

884609 3
25-



ESCUELA SUPERIOR DE CIENCIAS JURIDICAS

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
NUMERO DE INCORPORACION 8846 - 09

PERDIDA, DESTRUCCION O MUTILACION DE LOS
FOLIOS QUE INTEGRAN EL PROTOCOLO NOTARIAL
EN EL DISTRITO FEDERAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

PABLO REYNOSO VILLAZON

ASESOR DE LA TESIS: LIC. GERARDO RAMIREZ MENDOZA

REVISOR DE LA TESIS: LIC. FRANCISCO NEGRETE CORONA

NAUCALPAN, ESTADO DE MEXICO

NOVIEMBRE DE 1999

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

884609



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.

RECONOCIMIENTOS

A Dios Nuestro Señor...

A México...

A mis Padres, por su desmedido interés de formar en mi un hombre de bien, por su desvelo, apoyo, preocupación, y presencia incondicional.

Pablo Reynoso Suinaga.

Perla Villazón Méndez de Reynoso.

A la memoria de mi abuelo, por su amistad, ejemplo, parábolas y sabios consejos, que de ellos regiré el resto de mi vida.

Don Rafael Villazón Miranda.

A la memoria de mi abuelo, por el linaje y casta heredadas.

Don Salvador Reynoso Obregón.

A mis abuelas, por su ternura y complacencia.

Doña Margarita Suinaga Escandón de Reynoso.

Doña Clara Méndez Torres de Villazón.

A mis hermanas y a mi cuñado, por su amistad, apoyo, confianza y esperanza que guardan en mí.

Adriana Reynoso Villazón.

Alejandra Reynoso Villazón.

Edgar Martínez Flores.

A mi mentor, amigo, confidente y tío, por sus grandes consejos, enseñanzas, motivaciones y esa gran admiración que le tengo.

Lic. Iñigo Xavier Reynoso de Teresa.

Pamela Malvido Arriaga de Reynoso.

A mis primos, por su desmedida y eterna amistad, confianza y apoyo.

Agustín Reynoso Villazón.

Rafael Adolfo Villazón Labrador.

Manuel Serna Villazón.

Rafael Serna Villazón.

Lucía Reynoso Villazón.

César Reynoso Flores.

Luis Reynoso Flores.

Ana Rocío Serna Villazón.

Mónica Serna Villazón.

Pilar Villazón Labrador.

A mis tíos, por su apoyo, dedicación y empeño empleados en mi.

Agustín Reynoso Suinaga.

Lucía Villazón Méndez de Reynoso.

Rafael Villazón Méndez (Champion).

Javier Villazón Méndez (Uncle).

A mis compadres, y ahijada, por la confianza, amistad, ternura y esperanza.

Lic. Luis Gerardo Villazón Méndez.

Gabriela Corvera Martínez.

Valeria Villazón Corvera.

A mis amigos, por su paciencia y entrega.

Lic. Carlos L. Meza Reyes.

Fernando Angel Gamas Gómez.

Lic. Jorge Ríos Hellig.

José Alejandro Guízar Díaz del Campo.

Juan Tascón Venegas.

Luis Miguel Cornejo Correa.

Israel Amezcua Campos.

Lic. Francisco de la Portilla Sordo.

Salvador Urbina Neri.

A mis maestros y escuelas, por esa búsqueda incasable de prosperidad y advenimiento.

A todas aquellas personas que en algún momento y durante el camino de la vida, cruzó su destino con el mío e intervinieron para que pudiera terminar el presente trabajo (con todo lo que ello significa).

A ti.

CAPITULADO

Página.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS EN EL EXTRANJERO DE LA FUNCION NOTARIAL.

1.1.- Generalidades.	1
1.2.- Egipto.	3
1.3.- Roma.	4
1.4.- Edad Media.	10
1.5.- España.	10

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL NOTARIADO EN MEXICO.

2.1.- Generalidades.	15
2.2.- Epoca Precolonial.	15
2.3.- Epoca Colonial.	17
2.4.- Epoca Independiente.	23
2.5.- Epoca Contemporánea.	29

CAPITULO III

MARCO JURIDICO REGULADOR DE LA FUNCION NOTARIAL EN EL DISTRITO FEDERAL.

3.1.- Generalidades.	36
3.2.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	36

3.3.- La función pública del notario frente al Estado.	40
3.4.- Ley del Notariado para el Distrito Federal.	44

CAPITULO IV

ELEMENTOS CONCEPTUALES DE LA PRESENTE

INVESTIGACION

4.1.- Generalidades.	52
4.2.- Concepto de Notario, dentro de nuestro derecho positivo mexicano.	53
4.3.- Naturaleza jurídica del notariado.	55
4.4.- La fe pública.	56
4.4.1.- Definiciones.	58
4.4.2.- Importancia de la fe pública.	61
4.5.- El Protocolo.	66
4.5.1.- Elementos que lo constituyen.	76
4.5.2.- Apéndices.	77
4.5.3.- Los folios.	79
4.5.4.- Restricción a la salida del Protocolo.	85
4.5.5.- Conservación del Protocolo hasta su entrega al Archivo General de Notarías.	87

CAPITULO V

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

5.1.- Generalidades.	88
5.2.- Pérdida, mutilación o destrucción de algún folio o libro del protocolo.	89
5.2.1.- Soluciones planteadas por la doctrina y por la legislación.	91
5.2.1.1.- Doctrina.	91
5.2.1.2.- Ley del Notariado para el Estado de Jalisco.	102
5.2.1.3.- Ley Orgánica del Notariado del Estado de México.	108
5.3.- Diversos supuestos y soluciones propuestas.	112
CONCLUSIONES.	129
BIBLIOGRAFIA.	132
LEGISLACION CONSULTADA.	135

INTRODUCCION

El presente estudio, lejos de ser otro requisito para aspirar a obtener el preciado título de Licenciado en Derecho, es el pretexto ideal y una gran oportunidad que motivó al autor para exponer diversas consideraciones que, derivadas de la preparación universitaria y experiencia laboral adquiridas, estimamos importante señalar.

En la primera parte del trabajo, exponemos breves ideas a efecto de que el lector aprecie la importancia que ha representado la función fedataria del escribano o notario a lo largo de la historia de la humanidad, hasta llegar a nuestros días.

No es difícil apreciar que sobre todo, en la capital de nuestro país, se ha suscitado un serio problema de sobrepoblación, y con ello el aumento en el tráfico de operaciones y negocios jurídicos que, en muchas ocasiones, deben ser elevados a la forma que la ley establece, esto es, constatados ante un fedatario público. El notario, investido de la fe pública de la que hablamos, está facultado para hacer constar en su protocolo, los actos o hechos que se hagan constar ante él, brindando así seguridad jurídica a quienes soliciten sus servicios.

No obstante, el notario, puede verse desposeído de los folios o libros que integran el protocolo, en los que hace constar los

instrumentos que se otorguen ante su fe, caso en el que la Ley del Notariado para el Distrito Federal es omisa, por lo que estimamos oportuno desarrollar la presente tesis, estableciendo en ella, propuestas para regular, tanto medidas preventivas, como procedimientos de reconstitución de los instrumentos afectados.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS EXTRANJEROS DE LA FUNCION NOTARIAL.

1.1.- GENERALIDADES.

Desde su origen, el hombre, como individuo eminentemente social, se ve envuelto en la necesidad de conservar una seguridad en su persona, en su familia, en sus bienes, en sus derechos, entre otros.

Para satisfacer la necesidad de seguridad que requieren los hombres, surge el Derecho como un instrumento regulador de sus actos, así como de su actuación frente a sus semejantes, primordialmente en el intercambio de satisfactores de primera necesidad y de servicios, lo que podríamos llamar ahora contratos.

Más tarde, esas relaciones contractuales, en virtud de que eran celebradas en forma verbal, y no había manera de hacer exigible el cumplimiento de una obligación contraída por alguien que podía ser más fuerte físicamente que el acreedor o por alguna otra circunstancia como falta de evidencia en el contenido obligacional de las mismas, podían adolecer de abusos, falta de cumplimiento de las partes u otros vicios; estas relaciones contractuales, con el paso del

tiempo se van moldeando y perfeccionando, absorbiendo en muchos casos diversas formalidades y solemnidades, que la práctica fue dictando para dotarlas de medios que permitiesen hacer exacto su contenido y exigible su cumplimiento.

Esa necesidad jurídica del hombre comienza a tener solución con la aparición de diversos medios para hacer constar el contenido de las relaciones contractuales. Más tarde, con la aparición de la escritura comienzan a darse incipientes regulaciones escritas, nacen diversos cuerpos codificados, entre ellos, la “Ley del Tali3n”, que logra oponer ante terceros el ejercicio de un derecho y la facultad de hacer exigible una obligaci3n. Esta, aunque siendo una ley rudimentaria y hasta podr3amos decir hoy en d3a agresiva, facultaba al pretensor a la aplicaci3n de la m3xima, “*OJO POR OJO Y DIENTE POR DIENTE*”.

Con lo antes expuesto, podemos inferir que es con la aparici3n de la escritura que se logra contar con un derecho “*erga omnes*”, esto es, que es oponible frente a todo el mundo.

Es precisamente en esa etapa de la humanidad, cuando surge la figura del escriba, quien era capaz de dar forma y graf3a al contenido obligacional de las relaciones entre las partes, fungiendo como un testigo que redactaba y autentificaba esos actos o hechos de los que

el hombre prescindía para lograr convivencia armónica con sus semejantes.

Con esto nos damos cuenta que eran escasas las civilizaciones que en alguna parte de la historia o en la actualidad no requiriesen de la necesidad de hacer constar de manera fehaciente y perdurable, el contenido de las relaciones jurídicas de sus miembros, logrando con ello una mejor administración de justicia.

1.2.- EGIPTO.

Es en la cultura del antiguo Egipto, aproximadamente 2,000 años antes de las XII Tablas Romanas, donde encontramos algunos de los primeros antecedentes históricos de la figura del notario. Estos escribas que formaban parte de la clase culta eran los sacerdotes, élite que, entre otras cosas, se dedicaba al arte de la escritura, imprimían los jeroglíficos en frágiles papiros que con el paso del tiempo inevitablemente se verían destruidos, sin embargo es por fuentes indirectas, como lo son algunos contratos que afortunadamente fueron plasmados en piedras calizas y a autores e historiadores, por lo que se conoce la existencia de los mismos.

El contenido de estos instrumentos era por lo general la transmisión de dominio de bienes muebles e inmuebles, que se

otorgaba ante la presencia de tres testigos y desde luego del escriba que al final del documento imprimía su sello y con ello lo autenticaba.

1.3.- ROMA.

Es a través del llamado "Tabellio" que conocemos a lo que en Roma podría semejarse la figura del notario en la actualidad. El tabellio o tabellón proviene de tábula en latín, que significa tabla; estas tablas eran enceradas y era en ellas donde los romanos escribían en la antigüedad, más tarde lo harían en papiros. De esa forma es como el tabellón documentaba los negocios entre particulares y posteriormente se le daría el reconocimiento del Estado Romano.

El Doctor Francisco de P. Morales nos indica,¹ que el tabellón se regía bajo ciertos principios, durante tres etapas, de los cuales citaremos los siguientes:

PRIMERA ETAPA.- *"Initium"*.

a).- Principio de Plaza.

¹ FRANCISCO DE P. MORALES, El Notariado su evolución y principios rectores, publicado por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., Ed. Letras Editores, S.A. de C.V., México, 1994, p. 26.

Este principio regulaba la autorización o patente al tabellón, así como la jurisdicción territorial en la que podía actuar. La “plaza” o “stadio” era el lugar u oficina en donde el tabellón se establecía, y que debía estar cerca del foro.

b).- Ayudantes.

El tabellón, por ley podía disponer de colaboradores, así el autor nos menciona al Ministatem, que podía suplirlo en la redacción de documentos y al Ad-Numeratorem, quien se encargaba de los números del oficio.

c).- Elemento corporal.

Lo eran el papiro y la tinta, ya que constituían los materiales utilizados para que el documento fuera considerado como un bien mueble.

El Doctor Morales nos indica uno de los significados de la palabra “protocolo”. En su obra, señala que en capítulo II de la Novela XLIV, establece:

“que los notarios no escriban el contrato en hoja blanca, sino en aquella que tenga en cabeza lo que se llama protocolo, con el nombre del que a la

sazón sea gloriosísimo conde de nuestras realez
flaquezas”.²

De lo anterior, el autor sostiene que:

- Era necesario utilizar material autorizado por el Estado, y
- La palabra protocolo se refiere a la autorización de ese papiro que podía adquirir el tabellón, y era el material sobre el cual se imprimía el texto del documento. De usarse un material distinto, el documento sería inválido.

d).- *Rogatoria*.

Es aquel que consiste en la actuación a instancia de parte. El tabellón actuaría una vez que las partes hayan solicitado sus servicios.

e).- *Scheda*.

Era un proyecto ya redactado por el tabellón, al que las partes podían hacer observaciones o aclaraciones.

² Ibid., p. 27.

SEGUNDA ETAPA

f).- *Completio contracti vel instrumenti.*

Esta etapa consistía en la transcripción del proyecto o *scheda* autorizado por las partes al papiro que más tarde formaría el protocolo. Una vez transcrito, las partes, los testigos y el tabellón lo leían y suscribían.

g).- *Completio.*

Era la autorización que daba el tabellón al documento.

h).- Valor del documento.

El autor cita a Vicente Font Boix, quien afirma lo siguiente:

“La Legislación Justineana reguló de modo definitivo el oficio del tabellio, pero no le concede la fe pública.”³

El Doctor Morales nos refiere al Doctor José Bono, distinguido autor español, quien sostiene que a pesar de que no tenía *fides*

³ Ibid., p. 29.

pública, el documento redactado por el tabellón en la práctica era de gran importancia.

“hacía prueba plena en los tribunales cuando el tabellón testimoniaba en el proceso en que se adujera el documento, la legitimidad del mismo”.⁴

Dicho documento solo podía alcanzar la calidad de instrumento público a través de un procedimiento denominado insinuación.

Hasta este momento al tabellón le hacían falta dos elementos substanciales en el notariado como lo concebimos en nuestros días, que se desprenden de la etapa que a continuación se indica:

TERCERA ETAPA.

i).- Principio de matricidad.

Este principio no se conoció sino hasta el derecho germánico primitivo, que desemboca en lo que conocemos como el protocolo moderno. Consiste en que el escribano cada vez que actuaba tomaba notas de lo acontecido, que más tarde servirían como base para redactar el documento (*inbreviatura*). El Doctor Francisco de P. Morales cita a José Bono, quien dice:

⁴ Ídem.

“El principio de la duplice del documento notarial (principio de matricidad) reconoce valor sustantivo a la previa y obligatoria redacción sumaria, inbreviatura, como matriz y sustrato material del documento. Merced a este principio queda una base permanente del negocio escriturado, lo que permite la posibilidad de la renovación del documento, así como la verificación de este último, mediante su colación con la matriz”.⁵

Es a partir de este principio cuando se definen las características del notario, ya que es él quien guarda, conserva y expide copias del documento.

j).- Fe Pública o fehaciencia.

Este principio no se contemplaba en la Legislación Justiniana, consistente en que el redactor era investido por el Estado, de los poderes que le permitían por sí mismo, expedir el instrumento público.

⁵ Ibid., p. 32.

1.4.- EDAD MEDIA.

De la fusión de los principios de matricidad y fehaciencia, resulta el surgimiento de los elementos substanciales del notariado, y es en la historia de Lombardía, en el siglo VIII, en que surgieron las leyes lombardas, que llamaron escriba a quien hoy conocemos como notario, y establecieron que su dicho era oponible frente a cualquier juramento en contrario.

La escuela de Bolonia, con Rolandino Rodulfo, como su máximo precursor, es donde tiene mayor desarrollo el derecho notarial. El maestro Luis Carral también se refiere al prestigio de Rolandino, como alguien que influyó de manera preponderante en esta institución.⁶

1.5.- ESPAÑA.

Luis Carral y de Teresa distingue algunos períodos en los antecedentes de España,⁷ ellos influyeron de manera sustancial en los ordenamientos legales más importantes para América Latina, además separaron la función notarial de la función judicial.

⁶ LUIS CARRAL Y DE TERESA, Derecho Notarial y Derecho Registral, Ed. Porrúa, S.A. México, 1986, p. 68.

⁷ Cfr., *Ibid.*, p.69.

En un primer período (desde la independencia de Roma hasta el siglo XII), los órganos esenciales para la existencia de un instrumento público eran: a).- Los otorgantes y b).- Los testigos presenciales. Surge el "Primer Código General de la Nacionalidad Española", Fuero juzgo, esta legislación dividía a los escribanos en escribanos del pueblo y comunales, eran ellos quienes escribían y leían las leyes, para evitar el falseamiento de su promulgación y contenido, garantizaban la existencia y legitimidad de los textos legales.

Durante un segundo período (desde el siglo XIII al siglo XV), se designa la función como pública. Surge el Fuero Real y las Siete Partidas, expedidas por Alfonso X "el sabio", quien reina en Castilla durante esa época.

