, es el secretario judicial.

Es (desde luego), una función autenticadora similar a la notarial, pero diferente por la modalidad de su intervención y consiguiente eficacia constitutiva de las relaciones jurídicas. Claro está que la función del secretario en el acto jurídico procesal que autentica no es el relevante cometido extrajudicial asignado al notario. En verdad, el secretario es un mero testigo del acto de refrendar, que no refiere al contenido del documento sino a su validez formal e interna en el ámbito jurisdiccional.

²¹³ Idem.

Así como las formalidades del acto tienen analogía u obedecen al mismo rigor técnico notarial, difiere la actuación del secretario en cuanto al fondo del asunto, o derecho sustantivo, que compete al juez en el proceso y al notario en el instrumento que autoriza. En el orden judicial, la articulación documental enderezada a los esclarecimientos indispensables para la decisión final, incluso las audiencias en cuanto transcurren en la secuela de los juicios, son materia inherente a la fe pública, pero son todos actos de formación, para su definitiva apreciación en la sentencia.

Además, la fe pública originaria, consecuencia de la evidencia y coetaneidad de los hechos, de autenticidad innegable, que presencia el secretario judicial, se halla circunscrita a los episodios procesales de estrecha vinculación con el juicio. Más son los actos de fe pública derivada, en cuanto compete al secretario la certificación de los documentos y de su recepción o copias. La incorporación de esos documentos se tendrá como inexistente sin la aseveración del secretario.

Cuando se dice que el acopio documental tiene por objeto su coordinación para su análisis dentro del rigor propio de la ley, se pone en evidencia que una de las notas características de la fe pública judicial es la falta de autonomía de cada uno de los actos procesales. Decide, por último, el juez y la sentencia, para su validez, requiere la firma del secretario que la refrenda. Esos elementos forman la fe pública judicial con su contenido de verdad. Una vez ejecutoriada, adquiere la sentencia la firmeza y eficacia oponible erga omnes".²¹⁴

²¹⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XXV. Op. Cit. Pág. 67.

Abundando sobre la fe pública judicial, Luis Carral y Teresa manifiesta que, "es aquella de que gozan los documentos de carácter judicial. El funcionario competente para dar fe del acto procesal, es el secretario judicial, cuya función autenticadora es, esencialmente, igual a la del notario; diferenciándose sólo en los modos de intervención. Dice Beceña (citado por Núñez Lagos) que, la función del secretario es mucho menos importante que la del notario, pues aquél es un mero testigo del acto que cumple el juez ante él, limitándose el secretario a **autenticarlo**; pero siendo el magistrado perito en Derecho, ni tiene obligación de consultar con aquél, ni el secretario derecho a intervenir en nada que se refiera a la **validez** del acto, fuera de su documentación. El notario, por el contrario, **constituye** la relación jurídica, con validez formal interna, aumentando así el ámbito de aplicación pacífica del Derecho".²¹⁵

Por su parte, el autor español Luis Breceña, afirma que la fe pública judicial "es la debida a lo documentos de carácter judicial".²¹⁶ Y en relación al secretario judicial manifiesta que "es el funcionario público competente para dar fe del acto procesal y autorizar el documento adecuado. La función autenticadora del secretario es, en esencia, igual que la del notario. No en balde ambos cargos estuvieron fusionados hasta la Ley del Notariado de 1862. Las diferencias se acusan más que en la función fideifaciente, en los modos de interferir el acto en cuanto a su **legalidad** y a la eficacia constitutiva de las relaciones jurídicas... Legalmente, el secretario es un mero testigo del acto que el juez cumple ante él, limitándose a **autenticarlo**; pero siendo el Magistrado perito en Derecho, ni tiene obligación de consultar con aquél, ni el secretario derecho a intervenir en nada que con la **validez** del acto se refiera, fuera de su documentación... Notario y secretario tienen a su cargo la

²¹⁵ CARRAL Y DE TERESA, Luis. Op. Cit. Pág. 59.

²¹⁶ Citado por Nueva Enciclopedia Jurídica. T. IX. Op. Cit. Pág. 643.

observancia de las formalidades del acto. Pero el fondo del mismo, el derecho sustantivo, corresponde en el proceso al juez y en el instrumento público al notario. Por otra, el notario tiene a su cargo el asesoramiento jurídico de las partes, no sólo en el instrumento-advertencia, sino más allá del negocio jurídico concreto en lo que las partes necesiten (deber de consejo legal). Al secretario judicial no le incumbe el asesoramiento de las partes (misión del abogado) ni menos del juez... Respecto del juez, el secretario tiene deberes de asistencia técnica... La actividad de documentación del órgano judicial (única que interesa a la fe pública) pertenece, dentro la afortunada clasificación de los actos procesales hecha por Guasp, seguida por Fenech y Viada, a los actos de narración de documentación propiamente dichos y en actos de corporación (de escritos y documentación fuera del proceso)... El secretario tiene fe pública originaria cuando la narración del hecho acaecido ante su vista consta en los mismos autores; derivativa, en los testimonios, apuntamientos, oficios, etc. ".²¹⁷

El maestro Couture, señala que secretario es el "funcionario permanente de los Tribunales de Apelaciones y de la Suprema Corte de Justicia, a quien incumbe refrendar las resoluciones y documentos de la corporación, de llevar las actas de sus deliberaciones, ordenar y custodiar los expedientes y cumplir con los demás cometidos que la ley le asigna".²¹⁸

Similar vocablo a secretario de acuerdo es actuario, quien se desempeña como un "funcionario judicial a quien la ley asigna el cometido de actuar como secretario del juez, refrendar y autenticar las actuaciones, comunicar las resoluciones del proceso y ejercer la jefatura inmediata de la oficina judicial".²¹⁹

²¹⁷ Ibidem. Págs. 643-645.

²¹⁸ COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*. Op. Cit. Pág. 533.

²¹⁹ Ibidem. Pág. 74.

Actuario deriva de la "voz culta del siglo XIX, que aparece primero en inglés *actuary*, de donde lo toma el francés *actuaire* y de ahí el castellano, el italiano, etc. Fue tomada del latín *actuarius* (*actuarii*): actuario, notario; nombre que se daba al funcionario encargado de escribir las actas".²²⁰

Los secretarios de juzgado, de quienes nos ocupamos en especial aquí, son los auxiliares más importantes del juez, con quien colaboran en los actos de reglamentación del proceso. Cabe recordar que con esta denominación se designa aquellos actos específicos que hacen el desenvolvimiento y dirección del proceso, contribuyendo a la acumulación de los elementos de juicio que han de servir de base a la decisión final.

"Al secretario del Juzgado le corresponde, fundamentalmente, ocuparse de todo lo relativo al ordenamiento y custodia de los expedientes judiciales";²²¹ pero para Rafael de Pina Vara, este funcionario es "auxiliar de la administración de justicia, que tiene como tarea principal la de dar fe de los actos realizados en el proceso".²²²

El maestro Eduardo Pallares, afirma que el secretario "es el funcionario judicial que tiene a su cargo dar fe de los actos y de las resoluciones del juez, para que éstos gocen de autenticidad y eficacia jurídica. Prepara el acuerdo, hace certificaciones, compulsas documentos, computa los términos judiciales e interviene en los actos principales del juicio, tales como rendición de pruebas, audiencia de alegatos, etc".²²³

De él da la Enciclopedia Jurídica Básica la siguiente noción: "Funcionario judicial de carácter permanente, con facultad para auxiliar a los

²²⁰ Idem.

²²¹ Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XXV. Op. Cit. Pág. 210.

²²² DE PINA, Rafael. y Rafael de Pina Vara. Op. Cit. Pág. 450.

²²³ PALLARES, Eduardo. Op. Cit. Pág. 721.

tribunales de justicia y dar fe en todos los asuntos en cuyo conocimiento le corresponde. Su misión no se concreta a intervenir sólo en las diligencias judiciales y darles un carácter auténtico, sino que también le incumbe su custodia, el preservarlas de la destrucción e impedir que la mala fe las adultere, siendo tan indispensables estos funcionarios de los juzgados y tribunales, que bien puede afirmarse que constituyen parte inseparable de éstos". ²²⁴

"Al secretario judicial le corresponde ejercer la fe pública judicial, asistir a los jueces y tribunales en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con lo que establece la LOPJ y las leyes procesales, ostentar la jefatura directa del personal de la secretaria, son perjuicio de la superior dirección de jueces y presidentes, la guarda y depósito de la documentación, así como su archivo y la conservación de los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales, responder del depósito de las instituciones legales de cuantas cantidades y valores se produzcan y confeccionar la estadística judicial"... el nuevo Reglamento de 1988 en su artículo I describe de forma más expresiva a los Secretarios judiciales como funcionarios públicos, de carácter técnico, que constituyen, bajo la dependencia del Ministerio de Justicia, un Cuerpo Nacional titulado Superior al Servicio de la Administración de Justicia. Tal concepción no vendría a distinguirlos de otros cuerpos que también están al servicio de la Administración de Justicia, si no fuera por las funciones que tienen atribuidas. Por eso, el párrafo segundo de aquel artículo hace referencia inmediatamente a tales funciones, aunque de forma más ordenada y comprensiva que la LOPJ: Los secretarios judiciales, con el carácter de autoridad, ejercen con autonomía e independencia de fe pública judicial y desempeñaran las funciones de dirección de la oficina judicial y ordenación del proceso que les atribuye la LOPJ y el presente Reglamento". ²²⁵

²²⁴ Enciclopedia Jurídica Básica, Vol. IV. Op. Cit. Pág. 6080.

²²⁵ Idem.

Ahora bien, nuestra legislación, dispone, sobre el tema que estudiamos lo siguiente:

En primer lugar, tenemos al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ordenamiento legal que de acuerdo a las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación, el 24 de mayo de 1996, dispone en su artículo 56, lo siguiente: ***Todos los expedientes se formarán por el Tribunal con la colaboración de las partes, terceros, demás interesados y auxiliares que tengan que intervenir en los procedimientos, observando forzosamente las siguientes reglas.***

IV. Las actuaciones judiciales deberán ser autorizadas, bajo pena de nulidad, por el funcionario público a quien corresponda dar fe o certificar el acto, y...

Asimismo, en el numeral 106, se señala, que ***en el caso de que la actuación requerida a otro órgano jurisdiccional, o a otra autoridad de cualquier índole, de la que debiera enviarse exhorto, oficio, despacho, o mandamiento, se considere de urgente práctica, podrá formularse la petición por telex, telégrafo, teléfono, remisión, facsimilar o por cualquier otro medio, bajo la fe del secretario, quien hará constar la persona con la cual se entendió la comunicación, la hora de la misma y la solicitud realizada, con la obligación de confirmarla en despacho ordinario que habrá de remitirse el mismo día o al siguiente. Del empleo de los medios de comunicación indicados se dejará razón en el expediente, así como de las causas para considerarlo urgente.***

Los testigos, peritos que no constituyan parte, podrán ser citados por correo certificado o telégrafo, en ambos casos a costa de promovente, dejando constancia en autos.

Cuando se haga por telegrama se enviará por duplicado a la oficina que deba trasmitirlo, la cual devolverá, con el correspondiente recibo, uno de los ejemplares que se agregará al expediente, y cuando se realice por correo, se dejará copia del documento en que conste la citación, así como acuse de recibo que recabe el coreo. En todo caso el secretario de acuerdos **dará fe** de que el documento en donde conste la situación se contenga en el sobre correspondiente (Art. 121).

Ahora bien, la trascendencia de la fe pública judicial, la encontramos avalada por el artículo 327 del ordenamiento citado con anterioridad, mismo que señala que son considerados como documentos públicos, las actuaciones judiciales de toda especie (fracc. VIII).

Los instrumentos públicos que hayan venido al pleito sin citación contraria, se tendrán por legítimos y eficaces, salvo que se impugnare 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, constituyéndose al efecto, en el archivo o local donde se halle la matriz a presencia de las partes, si concurrieren, a cuyo fin se señalará previamente el día y 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 (Art. 333).