El Fuero Real, para la validez del testamento, obligaba a que se otorgara ante un escribano; se le consideraba como un auxiliar de los deseos de los particulares, toda vez que el escribano acostumbraba tomar notas de los documentos que redactaba, siempre a solicitud de los interesados (principio de rogación), mismas que servían para que en el caso de que el instrumento se perdiera o surgiera alguna duda respecto de él, pudiera "ser probada por la nota donde fue sacada" (principio de matricidad).⁸ Hasta este momento, los mencionados instrumentos sólo acreditaban la existencia del acto celebrado, más

⁸ Ibid., p.70.

no su contenido, toda vez que la intervención del mismo, era un medio para acreditar pruebas.

En el Código de las Siete Partidas se establecían dos tipos de escribanos, el escribano o notario del rey, quien se encargaba de los asuntos estatales y del rey (adscrito a la corte), y el escribano público, era quien realizaba la función notarial entre particulares. La facultad de nombrar a los escribanos correspondía a la corona.

En el año de 1348, surge el Ordenamiento de Alcalá, contiene dos leyes de importancia para el notariado, la Ley Única del Título 16avo, en ella se establece que “aquél que se hubiese obligado a algo, no podría aducir la falta de forma o solemnidad ni falta de intervención de escribano público, pues la obligación contraída y el contrato aceptado valía y debía ser otorgado en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar a otro”.⁹

La otra Ley es la del Título 19avo, dictaba que el testamento debía hacerse ante un escribano público, con presencia de por lo menos tres testigos y reconoce como válido el que una persona fallezca parte testada y parte intestada.

Durante este período, se originó un fenómeno denominado “enajenación de oficios”, que consistía en lo siguiente: Las Partidas

⁹ Ibid., p.71.

establecían que la función del escribano era pública y vitalicia, esto es, se extinguía con la muerte del titular, la función pública no era propiedad particular, sino del señorío del reino, se extendía a perpetuidad, con el carácter de “cosa”, y que estaba en el comercio, por lo que se podía comprar o heredar. La función comenzó a multiplicarse hasta rebajar el nivel moral y técnico de los escribanos. Por lo que los monarcas se vieron alarmados con esta situación.

Es durante el período de los Reyes Católicos que prohibieron la enajenación de oficios públicos, a través de la “Reforma de los Reyes Católicos” (dejaban de tener carácter patrimonial), ahora los obligaban a sustentar un examen, llenar otros requisitos, determinaron su competencia jurisdiccional y los facultaron para dar fe de actos extrajudiciales.

Es importante señalar que es hasta el año de 1503, cuando surgen cinco leyes sobre la formación del protocolo y otras disposiciones relativas. Se ordena que en lugar de que el escribano otorgue sus instrumentos a través de relaciones, éste lo haga en un libro de protocolo encuadernado, en el que asiente por extenso las notas de las escrituras, especificando condiciones, partes y cláusulas, los cuales deberán ser conservados por el escribano, y éste sólo podrá expedir copias literales de él.

Es en esa época donde nacen muchas de las obligaciones que la Ley vigente impone a los notarios, como lo es, la obligación de dar íntegra lectura al instrumento, en presencia de las partes y testigos, quienes debían firmarla con su nombre, y en caso de que alguno de los otorgantes no supiere firmar podría hacerlo a su ruego, alguno de los testigos.

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL NOTARIADO EN MEXICO.

2.1.- Generalidades.

En este capítulo veremos, como se indicó en la introducción de este trabajo, que el arte de la escribanía también fue manejado en el México Prehispánico a través de la figura del *"tlacuilo"*, cuya raíz etimológica, proviene de *tlacuiloa*, que significa dibujar o pintar.

También trataremos en forma breve, la importancia y el papel desempeñado por los escribanos y notarios de la Nueva España, hasta nuestros días.

2.2.- Epoca precolonial.

Como bien sabemos, fue el pueblo Azteca, una de las civilizaciones más trascendentales en la vida histórica de nuestro país, se caracterizaba por ser un pueblo eminentemente guerrero y conquistador. En esta cultura no se dio la figura del escribano como la conocemos hoy en día, no daban fe de actos o hechos jurídicos en nombre del Estado. Era a través del *tlacuilo*, que redactaban sus documentos, su escritura era ideográfica, esto es, no contaban con

un alfabeto, solo plasmaban ideas en pinturas que dejaban constancia de los acontecimientos, dejando memoria de ello y asesoraban en forma jurídica a los contratantes sin tener el carácter de fedatarios. Se conocen aproximadamente quinientos códices trabajados por los *tlacuilos*, de los cuales existe una polémica sobre la destrucción de estos códices prehispánicos.

Hay quienes dicen que muchos de ellos fueron destruidos por los españoles, al tratar de dejar sin rastro “herejías” contrarias a la fe cristiana, con el fin de aniquilar todo vestigio de los pueblos que los españoles venían a conquistar, procurando la aculturación que se importaba.

Existe otra doctrina que afirma que los códices fueron proporcionados por los Tlaxcaltecas a Hernán Cortés, quienes buscaban borrar el yugo del pueblo opresor (aztecas), ya que para los primeros, los códices significaban los libros de muerte. Consideramos que esta teoría es tal vez cuestionable. Los españoles tenían la inquietud y deseo de reproducir literalmente los códices (aproximadamente cuatrocientos ochenta), buscando conocer la costumbre, filosofía, economía, etcétera del pueblo conquistado. Esto resulta contradictorio, ya que es inverosímil que los hubiesen destruido para reconstruirlos más tarde.¹⁰

¹⁰ BERNARDO PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Historia de la Escribanía en la Nueva España y el Notariado en México, editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, México 1983, pp. 29 y 30.

2.3.- Epoca Colonial.

Cristóbal Colón llegó a América el doce de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, y junto con él, llegaron entre otros, los escribanos quienes participaron como testigos y redactores de uno de los acontecimientos más grandes de la historia del hombre, el primer contacto del Viejo Mundo con el Nuevo.

Se considera a Rodrigo de Escobedo como el primer escribano que ejerció en América, quien dio fe de la toma de posesión de la isla de Guananí. Cuando Cristóbal Colón regresó a España lo dejó como tercer sucesor para ocupar el gobierno de la isla "La Española", donde continuó ejerciendo sus funciones de escribano.¹¹

Sin duda alguna durante la conquista, fue Hernán Cortés uno de los principales protagonistas. El ilustre personaje, tenía conocimientos jurídicos y una idea clara de la escribanía, debido a su desarrollo como ayudante de escribano en Extremadura y Sevilla. Más tarde, solicitó se le nombrara escribano del Rey en Santo Domingo, pero la falta de influencia, fue motivo suficiente para que no fuera atendida su petición. Tomó parte en una expedición militar contra una rebelión de indios salvajes de Anacaona, su éxito en el campo de batalla motivó que le concedieran una encomienda de

¹¹ MARÍA ELENA CHICO DE BORJA, Historia del Colegio de Notarios 1792-1901, Imprenta Aldina. México, 1987, p. 5.

indios y la escribanía de Azúa.

Cortés tomó vecindad y obtuvo posteriormente la escribanía en Cuba, hacia 1512 y hasta el año de 1519, alternando el oficio de escribano con actividades comerciales, aumentó considerablemente su patrimonio, mismo que invirtió en organizar la expedición a la Nueva España.¹²

Comenzó esta expedición y así tomó posesión de las costas de Tabasco, en el río Grijalva a nombre de los reyes castellanos ante la fe de Diego de Godoy, escribano del rey, quien anotó todo lo acontecido frente a la actitud hostil de los aborígenes. A partir de ese momento Cortés estaría siempre al lado de un escribano, abdicó al cargo antes conferido por Diego Velázquez Santiago de Baracoa, y fue nombrado capitán general del ejército, alcalde mayor y gobernador, dependía directamente de los reyes españoles e inmediatamente fundó la Villa Rica de la Veracruz, ante la fe de Diego de Godoy.

Posteriormente, se alió con los Tlaxcaltecas y en presencia del escribano Pedro Fernández consumó la incorporación del Imperio Azteca a la Corona de Castilla, sujetándolo a la legislación vigente de esta última. Culminó la conquista en 1521, con la captura de Cuauhtémoc, nació la Nueva España y con ella, la época colonial.

¹² Ibid., p.6.

Las leyes de Castilla tuvieron una rápida incorporación en la Nueva España y paralela a ellas, la práctica notarial. El 9 de agosto de 1525 se otorgó el instrumento número uno del volumen primero del protocolo a cargo de Juan Fernández del Castillo, este instrumento contenía un mandato por virtud del cual Mendo Suárez encomendó a Martín del Río el cobro de cierta cantidad oro a su deudor Pedro de Maya. Así comienza la presencia del escribano en la historia de la Nueva España, surgen los primeros escribanos reales que multiplicaron sus funciones como escribanos públicos, escribanos de cabildo y escribanos de gobierno. Más tarde se constituyeron los escribanos de cámara, quienes atendían asuntos judiciales exclusivamente de funcionarios de juzgados.

María Elena Chico de Borja, en su obra dice que “En la historia de la Nueva España y posteriormente en la de México, el escribano aparece como uno de los símbolos de la legalidad y se convierte en un invaluable auxiliar de la historia. Cualquier acto representativo de la vida nacional quedaba registrado en sus actas y en sus protocolos como una prueba de que se hacían conforme a las disposiciones legales. Estos instrumentos han probado ser valiosos documentos históricos y nos ayudan a reconstruir la vida de lo (sic) siglos pasados”.¹³

¹³ Ibid., p.8.

Durante la colonia era el rey quien tenía la facultad de designar a los escribanos por ser una de las actividades del Estado, esta función se ejerció en un principio por escribanos peninsulares que después fueron sustituidos por criollos. Se podía ingresar al gremio de la escribanía a través de la “compra del oficio”. Las leyes de Indias los declararon vendibles y renunciables, esto es, susceptibles de propiedad privada, entre otros requisitos, como lo eran ser mayor de 25 años, lego de buena fama, cristiano, reservado, de buen entendimiento, conocedor del escribir y vecino del lugar.¹⁴

El escribano era retribuido de acuerdo con un arancel de aplicación obligatoria. El rey señalaba el signo (instrumento similar al sello de autorizar actual) que cada escribano debía utilizar en cada instrumento que se otorgaba ante su fe, para dotarlo de autenticidad.

Durante esa época, el escribano además de constituir un factor valioso en la recaudación fiscal, daba seguridad y continuidad en los negocios, no obstante la inestabilidad política que se vivía en la colonia española.

Existía una gran diversidad de leyes, decretos y demás disposiciones, por lo que era confusa la distinción entre los diferentes tipos de escribanos, pero las siete partidas solo mencionaba dos

¹⁴ JORGE RÍOS HELLIG, La Práctica del Derecho Notarial, Segunda Edición, Ed. Mc Graw Hill, México 1996, p. 15.

clases de ellos, los de la corte del rey o reales y los públicos, en los primeros encontramos a los escribanos de cámara, de sacas, de ventas, etcétera, y dentro del segundo grupo estaban los llamados públicos, del consejo y los del número de villas y ciudades.

Las Leyes de Indias dividían a los escribanos en dos grandes grupos, a saber:

1.- Aquellos cuya función no se encontraba unida a una determinada rama de la administración pública.

a).- Reales.- Podían actuar en todo el territorio, menos en aquellos lugares donde había escribanos del número.

b).- Del número.- Sólo podían ejercer sus funciones dentro de una determinada circunscripción territorial.

2.- Aquellos escribanos que desempeñaban sus funciones con relación a una determinada rama de la administración pública.

Es de suma importancia hacer mención en el presente estudio, que durante los siglos XVI y XVII los protocolos se constituían por documentos sueltos que posteriormente los escribanos cosían y encuadernaban, generalmente en forma semestral, por lo que inferimos, se trataba de un sistema protocolar abierto.

Durante el reinado de Carlos I, se confería a personas designadas por el rey, la facultad de nombrar funcionarios para la escribanía, pero en 1559, se mandó acrecentar el número de escribanías, permitiendo la venta del oficio a personas hábiles y suficientes, en forma vitalicia y sin derecho a renunciar al cargo en favor de un tercero. La venta de estas escribanías no solo contemplaba a las escribanías vacantes, sino también a las de nueva creación.

Con estas disposiciones el fisco no se vio beneficiado con los ingresos deseados, ya que a los particulares no les resultaba atractivo el hecho de que los cargos sólo fuesen otorgados en forma vitalicia, ya que ellos deseaban se les concediera la perpetuidad y el derecho a renunciar a ella, mediante la enajenación a título oneroso o su transmisión *mortis causa*.

En 1573 cuando ya había terminado la conquista, se creó la primera organización de escribanos en la Nueva España con el nombre de Cofradía de los Cuatro Santos Evangelistas.

La Corona, en 1581 expidió una nueva cédula en la que permitía vender las escribanías pagando un tercio del valor de ellas, o sea pagar el derecho de renuncia, y es cuando los particulares comenzaron a ver atractiva la compra del oficio, pero su obtención no

implicaba la compra del título de escribano, solo recibía un derecho patrimonial para explotarla, con ello se daban casos en donde los titulares las trabajaban a contratos de arrendamiento.

Hacia 1792, se creó el Real Colegio de Escribanos de México y un año después la Academia de Pasantes y Aspirantes de Escribanos, que otorgaba certificados de competencia para el ejercicio del cargo. Durante todos estos años se reguló la actividad notarial por medio de cédulas, leyes y decretos.

Este Colegio es el primer real colegio de escribanos de nuestro continente, y como institución ha funcionado ininterrumpidamente hasta nuestros días.

2.4.- Epoca Independiente.

Durante la vida del México independiente, se siguió la costumbre de los oficios públicos vendibles y renunciables.

A principios de la época independiente, el país se encontraba en una regulación jurídica vaga y precaria, aún bajo la sombra del producto de un proceso legislativo extranjero. La legislación positiva española, las Leyes de Indias y demás decretos, provisiones, cédulas reales, etcétera, dados durante la colonia, continuaron aplicándose en el México independiente, por disposición expresa del Reglamento

Provisional del Imperio Mexicano, de 18 de diciembre de 1822. Don Bernardo Pérez Fernández del Castillo, se sirve citar el primer párrafo del artículo segundo dicha disposición, como sigue:

“Quedan sin embargo, en su fuerza y vigor las leyes, órdenes, y decretos promulgados anteriormente en el territorio del imperio hasta el 24 de febrero de 1821, en cuanto no pugnen con el presente reglamento, y con las leyes, órdenes y decretos expedidos, ó que se expidieren en consecuencia de nuestra independencia.”¹⁵

Para efectos del presente estudio, es importante resaltar que el 5 de octubre de 1821, surge la primera disposición sobre papel sellado, dictada por la Soberana Junta Provisional Gubernativa del Primer Imperio Mexicano. Fue en 1823, que se expidió el primer reglamento sobre papel sellado; dividía el papel en cuatro sellos diferentes, todo acto o contrato, privado o público y de los últimos en la vía judicial o administrativa, debía asentarse en papel sellado, a falta de ello, se establecía como sanción, la nulidad del documento en caso de no cubrir la formalidad. La edición de este papel sellado tenía vigencia de dos años, pero a los poseedores los facultó a que si

¹⁵ BERNARDO PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Derecho Notarial, Tercera Edición, Ed. Porrúa, México, D.F. 1986, p.24.

no era utilizado, podrían canjearlo dentro del mes de enero del bienio siguiente.¹⁶

Durante el año de 1836 se expidió un nuevo reglamento para el uso de este papel sellado, en el que destacaba lo que sigue:

1.- Establecía la obligación solidaria en que incurrían las autoridades o funcionarios públicos, para con los causantes del impuesto, que aceptasen cualquier documento que no estuviese en papel sellado.

2.- El pago de una multa que equivalía a tres veces el valor del papel que debió haberse utilizado para tal efecto.

3.- Fue derogada la sanción de nulidad al instrumento que no se hubiera otorgado en el papel sellado.

En 1837 se dictó la Ley para el Arreglo Provisional de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común, en la que en sus artículos 21 y 22 se establecía como requisito para el ingreso a la escribanía, la aprobación de un examen teórico y uno práctico, época en la que el notario formaba parte de la judicatura.

¹⁶ Cfr. BERNARDO PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Historia de la Escribanía en la Nueva España y el Notariado en México, editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, México 1983, p. 140.

En 1841 se dictó una circular que versaba sobre la conservación y seguridad de los protocolos de los escribanos. Para 1853 Don Antonio López de Santanna expidió la Ley Para Arreglo de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común, en la que se establecían los siguientes requisitos: ser mayor de 25 años, tener escritura de forma clara, conocimientos de gramática y aritmética y haber cursado 2 años de una de las materias del Derecho Civil relacionada con la escribanía, otra de práctica forense y otorgamiento de documentos públicos, práctica de dos años, honradez y fidelidad, aprobar un examen ante el supremo tribunal y obtener el título de Supremo Gobierno, obligaba la inscripción del título, así como el uso de firma y signo determinados en el Colegio de Escribanos.¹⁷

En 1856 se autorizó a los escribanos actuarios de los juzgados en el ramo criminal, abrir un despacho público en el que pudiesen ejercer su profesión.

En 1863 el ejército francés provocó la rendición de Puebla; Benito Juárez entonces presidente de la República, estableció en San Luis Potosí su gobierno provisional, entraron las tropas franco-mexicanas a la capital de la República, al mando de Forey, quien dictó un decreto que daba origen al Imperio. En cumplimiento a este

¹⁷ LUIS CARRAL Y DE TERESA, *op. cit.*, p. 81.

decreto se creó una Junta Superior de Gobierno integrada por diversos miembros llamados Asamblea de Notables. Una comisión de la Asamblea acordó, entre otros, que la corona Imperial se ofrecería al príncipe Fernando Maximiliano, Archiduque de Austria, quien al aceptarlo se convirtió en emperador, mientras Juárez continuaba en la presidencia y se veía obligado a replegarse a consecuencia del avance de las tropas invasoras.

Esta Asamblea estableció que el Poder Ejecutivo se denominaría Regencia, la que en ejercicio de sus facultades dictó el decreto del 1º de febrero de 1864, firmado por Juan N. Almonte y José Mariano Salas, que regulaba el ejercicio del notariado. Es de destacar que en ella se emplea por primera vez el término de notario para referirse al oficio de escribano.¹⁸

Durante el imperio de Maximiliano de Habsburgo, en 1865, promulgó la Ley Orgánica del Notariado y del Oficio de Escribano, y definió al notario como un funcionario que el soberano investía con fe pública para redactar y autorizar con su firma las escrituras de las últimas voluntades, actos y contratos que se celebraran entre las partes, así como los autos y demás diligencias de los procedimientos judiciales, poseía funciones vitalicias, pero podía privarsele de ellas temporal o de forma perpetua por causa justa y calificada, previo el decreto formal de autoridad competente. Al escribano lo limitaba a

¹⁸ BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, op. cit., pp. 119 y 120.

ejercer funciones semejantes a la de los actuales secretarios de acuerdos, adscritos a los juzgados.

Durante esa época, el protocolo seguía llevando un sistema abierto, los documentos públicos debían escribirse en pliegos sueltos y ser numerados en forma progresiva, también debía llevarse un índice de todos los instrumentos (como existe en la actualidad).

La Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal de 1867, fue de un gran avance legislativo, como la confirmación del término de venta de las notarías, reconociendo las ya adquiridas, la separación de los notarios y secretarios de juzgado, y la sustitución del signo por el sello notarial.¹⁹

Se impuso a los notarios la obligación de establecer su despacho en paraje céntrico y prestar sus servicios al público cuando menos siete horas al día.

En ese mismo año, desaparece el Imperio y la ley dejó de aplicarse, quienes ejercieron la función notarial en los lugares ocupados por la administración imperial tuvieron que rehabilitarse y obtener nuevo título.

¹⁹ JORGE RÍOS HELLIG, op. cit. p. 18.

2.5.- Epoca Contemporánea.

Es a partir del siglo XX, que se organizó y estructuró la función notarial en forma definitiva y sistemática.

Al comienzo del presente siglo, la República Mexicana era regulada por la Constitución de 1857, que establecía un sistema de organización federal.

En 1901, durante el gobierno del General Porfirio Díaz, se promulgó la Ley del Notariado para el Distrito Federal, misma que abrogó todas las disposiciones anteriores relativas al notariado y su ámbito de aplicación espacial abarcó tanto al Distrito como territorios federales.

Por primera vez se exigió el título de abogado para obtener la patente de notario y declaró incompatible la función notarial con el ejercicio de la abogacía o con otros cargos, empleos o comisiones públicas, excepto el de enseñanza, también existía incompatibilidad para desempeñarse en empleos bajo la dependencia de una persona privada, así como desempeñarse como mandatario, comerciante, corredor, agente de cambio, ministro de cualquier culto y con cualquier cargo de elección popular. Dispuso que el ejercicio de la función notarial era de orden público, conferido por el poder ejecutivo.

Era obligatorio pertenecer al Colegio de Notarios y usar protocolos, la prestación del servicio no ocasionaba un sueldo proveniente del erario, los honorarios se causaban conforme a un arancel. Se creó también el Archivo General de Notarías.

Esta ley definía al notario de la siguiente forma:

“Art. 12.- Notario es 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 de aquéllas y éstas las copias que legalmente puedan darse.”²⁰

Para ser notario se requería tener 25 años cumplidos, no tener alguna enfermedad habitual que pudiera impedir el ejercicio de la función, tener y acreditar buena conducta, haber obtenido patente de aspirante al ejercicio del notariado y estar vacante alguna de las

²⁰ Artículo citado por BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, op. cit. p. 144.

notarías creadas por la ley.

Ya obtenido el nombramiento se requería además otorgar una fianza, proveerse a su costa de sello y libros del protocolo, registrar su firma y protestar el cargo ante la Secretaría de Justicia.

Los instrumentos debían constar en el protocolo, formado por uno o varios libros sin pasar de cinco, estaban formados por 150 fojas cada uno, numerados por páginas. Esta ley se refería al protocolo como el libro o conjunto de libros, por lo que entendemos regía un sistema protocolar cerrado.

Junto con el protocolo llevaba una carpeta llamada “apéndice”, donde se coleccionaban los documentos que guardaban relación con las actas notariales. También existía un libro especial denominado de “Poderes”, donde asentaban todos los contratos de mandato. Además del protocolo, apéndices y el libro de poderes, tenía un “libro de extractos”, en el que asentaba un resumen del instrumento, indicando su número.

En 1932, se publica la Ley del Notariado para el Distrito y Territorios Federales, misma que abrogó a la de 1901. Siguió su estructura y método, a excepción de los siguientes puntos, de los que la doctrina reconoce su evolución, a saber: excluyó a los testigos de

la actuación notarial (a excepción de los testigos instrumentales en el testamento), estableció el examen de aspirante a la función notarial, con un jurado compuesto por cuatro notarios y un representante del entonces Departamento del Distrito Federal, preveía la figura de la adscripción, esto es, admitía que un notario fuera suplido por alguien que asumía la función durante la ausencia temporal o definitiva de éste.

La Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios de 1945, abroga a la anterior y se refería al notario, en su artículo segundo, como:

“La persona, varón o mujer, investido de fe pública para hacer constar los actos y hechos jurídicos a los que los interesados deban o quieran dar autenticidad conforme a las leyes y autorizada para intervenir en la formación de tales actos o hechos jurídicos revistiéndolos de solemnidad y formas legales.”²¹

En su artículo 11 reconocía al notario como un funcionario público y un profesional del derecho que ilustraba a las partes en materia jurídica, tenía el deber de explicarles el valor y consecuencias legales de los actos que se otorgasen ante su fe.

²¹ Artículo citado por JORGE RÍOS HELLIG, op. cit. p. 21.

Esta ley estableció el examen de oposición como sistema único para obtener la patente de notario y sólo podían participar quienes tuvieran patente de aspirante. Obtenida la patente de notario se debía otorgar fianza, proveerse a su costa de sello y protocolo, rendir protesta legal, dar aviso al público en el Diario Oficial de la Federación, comunicarlo al jefe del entonces Departamento del Distrito Federal, al Registro Público de la Propiedad y al Colegio de Notarios.

Al amparo de esa ley, los libros del protocolo no podían ser mas de diez por cada autorización, debían estar encuadernados y empastados, constaban de 150 fojas, o sea 300 páginas, con ciertas características y una al principio sin numerar, destinada al título del libro.

El protocolo se cerraba con una razón especial de terminación y se remitía para su custodia al Archivo General de Notarías, después de 5 años a la razón de dicho cierre.

El 8 de enero de 1980 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la Ley del Notariado para el Distrito Federal, que siguió la mayoría de los aspectos formales que la ley de 1945, pero es

importante destacar de ésta, la reforma al artículo 10, mismo que a la letra dice:

“Notario es un licenciado en derecho investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley a los instrumentos en que se consignan los actos y hechos jurídicos.

La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte.”²²

Con esta reforma deja de considerarse al notario como un funcionario público y se preveía la aplicación del protocolo abierto especial, únicamente para los actos y contratos en que interviniera el entonces Departamento del Distrito Federal y las dependencias y entidades de la administración pública federal, cuando actuaran en el fomento de la vivienda o regulación de la propiedad inmueble.

Es importante mencionar que a partir de ese momento se adopta de nueva cuenta el sistema de protocolo abierto o encuadernable, únicamente por lo que hacía al entonces protocolo abierto especial.

²² Artículo 10, Ley del Notariado para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 1980.

Por decreto de fecha 6 de enero de 1994, se reformó la Ley del Notariado para el Distrito Federal y se implantó un sistema protocolar integral abierto (tanto al protocolo especial, protocolo ordinario y libro de registro de cotejos) y obligatorio, por lo que se dejaron de utilizar los libros previamente empastados y se sustituyeron por folios encuadernables.

CAPITULO III

MARCO JURIDICO REGULADOR DE LA FUNCION NOTARIAL EN EL DISTRITO FEDERAL.

3.1.- Generalidades.

En este capítulo ubicaremos al marco jurídico regulador del notariado y su posición frente a la Administración Pública, asimismo, los fundamentos legales que rigen su función, algunas facultades y alcances jurídicos, obligaciones y prohibiciones, entre otros.

3.2.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El fundamento constitucional lo encontramos en el artículo 121 de la Carta Magna, mismo que a la letra dice:

“En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes:

I.- Las Leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él.

II.- Los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación.

III.- Las sentencias pronunciadas por los tribunales de un Estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro Estado, sólo tendrán fuerza ejecutoria en éste, cuando así lo dispongan sus propias leyes.

Las sentencias sobre derechos personales sólo serán ejecutadas en otro Estado, cuando la persona condenada se haya sometido expresamente o por razón de domicilio, a la justicia que las pronunció, y siempre que haya sido citada personalmente para ocurrir a juicio.

IV.- Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado tendrán validez en los otros.

V.- Los títulos profesionales expedidos por las autoridades de un Estado, con sujeción a sus leyes, serán respetados en los otros.”²³

²³ Artículo 121, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Infosel Legal, México, 1998.

En este precepto, encontramos las bases que fundamentan la obligación de que se tengan por ciertos los actos celebrados en los Estados de la Federación y frente a todos aquellos que no presenciaron su celebración. Se respeta el pacto federal y la soberanía de los poderes estatales.

El artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a la letra dice:

“Las facultades que no están expresamente concedidas por ésta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.”²⁴

Del precepto en comento, se desprende que los Estados tienen reservadas todas las facultades de las que no hace reserva expresa la federación, es decir, en el pacto federal, los Estados miembros tienen facultades originarias, pues son ellos quienes celebran el pacto federal.

El Licenciado Enrique Sánchez Bringas, nos dice acertadamente que el Congreso de la Unión carece de facultades expresas e implícitas que le permitan legislar en materia notarial.

²⁴ Artículo 124, *ibid.*

“..... Por lo mismo, atendiendo al principio consagrado en el artículo 124 constitucional, la facultad para regular la existencia jurídica del fedatario y el desarrollo de sus funciones, se entiende reservada en favor de los estados. Esta conclusión es corroborada en el caso del Distrito Federal, si observamos la facultad de legislar en materia del notariado que expresamente se asigna a la Asamblea de Representantes de esa entidad federativa.

A este fenómeno se debe que hasta la fecha no exista y constitucionalmente no podrá existir la figura del notario federal y por lo mismo, que siempre que los órganos públicos de la Federación requieren los servicios notariales, exijan como requisito que el fedatario se encuentre registrado ante las autoridades federales correspondientes.....”²⁵

²⁵ ENRIQUE SÁNCHEZ BRINGAS, La competencia normativa de los Notarios y de los Corredores Públicos conforme al Orden Jurídico Nacional, editado por el Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, Abril de 1996.

3.3.- La función pública del notario frente al Estado.

La doctrina no es consistente en su opinión acerca de la función pública del notariado como institución, algunos autores, incluso, dejan de lado su estudio y simplemente son omisos en el tratamiento del mismo en sus respectivas obras.

Sin embargo, a este respecto, es de utilidad transcribir los artículos 1º y 10 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, que son del tenor literal siguiente:

“ARTICULO 1º.- La función notarial es de orden público. En el Distrito Federal corresponde al Ejecutivo de la Unión ejercerla por conducto del Departamento del Distrito Federal, el cual encomendará su desempeño a particulares, licenciados en derecho, mediante la expedición de las patentes respectivas.”²⁶

“ARTICULO 10.- Notario es un 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

²⁶ Artículo 1º., Ley del Notariado para el Distrito Federal; Infosel Legal, México, 1998.

actos y hechos jurídicos. El notario fungirá como asesor de los comparecientes y expedirá los testimonios, copias o certificaciones a los interesados conforme lo establezcan las leyes. La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte.”²⁷

En ese orden de ideas, se aprecia que el notario no está adscrito directamente a la administración pública, sin embargo el maestro Gabino Fraga nos indica la directriz en la que podríamos ubicarlo frente al Estado.

El autor en comento, explica tres modalidades distintas de la descentralización:

- a).- Descentralización por servicio;
- b).- Descentralización por colaboración, y
- c).- Descentralización por región.

Para no restarle claridad a las ideas expuestas por el Maestro Fraga, nos permitimos transcribir a la letra lo siguiente:

“..... La descentralización por colaboración constituye una modalidad particular del ejercicio

²⁷ Artículo 10, *Ibid.*

de la función administrativa con caracteres específicos que la separan notablemente de los otros dos tipos de descentralización que hasta aquí hemos estudiado (descentralizaciones por región y por servicio).

La descentralización por colaboración se origina cuando el Estado va adquiriendo mayor injerencia en la vida privada y cuando, como consecuencia, se le van presentando problemas para cuya resolución se requiere una preparación técnica de que carecen los funcionarios políticos y los empleados administrativos de carrera. Para tal evento, y ante la imposibilidad de crear en todos los casos necesarios organismos especializados que recargarían considerablemente la tarea y los presupuestos de la Administración, se impone o autoriza a organizaciones privadas su colaboración, haciéndolas participar en el ejercicio de la función administrativa.

De esta manera, la descentralización por colaboración viene a ser una de las formas del ejercicio privado de las funciones públicas... Resulta pues de lo dicho que la descentralización por colaboración se

caracteriza frente a los otros dos tipos de descentralización por no constituir parte integrante de la organización administrativa, por realizarse mediante organismos privados que al ejercitar una función pública colaboran con aquella organización, constituyen, según la expresión de B. Geny instituciones colocadas en los límites del derecho público y del derecho privado, que descargan a la Administración de una parte de sus tareas sin atenuar de manera apreciable su energía y su autoridad sobre los administrados.....”.²⁸

Con lo antes expuesto, podemos concluir que el notario:

- No es un funcionario público, por lo tanto no está regido por la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, ni puede ser removido libremente y tampoco goza de fuero.
- Para acceder al notariado, como ya se mencionó, es necesario aprobar dos exámenes y cubrir los requisitos que al efecto establece la ley, por lo tanto no se trata de un

²⁸ GABINO FRAGA, Derecho Administrativo, Trigésima Tercera Edición, Editorial Porrúa. México, 1994, pp. 208 y 209.

nombramiento político.

- Percibe sus honorarios provenientes de las partes que solicitan sus servicios, conforme a un arancel y no son con cargo al erario público.

- Es un ente que coadyuva con el Estado como auxiliar de las autoridades correspondientes, está obligado a retener, calcular y declarar las imposiciones tributarias, de actos que celebrados ante su fe, sean gravados conforme a las disposiciones legales que así lo establezcan.

3.4.- Ley del Notariado para el Distrito Federal.

Del artículo primero de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, antes transcrito, se desprende que la función notarial es de orden público.

La finalidad última del Estado es el bien común, el cual, entre otros, se pretende alcanzar a través de la seguridad jurídica; como un medio eficiente para llegar a este ideal, se auxilia de la fe notarial, debido al alto grado de preparación que deben tener sus agremiados.

Del mismo precepto, encontramos una condición *sine qua non*, cuando se refiere a la encomienda de su desempeño a particulares,

que sean licenciados en derecho, los cuales obtendrán las patentes respectivas. Estas son las siguientes: de aspirante al notariado y la de notario, mismas que se obtienen mediante la presentación de sendos exámenes.

Para obtener la patente de aspirante al notariado, establece el artículo 13 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, deberá satisfacer los siguientes requisitos:

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

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

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

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

V.- Solicitar ante la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos del Departamento del Distrito Federal el examen correspondiente y ser aprobado en el mismo.”²⁹

El examen a que se refiere la ultima fracción de este artículo, consiste en una prueba práctica y una teórica.

La prueba práctica consiste en la redacción de un instrumento notarial que solucione un caso relacionado con la función notarial, cuyo tema se sortea de entre veinte, propuestos por el Colegio de Notarios, aprobado por las autoridades del Distrito Federal. El sustentante tiene un plazo de cinco horas para resolver el caso, al terminar debe depositar el trabajo en sobre cerrado (que deben firmar el sustentante y los dos siguientes) en presencia de un notario designado por el Colegio y por un representante de las autoridades del Distrito Federal.

La prueba teórica consiste en la réplica o interpelación que un jurado compuesto por cinco miembros propietarios o sus suplentes, aplican al sustentante, respecto del instrumento elaborado con motivo de la prueba práctica. El mencionado jurado se integrará por el Jefe del Departamento del Distrito Federal, quien fungirá como presidente del jurado; por los Directores de la Dirección General

²⁹ Artículo 13, *ibid.*

Jurídica y de Estudios Legislativos y del Registro Público de la Propiedad y de Comercio del Distrito Federal; y por dos notarios designados por el Consejo del Colegio de Notarios del Distrito Federal (para obtener la patente de notario, el jurado se compone de la misma forma).