Las atribuciones de los Secretarios de Acuerdos, se encuentran señaladas en el artículo 58 de la Ley Orgánica del Tribunal de Justicia del Distrito Federal, mismas que a continuación se indican:

I. Realizar emplazamientos y notificaciones cuando lo orden el Juez;

II. Dar cuenta diariamente a sus jueces bajo su responsabilidad y dentro de las veinticuatro horas siguientes a su presentación ante la oficialía de partes del Juzgado, con todos los escritos y promociones, en los negocios de la competencia de aquellos, así como de los oficios y demás documentos que se reciban en el Juzgado;

III. Autorizar los despachos, exhortos, actas, diligencias, autos y toda clase de resoluciones que se expidan, asienten, practiquen, o dicten por el juez;

IV. Asentar en los expedientes las certificaciones que procedan conforme a la ley o que el Juez ordene;

V. Asistir a las diligencias de pruebas que debe recibir el Juez de acuerdo con las leyes aplicables;

VI. Expedir las copias autorizadas que la ley determine o deban darse a las partes en virtud de decreto judicial;

VII. Cuidar que los expedientes sean debidamente foliados al agregare cada una de las hojas, sellando las actuaciones, oficios y demás documentos que lo requieran, rubricando aquéllas en el centro del escrito;

VIII. Guardar en el secreto del Juzgado los pliegos, escritos o documentos y valores cuando así los disponga la ley;

IX. inventariar y conservar en su poder los expedientes mientras se encuentren en trámite en el Juzgado y

entregarlos con las mismas formalidades legales, cuando deba tener lugar la remisión;

X. Notificar en el Juzgado, personalmente a las partes, en los juicios o asuntos que se ventilen ante él, en los términos del artículo 123 y demás relativos del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal;

XI. Cuidar y vigilar que el archivo se arregle por orden alfabético, de apellidos del actor o del promovente en asuntos de jurisdicción voluntaria;

XII. Remitir los expedientes al archivo judicial, a la superioridad o al substituto legal, previo registro en sus respectivos casos;

XIII. Ordenar y vigilar que se despachen sin demora los asuntos y correspondencia del Juzgado, ya se refiera a negocios judiciales del mismo o al desahogo de los oficios que se manden librar en las determinaciones respectivas, dictadas en los expedientes;

XIV. Tener a su cargo, bajo su responsabilidad y debidamente autorizados para su uso, los libros de control del Juzgado, designado, de entre los empleados subalternos del mismo, al que debe llevarlos;

XV. Conservar en su poder el sello del Juzgado;

XVI. Ejercer bajo su responsabilidad, por sí mismo o por conducto de los servidores públicos de la administración de justicia subalternos, la vigilancia que sea necesaria en la oficina, para evitar la pérdida o extravío de expedientes. En cada juzgado existirá una mesa que controlará su ubicación y distribución, que sólo se mostrarán mediante el vale de resguardo respectivo previa identificación, el cual será sellado a la devolución del expediente y entregado en la mesa de salida del Juzgado, y

XVII. Las demás que les confieran las leyes y los reglamentos.

IV.2. Ministerio Público.

En primer lugar, el maestro Couture, nos enseña que Ministerio Público, es la “continuación culta de la expresión latina *ministerium publicum*, en realidad servicio público, pero ya en la época imperial ministerio público. Aquí la palabra *ministerium*, derivado de *minister*, está tomado de la acepción de servicio, tarea, cargo”.²²⁶

Este mismo autor, señala que esta institución es el “conjunto de magistrados, nacionales o departamentales, designados por el Poder Ejecutivo, con el cometido primordial de actuar ante los tribunales, en representación y defensa de la causa pública, en los procesos en que ésta pudiera hallarse comprometida”.²²⁷

²²⁶ COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*. Op. Cit. Pág. 410.

²²⁷ Idem.

Con el objeto de desarrollar este inciso, citaremos en primer lugar, las enseñanzas del maestro Juventino V. de Castro, quien manifiesta lo siguiente:

El Ministerio Público del orden común local, se involucra en los procesos interparte, bajo una muy distinguida calidad de órgano que promueve por equidad y justicia, patrocinando a los débiles y a los impedidos en alguna forma.

Esta Institución, es el representante de los más altos valores morales, sociales y materiales del Estado; en materia civil ordinaria desempeña funciones de tanta importancia como las de materia penal y en el juicio de amparo... es en la materia civil donde con mayor simplicidad se puede comprender la importante función social que el Ministerio Público llena.

En el juicio civil, versan intereses de carácter privado y la intervención del Ministerio Público en tal procedimiento, no se reduce tan sólo a representar y defender el interés público dentro de ese juicio de carácter privado, sino también (y de manera principalísima), vela por los intereses particulares de quienes por alguna circunstancia no están en aptitud de defenderse (ausentes, incapaces y desvalidos), demostrando que el interés general se establece también en esos casos que persiguen el interés privado, viniendo a llenar el Ministerio Público la función altísima de síntesis coordinadora e integradora de los intereses sociales e individuales.

Con lo señalado por el maestro Castro, queda demostrada la trascendental importancia de la función social del Ministerio Público (en materia civil), en su doble aspecto de vigilante de intereses públicos y de intereses privados en consorcio supremo de equilibrio.

“Al lado del Poder Judicial existe una magistratura particular, que si bien no forma parte del mismo, colabora con él en la tarea de administrar justicia y cuya principal función consiste en velar por el incumplimiento de las disposiciones que afecten el interés general. Los funcionarios que lo integran no tienen, dentro del proceso civil, ninguna facultad de instrucción y menos, por consiguiente, de decisión, pues ellas corresponden de manera exclusiva al juez, o sea al tribunal propiamente dicho. Su intervención responde, en efecto, a principios que atribuyen a aquélla caracteres específicos, lo cual explica que en algunos casos actúen como representantes en el proceso mientras que en otros desempeñan simplemente función de vigilancia”.²²⁸

Carnelutti dice que el Ministerio Público “es una figura intermedia entre el juez y la parte y que puede definirse como *parte imparcial*. Por ello, si bien desde el punto de vista de lo que hace se aproxima a la parte y se contrapone al juez, se acerca, por lo contrario, al juez y se contrapone a la parte, bajo el aspecto de la persona por la que actúa, puesto que al igual que el juez, el Ministerio Público no tiene en el proceso un derecho que ejercitar sino un deber que cumplir. Su acción, puede desenvolverse de dos modos, que corresponden, respectivamente, a la substitución y a la intervención, sin que en estricto derecho sea un substituto y un interventor”.²²⁹

Por su parte, Fenech, define al Ministerio Público como “una parte acusadora necesaria, de carácter público, encargada por el Estado, a quien representa, de pedir la actuación de la pretensión punitiva y de resarcimiento, en su caso, en el proceso penal”.²³⁰

²²⁸ PALLARES, Eduardo. Op. Cit. Pág. 563.

²²⁹ Citado por Ibidem. Pág. 565.

²³⁰ FENECH, Miguel. Derecho Procesal Penal. T. II. Segunda Edición. Bosch. España. 1945. Pág. 212.

Entre nosotros, Colín Sánchez, le caracteriza como "una institución dependiente del Estado (Poder Ejecutivo) que actúa en representación de la sociedad para el ejercicio de la acción penal y la tutela social en todos aquellos casos que le asignen las leyes".²³¹

En la primera de las definiciones transcritas, se acentúa la participación del Ministerio Público en el procedimiento criminal, intervención que en México no resume ni limita las tareas de este órgano, extendiendo su dilatada y expansiva actividad (como lo hace en muy numerosos países) a la vigilancia de la legalidad, sea genéricamente, sea en la administración de justicia y a la preservación de ciertos intereses de débiles e incapacitados en el fuero civil, particularmente en la rama familiar, que en últimas fechas ha cobrado autonomía en el cuadro de nuestro régimen jurídico distrital.

El Ministerio Público es una institución dependiente del Estado (Poder Ejecutivo) que actúa en representación del interés social en el ejercicio de la acción penal y la tutela social, en todos aquellos casos que le asignan las leyes.

Este órgano, es una de las instituciones más discutidas desde su nacimiento e instalación en el campo del Derecho de Procedimientos Penales, debido por una parte, a su naturaleza singular y por otra, a la multiplicidad de facetas en su funcionamiento.

Sus orígenes continúan siendo objeto de especulación, su naturaleza y funcionamiento aun provocan constantes y enconadas discusiones.

²³¹ COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Décimo Primer Edición. Porrúa. México. 1989. Pág. 77.

Frente al problema sobre el origen y los caracteres del Ministerio Público, tan diversamente resuelto por los autores, Ayarragaray se sitúa en una perspectiva histórica, al decir que "participa la institución moderna del sello local que la evolución o la historia le ha impreso en cada país y en cada época. Con tal criterio debe estudiarse, verificando en cada caso y en cada circunstancia, sus caracteres esenciales y comunes".²³²

Es vastísima la relación de antecedentes del moderno Ministerio Público, cuyo desarrollo final, es sólo cosa de siglos recientes. Los antecedentes versan siempre sobre figuras encargadas de la formulación de denuncias, de la realización de pesquisas y del sostenimiento de la persecución criminal.

Entre los estudiosos de la materia, algunos pretenden encontrar sus antecedentes en la organización jurídica de Grecia y Roma; otros le otorgan al Derecho francés la paternidad de la institución.

"Se dice que el antecedente más remoto del Ministerio Público está en las instituciones del Derecho griego, especialmente en el *Arconte*, magistrado que en representación del ofendido y de sus familiares o por incapacidad o negligencia de éstos, intervenía en los juicios; sin embargo, tales atribuciones son dudosas y aunque se ha insistido que entre los atenienses la persecución de los delitos era una facultad otorgada a las víctimas y a sus familiares, los datos que obran al respecto no son suficientes para emitir un juicio preciso".²³³

Recuerda Mac Lean Estenós, que "en Grecia los *tesmoteti* eran meros denunciadores; la acción penal podía ser ejercitada por el agraviado. Licurgo creó los *éforos*, encargados de que no se produjese la impunidad

²³² Citado por GARCIA RAMIREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. Quinta Edición. Porrúa, México. 1989. Pág. 252.

²³³ COLIN SANCHEZ, Guillermo . Op. Cit. Págs. 77-78.

cuando el agraviado se abstenía de acusar. Con el tiempo, los *éforos* fueron censores, acusadores y jueces. A partir de Pericles, el Areópago acusaba de oficio y sostenía las pruebas en caso de que el inculpado hubiese sido injustamente absuelto por los magistrados. Aquí comenta Mac Lean, el Areópago fungía como Ministerio Público, al ejercer la acción penal ante el tribunal del pueblo para revocar las sentencias contrarias a la ley. Por su parte, el arconte, denunciaba cuando la víctima carecía de parientes o éstos no ejercitaban la acción. Finalmente, el ejercicio de ésta quedaba muy a menudo en manos de los oradores".²³⁴

En Roma el germen del Ministerio Público, se halla en el procedimiento de oficio, dice Mac Lean. Atribuye el carácter de verdaderos fiscales, en términos latos, a ciudadanos que, como Cicerón y Catón, ejercieron reiteradamente el derecho de acusar. Empero, ha de advertirse que el sistema de la acción popular constituye, justamente, un régimen del todo distinto del Ministerio Público. Bajo Tulio Hostilio aparecieron los *quaestori*, que perseguían los atentados perturbadores del orden público o lesivos para los intereses de los ciudadanos. Del Derecho romano son también los *curiosi, stationari o irenarcas, advocati fisci y procuratores Caesaris*. En la época imperial, los prefectos del pretorio reprimían los crímenes y perseguían a los culpables que eran denunciados, administrando justicia en nombre del emperador.²³⁵

A pesar del alto grado de desenvolvimiento jurídico a que llegaron, tanto los romanos como los griegos, la institución del Ministerio Público era desconocida para estos pueblos, quizá porque, la persecución de los delitos estaba a cargo de la víctima y de sus familiares.

²³⁴ Citado por GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. Cit. Págs. 252-253.

²³⁵ Cfr. Ibidem. Pág. 253.

Se afirma también que, "en los funcionarios llamados *Judices Questiones* de las Doce Tablas, existía una actividad semejante a la del Ministerio Público, porque estos funcionarios tenían facultades para comprobar los hechos delictuosos, pero esta apreciación no es del todo exacta; sus atribuciones características eran netamente jurisdiccionales.

El Procurador del César, de que habla el *Digesto* en el Libro Primero, Título 19, se ha considerado como antecedente de la Institución, debido a que dicho Procurador, en representación del César, tenía facultades para intervenir en las causas fiscales y cuidar del orden en las colonias, adoptando diversas medidas, como la expulsión de los alborotadores y la vigilancia sobre éstos, para que no regresaran al lugar de donde habían sido expulsados".²³⁶

En las postrimerías del Imperio Romano se instituyeron funcionarios cuya actividad estaba relacionada con la justicia penal (Curiosi, Stationari o Irenarcas). Estos eran autoridades dependientes directamente del pretor y sus funciones estaban circunscritas al aspecto policíaco.