Al concluir dichas pruebas, la decisión del jurado se determinará a puerta cerrada e inmediatamente se dará a conocer el resultado. Si el resultado fuera reprobatorio, el sustentante no podrá volver a presentar nuevo examen sino transcurridos seis meses.

El examen para obtener la patente de notario, se hace en los mismos términos que para la de aspirantes, pero versará sobre temas de mayor complejidad en materia notarial, consistente en una prueba práctica y otra teórica.

La prueba práctica, se lleva a cabo de la siguiente forma: el día de la prueba, se reúnen los sustentantes que previamente hayan obtenido patente de aspirante y uno de ellos escoge un sobre, en el que se contiene un tema que desarrollarán todos, en forma individual, bajo la vigilancia de un representante del Consejo del Colegio de Notarios y un representante de las autoridades del Distrito Federal, gozarán de un término de cinco horas para resolverlo, concluido el plazo, se entregarán los trabajos en sobres cerrados

para su custodia (que igualmente deberán estar firmados por los sustentantes y personas que vigilaron el proceso).

La prueba teórica, es pública, y los sustentantes son examinados en forma sucesiva en el orden de la presentación de su solicitud de examen, si no se presentasen en el momento de su turno, lo podrán hacer al final, de no hacerlo así, se les dará por desistidos, salvo que justifiquen su ausencia por alguna causa de fuerza mayor. El interrogatorio no solo se limita al tema que debieron desarrollar los aspirantes en la prueba práctica, podrá versar sobre cualquier tópico en materia notarial.

De igual forma, la decisión del jurado se hará a puerta cerrada, la puntuación mínima aprobatoria será de setenta puntos sobre cien, y aquel aspirante que obtenga la mayor calificación gana la oposición y la patente, si algún aspirante tiene una calificación menor a sesenta y cinco puntos, no podrá volver a presentarse en un plazo menor de seis meses. La resolución que emita el jurado es definitiva e inatacable, y una vez emitido el fallo, el presidente del jurado dará a conocer el nombre del triunfador en público y remitirá la documentación al Jefe de Gobierno del Distrito Federal.

Una vez obtenida cualquiera de las patentes, ya sea de aspirante o de notario, con fundamento en lo dispuesto por la

fracción tercera del artículo 28 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, éstas deberán ser inscritas en:

A).- La Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos del Distrito Federal.

B).- En el Registro Público de la Propiedad y de Comercio del Distrito Federal.

C).- En el Colegio de Notarios del Distrito Federal.

En la práctica, se tiene la costumbre de hacer la inscripción, adicionalmente, en el Archivo General de Notarías, sin que por ello exista disposición legal que así lo establezca.

Si se obtuvo la patente de notario, deberá de iniciar funciones en un plazo que no exceda de noventa días hábiles siguientes a la fecha de la protesta legal, además deberá de cumplir con los requisitos, que establece el artículo 28 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, a saber:

“..... I.- Otorgar la protesta ante el Jefe del Departamento del Distrito Federal o el servidor público en el que éste delegue esa facultad;

II.- Proveerse a su costa de protocolo y sello;

III.- Registrar el sello y su firma, rúbrica o media firma, ante las Direcciones Generales Jurídica y de Estudios Legislativos y del Registro Público de la Propiedad y del Comercio del Departamento del Distrito Federal y en el Colegio de Notarios;

IV.- Otorgar fianza de compañía legalmente autorizada a favor del Departamento del Distrito Federal, por el término de un año, por la cantidad que resulte de multiplicar por diez mil el importe del salario mínimo general diario en el Distrito Federal, vigente a la fecha de la expedición de la misma. Dicha fianza deberá mantenerse vigente y actualizarse a su vencimiento cada año, modificándose en la misma forma en que se haya modificado a esa fecha el citado salario mínimo.

En todo caso, deberá presentarse la póliza correspondiente ante la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos del propio Departamento, y

V.- Establecer la oficina para el desempeño de su cargo, iniciar funciones y dar aviso de todo ello a las unidades administrativas y colegio indicados en la fracción III anterior,

dentro del plazo señalado en el artículo 27 (noventa días hábiles).

El Departamento del Distrito Federal publicará la iniciación de funciones de los notarios, en el Diario Oficial de la Federación y la Gaceta Oficial del Departamento del Distrito Federal sin costo para el notario.”³⁰

³⁰ Artículo 28, Ibid.

CAPITULO IV

ELEMENTOS CONCEPTUALES DE LA PRESENTE INVESTIGACION

4.1.- Generalidades.

La figura del notario, se puede clasificar en tres tipos, a saber: el notario de tipo latino, el anglosajón y el totalitario.

El notario de tipo latino, como lo es el mexicano, esta a cargo de licenciados en derecho, que aplican el derecho escrito y no el consuetudinario, sus características son las siguientes:

- a).- Es asesor de las partes;
- b).- Interpreta la voluntad de las partes;
- c).- Redacta, lee y explica el documento;
- d).- Autoriza el instrumento imprimiéndole al acto el reconocimiento del Estado;
- e).- Conserva el instrumento;
- f).- Reproduce el instrumento;
- g).- Su cargo es por tiempo indefinido.³¹

Sus instrumentos, gozan de legalidad, poseen la cualidad de ejecutividad y hacen prueba plena en juicio y fuera de él.

³¹ JORGE RÍOS HELLIG, op. cit. p. 27.

El notario de corte anglosajón, se limita a dar fe que las firmas que se estampen en el instrumento pertenecen a las personas que se les atribuyen y que las identificó; no redacta ni se introduce hasta el fondo del asunto; no vigila la legalidad del acto; su cargo es temporal y carece de formación profesional.

El notario totalitario, es la figura que se aplica en los países de régimen socialista, en donde el movimiento de propiedad privada es escaso, casi nulo, por lo que tienden más a coadyuvar por los intereses del Estado.³²

4.2.- Concepto de Notario, dentro de nuestro derecho positivo mexicano.

Con el objeto de desglosar y para los efectos que adelante indicaremos, hacemos nueva transcripción del artículo 10 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, mismo que estatuye lo siguiente:

"ARTICULO 10.- Notario es un 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. El notario fungirá como asesor de los comparecientes y

³² *ibid.*, p 28.

expedirá los testimonios, copias o certificaciones a los interesados conforme lo establezcan las leyes. La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte.”³³

En ese orden de ideas, tenemos que:

a).- El notario “..... es un Licenciado en Derecho.....”, por lo que requiere de una formación profesional;

b).- “..... investido de fe pública.....”, por lo que hace a la fe pública, le dedicaremos un apartado, y por el momento solo diremos que es obligatorio para los terceros que no intervinieron en el acto, tenerlo por cierto, ya que a través de la mencionada fe, las actuaciones del notario, en ejercicio de sus funciones, se convierten en documentos auténticos que el Estado reconoce como válidos;

c).- “..... facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley.....”, el Estado, como se explicó en líneas anteriores, lo faculta a través de las patentes respectivas.

d).- “..... a los instrumentos en que se consignent los actos y hechos jurídicos.....”, esto es, la actuación notarial se instrumenta (principio de matricidad), en forma protocolar, en el que deberán

³³ Artículo 10, Ibid.

incluirse los actos o hechos que el notario hiciere constar, los primeros los hará en escrituras y los segundos en actas;

e).- “..... El notario fungirá como asesor de los comparecientes y expedirá los testimonios, copias o certificaciones a los interesados conforme lo establezcan las leyes.....”, como ya hemos visto, esto forma parte de los principios antes expuestos de asesor e intérprete de las normas jurídicas y de matricidad y de reproducción de los documentos originales;

f).- “..... La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte.”, conocido como el principio de rogación, es fundamental en la actuación del notario, ya que solo podrá dar fe de aquellos actos o hechos que le sean solicitados por las partes, esto es, no podrá actuar de oficio.

4.3.- Naturaleza jurídica del notariado.

Podemos decir que el derecho notarial es una rama del derecho público, el Estado delega o encomienda a un particular mediante una patente, quien autoriza en nombre y representación del primero, los instrumentos necesarios para dar fe de los hechos o actos que requiera la sociedad o el Estado mismo.

El derecho notarial tiene una función dual, estudia tanto a la función pública notarial, como al instrumento público notarial.

Cuando se aplica al estudio de la función pública, regula los deberes y derechos del notario, su competencia, las relaciones entre terceros (particulares) y entre el notario y el Estado.

En el momento en que se enfoca al estudio del instrumento público, establece las reglas o principios de lo que llamamos la forma de la forma, esto es, analiza los elementos de una escritura pública o acta para que sean consideradas como válidas, como lo es el uso del protocolo, apéndice, sello de autorizar, índices, entre otros.

4.4.- La fe pública.

San Agustín alguna vez dijo "A la fe nadie puede ser obligado", es común que cuando nos referimos a la fe en su simple acepción, significa la creencia en algo que no se ve, o no logra ser captado a través de los sentidos.

La fe (*fato sensu*) consiste en creer en algo que no nos consta, esta fe tiene dos fuentes:

1.- La Evidencia.- Hay evidencia cuando un objeto u hecho está presente a nuestro conocer directo, a través de la vista (*videntia*),

realizamos un juicio de razón por su evidencia, el hecho u objeto a conocer, se revela por si mismo, por lo que no interviene la voluntad del sujeto cognocente.

2.- La Fe (*stricto sensu*).- Aquí se da por cierto ese hecho u objeto a pesar de no ser evidente, ya que no se revela por si mismo, no se impone por un acto de conocimiento, interviene ante todo, un elemento volitivo, el objeto o hecho debe vencer la voluntad del sujeto cognocente, para ser argüido de verdadero o cierto.

Con el paso del tiempo, dado el número y la complejidad de las relaciones jurídicas, que la mayoría de los ciudadanos no podemos presenciar, y la necesidad de que esos actos tuvieran que ser creídos para ser aceptados, el Estado ideó un sistema de investidura a una persona de una función autenticadora, esto es, que actuara en su nombre para llevar a una verdad oficial que todos estamos obligados a creer.

Es así como nace la fe pública, legitima afirmaciones que objetivamente estamos obligados a aceptar como verdades, en cumplimiento de los preceptos legales que así lo determinan.

La mayoría de los tratadistas coinciden en que la fe pública es pues, la calidad que tienen documentos determinados, que son suscritos por fedatarios que cumpliendo determinadas formalidades,

tienen la virtud de garantizar la autenticidad de los actos o hechos que narran, y por consiguiente su validez y eficacia jurídica.

4.4.1.- Definiciones.

Luis Carral y de Teresa nos dice que si un documento proviene o es emitido por una autoridad pública, se está en presencia de un documento público y por lo tanto tiene aparejada la fe pública.

Dicho autor, menciona "..... en el caso de la fe pública no estamos en presencia de un acto subjetivo de fe, sino de afirmaciones que objetivamente estamos obligados a aceptar como verdaderas los miembros de la sociedad civil, en acatamiento de los preceptos legales que así lo ordenan.....".³⁴

Mario Antonio Zinny, nos establece el siguiente concepto de fe pública:

"..... fe pública en sentido técnico - jurídico es fe a la fuerza (impuesta por el Estado) y supone investidura oficial y una seria, grave responsabilidad que recae en los funcionarios encargados de imponerla... Esa responsabilidad se funda en que el Derecho, al adoptar la fe

³⁴ LUIS CARRAL Y DE TERESA, op. cit., p. 52 y 53.

pública, está presumiendo que los funcionarios encargados de imponerla no mienten... Fe pública es, sencillamente, fe impuesta por el Estado en la autenticidad de ciertos objetos (moneda, sellos, timbres y marcas oficiales, documentos públicos) y en la veracidad de ciertos actos (públicamente instrumentados); y supone, así, autenticidad y veracidad oficialmente preestablecidas. La fe pública notarial, por su parte, se caracteriza por ser mucha fe, en el sentido de que el notario no solo la impone a los objetos que crea (documentos que autoriza) y a sus propios actos, sino también a los actos que percibe.....”³⁵

Para el Maestro Jorge Ríos Hellig, la fe pública es un imperativo que el Estado impone a un pasivo contingente universal para considerar cierta y verdadera la celebración de un acto o el acaecer de un evento que no percibe por sus sentidos.

Desarrolla su definición de la siguiente forma:

³⁵ MARIO ANTONIO ZINNY, Casos Notariales, Primera Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1995, pp. 55 y 56.

1.- Es un imperativo jurídico por que es forzoso considerar por cierto lo que se contiene en cualquier instrumento emanado del Estado a través de un fedatario.

2.- Se refiere a un pasivo contingente, por que es *erga omnes*, esto es, que es oponible frente a terceros.

3.- El fedatario confecciona el acto, plasma el acuerdo de voluntades en la forma que lo percibió.

4.- El hecho de que el pasivo contingente no lo perciba a través de sus sentidos, ya que no lo constató personalmente.³⁶

Para Froylán Bañuelos Sánchez, la fe pública es “..... la garantía que da el Estado de que determinados hechos que interesan al Derecho son ciertos....”.³⁷

La fe pública en comento, marca radicalmente la diferencia entre un documento público y uno privado, la enciclopedia jurídica OMEBA, nos indica algunos caracteres propios de cada uno de la siguiente forma:

³⁶ JORGE RÍOS HELLIG, op. cit. p. 45.

³⁷ FROYLAN BAÑUELOS SANCHEZ, Derecho Notarial, Cuarta Edición, Editorial Cárdenas y Editor Distribuidor, Tijuana, Baja California Norte, México, 1990, tomo I, p.151.

“..... El documento adquiere, en suma, un valor representativo, cuya trascendencia, imperio y virtud, proviene de su autorización por quien en ejercicio de facultades específicas conferidas por el poder público, autentica su contenido, es decir la verdad de su narración. Con ello tenemos la definición sintética del documento público con el grado de credibilidad propio de la fe pública. El documento privado, en cambio adquiere el valor de oposición y credibilidad *erga omnes*, sino por su reconocimiento ante autoridad competente.....”³⁸

4.2.- Importancia de la fe pública.

Para darnos una idea de la importancia de los documentos públicos, esto es, de los instrumentos que llevan aparejada fe pública, citaremos algunos artículos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, a saber:

“ARTICULO 327. Son documentos públicos:

³⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba, Ed. Driskill, S.A., Buenos Aires, Argentina, octubre de 1987, p. 65.

I.- Los testimonios de las escrituras públicas otorgadas con arreglo a derecho y las escrituras originales mismas.....”³⁹

“ARTICULO 402.- Los medios de prueba aportados y admitidos, serán valorados en su conjunto por el juzgador, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia. En todo caso el tribunal deberá exponer cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica realizada y de su decisión.”⁴⁰

“ARTICULO 403.- Queda exceptuada de la disposición anterior la apreciación de los documentos públicos, los que tendrán valor probatorio pleno, y por tanto no se perjudicarán en cuanto a su validez por las excepciones que se aleguen para destruir la pretensión que en ellos se funde.”⁴¹

³⁹ Artículo 327, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Infosel Legal, México, 1998.

⁴⁰ Artículo 402, *Ibid.*

⁴¹ Artículo 403 *Ibid.*

Esto no quiere decir que un documento público sea infalible, o no pueda estar sujeto a error, vicio o cualquier otro elemento que adolezca o ataque el fondo o la forma de algún documento público; esto es, será válido, hasta en tanto no se compruebe su nulidad o sea argüido de falso.

El notario en su actuación dota de fe a los actos o hechos jurídicos que por mandamiento de ley requieran su intervención, para que el documento quede perfeccionado en cuanto a la forma y en cuanto al fondo.

En cuanto a la falsedad o nulidad de un instrumento público, la Ley del Notariado para el Distrito Federal nos dice:

“Artículo 102.- En tanto no se declare judicialmente la falsedad o 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.”⁴²

⁴² Artículo 102, Ley del Notariado para el Distrito Federal, op. cit.

A este precepto, podemos hacer una crítica sana, en el sentido de que en el protocolo, se asientan escrituras y actas, ya sean actos o hechos los que se hagan constar, respectivamente, y de ellas se expiden los testimonios o copias certificadas, por lo que el artículo debería decir: “En tanto no se declare judicialmente la falsedad o nulidad de una escritura o acta, los testimonios o copias certificadas serán prueba plena.....”.

“Artículo 103.- La escritura o el acta será nula:

I.- Si el notario no tiene expedito el ejercicio de sus funciones al otorgarse el instrumento;

II.- Si no le está permitido por la ley autorizar el acto o hecho materia de la escritura o del acta.

III.- Si fuera otorgado por las partes o autorizada por el notario fuera del Distrito Federal.

IV.- Si ha sido redactado en idioma extranjero.

V.- Si no está firmada por todos los que deban firmarla según esta ley, y no contiene la mención exigida a falta de firma.

VI.- Si está autorizada con la firma y sello del notario cuando debiera tener la razón de "no pasó", o cuando la escritura o el acta no están autorizadas con la firma y sello del notario, y

VII.- Si falta algún otro requisito que produzca la nulidad del instrumento por disposición expresa de la ley."⁴³

Estos incisos, se refieren a algunos aspectos formales, que el notario está obligado a cumplir, a falta de ellos se podría atacar de nulidad el instrumento por la forma, y no el fondo, esto es, la manifestación de las partes podría ser perfectamente válida y no por ello sería nulo el acto, por ejemplo, una escritura en la que se consigne un contrato de compraventa, es un documento público, por lo tanto, todas las personas que no intervinieron en él, deben tener por cierto el contrato en él contenido; sin embargo, si el notario no tenía expedito el ejercicio de sus funciones en el momento de autorizar dicha escritura, la misma podría ser anulada, lo que no tiene como consecuencia que el contrato de compraventa consignado en dicho instrumento esté afectado también de nulidad, y se le podrá considerar como un contrato privado que desde luego adolece de forma, pero las partes en todo momento pueden ejercitar la acción proforma para purgar el mencionado vicio.