Tampoco es posible identificar al Ministerio Público con los *Sindici o Ministrales* (funcionarios instituidos en Italia durante la Edad Media), por ser, más bien, colaboradores de los órganos jurisdiccionales en la presentación oficial de las denuncias sobre los delitos.²³⁷

Depositarios de la acción pública fueron los sayones del tiempo medieval italiano. Entre los francos, continúa indicando Mac Lean, "los *fraffion* pronunciaban conclusiones para preparar la sentencia. Los *missi dominici*, que desaparecieron en el siglo X, eran vigilantes enviados por el rey. Bajo San Luis

²³⁶ COLIN SANCHEZ, Guillermo. Op. Cit. Pág. 78.

²³⁷ Cfr. Idem.

hubo *procuratores regis*. En Italia existieron, como policías y denunciantes, los *consules locorum villarum* y los *ministrales*".²³⁸

La influencia canónica se extendió también aquí hacia el régimen laico.

En el siglo IX, recuerda Manzini, había denunciantes elegidos en cada lugar y en el siglo XIII se crearon, con funciones de policía judicial y a semejanza de los *irenarcas* romanos, los administradores, alcaldes, ancianos, cónsules, jurados, sobrestantes, etc. ya mencionados. Ahora bien, el propio Manzini acoge una idea de Pertile, quien da al Ministerio Público raíz italiana, con apoyo en la existencia de los *avogadori di comun*, del Derero véneto, que ejercen funciones de fiscalía. Otras figuras significativas en el mismo orden de cosas eran los conservadores de la ley, florentinos y el abogado de la Gran Corte, napolitano.²³⁹

En las Partidas, el *patronus fisci* fue "ome puesto para razonar e defender en juicio todas las cosas e los derechos que pertenescen (sic) a la Cámara del rey".²⁴⁰

En su reseña sobre el particular, Cerezo Abad refiere cómo "en el siglo XIII Jaime I, de Valencia, creó el abogado fiscal y el fiscal patrimonial. En Navarra advino, además, el Procurador de la Jurisdicción Real. Aragón estableció en el siglo XIV el Procurador General del Reyno y Castilla, el Procurador Fiscal. En el siglo XV, Juan II dispuso el establecimiento del Promotor Fiscal. Los Reyes Católicos crearon los procuradores fiscales, Felipe II entronizó los fiscales de Su Majestad, que bajo esta denominación perduraron

²³⁸ Citado por GARCIA RAMIREZ, Sergio. Op. Cit. Pág. 253.

²³⁹ Cfr. MANZINI, Vincenzo. *Derecho Procesal Penal*. T. I. Egea. Argentina. 1955. Pág. 76.

²⁴⁰ QUINTANO RIPOLLES, Antonio. *Tratado de Derecho Penal*. Revista de Derecho Privado. España. 1972. Pág. 34.

hasta el siglo XIX. Felipe V intentó unificar a los fiscales de Su Majestad y creó un fiscal con los abogados fiscales; pero, establecidos en 1713, desaparecieron en 1715. En las Leyes de Recopilación se reglamenta el Promotor o Procurador Fiscal, promotoría regulada por las Leyes de Indias".²⁴¹

Felipe II estableció (señala Mac Lean) dos solicitadores fiscales: "mandamos que hayan dos solicitadores fiscales, que soliciten y procuren las cosas que el Fiscal del Consejo de Indias les encargue: el uno para los negocios de la provincia del Perú; y el otro para los de Nueva España, los cuales tendrán el salario que les mandaremos y no pueden llevar otros de pleiteantes y negociaciones ni de otra persona alguna".²⁴²

"En la *Novísima Recopilación*, Libro V, Título XVII, se reglamentaron las funciones del Ministerio Público fiscal. En las Ordenanzas de Medina (1489) se mencionan los fiscales; posteriormente, durante el reinado de Felipe II, se establecen dos fiscales: uno para actuar en los juicios civiles y otro en los criminales.

En un principio, se encargaban de perseguir a quienes cometían infracciones relacionadas con el pago de la contribución fiscal, multas o toda pena de confiscación; más tarde, fueron facultados para defender la jurisdicción y el patrimonio de la Hacienda Real.

Generalmente se designaba un fiscal por cada cien habitantes y cuando ese número se excedía se nombraban dos.

Posteriormente, el procurador Fiscal formó parte de la Real Audiencia, interviniendo, fundamentalmente, a favor de las causas públicas y en

²⁴¹ Citado por GARCIA RAMIREZ, Sergio. Op. Cit. Págs. 253-254.

²⁴² Ibidem. Pág. 254.

aquellos negocios en los que tenía interés la Corona; protegía a los indios para obtener justicia, tanto en lo civil como en lo criminal; defendía la jurisdicción y el patrimonio de la Hacienda Real y también integraba el Tribunal de la Inquisición.

En este tribunal figuró con el nombre de Promotor Fiscal, llevando la voz acusatoria en los juicios; y para algunas funciones específicas del mismo, era el conducto entre éste y el rey, a quien entrevistaba comunicándole las resoluciones que se dictaban”.²⁴³

Ahora bien, quienes consideran al Ministerio Público como una institución de origen francés, fundamentan su afirmación en la Ordenanza de 23 de marzo de 1302, en la que se instituyeron las atribuciones del antiguo procurador y abogado del rey como una magistratura encargada de los negocios judiciales de la Corona, ya que con anterioridad únicamente actuaban en forma particular en lo concerniente a los negocios del monarca.

Debido a que en esa época la acusación por parte del ofendido o de sus familiares decayó en forma notable, surgió un procedimiento de oficio o por pesquisa que dio margen al establecimiento del Ministerio Público, aunque con funciones limitadas, siendo la principal, perseguir los delitos, hacer efectivas las multas y las confiscaciones decretadas como consecuencia de una pena.

Posteriormente, cuando el procedimiento de oficio estaba a punto de alcanzar institucionalidad, surgió una reacción en su contra, aunque con resultados poco favorables.

²⁴³ COLIN SANCHEZ, Guillermo. Op. Cit. Pág. 79.

Más tarde, a mediados del siglo XIV, el Ministerio Público interviene en forma abierta en los juicios del orden penal; sus funciones se precisan en forma más clara durante la época napoleónica, llegándose, inclusive, a la conclusión de que dependiera del Poder Ejecutivo por considerársele representante directo del interés social en la persecución de los delitos.

“A partir de ese momento, principió a funcionar dentro de la magistratura, dividiéndose, para el ejercicio de sus funciones en secciones llamadas *parquets*, cada una formando parte de un tribunal francés.

Los *parquets* tenían un procurador y varios auxiliares sustitutos en los tribunales de justicia o sustitutos generales o abogados generales en los tribunales de apelación”.²⁴⁴

“Garraud reivindica el origen puramente francés del Ministerio Público. Su génesis, refiere Roux, se halla en las gens *du roi* medievales. Estas, que en un principio cuidaban ante las cortes sólo los intereses del monarca, acabaron por hacerse cargo de la función persecutoria. En el siglo XIII francés hubo procuradores del rey y abogados del rey, regulados por la Ordenanza del 23 de marzo de 1302. Empero, cabe advertir, con Garraud, que cuando las primeras ordenanzas captan tales instrucciones, éstas se encuentran ya en ejercicio. En el siglo XVI se creó un Procurador General del Rey, ante las cortes de justicia, parlamentos, auxiliado por los abogados del rey, quienes actuaban en juicio cuando se versaba un interés del monarca o de la colectividad.

²⁴⁴ Idem.

Ayarragaray sostiene que el Ministerio Público francés no tuvo origen legislativo. Lo adoptaron y organizaron las ordenanzas y adquirió desarrollo después del siglo XIV, al parejo de la evolución del procedimiento y de la aparición del sistema por denuncia e inquisitorial. Despuntó, señala, desde el siglo XII, al admitir el Papa Inocencio III la acusación pública y la denuncia, al lado de la acusación privada.

Durante la Revolución Francesa se conservaron los comisarios del rey, a quienes era preciso escuchar sobre la acusación en materia criminal y que requerían en interés de la ley. Pero la iniciativa de la persecución se reservó a funcionarios de la policía judicial: jueces de paz y oficiales de la gendarmería. El acusador público, elegido popularmente, sostenía la acusación. En materia correccional, el comisario del rey poseía la iniciativa de la persecución y ejercitaba la acción penal. En la Constitución de 14 de septiembre de 1791 las atribuciones del Ministerio Público quedaron fraccionadas entre los comisarios del rey, los jueces de paz, las partes y otros ciudadanos y el acusador oficial. Por Decreto de 22 de octubre de 1792 (Art. 1º.), la Asamblea Nacional fundió las funciones del comisario y del acusador público en este último, quien subsistió en la Constitución de 5 Fructidor año III (Arts. 216 y 268). La Constitución del 22 Frimario año VIII suprimió al acusador público y transfirió sus poderes al comisionario del gobierno. La completa restauración y la forma contemporánea del Ministerio Público, comenta Roux, han derivado del Código de instrucción criminal y de la ley de 20 de abril de 1910".²⁴⁵

Refiriéndose al moderno Ministerio Público mexicano, García Ramírez señala que, Ceniceros considera que esta institución se ha formado por tres elementos, a saber: la promotoría fiscal española, el Ministerio Público francés y elementos propios mexicanos. Igualmente Piña y Palacios reconoce

²⁴⁵ Citado por GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. Cit. Págs. 254-255.

tres elementos que dan origen al Ministerio Público mexicano: francés, español y nacional.²⁴⁶

Del mismo parecer es Juventino V. Castro, quien escribe: "del ordenamiento francés tomó como característica principal el de la unidad e indivisibilidad, pues cuando actúa el agente del Ministerio Público lo hace a nombre y en representación de toda la institución. La influencia española se encuentra en el procedimiento, cuando el Ministerio Público formula conclusiones, las que siguen los mismos lineamientos formales de un pedimento del fiscal de la Inquisición. En cuanto a la influencia exclusivamente nacional está la preparación del ejercicio de la acción penal, ya que en México (a diferencia de lo que sucede en Francia), el medio preparatorio del ejercicio de la acción penal está reservado exclusivamente al Ministerio Público, que es el jefe de la policía judicial".²⁴⁷

Ahora bien, la determinación de la *naturaleza jurídica* del Ministerio Público ha provocado discusiones interminables dentro del campo doctrinario; se le ha considerado como: a) representante de la sociedad en el ejercicio de las acciones penales; b) órgano administrativo que actúa con el carácter de parte; c) órgano judicial, y d) colaborador de la función jurisdiccional.

Para fundamentar la representación social atribuida al Ministerio Público en el ejercicio de las acciones penales, se toma como punto de partida el hecho de que el Estado, al instituir la autoridad, le otorga el derecho para ejercer la tutela jurídica general, para que de esa manera persiga judicialmente a quien atente contra la seguridad y el normal desenvolvimiento de la sociedad.

²⁴⁶ Cfr. *Ibidem*. Pág. 255.

²⁴⁷ CASTRO, Juventino V. El Ministerio Público en México. Octava Edición. Porrúa. México. 1994. Pág. 17.

Al respecto, Francisco Carrara hizo notar: "Aunque la potestad para la persecución de los delitos emana de la ley social, que crea las formas y facilita los modos de esta persecución y hace más seguros sus resultados, no crea el derecho que tiene un origen anterior a la sociedad civil, y es más bien la razón única de la esencia del cambio de la asociación natural en sociedad civil, ya que la constitución de la autoridad en el Estado, es un medio necesario para la tutela jurídica".²⁴⁸

Chiovenda afirma: "El Ministerio Público personifica el interés público en el ejercicio de la jurisdicción".²⁴⁹

Rafael de Pina considera que el Ministerio Público "tiene como actividad característica, aunque no única, la de promover el ejercicio de la jurisdicción, en los casos preestablecidos, personificando el interés público existente en el cumplimiento de esta función social".²⁵⁰

Es indudable que el Ministerio Público representa en sus múltiples atribuciones el interés general y de acuerdo con ello, tal interés (que originariamente corresponde a la sociedad), al instituirse el Estado, queda delegado en él para proveer todo lo necesario para el mantenimiento de la legalidad y aunque por lo general, no representa al Estado en aspectos particulares de éste (concebido como persona moral), dicha representación es posible, debido a que la legalidad siempre debe ser procurada por el Estado a través de sus diversos órganos.

²⁴⁸ CARRARA, Francisco. Programa del Curso de Derecho Criminal. Vol. II. Temis. Colombia. 1980. Pág. 320.

²⁴⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. Ensayos de Derecho Procesal y Civil. T. I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Traducc. de Santiago Sentís Melendo. Argentina. 1949. Pág. 213.

²⁵⁰ DE PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara. Op. Cit. Pág. 372.

En otro orden de ideas, cierto número de autores (fundamentalmente en la doctrina italiana), afirman que el Ministerio Público es un órgano administrativo; sin embargo, existen otros que lo consideran como órgano judicial.