⁴³ Artículo 103, *Ibid.*

4.5.- El Protocolo.

Del bajo latín *protocollum*, y éste del griego *protókollon*, lo pegado en primer lugar; de *prótos*, el primero, y *kólla*, goma. ⁴⁴

Esto nos infunde la idea de algo ordenado y unido, que se puede aplicar a las hojas que integran un libro o protocolo, procurando un orden que va de lo primero a lo segundo y subsecuentes, en forma unida, progresiva y ordenada.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo, cita la Novela XLV de Justiniano, misma establecía:

“También añadimos a la presente ley que los notarios no escriban los documentos en papel blanco, sino en el que al principio tenga el nombre del que a 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 corte en el protocolo, sino que lo dejen unido.” ⁴⁵

⁴⁴ Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, España, 1992, tomo II, p. 1682.

⁴⁵ BERNARDO PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Derecho Notarial, Tercera Edición, Ed. Porrúa, México, D.F. 1986, p.93.

El artículo 42 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, establece:

“ARTICULO 42.- 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.

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

El notario no podrá autorizar acto alguno sin que lo haga constar en los folios que forma

el protocolo, salvo los que deban constar en libros de registro de cotejos.”⁴⁶

Los apéndices a los que se refiere el artículo anterior, son las carpetas que el notario esta obligado a compilar, donde se coleccionan los documentos a que se refieren los instrumentos, y que con fundamento en lo dispuesto por el artículo 53 de dicha ley, forman parte integrante del protocolo. Los mencionados documentos, se ordenan por letras en legajos, deben contener una carátula donde se indique el número de instrumento y los documentos que lo integran.

A efecto de continuar con el presente estudio, expondremos brevemente los diversos tipos de protocolo, en materia notarial.

A).- Protocolo Ordinario.

Este es el más usual, se emplea en cualquier acto o hecho que se desee hacer constar, a excepción de los casos que la ley disponga se emplee el especial, el del patrimonio inmueble federal o el consular.

⁴⁶ Artículo 42, Ibid.

B).- Protocolo Especial.

El uso del protocolo especial se limita a lo establecido en el artículo 43 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, que establece:

“ARTICULO 43.- Los notarios llevarán un protocolo especial para actos y contratos en que intervengan las autoridades del Distrito Federal, con sus respectivos apéndices e índices de instrumentos, el cual tendrá las mismas características que se señalan en esta sección.

Los instrumentos, libros y apéndices que integren el protocolo especial, deberán ser numerados en forma progresiva e independientemente de la que corresponda al protocolo ordinario y en cada caso se antepondrán al número las siglas PE.

Los notarios podrán también asentar en este protocolo especial, las actas y escrituras en que intervengan las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, cuando actúen para el fomento de la vivienda o con

motivos de programas para la regularización de la propiedad inmueble en el Distrito Federal.”⁴⁷

C).- Protocolo del Patrimonio Inmueble Federal.

Este protocolo, sólo puede ser usado por los notarios habilitados para ello, y se emplea en los actos relacionados con inmuebles en los que sea parte el Gobierno Federal o las entidades de la Administración Pública Federal, como así lo establece la Ley General de Bienes Nacionales, en los artículos que a continuación se transcriben:

“ARTICULO 72.- Los actos jurídicos relacionados con inmuebles en los que sea parte el Gobierno Federal y que en los términos de esta ley requieran la intervención de notario, se celebrarán ante los notarios del Patrimonio Inmueble Federal que nombrará la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología, entre los autorizados legalmente para ejercer el notariado.

Los notarios del Patrimonio Inmueble Federal llevarán protocolo especial para los actos jurídicos de este ramo, y sus respectivos apéndices e índices de instrumentos y con los

⁴⁷ Artículo 43, *Ibid.*

demás requisitos que la Ley exija para la validez de los actos notariales. Estos protocolos especiales serán autorizados por las autoridades locales competentes y por la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología, quien podrá realizar revisiones o requerir información periódica sobre los mismos.

Ningún notario del Patrimonio Inmueble Federal podrá autorizar una escritura de adquisición o enajenación de bienes inmuebles en que sea parte el Gobierno Federal, sin la intervención o aprobación previa de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología, quien determinará libremente quiénes deban hacerlo.”⁴⁸

“ARTICULO 73.- Los actos jurídicos sobre bienes inmuebles en los que intervengan las entidades de la Administración Pública Federal, podrán celebrarse ante los notarios públicos de su elección con residencia en la localidad o entidad federativa en que se ubique el inmueble de que se trate, y con sujeción a lo que disponga esta Ley y las de la materia correspondiente. La

⁴⁸ Artículo 72, Ley General de Bienes Nacionales, Infosel Legal, México, 1998.

Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología excepcionalmente y en cada caso que así lo amerite, a solicitud de las entidades paraestatales, podrá habilitar notarios de diferente circunscripción; y en todo caso, vigilará que los actos notariales hayan cumplido las disposiciones legales, ejerciendo para ello las atribuciones que le correspondan.”⁴⁹

En el primer artículo antes transcrito, encontramos que los notarios autorizados para hacer constar instrumentos en donde intervenga el Gobierno Federal, deberán llevar un *protocolo especial*, pero es importante distinguir que no se refiere al protocolo especial, estudiado en el inciso anterior.

El *protocolo especial* a que hace mención la Ley General de Bienes Nacionales, se refiere a las actuaciones en que intervengan autoridades federales y su objeto no es con la finalidad del fomento para la vivienda o para regularizar la propiedad, a diferencia del protocolo especial a que se refiere la Ley del Notariado para el Distrito Federal, en que únicamente intervienen dependencias, que sí buscan estos fines de interés social.

⁴⁹ Artículo 73, *Ibid.*

Para el caso del segundo artículo transcrito en este inciso, podemos decir que la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología puede elegir a los notarios de su elección “..... con residencia en la localidad o entidad federativa en que se ubique el inmueble de que se trate.....”, creemos que es importante comentar esta parte del artículo, ya que en primer término, el notario está obligado a cumplir con el principio de rogación, comentado en capítulos anteriores, por lo que resulta lógico que dicha Secretaría deberá elegir y solicitar al notario previamente autorizado, para que actúe en el protocolo a su cargo; y “..... excepcionalmente y en cada caso que así lo amerite, a solicitud de las entidades paraestatales, podrá habilitar notarios de diferente circunscripción.....”, resulta ocioso mencionarlo, en virtud de que cualquier notario de la República Mexicana, podrá hacer constar escrituras relativas a inmuebles que se ubiquen en cualquier parte del territorio nacional, siempre que sean otorgadas en su circunscripción, por lo que no es necesario que exista algún caso especial “que así lo amerite” para “habilitar notarios de diferente circunscripción” y conozcan del asunto; en resumidas cuentas, si los notarios de entre los que puede elegir la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología, están autorizados para realizar escrituras relativas al patrimonio inmueble federal, no necesitan ser habilitados por dicha Secretaría para conocer de asuntos donde el inmueble se encuentre fuera de su circunscripción territorial.

De acuerdo con el artículo 37 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, es a la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, a través de la Comisión de Avalúos de Bienes Nacionales, como órgano desconcentrado de la misma, a quien actualmente compete la política inmobiliaria de la Administración Pública Federal.

No existe disposición alguna que regule el *protocolo especial* a que se refiere la Ley General de Bienes Nacionales, por lo que la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos, emitió oficio número 111.3F.- 1200, de fecha 11 de abril de 1994, en la que se sustentó el criterio de autorizar a los notarios del Distrito Federal habilitados como del Patrimonio Inmueble Federal, para consignar en el protocolo ordinario los actos jurídicos relacionados con inmuebles en los que sea parte el Gobierno Federal.

Es por ello que en la práctica, hoy en día en el Distrito Federal, por una cuestión de simplificación administrativa, los actos que consignan operaciones relacionadas con el patrimonio inmueble federal que deban otorgarse ante notario, se hacen constar en el protocolo ordinario.

Si bien es cierto que con fundamento en lo dispuesto por el artículo 22 del Reglamento Interior de la Administración Pública del Distrito Federal, es a la Dirección General Jurídica y de Estudios

Legislativos, a quien compete llevar a cabo los estudios jurídicos y emitir opinión respecto de las consultas que le encomienden, entre otras, respecto a las disposiciones legales en materia notarial; también lo es que de acuerdo con nuestro sistema jurídico, un oficio administrativo no puede ser jerárquicamente superior a una disposición legal de carácter federal, aún cuando debemos considerar que el problema consistió en no haber previsto estas situaciones al modificar la Ley del Notariado; por ello creemos, que debería optarse: por proveer a los notarios de un *protocolo especial* del patrimonio inmueble federal, para estar acorde con la ley federal que así lo establece, o por reformar la legislación aplicable a efecto de que los notarios puedan hacer constar dichos actos en el protocolo ordinario, en los términos del oficio antes mencionado.

D).- Protocolo Consular.

Este protocolo no está a cargo del notario, pero sí lleva consigo la función fedataria, en realidad, es empleado por los cónsules de México en el extranjero.

En la fracción segunda del artículo 28 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, se establece, que corresponde al despacho de la Secretaría de Relaciones Exteriores, ejercer funciones notariales.

Esta disposición se reglamenta mediante el artículo 44 de la Ley del Servicio Exterior Mexicano, que a la letra dice:

“ARTICULO 44.- Corresponde a los jefes de oficina consulares... 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....”⁵⁰

4.5.1.- Elementos que lo constituyen.

Como ya vimos anteriormente, al protocolo lo constituyen libros, formados por folios numerados y sellados, con sus respectivos apéndices, así como por los libros de registro de cotejos con sus respectivos apéndices.

Se ha hecho mención en el presente estudio a los Indices, sin hacer una precisión de los mismos, y que aunque no forman parte integrante del protocolo, haremos una breve mención de los mismos.

⁵⁰ Artículo 44, Ley del Servicio Exterior Mexicano, Infosel Legal, México, 1998.

Los índices, son libretas que el notario esta obligado a elaborar, por duplicado y por cada decena de libros, donde se localizan los instrumentos que se han autorizado o en su caso con la razón de “no pasó”, de los cuales, entregará un ejemplar al momento de depositar sus libros en el Archivo General de Notarías y el otro lo conservará el notario. Dichos índices deberán contener:

I.- El número progresivo de cada instrumento;

II.- El libro a que pertenece;

III.- Su fecha de asiento;

IV.- Los números de folios de los que consta;

V.- El nombre y apellidos de las personas físicas y denominaciones o razones sociales de las personas morales comparecientes;

VI.- La naturaleza del acto o hecho que contiene, y

VII.- Los datos de los trámites administrativos que el notario juzgue conveniente asentar.

4.5.2.- Apéndices.

El artículo 53 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, establece que:

“ARTICULO 53.- Por cada libro, el notario llevará una carpeta denominada apéndice, en la

que se coleccionarán los documentos a que se refieren los instrumentos que formarán parte integrante del protocolo. Los documentos del apéndice se ordenarán por letras en legajos, en cuyas carátulas se pondrá el número de instrumento a que se refieran, indicando los documentos que se agregan.

Los expedientes que se protocolicen por mandamiento judicial y los que previamente estén encuadernados, que se agreguen al apéndice del volumen respectivo, se considerarán como un solo documento, al igual que los que por su conexidad deban considerarse como tales.”⁵¹

Los documentos que se agregan al apéndice, forman parte integrante del protocolo, así es que si no se transcriben en una escritura o acta y se encuentran en el apéndice, no por ello son menos importantes que el instrumento mismo. Estos documentos se agregan con el objeto de brindar una mayor seguridad jurídica a las partes o al solicitante; como parte integrante del instrumento y/o como constancia.

⁵¹ Artículo 53, Ley del Notariado para el Distrito Federal, op. cit.

4.5.3.- Los folios.

Los folios, que son el papel que constituye los libros tanto del protocolo ordinario, protocolo especial, como los del libro de registro de cotejos, deben estar numerados progresivamente y llevar impreso el sello de autorizar (el cual debe imprimirse al margen superior izquierdo del anverso de cada folio que se vaya a utilizar), en ellos se imprimen las escrituras, actas y asientos que deban registrarse en el caso del libro de registro de cotejos, que el notario haga constar bajo su fe.

Estos folios deben ser utilizados en orden progresivo y cronológico e impresos por ambos lados. Las escrituras o actas que se impriman en los folios deberán asentarse con letra clara, sin abreviaturas (salvo los casos de inserción de documentos y el de las siglas P.E., en el protocolo especial, que deberán de anteponerse al número del instrumento), y sin guarismos, a no ser que la misma cantidad aparezca con letra, sin espacios en blanco o huecos, deberán ser redactadas en castellano y con tinta indeleble.

Los libros del protocolo ordinario y especial, se integran por 200 folios, excepto cuando el notario deba asentar un instrumento con el cual rebase ese número, en cuyo caso, podrá dar por terminado el libro sin asentar dicho instrumento iniciando con éste el siguiente libro. En caso del libro de registro de cotejos se integra por 300 folios.

Con la colección de diez libros, o una decena, el notario cuenta con un plazo de 35 días hábiles, para asentar una hoja adicional (sin ser folio), que deberá agregarse al final del último libro, la que contendrá una razón de cierre que indicará la fecha del asiento, el número de folios utilizados e inutilizados, la cantidad de los instrumentos asentados, y de ellos los autorizados, los pendientes de autorizar y los que no pasaron, y pondrá al calce de la misma su firma y sello de autorizar.

El notario, en ningún caso, podrá autorizar acto alguno sin que lo haga constar en los folios que integran el protocolo.

El artículo 44 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, dispone:

"ARTICULO 44.- Para integrar el protocolo, el Colegio de Notarios, bajo su responsabilidad, proveerá a cada notario y a costa de éste, de los folios necesarios a que se refiere esta sección, los cuales deberán ir numerados progresivamente y serán autorizados por las autoridades del Distrito Federal. El Colegio de Notarios informará mensualmente a las citadas autoridades, de la entrega de folios

que haga a los notarios, en la forma que éste determine.”⁵²

La autorización de folios a que se refiere este artículo, previo a las reformas a la ley en vigor, se realizaba en el entonces Protocolo Abierto Especial, mediante múltiples perforaciones.

Actualmente, la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos, mediante oficio de fecha 12 de abril de 1994, dirigido al entonces Presidente del Consejo del Colegio de Notarios del Distrito Federal, en el que resuelve diversas consultas, se considera que la autorización de los folios consta con la boleta de pago que expide la Tesorería del Distrito Federal, que refleja el pago de derechos que cada notario hace por la adquisición de los mismos.

Los folios llevan impreso en la parte superior anversa, membrete del Colegio de Notarios, el escudo del Gobierno del Distrito Federal, la serie y número de folio, así como el número de la notaría, son de tamaño oficio en papel ledger o su equivalente con un gramaje máximo de 90 kilogramos.

Todos los folios tienen idénticas características, pero se distinguen del protocolo ordinario, especial y los del libro de registro de cotejos, en que son impresos en distintos colores, a saber: azul,

⁵² Artículo 44, Ibid.

sepia y verde, respectivamente y con una numeración progresiva e independiente para cada uno de los casos.

Ya expuesta la definición de los folios y la importancia que ellos representan, nos obliga resolver la siguiente pregunta: ¿Forman parte del protocolo los folios en los que no se ha asentado escritura o acta alguna?

Aún cuando ya fue citado a la letra con anterioridad el artículo 42 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, consideramos necesario compulsar del mencionado precepto, en su parte conducente lo siguiente:

“ARTICULO 42.- 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... El notario no podrá autorizar acto alguno sin que lo haga constar en los folios que forma el protocolo, salvo los que

deban constar en libros de registro de cotejos.”⁵³

Consideramos a este respecto, que de acuerdo con lo que establece el artículo antes transcrito, el protocolo se integra por “..... el conjunto de libros formados por folios numerados y sellados, en los que el notario... asienta y autoriza las escrituras y actas que se otorguen ante su fe, con sus respectivos apéndices.....”, por lo que tenemos lo siguiente:

a).- Los folios deberán estar numerados y sellados para que puedan formar parte del protocolo; por lo que hace a la numeración, consideramos que ésta se refiere al número con el que fue marcado el folio, y no al número que deberá asentar el notario para identificar al instrumento; por lo que hace al sello, insistimos, que con fundamento en lo dispuesto por el artículo 40 de la ley en estudio, éste deberá imprimirse en los folios, conforme se vayan a utilizar.

b).- Creemos que no es condición *sine qua non* el que se asienten y autoricen las escrituras y actas que se otorguen ante la fe del notario para que los folios utilizados formen parte del protocolo, ya que se puede dar el caso que el instrumento no haya sido autorizado, y aún así los folios que lo contengan deberán constar en

⁵³ Artículo 42, *Ibid.*

el libro correspondiente que integra el protocolo y formarán parte del mismo.