Guarneri se manifiesta por lo primero, estableciendo que "es un órgano de la administración pública destinado al ejercicio de las acciones penales señaladas en las leyes y por tal motivo, la función que realiza bajo la vigilancia del *Ministerio de Gracia y Justicia*, es de representación del Poder Ejecutivo en el proceso penal y aunque de acuerdo con las leyes italianas forma parte del *orden judicial* sin pertenecer al Poder Judicial, en consecuencia, no atiende por sí mismo a la aplicación de las leyes, aunque procura obtenerla del tribunal cuando y como lo exige el interés público; de manera que está al lado de la autoridad judicial como órgano de interés público en la aplicación de la ley".²⁵¹

Agrega el autor citado que, "como el Ministerio Público no decide controversias judiciales, no es posible considerarle órgano jurisdiccional, sino más bien administrativo, derivándose de esto su carácter de parte, puesto que la represión penaria pertenece a la sociedad y al Estado en personificación de la misma, para que la ley no quede violada, persigue el delito y al subjetivarse las funciones estatales en: *Estado-Legislación, Estado-Administración y Estado-Jurisdicción*; el Ministerio Público realiza las funciones del Estado-Administración, poniéndose como sujeto ante el Estado-Jurisdicción, pidiendo la actuación del Derecho, pero sin actuarle él".²⁵²

²⁵¹ Citado por COLIN SANCHEZ, Guillermo. Op. Cit. Pág. 81.

²⁵² Idem.

Por otra parte, manifiesta Colín Sánchez, que "los actos que realiza el Ministerio Público son de naturaleza administrativa, lo que justifica que se apliquen a ésta, los principios del Derecho administrativo, tan es así, que pueden ser revocables, comprendiéndose dentro de la propia revocación, la modificación y sustitución de uno por otro. Además, la propia naturaleza administrativa de la actuación del Ministerio Público, reside en la discrecionalidad de sus actos, puesto que tiene facultades para determinar si debe proceder o no, en contra de una persona; situación en la que no podría intervenir el órgano jurisdiccional oficiosamente para abocarse al proceso. Aun más, la sustitución como consecuencia de la jerarquía que prevalece dentro de la institución, permite que se den órdenes, circulares y otras medidas tendientes a vigilar la conducta de quienes integran al Ministerio Público, aspecto que cae también dentro del orden administrativo.

En esas condiciones, el Ministerio Público actúa con el carácter de *parte*, hace valer la pretensión punitiva y de acuerdo con ello, ejerce poderes de carácter indagatorio, preparatorio y coercitivo, sobre todo, presenta a través de su actuación, las características esenciales de quienes actúan como *parte*; "ejercita la acción penal, propone demandas, presenta impugnaciones, tiene facultades de pedir providencias de todas clases".²⁵³

Al igual que Guarneri, Manzini, Massari, Florián, José Sabatini y Franco Sodi, consideran que el Ministerio Público dentro del proceso penal, actúa con carácter de *parte*, independientemente de que no existe común acuerdo, en relación con el momento procedimental en que debe considerársele como tal.²⁵⁴

²⁵³ Idem.

²⁵⁴ Citados por Ibidem. Págs. 81-82.

Por otro lado, "la doctrina más reciente encabezada por Giuseppe Sabatini y Giuliano Vassalli, se inclina a otorgar al Ministerio Público el carácter de órganos jurisdiccional o de órgano perteneciente a la judicatura. Sostienen que no puede ser un órgano administrativo, sino más bien, de carácter judicial. Para eso, adoptan la postura de Santi Romano, el cual distingue la potestad fundamental del Estado dentro de las tres funciones comúnmente admitidas (legislativa, ejecutiva o administrativa y judicial).

Si la potestad judicial tiene por objeto el mantenimiento y actuación del orden jurídico, como esta última abarca al poder judicial y éste a su vez, a las otras actividades no jurisdiccionales comprendidas en el objeto indicado, de esta manera, los autores mencionados afirman que el Ministerio Público "es un órgano judicial, pero no administrativo."²⁵⁵

Raúl Alberto Frosali, manifiesta que "dentro del orden judicial, según la etimología de la palabra, debe entenderse todo aquello que se refiere al juicio y en consecuencia, la actividad jurisdiccional es por ese motivo judicial. Es necesario reconocer, que la actividad del Ministerio Público es administrativa, porque no es legislativa ni jurisdiccional, ni tampoco política, pero amerita la calificación judicial porque se desenvuelve en un juicio".²⁵⁶

No consideramos que Frosali esté en lo justo, porque desde su punto de vista, habría que considerar con tal carácter al procesado, a los testigos y demás personas que intervienen en el proceso, lo cual es erróneo.

"El Ministerio Público, dada su naturaleza y fines, carece de funciones jurisdiccionales; éstas son exclusivas del juez, de tal manera que debe

²⁵⁵ Ibidem. Pág. 82.

²⁵⁶ Citado por Idem.

concretarse a solicitar la aplicación del Derecho, mas no a declararlo";²⁵⁷ así lo afirma el maestro Colín Sánchez.

Para ilustrar en mejor forma su opinión, el autor que comentamos asevera que, "baste citar que, durante la averiguación previa, cuando por alguna circunstancia no ejercita la acción penal por los hechos que le han sido denunciados ya sus actuaciones recae una determinación de archivo, no significa que en el futuro no pudiera proceder; al aparecer nuevos elementos que satisfagan las exigencias legales, su obligación ineludible será ejercitada y no cabría en ninguna forma, argumentar que la averiguación estaba archivada porque, precisamente por carecer de funciones jurisdiccionales, sus resoluciones no causan estado".²⁵⁸

En el Derecho mexicano no es posible concebir al Ministerio Público como un órgano jurisdiccional, al no estar facultado para aplicar la ley, porque tal atribución le corresponde exclusivamente al juez.

La Constitución General de la República establece: ***La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial...*** (Art. 21). Tal declaración es suficientemente clara y precisa; concentra exclusivamente en los órganos jurisdiccionales la facultad de aplicar el Derecho y en el Ministerio Público la persecución de los delitos; separa e independiza las funciones, auspiciando así la exacta y correcta aplicación de la ley.

²⁵⁷ Ibidem.

²⁵⁸ Idem.

Por último, no ha faltado quien identifique al Ministerio Público como un auxiliar o colaborador de la función jurisdiccional, debido a las actividades que realiza a través de la secuela procedimental, ya que todos sus actos van encaminados a lograr un fin último: la aplicación de la ley al caso concreto.

Sánchez Colín apunta que, "en cierta forma, es posible admitir que colabora con la actividad jurisdiccional, a través de sus funciones específicas, porque en última instancia, éstas obedecen al interés característico de toda la organización estatal. Para el fiel cumplimiento de sus fines, el Estado encomienda deberes específicos a sus diversos órganos para que en colaboración plena y coordinada, mantengan el orden y la legalidad; razón por la cual el Ministerio Público (órgano de la acusación), lo mismo que al perseguir el delito que al hacer cesar toda lesión jurídica en contra de los particulares, dentro de esos postulados, es un auxiliar de la función jurisdiccional para lograr que los jueces hagan actuar la ley. De lo expuesto... se concluye: si el Ministerio Público representa el interés social en la averiguación y persecución de los delitos y en muchos otros actos de tutela social que le encomiendan las leyes, estrictamente hablando debiera ser el pueblo el que lo eligiera, para así crear congruencia entre la representación que tiene y los representados que se la otorgan.

En un ámbito de auténtica democracia así debiera ser y esto despejaría considerablemente el campo de las especulaciones en torno a su naturaleza jurídica". ²⁵⁹

En México, el lento avance democrático no ha facilitado que se llegue a la elección popular de procuradores, fiscales u órganos jurisdiccionales;

²⁵⁹ Ibidem. Pág. 83.

por ello se explica (aunque no se justifique plenamente), que si el Ministerio Público representa el interés social en la averiguación de los delitos, no sea estrictamente necesario que la ciudadanía elija a una persona o personas determinadas para cumplir con dicha representación, debido a que la sociedad misma ha otorgado al Estado el derecho para ejercer una tutela general que, éste a su vez, delega en el Ministerio Público, quien en esa forma se constituye en un representante social.

Por otra parte, no ignoramos las graves inconveniencias en que se traduce la dependencia directa e inmediata del Ministerio Público en relación con el Poder Ejecutivo y las ventajas que quizá reportara si aquél formara parte o integrara, en su caso, una magistratura independiente.

En nuestro medio, el Ministerio Público es una institución jurídica creada por la Constitución, teniendo naturaleza polifacética; de ahí que en el cumplimiento de sus funciones actúe como autoridad administrativa, colabore en la función jurisdiccional, sea *parte* en la relación procesal, represente a los menores, a los ausentes, al Estado, a la sociedad, etc.

Sobre la calidad en que el Ministerio Público interviene en el procedimiento se ha planteado importante debate. Es pertinente recordar aquí que, al decir de Carnelutti, la litis existe entre imputado y parte lesionada, como sujetos del interés en conflicto. Ahora bien, cabe igualmente reconocer que el Ministerio Público entra en la litis en cuanto, "al proponer la demanda penal, afirma el derecho lesionado por el delito; entra lo mismo en cuanto al sustituto procesal o al representante en el proceso civil".²⁶⁰

²⁶⁰ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil. T. I. UTHEA. Argentina. 1944. Pág. 67.

Para Guarneri, el Ministerio Público, "es parte en sentido formal, no material, como titular del derecho de acción, aunque no lo sea de la potestad punitiva, cuya titularidad incumbe al Estado. Así, ejerce derechos ajenos, no propios, desde el punto de vista material".²⁶¹

"Ha impresionado a los estudiosos el sensible desequilibrio que suele haber en el curso del proceso entre el acusador, Ministerio Público y el defensor. No hay ni puede haber igualdad, se dice. Ya se advertía en la relación al rey sobre el Código de Procedimiento Penal italiano, textualmente, *que no es admisible el principio que equipara el Ministerio Público al imputado, al punto de exigir que a toda facultad del primero corresponda una facultad también del segundo*. Este principio deriva de un concepto de igualdad que, si pudo haberse admitido en el proceso acusatorio puro, en el que el acusador y el imputado eran personas particulares, es manifiestamente erróneo en el derecho procesal vigente, en el cual el acusador es un órgano público. El haber atribuido al Ministerio Público el carácter de parte, se concluye diciendo, no significa en modo alguno haberle creado una situación de igual frente al imputado".²⁶²

Ha sido constante la negativa de calidad de parte del Ministerio Público de donde resultaría que el proceso penal no lo es de partes. Esta es la opinión de Schmidt, quien sostiene que el Ministerio Público "no es parte porque no se halla en el mismo plano del acusado, ya que sus intereses son incomparables con los intereses procesales del segundo; no puede el Ministerio Público transigir ni tiene poder de disposición sobre el objeto del proceso".²⁶³

²⁶¹ Citado por GARCIA RAMIREZ, Sergio. Op. Cit. Pág. 264.

²⁶² Idem.

²⁶³ Citado por Ibidem. Pág. 265.

Cerezo Abad sostiene que el Ministerio Público es algo distinto y algo más que las restantes partes, tiene privilegios, atribuciones y deberes que no poseen éstas, porque es "órgano del Estado integrante de la propia organización jurisdiccional, que participa en el ejercicio mismo de esa función, a veces de modo tan imperante, que obliga a dictar la resolución por él propuesta".²⁶⁴

Tras analizar leyes y doctrina de varios países de América, Mac Lean concluye que el Ministerio Público "no es parte en el proceso penal de estas naciones, porque no es aquí el adversario forzoso e imprescindible del inculpado".²⁶⁵

Jiménez Asenjo resume en los siguientes términos la tesis negativa de carácter de parte del Ministerio Público: "no pide la actuación legal en nombre propio, sino que su actividad se refiere a la facultad-deber de promover dicha actuación; al Ministerio Público inspira en todo momento un deber de imparcialidad en el mantenimiento del orden jurídico; ejercitándose en el proceso del *jus puniendi* del Estado y siendo el fiscal órgano del mismo, aunque aquél se desdoble en instructor, acusador y sentenciador, el Estado es siempre único y el mismo en cada uno de los órganos o sujetos procesales indicados; no siendo posible que el Ministerio Público sea acusado a su vez, se vulnera el principio de igualdad tan característico de la parte; es absurdo, por último, considerarle como tal en cuanto puede verse obligado a defender a un sujeto injustamente acusado, proporcionando, incluso, pruebas de su inocencia".²⁶⁶

²⁶⁴ Idem.

²⁶⁵ Idem.

²⁶⁶ Idem.

Por lo que a México respecta, González Bustamante considera que el proceso penal lo son el Ministerio Público y el inculpador; aquél "como órgano del Estado, que en el acto de la consignación desarrollada, autónomamente, una actividad procesal al perseguir los delitos y llevar al proceso relaciones jurídicas principales, al vigilar por qué se impongan las sanciones señaladas por la ley al que quebranta la norma y por qué se le condene al pago del resarcimiento del daño causado por el delito".²⁶⁷

Al indicar que el Ministerio Público actúa como autoridad durante la averiguación previa y como parte en el proceso penal, Pallares lo estima *institución anómala*. Para Rivera Silva, desde la ley orgánica de 1903, el Ministerio Público dejó de ser un simple auxiliar de la administración de justicia, para convertirse en parte.²⁶⁸

Por último, el maestro García Ramírez, señala que, "otra tesis que en sus pedimentos procesales el Ministerio Público no es una autoridad, sino tiene el carácter de parte en el juicio y contra sus actos no puede hacerse valer el amparo, puesto que dichos actos no producen, por sí mismos, una situación de Derecho, porque no están investidos de imperio, sino que su eficacia jurídica depende de la resolución de los tribunales, que lo mismo pueden obsequiar que desechar su petición. Además se ha manifestado que dentro del proceso el Ministerio Público puede recuperar su carácter de autoridad, lo cual ocurre al formular conclusiones inacusatorias y desistirse de la acción penal, que son funciones de imperio dentro del proceso y acontece también cuando le está encomendada la ejecución de la orden de captura y en este caso, el amparo contra sus actos procede en lo que se refiere a la ejecución".²⁶⁹

²⁶⁷ GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Mexicano. T. III. Porrúa. México. 1959. Pág. 289.

²⁶⁸ Cfr. Citados por GARCIA RAMIREZ, Sergio. Op. Cit. Págs. 265-266.

²⁶⁹ Ibidem. Pág. 266.

Ahora bien, en relación con el funcionamiento del Ministerio Público en México, la doctrina y de la ley se desprenden los siguientes principios esenciales que lo caracterizan: a) jerárquico; b) indivisible; c) independiente y d) irrecusable.

El principio de *jerarquía* se aprecia en la institución del Ministerio Público, porque se halla organizado jerárquicamente, bajo la dirección y estricta responsabilidad del Procurador General de Justicia, en quien residen las funciones del mismo.

Las personas que lo integran, no son más que una prolongación del titular, motivo por el cual reciben y acatan las órdenes de éste, porque la acción y el mando en esa materia es de competencia exclusiva del Procurador.

Lo aquí anotado así debiera ser; sin embargo, en la práctica es distinto, recuérdese que, en nuestro medio, el Ministerio Público es nombrado y removido libremente por el titular del Poder Ejecutivo, razón por la cual el Procurador y todo el personal integrante de la institución están subordinados totalmente a dicho titular.

El maestro García Ramírez señala que, "por jerarquía o unidad se entienden las de mando que radica en el Procurador; así, los agentes son sólo prolongación del titular y la representación es única. En orden a la indivisibilidad, los funcionarios no actúan a nombre propio, sino exclusiva y precisamente de la institución. Puede separarse cualquiera de ellos o ser sustituidos sin que por lo mismo se afecte lo actuado".²⁷⁰

²⁷⁰ Ibidem. Pág. 269.

El segundo de los principios es el de *indivisibilidad*, nota distintiva del mismo en virtud de que, quienes actúan no lo hacen a nombre propio, sino representándolo; luego entonces, aun cuando varios de sus agentes intervengan en un asunto determinado, éstos representan en sus diversos actos a una sola institución y el hecho de separar a la persona física de la función específica que le está encomendada, no afecta ni menoscaba lo actuado.

En tercer lugar encontramos el principio de *independencia* y sobre el mismo, García Ramírez comenta: "En cuanto a la independencia, se puede analizar tanto frente al Poder Judicial como ante el Ejecutivo. Los partidarios de la independencia frente al Ejecutivo propugnan cuidadosa selección e inamovilidad de los funcionarios. En este sentido se han inscrito, entre otros, el Noveno Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal y las Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal.

Por lo que respecta a la situación del Ministerio Público con respecto a la judicatura, cabe que exista entre ambos una mayor o menor independencia orgánica y procesal. En el sistema francés al que muchos ordenamientos siguen, como lo hacía nuestro código de 1884 (Arts. 7 al 12), el juez es funcionario de la policía judicial y puede desplazar al Ministerio Público, en funciones averiguatorias. En la actualidad ha cesado este régimen".²⁷¹

El último de los principios es el de *irrecusabilidad*, consistiendo en que sus funcionarios, están limitados de conocer asuntos en ciertas hipótesis determinadas en los ordenamientos legales conducentes.

Debe recordarse que, si bien el Ministerio Público (como tal), no incurre en responsabilidad, si pueden incurrir en ella (dentro de la triple

²⁷¹ Ibidem. Págs. 269-270.

proyección civil, disciplinaria y penal), los funcionarios que lo encarnan y en responsabilidad política los Procuradores General de la República y General de Justicia del Distrito Federal (Art. 110 C).

Ahora bien, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Justicia del Distrito Federal, sobre la institución que examinamos señala lo siguiente:

La institución del Ministerio Público en el Distrito Federal, estará a cargo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, y tendrá las siguientes atribuciones que ejercerá por conducto de su titular o de sus agentes y auxiliares, conforme a lo establecido en esta Ley y demás disposiciones aplicables: ... Proteger los derechos e intereses de los menores, incapaces, ausentes, ancianos y otros de carácter individual o social, en general, en los términos que determinen las leyes (Art. 2º, fracc. III).

La vigilancia de la legalidad y de la pronta, completa y debida procuración e impartición de justicia, comprende: ... Hacer del conocimiento de la autoridad judicial competente las contradicciones de criterios que surjan en juzgados y salas del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (Art. 5º, fracc. II).

Las atribuciones en asuntos del orden familiar, civil, mercantil y concursal, comprenden, de acuerdo al artículo 7º del ordenamiento que estudiamos:

I. Intervenir, en su carácter de representante social, ante los órganos jurisdiccionales para la protección de los intereses individuales y sociales en general;

III. Promover la conciliación en los asuntos del orden familiar, como instancia previa al órgano jurisdiccional, y...

La protección de los derechos e intereses de menores, incapaces, ausentes, ancianos y la de otros de carácter individual o social, consistirá en la intervención en procedimientos jurisdiccionales conforme a las disposiciones legales aplicables, o cuando estén en una situación de daño o peligro (Art. 8º.).

El Ministerio Público podrá expedir copias certificadas de constancias o registros que obren en su poder, cuando exista mandamiento de autoridad competente que funde y motive su requerimiento o cuando lo soliciten el denunciante o el querellante, la víctima o el ofendido, el indiciado o su defensor y quienes tengan interés jurídico, para el ejercicio de derechos o el cumplimiento de obligaciones, previstos por la ley (Art. 556).

IV.3. Juez del Registro Civil.

La institución del Registro Civil es relativamente moderna y data del siglo pasado en cuanto a su carácter de sistema constituido por el Estado. Su origen es eclesiástico, manifestándose a través de los registros parroquiales, hasta que surge la idea de independizar los actos del estado civil de las creencias religiosas. Este principio de la secularización no es sino la consecuencia de una manifestación más general: la ruptura entre la Iglesia y el Estado.

"Fue en el Concilio ecuménico de Trento, donde se adoptó el acuerdo de instituir en cada parroquia tres libros para registrar en ellos los nacimientos, las defunciones y los casamientos... La revolución francesa también dejó sentir su influencia sobre tales registros parroquiales. El Estado,

absorbente y deseoso de mantener su fuero único de dador de fe y de autenticador de actos asumió las funciones de estos registros y los confió a las autoridades municipales en todas las parroquias francesas... Al producirse la invasión española, los conquistadores trajeron al país las costumbres de la península ibérica y fueron creados los registros parroquiales al igual que sucedía en España. Los primeros internos de secularización de los registros parroquiales datan de mediados del siglo XVIII. Por medio de la ley del 27 de enero de 1857 el Estado se emancipó totalmente de la tutela de los registros parroquiales. La ley de 28 de julio de 1859, al llevar en sus disposiciones el espíritu secular y el de la independencia absoluta entre el Estado y la Iglesia, secularizó el registro del Estado Civil... La verdadera organización del Registro Civil, se produjo de dos formas: por medio de la ley del 1º de noviembre de 1865 y según las disposiciones del primer libro del Código Civil de 1870... En realidad no fue sino hasta el 10 de julio de 1871 cuando se reglamentó cumplidamente el Registro Civil, pues el decreto de esta fecha determina los libros y la forma de inscripción de la institución registral...".²⁷²

De acuerdo al Diccionario Jurídico Mexicano, el Registro Civil, "es una institución de orden pública encargada de hacer constar, mediante la intervención de funcionarios debidamente autorizados para ellos e investidos de fe pública, los actos relativos al estado civil de las personas físicas".²⁷³

Por su parte, Rafael de Pina, señala que esta institución constituye "un servicio público organizado por el Estado con el fin de hacer constar de una

²⁷² GOMIS Y MUÑOZ, S. Elementos de Derecho Civil Mexicano. T. I. Bosch. España. 1991. Págs. 315-316.

²⁷³ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Op. Cit. Págs. 2739-2740.

manera auténtica todas las circunstancias relacionadas con el estado civil de las personas físicas y lo que determinan inequívocadamente".²⁷⁴

El maestro Ignacio Galindo Garfias, señala que, el Registro Civil es una "institución de orden público que funciona bajo un sistema de publicidad. Tiene por objeto hacer constar por medio de la intervención de funcionarios debidamente autorizados para ello y que tienen fe pública, todos los actos relacionados con el estado civil de las personas. Estos han de hacerse constar precisamente en los registros autorizados por el Estado, para tal objeto. Estos registros se denominan formas del Registro Civil".²⁷⁵

Por su parte, Rafael Rojina Villegas nos enseña que, el Registro Civil "es una institución que tiene por objeto hacer constar de una manera auténtica, a través de un sistema organizado, todos los actos relacionados con el estado civil de las personas, mediante la intervención de funcionarios estatales dotados de fe pública, a fin de que las actas y testimonios que otorguen, tengan un valor probatorio pleno, en juicio y fuera de él. El Registro Civil, no sólo está constituido por el conjunto de oficinas y libros en donde se hacen constar los mencionados actos, sino que es fundamentalmente una institución de orden público, que funciona bajo un sistema de publicidad y que permite el control por parte del Estado de los actos más trascendentales de la vida de las personas físicas: nacimiento, matrimonio, divorcio, defunción, reconocimiento de hijos, adopción, tutela y emancipación".²⁷⁶

En relación a los documentos expedidos por el Registro Civil, Rafael de Pina señala que, "la denominación Registro Civil debe aplicarse en la actualidad al conjunto de actas, que se asentarán en las llamadas *Formas del*

²⁷⁴ DE PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara. Op. Cit. Pág. 423.

²⁷⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Porrúa. México. 1995. Pág. 427.

²⁷⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil (Introducción, Personas y Familia). T. I. Vigésimo Quinta Edición. Porrúa. México. 1993. Pág. 181.

Registro Civil, con los requisitos, modalidades y seguridades que estipula el Código Civil".²⁷⁷

Galindo Garfias manifiesta que, las actas del estado civil, son "documentos auténticos destinados a proporcionar una prueba cierta del estado civil de las personas. Se han de levantar precisamente en registros públicos, que constan de formas especiales y que llevan en las oficinas del Registro Civil...".

278

Ahora bien, la redacción de las actas del estado civil se encomienda a funcionarios que tienen fe pública, en cuanto a los datos que se consignan en las actas que cada uno de ellos levanta, a quienes se les denomina Jueces del Registro Civil.

"En el Distrito Federal y de acuerdo con la circunscripción territorial establecida en el decreto de 31 de octubre de 1941, existe una oficina del Registro Civil en cada uno de los cuarteles en que se halla dividido el Distrito Federal, dentro de cada uno de los cuales, el Juez del Registro Civil es el funcionario competente para redactar las actas correspondientes.

Aparte la competencia territorial de los jueces del Registro Civil, debe señalarse otra clase de competencia; en cuanto a la materia sobre la que ejercen sus funciones dichos oficiales. El artículo 43 del Código Civil establece el acto preciso a que ellas se refieren y lo que está expresamente prevenido en la Ley. Los actos que llevan a cabo los jueces del registro civil, sólo hacen prueba plena, en cuanto se refieren al hecho preciso con que se relaciona el acta; pero esta prueba es plena, en el sentido restringido de que los jueces del registro

²⁷⁷ DE PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara. Op. Cit. Pág. 423.