Verbigracia: El instrumento "no pasó", por no haber sido firmado en los términos que establece el artículo 72 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, por lo tanto no cuenta con autorización alguna.

Así, tenemos que los folios que se encuentran en blanco, es decir, los que aún no han sido impresos, ni sellados para consignar un instrumento, no integran al protocolo, sino que simplemente se encuentran en custodia del notario para ser empleados por éste.

Hay que distinguir que en la práctica existen folios en blanco utilizados y sellados, que fueron empleados con la intención de estampar en ellos, parte del texto integrante del acto o hecho en ellos consignado, para firmas, o que se destinaron para asentar notas complementarias, pero que finalmente los folios que le antecedieron bastaron para cubrir con la proyección planeada, por lo que los que hayan quedado en blanco, formarán parte de dicho instrumento y por lo tanto integrarán al protocolo.

Con lo anterior, y dadas las características antes expuestas, nos damos cuenta de la importancia que implica cada uno de estos

documentos y la utilización con que deban emplearse, para cumplir con el objetivo para el que fueron creados, la seguridad jurídica.

4.5.4.- Restricción a la salida del Protocolo.

Dada la relevancia que representan los folios que integran el protocolo, es evidente, que la ley de la materia restrinja su uso y la salida de los mismos de la notaría.

El artículo 45 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, establece:

“ARTICULO 45.- Todos los folios y los libros que integren el protocolo deberán estar siempre en la notaría, salvo en los casos expresamente permitidos por la ley, o cuando el notario recabe firmas fuera de ella. Cuando hubiere necesidad de sacar los libros o folios de la notaría, lo hará el propio notario, o bajo su responsabilidad, una persona designada por él. Si las autoridades del Distrito Federal o alguna autoridad judicial ordenan la inspección del protocolo o de un instrumento, el acto se efectuará en la misma oficina del notario y en presencia de éste, su suplente o asociado. En el

caso de que un libro de protocolo ya se encuentre en el Archivo General de Notarías, la inspección se llevará a cabo en éste, previa citación del respectivo notario.”⁵⁴

Es importante aclarar, que antes de las reformas, la ley permitía la salida del protocolo por el propio notario o bajo su responsabilidad dos personas designadas por él. Consideramos que dada la delicadeza e importancia con que se deben manejar estos documentos, si el notario autoriza la salida del protocolo, en cierta forma es más seguro que sean dos las personas que lo trasladen y no una.

Es necesario establecer que el artículo en comento, se refiere al hecho de que el notario saque el protocolo de la notaría para recabar la firma o firmas de los otorgantes, ya que la función notarial la debe ejercer el notario personalmente, y debe ser él quien de fe de que son los comparecientes quienes imprimen de su puño y letra, la firma que lo calce, o en su caso, su huella digital (en este caso además, las firmas necesarias que deban aparecer a ruego de quienes no pudieren o no supieren firmar). La facultad que tiene el notario de designar a una persona a que saque el protocolo de la notaría no es sino para la revisión previa del documento, ya sea por los

⁵⁴ Artículo 45, *Ibid.*

comparecientes o por el Archivo General de Notarías para la revisión del cierre.

4.5.5.- Conservación del Protocolo hasta su entrega al Archivo General de Notarías.

Desde que se provee al notario con los folios, éste tiene la obligación de conservarlos y custodiarlos bajo su más estricta responsabilidad, toda vez que no son de su propiedad. Es el Gobierno del Distrito Federal, quien detenta su propiedad y en el momento en que la ley lo disponga, se obliga al fedatario a remitirlos al Archivo General de Notarías para su guarda y custodia definitiva.

El notario, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 54 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, deberá guardar en la notaría, la decena de libros durante cinco años contados a partir de la fecha de certificación de cierre. A la expiración de dicho plazo, los entregará al Archivo General de Notarías junto con sus apéndices para su guarda definitiva.

CAPITULO V

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

5.1.- Generalidades.

En la práctica, se puede dar el caso que los folios que integran el protocolo, se deterioren, se destruyan parcial o totalmente, sean extraviados, que por algún ilícito el notario se vea desposeído de los mismos, o que alguna situación similar, imposibilite el destino para el cual fueron creados. Supuestos en los que estaríamos en presencia de una aparente inseguridad jurídica, que la ley en estudio no prevé, por lo que nos motiva al desarrollo del presente trabajo y nos obliga a proponer soluciones concretas a este respecto.

Decimos aparente inseguridad jurídica, ya que dada la diversidad de supuestos que pueden actualizarse, veremos que habrá casos en los que no se pierde la certeza de los actos o hechos jurídicos que se hayan contenido en el documento público que así lo haya consignado, y habrá otros en los que sería de difícil reposición y hasta en algunos otros casos imposible (sin perjuicio de la responsabilidad civil, administrativa o penal de quien resulte responsable).

Por lo que consideramos es de suma importancia, regular un procedimiento que tenga por objeto reconstituir el protocolo en los

casos ya expuestos, por que no solo está en juego el interés privado de quienes se ven afectados con el evento, sino el interés general.

5.2.- Pérdida, mutilación o destrucción de algún folio o libro del protocolo.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo, en la tercera edición de su obra Derecho Notarial, publicada con anterioridad a las reformas a la Ley del Notariado para el Distrito Federal, respecto a la creación del sistema protocolar abierto, nos dice que el protocolo cerrado “..... Por estar encuadernado evita la pérdida del instrumento en él asentado y facilita su reproducción.....”⁵⁵

Creemos que el hecho de tener un sistema protocolar cerrado, no implica la certeza de su conservación, esto es, de igual forma se pueden perder, mutilar o destruir los instrumentos asentados en el protocolo previamente encuadernado que en el protocolo abierto. Por el contrario, mayores y más graves serían las consecuencias de perder un libro en el que se asentaron ya diversos instrumentos, que extraviar un determinado número de folios en el que conste un solo instrumento (sin dejar de prever la hipótesis de que a un libro sujeto a un sistema protocolar abierto ya empastado, le pudiera suceder lo mismo). Consideramos necesario aclarar que idénticas consecuencias jurídicas se derivarían de la pérdida, destrucción o

⁵⁵ BERNARDO PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, op. cit. p. 94.

mutilación, tanto en el primer caso como en el segundo, solo nos referimos a una diferencia cuantitativa de los instrumentos afectados.

En este apartado, veremos algunos conceptos medulares de la presente investigación, a saber:

Pérdida.- Nos referimos a la desaparición de los folios, en la que no se puede asegurar su existencia, podrían encontrarse intactos o destruidos.

Mutilación.- Entiéndase que el folio fue cortado, cercenado o destruido parcialmente, existe, pero por razón de su deterioro no es posible destinarles al uso para el que fueron creados.

Destrucción.- Que el folio ha sido totalmente aniquilado, es decir ha dejado de existir en la naturaleza.

En cualquiera de los conceptos antes mencionados cabe la posibilidad de que el suceso se actualice por culpa, descuido o negligencia de quien deba custodiarlos, o por contingencia ajena a su voluntad. Pero ya expuestos algunos de los supuestos que podrían afectar a los folios, y atento a las consecuencias que ello implica, pasaremos a revisar lo que al respecto establecen algunas legislaciones y la doctrina.

5.2.1.- Soluciones planteadas por la doctrina y por la legislación.

En este apartado, realizaremos el análisis que algunos autores extranjeros y de diversos preceptos que en México de alguna u otra forma dan solución y previenen la pérdida, destrucción o mutilación del protocolo notarial, dejando asentado que no todos los Estados de la República, prevén los mencionados supuestos en sus respectivas leyes.

5.2.1.1.- Doctrina.

En el derecho español, el distinguido tratadista Pedro Avila Alvarez, precisamente con respecto a la reconstrucción del protocolo notarial, establece que según lo dispuesto por el artículo 280 del Reglamento Notarial, hay que distinguir:

A) La reconstitución del protocolo.

1.- Una visita extraordinaria a la Notaría por el Notario titular y el delegado de la Junta directiva del Colegio Notarial, levantando una acta en la que se harán constar las circunstancias y extensión del siniestro, daños causados y número de protocolos o de instrumentos, en su caso, y libros inutilizados (inciso "a" de la fracción 1ª del citado artículo).

2.- Adoptar las medidas de publicidad que sean necesarias para que se haga del conocimiento de los interesados por conducto de la Junta directiva, con el fin de incoar un expediente de reconstitución de los instrumentos afectados (inciso "b" de la misma fracción y artículo antes citados).

3.- Encuadernación de los documentos que no hayan sufrido deterioro alguno, interpolándose, una hoja en sustitución de los que falten de numeración intermedia, expresándose en la misma y en su día, la reconstitución con referencia a la fecha y número del acta de protocolización.⁵⁶

B).- Reconstitución de los documentos.

Se comienza o incoa un expediente a petición de persona que tenga derecho a obtener copia del documento que se trate de reconstruir, o su representante, ante el notario titular, presentando la prueba documental (copias, testimonios, documentos que hagan referencia a las copias o a los originales o sean consecuencia o efecto de unos u otros, certificados y documentos de registros y oficinas, etcétera), proponiendo la testimonial, expresando nombres y domicilios de los interesados. Si se presentare copia del documento

⁵⁶ PEDRO AVILA ALVAREZ, Estudios de Derecho Notarial, Cuarta Edición, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, España, 1973, pp.313 y 314.

inutilizado (afectado), expedida con las formalidades de derecho, la Junta directiva, previa legalización por el Decano y el Secretario del Colegio, del signo, firma y rúbrica del notario autorizante de dicha copia, ordenará la protocolización de ésta, en sustitución del original destruido; en caso de que no se presentare tal copia o no se considere auténtica a la presentada, llevan a cabo el siguiente trámite:

1.- Se lleva a cabo una práctica de la prueba ante el notario, consignándose en acta en la que se hará constar el resultado de las declaraciones, así como lo que el notario conozca del documento en caso de haber sido él su autorizante. Se reseñarán con detalle los documentos presentados y se expresará el juicio razonado del notario sobre la prueba.

2.- Se deberá llevar a cabo un informe razonado por la Junta directiva.

3.- El juez de primera instancia deberá hacer un examen del expediente, apreciar la prueba, reservándose el derecho de ampliarla, aprobación del expediente en su caso y ordenar la protocolización.

4.- Una vez ordenada, se procederá a protocolizar el auto judicial y el documento que haya de sustituir al original destruido, el autor,

considera que, en caso de no haber copia, será la propia acta a la que hemos hecho referencia, la que habrá de sustituir al original, en la que deberá hacerse constar el contenido del documento desaparecido, según el resultado de la prueba.

5.- La reconstitución del instrumento, puede ser impugnada por persona que acredite interés legítimo, promoviendo el juicio declarativo correspondiente. En este caso, el expediente de reconstitución se suspende, hasta la terminación del juicio o hasta que transcurra el plazo de treinta días sin promoverlo o caduque la instancia.⁵⁷

El autor en comento, se refiere al valor jurídico del instrumento reconstituido por los trámites antes expuestos, con la misma eficacia correspondiente al original destruido, o en otras palabras, suple los efectos, al instrumento cuya destrucción o desaparición motivó el expediente.

Por lo que hace al derecho Uruguayo, Rufino Larraud, nos indica que el Reglamento Notarial Uruguayo establece que en caso de pérdida, destrucción, sustracción o inutilización ya sea esta parcial o total de los registros, el escribano, a la mayor brevedad pondrá los hechos en conocimiento de la Suprema Corte de Justicia, la que

⁵⁷ PEDRO AVILA ALVAREZ, Derecho Notarial, Séptima Edición, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, España, 1990, pp.178, 179 y 180.

adoptará las providencias que considere oportunas, lo anterior sin perjuicio de los demás procedimientos judiciales ordinarios.⁵⁸

El mencionado autor, evidencia la falta de solución de especie alguna, ya que dicho reglamento, solo se limita a señalar la eventual existencia del problema, dejando enteramente librado a la iniciativa y discrecionalidad de la Suprema Corte de Justicia. Por lo que propone el siguiente procedimiento:

“..... a) Denuncia del hecho a las autoridades; en el orden funcional, a la Suprema Corte de Justicia.

b) Realización de una información sumaria sobre los hechos ocurridos. Entendemos que la Corte debe ordenarla; en su defecto, el agente debe provocarla, a los efectos de salvar su propia responsabilidad.

c) Notificación a todos los interesados en los documentos afectados por la peripecia. También debería ordenarla la Suprema Corte de Justicia; y en caso contrario, el agente debe llenar esa omisión.

⁵⁸ LARRAUD RUFINO, Curso de Derecho Notarial, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 303.

d) Reconstitución de los documentos afectados.

En cuanto a este último punto, si hay copia del instrumento, expedida con las formalidades de ley, preferimos, con RIESTRA, dejar copia para el comercio jurídico y protocolizar un testimonio por exhibición de ella; solución que no es ideal, pero nos parece la de mayor practicidad en nuestro régimen vigente.

Si tales copias no existieren, deberá procurarse la ratificación por las partes, o el reotorgamiento del acto respectivo; de preferencia, refiriéndolos - si es posible - al texto original, tomado de algún testimonio o copia simple, si hubiere; en su defecto, referidas a cualquier otro documento, o - en último caso - a simple versión oral. Si las partes no quieren o no pueden ratificar y faltaran dichas copias, el notario deberá procurar, como pueda, la restitución oficiosa del documento, si la Suprema Corte no diese otras directivas.....”⁵⁹

En el derecho argentino, el Maestro Argentino I. Neri, nos comenta que en su país existe procedimiento de reconstrucción de

⁵⁹ Ibid., pp. 304 y 305.

protocolos, para evitar que quede mal lograda su finalidad cuando desapareciese o mutilase, ya sea por hechos humanos o naturales, que aunque previstos, no han podido evitarse; circunstancias que a nuestro autor le sugieren dos ideas.⁶⁰

La primera referente a la existencia de acontecimientos excepcionales que repercuten en el protocolo causando su extravío, sustracción, destrucción o deterioro.

La segunda, consideramos es consecuencia de la primera, es decir la necesidad de reconstituir la existencia del protocolo reponiendo los instrumentos en el estado que tuvieron antes de ocurrido el hecho.

Nuestro autor, considera que la reconstitución integral del protocolo entraña una labor materialmente imposible, además de que es una tarea costosa, morosamente larga y harto complicada, por lo que sugiere que la misma reconstitución se realice de manera parcial y aislada, en la medida de quienes la postulen o la soliciten a través del tiempo.

Anota además que el problema de la reconstrucción del protocolo no es alarmante, ya que en su función tutelar, el legislador,

⁶⁰ ARGENTINO I. NERI, Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial, Volumen 4, "Protocolo Títulos", Ediciones de Palma, Buenos Aires Argentina, 1971, p. 127 y siguientes.

aun que en forma parca, consideró los medios sustantivos y procesales para llevarla a cabo, precisamente de manera parcial, aislada y a petición de parte.

Neri nos indica la manera en que se procede: por iniciativa de parte y en mérito a la copia autorizada de la escritura matriz (original), el juez examina el documento ofrecido como prueba y después de escuchar a las partes que intervinieron en su otorgamiento y de lograr el estado real que no conduzca a duda alguna sobre la validez de la copia presentada y del derecho contenido en ella, dictará resolución, reconociendo los hechos como ciertos, y mandará que la copia se reproduzca en el protocolo de un escribano.

Consideramos que la reproducción de la copia aludida a que se refiere nuestro autor, debiera hacerse en el protocolo de la notaría en la que se otorgó, a efecto de evitar referencias cruzadas del protocolo de una notaría a otra, y en su caso de las partidas registrales.

Menciona, además, que el Código Civil argentino preceptúa que la copia existente que se reproduzca para servir de original debe ser examinada por el juez, cuidando siempre que la misma no se encuentre raída ni borrada en lugar sospechoso o simplemente que se encuentre en un estado que impida su clara lectura, además de que dicha copia debió haber sido expedida correctamente, debido a

que en el derecho argentino es necesaria autorización judicial para expedir segunda o ulteriores copias.

Lo establecido en líneas anteriores se refiere a que los interesados provén el título supletorio y para el caso de que además del protocolo se haya extraviado el testimonio de la escritura o de que habiendo copia autorizada se encontrase en muy malas condiciones, se estará a lo que sigue: los elementos o datos de la inscripción del título proporcionados por el Registro General, a petición del juez de la causa, son de suma utilidad, en cuanto permiten rehacer supletoriamente la escritura extraviada o destruida, considerándose como aspecto secundario la técnica de redacción a emplear y como un aspecto fundamental, la elaboración del instrumento que se reducirá a matriz, reemplazando a la escritura destruida.

En este último caso, en el que no obra la matriz o reproducción de la misma que sea legible, el acto jurídico, dice, puede ser probado, entre otros, por menciones existentes en otros documentos públicos; por inscripciones en los Registros Públicos; por publicaciones oficiales o en periódicos en los cuales se dio publicidad al instrumento, siempre que los medios empleados para probar la existencia de la escritura sean expresamente mencionados por la ley.

Nos dice, que el derecho de reconstituir el protocolo es imprescriptible y puede demandarse en cualquier momento a instancia de los interesados.