²⁷⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit. Pág. 427.

civil sólo dan fe de lo declarado en su presencia, por las personas que intervienen en el acta como partes, testigos o declarantes".²⁷⁹

Ahora bien, si las declaraciones o manifestaciones de las personas que acuden ante estos funcionarios son falsas, es posible probar la verdad de los hechos declarados falsamente ante el juez del Registro Civil, pues no debe entenderse que la fuerza probatoria de la fe pública del juez, va más allá de lo que a él consta; y sólo le consta que las partes o declarantes hicieron manifestaciones en su presencia, en tal o cual sentido.

Debe hacerse notar que, el acta en sí misma no es falsa, lo falso son los datos que se le proporcionaron al juez del Registro Civil.

Por otro lado, debemos señalar que las actas del estado civil, deben levantarse de acuerdo con las formalidades y requisitos que señala el Código para cada caso; es decir, los interesados deben ocurrir personalmente ante el juez del Registro Civil; sin embargo, tienen la potestad de hacerse representar por medio de un mandatario especial, que se instituirá en documento privado otorgado ante dos testigos, salvo que se trate de matrimonio o de reconocimiento de hijos; en ese caso, el poder debe ser otorgado en escritura pública o en escrito privado firmado por el otorgante y dos testigos. Las firmas deben ratificarse ante notario público, Juez de Primera Instancia o de Paz.

El acta debe ser redactada y firmada en el acto mismo por las partes, por los declarantes, los testigos, por el juez del Registro Civil y el Secretario.

²⁷⁹ Ibidem. Pág. 429.

Los documentos o actas del Registro Civil y los testimonios que de ellos se expidan tienen valor probatorios pleno y sirven para acreditar aquello sobre lo que el registrador declara, bajo su fe haber pasado en su presencia, constituyen prueba especial de lo que el encargado del Registro puede certificar por su personal conocimiento, pero no de las declaraciones que en ellos se contengan con relación a hechos distintos. Así, v.gr. un acta de matrimonio no sirve para acreditar la declaración del estado civil de los testigos que en ella intervinieron.

El contenido de las actas no llega a constituir una presunción inatacable. Su validez plena se mantiene mientras no se pruebe lo contrario.

Por otro lado, el Código Civil para el Distrito Federal, dispone, respecto de la institución que examinamos, lo siguiente:

En el Distrito Federal, estará a cargo de los Jueces del Registro Civil autorizar los actos del estado civil y extender las actas relativas a nacimiento, reconocimiento de hijos, adopción, matrimonio, divorcio administrativo y muerte de los mexicanos y extranjeros residentes en los perímetros de las Delegaciones del Distrito Federal, así como inscribir las ejecutorias que declaren la ausencia, la presunción de muerte, el divorcio judicial, la tutela o que se ha perdido o limitado la capacidad legal para administrar bienes (Art. 35).

Los jueces del Registro Civil asentarán en formas especiales que se denominarán **Formas del Registro Civil** las actas a que se refiere el artículo anterior. Las inscripciones se harán mecanográficamente y por triplicado (Art. 36).

El estado civil sólo se comprueba con las constancias relativas del Registro Civil; ningún otro documento ni medio de pruebas es admisible para comprobarlo, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley (Art. 39).

Las actas del Registro Civil extendidas conforme a las disposiciones que preceden hacen prueba plena en todo lo que el Juez del Registro Civil, en el desempeño de sus funciones, da testimonio de haber pasado en su presencia, sin perjuicio de que el acta pueda ser redargüida de falsa.

Las declaraciones de los comparecientes, hechas en cumplimiento de lo mandado por la ley, hace fe hasta que se pruebe lo contrario. Lo que sea extraño al acta no tiene valor alguno (Art. 50).

En el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas e interrogará a los testigos acerca de si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud. En caso afirmativo, preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad (Art. 102).

Se levantará luego el acta de matrimonio en la cual se hará constar (de acuerdo al artículo 103) lo siguiente:

I. Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;

II. Si son mayores o menores de edad;

III. Los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres;

IV. El consentimiento de éstos, de los abuelos o tutores o de las autoridades que deban suplirlo;

V. Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó;

VI. La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos, que hará el juez en nombre de la ley y de la sociedad;

VII. La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes;

VIII. Los nombres, apellidos, edad, estado civil, ocupación y domicilio de los testigos, su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes, y si lo son, en qué grado y en qué línea;

IX. Que se cumplieron las formalidades exigidas por el artículo anterior.

El acta será firmada por el Juez del Registro Civil, los contrayentes, los testigos y las demás personas que hubieren intervenido si supieren y pudieren hacerlo.

En el acta se imprimirán las huellas digitales de los contrayentes.

La celebración conjunta de matrimonios no exime al juez del cumplimiento estricto de las solemnidades a que se refieren los artículos anteriores (Art. 103 Bis).

Por su parte, el Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal, señala lo siguiente: Corresponde al Departamento, por conducto del Titular del Registro: ... VIII. Autorizar las anotaciones que modifique, rectifiquen, adaren, complementen, revoquen o anulen el contenido de las actas del estado civil... (Art. 9º.).

Son atribuciones del titular, en su carácter de Juez Central: V. Autorizar los actos relativos al estado civil de las personas; VI. Firmar en forma autógrafa las actas del estado civil, así como expedir con oportunidad las copias certificadas del estado civil que le soliciten en un término no mayor de 2 días hábiles, ...; XII. Expedir copias certificadas de las constancias que obren en los expedientes del Archivo Central en un término no mayor de 2 días hábiles (Art. 10).

Corresponde a los Jueces, de acuerdo a las fracciones del artículo 11 del ordenamiento legal que examinamos:

I. Autorizar las actas del estado civil de las personas, firmándolas en forma autógrafa;

II. Expedir copias certificadas de las actas, así como de las constancias que obren en el expediente, en un término que exceda de 3 días hábiles;

III. Efectuar las anotaciones que establece el Código, dentro de un término no mayor de 2 días hábiles, de conformidad a lo establecido en el presente ordenamiento, y remitirlas dentro de los 2 días hábiles siguientes a los archivos correspondientes; ...

IX. Desempeñar sus funciones dentro del perímetro territorial que les sea señalado, para actuar fuera de él, será necesario que obtenga autorización del Titular;...

Por último, en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, hallamos que considera como documentos públicos, **las certificaciones de las actas del estado civil expedidas por los Jueces del Registro Civil, respecto a constancias existentes en los libros correspondientes,** ... (Art. 327, fracc. IV).

IV.4. Cónsul.

El vocablo cónsul, proviene del latín "**consul (consulis)**", denominación de los dos primeros magistrados de la República romana. El vocablo deriva probablemente del verbo **coonsulo (consulere)**: convocar, reunir, pues eran los cónsules quienes convocaban el Senado y las asambleas. La palabra cónsul aparece en el siglo XII en el bajo latín de Italia, designando al

representante de los mercaderes de una nación cristiana en un puerto levantino. De ahí pasó a designar a los representantes de cualquier nación en cualquier puerto de otra nación y finalmente a los representantes de una nación en cualquier ciudad (aunque no sea puerto) extranjera. Es oscura la transición del significado de la época clásica al de la Edad Media".²⁸⁰

Este mismo autor, nos enseña que cónsul es un "funcionario perteneciente al servicio exterior de la República que, actuando normalmente bajo la dependencia del Ministerio de Relaciones Exteriores, ejerce en el extranjero funciones de carácter civil, comercial, notarial, administrativo, etc.". ²⁸¹

Por su parte, Rafael de Pina nos señala que, cónsul es el "funcionario del servicio exterior de un Estado establecido en un lugar del extranjero para la protección de los intereses de sus conciudadanos, en general, y los del comercio de su país en particular". ²⁸²

"En derecho internacional se designa al agente oficial establecido por un Estado en los principales centros extranjeros, especialmente puertos, con el objeto de atender a la protección de sus nacionales, residentes, traficantes y viajeros. Deben cumplir respecto de ellos un conjunto de funciones administrativas (legalización de documentos, etc.). Les corresponde también suministrar informaciones precisas sobre el movimiento comercial de los países extranjeros.

²⁸⁰ COUTURE, Eduardo J. Vocabulario Jurídico. Op. Cit. Págs. 169-170.

²⁸¹ *Ibidem*. Pág. 169.

²⁸² DE PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara. Op. Cit. Pág. 185.

Se entiende por consulado, la ubicación material (edificio, oficina) donde éste funciona, como la circunscripción dentro de la cual el cónsul ejerce su autoridad".²⁸³

Pradiere-Fodére lo define como "un funcionario que un Estado acredita en el extranjero para velar por sus intereses comerciales, prestar asistencia y protección a sus nacionales, desempeñar funciones administrativas y judiciales, ejercer la policía de navegación e informar sobre el movimiento comercial e industrial; en una palabra, representar en el exterior los intereses de su país en todos los dominios, exceptuando los políticos reservados a los agentes diplomáticos".²⁸⁴

Ahora bien, los cónsules pueden ser de dos clases: los funcionarios consulares de carrera y los funcionarios consulares honorarios (siendo aquellos nacionales del país receptor que desarrollan labores consulares para el país acreditante). El establecimiento de relaciones consulares entre dos Estados se efectúa por consentimiento mutuo y normalmente es paralelo al establecimiento de relaciones diplomáticas no entraña ipso facto, la ruptura de relaciones consulares.

Mientras los agentes diplomáticos tienen un carácter representativo, los cónsules desarrollan funciones fundamentalmente administrativas. Entre éstas destacan las de proteger los intereses del Estado receptor. Fomentar el desarrollo de las relaciones comerciales, económicas, culturales y científicas. Suministrar información por medios lícitos sobre las condiciones en distintos órdenes de la vida del Estado receptor. Extender pasaporte y documentación de viaje a los nacionales del Estado que envía a los agentes. Actuar en calidad de

²⁸³ GARRONE, José Alberto. Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot. T. III. Abeledo Perrot. Argentina. 1987. Pág. 478.

²⁸⁴ Citado por Enciclopedia Jurídica Orbea. T. I. Op. Cit. Pág. 562.

notario y funcionario del Registro Civil. Representar a los nacionales del Estado acreditante ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor. Ejercer los derechos de control o inspección de los buques que contengan la nacionalidad del Estado acreditante, así como de las aeronaves matriculadas en el mismo.

Por otro lado, la Ley del Servicio Exterior Mexicano, señala que, ***corresponde al Servicio Exterior Mexicano: I. Promover y salvaguardar los intereses nacionales ante los Estados extranjeros y en los organismos y reuniones internacionales en los que participe México; II. Proteger, de conformidad con los principios y normas del derecho internacional, la dignidad y los derechos de los mexicanos en el extranjero y ejercer las acciones encaminadas a satisfacer sus legítimas reclamaciones*** (Art. 2º.).

Sin perjuicio de lo que disponen las fracciones II y III del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la designación de embajadores y cónsules generales la hará el Presidente de la República, preferentemente entre los funcionarios de carrera de mayor competencia, categoría y antigüedad en la rama diplomático-consular (Art. 19).

Para ser designado embajador o cónsul general se requiere: ser mexicano por nacimiento, estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos, ser mayor de 30 años de edad y reunir los méritos suficientes para el eficaz desempeño de su cargo (Art. 20).

Es obligación de todo miembro del Servicio Exterior actuar con apego a la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que corresponda a todo servidor público en el desempeño de sus empleos, cargos o

comisiones, así como coadyuvar al cumplimiento de sus funciones que esta Ley encomienda al propio Servicio, conforme a las directrices que fije la Secretaría... (Art. 41).

Las funciones de los jefes de oficinas consulares, se hallan en las fracciones del artículo 44 del estatuto legal que analizamos, a saber:

I. Proteger, en sus respectivas circunscripciones consulares, los intereses de México y los derechos de sus nacionales, de conformidad con el derecho internacional y mantener informada a la Secretaría de la condición en que se encuentren los nacionales mexicanos, particularmente en los casos en que proceda una protección especial;

...

III. Ejercer, cuando corresponda, funciones de juez del Registro Civil;

IV. Ejercer funciones notariales en los actos y contratos celebrados en el extranjero que deban ser ejecutados en territorio mexicano, en los términos señalados por el Reglamento. Su fe pública será equivalente en toda la República, a la que tienen los actos de los notarios en el Distrito Federal; ...

... Los jefes de oficina consular podrán delegar en funciones subalternos el ejercicio de una o varias de las facultades señaladas en el presente artículo, sin perder por ello su ejercicio ni eximirse de la responsabilidad por su ejecución.

La delegación se hará en los términos que establezca el Reglamento de la presente Ley.