Argentino dice que el documento reconstituido tiene el mismo valor probatorio que correspondía al original, sin embargo, menciona que éste efecto probatorio se ha visto con mucho recelo por la doctrina. Con el fin de no restarle claridad a las ideas expuestas por nuestro autor, transcribimos lo que es del tenor literal siguiente:

“..... GIMENEZ ARNAU señala que una afirmación así, tan rotunda, “no debe tomarse, por su misma trascendencia, en un sentido absoluto: los interesados en un documento han podido no tener noticias de la reconstrucción, o hallarse impedidos de oponerse a ella o de alegar las razones que tuvieran para impugnarla. Por eso, la eficacia del documento reconstruido...” no puede “ser absoluta, sino mas bien interina. Y la sanación total no se producirá hasta tanto no se prescriban o precluyan los derechos de los injustamente dañados por una reconstrucción defectuosa o incompleta. Todo ello, naturalmente, dejando a salvo los derechos que adquieran, de buena fe,

terceras personas que sean causahabientes de los antiguos titulares de derechos que se fundaran en el documento reconstruido. Se podrá decir que el tercer adquirente de derechos no ignorará, en la mayoría de los casos, que adquiere de transmitente con un título de calidad inferior a la normal; pero, la protección de este adquirente viene impuesta por la seguridad del tráfico y por aplicación de la tesis de la protección de la apariencia jurídica". Este reparo es demasiado especulativo está nutrido de minuciosidades. Sin vanidad, puede repliárselo apuntando que en ambas magistraturas - la notarial y la judicial - la decisión a que se arribe tiene que ser concluyente, ajustada a derecho, pues las pruebas que se ofrezcan en los respectivos expedientes han de demostrar que la copia presentada, y a matrizarse, es realmente auténtica, pues traduce y representa el contenido del original que se perdió o destruyó.....".⁶¹

Después de analizar lo anterior, podemos concluir provisionalmente lo que sigue:

⁶¹ Ibid., pp. 143 y 144.

Es necesario levantar un acta, para deslindar responsabilidades por el mal uso que se pudiera dar al protocolo;

En los tres países comentados, es indispensable comparecer ante la autoridad judicial, en algunos casos ante la autoridad que controla al notariado e inclusive, ante el equivalente del Colegio de Notarios;

Obtener orden judicial ya sea para la reconstitución del documento o la ratificación del acto que en el se consignaba.

5.2.1.2.- Ley del Notariado para el Estado de Jalisco.

La Ley del Notariado para el Estado de Jalisco, en su título segundo, capítulo cuarto, se establece:

“ARTICULO 98.- De todo instrumento público se formará un duplicado por separado, debidamente firmado por los comparecientes y autorizado por el notario.”⁶²

⁶² Artículo 98, Ley del Notariado para el Estado de Jalisco, Infosel Legal, México, 1998.

“ARTICULO 99.- El duplicado será un ejemplar idéntico al instrumento público de que se trate.

Tratándose de protocolizaciones, junto con el duplicado del acto, se anexará copia certificada de los documentos protocolizados que hubiesen ingresado al Libro de Documentos y que no se hayan insertado en el Instrumento.”⁶³

“ARTICULO 100.- La dependencia encargada de la conservación de los duplicados, podrá mantenerlos en el soporte documental en que se le remitan, o utilizar medios que la cibernética ponga al alcance y faciliten su consulta, mediante la conservación de su contenido.

Los duplicados a que se refiere este capítulo, podrán ser destruidos cuando coincidan en un mismo lugar con su matriz en forma permanente y dentro del mismo espacio físico. En caso de pérdida por siniestro de la matriz, y, ésta o su duplicado hubiese sido reproducido en los términos del párrafo anterior,

⁶³ Artículo 99, Ibid.

las copias auténticas extraídas del soporte en que se encuentren, debidamente certificadas por la Dirección del Archivo de Instrumentos Públicos, harán prueba plena respecto a su existencia y contenido.”⁶⁴

“ARTICULO 101.- De toda escritura o acta que autoricen los notarios, deberán dar aviso a la Dirección del Archivo de Instrumentos Públicos, dentro de los dos días hábiles siguientes al de la autorización respectiva. Los notarios que ejerzan sus funciones en los municipios distintos a los de Guadalajara, Tlaquepaque, Tonalá y Zapopan, deberán presentar este aviso por conducto del jefe de Recaudación Fiscal de la municipalidad de su adscripción.

Al aviso se anexará siempre el duplicado del instrumento, en los términos a que se refieren los artículos 98 y 99 de esta ley.”⁶⁵

“ARTICULO 107.- Transcurrido el plazo señalado en el artículo 94, de esta Ley, sin que

⁶⁴ Artículo 100, Ibid.

⁶⁵ Artículo 101, Ibid.

hubiese quedado firmado el instrumento, el Notario deberá remitir el duplicado correspondiente, en los términos de este Capítulo, con la anotación no pasó y la razón por la cual no fue autorizada la escritura o acta.”⁶⁶

Con las disposiciones antes transcritas, consideramos que la ley en estudio aporta grandes ventajas, como lo son:

a).- La obtención fidedigna y expedita de los instrumentos que se hayan visto afectados por alguna eventualidad dañosa, en atención a que las copias autorizadas que son remitidas a la Dirección del Archivo de Instrumentos Públicos tiene el mismo contenido y firmas que tenían los instrumentos afectados.

b).- No existe procedimiento especial para que a solicitud de parte interesada (que acredite interés jurídico), una vez perdido el instrumento en poder del notario, le sea entregada copia certificada o testimonio del mismo.

c).- En virtud de que los dos tantos del instrumento obran en distintos lugares físicos, se reduce de manera considerable el riesgo al que se encuentran afectos.

⁶⁶ Artículo 107, Ibid.

Verbigracia: Pensemos en una catástrofe sísmica, en la que se derrumbe por completo el inmueble en el que se encuentran ubicadas las oficinas de una notaría, y con ello la destrucción parcial o total de algún protocolo que aún se encuentre en custodia del notario.

d).- No existe acumulación innecesaria de documentos en la dependencia que se encargue de su archivo, toda vez que en el momento que el notario entrega el tanto que se encuentra bajo su custodia, la copia autorizada es destruida para quedar un tanto del mismo.

e).- Consideramos de gran avance legislativo y quizá la mayor ventaja que ofrece esta ley, el incluir a los medios cibernéticos para el almacenamiento de documentos públicos y dotarlos de valor probatorio pleno, evitando así ocupar grandes espacios para la custodia de documentos.

Las desventajas que podríamos considerar son:

a).- Se incrementa el trabajo en una notaría, para llevar a cabo la duplicidad del instrumento y en la dependencia encargada de la recepción de las copias, para llevar a cabo registro y custodia de los avisos correspondientes y de sus copias.

b).- Consideramos un desacierto la destrucción del duplicado del instrumento de que se trate cuando su original sea remitido a la dependencia correspondiente, ya que solamente se brinda seguridad por medio de la duplicidad en comento durante el período en el que el protocolo obra tanto en poder del notario como de la institución encargada para su resguardo. Esto es, las instalaciones de la mencionada dependencia no se encuentran exentas de alguna eventualidad que pudiera afectar los protocolos que se encuentren bajo su custodia.

c).- Estimamos oportuno remitir el aviso de un instrumento que "no pasó", a la dirección encargada del archivo, pero por otro lado consideramos innecesario remitir el duplicado del documento, ya que éste no consigna acto o hecho alguno que apareje consecuencias de derecho, y únicamente incrementaría el volumen de documentos para su archivo.

d).- Atento a lo que dispone la legislación local en comento, tanto el original del instrumento como la copia del mismo deben ser firmados por los otorgantes, por lo que en el supuesto de que la firma se realice en lugar diverso de las oficinas de la notaría ambos ejemplares deberán salir de la oficina, lo que lógicamente tiene como consecuencia que durante ese periodo de tiempo es cuando mayor

riesgo se corre de que pudieran ser afectados, tanto el instrumento público como su duplicado.

5.2.1.3.- Ley Orgánica del Notariado del Estado de México.

La legislación notarial para el Estado de México, establece:

“ARTICULO 71.- Los notarios, al autorizar un instrumento, certificarán una copia de este y la agregarán al apéndice, a efecto de que conste fehacientemente su otorgamiento.”⁶⁷

Consideramos que esta disposición representa un importante avance legislativo, ya que reduce de manera considerable el riesgo que pudieran correr tanto las partes como el notario en caso de que se presente alguna eventualidad que perjudique al protocolo; sin embargo, adolece de técnica jurídica ya que el hecho de haber autorizado un instrumento es suficiente para acreditar fehacientemente su otorgamiento, por lo que resulta innecesario agregar una copia autorizada del mismo al apéndice para dichos efectos.

⁶⁷ Artículo 71, Ley Orgánica del Notariado del Estado de México, Infosel Legal, México, 1998

La misma ley dispone en su artículo inmediato posterior:

"ARTICULO 72.- La pérdida o destrucción total o parcial de algún folio o libro del protocolo deberá ser comunicada inmediatamente por el notario a la Dirección General, aportando las pruebas suficientes que lo acrediten; justificada cualquiera de estas circunstancias, se autorizará al notario la reposición de los folios o volúmenes, y se ordenará la restitución de los instrumentos en ellos contenidos en papel ordinario.

La restitución se hará con base en la copia certificada mencionada en el artículo anterior o con el testimonio o las copias certificadas de los testimonios respectivos que a costa del notario expida el Registro Público de la Propiedad o se aporten por los interesados para ese fin.

Si no es posible la restitución de alguno de los instrumentos, el notario podrá expedir testimonios ulteriores copiando o reproduciendo íntegramente la copia mencionada en el artículo precedente, los obtenidos del Registro Público de la Propiedad o los que sean presentados por los interesados, haciendo constar al pié de los

que expida de dónde fueron tomados y la causa de su expedición.

En caso de pérdida o destrucción parcial o total de un apéndice, se procederá a su reposición obteniendo los documentos que lo integren de sus fuentes de origen.

El procedimiento se seguirá sin perjuicio de la responsabilidad del notario derivada de la pérdida o destrucción de los libros o apéndices.”⁶⁸

Comentando al artículo antes transcrito, consideramos que también constituye un acierto legislativo, ya que no solo prevé un procedimiento de restitución del protocolo y apéndice, sino también establece un mecanismo preventivo en caso de actualizarse algún acontecimiento desfavorable a los folios que integran al protocolo.

Pero aún así no resuelve el problema de fondo, ya que:

a).- Para que una copia certificada se encuentre agregada al apéndice, se requiere que el instrumento haya sido autorizado, por lo que ambos ejemplares deberán permanecer en custodia del notario hasta en tanto no se remitan en forma definitiva a la dependencia encargada de su archivo, y en virtud de que obran en el mismo

⁶⁸ Artículo 72, Ibid.

espacio físico, nos motiva a pensar que ambos documentos se encuentran afectos a los mismos riesgos a que nos hemos venido refiriendo.

b).- De la sana interpretación del artículo en comento se desprende que si se requiere la reposición del instrumento con la copia que obre en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio o la que las partes al efecto proporcionen, se deduce que se debe a que no obra en el correspondiente apéndice, la copia certificada que dicho precepto, ordena se agregue; además, que no todos los Registros Públicos de la Propiedad y de Comercio en las diferentes entidades de la República Mexicana se rigen por el principio de conservación en forma íntegra del documento objeto de inscripción, ni todos los actos o hechos que se hacen constar en el protocolo son registrables, por lo que en estos casos no sería posible la restitución del instrumento en esa vía.

Verbigracia: un testamento.

c).- La ley en estudio, no prevé el caso de restituir algún instrumento del que no se haya expedido copia alguna del documento ya sea esta la que obre en el apéndice, la que haya sido objeto de inscripción en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio correspondiente, o la que obre en poder de las partes.

d).- De los preceptos antes citados, se desprende que para el caso de pérdida o destrucción parcial o total de un apéndice, se procederá a la reposición obteniendo los documentos que lo integren de sus fuentes de origen. Actualizado el supuesto, creemos que habrá ocasiones en las que sea posible sustituir los documentos que en algún momento obraron en el apéndice, pero habrá otras en las que por la naturaleza misma del documento, su reposición sea difícil o hasta imposible, amén de que si ya obraba en el mismo la copia certificada del instrumento afectado, caemos en los mismos supuestos a los que nos hemos venido refiriendo.

5.3.- Diversos supuestos y soluciones propuestas.

En el presente apartado, nos avocaremos al planteamiento de diversos supuestos, de pérdida, destrucción o mutilación de folios, en el entendido que no se pretende agotar en el mismo la extensa gama de sucesos que pudieren acontecer, a saber:

I.- Los folios que no obren en poder del notario.

A).- Que no se ha proveído al notario de folios para su utilización.

B).- Que el notario los ha entregado para su guarda y custodia definitiva al Archivo General de Notarías.

II.- Los folios que obren en poder del notario.

A).- Los que no consignan algún acto o hecho.

B).- Los que consignan algún acto o hecho.

a).- Que del instrumento afectado se hayan expedido copias.

b).- Que del instrumento afectado no se hayan expedido copias.

Primero.- Con ánimo de los interesados en la reconstitución.

Segundo.- Sin ánimo de los interesados en la reconstitución.

I.- Los folios que no obren en poder del notario.

Esto es, que el notario no ha sido proveído de los correspondientes folios para su utilización, o que ya le fueron entregados, han sido utilizados y se ha cumplido el plazo que establece la ley para ser entregados al Archivo General de Notarías para su guarda y custodia definitiva. Supuestos que enseguida desarrollamos:

A).- Que no se ha proveído al notario de folios para su utilización.

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, es el Colegio de Notarios, bajo su

estricta responsabilidad, quien está obligado a proveer a los notarios y a costa de ellos de los folios que se requieran.

En este caso, supongamos que el notario solicitó los folios a dicho colegio, pero aún no le han sido entregados, por lo que el propio colegio continúa con la custodia de los folios solicitados y éstos se ven perdidos, destruidos o mutilados.

Consideramos que si se ha comprobado fehacientemente que los folios fueron destruidos o mutilados (previa acta circunstanciada de los hechos), perfectamente podrán ser estos sustituidos por otros con las mismas características, incluyendo en éstos últimos alguna marca distintiva.

Si por cualquier circunstancia el colegio se ve desposeído (pérdida o robo) de dichos folios, sin haberlos entregado al notario correspondiente, y toda vez que dichos documentos no han sido debidamente sellados y autorizados por el notario, no obran en el protocolo, y por lo tanto no ingresarán al Archivo General de Notarías; consideramos que aún cuando hayan sido objeto de un mal uso, no podrían derivarse mayores consecuencias jurídicas, por lo que de igual forma procederá la sustitución de otros, también estampando en ellos alguna característica distintiva de los anteriores.

Consideramos al respecto que no es necesario reformar la Ley del Notariado para el Distrito Federal, toda vez que como en estos documentos no se consigna acto o hecho jurídico alguno, la actualización de los mencionados supuestos, no atenta contra derechos de terceros, ni influye o afecta las funciones, deberes y derechos del notario. En todo caso, deberá ser materia de reglamentación por parte del propio Consejo del Colegio, para regular dichos supuestos, a fin de establecer un procedimiento para la reposición de dichos folios.

B).- Que el notario los ha entregado para su guarda y custodia definitiva al Archivo General de Notarías.

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 55 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, el notario deberá entregar al citado archivo la decena de libros junto con sus apéndices, transcurrido el plazo de cinco años apartir de la fecha de la certificación de cierre. Por lo que una vez actualizado el supuesto, será el propio archivo quien debe asumir la responsabilidad de los libros y apéndices que integran al protocolo.

II.- Los folios que obren en poder del notario.

Aquí es obvio que el Colegio de Notarios ha proveído al notario de los folios solicitados por éste, por lo tanto es el quien asume la responsabilidad de los mismos.

A).- Los folios que no consignan algún acto o hecho.

Consideramos que existen aquí tres vertientes:

a).- Que los folios se encuentren en blanco y custodiados por el notario, para su posterior utilización.

b).- Que los folios han sido impresos, se encuentran en el período de los 30 días a que se refiere el artículo 72 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, no han sido totalmente firmados por los otorgantes y por lo tanto, carecen de autorización definitiva.

c).- Que los folios han sido impresos y no fueron firmados por los otorgantes, en términos del precepto antes referido, esto es, ya se ha asentado la razón de “no pasó”.

La pérdida, destrucción o mutilación de los folios, en cualesquiera de los casos antes referidos, toda vez que el acto o hecho que en ellos se contiene, en su caso, no ha sido revestido de

formalidad o solemnidad alguna, no implica consecuencias jurídicas que puedan parar perjuicio a persona alguna. Por lo que estimamos, no tiene objeto la reconstitución del instrumento que en su caso se haya consignado.

B).- Los folios que consignan algún acto o hecho.

Aquí, el notario ya ha ejercitado la función fedataria, el acto o hecho consignado ya ha sido otorgado y revestido de forma, por lo que se convierte en un documento público que hace prueba plena en juicio y fuera de él.

En estos casos, el instrumento no está exento de sufrir alguna de las eventualidades mencionadas, es decir, puede perderse, destruirse o mutilarse, y de ello podría derivar una afectación a derechos de terceros.

Decimos que podría derivarse afectación a derechos de terceros, porque no necesariamente son fatales las consecuencias que acarrea la pérdida, mutilación o destrucción de los folios en los que se consignan actos o hechos jurídicos que pudieran sufrir las mencionadas eventualidades, por lo que para fines prácticos se hace necesario distinguir diversos supuestos, a saber:

a).- Que del instrumento afectado, se hayan expedido copias.-
Caso en el que éstas servirán al notario para reconstituir el

instrumento afectado que haya consignado el acto o hecho en cuestión.