Ahora bien, el Reglamento de la Ley del Servicio Exterior Mexicano (en su artículo 61), dispone que corresponde a los consulados honorarios:

I. Proteger los derechos y los intereses de los mexicanos que se encuentren en sus respectivas circunscripciones;

III. Expedir documentos consulares en la forma y términos que autorice la Secretaría de Gobernación por conducto de la Secretaría;

Además de las funciones consignadas en el artículo 44 de la Ley, corresponde a los jefes de oficinas consulares (según el artículo 65):

VI. Cotejar los documentos públicos o privados que en original tengan a la vista y certificar las copias correspondientes. Para ello llevarán un libro de cotejos en los términos que determine la Secretaría; y

VII. Ejercer las demás funciones que le sean encomendadas por la Secretaría en los términos de las disposiciones jurídicas aplicables.

La delegación de funciones que podrán realizar los jefes de oficinas subalternas se hará mediante un acuerdo escrito del titular en el cual se establezca el nombre del funcionario delegado y las funciones que se delegan y

además, aparezca registrada la firma de aquél. Estos acuerdos se ajustarán al modelo que emita la Secretaría. No podrá delegarse la firma de las escrituras notariales y de las actas del registro civil... (Art. 66).

La Secretaría emitirá los manuales para regular la expedición de documentos consulares y migratorios y para el desarrollo de las funciones de Registro Civil, notariales y demás que correspondan a la función consular... (Art. 67).

Las oficinas consulares ejercerán las funciones del Registro Civil en los términos del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal y autorizarán en el extranjero las actas de registro civil concernientes al nacimiento y defunción de mexicanos y, en su caso, expedirán copias certificadas de las mismas. Los actos del estado civil de mexicanos en el extranjero se asentarán en las formas que proporcione la Secretaría. Sólo se autorizarán actas de matrimonio cuando los dos contrayentes sean mexicanos.

Las copias certificadas de las actas del Registro Civil expedidas por funcionarios consulares tendrán validez en México.

Las actas a que se refiere este artículo serán concentradas en la Oficina Central del Registro Civil en el Distrito Federal, en los términos y condiciones que señalen las disposiciones aplicables (Art. 68).

Los funcionarios consulares podrán legalizar firmas en documentos públicos extranjeros expedidos por autoridades residentes en sus respectivas circunscripciones consulares, o en documentos que hubieren sido certificados por fedatarios de su circunscripción.

La legislación consistirá en certificar que las firmas, los sellos o ambos, que consten en un documento expedido en el extranjero, sean los mismos que use en sus actuaciones el funcionario que lo haya autorizado y que dicho funcionario desempeñaba el cargo con el que se ostentó al firmar el documento de que se trate.

Al efecto, las oficinas consulares mantendrán un registro de firmas y los sellos que usen los funcionarios que actúen en su circunscripción.

Las legalizaciones sólo se harán tratándose de documentos originales o de copias certificadas expedidas por funcionarios o fedatarios autorizados legalmente y se expedirán en la forma especial que proporcione la Secretaría, la cual se adherirá al documento respectivo. En ambos se imprimirá la firma del funcionario y el sello de la oficina que legalice.

Las legislaciones efectuadas por las oficinas consulares surtirán sus efectos en la República Mexicana sin necesidad de que las firmas de dichos funcionarios requieran a su vez ser legalizadas por la Secretaría (Art. 69).

La legalización de firmas y sellos de un documento es un requisito formal que no prejuzga sobre su contenido ni le da valor jurídico alguno a lo expresado en el mismo (Art. 70).

En el ejercicio de funciones notariales, las oficinas consulares podrán dar fe, autenticar y protocolizar contratos de mandato y poderes, testamentos públicos abiertos, actos de repudiación de herencias y autorizaciones que otorguen las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela sobre menores o incapaces, siempre y cuando dichos actos jurídicos se celebren dentro de su circunscripción y estén destinados a surtir efectos en México (Art. 71).

Las oficinas consulares asentarán y autorizarán las escrituras que se otorguen ante su fe en su protocolo, autorizando previamente por la Secretaría y elaborado conforme a las disposiciones de la Ley del Notariado para el Distrito Federal (Art. 72).

IV.5. Registrador.

Otro tipo de la fe pública que encontramos, es la registral, estando "la línea divisoria entre la fe notarial y la fe pública atribuida a los elementos propios del ordenamiento jurídico, se distingue porque la primera se refiere de modo esencial a los hechos humanos que comprende; es decir, sobre esos hechos que originan derechos subjetivos, en cambio la segunda, se dirige a la función autenticadora en general de disposiciones, acuerdos, resoluciones, declaraciones, inscripciones, etc., en que intervienen funcionarios cuya responsabilidad no tienen la categoría personal propia del notario, sino que deriva a los órganos que la sustentan. Además aquellos funcionarios prescinden de los derechos subjetivos, por cuanto su interés se refiere y consiste únicamente en la verificación formal del hecho que atestiguan. Parejamente, la fe pública registral o la fe pública mercantil, constituía por categorías sometidas a legislaciones reguladoras de tráficós determinados, refieren a la seguridad y certeza de los vínculos jurídicos creados por las actividades específicas de sus agentes: el corredor de comercio en cuanto a la verdad del contenido de sus libros registrales. La fe pública de las certificaciones de los registros, como ocurre en los registros de la propiedad, no tiene los caracteres originarios a que se alude en la fe pública notarial, sino forman la especie derivada que ha sido señalada, de ahí que la legislación le asigne el carácter de supletorio a sus asientos".²⁸⁵

²⁸⁵ Ibidem. T. XII. Pág. 68.

El maestro Bañuelos Sánchez, señala que en este tipo de fe pública, "la inscripción realiza las funciones civiles de la forma que da existencia al acto. El documento auténtico se hace público por medio de otro que lo copia (más o menos a la letra) para desplegar la autenticidad de su fuerza probante del acto a favor o en contra de cualquier interesado, desde la fecha de su inscripción".²⁸⁶

También se entiende como fe pública registral, a aquella que corresponde a los libros del Registro de la Propiedad.²⁸⁷

"La fe pública tiene dos notas características: exactitud e integridad... Los autores españoles han ceñido el concepto de fe pública registral a la integridad del Registro en beneficio de tercero derivada del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y han desenfocado el concepto de exactitud reduciéndolo a un sistema de presunciones respecto de la realidad jurídica. Es verdad que en el sistema español (registro de títulos) el registrador carece de intermediación con toda realidad de fincas, hechos e incluso de personas. Pasado el episodio de la presencia del inocuo presentante (personaje aséptico y fungible de nuestro sistema registral), el registrador, funcionario público, desarrolla una actividad técnica (principio de legalidad) sobre los títulos presentados. Sus actos propios de funcionario recaen sobre los libros del Registro. En ellos y sólo en ellos hay que buscar la exactitud y la integridad.

Los asientos del Registro tienen así una doble vertiente de eficacia:

a) Valor de los actos del registrador en relación con los títulos inscritos. Exactitud de la fe pública (derivativa).

²⁸⁶ BAÑUELOS SANCHEZ, Froylán. Op. Cit. Pág. 111.

²⁸⁷ Cfr. Nueva Enciclopedia Jurídica. T. IX. Op. Cit. Pág. 662.

b) Valor de los actos propios del registrador en relación y beneficio e tercero. Integridad de la fe pública (originaria).

Exactitud de la fe pública registral.

1) Comparecencia y audiencia. El interesado comparece ante el encargado del Registro como ante el juez o el notario. Tal es el sistema de registro inmobiliario en Alemania. En España, algunas secciones del registro civil (nacimientos, matrimonios, defunciones).

2) Presentación de copias autorizadas, de instrumentos públicos (Registro de la propiedad, mercantil, etc.).

En el primer caso, por el principio de inmediatez, estamos en supuestos de fe pública originaria.

En el segundo caso (fe pública derivada), el encargado de Registro toma de las copias los datos o extractos que necesita y, si procede, transcribe literalmente parte de ellos (Regla 6 del Art. 51 del Reglamento Hipotecario). La regla general es la llamada inscripción y no la transcripción. La inscripción, en técnica documental, en ausencia de la esquematización del sistema de casillas, no es más que un relato o testimonio en relación. El registrador tiene facultades selectivas para escoger, de acuerdo con la ley y la naturaleza del acto, las circunstancias que, a su juicio y bajo su responsabilidad, debe contener la inscripción. Lo mismo hace el relator en el apuntamiento. El interesado (Art. 258 de la Ley Hipotecaria) tiene derecho a solicitar que se le muestre el borrador o minuta del texto de la inscripción (pretensión de comprobación), pudiendo proponer las adiciones o rectificaciones que crea necesarias, lo que da cierto paralelismo con el apuntamiento (857 y 870 Ley de Enjuiciamiento Civil),

máxime cuando la disconformidad del interesado con el registrador lo dirime el mismo juzgador de instancia".²⁸⁸

En la obra realizada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (Diccionario Jurídico Mexicano), se nos dice que "el efecto de la fe pública registral (también conocida como legitimación registral) es que se tenga por verdad legal en relación a un derecho real inmobiliario, lo que aparece asentado en el Registro Público. De acuerdo con él, el titular registral se encuentra legitimado para afectar el bien inscrito, válidas y eficazmente".²⁸⁹

En cuanto a los ordenamientos legales, en el Código Civil para el Distrito Federal, se señala que, ***el Registro será Público. Los encargados del mismo tienen obligación de permitir a las personas que los soliciten, que se enteren de los asientos que obren en los folios del Registro Público y de los documentos relacionados con las inscripciones que estén archivados. También tienen la obligación de expedir copias certificadas de las inscripciones o constancias que figuren en los folios del Registro Público, así como certificaciones de existir o no asientos relativos a los bienes que se señalen*** (Art. 3001).

El registro protege los derechos adquiridos por tercero de buena fe, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante, excepto cuando la causa de la nulidad resulta claramente del mismo registro. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contratos gratuitos, ni a actos o contratos que se ejecuten u otorguen violando la ley (Art. 3009).

²⁸⁸ Ibidem. Págs. 662-663.

²⁸⁹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Op. Cit. Pág. 2747.

El derecho registrado se presume que existe y que pertenece a su titular en la forma expresada por el asiento respectivo. Se presume también que el titular de una inscripción de dominio o de posesión, tiene la posesión del inmueble inscrito.

No podrá ejercitarse acción contradictoria del dominio del inmueble o derechos reales sobre los mismos o de otros derechos inscritos o anotados a favor de persona o entidad determinada, sin que previamente a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción en que conste dicho dominio o derecho.

En caso de embargo precautorio, juicio ejecutivo o procedimientos de apremio contra bienes o derechos reales, se sobreseerá el procedimiento respectivo de los mismos o de sus frutos, inmediatamente que conste en los autos por manifestación auténtica del Registro Público, que dichos bienes o derechos están inscritos a favor de persona distinta de aquélla contra la cual se decretó el embargo o se siguió el procedimiento, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción, como causahabiente del que aparece dueño en el Registro Público (Art. 3010).

Por su parte, el Reglamento del Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal, dispone lo que a continuación se enuncia:

El Registro Público de la Propiedad es la institución mediante la cual el Gobierno del Distrito Federal proporciona el servicio de dar publicidad a los actos jurídicos que, conforme a la Ley, precisan de este requisito para surtir efectos ante terceros (Art. 1º).

El Registro Público de la Propiedad es la institución del Departamento del Distrito Federal, a la cual está encomendado el desempeño de la función registral, en todos sus órdenes, con arreglo a las prevenciones del Código Civil para el Distrito Federal, de este Reglamento y demás disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas encaminadas al ejercicio de dicha función (Art. 2º.).

Corresponde al Departamento, por conducto del Director General:

I. Ser depositario de la fe pública registral para cuyo pleno ejercicio se auxiliará de los registradores y demás servidores públicos de la institución; ... (Art. 6º.).

Registrador es el servidor público auxiliar de la función registral, que tiene a su cargo examinar y calificar los documentos registrales y autorizar los asientos en que se materializa su registro (Art. 9º.).

Los registradores ejercerán la función calificadora en auxilio del Director General; a tal efecto, tendrán las atribuciones y limitaciones que les señalan el Código Civil y este Reglamento y calificarán bajo su responsabilidad, los documentos que se presenten para la práctica de algún asiento (Art. 13).

Son atribuciones de los registradores de acuerdo al artículo 14, del ordenamiento legal que estudiamos, las siguientes:

I. Realizar un estudio integral de los documentos que les sean turnados para determinar la procedencia de su registro, según resulte de su forma y contenido y de su legalidad en función de los asientos registrales preexistentes y de los ordenamientos aplicables;

II. Determinar en calidad líquida, con estricto apego a las disposiciones aplicables, el monto de los derechos a cubrir;

III. Dar cuenta a su inmediato superior, de los fundamentos y resultados de la calificación;

IV. Ordenar, bajo su estricta vigilancia y supervisión que se practiquen los asientos en el folio correspondiente, autorizando cada asiento con su firma, y

V. Cumplir con las demás disposiciones legales aplicables, así como con las instrucciones que les transmita el Director General.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El principal antecedente de la jurisdicción voluntaria se encuentra en el procedimiento romano denominado *cessio in jure* de la cual conocía la autoridad judicial.

SEGUNDA. La función notarial en Roma era desempeñada por diferentes funcionarios y fue hasta finales del imperio que Justiniano, unificó las funciones que los notarii y los tabeliones debían ejercer.

TERCERA. El notario es un profesional del Derecho, independiente, investido de fe pública delegada por el Estado, obligado a prestar un servicio a las personas que se lo requieran. El notario debe intervenir y otorgar autenticidad a los actos o hechos jurídicos de interés de los comparecientes, de manera imparcial y encaminarlos de acuerdo con la expresión de su voluntad, por el sendero de la legalidad.

CUARTA. El notario como oficio jurídico, constituye un medio alternativo de prevención legal, porque interviene en la formación de relaciones jurídicas apegadas a Derecho, por lo que es un colaborador de la justicia preventiva, concebida como la libertad de acción o actuación notarial supervisada, controlada y regulada por el Estado.

QUINTA. Los notarios al certificar y ratificar fuera de protocolo, como sucede en el Estado de Coahuila, rompen con el principio de matricidad que consiste en concentración y permanencia, elemento indispensable de la fe pública, trayendo como consecuencia la falta de certeza jurídica y estricta legalidad.

SEXTA. Los notarios por disposición legal son auxiliares en la administración de justicia (Art. 11 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal), estando investidos de fe pública para otorgar formalidad a los mandatos judiciales y asuntos de los particulares que no están reservados a la autoridad judicial, en beneficio de la certeza y seguridad jurídicas que demanda la sociedad y sin más limitaciones ni formalidades que las previstas por la ley (Art. 27 de la Ley del Notariado).

SEPTIMA. Los procedimientos de jurisdicción voluntaria al no tener un contenido litigioso, no implican una verdadera jurisdicción por parte del Juez. De ahí que las resoluciones que en dichos procedimientos se dicten no alcancen la calidad de cosa juzgada, pues su contenido puede alterarse, cuando se demuestre que cambiaron las circunstancias, de conformidad con el artículo 897 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

OCTAVA. La función jurisdiccional ejercida por el Estado, a través de sus órganos competentes es fundamental para el establecimiento del orden jurídico, por lo que se deben armonizar el artículo 11 como el segundo párrafo del artículo 27 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, que reducen al órgano más importante del Distrito Federal en cuanto a la administración de justicia se refiere (Tribunal Superior de Justicia) a simple coadyuvante y auxiliar de la función notarial. Contradiendo con ello, lo dispuesto por el artículo 4º fracción VIII de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en el que se indica que el notario es auxiliar de la administración de justicia.

NOVENA. Una de las funciones del Estado es garantizar a los interesados la legalidad de los actos jurídicos que realizan y para ello ha investido de fe pública a los notarios, para que a través de la misma se obtenga seguridad jurídica.

DECIMA. Tomando en cuenta que corresponde al Estado garantizar la seguridad jurídica de la sociedad, debe incluirse en el artículo 6º de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, la figura de la atribución restringida, consistente en la facultad que el Estado otorga a los notarios, para intervenir en determinado ámbito de actuación como auxiliares de la seguridad jurídica.

DECIMA PRIMERA. El reconocimiento público y social no dan fuerza legal a los instrumentos notariales, sino que dicha fuerza proviene de la fe pública delegada al notario público por el Estado.

DECIMA SEGUNDA. Los instrumentos notariales son propiedad del Estado, pues es el único titular de la fe pública, aun cuando el notario los elabore.

DECIMA TERCERA. El Estado como titular de la fe pública, no sólo ha delegado la fe pública restringida en los notarios públicos, sino que ha delegado la fe pública específica en diversos funcionarios como el Secretario de Acuerdos, el Ministerio Público, el Juez del Registro Civil, el Registrador, el Cónsul, acorde con la naturaleza de sus funciones.

DECIMA CUARTA. Debe reformarse el artículo 166 de la Ley del Notariado del Distrito Federal, así como el artículo 9 de la Ley del Notariado del Estado de Coahuila, a fin de que se aclare que los notarios públicos no pueden intervenir, en asuntos que impliquen actividad jurisdiccional tales como: declaración de minoridad; declaración de incapacidad por causa de demencia; nombramiento de tutores y curadores; autorización para vender y grabar bienes y transigir derechos de menores incapacitados y ausentes; adopción; información ad perpetuam (en informaciones de dominio); autorización de los emancipados para enajenar o gravar bienes raíces o comparecer en juicio; medidas necesarias para evitar que por mala administración se derrochen o disminuyan los bienes de los hijos; medidas provisionales en caso de ausencia, la

declaración de ausencia y la declaración de presunción de muerte; calificación de la excusa de la patria potestad; aclaración del estado civil cuando se trate de errores gramaticales o mecanográficos de letras o palabras concernientes a la real identificación de la persona.

PROPUESTA

Proponemos que la forma, contenido y función de la *atribución específica restringida* que ejercen los notarios, se establezca tomando como fundamento los siguientes elementos:

FORMA: 1. Comparecientes. 2. Notario. 3. Función notarial. 4. Sistema notarial y 5. Instrumento público.

CONTENIDO: 1. Consentimiento o acuerdo de voluntades. 2. Actos o hechos jurídicos y 3. Fe pública notarial.

FUNCIÓN: 1. Prevención de conflictos y 2. Valor y fuerza legales.

BIBLIOGRAFIA

- ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria. En Estudio en Honor de Enrico Redente. Italia. 1951.
- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa. Segunda Edición. U.N.A.M. México. 1970.
- ALSINA, Hugo. Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Ediar. Argentina. 1961.
- BACRE, Aldo. Teoría General del Proceso. T. I. Abeledo-Perrot. Argentina. 1989.
- BAÑUELOS SANCHEZ, Froylán. Derecho Notarial. Tomo I. Cuarta Edición. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1990.
- BAUTISTA PONDE Juan Eduardo. Origen e Historia del Notariado. Depalma. Argentina. 1945.
- BECERRA BAUTISTA, José. El Proceso Civil en México. Sexta Edición. Porrúa. México. 1977.
- BIALOSTOSKY, Sara. Panorama del Derecho Romano. U.N.A.M. México. 1985.
- CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América. Argentina. 1973.

- CARNELUTTI, Francesco. Derecho y Proceso. Editorial Jurídica Europa-América. Traduc. de Santiago Sentís Melendo. Argentina. 1971.
- CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Derecho Procesal Civil. Vol. I. Ediciones Jurídicas Europa-América. México. 1959.
- CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil. T.I. UTHEA. Argentina. 1944.
- CARRAL Y DE TERESA, Luis. Derecho Notarial y Derecho Registral. Décimo Tercera Edición. Porrúa. México. 1995.
- CARRARA, Francisco. Programa del Curso de Derecho Criminal. Vol. II. Temis. Colombia. 1980.
- CASTRO, Juventino V. El Ministerio Público en México. Octava Edición. Porrúa. México. 1994.
- COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Décimo Primer Edición. Porrúa. México. 1989.
- COLOMAR, Antonio P. El Escribano Público. Losada. Argentina. 1946.
- COSTA, Joaquín. Reorganización del Notariado. Porrúa. México. 1917.
- COUTURE, Eduardo J. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Tercera Edición. Depalma. Argentina. 1988.
- COUTURE, Eduardo J. Revista del Notariado. No. 546. Argentina. 1947.

- CHIOVENDA, Giuseppe. Ensayos de Derecho Procesal y Civil. T.I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Traducc. de Santiago Sentís Melendo. Argentina. 1949.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Reus. Traducc. Emilio Gómez Orbaneja. España. 1954.
- DE MARINI, L. Consideraciones sobre la naturaleza de la jurisdicción voluntaria. R.D. Proc. 1954.
- FAZZALARI, Elio. Instituciones de Derecho Procesal. Quinta Edición. Padova. Italia. 1953.
- FENECH, Miguel. Derecho Procesal Penal. T. II. Segunda Edición. Bosch. España. 1945.
- FIX ZAMUDIO, Héctor. Eficacia de la Jurisdicción Voluntaria. U.N.A.M. Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XII. Enero-Marzo. Núm. 45. México. 1962.
- FONT BOIX, Vicente. El Notario y la Jurisdicción Voluntaria. Congresos Internacionales del Notariado Latino. España. 1975.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Porrúa. México. 1995.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. Quinta Edición. Porrúa. México. 1989.

- GARRONE, José Alberto. Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot. T. III. Abeledo Perrot. Argentina. 1987.
- GATTARI, Carlos Nicolás. Manual de Derecho Notarial. Depalma. Argentina. 1992.
- GIMENO GAMARRA, Rafael. Jurisdicción Voluntaria. Instituto Español de Derecho Procesal. España. 1955.
- GOMEZ COLMER, Juan Luis. Derecho Jurisdiccional. T. II. Bosch. España. 1989.
- GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. Sexta Edición. Textos Universitarios. México. 1983.
- GOMEZ ORBANEJA, Emilio. Derecho Procesal Civil. T. I. Civitas. España. 1979.
- GOMIS Y MUÑOZ, S. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Tomo I. Bosch. España. 1993.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Mexicano. T. III. Porrúa. México. 1959.
- GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. T. II. Segunda Edición. Instituto de Estudios Políticos. España. 1968.
- LAVANDERA, M. El Notario. Revista de Derecho Privado. España. 1917.
- LUJAN MUÑOZ, Jorge. Los Escribanos de las Indias Occidentales. Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Guatemala. 1977.

- MANZINI, Vinzenzo. Derecho Procesal Penal. T. I. Egea. Argentina. 1955.
- MARGADANT S., Guillermo F. Derecho Romano. Décimo Sexta Edición. Porrúa. México. 1989.
- MEZQUITA DEL CACHO, José Luis. Seguridad Jurídica y Sistema Cautelar. Vol. I. Bosch. España. 1989.
- MICHELI, Gian Antonio. Estudios de Derecho Procesal. Vol. II. Depalma. Argentina. 1970.
- MILLARES, Carlo y J. I. Mantecón. Índice y Extractos de Protocolos del Archivo de Notarios de México, D.F. El Colegio de México. México. 1945.
- MORALES, Francisco de P. El Notariado; su evolución y principios rectores. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C. México. 1994.
- MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Octava Edición. A.B.C. Colombia. 1983.
- MOVILLA ALVAREZ, Claudio. El Poder Judicial. Tecnos. España. 1975.
- NERI, Argentino I. Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial. Vol. I. Depalma. Argentina. 1980.
- PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Derecho Notarial. Sexta Edición. Porrúa. México. 1993.

- PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Ética Notarial. Cuarta Edición. Porrúa. México. 1993.
- PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Historia de la Escribanía en la Nueva España del Notariado en México. Segunda Edición. Porrúa. México. 1988.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. T. VI. Pedagógica Iberoamericana. Traducc. Leonel Péreznieto Castro. México. 1996.
- PRIETO CASTRO, S. Derecho Procesal Civil. Vol. II. Revista de Derecho privado. España. 1969.
- QUINTANO RIPOLLES, Antonio. Tratado de Derecho Penal. Revista de Derecho Privado. España. 1972.
- RAMOS MENDEZ, Francisco. Derecho Procesal Civil. Reus. España. 1980.
- RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan. Curia Filípica Mexicana. Librería General de Eugenio Maillefent y Compañía. México. 1858.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil (Introducción, Personas y Familia). Tomo I. Vigésimo Quinta Edición. Porrúa. México. 1993.
- VELASCO GALLO, Francisco. Derecho Procesal Civil. Sexta Edición. Cuzco. 1987.

LEGISLACION

- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- Ley del Notariado para el Distrito Federal.
- Código Civil del Estado de Coahuila.
- Código de Procedimientos Civiles del Estado de Coahuila.
- Ley del Notariado del Estado de Coahuila.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

- COUTURE, Eduardo J. Vocabulario Jurídico. Quinta Reimpresión. Depalma. Argentina. 1993.
- DE PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara. Diccionario de Derecho. Décimo Novena Edición. Porrúa. México. 1993.
- Enciclopedia Jurídica Básica. Civitas. España. 1995.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XII. Driskill. Argentina. 1978.

- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. T. I y II. Décimo Primera Edición. Porrúa. México. 1998.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo III. Octava Edición. Porrúa. México. 1995.
- Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo IX. Francisco Seix. España. 1971.
- PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Cuarta Edición. Porrúa. México. 1963.