Nos queda claro y como antes lo pudimos observar al hacer el estudio del derecho comparado, que en los diferentes países se da intervención a la autoridad judicial desde el inicio del procedimiento, con el objeto de evitar que se cometan abusos de las partes que intervienen en la reconstitución del instrumento y para vigilar que se respeten los derechos de terceros.

Por otra parte, es un hecho innegable el dicho que reza que “notaría abierta, juzgado cerrado” y consideramos, que por haber intervenido el notario en la elaboración de un instrumento que tuvo por objeto cumplir con los requisitos de formalidad exigidos por la ley, para la preservación entre otros, de los derechos patrimoniales de las partes, mediante la precisión de las obligaciones a cargo de cada una de ellas, así como su permanencia con el fin de evidenciar el acto jurídico y proteger de esta forma la manifestación de voluntades, lo que resulta en un menor número de litigios, se resalta la importancia de la reconstitución del acto jurídico en forma expedita y que, mientras no exista controversia entre las partes, se puede llevar mediante un procedimiento administrativo en forma sumaria que el notario deberá observar, y que consideramos debería consistir en:

- 1.- El notario deberá levantar acta ante el Ministerio Público, misma que deberá contener una relación sucinta de los hechos,

indicando, de ser posible, la cantidad de documentos afectados, el número de instrumento que le correspondió a cada uno, el acto o hecho que consigna y los otorgantes o comparecientes que hayan intervenido en los mismos, así como los números de folios que se hayan empleado para asentar el instrumento de que se trate. Copia del acta deberá entregarse a:

- i).- La Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos.
- ii).- El Archivo General de Notarías.
- iii).- El Colegio de Notarios del Distrito Federal.
- iv).- El Registro Público de la Propiedad y de Comercio correspondiente (en su caso).

Como el supuesto en comento se refiere a que exista copia certificada o testimonio del instrumento afectado, proponemos que además de los avisos que deberá efectuar el notario, éste haga del conocimiento de los hechos a las partes que pudieran verse afectadas con el suceso. Lo anterior, con el fin de que en caso de que no obre en poder del notario copia certificada alguna o testimonio, sean las mismas partes quienes en caso de contar con dichos documentos, le sean aportados al notario para que este pueda llevar a cabo la reposición del original.

Una vez que el notario cuente con dichos documentos, y para proceder a la reposición del instrumento, deberá de remitirlos a la

Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos, para que previa legalización de sello y firma que obre en los mismos, autorice la protocolización del testimonio o copia certificada para documentar la reposición del instrumento.⁶⁹

Extendida la autorización por la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos, para protocolizar la copia certificada o testimonio relativo al instrumento, el notario deberá transcribir íntegramente el documento en folios correspondientes al día de la protocolización, mismos que deberán interpolarse en el mismo lugar en el protocolo que haya correspondido al original, en los que asentará una razón especial en la que establezca que se trata de un documento que obra en el protocolo en reposición del original, al pie de la cual asentará su firma y sello. En el folio siguiente al último utilizado para la reposición, se asentará una razón indicando que los folios precedentes se utilizaron para la protocolización del instrumento afectado, indicando el libro y número que le

⁶⁹ El Reglamento Interior de la Administración Pública del Distrito Federal establece que para el estudio, planeación y despacho de los asuntos que le competen, la Administración Pública Centralizada del Distrito Federal, contará, entre otras dependencias, unidades administrativas y órganos desconcentrados, con la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos, la que a su vez, según el mencionado cuerpo legal, deberá, entre otros, aplicar las disposiciones legales en materia de notariado y vigilar su cumplimiento; conservar, administrar y vigilar el funcionamiento del Archivo General de Notarías; e intervenir en el trámite de legalización de firmas de los servidores públicos y fedatarios del Distrito Federal, así como en exhortos y cartas rogatorias, de conformidad con las leyes aplicables.

correspondió, así como en las correspondientes razones de cierre, en su caso.

Consideramos que lo anterior hace menos confuso en la práctica el procedimiento que establece el derecho español, ya que dicha legislación, dispone la protocolización de la copia exhibida, en instrumento posterior, misma que deberá de llevar referencias cruzadas por tratarse de un acta con número y fecha distinta al original.

En el legajo del apéndice que corresponda al instrumento repuesto, el notario deberá agregar copia certificada del acta, así como la autorización extendida para su reposición, con lo que concluiría el procedimiento, para que en lo subsecuente se puedan expedir nuevas copias o testimonios del instrumento repuesto con la misma eficacia probatoria.

Es de hacerse notar que las partes afectadas tendrán en todo momento, el derecho a solicitar la reconstitución del protocolo, es decir, su derecho es imprescriptible.

b).- Que del instrumento afectado no se hayan expedido copias.- Este supuesto, consideramos es el más delicado, ya que es aquí en donde mayor inseguridad jurídica amenaza a las partes, pues no se cuenta con documento alguno que avale su otorgamiento.

Para desarrollar el procedimiento que proponemos para este supuesto, hemos de precisar algunas consideraciones previas.

Como hemos mencionado con anterioridad, el derecho que tienen las partes o los interesados para la reconstitución del instrumento es imprescriptible, esto es no pierde eficacia por el paso del tiempo.

El artículo 42 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, transcrito en capítulos anteriores, establece que el notario no puede autorizar acto alguno sin que lo haga constar en los folios que integran el protocolo, es decir, su función fedataria es protocolar, se debe manifestar a través de un documento.

Consideramos que el acto o hecho que en algún momento histórico constó en el protocolo y que haya sido autorizado, cumplió con la forma, y que por algún desafortunado acontecimiento impida su comprobación documental, no significa que con ello implique la pérdida del valor probatorio pleno que debería de dársele. Esto es, una vez formalizado algún instrumento ante notario, del que no obre reproducción autorizada del mismo, y que haya sido afectado de modo tal que no pueda constatarse su contenido en forma documental, no acarrea menoscabo ni carencia de fe pública de la que en algún momento fue revestido.

En caso de que los folios sufran alguna de las eventualidades a que nos hemos venido refiriendo a lo largo del presente estudio, consideramos se pueden presentar dos vertientes:

Primero.- Que los comparecientes, otorgantes o personas que intervinieron en el acto o hecho, o acrediten un interés legal puedan y quieran intervenir en la reconstrucción del documento.- En este caso, sabemos que no existe copia o testimonio alguno que pueda auxiliar en la reconstrucción literal del documento por ellos suscrito, pero en virtud de que las partes son conocedoras del suceso y están dispuestas a intervenir en el procedimiento de reconstitución, no ha lugar a duda de su otorgamiento, por lo que se procederá a la reconstitución del mismo, y aún cuando no se haga en forma literal, deberá comprender todos los elementos de existencia y validez del acto de que se trate.

Dicha reconstitución será confeccionada por el notario, el que podrá allegarse de cualquier documento que lo auxilie para tal efecto, como lo son proyectos previos que hayan servido para la elaboración del instrumento en cuestión, la mención del instrumento a reconstruir, en otros instrumentos públicos, certificaciones de partidas registrales o cualquier otro tipo de aviso que el notario está obligado a enterar, en términos de ley.

Las partes o comparecientes ratificarán en todos sus términos el documento reconstruido, para lo cual, en lo conducente se seguirá el procedimiento administrativo antes propuesto, es decir, se levantará el acta, se darán los avisos a las dependencias a que hemos hecho referencia, y previa autorización de la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos, será repuesto en los términos que antes se expresaron, que se agregarán en el orden y número que le correspondió al instrumento afectado.

Segundo.- Que los comparecientes, otorgantes o personas que intervinieron en el acto o hecho, o acrediten un interés legal no puedan o no quieran intervenir en la reconstrucción del documento.- En este supuesto, el acto o hecho fue otorgado conforme al derecho positivo, ha revestido la formalidad que se exige para producir consecuencias jurídicas, pero en virtud de la inexistencia de cualquier documento que lo acredite, podría dificultar la reconstitución del mismo.

Decimos que se complicaría el procedimiento de reconstitución, ya que podrían derivarse diversos supuestos, como lo son: el hecho de que alguno de los comparecientes, otorgantes, o persona que pueda verse involucrada en el acto o hecho que haya sido consignado en el documento afectado y dadas las circunstancias, valiéndose de esta situación, pretenda lesionar u obtener algún beneficio en forma ilegítima. También se puede dar el caso que el o

los comparecientes hayan fallecido o perdido la capacidad necesaria para reconstituir el instrumento, o que aún cuando éstos quisieren y pudieren reconstituir la escritura o acta de que se trate, no estuviesen de acuerdo en los términos y condiciones originalmente pactadas.

Con lo antes expuesto y actualizado cualquiera de los supuestos referidos, estaríamos en presencia de una laguna legislativa.

Insistimos, en estas hipótesis, no está en juego solamente el interés privado sino el general, por lo que los mencionados supuestos no pueden quedar sin solución.

El artículo 35 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, establece prohibición expresa a los notarios, actuar en un acto o hecho que por ley corresponda a algún funcionario público; por lo que de nueva cuenta nos formulamos la siguiente pregunta ¿el notario estaría facultado para esclarecer alguna situación jurídica dudosa o en la que exista controversia, con el objeto de que deba aplicarse la norma abstracta al caso concreto controvertido, o en su caso recurrir a los principios generales del derecho, allegarse de elementos probatorios y determinar una resolución?

Para los efectos anteriores, diremos que el maestro Eduardo García Maynez define al derecho de acción:

“..... como la facultad de pedir a los órganos jurisdiccionales la aplicación de las normas jurídicas a casos concretos, ya sea con el propósito de esclarecer una situación jurídica dudosa, ya con el de declarar la existencia de una obligación y, en caso necesario, hacerla efectiva.”⁷⁰.

Por lo que consideramos, en estos supuestos y de acuerdo con la ley especial, no cabría la intervención notarial para la reconstitución.

Si profundizamos aún más, amen de agotar debidamente el planteamiento que nos ocupa tendremos que establecer que en la legislación vigente no encontramos ninguna disposición que se ocupe de resolver el problema planteado, sin embargo, con fundamento en lo dispuesto por el último párrafo del artículo 14 constitucional, los artículos 18 y 19 del Código Civil para el Distrito Federal, y 83 del código adjetivo para el mencionado Distrito, proponemos que sea el juez quien aplicando los principios generales del derecho, colme la laguna legislativa que nos ocupa y resuelva el asunto que le sea planteado.

⁷⁰ EDUARDO GARCIA MAYNEZ, Introducción al Estudio del Derecho, Vigésima Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1982, p.229.

Para efectos de claridad, nos permitimos transcribir en su parte conducente los mencionados preceptos legales:

Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "... En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho." ⁷¹

Artículo 18 del Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal: "El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia." ⁷²

Artículo 19 del Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal: "Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho." ⁷³

Artículo 83 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal: "Los jueces y tribunales no podrán, bajo ningún pretexto,

⁷¹ Artículo 14, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; op cit.

⁷² Artículo 18, Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Infosel Legal, México, 1998.

⁷³ Artículo 19, *Ibid.*

aplazar, dilatar, ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito.”⁷⁴

Atento a lo anterior y se insiste, sólo en el caso de que exista controversia entre las partes o imposibilidad para su comparecencia, consideramos que en este único supuesto, y con fundamento en lo dispuesto por los artículos antes transcritos, sea el órgano jurisdiccional quien conozca del asunto, se allegue de los elementos probatorios que al efecto le aporten tanto las partes como el notario y determine si existió el instrumento protocolar, si se perdió, fue destruido o mutilado a tal grado que lo haga ininteligible, y consecuentemente dicte resolución respecto de su otorgamiento, condiciones y términos.

Hecho lo anterior, la autoridad judicial ordenará se protocolice la resolución, mediante el procedimiento antes indicado, es decir, en folios que correspondan a la fecha de la protocolización de la resolución, siguiendo el resto de las formalidades que sean aplicables.

Expuesto lo anterior, arribamos a las siguientes:

⁷⁴ Artículo 83, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Insoel Legal, México, 1998.

CONCLUSIONES

1.- A efecto de regular jurídicamente los riesgos a los que se encuentran sujetos los folios que integran el protocolo del notario en el Distrito Federal y expuesta la importancia que estos representan, proponemos se legisle en materia notarial, un procedimiento de reconstitución de los instrumentos afectos a las mencionadas eventualidades, con el fin de conservar y acrecentar la seguridad jurídica para la cual fueron creados.

2.- En caso de que no exista controversia o duda entre las partes, otorgantes o comparecientes respecto del otorgamiento, términos y condiciones del acto o hecho contenido en algún instrumento otorgado ante notario; será éste último, previa autorización de la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos, quien pueda llevar a cabo un procedimiento administrativo, en forma sumaria y expedita, de reconstrucción del acta o escritura afectada, como se indicó en el texto de este trabajo.

3.- En caso de que exista controversia o duda entre las partes, otorgantes o comparecientes respecto del otorgamiento, términos y condiciones del acto o hecho contenido en algún instrumento otorgado ante notario, del cual no exista documento alguno que lo avale, por estar impedido el notario para resolver controversias que surjan entre quienes tengan interés jurídico en el instrumento y con el

fin de no lesionar derechos de terceros; será el juez quien deberá conocer del procedimiento que al efecto se llevará a cabo para su reconstitución.

4.- Para prevenir la inseguridad jurídica que podría derivarse de la pérdida, destrucción o mutilación de algún folio del protocolo, proponemos un sistema acorde con las necesidades actuales y el avance tecnológico, consistente en la reproducción total del instrumento, a través de archivos electrónicos. Dichas reproducciones se logran en forma precisa y fidedigna, por medio de un "scanner" de computadora, del cual se tiene certeza tanto del texto del documento, como de las firmas de los otorgantes y del notario, del sello de autorizar, así como de las testaduras, palabras entre renglones y salvado que se hubiese hecho en el documento previo a la firma. La información almacenada en un equipo de cómputo puede reproducirse en forma íntegra a discos compactos, que permitirían un acceso inmediato y eficiente a la información en ellos respaldada, mismos que no se verían degradados con el paso del tiempo, y reducirían en forma considerable el volumen de archivo de libros.

5.- Con el fin de mantener a perpetuidad el cúmulo de información que para su guarda y custodia definitiva fue remitida al Archivo General de Notarías, proponemos que todos y cada uno de los instrumentos que obran en dicho archivo, sean sometidos al

mismo procedimiento cibernético a que se ha referencia en la conclusión inmediata anterior.

BIBLIOGRAFIA

ARGENTINO I. NERI, Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial, Volumen 4, "Protocolo Títulos", Ediciones de Palma, Buenos Aires Argentina, 1971.

BERNARDO PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Derecho Notarial, Tercera Edición, Ed. Porrúa, México, D.F. 1986.

BERNARDO PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Historia de la Escribanía en la Nueva España y el Notariado en México, editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, México 1983.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, de la Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, España, 1992.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Ed. Driskill, S.A., Buenos Aires, Argentina, octubre de 1987.

ENRIQUE SÁNCHEZ BRINGAS, La competencia normativa de los Notarios y de los Corredores Públicos conforme al Orden Jurídico Nacional, editado por el Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, Abril de 1996.

FRANCISCO DE P. MORALES, El Notariado su evolución y principios rectores, publicado por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., Ed. Letras Editores, S.A. de C.V., México, 1994.

FROYLAN BAÑUELOS SANCHEZ, Derecho Notarial, Cuarta Edición, Editorial Cárdenas y Editor Distribuidor, Tijuana, Baja California Norte, México, 1990, tomo I.

GABINO FRAGA, Derecho Administrativo, Trigésima Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1994.

JORGE RÍOS HELLIG, La Práctica del Derecho Notarial, Segunda Edición, Ed. Mc Graw Hill, México 1996.

LARRAUD RUFINO, Curso de Derecho Notarial, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1966.

LUIS CARRAL Y DE TERESA, Derecho Notarial y Derecho Registral, Ed. Porrúa, S.A. México, 1986.

MARÍA ELENA CHICO DE BORJA, Historia del Colegio de Notarios 1792-1901, Imprenta Aldina. México, 1987.

MARIO ANTONIO ZINNY, Casos Notariales, Primera Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1995.

PEDRO AVILA ALVAREZ, Derecho Notarial, Séptima Edición, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, España, 1990.

PEDRO AVILA ALVAREZ, Estudios de Derecho Notarial, Cuarta Edición, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, España, 1973.

LEGISLACION CONSULTADA

Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Infosel Legal, México, 1998.

Código de Legislación Notarial y Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado.

Germán Fabra Valle, Neo Ediciones, Madrid, España, 1990.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Infosel Legal, México, 1998.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Infosel Legal, México, 1998.

Ley General de Bienes Nacionales.

Infosel Legal, México, 1998.

Ley del Notariado para el Distrito Federal.

Editorial Porrúa, México, 1980.

Ley del Notariado para el Distrito Federal.

Infosel Legal, México, 1998.

Ley del Notariado para el Estado de Jalisco.

Infosel Legal, México, 1998.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Infosel Legal, México, 1998.

Ley Orgánica del Notariado del Estado de México.

Infosel Legal, México, 1998.

Ley del Servicio Exterior Mexicano.

Infosel Legal, México, 1998.

Reglamento Interior de la Administración Pública del Distrito Federal.

Infosel Legal, México, 1998.